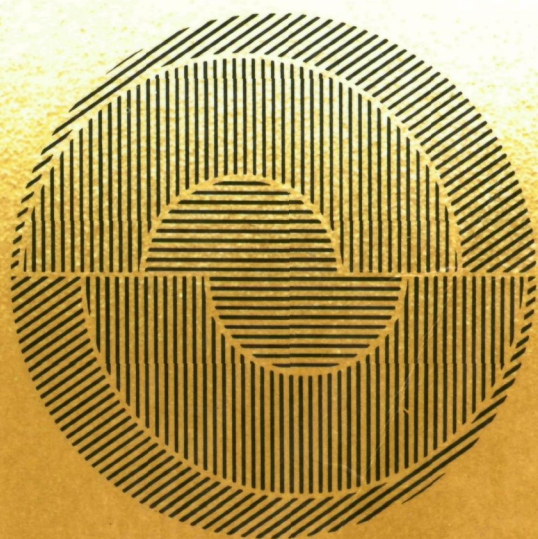


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



ABRIL A JUNHO 1984
ANO 21 • NÚMERO 82

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 21 n. 82 — abril/junho 1984

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

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

SANTYNO MENDES DOS SANTOS

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. 21	n. 82	abr./jun. 1984
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 2.000,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

	Pág.
COLABORAÇÃO	
Os métodos de solução pacífica de controvérsias internacionais: tendências recentes — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	5
Justiça social e interpretação no direito brasileiro — <i>Haroldo Valladão</i>	33
Revogada a Constituição de 1967 — breve comentário a uma decisão do STF — <i>Rubem Nogueira</i>	39
Parlamentarismo ou democracia? — <i>Eduardo K. M. Carrion</i>	49
Aspectos do federalismo norte-americano — <i>Torquato Lorena Jardim</i>	53
O direito da crise — <i>Arnoldo Wald</i>	83
O desprestígio das leis — <i>Eduardo Silva Costa</i>	87
O Parlamento brasileiro e o problema do menor abandonado — <i>Paulo de Figueiredo</i>	93
Pena de morte e colônias correccionais — <i>Paulino Jacques</i>	131
Processo político e participação — <i>Carlos Antonio de Almeida Melo</i>	135
Voto distrital e os Partidos Políticos — <i>David V. Fleischer</i>	149
Inconstitucionalidade de fusão e incorporação de Partidos Políticos — <i>Celso Bastos</i>	165
A Missão Inglesa de 1924 — <i>Mircea Buescu</i>	173
Gestão de empresa com participação de seus empregados (Carta federal — art. 165, inciso V) — <i>José Martins Catharino</i>	187
Trabalhador brasileiro no estrangeiro — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	195
Movimento sindical de trabalhadores rurais e a modernização da agricultura brasileira — <i>Vilma Figueiredo</i>	231
Anotações ao Código da Propriedade Industrial (arts. 1º a 58 — Patentes) — <i>Nuno Tomaz Pires de Carvalho</i>	245
O Direito Penal Económico e os crimes contra a propriedade industrial — <i>Eleonora de Souza Luna</i>	333
Titularidade da obra intelectual — <i>Antônio Chaves</i>	351
Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	377
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	417

Os métodos de solução pacífica de controvérsias internacionais: tendências recentes

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty); ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra.

SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — O problema básico da jurisdição compulsória
- III — A questão da eficácia dos meios de solução pacífica
- IV — Interação ou complementaridade dos meios de solução pacífica
- V — Os meios políticos de solução pacífica
 - 1 — Negociação
 - 2 — Conciliação
 - 3 — Investigação
 - 4 — Bons ofícios
 - 5 — Mediação
- VI — A solução arbitral e judicial
- VII — Solução de controvérsias em tratados multilaterais
- VIII — Forças de paz ou emergência
- IX — Outros pontos de interesse
- X — Perspectivas da solução pacífica: os trabalhos correntes do Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização
- XI — Observações finais: a renúncia ao uso da força nas relações internacionais

I — Introdução

O recente agravamento dos focos de tensão internacional, alguns — como o Oriente Médio e a América Central — de alto potencial explosivo, realça a importância do capítulo do direito internacional relativo à solução

Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em forma de duas conferências ministradas, como Professor Visitante, na Cátedra de Direito Internacional da Faculdade de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade de Los Andes, em Mérida, Venezuela, em outubro de 1982, e, em versão ampliada, no Simpósio de Direito Internacional Público do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em abril de 1983.

pacífica das controvérsias internacionais. Dados recentemente divulgados revelam que, de 310 conflitos interestatais de 1945 a 1974, 162 (mais de 50%) ocorreram entre Estados vizinhos e mais de 20% especificamente entre Estados demarcando suas fronteiras terrestres⁽¹⁾. Nos distintos continentes subsistem problemas territoriais, que, na América Latina, parecem ressurgir paralelamente ao declínio da hegemonia e influência dos Estados Unidos na região e de seu monopólio nesta de suprimento de armas; mas alguns desses problemas — uns criados, outros herdados — podem remontar aos primórdios da descolonização, lembrando-se que o processo de formação das nacionalidades na região ainda não se concluiu⁽²⁾. Abstração feita das causas ou origens dos conflitos interestatais, no presente estudo concentrar-nos-emos particularmente nos desenvolvimentos recentes na aplicação dos métodos de solução pacífica das controvérsias internacionais.

II — O problema básico da jurisdição compulsória

O problema fundamental subjacente a todo o capítulo do direito internacional relativo à solução pacífica de controvérsias internacionais permanece a *vexata quaestio* da jurisdição compulsória, i.e., o consentimento das partes litigantes em adotar um dos procedimentos a sua disposição; pois, se por um lado consagra a ONU o dever geral dos Estados-Membros de solução pacífica de controvérsias que possam pôr em risco a paz internacional⁽³⁾, por outro lado os mecanismos de solução pacífica de controvérsias, dentro e fora da ONU, são acionados se as partes litigantes (membros ou não da ONU) concordam ou se dispõem a fazer uso deles⁽⁴⁾. Assim, não há em princípio um dever especial de utilização de determinado método de solução pacífica, facultando-se às partes interessadas a livre escolha dos métodos no cumprimento do dever geral acima referido.

Na ausência de uma obrigação estrita de submeter disputas pendentes a jurisdição obrigatória — sem prejuízo do princípio geral de solução pacífica —, persiste o problema central da matéria: “há uma obrigação clara de não resolver disputas pela força, mas a opção deixada às partes de escolher, dentre os possíveis meios de solução, métodos freqüentemente indecisos como negociação, investigação ou mediação, resulta no impasse e não

(1) R. MANDEL, “Roots of the Modern Interstate Border Dispute”, 24 *Journal of Conflict Resolution* (1980), p. 440.

(2) “Los Viejos Pleitos de Fronteras”, 52 *Visión* (Revista Interamericana) (1979) n.º 4, pp. 5-6; e cf., e.g., TEIXEIRA SOARES, “Pontos de Fricção na América Latina”, 14 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1971), pp. 45-63.

(3) Dever este incorporado tanto na Carta da ONU — artigo 2 (3) — quanto na celebrada Resolução n.º 2.625 (XXV), de 1970, da Assembléia Geral englobando os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados; cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 63-64; Report [of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies], *International Disputes: the Legal Aspects*, London, Europa Publs., 1972, pp. 8-14. Tal dever geral está consagrado independentemente do capítulo VI da Carta e das funções do Conselho de Segurança.

(4) F. S. NORTHEGE e M. D. DONELAN, *International Disputes: the Political Aspects*, London, Europa Publs., 1971, p. 241; Lord McNAIR, *The Expansion of International Law*, Jerusalem, The Hebrew University, 1962, p. 65; R. Y. JENNINGS, “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1967)-II, p. 587.

na solução de uma proposição substancial de casos" (6). Entretanto, feita esta ressalva quanto à ausência de uma garantia de solução, é de se observar que nem por isso está o campo inteiramente aberto ao voluntarismo estatal (6).

É certo que os procedimentos do Conselho de Segurança da ONU (7) são **suplementares** aos métodos tradicionais de solução pacífica de controvérsias (8), mas nem por isso é de se concluir que esteja a questão totalmente sob o controle da vontade dos Estados: com efeito, o consentimento das partes litigantes **não** é necessário para que uma disputa seja levada perante o Conselho de Segurança ou a Assembléia Geral, e nem mesmo para que o Conselho de Segurança exerça seus poderes investigatórios (9); pode o Conselho agir por sua própria iniciativa, a pedido de qualquer membro da ONU, ou em decorrência de iniciativa do Secretário-Geral (10). E ainda que uma das partes se recuse a comparecer perante o Conselho, poderá este examinar a situação a pedido de um Estado-Membro, da Assembléia Geral ou do Secretário-Geral (11).

As diversas **questões de competência**, tanto nas relações entre organismos internacionais e Estados-Membros quanto nas relações de órgãos internacionais **inter se**, foram objeto de detalhado exame em relatório sobre o presente capítulo do direito internacional que recentemente apresentamos nas II Jornadas Latino-Americanas de Direito Internacional (12) (Viña del Mar, Chile, dezembro de 1980), patrocinadas pela Consultoria Jurídica da OEA, cabendo aqui uma referência às questões já por nós tratadas naquele outro estudo. Vale aqui igualmente advertir, no tocante à clássica polêmica acerca de questões "jurídicas" e "políticas" (**justiciables e non justiciables**), que a distinção hoje só faria sentido se voltada aos métodos de solução pacífica e decisão adotados, e não à pretensa natureza dos conflitos (13).

(5) C. W. JENKS, *The World beyond the Charter*, London, Allen & Unwin, 1969, p. 165, e cf. p. 166. — Similamente, adverte Witenberg que "seuls sont justiciables les États qui auront accepté de l'être. L'État ne sera justiciable que dans la mesure où il aura accepté de l'être"; J. C. WITENBERG, *L'Organisation Judiciaire, la Procédure et la Sentence Internationales — Traité Pratique*, Paris, Pédone, 1937, p. 3.

(6) Para uma crítica à concepção voluntarista positivista do direito internacional, cf. A. A. CÂNÇADO TRINDADE, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1981), pp. 201-240.

(7) Capítulo VI da Carta.

(8) Mencionados no artigo 33 (1) da Carta, e.g., negociação, investigação, conciliação, solução judicial, recurso a agências regionais; D. W. BOWETT, "The United Nations and Peaceful Settlement", *International Disputes: the Legal Aspects*, London, Europa Publ., 1972, pp. 179-180. Muito embora também o artigo 33 da Carta enuncie o dever geral de solução pacífica de controvérsias internacionais, continua facultado aos Estados-Membros escolher a forma da solução apropriada.

(9) Sob o artigo 34; Report [of a Study Group...], *op. cit.* supra n. 3, pp. 8-14.

(10) Artigos 34, 35 e 99, respectivamente. Ch. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público Profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 1966, p. 328; J. STONE, *Legal Controls of International Conflict*, N. Y., Rinehart & Co. Publ., 1954, pp. 187 e 193-194.

(11) D. W. BOWETT, *op. cit.* supra n. 8, p. 182.

(12) A. A. CÂNÇADO TRINDADE, "Delimitação de Competências entre a Organização das Nações Unidas e os Estados-Membros, e Suas Implicações para os Mecanismos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. II, Santiago, Universidad de Chile / Instituto de Estudios Internacionales, 1981, pp. 32-78, esp. pp. 43-76.

(13) H. KELSEN, *Principles of International Law* (ed. R. Tucker), 2.ª ed. rev., N. Y., Holt/Rinehart/Winston, 1966, pp. 525-530; R. HIGGINS, "Policy Considerations and the International Judicial Process", 17 *International and Comparative Law Quarterly* (1968), pp. 74 e 83-84.

III — A questão da eficácia dos meios de solução pacífica

Visceralmente ligada ao problema básico da jurisdição compulsória está a questão da eficácia dos métodos de solução pacífica de controvérsias internacionais. Para um exame da questão já existem hoje, a par de publicações oficiais de organismos internacionais⁽¹⁴⁾, repertórios preparados por pesquisadores individuais de casos pertinentes à paz e segurança internacionais⁽¹⁵⁾. Contudo, mesmo essas coletâneas carecem de uma avaliação mais detalhada da experiência internacional na solução pacífica de controvérsias. Um levantamento de 50 casos selecionados de conflitos internacionais ocorridos de 1945 a 1971 conclui ter sido a negociação (mesmo com interposição de terceiros) o método de maior sucesso⁽¹⁶⁾. Mas a negociação dificilmente se prestaria a generalizações.

Em outro estudo, encontra-se a asserção de que, justamente por serem os conflitos fronteiriços, por exemplo, "assuntos intrinsecamente localizados" entre dois ou mais Estados e prolongados no tempo, torna-se mais difícil do que comumente ocorre controlar os conflitos no que diz respeito à atuação de mediadores⁽¹⁷⁾. Esta tese, no entanto, não se encontra plenamente corroborada pela prática internacional recente sobre a matéria, como veremos mais adiante. A despeito das dificuldades em se extrair conclusões definitivas acerca da eficácia de determinados meios de solução pacífica de controvérsias internacionais, há certos fatores que freqüentemente afetam ou comprometem tal eficácia, como, e.g., a doutrina extremada da soberania dos Estados e a influência de forças internas na formulação das políticas externas dos Estados; a estes se acrescem certas atitudes nítidas dos Estados, como e.g., uma certa relutância ou resistência a recorrer à solução judicial (por parte dos países do Terceiro Mundo), e uma marcada preferência pelo método da negociação sobrepondo-se a todos os demais meios de solução pacífica (por parte dos países socialistas)⁽¹⁸⁾.

Ademais, há que se ter em mente que nem sempre é possível, viável ou mesmo desejável uma pronta solução pacífica de determinadas controvérsias em certas circunstâncias. Assim, uma disputa pode prolongar-se, às vezes por muito tempo, se, e.g., há uma discrepância de poder entre as partes, se as conseqüências de uma solução forçada e rápida são imponderáveis, se uma possível solução é tida como insatisfatória a uma das partes, se uma mudança em fatores externos acarreta mudança no próprio equilí-

(14) E.g., o *Repertory of Practice of United Nations Organs*, o *Repertoire of the Practice of the U.N. Security Council*.

(15) E.g., M. D. DONELAN e M. J. GRIEVE, *International Disputes: Case Histories 1945-1970*, London, Europa Publs., 1973, pp. 13-279; C. G. TENG e K. L. HANCOCK, *Synopses of United Nations Cases in the Field of Peace and Security 1946-1965*, N. Y., Carnegie Endowment for International Peace, 1966, pp. 1-76; L. B. SOHN, *Cases on United Nations Law*, 2.^a ed. rev., Brooklyn, Foundation Press, 1967, cap. VI, pp. 291-862; W. CHAMBERLIN, Th. HOVET JR. e E. HOVET, *A Chronology and Fact Book of the United Nations 1945-1976*, Dobbs Ferry/N. Y., Oceana, 1976, pp. 11-88. No tocante ao projeto de pesquisas do UNITAR sobre os métodos de solução pacífica de controvérsias (1969-1971), cf. a recente coletânea de estudos *Disputes Settlement through the United Nations* (ed. K. Venkata Ramana), N. Y., UNITAR/Oceana, 1977, pp. 1 e ss.

(16) F. S. NORTHEGGE e M. D. DONELAN, *op. cit. supra* n. 4, pp. 277-278 e 295.

(17) R. MANDEL, *op. cit. supra* n. 1, pp. 429-430.

(18) H. G. DARWIN, "General Introduction", in *International Disputes: the Legal Aspects* (David Davies Memorial Institute of International Studies), London, Europa Publs., 1972, pp. 64-65 e 66-71.

brio de forças na área do conflito; por outro lado, são circunstâncias que favorecem a aplicação com êxito dos meios de solução pacífica o juízo das partes litigantes de que, e.g., as conseqüências econômicas do conflito seriam desastrosas, ou a perpetuação do conflito iria contra o rumo ou curso da história (e.g., casos de descolonização) (19).

Feitas estas ressalvas, podemos passar a um exame dos resultados concretos obtidos nos últimos anos na aplicação dos meios de solução pacífica de controvérsias. Nesse propósito, indicaremos de início a interação de tais meios na prática, para a seguir nos determos em cada um dos métodos de solução pacífica em particular; a maneira mais segura de abordar a questão da eficácia dos meios de solução pacífica é naturalmente através de um exame objetivo tanto da prática dos Estados quanto dos organismos internacionais (Organização das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos) nessa matéria.

IV — Interação ou complementaridade dos meios de solução pacífica

Há diversas ilustrações, nos últimos anos, da interação na prática de distintos meios de solução pacífica de controvérsias. Que um mesmo caso pode se prestar a mais de um desses meios é ilustrado, *inter alia*, no plano regional, pela controvérsia pendente entre Chile e Argentina acerca do Canal de Beagle (objeto, desde 1977, de um laudo arbitral, de tentativa de negociação e de mediação). Há uma complementaridade entre os distintos meios de solução pacífica utilizados, também, no plano global, pela ONU: no caso de Chipre, e.g., a ONU não apenas exerceu a função de **peace-keeping** como também atuou como iniciadora de trocas diplomáticas; e a Resolução nº 186, de 1964, do Conselho de Segurança, dispendo sobre a estratégia dos órgãos da ONU, prevê funções tanto de regulamentação quanto diplomáticas (20).

As técnicas de solução pacífica empregadas pela Assembléia Geral assemelham-se às seguidas pelo Conselho de Segurança, que tem utilizado: recomendações; ofertas de conciliação, mediação, bons ofícios etc., às partes litigantes; estabelecimento de um órgão de investigação (**fact-finding body**); e encaminhamento dos conflitos a outros órgãos (e.g., a Corte Internacional de Justiça) ou organizações regionais (e.g., Organização dos Estados Americanos, Organização da Unidade Africana) para solução (21). O dispositivo do artigo 33(1) da Carta da ONU, segundo o qual as partes litigantes deverão primeiramente procurar uma solução pelos métodos tradicionais (e.g., negociação, conciliação, mediação etc.), a que já nos referimos (*supra*), não parece ter sido interpretado como exigindo que todos aqueles métodos

(19) F. S. NORTHEGE e M. D. DONELAN, *op. cit.* supra n. 4, pp. 188-214. Há que se acrescentar, naturalmente, também as disputas resolvidas coercitivamente (quando exerce função predominante o uso ou ameaça da força); *ibid.*, pp. 205-207. É de se observar, ademais, que não raro a intervenção da ONU em determinadas crises internacionais tem visado antes aliviar uma situação de tensão e ganhar tempo do que propriamente apressar uma solução negociada; *ibid.*, pp. 237-242.

(20) V. PECHOTA, *Complementary Structures of Third-Party Settlement of International Disputes*, N. Y., UNITAR, 1971, p. 10.

(21) D. W. BOWETT, *op. cit.* supra n. 8, pp. 194-196 e 183-192.

devam necessariamente ser esgotados antes de se recorrer ao Conselho de Segurança ⁽²²⁾.

Ainda no plano global, é significativo que o projeto de Convenção sobre Direito do Mar da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar preveja a operação de distintos métodos de solução de controvérsias em matéria de direito do mar, como a conciliação e a solução judicial e arbitral (cf. infra a respeito). E, no plano regional, é pertinente acrescentar que a Carta da Organização da Unidade Africana estabelece uma comissão compreendendo três métodos de solução pacífica, a saber, a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OUA ⁽²³⁾, tida como um dos órgãos principais da OUA e composta de 21 membros eleitos pela Assembléia de Chefes de Estado e Governo ⁽²⁴⁾ (cf. infra, quanto à prática).

Na prática internacional em matéria de solução de controvérsias, não raro se têm combinado os métodos de investigação e conciliação, em diversos tratados dispondo sobre a nomeação de "comissões de investigação e conciliação"; do mesmo modo, vários acordos internacionais têm estipulado que somente após um recurso em vão a uma comissão de conciliação se procederá ao envio de um caso a um tribunal arbitral, "estabelecendo assim um vínculo estreito entre estes dois procedimentos" ⁽²⁵⁾. Em suma, os distintos meios de solução pacífica de controvérsias internacionais, ao invés de mutuamente excludentes, são complementares e não raro têm na prática interagido.

V — Os meios políticos de solução pacífica

1 — Negociação

No contencioso diplomático interestatal, sobressai a **negociação** ⁽²⁶⁾ como um método eficaz de solução de controvérsias. Já nos referimos a um

(22) Report [of a Study Group...], op. cit. supra n. 3, p. 14; D. W. BOWETT, op. cit. supra n. 8, p. 180; e cf. também D. CIOBANU, *Preliminary Objections Related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs*, The Hague, M. Nijhoff, 1975, pp. 81, 83 e 85-90.

(23) Cf. artigos III (4), XIX e VII da Carta da OUA. Para um estudo a respeito, cf. T. O. ELIAS, "The Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the Organization of African Unity", 40 *British Yearbook of International Law* (1964), pp. 338-348.

(24) D. W. BOWETT, *The Law of International Institutions*, 2.^a ed., London, Stevens, 1970, pp. 280-282.

(25) L. B. SOHN, "The Function of International Arbitration Today", 108 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1963), pp. 18-19. Em intervenção na Conferência da ONU sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados (Viena), em 4 de agosto de 1978, o delegado do Brasil (Embaixador Sette Câmara) disse que "não havia lugar para inovação em matéria de solução de controvérsias: havia um número limitado de soluções, e o problema era combiná-las de acordo com uma determinada ordem de prioridades. Se se estudassem os precedentes nesse campo, ver-se-ia, por exemplo, que os Protocolos Facultativos às Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (e) Relações Consulares (...) colocavam o recurso à jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça antes da arbitragem, e a arbitragem antes do procedimento de conciliação. Por outro lado, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados previa o estabelecimento de um mecanismo de conciliação, e a Convenção de Viena sobre Representação de Estados em Suas Relações com Organizações internacionais de Caráter Universal dispunha sobre a solução de controvérsias através de consultas (artigo 84) ou de um procedimento de conciliação (artigo 85)". ONU, *United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties — Resumed Session, Official Records* (Viena, 1978), vol. II, pp. 84-85. Cf. também infra, sobre a solução de controvérsias em tratados multilaterais.

(26) Para um estudo geral, cf. P. J. I. M. DE WAART, *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States*, The Hague, M. Nijhoff, 1973, pp. 1-202.

levantamento de 50 casos recentes no período 1945-1971 destacando a negociação como método de maior sucesso (cf. supra). Contudo, não se deve exagerar a ponto de considerá-lo como o método por excelência de solução pacífica, pois, se outros métodos existem, é precisamente porque nem sempre a negociação se mostra adequada⁽²⁷⁾. Há casos em que a negociação tem sido “complementada” por outros meios de solução pacífica: no contencioso **Ambatielos** (1952-1956), por exemplo, o insucesso das negociações precedeu a via judicial (perante a Corte Internacional de Justiça) e arbitral, o mesmo ocorrendo no caso **Minquiers e Ecrechos** (1953) perante a Corte Internacional; por outro lado, a disputa sobre os interesses petrolíferos britânicos no Irã (1951-1952), não resolvida pela Corte Internacional, culminou em solução através de negociação comercial⁽²⁸⁾. Lembre-se também que, no caso da **Plataforma Continental do Mar do Norte** (1969), opondo a Dinamarca e os Países Baixos à República Federal da Alemanha, a decisão da Corte Internacional foi tida como base inicial para negociações ulteriores que conduzissem a um acordo sobre a matéria em litígio⁽²⁹⁾.

Na América Latina, a análise da prática da negociação direta não conduz a resultados conclusivos. Se êxito houve em casos como os das negociações entre Argentina e Uruguai sobre o Rio da Prata e Frente Marítima, entre Brasil e Argentina sobre o aproveitamento das águas do rio Paraná, e entre Estados Unidos e Panamá acerca do regime do Canal, também há casos em que as negociações já se alastram por vários anos sem resultados satisfatórios, como entre Chile e Argentina sobre o Canal de Beagle, entre Venezuela e Colômbia quanto à delimitação marítima, e entre Chile e Bolívia sobre o acesso ao mar⁽³⁰⁾. Contudo, comparada aos demais métodos, a negociação, talvez por sua flexibilidade e pelo controle direto do processo por parte dos governos interessados, apresenta, conforme já indicado, resultados bem positivos.

2 — Conciliação

Um estudo patrocinado pelo UNITAR observou que a ONU tem partido do pressuposto da conciliação — e não do **enforcement** — na solução pacífica de controvérsias internacionais⁽³¹⁾. Assim, paralelamente ao pouco

(27) H. G. DARWIN, “General Introduction”, *op. cit.* supra n. 18, p. 69.

(28) H. G. DARWIN, “Methods of Peaceful Settlement — Negotiation”, *International Disputes: the Legal Aspects*, London, Europa Pubs., 1972, p. 81.

(29) Cf. ICJ, *Reports of the International Court of Justice* (1969), pp. 5-54.

(30) F. ORREGO VICUÑA, “Análisis de la Práctica Latinoamericana en Materia de Solución de Controversias durante la Década de 1970 y Sus Implicaciones para el Futuro”, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. II, Santiago, Universidad de Chile / Instituto de Estudios Internacionales, 1981, p. 99. Para comentários sobre as negociações nos casos acima mencionados, cf., e.g.: H. GROS ESPIELL, “Le traité relatif au ‘Rio de la Plata’ et sa façade maritime”, 21 *Annuaire Français de Droit International* (1975), pp. 241-249; Pr. R. Y. CHUANG, “The Process and Politics of the Ratification of the Panama Canal Treaties in the United States”, 56 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1978), pp. 95-113; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, “L’affaire du Canal de Beagle”, 23 *Annuaire Français de Droit International* (1977), pp. 408-435; P. GILHODES, “Le conflit entre la Colombie et le Venezuela: quelques arpents d’eau salée?”, 21 *Revue Française de Science Politique* (1971), pp. 1272-1289; G. ECHEVERRÍA D., M. T. INFANTE C., e W. SÁNCHEZ G., “Chile y Bolivia: Conflicto y Negociación en la Subregión”, in *Las Relaciones entre los Países de América Latina* (ed. Wálter Sánchez G.), Santiago, Ed. Universitaria, 1980, pp. 153-183.

(31) V. PECHOTA, *op. cit.* supra n. 20, p. 3. Cf. também D. W. BOWETT, *op. cit.* supra n. 8, p. 207.

uso da solução judicial ou arbitral (cf. *infra*), tem a ONU em compensação tentado fortalecer suas funções conciliatória e mediatória; assim, pode o Conselho de Segurança, e.g., estabelecer órgãos subsidiários e mesmo agir, sob certas circunstâncias, como órgão de conciliação, e órgãos subsidiários da ONU têm efetivamente sido acionados na solução pacífica de controvérsias introduzindo assim um elemento de conciliação (ausência de publicidade, debates informais) mas também se assemelhando à mediação⁽³²⁾. Tanto o Conselho de Segurança quanto a Assembléia Geral têm na prática “não raro assumido a função formal de um órgão de conciliação. Em geral, seus esforços de conciliação têm consistido em encorajar as partes a negociar, ou em colocar ao seu dispor os bons ofícios dos presidentes do Conselho de Segurança ou da Assembléia Geral ou do Secretário-Geral ou os serviços de um mediador, e em conexão com uma missão de observação de paz⁽³³⁾”.

No relato de um especialista, paralelamente às comissões de investigação e conciliação, tem a ONU desenvolvido outras técnicas de solução pacífica, ao confiar “particularmente ao presidente da Assembléia Geral certas missões de conciliação”⁽³⁴⁾. Estes métodos não se restringem ao plano global; também no plano regional há exemplos, como a Missão de Observação da OEA em Belize em 1972 (mediante acordo entre a Guatemala e o Reino Unido, este último não-membro da OEA), podendo-se igualmente registrar o convite do Chile aos Estados Unidos para submeter a conciliação o problema da nacionalização do cobre (à luz de um tratado bilateral)⁽³⁵⁾. Em se tratando de conciliação — é pertinente aqui ressaltar —, o que se almeja não é propriamente aplicar a determinada controvérsia ou reivindicação regras rígidas de direito, mas antes buscar uma aproximação entre as partes conducente a um acordo que tenha o respaldo do direito internacional⁽³⁶⁾.

3 — Investigação

Desde sua instituição pelas Convenções de Haia de 1899 e 1907 até nossos dias, o procedimento da investigação internacional tem passado por uma interessante evolução. Recorde-se, para os propósitos do presente estudo, a tentativa, pela Assembléia Geral da ONU, de pôr em prática o mecanismo de uma comissão de investigação e conciliação (1949) para auxiliar os Estados a resolver suas controvérsias mesmo fora da ONU, ou ajudar os

(32) JEAN-PIERRE COT, *La Conciliation Internationale*, Paris, Pédone, 1968, pp. 262-263; V. PECHOTA, *op. cit.* supra n. 20, pp. 50 e 54; Report [of a Study Group...], *op. cit.* supra n. 3, pp. 15-16; e cf. D. W. BOWETT, *op. cit.* supra n. 8, p. 207. Para um estudo geral, cf. também HENRI ROLIN, *La Conciliation Internationale*, Genève, Inst. Dr. Intl. (extrait), 1959, pp. 1-38.

(33) Report [of a Study Group...], *op. cit.* supra n. 3, pp. 15-16. Já se alertou para o fato de que a Assembléia Geral “é um órgão para discussão e recomendação, não para decisão”, devendo assim ser seus métodos de solução pacífica basicamente os da conciliação e mediação; F. VALLAT, “The Peaceful Settlement of Disputes”, in *Cambridge Essays in International Law — Essays in Honour of Lord McNair*, London/N.Y., Stevens/Oceana, 1965, p. 164.

(34) J. P. COT, *op. cit.* supra n. 32, p. 263.

(35) F. ORREGO VICUÑA, *op. cit.* supra n. 30, p. 99.

(36) Nesse sentido, e.g., V. PECHOTA, *op. cit.* supra n. 20, pp. 58-59.

órgãos da ONU nesse fim. Em 1967 decidiu-se pela elaboração de uma lista de **experts em fact-finding** (nomes enviados pelos Estados-Membros ao Secretário-Geral), à disposição dos Estados para impedir conflitos, destacando-se assim a função **preventiva** da investigação⁽³⁷⁾. Na prática da ONU, foi o procedimento de investigação utilizado em casos como os da Palestina (1947), Grécia (1947-1949), Indonésia (1947-1948), Alemanha (1951-1953), África do Sul (a partir de 1967), e dos territórios ocupados por Israel (desde 1967)⁽³⁸⁾. Um caso resolvido por meio da investigação foi o do **Red Crusader**, disputa opondo a Dinamarca ao Reino Unido, em que uma comissão de investigação foi estabelecida não pela ONU, mas por uma troca de notas entre os dois governos⁽³⁹⁾.

No plano regional, teve a OEA ocasião de embarcar em nova experiência na solução pacífica de controvérsias, no biênio 1977-1979, durante o conflito fronteiriço entre Costa Rica e Nicarágua: o estabelecimento de três Comissões **ad hoc** de Observadores e uma Comissão de Observadores Civis. As primeiras estiveram a cargo de verificar ou investigar os fatos (mediante visitas de inspeção, entrevistas, exame de elementos probatórios), relatando ao Conselho Permanente da OEA; também a segunda relatou ao Conselho, que adotou então resoluções e recomendações. Apesar do alcance limitado desse método (dependente do consentimento mútuo das partes), a disputa não mais se prolongou, e o experimento — além de original — foi significativo para um possível aperfeiçoamento futuro da Carta da OEA no tocante à solução pacífica de controvérsias, particularmente face à falta de vigência do Pacto de Bogotá⁽⁴⁰⁾. Outros exemplos poderiam aqui ser lembrados, como a já citada Missão de Observação da OEA em Belize (1972, supra), e o Comitê Consultivo da OUA sobre a Nigéria (1967-1968) que atuou durante a “guerra de Biafra” ou “guerra civil nigeriana”⁽⁴¹⁾. Enfim, já se observou, quanto à investigação, ser este um método que reúne todas as condições para resolver em definitivo uma controvérsia: há pouca mar-

(37) Método baseado no artigo 33 da Carta da ONU; N. BAR-YAACOV, *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, London, RIIA/OUP, 1974, pp. 296-311 e 344-347.

(38) *Ibid.*, pp. 276-292. O método de **fact-finding** foi objeto de atenção e debate nos trabalhos do Comitê Especial da ONU sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados (1964), e a Resolução n.º 2.329, de 1967, da Assembleia Geral urging os Estados-Membros a utilizarem os meios já existentes de **fact-finding**. H. G. DARWIN, [*Methods of Peaceful Settlement—*] *Factfinding and Commissions of Inquiry*, *International Disputes: the Legal Aspects*, London, Europa Publs., 1972, pp. 172-177; e cf. Report [of a Study Group...], *op. cit.* supra n. 3, p. 23; N. BAR-YAACOV, *op. cit.* supra n. 37, pp. 299-312 e 347; J. G. STARKE, *Introduction to International Law*, 7.ª ed., London, Europa Publs., 1972, p. 479, e cf. pp. 479-481. No tocante ao Conselho de Segurança da ONU em particular, cf. E. L. KERLEY, “The Powers of Investigation of the U. N. Security Council”, 55 *American Journal of International Law* (1961), pp. 892-918.

(39) Cf. N. BAR-YAACOV, *op. cit.* supra n. 37, pp. 179-195.

(40) ENRIQUE LAGOS, “Los Nuevos Mecanismos Procesales para la Eficacia de la Solución Pacífica de las Controversias, con Particular Referencia a la Práctica de la OEA en los Últimos Años”, *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. II, Santiago, Universidad de Chile/ Instituto de Estudios Internacionales, 1981, pp. 79-91.

(41) Sobre este último, cf. e.g., Z. CERVENKA, *The Organization of African Unity and Its Charter*, 2.ª ed., London, C. Hurst & Co., 1969, pp. 209-210.

gem para reservas pelas partes à apresentação do relatório final, baseado este — na solução da disputa — nos relatórios respectivos das partes (42).

4 — Bons ofícios

No plano regional, exemplo recente do exercício de bons ofícios é fornecido pela prática da ALALC (predecessora da ALADI), experimento informal, *ad hoc* e casuístico (43). É, contudo, no plano global que se encontra ilustração das mais marcantes do desenvolvimento dos bons ofícios: o exercício destes pelo Secretário-Geral da ONU, por iniciativa própria (no âmbito de sua competência) ou atendendo a solicitação de um órgão competente da ONU ou a escolha das próprias partes litigantes. Na prática, os poderes do Secretário-Geral da ONU para utilizar os bons ofícios têm se ampliado bastante, paralelamente à busca de soluções pelo consenso e conciliação; tem-se interpretado o artigo 99 da Carta da ONU como atribuindo ao Secretário-Geral “todos os poderes necessários” para a busca da solução pacífica, incluindo os de investigação (44).

Como na época da redação do capítulo VI da Carta da ONU a função do Secretário-Geral não foi definida com precisão, a própria prática subsequente tem servido de elemento de interpretação de seus poderes de bons ofícios; assim, inúmeros têm sido os exemplos de atuação do Secretário-Geral em crises internacionais, como, e.g., *inter alia*, a crise dos mísseis cubanos (1962), a guerra do Vietnã (1965-1971), o conflito entre Índia e Paquistão (1965 e 1971), a tensão entre Camboja e Tailândia (1961-1968), por vezes “preenchendo lacunas” da atuação limitada dos órgãos coletivos da ONU (45).

Naturalmente que o exercício de bons ofícios pode dar-se não apenas por parte de órgãos internacionais quanto por parte de Estados. No caso da

(42) N. BAR-YAACOV, *op. cit.* supra n. 37, pp. 326-327; para o autor, trata-se de um método apropriado para a solução de conflitos que, embora gerando tensão, provavelmente não levarão a hostilidades abertas (*ibid.*, p. 327). Para um tratamento diferenciado da investigação “autônoma”, *per se*, e “integrada”, i.e., como parte de um sistema de solução de conflitos ou de controle de aplicação de convenções internacionais, cf. T. BENSALAH, *L'Enquête Internationale dans le Règlement des Conflits*, Paris, LGDJ, 1976, pp. 3-222; para um estudo empírico, cf. G. FISCHER e D. VIGNES, *L'inspection Internationale — Quinze Études de la Pratique des États et des Organisations Internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 3-518.

(43) F. ORREGO VICUÑA, *op. cit.* supra n. 30, pp. 100 e 94. E, para um estudo a respeito, cf. FELIPE PAOLILLO e CARLOS ONS-INDART, “Estudio de los Procedimientos de Hecho Utilizados para la Solución de Conflictos en la ALALC”, 9 *Derecho de la Integración* (1971), pp. 19-73. A seu turno, o Pacto Andino (Acordo de Cartagena de 1969) refere-se, em seu artigo 23, ao Protocolo para Solução de Controvérsias, da ALALC (celebrado em Assunção, em 2 de setembro de 1967), a que se sujeitarão os países-membros do Grupo Andino se falharem as tentativas prévias (efetuadas pela Comissão, do Pacto Andino) de negociação, bons ofícios, mediação e conciliação, em caso de controvérsias acerca da interpretação ou execução do Acordo de Cartagena ou das decisões da própria Comissão. Cf. texto in: *Pacto Andino: Textos Fundamentales*, Bogotá, Ed. Colatina, 1979, p. 144.

(44) O que é um exemplo de aplicação da doutrina dos “poderes implícitos” da ONU; V. PECHOTA, *The Quiet Approach — A Study of the Good Offices Exercised by the United Nations Secretary-General in the Cause of Peace*, N. Y., UNITAR, 1972 pp. 2-9, e cf. pp. 11 e 25. Cf. também M. W. ZACHER, “The Secretary General and the United Nations Function of Peaceful Settlement”, 20 *International Organization* (1966), pp. 725-726, 730, 733-734 e 738; G. FISCHER, “Les compétences du Secrétaire Général”, 1 *Annuaire Français de Droit International* (1955), pp. 346-348. Para um estudo do histórico legislativo do artigo 99 da Carta da ONU (acerca dos poderes de seu Secretário-Geral), cf. S. M. SCHWEBEL, “The Origins and Development of Article 99 of the Charter”, 28 *British Yearbook of International Law* (1951), pp. 371-382.

(45) V. PECHOTA, *op. cit.* supra n. 44, pp. 10-11 e 17-18.

independência da Indonésia do jugo holandês e seu ingresso na ONU, papel importante foi exercido pelo Comitê de Bons Ofícios estabelecido pelo Conselho de Segurança (particularmente no biênio 1949-1950); já no caso da emancipação da Argélia do jugo francês (1955-1962), em certo estágio do conflito (1957) coube a Marrocos e Tunísia oferecer seus bons ofícios⁽⁴⁶⁾. Pouco após a independência da Argélia (1962), com o agravamento de uma disputa territorial entre esta e Marrocos, Síria e Etiópia ofereceram mediação, até que interveio uma comissão arbitral da OUA⁽⁴⁷⁾, em mais um exemplo da complementaridade dos meios de solução pacífica a que já nos referimos (supra).

5 — Mediação

Na prática, tem a ONU por vezes recorrido a “personalidades privadas para agirem como mediadores”⁽⁴⁸⁾. Não raro tem a ONU nomeado uma comissão de “bons ofícios” ou um “mediador” para a solução de controvérsias⁽⁴⁹⁾: assim, no caso da Indonésia (1947-1950), o Conselho de Segurança criou o já citado Comitê de Bons Ofícios, posteriormente (em 1949) denominado Comissão das Nações Unidas para a Indonésia; na questão da Palestina (1947-1949), a Assembléia Geral nomeou um mediador e uma comissão de conciliação para a Palestina; no conflito entre Índia e Paquistão (1948), o Conselho de Segurança criou um Comitê de Mediação, que tornou-se conhecido como Comissão das Nações Unidas para a Índia e Paquistão (UNCIP); em relação à Coreia, em 1951, a Assembléia Geral estabeleceu um Comitê de Bons Ofícios; para a questão de Chipre (1964) foi designado um mediador por recomendação do Conselho de Segurança; na crise do Oriente Médio (1967), sugeriu o Conselho ao Secretário-Geral que designasse um Representante Especial (não um mediador) para favorecer as negociações entre as partes litigantes⁽⁵⁰⁾.

No plano regional, a prática recente dos Estados latino-americanos registra alguns casos de recurso à mediação, a saber: a do Vaticano (1979) no conflito entre Chile e Argentina acerca do Canal de Beagle; a dos Chanceleres de Costa Rica, Guatemala e Nicarágua no conflito entre El Salvador e Honduras (pouco antes do início das hostilidades em 1969); a do jurista peruano Bustamante y Rivero (cujas recomendações lograram êxito no conflito entre El Salvador e Honduras⁽⁵¹⁾). Talvez tal utilização da mediação se

(46) A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 727 e 731; A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 19-20 e 22-23.

(47) M. D. DONELAN e M. J. GRIEVE, *op. cit.* supra n. 15, pp. 145-146.

(48) J.-P. COT, *op. cit.* supra n. 32, p. 263.

(49) Enquanto os “bons ofícios” consistiriam em ação visando “facilitar negociações mas sem participação na discussão do mérito da disputa”, a “mediação” incluiria também esta última; Report [of a Study Group...], *op. cit.* supra n. 3, p. 34.

(50) H. G. DARWIN, “[Methods of Peaceful Settlement —] Mediation and Good Offices”, *International Disputes: the Legal Aspects*, London, Europa Pubs., 1972, pp. 89-92.

(51) F. ORREGO VICUÑA, *op. cit.* supra n. 30, pp. 100-101.

deva à busca de flexibilidade, característica da prática latino-americana recente⁽⁵²⁾ em matéria de solução pacífica de controvérsias internacionais.

Para uma avaliação geral da aplicação dos meios políticos de solução pacífica de controvérsias internacionais persiste a dificuldade prática de que os dados relativos à solução de muitas disputas têm sido publicados ou divulgados ao passo que estudos relativos a outras ainda não⁽⁵³⁾. Quanto a sugestões avançadas para o futuro, registre-se, no tocante à mediação, a tese em favor da competência de um Estado terceiro para interpretar as regras relativas ao exercício de suas funções de solução pacífica⁽⁵⁴⁾ e de que futuras resoluções da ONU venham a definir a competência de interpretação do mediador⁽⁵⁵⁾.

VI — A solução arbitral e judicial

É conhecida a contribuição da arbitragem internacional ao desenvolvimento do capítulo da solução pacífica das controvérsias nas relações internacionais dos Estados latino-americanos. O **Survey of International Arbitrations 1794-1970** (de A. M. Stuyt), para citar apenas um exemplo, registra inúmeros casos de recurso à arbitragem por parte dos Estados latino-americanos⁽⁵⁶⁾. Quando, na passagem do século, ainda germinava o sistema interamericano, bem antes da consagração do direito de legítima defesa (individual ou coletiva) face a atos de agressão, restava precisamente o método da arbitragem para a solução pacífica de controvérsias⁽⁵⁷⁾. No plano global, a contribuição histórica do processo arbitral encontra-se registrada em coletâneas preciosas, como a de MOORE, **History and Digest of International Arbitrations**, e a de LA PRADELLE E POLITIS, **Recueil des arbitrages internationaux**, podendo casos mais recentes ser encontrados, por exemplo, nos últimos volumes dos **Reports of International Arbitral Awards** (da ONU) e dos **International Law Reports** (ed. E. Lauterpacht)⁽⁵⁸⁾.

Na América Latina, nas últimas décadas, ainda que se tenha por vezes recorrido à solução arbitral, como, e.g., no conflito chileno-argentino sobre o Canal de Beagle (1977), tem-se verificado um “declínio no prestígio da arbitragem”, particularmente a partir da conclusão de instrumentos multi-

(52) Nesse sentido, *ibid.*, p. 100.

(53) S. D. BAILEY, **Peaceful Settlement of Disputes: Ideas and Proposals for Research**, New York, 1971, p. 21.

(54) A exemplo do que ocorre com, e.g., a Assembléia Geral e o Conselho de Segurança (e órgãos subsidiários) da ONU, que detêm tal competência de interpretação.

(55) V. PECHOTA, *op. cit.* supra n. 20, pp. 54-55.

(56) Cf. A. M. STUYT, **Survey of International Arbitrations 1794-1970**, 2nd printing, Leiden/N. Y., Sijthoff/Oceana, 1976, pp. 1-539.

(57) Ch. G. FENWICK, “El Sistema Regional Interamericano: Cincuenta Años de Progreso”, **Anuário Jurídico Interamericano** (1955-1957) pp. 44-45; e cf. J. J. CAICEDO CASTILLA, “El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre Soluciones Pacíficas”, 4 **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional** (1948), n.º 8, pp. 5-33. E, para um estudo geral, cf., e.g., J. L. SIMPSON e H. FOX, **International Arbitration**, London, Stevens, 1959, pp. 1 e ss.

(58) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, **Princípios do Direito Internacional**, *op. cit.* supra n. 3, p. 98; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Elementos para uma Sistematização da Prática do Direito Internacional”, 38 **Arquivos do Ministério da Justiça** (1981), n.º 158, p. 32.

laterais como o Pacto de Bogotá (1948) e o TIAR (1947)⁽⁵⁹⁾. A isto se acrescenta que, se Estados houve que lograram êxitos com o recurso ao método arbitral, também houve Estados na região que não tiveram experiência histórica das mais felizes com a arbitragem internacional. Ademais, a solução arbitral nem sempre se presta a generalizações, por ser meio essencialmente *ad hoc*, casuístico e descontínuo de solução de controvérsias internacionais.

Neste ponto se distingue da solução propriamente judicial, que implica o recurso a órgãos (*permanentes*) com *competência preestabelecida*⁽⁶⁰⁾. Esse tipo de solução, segundo o levantamento recente de 50 disputas desde 1945, a que já nos referimos (*supra*), apresenta resultados bastante modestos, talvez os menos positivos. Não é de se esperar que tribunais internacionais preencham a lacuna gerada pela ausência de um legislativo internacional, e a função modesta que têm exercido talvez se deva em parte ao fato de que não raro o que buscam as partes litigantes não é tanto uma interpretação do direito, mas antes uma modificação no direito⁽⁶¹⁾.

Ocorre que a solução judicial deriva de uma analogia com a função dos tribunais no direito interno, por vezes gerando expectativas irrealistas, nem sempre funcionando a contento no plano das relações internacionais⁽⁶²⁾. Com efeito, dos 50 casos solucionados, em mais de 3/4 não foi a solução judicial e arbitral sequer contemplada; em não mais que 12 foi tal solução cogitada, e dentre estes em 7 foi proposta por uma parte e não aceita pela outra; nos apenas 4 casos em que o procedimento foi efetivamente utilizado (casos da África do Sudoeste, 1950-1966; do petróleo anglo-iraniano, 1950-1953; dos direitos de passagem de Portugal em território indiano, 1960; e do conflito entre Argélia e Marrocos), não levou a resultados plenamente satisfatórios⁽⁶³⁾.

No que concerne à prática latino-americana, é sintomático que de 1945 até o presente Estados latino-americanos tenham comparecido como partes litigantes perante a atual Corte Internacional de Justiça em apenas

(59) Cf. Ch. G. FENWICK, "Inter-American Regional Procedures for the Settlement of Disputes", 10 *International Organization* (1956), pp. 12-13.

(60) Há os que consideram a arbitragem como um método intermediário entre a conciliação e a solução judicial. A arbitragem não foi inteiramente substituída pela solução judicial (Corte Internacional de Justiça), podendo ainda exercer sua função na solução de litígios internacionais relativos à "interpretação de uma variedade de instrumentos internacionais"; L. B. SOHN, *op. cit.* *supra* n. 25, pp. 11, 81 e 85. Pondera ainda o autor que a Corte Permanente de Arbitragem "is not really a permanent tribunal but only provides a framework for the selection of arbitrators from among the members of a panel" (*ibid.*, p. 22).

(61) F. S. NORTHEDGE e M. D. DONELAN, *op. cit. supra* n. 4, pp. 326 e 330; e cf., para um estudo geral, e.g., Max-Planck-Institut, *International Symposium on the Judicial Settlement of International Disputes*, Heidelberg, 1972, pp. 1-28 (mimeografado).

(62) REMIGIUSZ BIERZANEK, "Some Remarks on the Function of International Courts in the Contemporary World", 7 *Polish Yearbook of International Law* (1975) pp. 121-150. O desencanto com o método judicial é compartilhado por outros autores, e.g.: F. HONIG, "The Diminishing Role of the World Court", 34 *International Affairs* (1958), pp. 184-194; C. H. W. WALDOCK, "Decline of the Optional Clause", 32 *British Yearbook of International Law* (1955-1956), pp. 244-287; J. FAWCETT, *International Economic Conflicts: Prevention and Resolution*, London, Europa Publs., 1977, pp. 80-81.

(63) F. S. NORTHEDGE e M. D. DONELAN, *op. cit. supra* n. 4, pp. 321-330, esp. pp. 323-324.

4 casos, a saber, os do **Asilo** (Colômbia v. Peru, 1950-1951), **Nottebohm** (Liechtenstein v. Guatemala, 1953-1955), da **Antártica** (Reino Unido v. Argentina e Chile, 1956), e da **Sentença Arbitral de 1906 do Rei da Espanha** (Honduras v. Nicarágua, 1960)⁽⁶⁴⁾. Neste último, envolvendo questão de validade de sentença arbitral em delimitação fronteiriça, a Corte acatou a posição hondurenha (pela validade), assim como favoreceu a Guatemala (questão de nacionalidade efetiva) no caso **Nottebohm**; no caso da **Antártica** declarou-se incompetente (face à recusa tanto da Argentina quanto do Chile em reconhecer-lhe jurisdição), ao passo que, no caso do **Asilo**, suas decisões (de 1950 e 1951) foram tão inconclusivas que a questão acabou por ser resolvida por um acordo (em 1954) entre os governos colombiano e peruano. A posição da Corte no caso do **Asilo** contribuiu para alienar muitos dos Estados latino-americanos⁽⁶⁵⁾, algo semelhante ocorrendo, anos após, em relação aos Estados africanos, em virtude da infeliz decisão no caso da **África do Sudoeste** (Etiópia e Libéria v. África do Sul, 1966)⁽⁶⁶⁾, que a própria Corte tentou "remediar" pelo celebrado Parecer de 1971 sobre a **Namíbia**⁽⁶⁷⁾.

Nos anos que se seguiram ao estabelecimento da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OUA (1963, supra), esta permaneceu virtualmente inativa, pois os Estados-Membros da OUA revelavam nítida preferência pela solução política ao invés dos meios mais formais e quase judiciais disponíveis naquela Comissão, o que levou, por exemplo, a uma solução fora desta dos conflitos opondo a Somália ao Quênia e à Etiópia, a disputa territorial entre Argélia e Marrocos, e a controvérsia entre Costa do Marfim e Guiné sobre detenção de diplomatas⁽⁶⁸⁾. A relutância é ainda maior quanto a um órgão judicial permanente como a Corte de Haia, cujos juízes, ao ingressarem na Corte, dependem, além da aprovação da Assembleia Geral, de recomendação do Conselho de Segurança da ONU. Recordese, a propósito, que se até o início de 1964 eram quatro os juízes latino-americanos, após esta data ficaram reduzidos a dois⁽⁶⁹⁾.

Consciente da preferência dos Estados por métodos menos formais e mais flexíveis de solução pacífica de controvérsias internacionais, a própria Corte Internacional de Justiça houve por bem proceder em 1972 a emendas

(64) Quanto à sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, recorde-se o caso dos **Empréstimos Brasileiros** (França versus Brasil, 1929), decidido favoravelmente à França. Cf., e.g., V. MAROTTA RANGEL, "Decisões da Corte Internacional de Justiça em Casos Submetidos por Estados Americanos; Tendências Atuais da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais", **Quinto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 1978**, OEA doc. OEA/Ser. Q/V. C-5, CJI-38, 1978/1979, pp. 348-361.

(65) G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, **Diplomacy in International Law**, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 105; e cf. H. VALLADÃO, **Direito Internacional Privado**, vol. III, Rio de Janeiro/São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1978, p. 279.

(66) Para uma apreciação interessante, cf. A. J. POLLOCK, "The South West Africa Cases and the Jurisprudence of International Law", 23 **International Organization** (1969), pp. 767-787.

(67) Cf. **ICJ Reports** (1971) pp. 4-345.

(68) D. W. BOWETT, *op. cit. supra* n. 24, p. 283.

(69) V. MAROTTA RANGEL, *op. cit. supra* n. 64, p. 361.

a seu Regulamento⁽⁷⁰⁾ nesse propósito; em 1978 o Regulamento da Corte foi novamente revisto⁽⁷¹⁾. Atualmente, a nova tendência, de busca de maior simplicidade e flexibilidade no procedimento perante a Corte, já começa a se fazer sentir: em 25 de novembro de 1981, Canadá e Estados Unidos notificaram a Corte Internacional de Justiça do acordo que concluíram para submeter sua disputa limítrofe no Golfo de Maine a uma Câmara da Corte Internacional de Justiça⁽⁷²⁾, composta de 5 de seus juízes, eleitos para a Câmara⁽⁷³⁾.

Os resultados obtidos pela solução judicial de controvérsias internacionais (cf. supra) não permitem, contudo, chegar à conclusão de seu declínio inexorável e generalizado. É de se admitir, por exemplo, a adequação e eficácia de tribunais na solução de determinadas controvérsias sem maiores implicações políticas e em que preponderam elementos jurídicos⁽⁷⁴⁾. Ademais, verifica-se hoje a existência de tribunais, por assim dizer, "especializados" (como as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos⁽⁷⁵⁾, o Tribunal de Justiça de Pacto Andino)⁽⁷⁶⁾, para dirimir determinadas categorias de casos⁽⁷⁷⁾. É significativo observar que o projeto de Convenção sobre Direito de Mar resultante dos trabalhos da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar prevê, *inter alia*, no tocante à solução de controvérsias internacionais, além do procedimento de conciliação e constituição de uma Comissão de Conciliação (Anexo V), o estabelecimento de um Tribunal de Direito do Mar, com uma Câmara para Disputas sobre os Fundos Oceânicos e a possibilidade de formar tantas câmaras especiais para lidar com determinadas categorias de disputas (Anexo VI), e também a elaboração de uma lista de árbitros e a constituição de um Tribunal Arbitral (Anexo VII) e um

(70) As emendas entraram em vigor em 1.º de setembro de 1972. Cf. 29 *Yearbook of the International Court of Justice* (1974-1975), pp. 3-4 e 120.

(71) Cf. CIJ, *Règlement de la Cour* (adopté le 14 avril 1978), pp. 93-161.

(72) 20 *International Legal Materials* (1981), n.º 6, pp. 1371-1390; e cf. 21 *International Legal Materials* (1982), n.º 3, pp. 601-602.

(73) Cf. *Government of Canada, News Release n.º 6/82*, de 26 de janeiro de 1982, p. 30. Cf. também, a respeito, E. ZOLLER, "La première constitution d'une Chambre spéciale par la Cour Internationale de Justice", 86 *Revue Générale de Droit International Public* (1982), pp. 305-324.

(74) R. BIERZANEK, *op. cit.* supra n. 62, p. 150; sobre as funções dos tribunais internacionais, cf. M. O. HUDSON, *International Tribunals — Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Inst., 1944, pp. 233-249; e cf. CH DE VISSCHER, *De l'Équité dans le Règlement Arbitral ou Judiciaire des Litiges de Droit International Public*, Paris, Pédone, 1972, p. 4.

(75) Cf. a respeito, respectivamente, A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1977), pp. 141-185; e cf. 20 *International Legal Materials* (1981) n.º 6, pp. 1.424-1.435 (para a primeira decisão, de 13 de novembro de 1981, da Corte Interamericana de Direitos Humanos); EDMUNDO VARGAS C., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 2, Santiago, Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, pp. 128-155.

(76) Cf., e.g., F. H. PAOLILLO, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 2, Santiago, Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, pp. 107-127.

(77) V. MAROTTA RANGEL, *op. cit.* supra n. 64, p. 361.

procedimento arbitral especial (tribunal especial com poderes investigatórios, Anexo VIII) (78).

VII — Solução de controvérsias em tratados multilaterais

Aos dispositivos sobre solução de controvérsias do atual projeto de Convenção resultante da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar (supra) poderíamos acrescentar outros exemplos pertinentes. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), e.g., prevê recurso a conciliação (artigo 66, e Anexo) em caso de controvérsias quanto a nulidade, terminação e suspensão de tratados; procedimento análogo está previsto na Convenção de Viena sobre Representação dos Estados em suas Relações com as Organizações Internacionais de Caráter Universal, de 1975 (artigo 85), e na Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados, de 1978 (parte VI, artigo 42), ambos consagrando a conciliação (79).

O Tratado da Antártida (1959) prevê consultas entre as Partes Contratantes para que qualquer dissídio quanto a sua interpretação ou aplicação se resolva por negociação, investigação, mediação, conciliação, arbitramento, decisão judicial (recurso à Corte Internacional de Justiça) ou qualquer outro meio pacífico de sua escolha (artigo XI). Similarmente, o Tratado para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina (ou Tratado de Tlatelolco, 1967) dispõe que qualquer questão ou controvérsia quanto a sua interpretação ou aplicação poderá ser submetida à Corte Internacional de Justiça, a não ser que às partes interessadas convenha algum outro meio de solução pacífica (artigo 24).

No plano regional latino-americano, a obra de codificação dos métodos de solução pacífica de controvérsias que foi o Pacto de Bogotá (1948) representou a um tempo o ponto culminante de uma evolução marcada por uma sucessão de diversos tratados multilaterais sobre a matéria, como, por exemplo, do Tratado Gondra (1923, de prevenção de conflitos entre os Estados americanos), as duas Convenções Gerais de Washington de Conciliação e Arbitragem Interamericanas (1928-1929), o Tratado Antibélico de Não-

(78) ONU, III Conference on the Law of the Sea, *Informal Composite Negotiating Text/Revision 2*, UN doc. A/CONF.62/WP.10/Rev.2, de abril de 1980, pp. 182-199; cf. também a parte XV do projeto de Convenção (artigos 279-303) sobre solução de disputas, *ibid.*, pp. 136-144, e os artigos 264 e 265 do projeto de Convenção, *ibid.*, p. 130. Observe-se, no entanto, que recentemente a própria Corte Internacional de Justiça tem por vezes sido acionada em casos pertinentes ao direito do mar, o que poderia trazer implicações para o projetado Tribunal de Direito do Mar. Assim, desde o célebre caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (1969), supra, registrem-se as seguintes decisões da Corte: casos da *Jurisdicção de Pesca*, Reino Unido e República Federal da Alemanha versus Islândia, julgamentos de 25 de julho de 1974, *ICJ Reports* (1974), pp. 3-35 e 175-206; caso da *Plataforma Continental do Mar Egeu*, Grécia versus Turquia, julgamento de 19 de dezembro de 1978, *ICJ Reports* (1978), pp. 3-45; caso da *Plataforma Continental*, Tunísia versus Líbia, julgamento de 24 de fevereiro de 1982, *ICJ Reports* (1982), pp. 18-94 (e cf. também caso da *Plataforma Continental*, Líbia versus Malta, ordem de 27 de julho de 1982, *ICJ Reports* (1982), pp. 554-555); além do já citado caso da *Delimitação da Fronteira Marítima na Área do Golfo de Maine* (cf. supra), Canadá versus Estados Unidos, ordem de 1.º de fevereiro de 1982, *ICJ Reports* (1982), pp. 15-18. Para um estudo recente da negociação e fixação dos limites laterais marítimos na prática dos Estados, a nível bilateral, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Direito do Mar: Indicações para a Fixação dos Limites Laterais Marítimos", 55 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1982), pp. 89-138.

(79) HUGO CAMINOS, "Nuevos Mecanismos Procesales para la Eficacia de la Solución Pacífica de Controversias, con Particular Referencia a la Solución No Judicial en el Ámbito de las Naciones Unidas", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. II, Santiago, Universidad de Chile/Instituto de Estudios Internacionales, 1981, pp. 21-23. Cf. também, sobre o tópico em questão, a nota 25, supra.

Agressão e Conciliação (1933, também conhecido como Tratado Saavedra Lamas), a Convenção sobre Manutenção, Preservação e Reestabelecimento da Paz (1936, estabelecendo o sistema de consultas recíprocas), e os Tratados sobre Prevenção de Controvérsias e sobre Bons Ofícios e Mediação (ambos de 1936). Conforme observamos em pesquisa recente a respeito, em tais experimentos de solução pacífica de controvérsias que precederam o Pacto de Bogotá e o TIAR, “a contribuição de tratados foi decisiva, mas nem por isso deve ser exagerada”, uma vez que “a multiplicidade de tratados nessa área pode inclusive ser tida como um sintoma de sua insuficiência, senão, em alguns casos, ineficácia” (80).

O que na prática se tem verificado nessa área é uma busca de soluções individuais para cada caso, ao invés de uma aplicação automática dos mecanismos institucionais do sistema interamericano. Ilustram-no alguns dos litígios ainda pendentes na América Latina (como, e.g., a crise entre Peru e Equador em 1981, os casos de El Salvador, 1981, e Nicarágua, 1978-1979). Também no passado, houve casos solucionados naturalmente por procedimentos interamericanos (como, e.g., a controvérsia entre Haiti e República Dominicana em 1937, resolvida pela Comissão de Investigação e Conciliação estabelecida sob o Tratado Gondra de 1923 e a Convenção de Washington de Conciliação Interamericana de 1929), assim como casos resolvidos não pelos mecanismos dos tratados existentes, mas por Comissões *ad hoc* (como, e.g., os litígios fronteiriços entre Guatemala e Honduras em 1930, e Equador e Peru em 1942), e enfim casos que transcenderam o âmbito puramente regional (como, e.g., o conflito do Chaco em 1929 e a controvérsia de Leticia entre Colômbia e Peru em 1934, que contaram com a assistência da Liga das Nações; os já mencionados casos do Asilo entre Peru e Colômbia, 1950-1951, e do conflito fronteiriço entre Honduras e Nicarágua relativo ao laudo arbitral de 1906 do rei da Espanha, 1960, ambos objeto de decisões da Corte Internacional de Justiça; e a controvérsia chileno-argentina sobre o Canal de Beagle, objeto de mediação da Santa Sé a partir de 1979, após o laudo arbitral de 1977 (81).

Em parecer de 1971, recomendou a Comissão Jurídica Interamericana a todos os Estados-Membros da OEA a ratificação do Pacto de Bogotá como “o melhor meio para consolidar e aperfeiçoar o sistema interamericano de paz” (82). Contudo, o Pacto, que chegou a ser invocado no conflito limítrofe entre Honduras e Nicarágua em 1957 (83) tem na prática permanecido — em virtude das reservas e do número insuficiente das ratificações — um instrumento virtualmente inoperante. E do presente estudo se pode depreender que, em nossos dias, há uma clara tendência dos Estados da região a

(80) A. A. CAÑADO TRINDADE, “O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina”, 19 *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal (1982), n.º 74, pp. 163-164.

(81) *Ibid.*, pp. 167-169.

(82) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales 1967-1973*, vol. X, Washington, Secretaría-General de la OEA, 1978, p. 407, e cf. pp. 392-407.

(83) J. C. LUPINACCI, “Los Procedimientos Jurisdiccionales en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)”, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1962), pp. 205-206; A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *The Organization of American States*, Dallas, Southern Methodist Univ. Press, 1963, pp. 315-316; assim, o envio do caso à Corte de Haia se fez à luz dos dispositivos a respeito, do Pacto de Bogotá.

favorecer, não um instrumento abrangente codificador como o Pacto de Bogotá, mas métodos de solução pacífica menos rígidos e mais flexíveis, adequados a cada caso concreto⁽⁸⁴⁾ (cf. supra). Aliás, caberia aqui recordar o exemplo da Comissão Interamericana de Paz, criada por uma resolução e não por um tratado⁽⁸⁵⁾, que, coexistindo com os procedimentos do Pacto de Bogotá e do TIAR, veio a assumir relevante função na solução pacífica de controvérsias internacionais: a despeito de sua base não-convencional, foi acionada em inúmeras ocasiões, podendo-se atribuir o seu sucesso à flexibilidade de ação (sem as dificuldades dos procedimentos do Pacto de Bogotá e do TIAR) e à rapidez de atuação (não sujeita a interpretação e obrigações rígidas derivadas de tratados), podendo agir por iniciativa própria⁽⁸⁶⁾. A Comissão teve suas faculdades ampliadas em 1959 e, quando da reforma da Carta da OEA (Protocolo de Buenos Aires de 1967), foi substituída pela Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas, com poderes mais amplos mas como órgão subsidiário do Conselho Permanente da OEA⁽⁸⁷⁾.

VIII — Forças de paz ou emergência

Questão que não tem passado sem controvérsia é a das “bases constitucionais” das forças de paz ou emergência da ONU⁽⁸⁸⁾. Podem estas exercer funções distintas, como, e.g., medidas coercitivas (*enforcement action*, como no caso da Coreia em 1950) e de manutenção da paz (*peace keeping*, mediante cessar-fogo, trégua e armistício, controle de fronteira, defesa e segurança de áreas sob controle da ONU, manutenção de ordem em um Estado — como, *inter alia*, a ONUC no Congo em 1961). Embora criadas tais forças por recomendação do Conselho de Segurança, pode alguma delas ser estabelecida como órgão subsidiário da Assembléia Geral, a exemplo da UNEF⁽⁸⁹⁾.

Na prática, em caso de paralisia do Conselho de Segurança (pelo veto de um de seus membros permanentes), a celebrada resolução **Uniting for Peace** tem sido acionada antes para a convocação de uma sessão especial

(84) Nesse sentido, e.g., F. ORREGO VICUÑA, *op. cit.* supra n. 30, p. 101; e cf. E. Lagos, *op. cit.* supra n. 40, pp. 79-91.

(85) Resolução XIV da Reunião dos Ministros de Relações Exteriores (Havana) em 1940; a Comissão foi formalmente constituída em 1948.

(86) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 80, pp. 166-167; A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS JR., *op. cit.* supra n. 83, pp. 125-128 e 301-302; Ch. G. FENWICK, *The Organization of American States*, Washington, Kaufmann Pr., 1963, pp. 198-208; A. HERRARTE, “Solución Pacífica de las Controversias en el Sistema Interamericano”, *Sexto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA doc. OEA/Ser.Q/V.C-6, CJI-40, 1979-1980, pp. 222-223 e 231.

(87) C. SEPÚLVEDA, “The Reform of the Charter of the Organization of American States”, 137 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972), pp. 129-130 e cf. p. 118; A. HERRARTE, *op. cit.* supra n. 86, p. 223; F. GARCÍA AMADOR (org.), *Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y Otros Documentos*, vol. I, Washington, Secretaría-General de la OEA, 1981, pp. 751-772.

(88) Podem estas ser, quando da criação das forças por recomendação do Conselho de Segurança, o artigo 39 *simpliciter* ou combinado com o artigo 42, e os artigos 41 e 40 (este último, principalmente, para a constituição dos grupos de observação da ONU). O Parecer da Corte Internacional de Justiça no caso de *Certas Despesas da ONU* (1962) foi, no entanto, inconclusivo a esse respeito.

(89) Com base no artigo 14, e, desde que não destinada a *enforcement action*, também com base no artigo 11(2).

de emergência da Assembléa Geral (como, e.g., nos casos da Hungria em 1956 e do Líbano em 1958) do que propriamente para a criação de forças de paz. Para este objetivo, têm-se invocado particularmente os princípios e propósitos da Carta da ONU (e.g., na criação da UNEF), e mesmo a doutrina dos “poderes implícitos” da ONU⁽⁹⁰⁾. Durante a crise árabe-israelense de 1967, curiosamente o Secretário-Geral da ONU resolveu retirar a UNEF; como esta era órgão subsidiário da Assembléa Geral⁽⁹¹⁾, a Assembléa — e não o Secretário-Geral apenas — tinha autoridade legal para terminar sua existência. Tem-se assim sugerido que futuras forças de paz só possam vir a ser retiradas mediante o consentimento do Conselho de Segurança ou da Assembléa Geral⁽⁹²⁾.

IX — Outros pontos de interesse

Outros aspectos de interesse do capítulo do direito internacional em estudo poderiam ser aqui mencionados, como, e.g., a solução de conflitos em áreas específicas⁽⁹³⁾ através dos mecanismos das agências especializadas da ONU⁽⁹⁴⁾, as relações entre a ONU e as organizações regionais na solução pacífica de controvérsias internacionais⁽⁹⁵⁾, e as características próprias a determinados mecanismos regionais na solução de conflitos⁽⁹⁶⁾. No tocante ao relacionamento específico entre a ONU e a OEA na solução pacífica de controvérsias, já se havia desenvolvido a prática, desde o clássico caso da **Guatemala** em 1954, de que o mecanismo regional interamericano teria que ser utilizado antes do da ONU; ora, a reforma do TIAR (artigo 2) de 1975, que ainda não entrou em vigor, veio dar “visivelmente maior participação” ao sistema de segurança da ONU “no âmbito dos mecanismos do

(90) Cf. o estudo detalhado de D. W. BOWETT, *United Nations Forces — A Legal Study of United Nations Practice*, London, Stevens, 1964, cap. 8, pp. 266-312. Cf. também H. KELSEN, *Recent Trends in the Law of the United Nations* (A Supplement to *The Law of the United Nations*), London, Stevens, 1951, cap. 4, pp. 853-990.

(91) Sob o artigo 22 da Carta da ONU.

(92) N. BAR-YAACOV, *resenha de The Arab-Israeli Conflict* (ed. J. N. MOORE, 3 vols.), in: 12 *Israel Law Review* (1977), pp. 263-265 e 267-268. Sobre a matéria, cf. também, e.g., F. SEYERSTED, “United Nations Forces: Some Legal Problems”, 37 *British Yearbook of International Law* (1961), pp. 351-475.

(93) Para a prevenção e solução de conflitos de conteúdo econômico, por exemplo, cf., e.g., J. FAWCETT, *op. cit.* supra n. 62, pp. 1-82, esp. pp. 23-26, 58, 69-71, 79-82 (e.g., os mecanismos da UNCTAD, GATT, FMI, BIRD e a solução de disputas de investimentos).

(94) Cf., e.g., J. F. McMAHON e M. AKEHURST, “Settlement of Disputes in Special Fields”, *International Disputes: the Legal Aspects*, London, Europa Publ., 1972, pp. 211-287; J.-P. COT, *op. cit.* supra n. 32, pp. 315-347 (e.g., os da OIT, UNESCO, OACI, FAO, UPU, UIT, IMCO, OMS, OMM; e, a nível regional, OEA, OUA, Conselho da Europa, CEE).

(95) Cf. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “La coordination des systèmes de l'ONU et de l'Organisation des États Américains pour le règlement pacifique des différends et la sécurité collective”, 111 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1964), pp. 419-526; J. H. McNEILL, “Regional Enforcement Action under the United Nations Charter and Constraints upon States Not Members”, 9 *Cornell International Law Journal* (1975), pp. 1-23; M. AKEHURST, “Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States”, 42 *British Yearbook of International Law* (1967), pp. 175-227; R. A. AKINDELE, “The Organization of African Unity and the United Nations: A Study of the Problems of Universal-Regional Relationship in the Organization and Maintenance of International Peace and Security”, 9 *Canadian Yearbook of International Law* (1971), pp. 30-58.

(96) Cf., e.g., M. BEDJAOU, “Le règlement pacifique des différends africains”, 18 *Annuaire Français de Droit International* (1972), pp. 85-99; C. WISSA-WASSEF, “La Ligue des États Arabes face aux conflits inter-arabes”, 38 *Politique Étrangère* (1973), pp. 51-83; A. C. KISS, “Le Conseil de l'Europe et le règlement pacifique des différends”, 11 *Annuaire Français de Droit International* (1965), pp. 668-686.

próprio TIAR⁹⁷; limitava-se, ainda mais, o sistema interamericano, porquanto só se poderiam aplicar as medidas de legítima defesa até que intervisse o Conselho de Segurança da ONU⁹⁷). Quanto às perspectivas da solução pacífica de controvérsias internacionais, talvez o desenvolvimento mais significativo dos últimos anos resida nos trabalhos correntes a respeito, do Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização (criado em 1975), a cujo exame passamos a seguir.

X — Perspectivas da solução pacífica: os trabalhos correntes do Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização

O Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização, estabelecido em dezembro de 1975⁹⁸) e composto por 47 Estados-Membros⁹⁹), cedo voltou suas atenções precisamente ao capítulo da solução pacífica das controvérsias internacionais como “aspecto prioritário da atuação das Nações Unidas”, mesmo porque as possibilidades abertas pela Carta “não haviam sido plenamente utilizadas”¹⁰⁰). Observou-se, logo de início, que apenas 7 Estados haviam até então aderido ao Ato Geral Revisto de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais (que entrara em vigor em 1950), e que talvez se devessem reestudar os mecanismos de solução pacífica em conexão com uma proposta de elaboração de um tratado sobre a não-utilização da força nas relações internacionais¹⁰¹) (cf. infra).

A esse respeito, o Secretário-Geral preparou um estudo (fevereiro de 1976) contendo uma série de sugestões avançadas por Estados-Membros. Foi ventilada a possibilidade de um tratado geral, e, no tocante aos mecanismos de solução pacífica, de uma ampliação das idéias incorporadas no capítulo VI da Carta; quanto às opções disponíveis sob o artigo 33, sugeriram-se a previsão de uma seqüência entre negociações diretas e interposição de terceiros (para litígios não solucionados pelas primeiras), e da aceitação da solução arbitral ou judicial quando a negociação, investigação, mediação ou conciliação se mostrassem insuficientes¹⁰²).

Mais concretamente, defendeu-se o fortalecimento das funções do Conselho de Segurança, da Assembléia Geral e do Secretário-Geral no tocante ao **fact-finding**, através do uso mais eficaz de grupos de **experts** e **fact-finding panels**; enquanto alguns Estados advogavam maior atuação da diplomacia preventiva, e do exercício mais amplo de bons ofícios pelo Secretário-

(97) F. ORREGO VICUÑA, “El Sistema Interamericano de Seguridad Colectiva”, *Antecedentes, Balance y Perspectivas del Sistema Interamericano* (ed. R. Díaz Albónico), Santiago, Ed. Univ., 1977, p. 120; e cf. A. GÓMEZ ROBLEDO, “El Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca”, 17 *Foro Internacional* (1977), pp. 338-357.

(98) Resolução 3.499 (XXX), de 15-12-1975, da Assembléia Geral da ONU.

(99) Cf. ONU, *supl. n.º 33 (A/33/33)*, *cit. infra* n. 107, pp. 2-3.

(100) ONU, *Report of the Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, *supl. n.º 33 (A/32/33)*, 1977, pp. 39 e 42.

(101) *Ibid.*, pp. 42-46.

(102) *Ibid.*, pp. 140-143.

Geral, outros indicavam que os procedimentos conciliatórios nem sempre funcionavam a contento. Daí emergiram as sugestões da criação de uma Comissão de Conciliação e Arbitragem, permanentemente à disposição dos Estados⁽¹⁰³⁾, e de uma comissão permanente (da Assembléia Geral, artigos 10, 14 e 22) exercendo as funções de mediação, bons ofícios e conciliação, tanto na solução pacífica quanto na prevenção do agravamento de controvérsias. Tais sugestões (de criação de órgãos permanentes) também encontraram oposição com base na soberania dos Estados e no direito destes de livre escolha dos meios de solução pacífica de litígios⁽¹⁰⁴⁾.

O fato de o clima geral não ser muito favorável à solução judicial não impediu que sugestões fossem apresentadas também a esse respeito. Enquanto para alguns Estados o fortalecimento da Corte Internacional de Justiça requeria uma revisão da Carta da ONU e do Estatuto da Corte, para outros o desempenho da Corte dependia em última análise da própria vontade política dos Estados. Alguns Estados recomendaram que a Corte deveria ter o poder de, por exemplo, resolver qualquer controvérsia — pendente no Conselho de Segurança ou Assembléia Geral — acerca do *status* jurídico de um Estado tentando ingressar na ONU. Defendeu-se a redução das formalidades em se levar um caso perante a Corte e maior brevidade no procedimento (e.g., pelo estabelecimento de prazos a serem observados)⁽¹⁰⁵⁾.

Sugeriu-se que as câmaras — que a Corte pode vir a criar consoante os artigos 26-29 do Estatuto — se tornassem permanentes (para lidar com problemas específicos, como, e.g., os de direito do mar, direito aeronáutico e direito financeiro); também se avançou a sugestão da possível criação de câmaras regionais. Houve quem defendesse a idéia de se estender às organizações internacionais a faculdade de invocar a jurisdição da Corte (desde que não para atacar Estados-Membros da ONU). A prática de inclusão em tratados de dispositivos atribuindo à Corte jurisdição na solução de quaisquer controvérsias acerca de sua interpretação e aplicação foi encorajada. Enfim, observou-se que, a despeito da iniciativa do Conselho de Segurança de solicitar um parecer à Corte no caso da *Namíbia* (1971), pouco uso se fez da Corte nesse sentido: talvez fosse útil adotar uma regra pela qual a solicitação de um parecer à Corte pudesse dar-se por decisão de 1/3 dos membros e não mais por decisão majoritária; ademais, aventou-se “a possibilidade de se estender a jurisdição consultiva da Corte a Estados-Membros, assim como ao Secretário-Geral e a um número de organizações internacionais que até o presente não dispuseram de tal prerrogativa”⁽¹⁰⁶⁾.

Em março de 1978 o Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização decidiu estabelecer um Grupo de Trabalho cuja prioridade básica viria a ser o tópico da solução pacífica

(103) *Tal Comissão seria criada pelo Conselho de Segurança (artigo 29), e composta de 5, 7, 9 ou 11 pessoas de reconhecido mérito (tais como ex-presidentes da Assembléia Geral), respeitada a repartição geográfica equitativa; adotaria ela seus próprios procedimentos e métodos, e seu trabalho seria conduzido de modo confidencial. Ibid., p. 144, e cf. pp. 143-144.*

(104) *Ibid.*, pp. 144-145.

(105) *Ibid.*, pp. 145-147.

(106) *Ibid.*, pp. 146-148.

de controvérsias: como etapa preliminar, foram compiladas 51 propostas a respeito⁽¹⁰⁷⁾. A seguir, o Comitê Especial preparou uma lista de propostas e examinou o relatório do Grupo de Trabalho⁽¹⁰⁸⁾ (em 1979). Consultados os governos e coletados os “working papers” por eles apresentados, o Grupo de Trabalho chegou à conclusão, em 1980, de que se deveria preparar um projeto de Declaração sobre Solução Pacífica de Controvérsias⁽¹⁰⁹⁾. Já plenamente desencadeado o processo de elaboração do projeto de Declaração, no ano seguinte o que se verificou foi um estudo detalhado dos textos preparados pelo Grupo de Trabalho e através de consultas informais (aos Estados-Membros) feitas pelo Comitê Especial⁽¹¹⁰⁾.

Enfim, em 1982, concluiu o Comitê Especial o projeto da Declaração de Manila sobre Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, submetido à apreciação da Assembléia Geral da ONU; o projeto tem início com um preâmbulo (com 11 considerandos), a que se segue a parte I, com 13 parágrafos. Nesta são reafirmados os princípios da boa fé, da solução pacífica de controvérsias, da igualdade soberana dos Estados, e da livre escolha dos meios de solução pacífica (negociação, investigação, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a órgãos regionais, bons ofícios ou outros meios pacíficos). O recurso a órgãos regionais não é tido como um pré-requisito para se levar um litígio perante o Conselho de Segurança ou a Assembléia Geral da ONU. No caso de fracasso de qualquer dos meios de solução pacífica (supra), prevê-se um recurso ao Conselho de Segurança. É vedada a ameaça ou o uso da força pelas partes litigantes⁽¹¹¹⁾.

A parte II do projeto de Declaração, com 6 parágrafos, começa por conclamar os Estados-Membros a utilizarem os dispositivos da Carta — particularmente do capítulo VI — de solução pacífica de controvérsias. São especialmente significativos os parágrafos 3 a 6, dedicados, respectivamente, à Assembléia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça e Secretário-Geral da ONU. O parágrafo 3º reafirma a função da Assembléia Geral de debate e — sob o artigo 12 — recomendação de medidas para solução pacífica de situações que possam afetar as relações amistosas entre os Estados, e exorta os Estados a utilizarem consultas no âmbito da Assembléia (e órgãos subsidiários) com vistas a facilitar a solução

(107) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, supl. n.º 33 (A/33/33), 1978, pp. 3-4 e 63-70. No decorrer do Relatório do Comitê Especial encontram-se referências ao esforço anterior de sistematização, qual seja, o da Declaração de Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU (1970); cf. *ibid.*, pp. 15 e 21; sobre os trabalhos de elaboração daquela Declaração da Assembléia Geral da ONU, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional...*, op. cit. supra n. 3, cap. II, pp. 51-94.

(108) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, supl. n.º 33 (A/34/33), 1979, pp. 5-18.

(109) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, supl. n.º 33 (A/35/33), 1980, pp. 63-108.

(110) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, supl. n.º 33 (A/36/33), 1981, pp. 71-91.

(111) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on the Charter of the United Nations and on the Strengthening of the Role of the Organization*, supl. n.º 33 (A/37/33), 1982, pp. 9-11; o projeto de Declaração contém uma nova referência à Declaração (anterior, de 1970 — cf. nota 107, supra — de Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU); cf. *ibid.*, p. 11.

pacífica. O parágrafo 4º reafirma a função primordial do Conselho de Segurança na área (e.g., artigo 33), referindo-se a seus poderes investigatórios (de *fact-finding*) e à utilização de órgãos subsidiários no exercício de suas funções. O parágrafo seguinte ressalta a utilidade de recurso à Corte Internacional de Justiça em litígios de caráter preponderantemente jurídico e endossa a prática de inserção em tratados de cláusulas prevendo tal recurso para a solução de controvérsias acerca de sua interpretação e aplicação; após conclamar os Estados a reconhecerem como compulsória a jurisdição da Corte (artigo 36 do Estatuto), o parágrafo 5º levanta a possibilidade de os órgãos e agências especializadas da ONU solicitarem — devidamente autorizados — pareceres da Corte sobre questões jurídicas relativas ao âmbito de suas atividades. O parágrafo 6º reafirma as funções do Secretário-Geral, em conexão com a atuação do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral, na solução de controvérsias internacionais⁽¹¹²⁾. A parte III do projeto de Declaração limita-se a exortar os Estados a observar seus dispositivos, à luz da própria Carta da ONU e sem prejuízo do direito de autodeterminação dos povos, como passo decisivo ao fortalecimento da solução pacífica de controvérsias e da eficácia da ONU nessa área mediante o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional⁽¹¹³⁾.

Naturalmente que o presente instrumento carece de efeitos mandatórios, dependendo a implementação de seus dispositivos até certo ponto da vontade política dos Estados. Trata-se, contudo, de um documento significativo não apenas por refletir o grau da preocupação corrente com este importante capítulo do direito internacional como também por revelar o consenso alcançado pelos Estados que participaram do processo de sua elaboração acerca das diretrizes, mecanismos contemporâneos e rumos da solução pacífica de controvérsias internacionais.

XI — Observações finais: a renúncia ao uso da força nas relações internacionais

No passado, desde as Convenções de Haia de 1899 e 1907 sobre solução pacífica de controvérsias internacionais até nossos dias, desenvolveram-se esforços no propósito concreto de proscrever o uso ou ameaça da força na condução das relações internacionais. Assim, por exemplo, no mesmo ano em que a Liga das Nações patrocinava o Ato Geral de Genebra de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1928)⁽¹¹⁴⁾, o celebrado Pacto Briand-Kellogg (ou Tratado de Paris, de renúncia à guerra) testemunhava a consagração dos três princípios básicos da solução pacífica de controvérsias, da condenação da guerra como meio de solução de disputas, e da renúncia à guerra como instrumento de política exterior⁽¹¹⁵⁾. A partir de 1932,

(112) Cf. *ibid.*, pp. 12-14.

(113) Cf. *ibid.*, p. 14; aqui novamente se encontra uma referência à Declaração de Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU. — Quanto aos trabalhos da Sexta Comissão da Assembleia Geral, cf. *infra*.

(114) Revisto pela ONU, em 1949, entrando em vigor no ano seguinte.

(115) J. ZOUREK, *L'Interdiction de l'Emploi de la Force en Droit International*, Leiden/Genève, Sijthoff/Inst. H.-Dunant, 1974, pp. 39-42.

passou-se a invocar, nas relações interestatais, a chamada doutrina Stimson do não-reconhecimento de situações geradas pela força⁽¹¹⁶⁾. E, no continente americano, celebrava-se, em 1933, o Tratado Antibélico de Não-Agressão e Conciliação (ou Pacto Saavedra Lamas — cf. supra).

Decorridos alguns anos, formou-se o sistema de segurança coletiva (era da ONU) — endossando os princípios da solução pacífica de controvérsias internacionais e da proibição do uso da força pelos Estados em suas relações internacionais — determinado, em grande parte, pelo impasse nuclear, pela crescente interdependência econômica entre os Estados, e pela rejeição geral do uso unilateral da força pelos Estados⁽¹¹⁷⁾. Assim como a noção da soberania não mais exercia função alguma na **interpretação** de tratados⁽¹¹⁸⁾, a noção de “interesses vitais” dos Estados tornava-se anacrônica no contexto específico da solução pacífica de controvérsias internacionais⁽¹¹⁹⁾.

Em 1970, a Declaração dos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas entre os Estados, adotada pela Assembléia Geral da ONU, consagrou sete princípios, a começar — com base no artigo 2(4) da Carta — pelos da proibição do uso ou ameaça da força e da solução pacífica de controvérsias⁽¹²⁰⁾. Quatro anos depois a Assembléia Geral adotava a Definição de Agressão proposta pelo Comitê Especial sobre a Questão da Definição de Agressão: refletindo um consenso geral mínimo sobre matéria tão sensível, a definição, compreendendo oito artigos, limitava-se ao uso da força armada nas relações interestatais, atribuindo ao Conselho de Segurança poder de determinação do ato de agressão. A definição incorpora o princípio do não-reconhecimento de situações geradas por agressão, e tem o mérito de assegurar o mínimo, a saber, o Conselho não mais pode ignorar um ato de agressão alegado por determinados Estados, sem oposição; ademais, embora se trate de instrumento puramente recomendatório, a definição fornece padrões de avaliação da conduta dos Estados, que poderão em certas circunstâncias constituir-se em fator inibidor do uso da força pelos Estados⁽¹²¹⁾.

(116) Doutrina formulada pelo Secretário de Estado norte-americano Stimson, aos 7 de janeiro de 1932 (segundo-se à invasão japonesa da Mandchúria), consistindo no não-reconhecimento pelo governo dos Estados Unidos de situações conflitantes com o Pacto Briand-Kellogg, de 1928, de renúncia à guerra. Cf. C.-A. COLLIARD, *Institutions Internationales*, Paris, Dalloz, 1956, pp. 195-208; ALF LESS, *A Textbook of International Law — General Part*, London, Longmans, 1947, pp. 118-122; P. REUTER e A. GROS, *Traité et Documents Diplomatiques*, Paris, PUF, 1963, pp. 510-514.

(117) J. ZOUREK, *op. cit.* supra n. 115, pp. 47-49.

(118) Lord McNAIR, “Treaties and Sovereignty”, *Symbolae Verzji* (présentées au Professeur J. H. W. Verzji à l’occasion de son LXXième. anniversaire), La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 222-237.

(119) J. ZOUREK, *op. cit.* supra n. 115, p. 121.

(120) Para um estudo, cf. e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional...*, *op. cit.* supra n. 3, pp. 59-64.

(121) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo”, 24 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1976), pp. 154-155; J. ZOUREK, “Enfin une définition de l’agression”, 20 *Annuaire Français de Droit International* (1974), pp. 8-30. Sobre este último tema, cf. o estudo geral de IAN BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 1-436. A Definição de Agressão de 1974 pode-se acrescentar o Ato Final de Helsinqui, de 1975. Cabe igualmente observar que há situações excepcionais em que o uso da força encontra-se autorizado pela Carta da ONU, como, e.g., em casos de legítima defesa, de aplicação do direito de autodeterminação (como um dos objetivos e propósitos da Carta), e de sanções recomendadas pelos órgãos competentes da ONU; J. ZOUREK, *op. cit.* supra n. 115, pp. 96-112.

Enfim, a iniciativa mais recente da Assembléia Geral, na mesma linha, consistiu na criação do Comitê Especial sobre o Fortalecimento da Eficácia do Princípio do Não-Use da Força nas Relações Internacionais, composto de 35 Estados-Membros, que, desde que pela primeira vez se reuniu em 1978, está engajado na tarefa de elaborar um projeto de Tratado Mundial sobre o Não-Use da Força nas Relações Internacionais e examinar a questão da solução pacífica das controvérsias internacionais⁽¹²²⁾. Na verdade, o estabelecimento de tal órgão não passou sem resistência; a proposta inicial de estudo da matéria partiu da delegação soviética, em 1976, e desde então foi examinada pela Primeira e Sexta Comissões (aspectos políticos e jurídicos, respectivamente) da Assembléia Geral, tendo esta endossado recomendação da Sexta Comissão (1976) no sentido de que se procedesse à consideração de um possível projeto de Tratado Mundial sobre o Não-Use da Força nas Relações Internacionais⁽¹²³⁾.

Mesmo após constituído o Comitê Especial, houve tanto os que se manifestaram favoravelmente ao projeto do Tratado quanto os que expressaram reservas argumentando que o princípio do não-uso da força já se encontrava suficientemente consagrado no artigo 2(4) da Carta da ONU e na Declaração dos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas entre os Estados (de 1970)⁽¹²⁴⁾. Alertou-se, *inter alia*, nos debates de 1978, para a realidade de não se poder automaticamente presumir um estrito cumprimento pelos Estados de suas obrigações, simplesmente por serem eles partes, a um tratado, pois a vontade dos Estados, a seu turno, "pressupunha um complexo de fatores sociais e políticos não regidos pelo direito internacional"; por outro lado, não se poderia relacionar o dever de não-uso da força à vontade dos Estados pura e simples, por ser esta uma atitude "nihilista" face ao direito internacional, refletindo uma "crença na liberdade dos Estados de agir conforme as circunstâncias"⁽¹²⁵⁾.

No biênio 1978-1979 um Grupo de Trabalho criado pelo Comitê Especial procedeu ao exame do projeto de Tratado sobre o Não-Use da Força nas Relações Internacionais⁽¹²⁶⁾. Nos debates do próprio Comitê ao se considerar o tópico da solução pacífica de controvérsias, constatou-se a preferência corrente por soluções flexíveis e *ad hoc* (sobrepondo-se à solução arbitral ou judicial) e enfatizou-se a importância da capacidade de *fact-finding* da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança (e órgãos subsidiários de ambos) e dos poderes do Secretário-Geral sob o artigo 99 da Carta⁽¹²⁷⁾.

(122) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on Enhancing the Effectiveness of the Principle of Non-Use of Force in International Relations*, supl. n.º 41 (A/33/41), 1978, pp. 1-2.

(123) "Consensus statement", de 13 de dezembro de 1976, in ONU, documento A/31/360.

(124) Cf. ONU, *Report of the Special Committee...*, *op. cit.* supra n. 122, pp. 6-10.

(125) *Ibid.*, p. 8.

(126) Apresentado pela delegação soviética; cf. ONU, *Report of the Special Committee on Enhancing the Effectiveness of the Principle of Non-Use of Force in International Relations*, supl. n.º 41 (A/34/41), 1979, pp. 27-66.

(127) *Ibid.*, p. 25.

Em 1980 os debates transcorreram em um clima de visível ceticismo: várias delegações fizeram uso da palavra para ressaltar a necessidade de um mínimo de coerência de comportamento, face à recente intervenção militar no Afeganistão por parte do mesmo Estado que patrocinara o presente projeto em estudo⁽¹²⁸⁾. Observou-se na ocasião que a preocupação dos países não-alinhados com sua segurança e estabilidade poderia ser melhor atendida pela ênfase na necessidade de uma plena implementação dos dispositivos do capítulo VII da Carta e desenvolvimento do sistema de solução pacífica de controvérsias contido no capítulo VI do que pela adoção de um novo tratado reiterando as obrigações existentes⁽¹²⁹⁾. Tanto para o representante da Espanha quanto para o da Índia, por exemplo, o princípio do não-uso da força nas relações internacionais tornara-se uma norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*, no sentido dos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados)⁽¹³⁰⁾, acrescentando o delegado indiano que o princípio já havia sido reafirmado em vários instrumentos, como a Declaração de Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados (1970), a Declaração sobre o Fortalecimento da Segurança Internacional (1970), a Definição de Agressão (1974), e a Resolução nº 2.936 (XXVII) sobre o não-uso da força nas relações internacionais e a proibição permanente do uso de armas nucleares⁽¹³¹⁾. Nos debates de 1981, em que perdurou a polêmica acerca da necessidade do atual projeto de tratado, três países do Leste europeu — Romênia, Bulgária e Polônia — emprestaram apoio à tese de que o princípio do não-uso da força tornara-se norma imperativa do direito internacional⁽¹³²⁾, tese esta que constou inclusive do relatório do Grupo de Trabalho⁽¹³³⁾.

Em 1982 ficou claro, nos debates do Comitê Especial, que a tese an-gariara ampla aceitação, a julgar pelas intervenções neste sentido dos representantes da Mongólia, Romênia, México, Espanha, Cuba, Japão, Chipre e Polônia⁽¹³⁴⁾. Contudo, talvez o traço mais marcante dos debates de 1982 tenha sido o impacto que eles revelam do projeto da Declaração de Manila sobre Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais, do mesmo ano (cf. supra): diversas foram as referências à significação e importância, para os presentes propósitos, do trabalho paralelamente desenvolvido pelo Co-

(128) Cf. ONU, *Report of the Special Committee on Enhancing the Effectiveness of the Principle of Non-Use of Force in International Relations*, supl. n.º 41 (A/35/41), 1980, pp. 6, 13, 15, 25-26, 28 e 33-36 (discursos dos representantes do Egito, República Federal da Alemanha, Bélgica, Chile, Itália, Japão, Senegal, Iraque e Reino Unido).

(129) *Ibid.*, p. 26.

(130) Cf. *Ibid.*, pp. 11 e 28.

(131) *Ibid.*, p. 29. Tentou-se chegar a uma definição do uso ou ameaça da força (*ibid.*, pp. 47-55), e o relatório do Grupo de Trabalho referiu-se *inter alia* ao processo conciliatório no âmbito do Conselho de Segurança acionado pelo Secretário-Geral ou qualquer Estado-Membro (*ibid.*, p. 43).

(132) ONU, *Report of the Special Committee on Enhancing the Effectiveness of the Principle of Non-Use of Force in International Relations*, supl. n.º 41 (A/36/41), 1981, pp. 17, 19 e 30, e cf. pp. 6-52.

(133) *Ibid.*, pp. 54 e 59.

(134) ONU, *Report of the Special Committee on Enhancing the Effectiveness of the Principle of Non-Use of Force in International Relations*, supl. n.º 41 (A/37/41), 1982, pp. 17, 37, 39, 49, 55, 57, 60-61 e 84-85, respectivamente.

mitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização (e.g., intervenções nesse sentido dos delegados da União Soviética, Equador, Mongólia, Egito, República Federal da Alemanha, Finlândia, Chile e França⁽¹³⁵⁾). Chegou-se mesmo a afirmar que o projeto de Declaração de Manila sobre Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais e o atual projeto de Tratado Mundial sobre o Não-Use da Força nas Relações Internacionais constituíam “duas faces inseparáveis de uma mesma moeda”⁽¹³⁶⁾, e que o futuro texto desse Tratado Mundial deveria “incorporar elementos substanciais” do projeto de Declaração de Manila⁽¹³⁷⁾ (supra).

A propósito, valeria aqui ressaltar um ponto proposto não apenas nos trabalhos do Comitê Especial da Carta das Nações Unidas e do Fortalecimento do Papel da Organização mas também levantado no decorrer da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar: no tocante à solução pacífica de controvérsias internacionais, a proposta de uma institucionalização do recurso à conciliação, sendo que a Comissão de Conciliação “não estaria obrigada a dar as razões de suas conclusões, e que estas últimas não seriam **ipso facto** obrigatórias para as partes, mas constituiriam apenas recomendações que poderiam servir de base para prosseguir as negociações a fim de chegar a um acordo sobre o litígio”⁽¹³⁸⁾. Em 1982, o Grupo de Trabalho do Comitê Especial sobre o Fortalecimento da Eficácia do Princípio do Não-Use da Força nas Relações Internacionais já dispõe de um documento de 16 parágrafos⁽¹³⁹⁾ (a começar por uma tentativa de definição do conceito de ameaça ou uso da força), que provavelmente servirá de base a um possível futuro Tratado Mundial sobre o Não-Use da Força nas Relações Internacionais.

É significativo observar que, em determinado estágio dos trabalhos do Comitê Especial, observou-se que “o princípio de **pacta sunt servanda** constituía a espinha dorsal do direito internacional e era muito mais importante do que o princípio do não-uso da força”⁽¹⁴⁰⁾. Em outras ocasiões, voltou-se a ressaltar, no seio do Comitê Especial, a importância do princípio de **pacta sunt servanda** assim como da *boa fé* no direito internacional⁽¹⁴¹⁾. Com efeito, se estendermos o estudo do não-uso da força nas relações internacionais às últimas conseqüências, seremos levados a uma análise dos próprios fundamentos do direito internacional, deparando-nos, mais além, com a crença ou não na sobrevivência da humanidade. Já bem se ponderou que, ao agirem de boa fé, estarão os Estados não apenas observando o direito mas servindo a seus próprios interesses ao implementarem o direito interna-

(135) Cf. *ibid.*, pp. 7, 11, 17, 31, 35-36, 43 e 59.

(136) *Ibid.*, p. 31.

(137) *Ibid.*, p. 11.

(138) H. CAMINOS, *op. cit. supra* n. 79, p. 28; e *cf. supra*.

(139) Cf. ONU, *Report of the Special Committee...*, *op. cit. supra* n. 134, pp. 99-119.

(140) ONU, *Report of the Special Committee...*, *op. cit. supra* n. 122, p. 15.

(141) ONU, *Report of the Special Committee...*, *op. cit. supra* n. 134, pp. 13, 64 e 118; *cf. também* ONU, *Report of the Special Committee...*, *op. cit. supra* n. 132, p. 66.

cional “que é o guardião de seus direitos”; ao não agirem de boa fé, “estariam arriscando muito mais do que teriam a ganhar” (142).

Conforme procuramos demonstrar em um longo estudo recentemente divulgado na *Revue de Droit International* (Sottile), de Genebra, um levantamento não apenas das tendências atuais na solução pacífica das controvérsias internacionais mas também de áreas emergentes do direito internacional contemporâneo (tais como as das organizações internacionais, proteção dos direitos humanos, direito do meio ambiente) assim como de novas transformações ou desenvolvimentos em algumas de suas áreas mais tradicionais (tais como território, jurisdição, tratados, responsabilidade dos Estados) revela um sensível declínio da concepção voluntarista do direito internacional, pela qual este último dependeria inteiramente da vontade dos Estados. Os desenvolvimentos recentes requerem uma reavaliação de certos pressupostos acerca do ordenamento jurídico internacional e revela que a era da suposta base interestatal exclusiva do direito internacional está há muito superada. O mesmo ocorre com a concepção voluntarista, pois se é a vontade livre dos Estados que em última análise cria o direito internacional, é também por sua livre vontade que os Estados o violam, e as teorias voluntaristas revolvem em círculos viciosos e *acrobaties intellectuelles* que não conseguem fornecer uma interpretação sólida ou coerente dos fatos sociais (143).

Tais teorias tampouco explicam a formação histórica de regras *costumieras* do direito internacional e a interposição, que hoje se verifica, de elementos independentes do livre arbítrio dos Estados no processo formal de elaboração do direito internacional; ademais, negligenciam as possibilidades de regulamentação jurídica de relações nas formas de organização política outras que o Estado. A concepção voluntarista do direito internacional, ao tomar o Estado como um valor institucional absoluto e entidade inteiramente auto-suficiente, só poderia ter florescido em uma época — como os fins do século passado — em que ainda se podia nutrir o sonho ou ilusão de uma segurança política em termos globais e em que o jogo de poder no cenário internacional se fazia refletir nas noções então prevalentes do equilíbrio de forças ou balança de poder. Hoje, a realidade é inteiramente diversa, e o espectro do impasse nuclear se faz presente nas tendências recentes e preocupações correntes com o importante capítulo do direito internacional relativo à solução pacífica das controvérsias internacionais. Afinal, na atual era nuclear a observância do ordenamento jurídico internacional mostra-se como, mais do que voluntária, necessária (144).

(142) M. LACHS, “Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law”, *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace — Liber Amicorum Discipulorumque B. V. A. Röling*, Leyden, Sijthoff, 1977, p. 54. E cf. E. ZOLLER, *La Bonne Foi en Droit International Public*, Paris, Pédone, 1977, pp. 3-354.

(143) A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment”, 59 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1981), pp. 201-240, esp. pp. 224-225.

(144) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 143, pp. 225 e 201; e cf. *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law* (ed. L. Oppenheim), Cambridge, Cambridge University Press, 1914, p. 79; M. BOURQUIN, “L’Humanisation du Droit des Gens”, *La Technique et les Principes du Droit Public — Etudes en l’Honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 35; M. BOS, “Dominant Interests in International Law”, 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968), p. 234.

Justiça social e interpretação no direito brasileiro

HAROLDO VALLADÃO

Professor Emérito das Universidades
Federal e Católica do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

- I. A matéria, "Justiça Social e Interpretação", vinculada ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil foi objeto de revisão no Anteprojeto de *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, de *Haroldo Valladão*, art. 9º e no Projeto de *Código* respectivo da Comissão Revisora do Ministério da Justiça.
- II. O Anteprojeto de Lei Geral e o Projeto de Código, trâmites e revisão final no Ministério da Justiça.
- III. A fórmula precária do art. 5º da Lei de Introdução e a *atitude dinâmica da Justiça Social na Interpretação*.

- IV. A posição verdadeira e justa da Interpretação com base na Justiça Social, art. 9º do Anteprojeto e 10 do Código e o ideal de juventude do autor. Adoção do texto no Anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho de 1979, art. 17.
- V. A justificação do art. 9º da Lei Geral (10 do Código) sobre Interpretação. O ideal básico dos nossos tempos: *bem comum, justiça social e equidade. A Justiça Social.*
- VI. Omissões da Lei de Introdução: justiça social e equidade. O alto valor da equidade.
- VII. Direito natural e equidade. O direito positivo não se basta a si próprio.
- VIII. O ideal da Justiça Social.

I. O tema brasileiro "Justiça Social e Interpretação" insere-se no direito pátrio, na Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942, onde aparece no art. 5º e, depois, em melhor forma, no Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de HAROLDO VALLADÃO, art. 9º, e no Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, art. 10, que o repetiu.

Na evolução legislativa brasileira, o assunto vem da Introdução do Código Civil de 1916, à Lei de Introdução ao Código, de 1942, e integrou os Trabalhos de Reforma dos Códigos do Ministério da Justiça, segundo veremos a seguir.

II. Na Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, criada pelo Decreto nº 51.005, de 1961 (Decreto nº 1.490, de 1962 — Serviço de Reforma dos Códigos), fui encarregado de organizar, para a respectiva Subcomissão, um "Projeto de Lei de Disposições sobre as Leis em Geral", como reforma da vigente Lei de Introdução ao Código Civil. Realmente o fiz, com o título *Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, abrangendo, com grande desenvolvimento, os assuntos que vêm sendo disciplinados na Introdução de 1916, e na atual Lei de Introdução de 1942, do Código Civil e outros anunciados.

Dividimo-lo em seis Capítulos: I — Disposições Gerais sobre a Lei e outras normas jurídicas (Promulgação, Publicação, Vigência espacial e temporal, Revogação, Ignorância e Escusa, Fontes Subsidiárias, Hierarquia, Interpretação, Abuso do Direito e Ordem Pública); II — Disposi-

ções sobre Tratados e Convenções Internacionais e Decretos e Regulamentos; III — Disposições de Direito Internacional Privado; IV — Disposições de Direito Intertemporal; V — Disposições sobre Computação de Prazos; VI — Disposições Finais.

O Anteprojeto foi apresentado ao Ministro da Justiça a 30-1-1964 (vide jornais de 31-1-64) e publicado na íntegra, com a respectiva Justificação, no *Diário Oficial* da União de 15-5-64, suplemento ao nº 92 e, em Avulso, distribuído por todas as Faculdades, Tribunais, Institutos de Advogados, Ordem dos Advogados e respectivas Seções, Associações do Ministério Público, Academias e Associações Jurídicas etc.

Bem recebido, desde logo, por nossos juristas, o Anteprojeto foi elogiado por eminentes autores e mestres e, naquele Ministério, revisto por uma Comissão Especial (vide H. VALLADÃO, *Material de Classe de Direito Internacional Privado*, 12ª ed., 1982, pp. 119 a 180).

III. Na Lei de Introdução, vigente desde 1942, a matéria da interpretação foi assim regulada no seu art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

É fórmula precária, anódina, pois não atinge o conteúdo de sua finalidade.

Bem o focalizou o célebre jurista FRANÇOIS GENY, na França, e o saudoso Prof. Dr. SERPA LOPES, no Brasil (*Curso de Direito Civil*, v. 1, p. 110), proclamando que “o fim social separado de toda idéia superior de Justiça é insuficiente para o segredo do direito positivo”.

É uma afirmação apenas estática, enquanto a referência à Justiça deve ser dinâmica, e mais, à Justiça Social, que é uma convocação permanente para o aperfeiçoamento do direito, em particular para atingir o bem e a felicidade de todos, especialmente dos fracos e desamparados.

IV. A posição verdadeira e justa do princípio é a formulada no art. 9º do nosso Projeto de Lei Geral, e reiterada *ipsis litteris* no art. 10 do Projeto de Código.

Ei-la: “INTERPRETAÇÃO. A aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade.”

Corresponde, em pleno, à orientação, ao Método que declarei adotar para o Anteprojeto, que foi, segundo acentuei textualmente, o de esta-

belecer soluções justas, eqüitativas e brasileiras, acompanhando os grandes progressos contemporâneos, com a diretriz de meus trabalhos jurídicos, de democratização, humanização e socialização do direito a fim de que este atenda ao interesse de todos e não ao de alguns ou de pequenos grupos, ampliando-se, cada vez mais, para proteger os fracos, os humildes, os que ainda estão na periferia de nossa ordem jurídica (H. VALLADÃO, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, 1961 em português, 1962 em francês, 1963 em espanhol; *Desenvolvimento Econômico e Social em Forma Jurídica*, 1962, e *Aos Juristas do Desenvolvimento*, 1963).

Mantivera e realizara, assim, um ideal de mais de sessenta anos, pois vinha dos tempos de estudante, de acadêmico de direito e orador da respectiva turma de bacharéis em 27 de dezembro de 1921, com o discurso intitulado: "Pela Socialização do Direito" (vide o respectivo texto integral no livro de H. VALLADÃO, *Aos Jovens Juristas*, Rio, 1967, Freitas Bastos, pp. 147 e seguintes).

Teve o nosso texto consagração que muito nos honrou, ao ser incluído, *ipsis litteris*, no art. 17, *fine*, do Projeto de 1979 da nossa Consolidação das Leis do Trabalho: "A aplicação das normas de proteção ao trabalhador far-se-á tendo em vista o bem comum, a justiça social e a eqüidade."

V. No texto da referida Lei Geral (art. 10 do Código) estabeleceu-se que a aplicação do direito há de se inspirar do *bem comum*, da *justiça social* e *eqüidade*, que constituem o estádio perfeito da Justiça, sua fase dinâmica (H. VALLADÃO in *Desenvolvimento Econômico Social em Forma Jurídica*, 1962, p. 9, e também in *Revista Forense*, vol. 198, p. 14, citando SANTO TOMÁS e GARRIGOU LAGRANGE, *La Synthèse Thomiste*, pp. 533 e 643/644; e in *Aos Juristas do Desenvolvimento*, 1963, pp. 15/6, em *Jornal do Commercio* de 26-1 e 5-2 de 1963).

Por isto, aí escrevemos: "A justiça social, distributiva, funda-se na eqüidade e na caridade, que não são valores puramente morais, mas preceitos objetivos, positivos, pois Cristo determinou, imperativamente, como obrigação indeclinável, "amar o teu próximo como a tí mesmo". Observe-se que não mandou tratar, mas amar o próximo, e não como ele nos ama, mas como nos amamos a nós mesmos. Eis a imposição suprema da Justiça Social, cristã, dinâmica, de nossos dias... o dever para todos de cooperar, de assistir, de ajudar os seus semelhantes, até com o sacrifício próprio..."

Corresponde ao último estágio da democratização do direito, ao da sua socialização, quer interna, quer internacional.

VI. Na Introdução não havia disposição geral sobre o assunto, e a Lei de Introdução, regulando-o (art. 5º), omitiu quer a justiça social, o grande ideal dos tempos modernos, já mencionado no Tratado de Paz de Versalhes, Título XIII, afinal *consagrado* na Constituição, art. 145, *quer a equidade*, o “elemento espiritual de que o direito precisa para não se extinguir, para não se perder ressequido no subterrâneo de um museu... que inflama a justiça com aquela luz divina sem a qual os homens se entredevorariam” (H. VALLADÃO, *Justiça, Democracia, Paz*, 1948, p. 390), norma dinâmica do direito interno e do direito internacional, consagrada no Brasil, em textos magnos, na Constituição de 1824 ao mandar que se “organizasse, quanto antes, um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”, art. 179, nº 18, e na Constituição de 1934, determinando que o Juiz “decidisse” nos casos omissos, “por equidade”, art. 113, nº 34.

Carlos de Carvalho assim a consolidou: “A equidade é de direito natural e não permite que alguém se locuplete com jactura alheia”, art. 62, § 14. A equidade foi prevista no Código de Luisiana, art. 21, ligada ao direito natural, que se vê também no Código do Panamá, art. 7º, 2ª alínea, ligada à “razão natural”; no do Chile, art. 24, e nos vários que o seguiram, Equador, art. 18, nº 17, Colômbia, art. 32, Honduras, art. 20, com a fórmula “equidade natural”. No Brasil reaparece, timidamente, no Código de Processo Civil, art. 114.

VII. Uma outra fórmula, unindo os princípios do direito natural à consideração cuidada das *circunstâncias do caso*, vem do Código da Áustria, art. 7º, seguido pelo de Portugal, art. 16, mas substituído direito natural por princípios gerais de direito, do Código da Argentina, art. 16, e do antigo do México, art. 20. Em preceito direto foi a equidade prevista no Código do Montenegro, de 1887, arts. 3º e 782, e da Suíça, art. 4º. Posteriormente o Código do Egito, de 1948, mantém a equidade e o direito natural, ao prescrever no art. 4º que o Juiz aplicará “os princípios de justiça natural e as regras da *equidade*”; enquanto o das Filipinas, de 1951, fala, no art. 10, em “direito e justiça”.

O direito natural paira acima de todas as fontes; é freqüentemente invocado *através dos princípios gerais de direito e equidade* que estão acima do Estado, de regimes, de políticas, porém a verdade é que o direito natural está presente sempre na sua função grandiosa de farol inapagável da Justiça.

Já o dissemos: “Mas, acima de tudo, e inspirando legisladores, cientistas e, sobretudo, os Juizes, nas horas tão freqüentes em que falham as diversas fontes, em que todas as luzes se apagam, está o *direito natural*, que é como a luz e o calor artificiais” (*Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, nº IX, p. 44, e *Paz, Direito, Técnica*, pp. 97 e 295). Entre decisões dos tribunais brasileiros, invocando o *direito natural*, destacamos o acórdão da Corte de Apelação do antigo Distrito Federal (*Revista de Direito* (BENTO DE FARIA), 46/462), inicial da jurisprudência que estabeleceu, contra a letra do art. 8º da Introdução, a comunhão de bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, com base em notabilíssimo parecer de CLÓVIS BEVILAQUA (*Revista de Direito*, cit., 46/497) que citara *princípio fundamental de direito, de equidade e de moral*, que não permite se locuplete alguém com o alheio. E, aplicando-o, realmente, notável acórdão do Supremo Tribunal Federal, de lavra do eminente *Chief Justice*, LAUDO DE CAMARGO, amparando um direito humano *apesar de ordem jurídico-positiva contrária*, dando em pleno regime discricionário, *habeas corpus*, vedado, por decreto do ditador, a estrangeiro expulso, para não ser embarcado em navio do Estado de sua nacionalidade, em viagem direta para o mesmo Estado, onde estava sendo procurado para ser processado por crime político, passível de pena de morte (Ac. de 25-7-1932, HC 24.637, in *Jurispr.*, v. 6, p. 1, 1934, e DJ 10-1-1934, p. 1); vide, ainda, H. VALLADÃO, *Paz, Direito, Técnica*, pp. 116/118.

Ainda modernamente, RENÉ DAVID, na própria França conservadora, mostrou que o apelo aos princípios gerais do direito, na jurisprudência administrativa, e os recursos à equidade, à ordem pública e aos bons costumes, na jurisprudência civil, punham em evidência que o *direito positivo* “ne se suffit pas à lui-même et la valeur fondamentale de ce que certains appelleront les conceptions sociologiques, dominantes et d’autres le droit naturel” (*Le Droit Français*, I, 1960, p. 18).

VIII. A Justiça Social é o grandioso e contínuo ideal de um direito perfeito, de uma Justiça autêntica e dinâmica.

Para tal fim publicamos um livro, *Novas Dimensões do Direito — Justiça Social, Desenvolvimento, Integração*, 1970, reunindo trabalhos diversos, desde 1959, que “combatendo o conservantismo jurídico visaram pôr e manter em órbita a Justiça Social”. Esta reúne a Justiça Distributiva e a Caridade na forma de *ontem*, o *Desenvolvimento*, ou na de *hoje*, a *Integração*, ou na de *amanhã*, de um autêntico Direito Comunitário, Nacional e Internacional, substitutivo do individualismo desumano do século XIX” (Prefácio).

Revogada a Constituição de 1967

(Breve comentário a uma decisão do STF)

RUBEM NOGUEIRA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros;
do Instituto dos Advogados da Bahia.

Quem quiser conhecer o direito tal como é realmente aplicado e “vive”, não pode contentar-se com as normas, tem de inquirir do entendimento que lhes é dado pela jurisprudência. Os precedentes são, pois, uma fonte de *conhecimento* do Direito. Não, porém, uma fonte de normas jurídicas imediatamente vinculativas (KARL LARENZ — *Metodologia da Ciência do Direito*).

Esquema de um aresto

1. Em sessão plenária de 24 de abril de 1980, quando julgava a Representação nº 765-CE (Relator o Ministro Soares Muñoz), o egrégio Supremo Tribunal Federal, sem discrepância de votos, deu como *revogada* a Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Por provocação do Governador do Ceará, o Procurador-Geral da República havia representado contra a inconstitucionalidade, *em tese*, de vários artigos da Constituição daquele Estado, tidos como incompatíveis com a Constituição federal de 24 de janeiro de 1967. Ao votar disse o Relator: “Atualmente, esses diplomas não se acham em vigor. Vigora na Federação a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, com as alterações introduzidas pelas doze emendas posteriores, e no Ceará a Constituição estadual de 23-6-78”. Mais adiante insistiu S. Ex^ª no ponto: A *Representação* foi ajuizada quando *ainda em vigor* a Cons-

tuição do Brasil de 1967, que teria sido ofendida pelos indicados dispositivos da Constituição do Ceará do mesmo ano. No paradigma, ao tempo da propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a *Constituição do Brasil de 1967 já se achava revogada* (grifamos) (cf. RTJ, 98/952).

Em julgamento do ano seguinte (sessão plenária de 25 de novembro de 1981), o Relator da Representação nº 1.057-DF, Ministro Moreira Alves, designando o texto constitucional apontado como paradigma, ao tempo da legislação ordinária inquinada de inconstitucionalidade, lembrou de passagem que (textual) a remissão se fazia à *Constituição então vigente – a de 1967*, como se ela já não existisse (cf. RTJ, 104/62).

2. Para o mais alto órgão do Poder Judiciário brasileiro, portanto, Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/69 são coisas separadas e não mais se pode invocar validamente a *Constituição de 1967*, nem pretender aplicá-la, por não ser direito vigente. *Está revogada*. O que só vigora é a Emenda nº 1, de 17-10-1969, completada pelas *vinte e quatro* que se lhe seguiram. Em ambos os citados arestos o STF não se detém em explicar a causa dessa revogação. Afirma-a sumariamente. E como suas decisões são irreformáveis por outro tribunal, só ele, noutro caso, poderá voltar atrás.

Relevante é o valor desse precedente, atenta a autoridade do órgão que o emitiu.

Contudo, o próprio STF, em julgamentos posteriores, do Pleno e de Turmas, tem variado na maneira de encarar esse tema jurídico, suscitando assim o seu exame pelos a quem muito de perto teoricamente interessa.

Em primeiro lugar, pedimos licença para nos deter um pouco na peremptória afirmação de estar revogada a Constituição de 1967 e em vigor apenas a Emenda nº 1, tendo em vista certos dizeres dos próprios autores da Emenda.

De fato, num dos “considerandos” do preâmbulo, a Junta Militar declara compreender-se no processo legislativo (art. 49, I) a atribuição transferida ao Poder Executivo federal de elaborar emendas à Constituição. É, pois, ela mesma que invoca a sua condição de *poder reformador* do texto constitucional, e não de constituinte originário.

Noutro, diz, textualmente, que a *Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida*. E ao promulgar a Emenda prescreve no seu art. 1º: *A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação* (segue-se o texto).

3. Cumpre não esquecer que a Emenda nº 1, de 1969, só tem dois artigos. O art. 1º indica a redação com a qual passa a vigorar a Constituição de 1967. E o art. 2º marca o dia do começo da vigência *da Emenda*. Assim sendo, tecnicamente não parece bem concebida, por exemplo, a parte inicial da *ementa* do acórdão prolatado pelo STF no RE nº 90.391-SP, aos 22-8-79 (RTJ, 94/1238) que diz:

– *Art. 106 da Emenda Constitucional nº 1/69* –, porquanto esta não tem tal artigo. O que ela fez foi, no art. 1º, alterar entre outros o art. 104 da Cons-

tuição de 1967, cuja matéria ficou regulada no art. 106 da Constituição federal ou da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, ou ainda, como prefere o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em recente parecer — “a Constituição vigente, tanto na redação promulgada em 1967, como na que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969” (in *Revista de Direito Administrativo*, 152/233).

Opinião Doutrinária

4. O comentador de nossas três anteriores Constituições — PONTES DE MIRANDA — no particular não pensa como o STF. Haja vista o título de sua obra: *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, por ele não alterado enquanto viveu.

O Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na 3ª edição de seus *Comentários à Constituição Brasileira*, (Edit. Saraiva, SP — 1983), em Nota Inicial, declara não reconhecer à Emenda Constitucional nº 1 o caráter de Constituição nova: “Não há, pois, Constituição de 1969 e sim Constituição de 1967 com nova redação promulgada pela Emenda nº 1. Assim, quando se faz referência à Constituição vigente, esta é a Constituição de 1967 com a redação promulgada pela Emenda nº 1 em 1969.”

Explicitando ainda mais o seu pensamento a tal respeito, escreve adiante: “Essa Emenda nº 1 não modificou substancialmente a Constituição. É certo que não se limitou a burilar a redação anterior. Modificou-a em muitos pontos significativamente. Não lhe alterou o sistema, contudo, nem lhe deformou o espírito. Assim, nem formalmente, nem substancialmente, há razão para denominar-se de Constituição de 1969 a Emenda nº 1 à Constituição de 1967.”

O Prof. PINTO FERREIRA também não autoriza a dizer que a Constituição de 1967 tenha sido revogada pela Emenda nº 1. Pelo contrário, acha que em virtude desta “passou a vigorar com duzentos e um artigos” (cf. o seu *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., v. 1, p. 9).

Em recente estudo acerca do controle das empresas estatais pelo Tribunal de Contas, o Professor CAIO TÁCITO, nessa mesma linha, salienta que relativamente ao princípio da supremacia da atividade privada como fundamento, em termos constitucionais, da ordem econômica, a *Constituição Brasileira de 1967 permaneceu inalterada na Emenda Constitucional nº 1, de 1969* (grifamos) (cf. *Revista de Direito Administrativo*, 148/1).

ALIOMAR BALEIRO, na reedição de seu *Direito Tributário Brasileiro*, publicada posteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 1 de 1969, coloca entre parêntesis as citações desta ou então se refere à “Constituição de 1967 — 1969”, a partir do art. 1º do Código Tributário Comentado.

Terão errado PONTES DE MIRANDA, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PINTO FERREIRA, ALIOMAR BALEIRO, CAIO TÁCITO, ou virá o próprio STF a corrigir-se, tal como fez, por exemplo, no acórdão de 29 de junho de 1979, suscitado pela *unanimidade do Pleno*, reconhecendo em embargos em ação rescisória, que *errou* ao reabrir questão estranha a recurso extraordinário? (cf. RTJ, 91/16).

5. Segundo Kelsen, cada ordem jurídica surge com a pretensão de valer eternamente e a duração de sua validade somente pode ser limitada por determinação jurídica positiva. É o que entre nós se dá, quando a Lei de Introdução ao Código Civil estabelece, no art. 2º e seus parágrafos, regras de limitação temporal de vigência das leis. Não se aplica tal regra de direito intertemporal às Constituições, dir-se-á. Mas estas também só se revogam umas pelas outras, expressa ou implicitamente, pois "a entrada em vigor de uma Constituição acarreta, por definição, a cessação da vigência das normas constitucionais anteriores" (MARCELO REBELO DE SOUZA, *Direito Constitucional* — 1º — *Introdução à Teoria da Constituição* — Livraria Cruz, Braga, 1979 — p. 362).

Nessa ordem de raciocínio, qual a Constituição que, começando a vigorar em 1969, teria revogado a anterior?

Qual das duas espécies de *revogação* se teria dado, não foi dito pelo STF. Contrariando a tese da *revogação*, vemos o órgão do *poder de reforma* constitucional declarar expressamente que, salvo as modificações feitas, a *Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida*, e no corpo da Emenda (art. 1º) dizer: *A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação*.

Por um lado, *uma emenda*, ainda a mais extensa, supõe a norma emendada, pois emendar, como querem os léxicos, é simplesmente corrigir, rever, melhorar, alterar, modificar, reformar. Fica, pois, ligada ao objeto corrigido, modificado, revisto. Se, como no caso, a própria Emenda declara que, na sua maior parte, *dever ser mantida* a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e a seguir enumera os dispositivos dela que *continuam inalterados*, "salvo emendas de redação", parece ser inseparável da Emenda nº 1 de 1969 o texto modificado da Constituição de 1967.

Por outro lado, toda emenda constitucional é, do ponto de vista jurídico, como ensinam os doutos, manifestação de um *poder limitado*, o poder revisor, poder de reforma constitucional (NELSON SAMPAIO), *poder constituinte de revisão* (MANOEL GONÇALVES F. FILHO) que pode muito, é certo, mas não pode tudo. O art. 47, § 2º, da Constituição federal impede, p. ex., proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República, e igualmente proíbe emendar a Constituição na vigência do estado de sítio. O poder de emenda, como poder instituído, sabe-se, atua nos limites e na forma preordenados pela Constituição que o cria. Como então conceber-se que ele *revogue* a Constituição que não fez mas só remodelou?

O poder instituído, por sua própria definição, não terá competência para privar de eficácia jurídica aquilo que o constituinte originário estabeleceu. A faculdade de reformar a Constituição — observa KARL SCHMITT na sua *Teoria da Constituição* (Editora Nacional, México, 1970, p. 120) — contém tão-só a faculdade de praticar, nas prescrições legais-constitucionais, reformas, adições, refundições, supressões etc., porém mantendo a Constituição. *Não contém a faculdade de dar nova Constituição.* (Grifamos.)

É, por igual, a doutrina de BURDEAU. Para este, quando se diz que o poder de revisão é um poder *limitado*, não se quer apenas afirmar a própria evidência,

a saber, que ele está preso às condições de forma e de processo fixadas para o seu exercício pelo poder que instituiu. *Mas também importa em afirmar que, em essência, ele é incompetente para ab-rogar a Constituição existente e elaborar uma nova* (Cf. GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. III, Paris, 1950, nº 111).

O fato de ter o Congresso Nacional discutido e promulgado a Constituição de 1967 não favorece o argumento da revogação da Constituição pela Emenda nº 1/69.

Naquela circunstância o Congresso Nacional emergiu do recesso forçado em que se achava, e funcionou como constituinte de segundo grau, para isso expressamente convocado pelo Ato Institucional nº 4, de 7-12-1966 — ato de *manifestação do Poder Constituinte, manifestação inicial, autônoma e incondicionada* (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO).

Da vontade do poder revolucionário (constituinte originário), ele recebeu o poder de fazer a Constituição, não livremente, e sim com obediência das regras e limitações prescritas em oito dos dez artigos do AI-4. Assim, sua atividade ficou sujeita a prazos fatais, entre estes e principalmente, o da promulgação da Constituição em dia prefixado, bem como a normas de procedimento e restrições quanto à faculdade de emendar o Projeto governamental.

Mudança de pensamento do STF

6. Posteriormente ao aresto em que o Ministro Soares Muñoz, com apoio virtual dos demais membros do Tribunal, dava pela revogação da Constituição de 1967, o STF tem variado de opinião a tal respeito. Assim, o Ministro Alfredo Buzaid, relatando o RE nº 97.395-SP, em sessão plenária de 9 de dezembro de 1982, disse a certa altura de seu voto, unanimemente adotado:

“Finalmente, a evolução do sistema tributário atinge o seu ponto culminante na *Constituição de 1967, com a Emenda nº 1*, que estabeleceu pertencer ao Município o imposto que incide sobre a propriedade territorial rural” (in RTJ, vol. 106, parte citada na pág. 380).

Em sessão de 28 de maio de 1980 (julgamento, pelo Pleno, do RE nº 80.896-SP), o Relator — Ministro Antônio Neder, deste modo se expressa: “Estou em que, no art. 119, III, c, da *Carta Política de 1967 com a Emenda nº 1/69 a impugnabilidade versa*” etc. E a *ementa* do respectivo acórdão diz nos seus primeiros itens: “1) Recurso extraordinário fundado no art. 119, III, a, da *Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969* . . . 2) Recurso extraordinário fundado no art. 119, III, c, da *Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*” (RTJ, 94/1115).

Neste, como parte da razão de decidir do STF Pleno, está o reconhecimento formal, por unanimidade, da vigência da *Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, e não simplesmente da Emenda nº 1 de 1969, um mês após o julgamento aqui mencionado.

Noutros casos, não raro o STF se refere à *Constituição federal de 1967* ou à *Constituição de 1969* (v.g. acórdão de 15-9-81, no RE nº 78.569-PR — in RDA, 148/207) ou apenas à *Constituição federal* (sessão plenária de 20-5-82, RDA, 149/29, 55, 66), ou à *Carta Magna* (RDA, 150/99).

No RE nº 93.492-PR (RTJ, 105/1076) trata-se de mandado de segurança impetrado com fundamento (textual) “no parágrafo único do art. 100 da Constituição federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969”. O acórdão recorrido, de 4-12-78, em certa parte afirma que o impetrante, com mais de cinco anos de exercício de cargo público de provimento efetivo, só poderia ser demitido, “nos termos do art. 105, inciso II, da Constituição federal de 1967, vigente, ou seja, em virtude de sentença judiciária”. O acórdão unânime do STF (Segunda Turma — 21-9-82), da lavra do Ministro Djaci Falcão, não conheceu do recurso pelo argumento de que (textual) “o caso reveste-se de peculiaridades que, ao meu ver, afastam a alegação de afronta do § 2º do art. 177 da Constituição de 1967, e, por igual, dos demais preceitos invocados”. Palavra nenhuma no sentido de estar revogada a Constituição de 1967.

Ainda a Segunda Turma julgou posteriormente (sessão de 29 de abril de 1983), sem discrepância de votos, o RE nº 96.446-RJ, relator o Ministro Francisco Rezek, e a *ementa* do acórdão respectivo reza: “Taxa de Renovação de Marinha Mercante. Só a partir da Constituição de 1967 essa taxa tornou-se exigível do minerador, pelo fato de exportar minério para o estrangeiro, visto que antes não havia base constitucional para cobrá-la” (RTJ 105/1159). No corpo do aresto o Relator cita a base constitucional da contribuição parafiscal em causa: “art. 163 e seu parágrafo da Constituição de 1967 com Emenda nº 1 — 1969”.

A primeira Turma, de que faz parte o Ministro Soares Muñoz (segundo quem, como vimos, a Constituição de 1967 está revogada), em sessão de 29 de abril de 1981, conheceu e deu provimento, por unanimidade, ao RE nº 76.114-SP, e o aresto respectivo assim começa: “Na verdade, ao julgar o caso nos termos em que o julgou, o acórdão local contrariou o art. 20, I, da *Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*” (RTJ, 98/1061).

Também ela, ainda sem discrepância de voto, no Agravo de Instrumento nº 80.543 (AgRg) — RS (acórdão de 4-8-81, relator Ministro Firmino Paz (RTJ, 98/1066) diz inicialmente: “O agravante fora aposentado aos 26 de abril de 1958, antes portanto da vigência do Decreto-Lei nº 1.024, de 21 de setembro de 1969, e antes da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que dera nova redação à Constituição de 1967, em que se diz” etc).

Para ficar coerente com o julgado em 24 de abril de 1980, teria citado apenas a Emenda nº 1/69, se considerasse revogada a Constituição de 1967.

Rejeição de lei

7. Com a devida vênia, diremos parecer-nos igualmente assinalável a afirmação do Ministro Xavier de Albuquerque de que a Lei de Introdução ao Código Penal foi *rechaçada* pela jurisprudência brasileira. Em ocasiões e por quais órgãos jurisdicionais se terá dado tal repulsão, não foi dito.

Com efeito, votando em sessão plenária do STF de 27-6-79 (RTJ, 94/501), quando do julgamento do Rec. Crim. nº 1.381-SP, declarou S. Ex^ª:

“No meu voto, proferido recentemente em outro caso, do qual fui Relator, referi-me a essa Lei de Introdução, que tem hoje mero sabor histórico e não está mais obrigando, e que foi simplesmente rechaçada pela jurisprudência dos tribunais” (1).

8. Até onde podemos aceitar tão dogmática assertiva do emérito juiz, hoje aposentado? Não importará ela em sobrepor a autoridade judicial à do legislador? O desenvolvimento judicial do direito confere ao juiz, em nosso ordenamento jurídico, tamanha atribuição?

Acreditamos que a faculdade criadora do juiz e a função construtiva da jurisprudência — elementos propulsores do progresso e da cultura de um povo — podem conviver, e efetivamente convivem, nas grandes civilizações, com o cumprimento da lei. O que em verdade engrandece a função judicial — e para ela atrai a confiança pública — é a constante aplicação da lei, interpretada “sob

(1) Demo-nos ao trabalho de procurar esse voto dado “noutro caso de que foi Relator”, a que alude o Ministro Xavier de Albuquerque sem indicação de data nem da natureza da matéria, e afinal o localizamos no Recurso Criminal nº 1.387-RJ (v. RTJ, 90/402).

Mas aí nenhum outro membro do Tribunal reconheceu na regra legal que se achava em exame (art. 19, parágrafo único, da LICP) mero “interesse histórico”, nem afirmou que ela “não está mais obrigando”. O principal debate, aliás, que se desenvolveu durante o julgamento desse recurso criminal foi outro, muito diferente, e consistiu em apurar se o STF podia, ou não, homologar as desistências requeridas então pelos recorrentes. Os Ministros Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu e Moreira Alves negaram a homologação pretendida, por considerarem nos seus extensos pronunciamentos não ser admissível pedido de desistência quando feito depois de iniciado o julgamento. Os Ministros Xavier de Albuquerque, Soares Muñoz, Cunha Peixoto, Thompson Flores e Djaci Falcão, pelo contrário, homologaram a desistência. Foi isso que se decidiu na sessão plenária de 17 de maio de 1979.

É de notar ainda a seguinte ocorrência nesse julgamento. Dado o voto do Ministro Xavier de Albuquerque (Relator), corrigindo a pena imposta aos recorrentes para oito anos de reclusão, correspondente ao grau mínimo fixado pela Lei de Segurança de 1978, seguiu-se-lhe o breve voto do Ministro Décio Miranda, aderindo à redução da pena. Nessa altura pediu vista o Ministro Soares Muñoz que, divergindo do Relator, reduziu a pena a quinze anos de reclusão para dois dos recorrentes e a treze anos de reclusão para o terceiro.

Precisamente nessa altura um dos recorrentes encaminhou o pedido de desistência e, antes de findar a sua apreciação pelo Plenário, os outros dois recorrentes também desistiram. Daí em diante o assunto único da sessão foi o de serem ou não homologáveis tais desistências.

Segundo o Ministro Moreira Alves, cujo voto interpretou o tema à luz do nosso sistema e do Direito Processual Comparado, a preclusão lógica em matéria de desistência de recurso se dá no momento em que começa o julgamento com a tomada de votos dos juizes integrantes do tribunal.

O brilho dessa discussão ofuscou inteiramente o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, a ela de todo estranho. A invocação, pois, do precedente em referência em nada concorre, a meu ver, para aceitação da tese de ser dado ao juiz rejeitar a lei.

a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade”, nas palavras de HAROLDO VALLADÃO, nunca o seu desprezo nem a preocupação de corrigi-la.

Quando é que, no sistema brasileiro, uma lei não mais obriga? Ao que a doutrina informa, quando outra lei a revoga. Haverá entre nós outro meio de cessação da força operante da norma geral e abstrata? No plano teórico ou sem levar em conta o direito positivo brasileiro, há quem admita o poder ab-rogatório do *desuso*. É o caso do Professor MIGUEL REALE, para quem os tribunais não podem recusar aplicação à norma vigente, salvo *quando estiver caracterizado e comprovado que a lei invocada caiu em efetivo desuso*.

Mas formalmente, à vista do disposto no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe nem o desuso nem o costume ab-rogatórios. O próprio Professor REALE ressalta não saber qual o maior dano, se o das leis más, sucetíveis de revogação, ou o poder conferido ao juiz para *julgar contra legem*, a pretexto de não se harmonizarem com o que lhe pareça uma exigência ética ou social (2).

Não há, pois, erro em dizer que aqui a lei só deixará de ser aplicável, só perderá a sua vigência, se revogada por outra lei. Enquanto tal revogação não se dá, o juiz é obrigado a aplicá-la ao caso concreto levando à sua apreciação jurisdicional. Em sessão de 31 de agosto de 1982, quando do julgamento do RE nº 95.836-RS, pela Segunda Turma, o Relator, Ministro Cordeiro Guerra, fez considerações que merecem ser aqui ressaltadas. “O dever primordial do juiz”, disse, “é aplicar a lei, e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça. A lei diz o que é certo e, como observou o filósofo, é muito mais sábia que o intérprete, pois traduz uma experiência multissecular, um princípio ético que não pode ser ignorado. Ao legislador é que cumpre alterar a lei, revogá-la, não ao juiz que tem o dever de aplicá-la.”

O STF prestigiou esse voto, que assim ficou traduzido num parágrafo da *ementa* do acórdão respectivo: *É lícito ao juiz interpretar a lei, porém não lhe é facultado revogá-la ou deixar de aplicá-la* (cf. RTJ, 103/1256).

As sentenças desempenham três funções de máxima importância nos sistemas de direito legislado, como lembra um jusfilósofo argentino, a saber: *primeiro*, subministram um conteúdo mais específico aos conceitos gerais da norma legislativa; *segundo*, definem o âmbito recíproco de aplicação das diversas normas vigentes; *terceiro*, acomodam a norma legislativa geral às peculiaridades dos casos concretos (cf. JULIO CUETO RUA, *Fuentes Del Derecho*, Buenos Aires, 1971, p. 171).

9. Destarte, não haveria lugar para a *rejeição* (negativa de vigência) da lei pelo juiz. Esta lhe está sujeita, mesmo na hipótese de *integração* da ordem jurídica, quando ele se acha diante de um espaço vazio da normatividade (“espaço juridicamente neutro”, “espécie de *terra de ninguém*”), pois ainda aí é uma lei

(2) O fato social do desuso não importa na cessação de vigência da lei. A vista de tal fato o legislador poderá sentir a necessidade de revogar a norma abstrata e geral. Mas até lá continuará ela *formalmente* a existir e como tal a impor-se à obediência de todos, conforme a doutrina dominante.

especial, previsor da lacuna, que indica ao juiz o modo de proceder (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Estarão acima disso os juízes do STF? Ou, pelo contrário, também eles julgam *segundo a lei*? A *ementa* do acórdão de 31 de agosto de 1982, da egrégia Segunda Turma, antes citado, responde a isso satisfatoriamente.

Rejeitar lei não regularmente revogada, deixar de aplicar lei não fulminada de inconstitucionalidade em ação direta pelo STF, não equivale a *negar-lhe vigência*? Mas “negar vigência à lei federal é o mesmo que ofender literal disposição de lei federal” — disse-o o Ministro Moreira Alves, votando no julgamento da Rev. Criminal nº 4.609-SP, em 17 de setembro de 1980 (v. *RTJ*, 101/942).

Nessa sessão do PLENO o STF fixou o seguinte ponto jurídico:

“A lei não deixou à discricção do juiz ampliar os casos de admissibilidade da revisão criminal, para permitir-lhe sobrepor o seu critério individual de justiça ao princípio de ordem pública adotado pela disposição legal.”

Ora, se ao juiz não é dado superpor seu critério pessoal de justiça ao princípio de ordem pública espelhado no texto legal (que será *o menos*) — como pretender possa ele *o mais*, que é repelir, afastar, rechaçar a própria lei?

10. Nunca é demais apontar para a função primordial do Judiciário: *aplicar a lei*, tal como o Poder Legislativo a modelou. Se o Judiciário não formula o direito, mas interpreta-o *e a interpretação da norma tem por meta conseguir a fidelidade da norma já formulada* (WERNER GOLDSCHMIDT — *Introducción Filosófica ao Derecho*, B. Aires, 1970, pág. 253) — como entender *a repulsa, a rejeição* da lei pelo órgão próprio de sua aplicação definitiva?

Certo que há uma ocasião em que o STF *julga a lei* mas no exercício de uma jurisdição *política*, excepcional, pertencente só a ele e da qual não participa nenhum outro Poder do Estado. Aí ele é guardião (único) da Constituição com a altíssima atribuição de, em defesa da integridade da ordem jurídica, declarar a *inconstitucionalidade*, em tese, de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, e sua sentença tem efeito *erga omnes*.

Mas da lei *constitucional*, ou seja, toda aquela ainda não regularmente retirada do quadro geral das leis, ele é tão obrigado aplicador quanto qualquer outro tribunal ou juiz singular, sem embargo da ampla margem concedida ao magistrado dos nossos dias de, mediante livre interpretação, adaptar os textos legais aos casos particulares submetidos ao seu julgamento. Ao legislador, não ao juiz, incumbe desconstituir, alterar, corrigir a lei. Ao juiz, disse com muita propriedade o Ministro Décio Miranda, como Relator de mandado de segurança originário, em sessão plenária do STF, *ao juiz não é dado corrigir a lei sem provocação de inconstitucionalidade* (in *RTJ*, 105/506, parte citada na pág. 510).

11. Assim é, afortunadamente, nos regimes democráticos, ainda os de supremacia do Judiciário. O juiz pode muito, mas o seu poder sempre se acha contido nos limites da Constituição e das leis. Devemos ficar atentos à interpretação judicial das regras jurídicas, embora seja ela, em princípio, no sistema

brasileiro, para usar expressões de CARL LARENZ, fonte de *conhecimento do direito*, não *uma fonte de normas jurídicas imediatamente vinculativas*.

A esse respeito parece ter-se tornado muito especial o papel do STF, a partir do seu poder, de, em julgamento provocado pelo Procurador-Geral da República, fixar a interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 119, I, alínea l), a qual, depois de publicadas as conclusões e a ementa do acórdão, *terá força vinculante para todos os efeitos*, nos termos do art. 187 do Regimento Interno do STF.

Ademais, despacho do Relator poderá mandar arquivar ou negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência predominante do Tribunal (art. 21, § 1º, do RI), o que já nos levou a escrever sobre a função normativa da jurisprudência do STF (in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1974).

Por fim, há que ter em vista a eficácia *erga omnes* (independentemente da participação do Senado Federal, prevista no art. 42, VII, da CF) exercida pelas sentenças que o STF prolata nas ações de representação por inconstitucionalidade, *em tese*, da lei ou ato normativo federal ou estadual.

Contudo, a supremacia do STF não exclui necessariamente sua *falibilidade*, que se pode documentar pelas não poucas vezes em que o Tribunal Pleno reforma arestos de Turmas ou dele próprio, não raro até por unanimidade, sob fundamento de ter havido *erro de julgamento* (3).

Aguardamos então que o STF diga se os seus juízes pairam acima das leis comuns, ao ponto de rejeitá-las (rechaçá-las), quando relegadas a prolongado esquecimento.

Seja-nos permitido, também, e já agora em nome da *certeza e segurança* – fins desejados pelo Direito – esperar venha o STF a fixar univocamente a natureza do vínculo existente entre a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969. A nenhum outro órgão da Jurisdição cabe essa tarefa mais do que ao oráculo e guarda da Constituição. Afinal, quanto a tão grave tema não devem pairar dúvidas.

No seu aresto unânime de 24 de abril de 1980, proferido em ação direta, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 é tida como revogada. Mas em numerosos outros, conforme vimos, ela e a Emenda nº 1, ambas expressamente designadas, dão base à *razão de decidir* do Tribunal.

Assim sendo, não há, sobre o ponto, *jurisprudência* predominante, pois esta não pode apoiar-se em unicidade de acórdão. Pelo voto de desempate do Ministro Djaci Falcão (Presidente) o STF Pleno assentou o entendimento de que *a jurisprudência predominante pressupõe a existência de mais de um julgado no sentido de uma determinada tese jurídica* (Sessão de 28-5-1975, no julgamento do RE nº 81.414-PR – in *RTJ*, 81/488).

(3) Entre outros casos elucidativos, está o acórdão de 29 de janeiro de 1979, subscrito por todos os nove ministros votantes que se achavam presentes à sessão. Note-se: tratava-se aí de uma ação rescisória de acórdão do Tribunal Pleno. Julgada em grau de embargos, foram estes recebidos *unanimemente* (cf. *RTJ*, 91/16).

Parlamentarismo ou democracia ?

EDUARDO K. M. CARRION

Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e Professor de Política no Curso de Pós-Graduação em Antropologia, Política e Sociologia da UFRGS.

Nos últimos anos, o parlamentarismo tem encontrado novos adeptos no País, sendo considerado por muitos como a forma de governo mais apropriada para a solução de nossos impasses políticos e mais condizente com o exercício democrático do poder político. Talvez ou sobretudo, em reação à experiência institucional mais recente de esvaziamento do Legislativo e de fortalecimento do Executivo que historicamente caracterizaram nosso presidencialismo. Num certo sentido, o presidencialismo brasileiro se identificou demasiadamente, no período atual, com o autoritarismo para que pareça poder, hoje, ser absolvido ou resgatado.

Quando se fala em parlamentarismo no Brasil, caberia inicialmente lembrar a lição de JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES para quem as falhas não estão na forma de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), mas no dissídio entre poder e sociedade. Na realidade, se uma determinada forma de governo puder eventualmente ser mais eficiente para os objetivos democráticos, principalmente pelo asseguramento das prerrogativas tradicionais do Parlamento, virtual ou pretense representante da soberania popular, mais importantes e decisivas neste sentido serão a existência e a consolidação de mecanismos de efetivo controle político e de real participação popular que, inclusive, permitirão que os próprios poderes sejam a expressão da sociedade.

Nossa tradição de um Executivo forte e de um Legislativo fraco é consequência direta deste dissídio que se enraíza em última análise nas características de nosso Estado desde o Brasil-Colônia. Assim, o presidencialismo adotado quando da República é antes um prolongamento do que uma ruptura com o parlamentarismo imperial, caracterizado pelo denominado "poder pessoal" do Monarca (lembre-se aqui, por exemplo, das conhecidas palavras de NABUCO DE ARAÚJO: "O Poder Moderador pode chamar quem quiser para organizar Ministérios; esta pessoa faz as eleições porque há de fazê-lo; esta eleição faz a maioria"). Não sem razão, RAUL PILLA diria que "a Constituição do Império, que se derogou a 15 de novembro de 1889, não era parlamentarista. Se quiséssemos classificá-la de acordo com tal critério, deveríamos dizer que, embora monárquica, era presidencialista, pois os ministros eram livremente nomeados e demitidos pelo Imperador e nada os fazia depender da confiança do Parlamento (1)". Justifica-se, portanto, a expressão "Sua Majestade, o Presidente do Brasil", empregada por um autor inglês no início deste século. Em outros termos, deveríamos falar, no nosso caso, em **presidencialismo** e não propriamente em regime presidencial (segundo MAURICE DUVERGER, "o presidencialismo constitui uma aplicação deformada do regime presidencial clássico, pelo enfraquecimento dos poderes do Parlamento e a hipertrofia dos poderes do Presidente: daí seu nome (2)". Da mesma forma, a prática parlamentarista no Brasil recebeu a marca desta herança histórica: o parlamentarismo imperial foi um arremedo autoritário e o parlamentarismo de 1961 a 1963, um expediente conservador, ambos distintos do parlamentarismo clássico.

Outro elemento a ser levado em conta na análise da questão é o fato de alguns parlamentarismos adotarem a indicação direta para o detentor do Poder Executivo. Na França, na Áustria, em Portugal, na Finlândia, na Irlanda e na Islândia, o Presidente é eleito pelo sufrágio universal direto. Esta modalidade de indicação do Presidente representa uma infração à lógica do regime parlamentarista, tendo como efeito uma tendência ao fortalecimento do Executivo, agora também representante da soberania popular, em detrimento do Legislativo, e, dentro do Executivo, ao fortalecimento do Chefe de Estado em detrimento do Chefe de Governo. Os poderes formais do Presidente passam assim a ser, com o voto popular, poderes reais, inclusive a prerrogativa de dissolução do Parlamento, característica do parlamentarismo. Num certo sentido, tais parlamentarismos se aproximam do presidencialismo, tal como foi definido

(1) *Catecismo Parlamentarista*, Livraria do Globo, S/A., Porto Alegre, 1949, p. 44.

(2) *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, I — Les Grands Systèmes Politiques*, PUF, Paris, 1971, p. 197.

acima. Mesmo na Inglaterra, tende a haver uma indicação direta do detentor do Executivo, neste caso o Primeiro-Ministro. Como se trata de um sistema bipartidário de fato, onde dois grandes Partidos monopolizam o voto popular ou a representação parlamentar, as eleições legislativas têm como resultado a indicação efetiva do Primeiro-Ministro (fenômeno do parlamentarismo majoritário ou do governo de legislatura). Aliás, poder-se-ia afirmar que o Primeiro-Ministro inglês, detentor do Poder Executivo num regime parlamentarista, possui maiores prerrogativas do que o Presidente norte-americano, detentor do Poder Executivo num regime presidencial. De qualquer forma, tal expediente, além de representar inegavelmente um mecanismo democrático de indicação do Presidente, possibilita, quase sempre, uma escolha direta por parte do eleitorado do programa de governo de sua preferência, uma das virtudes do regime presidencial. Por isso mesmo, seria de perguntar-se se numa sociedade dependente como a nossa, com profundos e graves problemas sociais, só um Executivo presidencial, com a indispensável legitimidade assegurada por eleições diretas à Presidência da República, não poderia eficazmente implementar as alterações estruturais que se fazem urgentes e necessárias.

No Brasil, durante a denominada "democracia populista", o Legislativo tendeu a ser um reduto conservador face a um Executivo progressista. Neste contexto, a bandeira do parlamentarismo seria em geral uma bandeira de reação. Por isso mesmo, a adoção desta forma de governo foi o expediente encontrado para resolver a crise política originada com a renúncia do Presidente da República em 1961.

O conservadorismo do Legislativo na época se explica, entre outros motivos, primeiro, pela predominância do eleitorado rural e pelo controle do voto rural pelas oligarquias agrárias através do fenômeno de "coronelismo"; segundo, pela modalidade brasileira de representação proporcional nas eleições para o Legislativo. Assim, os Estados mais populosos e, geralmente, mais urbanizados e industrializados, os Estados mais politizados em suma, eram invariavelmente sub-representados. Ao contrário, os Estados mais rurais e atrasados eram sempre sobre-representados. Somente por ocasião das eleições para o Executivo, pelo sistema do sufrágio majoritário, o voto do eleitor daqueles Estados tinha o mesmo valor e o mesmo peso do voto do eleitor destes. Então, eram eleitos muitas vezes Executivos de forte teor urbano e apelo popular. Isto, sem falar no bicameralismo que, no nosso caso, se caracteriza pela existência de uma Câmara Alta, o Senado Federal, não só de recrutamento mais conservador, mas, ao contrário do caso alemão, por exemplo, com amplas prerrogativas legislativas

As considerações acima nos levam a ser pelo menos prudentes, tratando-se de parlamentarismo. A defesa desta forma de governo pode ter a conotação de enfatizar o papel e de reforçar as prerrogativas do Parlamento, virtual ou pretensamente representante da soberania popular, como se disse, em face de uma tradição de hipertrofia do Executivo. Entretanto, a consecução de tal objetivo dependerá não só da forma de governo adotada, como também do regime eleitoral empregado e do sistema partidário existente. Por isso mesmo, não basta simplesmente optar pelo parlamentarismo "em geral". Um parlamentarismo com eleições diretas para a Presidência da República ou com voto distrital pode ter os efeitos inversos dos aparentemente almejados, aproximando-o da prática presidencialista condenada e criticada. Da mesma forma, a manter-se a atual modalidade de representação proporcional, sem aperfeiçoá-la. Além disso, um parlamentarismo bicameralista pode reeditar também o parlamentarismo conservador de outrora, salvo se reduzidas as atribuições do Senado Federal à matéria exclusivamente federal. Demais, dependendo ainda do tipo de parlamentarismo adotado, a Presidência da República, a Chefia do Estado, pode transformar-se num Poder Moderador, expressão ou extensão do poder militar que se quer exorcizar, a pender tal qual espada de Dâmocles sobre a cabeça dos cidadãos. Com o agravante de a Chefia de Estado ser, num sistema parlamentarista, irresponsável politicamente, tanto em face do Parlamento, como em face do eleitorado.

Historicamente, o parlamentarismo surge na Europa como o resultado da luta contra o poder absoluto do monarca de direito divino. Apresenta-se assim como a forma institucional mais adequada ao prestígio do Parlamento, onde se concentravam as forças da burguesia revolucionária em sua luta contra o **Ancien Régime**. Entretanto, depois de tantos anos, o parlamentarismo sofreu modificações e alterações que, em alguns casos, descaracterizaram o modelo original de um Parlamento soberano e proeminente e de um Executivo subordinado àquele.

Diríamos, concluindo, que o parlamentarismo, como a língua de Esopo, pode ser tanto a melhor como a pior das coisas. O que nos leva a repetir o que afirmávamos no início: as falhas não estão na forma de governo, mas no dissídio entre poder e sociedade. Se a defesa do parlamentarismo pode eventualmente significar a ênfase nas prerrogativas do Legislativo, somente a efetiva democratização da sociedade dará condições para que as instituições políticas adotadas, seja sob a forma parlamentarista, seja sob a forma presidencialista, estejam sob o controle da sociedade. Para tanto, mais importante do que a opção por uma ou outra forma de governo é a prática de uma efetiva democracia de Partidos que rompa com nossa tradição de um Estado partidário.

Aspectos do federalismo norte-americano

TORQUATO LORENA JARDIM

Advogado. Professor na Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Michigan, Ann Arbor.

SUMÁRIO

- I — HISTÓRIA
 - a) *O período colonial*
 - b) *A confederação*
 - c) *A Constituição*
- II — AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS
- III — A CONCEPÇÃO AMERICANA DE FEDERALISMO
 - a) *A gênese*
 - b) *As novas circunstâncias*
- IV — OS ESTADOS NA UNIÃO
- V — OBRIGAÇÕES DO GOVERNO NACIONAL COM OS ESTADOS
- VI — PODERES ENUMERADOS E PODERES IMPLÍCITOS
- VII — FEDERALISMO COOPERATIVISTA
- VIII — CONSIDERAÇÕES FINAIS
 - a) *A crítica do federalismo*
 - b) *A tendência descentralizadora*
 - c) *A lição americana*

I — HISTÓRIA

a) *O período colonial*

De 1607 a 1732 formaram-se no Norte do continente americano, ao longo do litoral atlântico, as treze colônias inglesas que viriam se tornar os treze Estados formadores da união dos Estados Unidos da América.

Os homens que fundaram as colônias provinham de segmentos sociais bastante diversificados. Uns eram mercadores aventureiros, organizados em sociedade, que enviavam ao continente americano pequenos grupos de pessoas; de início, com a finalidade de descobrir metais preciosos e uma rota para as Índias, e, mais tarde, para explorar a agricultura mais lucrativa, principalmente a do tabaco e a do algodão. Outros eram dotados de profundo espírito religioso, para os quais a América se configurava como um refúgio. Outros, ainda, grandes senhores que, tendo rendido serviços ao rei, recebiam terras, fosse para explorá-las economicamente para a Inglaterra, fosse para nelas estabelecer minorias religiosas. Dois grandes motivos inspiraram assim a criação de tais estabelecimentos: o espírito de comércio e o espírito religioso. A motivação de comércio não surpreende; é notável, no entanto, que certas colônias tenham sido formadas por famílias que aceitaram uma expatriação distante e penosa por razões de ordem espiritual. O sentimento religioso é ainda hoje uma componente muitas vezes mal conhecida da vida americana, particularmente sob seu aspecto político.

Da vida política colonial dois traços merecem ser assinalados. Primeiro, quanto aos meios de exercício da vida política, e em certas colônias — as mais religiosas — a prática da "democracia pura", isto é, grupos de homens que se reconheciam como iguais e que buscavam decidir juntos, em assembléias livres e abertas, os seus problemas comuns. Tais reuniões geraram um ideal democrático que permanece vivo, e que se funda sobre uma aliança de liberdade individual e de disciplina coletiva, disciplina esta até recentemente característica da sociedade americana. Segundo, um sentimento bastante claro da separação, mesmo da oposição, dos poderes. Tal sentimento, observa ANDRÉ TUNC (*Les États-Unis*, p. 12), advém do fato de que os governadores, representantes da Coroa, estavam freqüentemente em conflito com as Assembléias.

É igualmente do período colonial que data o ideal de uma União. Certamente não se releva a indiferença, por vezes a hostilidade, entre as colônias: 1) seus habitantes diferiam por suas culturas, origens, e modo de vida; logo, por exemplo, a elite da Nova Inglaterra reprovava a escravidão praticada no Sul; 2) suas economias eram complementares, donde a concorrência, mesmo com a vocação modesta do Nordeste para o comércio e a indústria; e, 3) suas fronteiras eram incertas e davam lugar a conflitos que se tornavam mais graves à medida que se conquistava o Oeste.

Portanto, a ausência de uma certa solidariedade entre as colônias foi logo ressentida, ainda que esporadicamente, quer pelo perigo das lutas com os índios, quer pela concorrência com os holandeses na região de Nova Iorque, até que estes se renderam em 1644, seja pela ocupação francesa do Canadá, da Luisiana e do vale do Mississipi. Um esforço militar liderado pela Coroa em 1754-60 afastou a ameaça francesa.

Tal ausência de solidariedade, todavia, foi suprida de forma sem precedente quando do aumento de tributos decretado pela Coroa para cobrir os custos da guerra contra os franceses. Após algumas assem-

bléias, e mesmo algumas batalhas, o Segundo Congresso tornou-se um órgão revolucionário, no qual se proclamou, em 4 de julho de 1776, a Declaração da Independência.

b) *A Confederação*

Declarada a independência, as treze colônias tornaram-se treze Estados independentes. Independentes em relação à Coroa inglesa e, principalmente, nas suas relações mútuas. O único laço que os unia era a vontade de lutar pela sua liberdade: para assegurá-la, a união era indispensável. Contudo, os artigos da Confederação só foram votados em novembro de 1777, após superadas grandes divergências; e ratificados pela maioria dos Estados somente em julho de 1778. A independência fora almejada mais ardentemente que a Confederação.

A organização instituída era frágil. Embora ao Congresso fosse concedido o poder de declarar a guerra e a paz, de enviar e receber embaixadores, de concluir tratados e de gerir um tesouro comum financiado pelos Estados, ele não era um órgão legislativo verdadeiro: a Confederação não tinha autoridade sobre os cidadãos de cada Estado e não podia criar tributos, requisitos essenciais à ação de qualquer governo. Ela era essencialmente o órgão de uma política exterior comum; e nunca dispôs dos recursos necessários para pagar os fornecedores de seu exército, nem de poderes para regulamentar o soldo de seus soldados. Viu-se, da mesma forma, impotente para impedir os Estados de porem em prática políticas aduaneiras e comerciais prejudiciais à comunidade dos treze.

Em setembro de 1783, concluído o tratado de Paris, pelo qual a Inglaterra reconheceu a independência das colônias americanas, a Confederação enfrentou ameaça à sua própria existência, uma vez que desaparecera a sua razão de ser. Como já dito, tudo separava os Estados e nada — ou quase nada — os mantinha unidos. Salvou-os a clarividência de um pequeno grupo de homens — Washington, Franklin, Jefferson e Hamilton, notadamente, que conseguiram levar a Filadélfia, em maio de 1787, cinqüenta e cinco representantes para discutirem um projeto de Constituição.

Superadas dificuldades de toda sorte, acertados compromissos que desafiaram a imaginação e a iniciativa dos mais capazes, um projeto foi assinado em setembro de 1787, e ratificado, após notáveis e históricos debates, por nove Estados, em junho de 1788.

c) *A Constituição*

Qual é o sistema político estabelecido por essa Constituição, que, ainda hoje, vigora naquele país?

Ela manteve os Estados e a eles sobrepôs um governo federal. Este governo foi instituído com poderes tão completos quanto os atribuídos aos Estados, dotados de poderes legislativos, executivos e judiciários e de todos os órgãos necessários a um efetivo exercício político. Ao contrá-

rio da Confederação, a Constituição conferiu ao governo federal autoridade sobre todos os cidadãos, em particular para criar e cobrar tributos sem anuência dos Estados. Todavia — porque toda constituição é uma obra de compromisso — o poder federal é limitado: somente é capaz do que a Constituição lhe atribui. É para descartar mal-entendidos — e não para fixar norma nova — que a Décima Emenda dispõe que “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, pertencem aos Estados ou ao povo”.

A estrutura do governo federal é resultado de um compromisso revolucionário. A dificuldade maior no seio da Convenção constituinte fixou-se na organização do Poder Legislativo: de uma parte, os pequenos Estados queriam ser representados no Congresso com o mesmo número de vozes que os grandes; de outra, os grandes se batiam pela representação proporcional à população. Aqueles preferiam uma confederação de Estados iguais — uma liga, pois temiam o poder dos Estados mais populosos; a estes não agradava a idéia de se sujeitarem às decisões de uma maioria de pequenos Estados. A concepção de um congresso com duas câmaras foi o meio de conciliar as opiniões: uma Câmara de Representantes, eleitos nos Estados em número proporcional à população de cada qual, e outra, o Senado, com representação igual dos Estados. Acrescentou-se a esta fórmula um processo legislativo que exige a aprovação das duas Casas para validade do ato legislativo (*).

Deste acordo central decorrem todos os demais. O Presidente, órgão do Poder Executivo, é eleito por delegados escolhidos em cada Estado em número igual ao total de Senadores — elemento invariável — e de Deputados — elemento proporcional à população. O Senado, por outro lado, órgão representativo dos Estados, em larga medida, assessora e controla o Presidente: os funcionários federais, inclusive embaixadores e juizes federais de todas as instâncias, não são nomeados sem sua prévia anuência; os tratados só têm vigência após ratificação de 2/3 dos seus membros. Uma minoria de Estados pode, assim, opor-se a uma política estrangeira que desaprova.

O Poder Judiciário é confiado à Suprema Corte e a tribunais de menor hierarquia, tantos quantos e com a competência que o Congresso entenda de estabelecer. A função desse sistema judiciário é aplicar a legislação federal e arbitrar disputas entre Estados ou entre cidadãos de Estados diversos.

De modo geral, o governo federal está concebido de sorte a que não se constitua jamais uma ameaça à liberdade dos indivíduos e aos poderes dos Estados, buscando-se, contudo, um equilíbrio de modo a garantir a sua eficácia. É o que se tornou conhecido por sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consequência da descon-

(*) Exceção feita da ratificação de tratados que exige o voto de 2/3 do Senado. É possível, pois, que o Senado revogue ato do Congresso, porquanto a Constituição, os tratados e as leis feitas na conformidade da Constituição são atos de igual hierarquia (a *supreme law of the land*). Veja-se, a propósito, a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 71154 (RTJ 78/73).

fiança, advinda da era colonial, para com todo poder suscetível de inibir os indivíduos ou os Estados.

Aceitou-se a idéia de uma política estrangeira comum, de uma união militar — para a qual os fatos comprovaram a necessidade, e também de um poder tributário federal — para o que as mesmas circunstâncias apontavam a conveniência. Acordou-se ainda que os Estados não mais se engajariam em guerras alfandegárias e que o Congresso teria o poder de regular o comércio estrangeiro e o interestadual, cláusula que se revelou das mais fundamentais ao longo dos 150 anos seguintes. Reconheceu-se, enfim, que ao Congresso deveria competir o poder de emitir moeda, estabelecer padrões de pesos e medidas, legislar sobre imigração, naturalização, falências, propriedade literária e artística, e estabelecer os serviços de correios. Entretanto, estes são, em síntese, os únicos poderes que a Constituição confere à federação.

Os poderes do Congresso parecem, à primeira vista, estabelecidos de modo mais ou menos claro. Ao Presidente, no entanto, a autoridade é menos explicitamente discriminada. Embora os governadores das colônias fossem muito impopulares, os constituintes puderam constatar durante a Confederação a necessidade de um chefe executivo, seja no plano militar, seja — sob controle — no plano político.

Como esta Constituição, aparentemente destinada a restringir os poderes do governo que instituiu com relutância, permitiu o desenvolvimento de instituições que se consagram como das mais eficazes nas democracias contemporâneas? É o que explica a evolução constitucional, parte da qual será estudada.

II — AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS

Dois problemas constitucionais dominam a vida política americana: primeiro, os poderes respectivos da União e dos Estados; segundo, no governo nacional, a divisão de funções do Congresso e do Presidente.

Vimos que a originalidade da Constituição americana reside na superposição de dois governos, cada qual detendo autoridade direta sobre os cidadãos: os governos dos Estados e um governo nacional. Daí decorre a vigência de cinquenta e uma Constituições em cinquenta e um territórios. Daí decorre, igualmente, para cada indivíduo, uma dupla cidadania: cada qual é a um só tempo cidadão americano e cidadão de um Estado. Daí decorre, sobretudo, o problema fundamental dos poderes respectivos dos Estados e da União.

Lord BRYCE, a propósito desse tema, observa que “a mais impressionante e intrínseca característica do sistema político do país (é) a existência de um duplo governo, de uma dupla lealdade, um duplo patriotismo” (*The American Commonwealth*, p. 15).

A Corte Suprema já assentou que a União e os Estados são soberanos, cada qual na sua esfera de competência, donde não se conclui que funcionem em pé de igualdade. Na verdade — e o artigo VI da Consti-

tuição o assegura —, a autoridade da União, na sua esfera de competência, prevalece sobre a dos Estados; dentre as fontes do direito, a mais alta fonte legal do Estado — sua constituição, é de hierarquia inferior à mais modesta fonte federal; um regulamento administrativo federal validamente editado torna ineficaz norma constitucional do Estado que com ele se mostre incompatível (cf. TUNC, *ob. cit.*, p. 22).

Lord BRYCE escreveu que, na medida em que o governo nacional não suprimia os dos Estados, os constituintes se defrontaram com a questão de, criado o governo nacional, determinar as relações deste com os Estados e com os indivíduos. O exame da Constituição e a crítica de seu funcionamento demandam, assim, a percepção desses dois aspectos; 1) um sistema de governo nacional consistindo de Poderes Executivo e Legislativo; e 2) um sistema federal unindo e regulamentando as relações de um número de comunidades que são, para certos propósitos, mas unicamente para certos propósitos, subordinadas ao governo nacional. Observa-se, no entanto, prossegue o clássico jurista inglês, que “a Constituição não professa ser um completo esquema de governo, criadora de todos os órgãos necessários para o desempenho das funções e responsabilidades exigidas pela sociedade. Ela pressupõe os governos estaduais. Ela cria um sistema cujo fim é prover às funções governamentais que os Estados não possam desempenhar adequadamente em razão, seja do sistema federal, seja por causa de circunstâncias de outra ordem” (BRYCE, *ob. cit.*, p. 32).

Afirma-se, por outro lado, que os poderes federais são essencialmente limitados. Onde traçar o limite dos poderes federais, dado que, tanto pela natureza das coisas, quanto pela vontade dos constituintes, a Constituição não é, neste ponto, precisa? Este é o primeiro problema histórico.

A repartição das responsabilidades entre os órgãos nacionais, antes de todos entre o Congresso e o Presidente, é a segunda questão permanente da vida política americana, particularmente em face da autoridade considerável que a Constituição deposita no Chefe do Poder Executivo.

A idéia dominante no estudo dos dois temas é que os períodos de crise acarretam uma concentração de poder, isto é, um crescimento da autoridade do governo nacional às expensas da dos estaduais, e, no seio do governo nacional, da autoridade do Presidente às custas da do Congresso.

A grande virtude da Constituição americana é talvez essa flexibilidade que permite, quando as circunstâncias o impõem, o estabelecimento de regime mais autoritário, e, ao depois, passada a crise, um retorno ao que ANDRÉ TUNC denomina “détente” (*ob. cit.*, p. 23). É verdade que um acréscimo de autoridade não se desfaz sem deixar marcas. Após cada crise a concentração de poder permanece um pouco maior do que antes. Os Estados Unidos de 1789, de 1900 e mesmo de 1929, desapareceram. Contudo, se se tomar em conta que, em decorrência do desenvolvimento dos meios de informação e de destruição, de um lado, e da ciência econômica, de outro, a política estrangeira e a situação econômica são, hoje,

para os Estados Unidos, do mesmo modo que para as outras nações do mundo, objeto de uma atenção permanente muito mais ansiosa do que no passado, e que, conseqüentemente, o mundo está hoje continuamente em um estado de crise latente, tal constatação corrobora a conclusão de que a Constituição americana adapta-se por si mesma às circunstâncias críticas, alcançando, destarte, um equilíbrio feliz entre a liberdade pessoal e a autoridade normalmente necessária à eficácia.

III — A CONCEPÇÃO AMERICANA DE FEDERALISMO

a) *A gênese*

ALEXIS DE TOCQUEVILLE disse da Constituição americana que era “a mais perfeita Constituição federal que jamais existira”. Afirmou ele ainda, no seu clássico exame da América e de suas instituições, que os Estados Unidos combinavam as vantagens dos grandes e pequenos Estados — “felizes e livres como um povo pequeno, e gloriosos e fortes como uma grande nação”. WHEARE, cientista britânico, vê a Constituição americana como o protótipo “do que o governo federal é”. Nenhum princípio de governo é mais controvertido para os americanos, asseveram IRISH e PHROTRO, a maioria dos quais encontraria grande dificuldade em explicar o que federalismo significa. Mesmo os políticos têm apenas uma vaga idéia do que tal sistema implica.

A opinião pública tende a pensar que federalismo é o que quer que seja que a América tenha. No entanto, muitos outros países — União Soviética, Canadá, Austrália, República Federal da Alemanha, México e Brasil — são também entes políticos federais. Sua estrutura política comum deixa espaço para significativas diferenças. A União Soviética é uma ditadura; a Austrália, uma democracia; os Estados Unidos têm um sistema bipartidário; o México, até há pouco, unipartidário. Todos eles, todavia, possuem uma forma federal, na medida em que os poderes estão divididos constitucionalmente entre um governo geral ou nacional e Estados ou unidades regionais; e ambos — governo nacional e estadual — têm autoridade para agir e comandar diretamente o povo. Uma definição em termos de estrutura é relativamente simples; porém, quando se tenta descrever como um sistema federal funciona na realidade — em termos de políticas, programas e atividades que afetam o dia-a-dia da população — o problema se torna muito mais complexo.

A principal função do federalismo é menos estrutural e institucional do que política, econômica, social e cultural. Um sistema federal é concebido para acomodar e proteger a diversidade territorial de uma nação sem enfraquecer a individualidade da unidade básica que o compõe e que o torna um sistema político distinto. Toda sociedade é mais ou menos pluralista, com variações de raça, nacionalidade, língua, religião e classes. Nenhuma nação é completamente uniforme; mesmo um governo totalitário ou altamente centralizado reconhece os diversos grupos e faz concessões às peculiaridades do governo local. Quando diferenças significativas ocorrem ao longo de linhas geográficas, todavia, cada

unidade territorial tende a demandar acertos políticos que preservem valores e interesses típicos da região.

Embora o federalismo seja um princípio fundamental do sistema americano, os constituintes de 1787 não ofereceram qualquer definição do termo. De fato, nem a palavra *federação*, nem *federal*, aparecem no texto da Constituição. O preâmbulo não faz mais do que declarar a intenção do povo de "formar uma união mais perfeita". Para a maioria dos convencionais da Filadélfia isto significava instituir um governo nacional mais forte do que o que existira sob os artigos da Confederação. Mesmo assim, os representantes dos pequenos Estados rechaçaram a tentativa de se criar um governo nacional consolidado. A intensidade do orgulho dos Estados e a extensão de suas rivalidades eliminaram qualquer perspectiva de um Estado nacional unitário.

Os constituintes, entretanto, eram políticos experientes, determinados a instituir um sistema *prático* que acomodasse a *diversidade* e a *uniformidade* do povo americano. Tomaram, destarte, três decisões fundamentais: 1) preservar os Estados; 2) criar um governo nacional forte; e 3) formar uma união que incorporasse os governos dos Estados e o nacional em uma *nova* estrutura constitucional.

Um autor definiu o federalismo como "uma barganha entre líderes nacionais prospectivos e representantes dos governos locais para o fim de agregar territórios e melhor coletar tributos e manter exércitos" (RIKER, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, p. 11). A palavra *barganha* é importante em sua definição, porque indica a natureza voluntária do ato de criar a federação. O mesmo autor postula que duas circunstâncias devem existir para que o acordo seja possível. Primeiro, os líderes políticos que buscam estender seu controle territorial sentem-se incapazes de fazê-lo pela conquista, seja porque não disponham da capacidade militar para fazê-lo, seja porque haja uma inibição ideológica contra o uso da força militar para este propósito. Segundo, estejam os representantes dos governos locais preparados para abrir mão da independência em certas esferas, em razão de alguma ameaça ou oportunidade diplomática ou militar externa. A união política passa, assim, a ser meio de sobrevivência. Essas duas circunstâncias — condições necessárias e suficientes para a criação de federações — estavam bastante vivas na mente dos constituintes recém-saídos de duas guerras.

O que os *Framing Fathers* buscavam era substituir a estrutura puramente federal da Confederação por uma nova ordem que combinasse as características federais com os traços típicos de um governo nacional consolidado. Nas palavras de JAMES MADISON, "a forma *federal*... considera a União como uma confederação de Estados soberanos", ao passo que "um governo *nacional* vê a União como uma *consolidação* de Estados". Em *O Federalista*, número 39, MADISON explicava que a Constituição proposta não era de natureza nem federal nem nacional, mas uma mistura das duas. Esta nova combinação dos ingredientes, pairando entre a soberania estadual da confederação e o governo unitário da consolidação, é o que os americanos denominam federalismo.

As características da Constituição bem explicam este espírito. MADISON destacou em *O Federalista*, número 39, como ela combina federação com consolidação em cinco aspectos: 1) o processo de sua adoção; 2) as fontes emanadoras dos poderes ordinários do governo; 3) o funcionamento desses poderes; 4) a extensão do poder nacional; e 5) o processo de emendas constitucionais.

Em outras palavras, no que tange o primeiro aspecto — o processo de adoção —, é a Constituição ratificada pelo povo, “não como indivíduos compondo uma nação inteira”, mas como maiorias separadas em todos “os Estados distintos e independentes”. Assim, quanto à adoção, a Constituição é “confederativa” (MADISON chamou de “federal”), e não nacional.

(2) Quanto às fontes dos poderes do governo, a Câmara dos Representantes, eleita pelo povo, em proporção à população, é nacional; o Senado, com representação igualitária dos Estados, é confederativo; e o Presidente, eleito por um complexo processo de voto popular e dos Estados, combina as fontes nacional e confederativa de poder. As bases do poder são, portanto, claramente, mistas.

(3) No que toca ao funcionamento do governo, o poder nacional é exercido diretamente sobre os Estados que o compõem. Neste aspecto, a Constituição é *nacional*.

(4) O poder nacional “estende-se apenas a certos objetos enumerados”, e é supremo em tais áreas; os Estados, porém, retêm uma “soberania residual e inviolável sobre todos os demais objetos”. MADISON mesmo afirmou que “o governo proposto não podia ser considerado nacional”.

(5) O processo de emenda não é inteiramente nacional: as emendas constitucionais são aprovadas por uma maioria simples do povo em uma união consolidada. Mas também não é inteiramente confederativo, porquanto um Estado a elas se submete sem expressar consentimento se 3/4 dos demais as aprovarem. Tal processo é, pois, tal qual todos os demais poderes do governo sob a Constituição, uma combinação de confederação e consolidação.

Se seguimos a análise de MADISON — começando com a tese, uma liga de Estados, confrontando com a antítese, um Estado nacional unitário, então a conseqüente síntese — “a Constituição mista” nos oferece uma estrutura política nova e um novo conceito de federalismo. A união federal americana foi a primeira do seu tipo e tem servido de modelo para quase toda tentativa subsequente de federalismo no mundo contemporâneo.

b) *As novas circunstâncias*

Como lei orgânica da nação, a Constituição deve refletir as transformações da sociedade americana, bem como o impacto dos acontecimentos mundiais mais importantes desde 1787.

Inquestionavelmente, a concepção de federalismo tornou-se mais e mais diluída conforme a nação se expandiu. Os primeiros colonizadores foram para Connecticut, ou Virgínia, ou Geórgia; os milhões de imigrantes, no entanto, que vieram ao novo mundo no século XIX, sabiam apenas da "América". A crença no *manifest destiny*, o movimento de colonização do Atlântico ao Pacífico, gerou um espírito de nacionalismo. Os homens que abriam fronteiras não se interessavam com os aspectos teóricos ou legais do federalismo, mas, sim, com a sua utilidade. Federalismo implicava em cooperação entre o governo nacional e os Estados; parceria, mais do que rivalidade, na construção de uma nação próspera. Os novos Estados, sem os traços do separatismo tradicional dos treze primeiros, voltavam-se para a capital nacional para todo tipo de ajuda.

Conhecido estudo de DANIEL ELAZAR sobre as relações intergovernamentais nos Estados Unidos do século XIX demonstra que virtualmente todas as atividades governamentais desde os primórdios da República foram iniciativas de cooperação entre as agências administrativas federais e estaduais. A teoria do "federalismo dualista", com sua clara demarcação dos poderes e responsabilidades da União e dos Estados, não parece corresponder à prática histórica. Na verdade, o começo do federalismo cooperativista antecede a Constituição: pelas *Northwest Ordinances* de 1785 e 1787, o governo federal já doava terras às pequenas cidades dos territórios para instalação de escolas de alfabetização e colégios agrícolas.

Para os que acreditavam que somente no último meio século o governo federal estendeu suas atividades às comunidades locais, o livro de ELAZAR prova ser uma base inteiramente nova para a compreensão do sistema federal. A cooperação intergovernamental no século XIX incluiu projetos de melhoria de estradas, canais, ferrovias, portos, edifícios públicos, navegação fluvial, extração e produção mineral e desenvolvimento agrícola; como também uma variedade de projetos de doação de terras para instalação de escolas públicas, colégios de agricultura e mecânica; e, ainda, subvenções em moeda para construção de ferrovias, irrigação de desertos, drenagem de pântanos, habitação para veteranos de guerra, estações agrícolas experimentais e previdência social.

A motivação inicial do federalismo americano, treze Estados heterogêneos, continua a ser uma tradição entre as atuais cinquenta unidades. A tendência para o nacionalismo na maioria dos aspectos da vida americana, contudo, serviu para enfraquecer, até há pouco tempo, alguns dos argumentos a favor da descentralização política. A urbanização, a industrialização e especialmente os rápidos e convenientes meios de transporte transformaram os americanos no povo mais migratório da história. Desde a Segunda Guerra, um quinto dos americanos tem mudado de residência a cada ano (cf. IRISH & PHOTRO). Os meios de comunicação em massa tendem a tornar o cidadão comum mais atento e mais interessado no que se passa em Washington ou nas principais cidades do país do que nas notícias do dia-a-dia de sua cidade ou de seu bairro. Sistemas nacionais de previdência social e aposentadoria de vete-

ranos de guerra encorajam os indivíduos em cada Estado a se voltarem para a capital nacional para a expansão desses programas. Fala-se de “interesses nacionais” e “objetivos nacionais” mesmo em setores tradicionalmente tidos como de interesse local, como habitação, saúde, educação, preços de produtos agrícolas, e direitos civis.

WILLIAM G. CARLETON, perspicaz analista da cena política americana, observa que “todas as partes da América estão se tornando mais parecidas, porém, mais parecidas na sua diversidade”. Nos primeiros anos, a diversidade do país era mais geográfica e causada pelo que fosse interesse dos Estados; a sociedade contemporânea é mais pluralista do que a relativamente simples economia do século XVIII. As divisões tornaram-se mais horizontais do que verticais. Assim, a distribuição de poderes entre o governo nacional e os estaduais, fundada numa individualidade política e cultural que caracterizava os treze Estados originais, torna-se ultrapassada e irreal quando aplicada aos problemas correntes da América pluralista do século XX.

Uma assembléia constituinte que reconsiderasse os princípios fundamentais do governo americano provavelmente faria modificações substanciais na distribuição de poderes entre o governo federal e os estaduais. Sem dúvida, no entanto, conservaria o regime federal, ainda bastante funcional, porquanto, não obstante tudo o que se afirma da uniformidade e conformidade da vida americana, aquele país ainda oferece um panorama de regiões muito diferentes, com marcadas variações nos hábitos de alimentação, dialeto, cultura, graus de urbanização e industrialização e passado político.

Os Estados são meios convenientes para multiplicar as opções do povo em assuntos nos quais a uniformidade nacional não seja imperativa, ou não seja desejável. Uma alternativa é especialmente importante quando a maioria em dada região diverge da opinião nacional. Os Estados podem atrasar ou mesmo impedir a ação do governo federal. No mesmo sentido, Lord BRYCE observou que “o federalismo permite que um povo faça experimentos com legislação e administração que não poderiam ser feitos com segurança em um país vasto ou centralizado”. Assim, os Estados podem servir de laboratórios de uma nova política ou de uma legislação progressista para as quais o país como um todo ainda não esteja preparado.

IV — OS ESTADOS NA UNIÃO

A decisão de reter os Estados na União determina o caráter básico das relações intergovernamentais nos Estados Unidos. Num certo sentido, quase não há um governo nacional naquele país. O Congresso, o Presidente, os tribunais — toda a administração nacional — refletem fortes interesses dos Estados.

“Um dos elementos geralmente considerados como característicos do sistema federal” — observa OSWALDO TRIGUEIRO — “é o da participação dos Estados-Membros tanto na manifestação da vontade nacional,

como na formação do governo da União. Esse princípio está plenamente realizado na estrutura do federalismo americano” (*O Regime dos Estados na União Americana*, p. 39). Os Estados, como entidades políticas, participam, pois, a) do processo de expressão da soberania, através da legislação constitucional, e b) do processo de composição dos órgãos do governo nacional.

O Senado representa os Estados direta e igualmente, com dois Senadores de cada qual virtualmente montando guarda aos direitos dos Estados. A Câmara dos Representantes representa o povo dos diversos Estados; os Deputados federais não representam a nação como um todo, mas tão-somente os residentes de seu Distrito, que os elegeram para promover seus interesses em particular. Os limites de cada Distrito eleitoral são ainda determinados pelas Casas legislativas estaduais.

Ao discutir o federalismo, JAMES MADISON, em *O Federalista*, nº 46, afirmava que, “fora de qualquer dúvida, a primeira e mais natural ligação do povo será para com os governos dos seus Estados respectivos”. Os anos vieram provar a veracidade do julgamento de que, em geral, um “espírito paroquial” prevalece entre os membros do Congresso. Assim, a primeira preocupação do congressista parece ser o quanto ele pode obter da nação para o seu Estado — verbas para projetos de hidroelétricas, controle de enchentes, instalações militares, serviços de correios, aeroportos, hospitais de veteranos, melhoramento de portos etc. Mais do que isso, essa representação dos Estados, ou dos residentes dos Estados, nas duas Casas em Washington, tende a prevenir a atuação nacional, porquanto, freqüentemente, o Congresso prefere, para evitar controvérsias, delegar a solução de muitos problemas aos Estados. Por exemplo, embora o Congresso tenha competência para tributar e promover a previdência e o bem-estar, muitas vezes julga ele mais político transferir o tributo arrecadado para os Estados, mediante mecanismos tais como empréstimos (*grants-in-aid*), incentivos e créditos fiscais.

A Constituição requer que Senadores e Deputados federais sejam habitantes dos Estados que representem. É costume, embora não exigido pela Constituição, que cada Deputado federal seja residente (no sentido jurídico estrito) do Distrito que represente. Exigências desta sorte impossibilitam que os americanos elejam uma legislatura verdadeiramente nacional, como o Parlamento inglês, por exemplo. Os membros da Casa dos Comuns são escolhidos nas *constituencies* locais, mas os eleitores britânicos tendem, mais que os americanos, a apoiar um candidato não residente, cujo pensamento melhor coincida com o seu em questões de âmbito nacional. EDMUND BURKE, a propósito, assim falava aos seus eleitores em Bristol, em 1774: “O Parlamento é uma assembléia deliberativa de uma nação, com um interesse, qual seja, o geral; onde devem prevalecer, não os propósitos paroquiais, não os preconceitos locais, mas o bem geral resultante da razão geral do todo.” No sistema americano, todavia, simplesmente se assume que cada Estado e cada Distrito eleitoral possam recrutar representantes capazes de servir como estadistas para toda a nação. Ou, ainda que se conceda que os representantes

locais não tenham visão nacional, assume-se que o interesse nacional emergirá da adição de todos os interesses locais. O enfoque que talvez se deva tomar, para melhor se compreender os dois sistemas, é o de que o membro do Parlamento inglês não ignora os interesses de seus eleitores locais, mas que tende a colocar o interesse nacional em primeiro plano; o Senador ou Deputado federal americanos não agem deliberadamente contra o interesse nacional, embora sua tendência seja colocar em primeiro lugar os interesses de seu Estado ou de seu Distrito eleitoral.

Embora o Presidente americano represente uma opinião mais nacional, a Constituição torna-o, também, uma criação dos Estados. Tecnicamente, o Presidente é eleito, não pelo povo, mas por um colégio eleitoral, no qual cada Estado tem tantos eleitores quantos sejam seus Deputados e Senadores no Congresso. Cada legislatura estadual decide sobre o critério de escolha dos eleitores do colégio; atualmente, todos são escolhidos em eleições gerais, embora outros procedimentos tenham sido utilizados no passado. O Congresso fixou a primeira terça-feira depois da primeira segunda-feira de novembro, a cada quatro anos, para a escolha dos eleitores do colégio. Embora os Partidos se reúnam em convenções meses antes para indicarem seus candidatos à Presidência e à Vice-Presidência, o Estado, aí também, é a unidade básica de tais convenções, cada qual se fazendo presente com um número de delegados, via de regra, duas vezes o de seus Deputados no Congresso.

Nas eleições presidenciais, o eleitor tem que votar em uma única lista de delegados ao colégio eleitoral, submetida por um dos Partidos, não podendo indicar nomes de listas diferentes. Conseqüentemente, o eleitor é forçado a escolher entre os Partidos, o que implica que as eleições presidenciais expressam diretamente a vontade popular em cada Estado. Todavia, sendo os votos populares traduzidos em votos no colégio eleitoral a nível *estadual*, a apuração nos colégios eleitorais pode não refletir a mesma vontade popular.

Na realidade, os delegados do colégio eleitoral não se reúnem em um mesmo lugar para depositar seus votos; simplesmente se dirigem às assembléias estaduais e votam na primeira segunda-feira depois da segunda quarta-feira de dezembro. No dia 6 de janeiro, o Presidente do Senado, em sessão conjunta das duas Casas, anuncia a votação do colégio eleitoral.

Em síntese, é bastante dizer que a Constituição dá aos Estados posição básica na maquinaria eleitoral da nação.

O Congresso e o Executivo nacional, por isso mesmo, refletem fortemente os interesses e a influência dos Estados e dos Distritos eleitorais; o mesmo pode ser dito do Judiciário. A Constituição requer que o Presidente indique e nomeie os juizes da Suprema Corte e todos os demais juizes federais com o consentimento prévio do Senado. "Cortesias" (senatorial *courtesy*) impõe mais, que o Presidente busque a aprovação dos congressistas e dos políticos de seu Partido no Estado onde resida aquele a quem quer nomear, antes mesmo de submeter seu nome à consideração

do Congresso (*). Quase todas as nomeações da primeira instância federal se iniciam na organização do Partido do Presidente que funcione na Comarca do futuro juiz. Nos últimos anos, também a Suprema Corte tem refletido esse espírito de passar decisões aos Estados, na medida em que delega às cortes locais a implementação dos acórdãos sobre dessegregação racial, redivisão de Distritos eleitorais ou de cadeiras legislativas.

Os Estados são ainda muito importantes na administração nacional. Também conforme a tradição de cortesia com o Senado, o Presidente consulta com o Senador de seu Partido antes de fazer nomeações dentro do Estado — direção do serviço postal, procuradores federais, delegados de polícia, fiscais da saúde pública. Se o Senador ou o Deputado federal do Distrito não são de seu Partido, então a consulta é estendida aos demais membros do seu Partido naquele Estado. Tal cortesia também opera quando da nomeação para cargos tipicamente nacionais, com os membros do ministério, embaixadores, diretorias de órgãos da Administração Indireta e diplomatas em geral. Por fim, as nomeações para o serviço público em Washington seguem um sistema de quotas, mais ou menos proporcional à população de cada Estado. Tal regra não é seguida estritamente na prática, mas a sua existência por si só é uma concessão relevante à continuada influência dos Estados.

V — OBRIGAÇÕES DO GOVERNO NACIONAL COM OS ESTADOS

A Constituição prevê que os Estados devem ter certos direitos e privilégios na União. É obrigação do governo nacional proteger estes direitos: 1) os Estados Unidos devem garantir à cada Estado da União uma forma republicana de governo; 2) prover representação igual a todos os Estados no Senado e representação proporcional à população na Câmara, e 3) proteger cada um dos Estados contra invasão ou violência interna.

(1) A garantia de forma republicana de governo nunca foi posta à prova. Quando duas facções rivais pretendiam ser o governo legítimo de Rhode Island na década de 1840, a Suprema Corte decidiu que o Congresso tinha poder para dizer qual era o governo legítimo — “republicano”, em um Estado (*Luther v. Borden* 7 How. 1 — 1849). Quando o Congresso admite os Senadores e os Deputados de um Estado, reconhece, conseqüentemente, a autoridade do governo que representam.

Por muito tempo, a Suprema Corte sistematicamente recusou considerar “questões políticas”; nas duas últimas décadas, todavia, tem-se mostrado mais disposta, mesmo ansiosa, em certas circunstâncias, de adentrar o que o *Justice Frankfurter* denominou “o espinhal político”. Bem antes de o Congresso passar a legislação de direitos civis para

(*) A indicação da juíza estadual do Arizona Sandra O'Connor para a Suprema Corte não fugiu à regra. O Secretário da Justiça mandou dots de seus principais assessores à Phoenix para entrevistar políticos locais, e o Presidente Reagan pessoalmente buscou apoio de líderes de seu Partido no Congresso, antes de tornar pública sua escolha (*Time Magazine*, ed. 20 — julho — 1981, pp. 26-27).

garantir o direito constitucional do voto, já a Corte havia reconhecido o interesse nacional em sufrágio e eleições nos Estados. Asseverando que “os Estados Unidos são uma democracia constitucional”, a Corte tem consistentemente mantido o direito de todos os cidadãos qualificados de votar nas eleições estaduais e nacionais, nas primárias dos Partidos e nas eleições gerais, sem discriminação. O Tribunal decidiu que o cidadão tem o direito não apenas de depositar seu voto, como também o de tê-lo levado em conta, e que o governo nacional tem poder para fazê-lo valer (*Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 — 1964).

A tendência seguinte da Corte foi no campo mais complexo da representação nas assembléias estaduais. Apontando que “legisladores representam povo, não árvores nem acres”, a Corte decidiu, em 1964, que, “como padrão básico, a cláusula da igual proteção (das leis) exige que as cadeiras em ambas as Câmaras de uma legislatura estadual bicameral sejam distribuídas proporcionalmente à população” (*Chief Justice Warren in Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 — 1964). Rejeitou-se, assim a chamada “analogia federal”, i.e, duas Câmaras compostas, uma, proporcionalmente à população, e outra, em igualdade das unidades componentes do corpo político, como precedente para Legislativos estaduais. De acordo com a Corte, a representação igual dos Estados no Senado nacional foi um compromisso histórico dos treze Estados originais, os quais cederam parte de sua soberania, e delegaram parte, mas não o todo, de seus poderes, a um governo nacional quando entraram na União federal. Todavia, as subdivisões políticas dos Estados — Municípios, cidades ou o que fosse — nunca foram soberanos; sempre foram, na realidade, entes subordinados dentro do Estado.

Sem dúvida, tais decisões políticas tomadas pela via judicial estão longe do que pensavam os membros da Convenção Constitucional quando inseriram no documento original “Os Estados Unidos garantirão a cada Estado nesta União uma forma republicana de governo”. A Corte ressalta, contudo, que transformações significativas ocorreram na sociedade americana desde o século XVIII. A nação, antes de caráter eminentemente rural, tornou-se predominantemente urbana; esquemas de representação política, antes tidos como justos e equitativos, tornaram-se arcaicos e ultrapassados; além de que, e isto é fundamental, os autores da Emenda XIV também atuaram como *Framing Fathers*. Quando inscreveram eles na Constituição que nenhum Estado poderia negar a igual proteção das leis a qualquer pessoa, acrescentaram dimensões inteiramente novas às “intenções originais”.

(2) Nenhum problema legal surgiu desde a Reconstrução pós-guerra civil no tocante a obrigação de garantia de representação igual no Senado nacional. As questões políticas inerentes ao princípio de representação igual a Estados de população maior ou menor — Califórnia e Montana, e.g., só podem ser enfrentadas pela via da emenda constitucional. Qualquer sugestão será meramente acadêmica porque a Constituição mesma consagra que “nenhum Estado, sem seu consentimento, será privado de sufrágio igual no Senado”.

O princípio da representação de acordo com a população na Câmara dos Representantes apresenta muitos problemas. O artigo 1º da Constituição dá uma cadeira no mínimo a cada Estado; todavia, se a população do Estado menos populoso for a unidade para a representação, então o número de Deputados de todos os Estados tornaria a Câmara uma casa por demais grande. O Congresso fixou por lei em 435 o número de cadeiras na Câmara, e proveu quanto à distribuição proporcional automática delas pelos 50 Estados, por meio de fórmula matemática complexa, a cada dez anos.

(3) Em contrapartida à proteção nacional em caso de invasão ou insurreição interna, os Estados não podem manter tropa armada. A Constituição determina que o governo nacional protegerá qualquer Estado contra a violência interna sempre que a assembléia ou o executivo estadual o requerer. Em diversas ocasiões, contudo, o governo nacional interveio sem aguardar o pedido. Lincoln convocou a guarda nacional para dominar insurreição em Estados sulistas. Em 1894, a despeito dos protestos do Governador, o Presidente Cleveland enviou tropas federais a Illinois, as quais, a pretexto de proteger o serviço de correios, na realidade, no entanto, debelaram greve ferroviária. Uso dramático de tal poder ocorreu em 1957, quando o Presidente Eisenhower ordenou que tropas federais garantissem a execução de acórdão judicial sobre desagregação racial no Arkansas, apesar dos protestos do Governador. Também o Presidente Kennedy enviou policiais federais ao Alabama em 1961 para proteger manifestantes pela igualdade racial, que eram passageiros de ônibus interestaduais; e, em 1964, o Presidente Johnson determinou que algumas centenas de marinheiros ajudassem na busca de manifestantes anti-racismo desaparecidos no Mississipi. Na década de 60 e no começo de 70, tropas federais foram algumas vezes mandadas aos *campi* universitários para conter greves estudantis. Aparentemente, a história leva à conclusão de que, com ou sem aprovação do Estado, o governo nacional enviará tropas federais a qualquer ponto, sempre que necessário para conter perigo nacional ou greve industrial séria, proteger direitos constitucionais dos indivíduos, ou simplesmente para garantir a execução das leis federais ou dos acórdãos judiciais.

VI — PODERES ENUMERADOS E PODERES IMPLÍCITOS

O governo dos Estados Unidos detém poderes enumerados, sendo a Constituição nacional o instrumento que os especifica, no qual deve ser encontrada a autoridade para o exercício de qualquer poder que o governo nacional creia possuir. "Neste aspecto" — observa COOLEY — "a Constituição nacional difere das Constituições dos diversos Estados, que não são concessões de poderes aos Estados, mas imposição de restrições sobre os poderes que são inerentemente dos Estados" (*A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States on the American Union*, p. 11). Os objetivos gerais da Constituição, declarados pelos seus criadores, são "formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, garantir a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir as bênçãos da

liberdade para nós e nossos filhos". Para este fim, a Constituição busca delinear divisão de poderes entre a União e os Estados, linha de separação essa intencionalmente imprecisa, porque a única forma de se obter compromisso na Constituinte.

Pode-se delinear um quadro claro sobre a distribuição de poderes entre os governos nacional e estaduais:

1) certos poderes são concedidos ao governo nacional, e a ele exclusivamente, e.g., política externa e controle da moeda;

2) outros são concedidos ao governo nacional, mas também aos Estados concorrentemente, e.g., tributação e regulamentação do comércio;

3) alguns são explicitamente negados ao governo nacional, e.g., o Congresso não pode tributar a exportação ou conceder privilégios ou preferências a portos de um Estado em detrimento dos demais;

4) certos poderes são explicitamente negados aos Estados, e.g., negociar tratados, alianças ou confederações, ou tributar importações ou exportações;

5) todos os demais poderes são reservados para os Estados ou para o povo, isto é, aqueles não delegados ao governo nacional, nem negados aos Estados.

Tal divisão parece clara e inequívoca no papel. Na prática, contudo, juristas e políticos têm tanta dificuldade em traçar linhas de separação entre o poder nacional e os direitos dos Estados quanto o clero e os leigos em separar o que é de Deus e o que é de César. Os que enfatizam o poder nacional apontam para o artigo 6º, seção 2, mais conhecido como a "cláusula da supremacia nacional". Consideram eles esta norma a pedra fundamental do federalismo americano, porquanto explicitamente dita que a Constituição, as leis e os tratados dos Estados Unidos serão a *supreme law of the land*. Os que, por outro lado, destacam os direitos dos Estados, apontam para a Emenda nº 10, segundo a qual "os poderes não delegados aos Estados Unidos por esta Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo". O que a Emenda nº 10 acrescentou à intenção original de 1787 não é claro, porquanto, ao redigi-la em 1789, o Congresso excluiu, mediante voto, a palavra *expressamente* antes de *delegados*. Seja como for, os que advogam a causa dos direitos dos Estados continuam a sustentar que o governo nacional está limitado aos poderes a ele expressamente delegados.

Os artigos da Confederação claramente estatuíam que cada Estado retinha "todo poder, jurisdição e direito" não expressamente delegados aos Estados Unidos. A Convenção Constituinte esteve atenta a esta redação; da mesma forma, o Primeiro Congresso, que rejeitou semelhante frase para a Emenda nº 10. No acórdão clássico de *McCulloch v Maryland* (4 Wheaton 316 — 1819), Marshall afirmou que os Constituintes

tes, tanto os da Constituição de 1787, quanto os da Emenda de 1789, haviam experimentado “tais embaraços” com a cláusula restritiva, que eles “provavelmente a omitiram para evitar tais embaraços”. Para aqueles que, todavia, não se satisfazem com a interpretação de Marshall, a ação do Congresso parece ser mais convincente.

A criação, pelo Congresso, em 1791, do Banco dos Estados Unidos, foi duramente criticada à época. Na realidade, tal ato foi, durante as primeiras décadas da federação, um dos principais pontos da disputa política partidária. Alexander Hamilton, que propusera o Banco, considerava-o um exercício “próprio e necessário” de poder delegado ao governo nacional. Como Secretário do Tesouro, ele planejava torná-lo o depositário único dos recursos governamentais. Uma vez que o Tesouro cunhava apenas moedas de ouro e prata, ele contava com o Banco para emitir papel-moeda. Jefferson e seus seguidores, que se opunham à criação do Banco, sustentavam que o Congresso não poderia agir além dos poderes a ele expressamente cometidos. Por detrás do fundamento legal, porém, estava o medo de que o Banco oferecesse competição por demais formidável aos bancos estaduais. Ademais, eles consideravam o sistema de um banco central como um mecanismo para dar a mercados e financistas mais influência e melhores oportunidades no governo nacional. A despeito de oposição tão impressionante, o Congresso votou a aprovação do Banco, e sua constitucionalidade nunca foi atacada nos tribunais.

Um segundo Banco dos Estados Unidos foi criado, em 1816, pelo Congresso, por um novo período de vinte anos, uma vez mais em meio a acirrada disputa entre os defensores dos direitos dos Estados e os do poder nacional. O segundo Banco foi inicialmente patrocinado pelos democratas com o propósito de ajudar o governo nacional a administrar alguns dos problemas causados pela Guerra de 1812 contra os ingleses. Mais tarde, todavia, os partidários do democrata Jackson passaram a atacá-lo com base em argumentos constitucionais, mas, na realidade, como ataque político, alegando: que o Banco era uma máquina política dos federalistas; representava os interesses comerciais da costa leste em detrimento dos fazendeiros do oeste; que as ações eram de propriedade inglesa e de outros investidores estrangeiros; e que sua administração ineficiente e corrupta contribuía para a falência de muitos bancos locais na depressão de pós-guerra. O segundo Banco tornou-se alvo de tamanha falta de confiança popular que vários Estados passaram leis restringindo suas atividades.

Em *McCulloch v. Maryland*, a Suprema Corte considerou a questão se poderia um Estado por lei restringir as atividades de um ente administrativo federal. Antes de responder a pergunta, a Corte decidiu, primeiro, que o Congresso tinha poderes para criar o Banco, embora a Constituição não mencionasse explicitamente tal atividade como poderes enumerados. A Corte indicou que a enumeração dos poderes no artigo 1º, seção 8, termina com uma cláusula geral dando poder ao Congresso para “fazer todas as leis que sejam necessárias e próprias para a execução

destes poderes enumerados, e todos os outros poderes investidos por esta Constituição no governo dos Estados Unidos, ou em qualquer de seus departamentos ou em seus funcionários". Tal cláusula está inscrita dentre os poderes do Congresso, não dentre suas limitações, e seu objetivo é acrescentar poder, não restringir aqueles já concedidos. Na interpretação de Marshall, a cláusula "necessário e próprio" implica que ao Congresso foi dada a discricção de escolher qualquer meio que julgasse necessário, útil ou essencial para desempenhar sua função legislativa. Desde que o Congresso escolheu criar um banco para facilitar as operações fiscais e financeiras do governo nacional, o Banco dos Estados Unidos era, forçosamente, um órgão federal.

McCulloch v. Maryland também estabeleceu uma segunda doutrina, quase tão importante quanto a primeira, para a funcionalidade do federalismo — a imunidade das atividades do governo nacional do controle dos Estados. Maryland havia tentado restringir o Banco pela imposição de elevado tributo sobre suas atividades no Estado. A Suprema Corte, no entanto, declarou o tributo inconstitucional. Marshall argumentou que o poder de criar implica o poder de preservar. Uma vez que o governo nacional tinha o poder de criar o Banco, logicamente se seguia que o governo nacional também dispunha do poder de preservá-lo. O grande juiz afirma a seguir que o poder de tributar envolve o poder de destruir; outra vez segue logicamente que, se um Estado tivesse o poder de tributar, teria também o poder de destruir o órgão federal. Em sua opinião, o povo dos Estados Unidos criou um governo nacional e tornou suas leis supremas. Os Estados não têm o poder de, pela tributação ou qualquer outro meio, impedir ou controlar as operações do governo nacional iniciadas sob os poderes especificamente enumerados ou sob aqueles razoavelmente implícitos.

O voto do *Chief Justice Marshall* no acórdão *McCulloch v. Maryland* é geralmente reconhecido como um dos mais importantes documentos do federalismo americano. Observe-se, contudo, que foi a política do Congresso ao criar o primeiro Banco dos Estados Unidos, e depois o segundo, que, na realidade, estabeleceu a doutrina dos poderes federais implícitos. A Corte não fez mais do que imprimir o selo judicial à política do Congresso. O acórdão, justamente famoso, é de 1819, e o primeiro Banco de 1791. Interpretações constitucionais semelhantes têm sido utilizadas, ao longo dos anos, para justificar inúmeras mudanças no funcionamento do federalismo americano. O estabelecimento de políticas (policy-making) em qualquer época, no entanto, continua a ser, no sistema daquele país, uma contínua simbiose de decisões legislativas, executivas e judiciais, não apenas no governo nacional, mas também no dos Estados.

VII — FEDERALISMO COOPERATIVISTA

Discutir o federalismo exclusivamente em termos de direito constitucional é certamente incompleto. Um enfoque funcional talvez esboce com mais realismo a prática das relações intergovernamentais. Conforme

se volte a atenção para problemas políticos específicos, torna-se mais claro que as mudanças ocorridas no cenário americano desde o século XVIII — meio ambiente, tecnologia, economia, cultura, política etc. — moldaram um novo federalismo, o qual não pode ser explicado em termos jurídicos precisos.

(1) As relações entre o governo nacional e os Estados podem ser vistas de várias perspectivas. A mais comum é considerar a estrutura federal como uma hierarquia em três níveis: a comunidade local na base, os governos dos Estados no degrau intermediário, e o governo nacional no vértice. Outro modelo focaliza o governo nacional como central, afastado do povo nos Estados e nas comunidades, algumas a grande distância geográfica e cultural da capital. Se se aceita qualquer dos dois modelos, somos levados a acreditar que os governos estaduais e municipais estão mais “próximos” do povo. Se, por outro lado, não se refira a quaisquer modelos — que são, na realidade, abstrações para condicionar o pensamento — tem-se uma visão mais desimpedida do federalismo americano, e se verifica que muitos agentes do governo nacional estão trabalhando na comunidade local. De fato, a maioria das atividades do governo nacional são executadas ao nível da municipalidade, e cerca de 90% do funcionalismo civil mora e trabalha fora do Distrito de Colúmbia (cf. IRISH & PHOTRO). O governo nacional está, assim, “próximo” do povo, seja em termos de proximidade física, seja no controle direto de serviços primários.

Os *Framing Fathers* compreenderam os aspectos operacionais e estruturais do federalismo, mesmo em 1787, tanto assim que diversas normas constitucionais estabelecem ação conjunta do governo nacional com os Estados. Morton Grodzins, da Universidade de Chicago (apud IRISH & PHOTRO), ao examinar o sistema federal, a pedido da Comissão Presidencial de Objetivos Nacionais, apontou que o federalismo americano nunca foi um sistema de atividades governamentais separadas. Ao longo da história, o governo nacional e os Estados compartilharam atividades, poderes e responsabilidades. Grodzins sustenta que este é o primeiro princípio e a prática repetida e permanente do federalismo americano.

O relatório da Comissão de Relações Intergovernamentais, criada pelo Congresso a pedido do Presidente Eisenhower, por seu turno, confirmando a opinião de Grodzins, aponta a complexidade do federalismo contemporâneo. A Comissão examinou os principais campos nos quais o governo nacional e os Estados eram igualmente ativos: agricultura, aviação civil, defesa civil, educação, segurança do trabalho, rodovias, habitação e renovação urbana, socorro de catástrofes naturais, recursos naturais e preservação do meio ambiente, saúde pública, treinamento vocacional e previdência social. Nenhum desses campos é mencionado na Constituição de 1787, embora hoje sejam todos de importância nacional. A Comissão destacou que a interpretação judicial extensiva do direito constitucional deu ao governo nacional poder quase ilimitado. Posto diante do problema prático de alocar responsabilidades, a Comissão

concluiu que a questão crucial não era determinar qual governo tinha o direito constitucional desta ou daquela ação, mas qual poderia melhor se desincumbir, e com mais eficiência, das tarefas que lhe impunha a sociedade.

Após concluídos os trabalhos da Comissão, o Presidente Eisenhower solicitou à Conferência de Governadores que estabelecesse um comitê federal-estadual que recomendasse medidas específicas de descentralização da ação nacional. Várias sugestões foram feitas, dentre elas, que os Estados assumissem o ônus dos programas mais antigos, como treinamento vocacional, e que também eles administrassem e financiassem seus próprios problemas de águas e esgotos. Mesmo sugestões modestas como essas não obtiveram consenso, porquanto os grupos de interesse (lobby) não abriram mão da ajuda federal. O Congresso, então, optou por não implementar as sugestões do comitê.

Via de regra, as medidas de redução da ação do governo nacional são atacadas no Congresso pelos grupos ativistas das comunidades locais, as quais não renunciam à ajuda de Washington. Na realidade, o federalismo cooperativista é parte fundamental do tecido político da América contemporânea.

(2) O meio mais conhecido pelo qual a ajuda da capital chega aos Estados e às municipalidades é o chamado *grant-in-aid*. O *grant-in-aid* tem sido, na opinião de KEY, "um mecanismo utilizado para efetuar uma política nacional ou promover a realização de um serviço público em escala nacional (apud, TRIGUEIRO, *ob. cit.*, p. 74). Por meio dele, acrescenta TRIGUEIRO, "o governo federal subvenciona certos serviços que devem ser mantidos pelos Estados, com a condição de que sejam atendidos princípios e padrões administrativos uniformemente fixados pela União" (*id.*, *ibid.*).

O desenvolvimento desse método de cooperação tem sido explicado e justificado por várias razões de ordem constitucional, política e administrativa. A propósito, observa OSWALDO TRIGUEIRO:

"Em primeiro lugar, aponta-se a impossibilidade de uma ação federal direta nas esferas de atividades reservadas aos Estados pela Constituição. Não podendo agir por autoridade própria, em certos casos, o governo central opera por meio de subvenções, que induzem e, até certo ponto, coagem os Estados à adoção de serviços organizados em plano nacional. Além desta, há razões de caráter político em favor da preservação do máximo de autonomia e do prestígio das unidades federais. Os representantes estaduais não concorreriam de boa vontade com seu voto para a extensão do poder federal a setores administrativos, até aqui reservados ao controle local. Daí optarem, quando necessário, por uma fórmula indireta de induzimento, estímulo e apoio financeiro" (*ob. cit.*, p. 75).

Outro argumento é a não-duplicação dos meios administrativos federais, a repetirem esforços em problemas já tomados em conta pelo

governo estadual. Ademais, a ação nacional por intermédio de entes administrativos estaduais é uma forma de descentralização política, fazendo, ainda, com que Estados e municipalidades arquem com o ônus, ainda que parcial, da ação política, dois princípios — descentralização e cooperação — caros ao federalismo americano.

As condições para concessão e aplicação dos *grants-in-aid* obedecem a critérios uniformes, dentre os quais 1) “perfeita igualdade nos favores concedidos aos Estados”, 2) “o sistema pressupõe, além da subvenção, o plano, o processo e a fiscalização federal”, 3) “os serviços de cooperação são invariavelmente administrados pelas autoridades estaduais” e 4) “é indispensável a colaboração financeira do Estado para cada serviço usualmente na mesma base da contribuição federal” (cf. TRIGUEIRO, ob. cit., p. 76).

Há diferentes tipos de *grants-in-aid*: em terras, serviços e moeda. O primeiro grande programa foi estabelecido em 1862, para estações experimentais de agricultura. Seguiram-se proteção contra incêndio em 1911, extensão do programa agrícola em 1914, construção de estradas de rodagem em 1916, educação vocacional em 1917, saúde pública em 1918, treinamento e reabilitação de mão-de-obra em 1920, saúde infantil em 1921.

Depois veio a depressão e um aumento considerável dos programas federais sob o ímpeto do *New Deal*: agências de emprego e merenda escolar em 1933, seguro-desemprego, assistência social, proteção de crianças deficientes e previdência infantil em 1935. Observe-se, contudo, que, embora os *grants* tenham se expandido durante a depressão e sob um governo democrata, eles continuaram a crescer durante e após a guerra de 1939/1945 e sob presidentes republicanos. Desde a Segunda Guerra, apenas o 82º Congresso, envolvido com a guerra da Coréia e com o *mccarthyism*, não criou novos programas. Cerca de dois terços de todos os *grants-in-aid*, incluindo os mais relevantes, como renovação urbana, educação, áreas de impacto federal (aquelas que sofrem conseqüências diretas de ocupação maciça de serviços nacionais, como áreas militares), defesa civil, hospitais, serviços públicos em geral, esgotos e transporte de massa, foram criados depois da Segunda Guerra.

O *grant-in-aid* é ainda uma forma de redistribuição dos tributos federais. Nenhum Estado tem que aceitar a oferta de ajuda, mas uma vez que ela é feita, a pressão para que a receba é irresistível. Os programas são mais numerosos nos campos da educação, saúde e hospitais e recursos naturais. Em quantia expendida, no entanto, rodovias e previdência social somam 3/4 partes do volume distribuído.

Tal forma de ajuda gera um conflito relevante de caráter político e de ordem constitucional. Para uns, implica na quebra do federalismo, porque inibe a autoridade dos governos estaduais, submetendo-a ao maior poder financeiro do governo nacional. Para outros, contudo, os *grants-in-aid* garantem o atendimento de importantes necessidades nacionais

e aliviam os orçamentos dos Estados e municipalidades. Seja como for, eles alteraram profundamente a concepção original do federalismo.

VIII — CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas considerações finais versam três pontos: a) uma síntese da crítica do federalismo na opinião do clássico BRYCE, b) comentário sobre a tendência descentralizadora ora em ebulição nos Estados Unidos, e c) nota sobre a transposição da experiência americana para o nosso País.

a) A crítica do federalismo

Dentre as falhas que os europeus de sua época apontaram no federalismo americano, Lord BRYCE destaca seis: 1) fraqueza na condução da política externa, 2) fraqueza da autoridade sobre os Estados e os indivíduos, 3) risco de dissolução ou revolta dos Estados, 4) perigo de divisão dos Estados em grupos antagônicos, 5) falta de uniformidade da legislação e da administração estaduais, e 6) confusão, custo e atraso em face da duplicidade dos sistemas legislativos e administrativos (ob. cit., pp. 342 e segs.).

(1) Desde os primeiros anos a União teve certa dificuldade em administrar as suas relações exteriores: a guerra de 1812 foi dificultada pela oposição da Nova Inglaterra; a de 1846, com o México, foi causada pelos Estados escravagistas. Já neste século, enfrentou o governo federal resistência à entrada do país na Primeira Guerra. O apoio da opinião pública à guerra da Coreia foi bem menor do que o dispensado ao conflito de 1941/45. Menos aplauso ainda mereceu a intervenção no Vietnã. Nas relações comerciais, enfrenta o governo federal crescente onda de protecionismo, sentimento que é levado a Washington por intermédio dos Senadores e Deputados. Nas palavras de BRYCE, parece inexistir dúvida de que, no sistema americano de federalismo pelo menos, diante de um tema de política externa que não interesse a alguns Estados, essa minoria pode ter uma influência forte, e provavelmente infeliz (ob. cit., p. 343). Somente neste aspecto pode-se afirmar que o sistema federal pode afetar negativamente o governo nacional na condução da política externa.

(2) Quanto à fragilidade da autoridade federal sobre os Estados e os indivíduos, indicada por alguns exemplos históricos, como a tentativa de separação da Carolina do Sul, em 1832, controlada pelo pulso decidido de Andrew Jackson, como a resistência à reconstrução do Sul após a guerra civil, debelada pelo prestígio do Presidente Grant, e mesmo o uso de tropas federais para garantia da execução da política de integração racial decretada por Eisenhower, Kennedy e Johnson, “a única conclusão geral que se pode tirar da história é que, embora o governo central deva encontrar cada vez menos dificuldade para impor sua vontade aos Estados e aos indivíduos, por motivos de variada sorte, dispõem estes ainda de certas vantagens para a resistência, vantagens derivadas

em parte do seu *status* legal e em parte dos sentimentos locais” (BRYCE, ob. cit., p. 344).

(3) “É sabido que o sistema federal e a doutrina de soberania estadual nele contida, e não expressamente excluída, nem certamente reconhecida pela Constituição, é que levaram à secessão de 1861” (BRYCE, pág. 344). Nada parece, no entanto, menos provável do que outra secessão, não apenas porque foi abandonada a sua suposta base legal, ou porque as vantagens de uma união continuada são mais óbvias do que nunca, mas especialmente porque a doutrina da indestrutibilidade legal da União está agora pacificamente assentada, tanto assim que nunca se teve por necessário passar emenda constitucional negando o direito de separação.

(4) A formação de grupos antagônicos de Estados, que tanto perigo causou à União nos primeiros 70 anos de sua história, parece, no entanto, e o próprio BRYCE já o reconhecia, questão superada. Hoje, embora vários Estados com interesses comuns combinem esforços no Congresso, não é prática dar a tais alianças eventuais caráter oficial por intermédio de acordos entre organizações estaduais. Qualquer interesse estadual relevante reveste igual caráter para os Partidos Políticos que passam, então, a patrociná-lo.

(5) Quanto ao quinto aspecto — o da falta de uniformidade das leis e práticas administrativas estaduais — BRYCE é de opinião que isto em nada prejudica o funcionamento do governo nacional, porquanto tal âmbito de livre iniciativa permite experiências com as quais lucra toda a nação, a despeito mesmo da imensa diversidade possível. Sujeito às poucas limitações contidas na Constituição, cada Estado pode dispor como lhe aprouver sobre direito de família, sucessões, obrigações, delitos civis, penais etc. Na realidade, todavia, há menos conflito do que os críticos anteviram, porque, à exceção de Louisiana, todos os Estados adotaram o *common law* e as leis inglesas em vigor em 1776 como ponto de partida para criação de seu direito.

(6) Por fim, a confusão, custo e atraso decorrentes da duplicidade de sistemas legislativos e administrativos. A prática recente parece confirmar o que os analistas europeus antecipavam há um século. O crescimento da burocracia, os regulamentos conflitantes de diferentes agências administrativas federais e estaduais, o acúmulo de *deficits* orçamentários, causados em grande parte pelo custo elevado das instalações e pela manutenção de cerca de três milhões de funcionários públicos, a lentidão com que se obtém o reconhecimento de um direito — seja perante o Executivo ou o Judiciário — a morosidade e a complexidade do processo legislativo etc., não podem ser creditados exclusivamente às circunstâncias da vida moderna de uma sociedade industrial. A acalorada defesa de BRYCE, classificando os expedientes administrativos de tranqüilos e uniformes; sua assertiva de que o povo com eles estava familiarizado e bem os compreendia não sobrevive à realidade presente, mesmo se levando em conta sua advertência de que “aquele que examina

de fora um sistema de governo geralmente exagera as dificuldades que sua complexidade traz ao seu funcionamento" (ob. cit., p. 347).

Os méritos do sistema federal são oito, segundo o autor que ora examinamos (BRYCE, ob. cit., pp. 350 e segs.).

Três dos argumentos apontam para o federalismo propriamente dito. Primeiro, como um meio de unificar comunidades diversas em uma nação sob um governo nacional, sem desfazer as administrações e legislaturas separadas e sem arrefecer os liames patrióticos locais, como a experiência americana e a do império alemão estabelecido em 1871 indicavam. Segundo, como meio de promover desenvolvimento, cuja extensão e meios de realização são mais bem providos com a variedade de métodos, com a adaptação das leis e administração pública às peculiaridades regionais e com a espontaneidade da iniciativa individual, ela própria buscando soluções adequadas às suas circunstâncias, propiciadas mais pelo federalismo do que por um sistema centralizado, cuja tendência natural é aplicar padrões uniformes a toda diversidade nacional. Terceiro, menos relevante hoje do que à época da Constituinte de 1787, como meio de conter, pela distribuição dos poderes e pelos freios e contrapesos, o surgimento de governos tirânicos que impingissem sobre a liberdade individual.

Uma segunda ordem de argumentos enfoca o autogoverno local, cuja existência é protegida pelo federalismo. Considera-se, por um lado, que o autogoverno estimula o interesse do povo nos assuntos da região, cria uma vida política local, educa o cidadão nos deveres cívicos e o ensina que vigilância perpétua e sacrifício de seu tempo e de seu trabalho são a garantia de sua liberdade individual e da prosperidade coletiva; por outro, afirma-se que o autogoverno assegura a boa administração dos assuntos locais por proporcionar aos habitantes meios adequados de fiscalizar a condução dos seus interesses.

O princípio geral que se observa, aplicável a qualquer segmento do governo, é que, outras coisas sendo iguais, quanto mais poder se concentre nas unidades que compõem a nação, seja ela grande ou pequena, e quanto menos se deixe nas mãos do governo nacional central, mais plenas serão as liberdades, maior a influência dos indivíduos e mais enérgica a ação de cada qual. Este princípio, embora não formulado há 200 anos como agora, foi francamente abraçado pelos americanos (BRYCE, ob. cit., p. 352).

Uma terceira ordem de argumentos indica três benefícios que se podem esperar do federalismo. Primeiro, permite, como já salientei, que um povo faça experiências legislativas e administrativas que não seriam, se tentadas em um país grande e centralizado, realizadas com a necessária segurança. Uma comunidade relativamente pequena, como um Estado, pode, mais facilmente do que uma nação, fazer e desfazer suas leis ou alterar sua política. Dessa experiência só têm a lucrar os demais Estados.

Segundo, o federalismo, se diminui a força coletiva da nação, diminui, de igual sorte, os riscos a que ela se expõe pela extensão do território

que ocupa e pelas diversidades que tem que absorver. Na imagem de BRYCE, uma nação dividida pelo federalismo é como um navio de compartimentos estanques: se um vazamento danifica a carga de um, a dos demais permanece seca e o navio flutua. Assim, se discórdia social ou crise econômica causam desordem ou má legislação em um membro do corpo federal, o erro não macula nem se estende ao todo da nação.

Terceiro, com a criação de legislaturas locais com poderes vastos, exonera-se o Congresso nacional de parte relevante de um sem-número de funções que certamente provariam ser excessivas. Os negócios públicos, mediante tal expediente, podem ser mais rapidamente despachados, permitindo à legislatura nacional deliberar sobre o que diga mais respeito ao país:

“O problema que todas as nações federais têm que resolver” — conclui BRYCE — “é como assegurar um governo central eficiente e preservar a unidade nacional, ao mesmo tempo em que permitem espaço livre para as diversidades e jogo também livre para as autoridades dos membros da federação” (ob. cit., p. 356).

b) A tendência descentralizadora

A tendência mais recente da vida política americana é para a descentralização, entendido o fenômeno como a transferência de poder do Presidente para o Congresso, e, talvez menos perceptível, do Congresso para os Estados e comunidades locais.

Os dois grandes eventos centralizadores na história americana foram a Grande Depressão e a Segunda Guerra, além do impacto de igual efeito da industrialização. Essas influências estão agora cedendo terreno.

Nas décadas de 50 e 60, a opinião começou a celebrar a diversidade individual; na década de 60, a diversidade étnica; ambas ponto de partida para a grande campanha dos direitos individuais políticos, econômicos e legais. Nos anos 60, outro fato extraordinário sacudiu a sociedade: o fim do mito do *melting pot*, isto é, o fim da crença de diversidades tornadas homogêneas pelo grande “liquidificador” América. Hoje o reconhecimento é de que a diversidade étnica é que tornou o país o que ele é. Assim, o fenômeno da década de 70 — a “Me Decade” — foi a diversidade jurisdicional e geográfica: não há, e.g., política urbana nacional, justamente porque tal medida não coincide mais com a força da opinião pública. Carter e Kennedy na disputa pela candidatura à Presidência da República pelo Partido Democrata tentaram em vão — e com pouca ressonância popular, pela mesma razão — delinear um plano nacional de saúde.

Mesmo onde o fenômeno da centralização é mais perceptível — nos regulamentos governamentais — alguns fatos permitem vislumbrar os novos tempos: em fevereiro de 1978, e.g., a Câmara dos Representantes rejeitou a criação de uma agência de proteção ao consumidor. Mais e mais vai-se observar este movimento de reação ao *big government*. Isto

reflete a tendência de transferência do poder do Presidente para o Congresso e do Congresso para os Estados, o que implica o crescimento da regulamentação estadual.

Outros reflexos dessa nova relação de poder são a Proposta nº 13, limitando aumento de tributos e a Proposta nº 15, na Califórnia, há três anos atrás, quando o povo votou pela rejeição de uma usina nuclear. Medidas dessa natureza nunca haviam sido decididas pelo voto popular. Em novembro do ano passado, mais de 400 questões foram submetidas a igual processo de aprovação: restrições a fumantes, aborto financiado com fundos públicos, embargo econômico à África do Sul, construção de terminal petroleiro, cor das luzes das ruas. Há, se já se pode fazer uso da expressão, um retorno à “democracia direta”, evidentemente que transmutada aos novos tempos.

Outro sinal do retorno do poder e do processo de decisão aos pequenos grupos é o aumento, entre 1971 e 1980, de trezentos para quatro mil do número de publicações, revistas e jornais em geral, dedicadas a temas de circulação restrita, seja em termos profissionais ou geográficos. Ainda outro exemplo é o desaparecimento de grandes associações nacionais, seja na imprensa, como *Life*, *Look* e *Post*, seja nos sindicatos, o que é comprovado pelo fato de que, nos últimos oito anos, ocorreram cinquenta fusões de entidades classistas, num esforço infrutífero de sobrevivência.

Na política a transformação histórica ocorreu em 1976, ano de eleições presidenciais, quando o número de pessoas contribuindo financeiramente para com grupos de interesses especiais, como o “Salve os Golfinhos”, foi superior aos que fizeram doações aos Partidos Políticos.

A tendência continua. Os dois grandes Partidos nacionais existem apenas em nome. O Congresso está cheio de independentes. Talvez novos Partidos surjam, mas eles terão caráter local, e não nacional. No Estado de Nova Iorque já está registrado, e concorrendo com candidatos às eleições, o Partido do Direito à Vida, no qual se congrega o movimento anti-aborto. Também ali, o Partido Liberal tentará eleger seu Senador.

Por fim, há um fato que não pode ser olvidado: a escassez de figuras nacionais. Não há grandes capitães de indústria — a melancólica aposentadoria de Henry Ford II é bem um sinal dos tempos; não há grandes reitores — Woodrow Wilson saiu de Princeton para Washington; não há líderes nas artes, nos direitos civis — Luther King não teve sucessor; nem nos sindicatos, particularmente após a morte de George Meany; nem na política. Assim é não porque não haja talentos ou ambição. Simplesmente a opinião pública nega-se a criar líderes; afinal, são os seguidores que criam os líderes, e não o contrário. Embora os grandes temas nacionais continuem a dominar a cena política, principalmente em razão da comunicação em massa controlada por uma meia dúzia de grandes geradores de informação, a opinião pública sente-se cansada do que considera incompetência e os fracassos de um governo federal predominante, e começa a reagir à sua influência e ao seu con-

trole. Esta revolta tem implicado em apoio a um Congresso mais ativo, que fiscalize mais de perto o Executivo e não se deixe naufragar sob sua influência, o que traz uma diminuição da autoridade do Presidente. A mesma onda de reação tem levado os governos estaduais e municipais a tomarem posições de reação à intrusão federal, e o voto popular na Califórnia rejeitando a construção de usina nuclear, bem como o voto popular no Município de Long Beach contrário a terminal petroleiro, virtualmente bloqueando a ação federal, são indicadores fortes de uma nova era: o retorno de uma certa soma de poder às autoridades mais próximas do sentimento e das necessidades do público, o que talvez implique numa reaproximação do processo político da fonte histórica de poder em que ele deve se fundar para sua legitimação.

c) *A lição americana*

Lord BRYCE lembra que tem sido corretamente notado que quase toda norma constitucional de aplicação bem sucedida foi sugerida ou tomada de empréstimo de outra Constituição; e que quase toda norma de pouco ou nenhum efeito benéfico é uma que, na falta de precedente, os constituintes foram obrigados a conceber por si próprios (ob. cit., p. 35).

Seguindo esta linha de pensamento, mesmo que só para argumentar, é de se esperar, como expectativa de sucesso, que parte da experiência norte-americana possa orientar o constituinte brasileiro. Atenção, todavia, tem que ser prestada às peculiaridades da nossa cultura, em especial às diferenças das circunstâncias históricas.

Há quase um século ASSIS BRASIL já advertia para os prejuízos sociais causados pela instabilidade do provisório em que vivíamos — “as teias de aranha do provisório”, como dizia. É de se lamentar que ainda persista o fato que o sagaz homem público apontava há tanto tempo (*Do Governo Presidencial na República Brasileira*, p. 37). Na república americana — continua ASSIS BRASIL — a Constituição levou anos “entre discussões e reformas, até conquistar o equilíbrio estável entre as forças que disputavam preferências. Entrou em seguida no número das cousas que já não têm que temer atentados, e agora os seus aperfeiçoamentos são contínuos, ainda que impalpáveis a cada momento em que se realizam. É sempre, aparentemente, o mesmo instrumento, do qual, entretanto, mãos cada vez mais destros se vão servindo, produzindo cada dia trabalho mais bem acabado” (ob. cit., p. 37).

O que parece sempre ter faltado entre nós foi exatamente essa discussão dos constituintes, de sorte a acomodar as forças que disputam preferência, com a fixação clara dos objetivos nacionais, e a fixação, igualmente precisa, dos meios constitucionais e legais para sua consecução. Há uma permanente incoerência lógica entre as normas constitucionais: o Estado é federal, mas o sistema tributário mais parece o de um Estado unitário, lançando as unidades na mais completa dependência da administração federal; inscreve-se na Constituição uma ordem jurídica libertária, trasladando-se de outras culturas princípios que datam de quase um milênio, apenas para lhes dar aplicação oposta

à que está consagrada lá fora, do que são patente exemplo as leis penais, trazidas pelo Estado Novo, de evidente inspiração não libertária, cuja fonte de interpretação ao longo de 40 anos tem sido os autores italianos das décadas de 20 e 30 e nunca a ordem constitucional (*), e mesmo o Supremo Tribunal Federal até hoje não encontrou qualquer incompatibilidade entre elas e o que dita a Constituição, em que pese a alguns raros e notáveis votos vencidos.

Cuidado especial, entretanto, deve ser dispensado à análise do que é plausível adaptar. Talvez que o que esteja adequado à nossa realidade cultural sejam os regimes constitucionais *de facto* a que temos estado submetidos ao longo da história republicana, e não aquele ideal esculpido pelos idealistas, e pelos idealistas interpretados, em trechos dos documentos constitucionais. A propósito, assim advertia ASSIS BRASIL:

“A república norte-americana constitui-se de um povo saxônio; nós de uma nação latina. Os homens que para lá foram brotavam recentemente do fanatismo religioso despertado pela reforma de Luthero, com todo o intenso vigor das seitas incipientes; nós provínhamos do velho catolicismo romano decadente. A tendência individualista da raça saxônia parcelou desde logo os primeiros habitantes europeus da América do Norte em núcleos autonômicos; no Brasil, a índole da raça latina amalgamou com o cimento de regras uniformes os primeiros povoadores, apesar da imensa extensão e diversidade de terreno por onde se derramaram. Embora a metrópole ensaiasse ao princípio criar grupos separados, com uma espécie de organização feudal, acabou por prevalecer a tendência étnica centralizadora, que nivelou bem depressa as condições da imensa colônia. Assim é que, ao cortarem os norte-americanos o cordão umbilical que os prendia à mãe-pátria, operaram já como confederação; enquanto que nós, massa homogênea, seguimos todos, sem discrepância, o eco débil do grito do Ipiranga.

No Norte da América, não havendo sido jamais instituído regime unitário parlamentar, tampouco a nova federação encontrou tradição a romper; no Sul, entramos, não direi com a tradição do parlamentarismo, que nunca o tivemos verdadeiro, mas com boa bagagem de vícios adquiridos em mais de sessenta anos de sofismas em nome daquele sistema” (ob. cit. pp. 44-45).

Alertado por essas dificuldades, e atento à histórica fragilidade da nossa ordem jurídico-constitucional, é de se esperar, mesmo assim, a institucionalização de um sistema federal, ou que denominação outra se lhe dê, que, a exemplo do norte-americano, revista pelo menos quatro princípios fundamentais: 1) que a Constituição tenha limitada a sua plena vigência *apenas* em caso de guerra externa e, mesmo assim, cessado o motivo, que nenhum ato de qualquer autoridade seja excluído da apreciação do Poder Judiciário; 2) que o equilíbrio de poder no âm-

(*) Na Itália, embora mantidos os códigos mussolinistas, várias normas foram declaradas inconstitucionais após a redemocratização de 1946, e as demais reinterpretadas na conformidade da nova Constituição.

bito federal jamais retire do Congresso a capacidade de investigação dos atos do Executivo e jamais iniba a competência do Judiciário de julgar violação à ordem jurídica; 3) que nas relações da União com os Estados, razoável dose de iniciativa seja garantida às autoridades locais, mais próximas e, por isso mesmo, mais sensíveis aos anseios populares; e 4) que a desconcentração de poder e a eficácia da ordem jurídica tenham por objetivo maior garantir a liberdade do indivíduo, submetendo-o àquele mínimo de restrições necessárias à paz social, de sorte a se sentir ele livre para o mais completo desenvolvimento de suas capacidades e de sua inteligência, e possa, sem reboços, buscar a felicidade moral que os anseios de sua alma exigem. Qualquer sistema que negue ou restrinja estes quatro pontos cardeais está fadado ao provisório, e os que a eles se submetem não deixarão escapar a oportunidade de o reformar. A estabilidade do federalismo americano — e a grande lição que dele se retira — não pode ser compreendida sem percepção deste valor: o federalismo, como desconcentração de poder, como fiscalização mútua das ações de autoridades de diferentes hierarquias, é meio de proteção da liberdade e de garantia da *rule of law*, e à sua força não escapa o mais poderoso dos homens, no mais prestigioso gabinete da terra, dele afastado pela mão justa de um juiz de primeira instância.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

AGESTA, Luís Sanchez — *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Nacional, Madri, 1971.

ASSIS BRASIL, J. F. — *Do Governo Presidencial na República Brasileira*. 2ª ed., Calvino Filho Ed., Rio, 1934.

BRYCE, James — *The American Commonwealth*. 3ª ed., Macmillan & Co, New York, 1895.

COOLEY, Thomas — *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 6.ª ed., Boston, 1890.

ELAZAR, Daniel J. — *The American Partnership*. The Univ. of Chicago Press, Chicago, 1962.

IRISH, Marian D. & PHROTRO, James W. — *The Politics of American Democracy*. 3ª ed., Prentice-Hall Inc., New Jersey, s/d.

RIKER, William H. — *Federalism: Origin, Operation, Significance*. Little, Brown & Co., Boston, 1964.

SCHWARTZ, Bernard — *Constitutional Law*. Macmillan Publishing Co., New York, 1972.

——— — *The Law in America*. McGraw Hill, New York, 1974.

TOCQUEVILLE, Alexis de — *De la Démocratie en Amérique*. Librairie de Médecis, Paris, s/d.

TRIBE, Laurence H. — *American Constitutional Law*. The Foundation Press, New York, 1978.

TRIGUEIRO, Oswaldo — *O Regime dos Estados na União Americana*. Comp. Ed. Americana, Rio, 1942.

TUNC, André — *Les États-Unis*. 3ª ed., Lib. Gén. de Droit et Jurisp., Paris, s/d.

WHEARE, K. C. — *Federal Government*. 4ª ed., Oxford University Press, New York, 1964.

O direito da crise

ARNOLDO WALD

Advogado e Professor Catedrático da
UERJ

Já se disse *maldosamente* que os homens, não conseguindo fortalecer a justiça, decidiram justificar a força. Do mesmo modo, caberia ponderar que somente com a criação de um direito da crise é que os juristas poderiam resolver a atual crise do direito e da justiça, que se manifesta nas mais diversas áreas de atuação das normas jurídicas, que foram elaboradas para épocas de estabilidade e equilíbrio social.

A recente "estagflação", na qual temos vivido nos últimos meses com a convivência de uma estagnação econômica e de uma inflação progressiva, tem dado ensejo a um número progressivo de concordatas e falências decorrentes tanto do excessivo endividamento das empresas, quanto do alto custo do dinheiro e da ausência de encomendas, que obriga os industriais a trabalharem com uma grande capacidade ociosa. O atraso no pagamento dos débitos por particulares, sociedades de

economia mista, empresas públicas e autarquias, nos vários níveis da federação, e a falta de compensação adequada, no caso de mora, fazem com que se multipliquem os casos de insolvência já não somente no campo comercial, mas até em relação aos não comerciantes.

Não obstante alguns esforços válidos feitos, em casos especiais, pelas autoridades públicas, a progressiva avalanche de concordatas e falências, que já agora atinge, muitas vezes, empresas tradicionais e comerciantes de boa fé, que não mais conseguem resistir às pressões dos seus credores, está constituindo um verdadeiro trauma para o País, ensejando uma ameaça de desemprego e dificultando e onerando cada vez mais o próprio crédito bancário. No momento em que se pretende proteger, adequadamente, os salários dos empregados, não há como esquecer que a sobrevivência das empresas é a garantia única e efetiva do emprego, sem a qual de nada adiantam discussões referentes aos níveis salariais.

Já há longo tempo se cogita, no País, de uma legislação especial sobre reorganização industrial, inspirada no direito norte-americano, que pudesse renovar e corrigir as lacunas da nossa atual lei falimentar concebida para uma época diferente da hoje existente e para um País que, no fim da Segunda Guerra Mundial, ainda não tinha alcançado as suas atuais dimensões econômicas. Nos Estados Unidos, a partir das dificuldades financeiras encontradas, já há longos anos, pelas companhias que exploravam as estradas de ferro, elaborou-se, desde 1938, uma lei de reorganização empresarial, com a finalidade de suspender, temporariamente, a exigibilidade das dívidas e tentar reerguer a empresa, modificando a sua estrutura e até, se necessário, a sua composição acionária. Fórmulas análogas foram introduzidas em vários países europeus, surgindo um consenso quanto à necessidade de retirar da falência o seu caráter de pena e de dissociar a situação da empresa insolvente, que, se for viável, merece sobreviver, da posição do empresário cujas responsabilidades devem ser apuradas, quando foi imprudente ou leviano na administração de seus negócios.

Na realidade, tanto os pedidos de falência como de concordata abrangem casos muito heterogêneos que formam um leque incluindo desde as dificuldades de tesouraria de caráter momentâneo até a total inviabilidade econômica do empreendimento. É, evidentemente, impossível e incoerente tratar igualmente, com os mesmos remédios, hipóteses tão distintas umas das outras, submetendo-as a regras idênticas, sem qualquer análise prévia. À primeira vista, uma avaliação poderia ser feita para separar os empreendimentos inviáveis ou evidentemente fraudulen-

tos, que deveriam ensejar uma falência de rito sumário, com a rápida liquidação dos haveres, pagamento dos credores e apuração das responsabilidades. Em relação a essas hipóteses caberia, tão-somente, e, desde logo, providenciar a desburocratização da falência, cujo procedimento é atualmente longo e oneroso, fazendo com que os credores só venham a receber o valor do rateio longos anos depois do início do processo.

Uma segunda área abrange os empreendimentos viáveis, com problemas de fluxo de caixa, de administração ou até de mau aproveitamento de tecnologias, quando a empresa deve ser salva no interesse da sociedade, dos empregados e dos credores. Trata-se de soluções que deveriam ser discutidas democraticamente com a participação de todos os interessados, sustando-se a exigibilidade dos créditos por um tempo curto, durante o qual as partes deveriam encontrar soluções adequadas. Caberia uma verdadeira reorganização empresarial, que não deveria ser decidida autoritariamente pelo magistrado, mas decorrer do consenso de todos aqueles que têm legítimo interesse no processo e, em particular, dos próprios credores funcionando o juiz como catalisador do acordo. Caberia, então, a democratização do processo falimentar, substituindo-o por uma reorganização consensual, que evitaria o desaparecimento da empresa, renovando-a para atender aos seus compromissos e mantendo-a ativa no mercado.

Uma terceira faixa inclui as empresas em relação às quais a situação não se caracteriza nem positiva, nem negativamente, com a clareza das posições anteriormente citadas. Estudos mais amplos se impõem e um prazo deve ser dado para examinar a possibilidade de garantir o prosseguimento da atividade empresarial ou sua inviabilidade. Tratar-se-ia de adaptar ao direito falimentar o instituto da intervenção que a lei prevê em relação às instituições financeiras. Em tais casos, a intervenção seria concedida desde que houvesse o atendimento de requisitos básicos, tanto em relação ao passado da empresa quanto às suas condições de prosperar no futuro. Não se poderia dar à simples existência de protesto a importância que atualmente tem, como fator impeditivo da concordata, em virtude de disposição expressa de lei, pois não se trata de um tabu suscetível de vedar a continuação da atuação empresarial.

Sente-se, atualmente, a necessidade imperativa de encontrar fórmulas rápidas e democráticas de entendimentos entre o devedor em dificuldades financeiras, os seus credores e os Poderes Públicos para que determinadas soluções possam ser dadas em pouquíssimo tempo, a fim de evitar a declaração de insolvência sob qualquer dos seus aspectos, seja em virtude de falência ou de concordata. A decretação daquela e a

concessão desta põe as partes diante de fatos irreversíveis com grande repercussão na própria sobrevivência da empresa, pois afetam o seu crédito e sua reputação, refletindo-se nas suas contratações e na própria posição que ocupam no mercado nacional e, eventualmente, internacional.

Outro aspecto polêmico importante se refere à correção dos débitos na concordata e na falência, seja em virtude de convenção, seja em decorrência da lei que mandou corrigir todos os débitos cobrados judicialmente. Cabe ponderar que a lei falimentar vigente, que data de 1945, não cogitou da correção monetária, pois foi elaborada numa época em que a mesma ainda não tinha sido concebida. Fazendo uma interpretação sistemática, pareceria lógico e coerente a concessão da correção monetária em todos os casos em que a legislação atualmente vigente assegura o pagamento, aos credores, dos juros. Efetivamente, se a correção é a simples atualização da moeda, deve ser considerada como um *plus* em relação aos juros, que têm a finalidade de remunerar o capital. A simples exclusão da correção monetária importaria num enriquecimento sem causa, imoral e ilícito, beneficiando o devedor em detrimento da manutenção do poder aquisitivo das quantias devidas aos credores. A incidência da correção, que não constitui uma vantagem nem um benefício, mas uma simples garantia da manutenção do valor do crédito, seria, certamente, uma medida de moralização da falência, sempre que a massa comportasse o seu pagamento.

Urge, pois, que se encontre uma fórmula de desburocratização, de democratização e de moralização do processo de insolvência, que deixou de ser matéria de alta indagação dos juristas, para se transformar num dos problemas econômicos de maior atualidade no momento em que, adiantadas as negociações para a solução do nosso endividamento externo, as dificuldades internas estão a merecer a atenção das autoridades. A bem da verdade, é preciso lembrar que uma Comissão já foi nomeada pelo Ministério da Justiça para examinar a reforma do direito falimentar, mas é da maior importância que a nova legislação não tarde, sob pena de perder a sua razão de ser.

Cabendo ao jurista a função de submeter a economia à moral, o direito da crise deve inovar nas fórmulas referentes à insolvência, que não mais podem manter as técnicas clássicas e obsoletas, que atendiam à economia brasileira do passado, mas não se coadunam com os problemas atuais. Sem maiores delongas, devem, pois, ser introduzidas, tanto pela prática como pela lei, as novas regulamentações que deverão ensejar a desburocratização, a democratização e a moralização do processo falimentar.

O desprestígio das leis

EDUARDO SILVA COSTA

Advogado da Rede Ferroviária Federal em Salvador. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

— I —

De onde vem o desprestígio das leis? Que forças atuam para tornar as leis de pouca ou quase nenhuma valia em nossos dias? Por que quanto mais se evidencia o préstimo reduzido das leis nas relações sociais tanto mais proliferam elas? Estas e outras indagações repontam a todo instante em meio ao que se convencionou chamar crise do direito. Crise do direito que se caracterizaria por uma impotência do direito em manter a sua qualidade de fenômeno autônomo na estrutura social. Pois é o que ocorre na realidade contemporânea: o direito sem condições de auto-realizar-se, de realizar os valores que lhe são ínsitos.

Se se compreende a lei como expressão do direito, não há negar que no mundo contemporâneo inexistente correspondência entre um e outro. A lei passou a ser mais uma expressão de força do poder do que a expressão vital do direito, como deveria ser. A maior parte dos preceitos legais tem na sua gênese ditames autoritários em vez de resultados de forças sociais que podem confluír para a regulação democrática dos negócios humanos em todos os planos da vida social. Seja no plano político, em que mais transbordam os preceitos de natureza autoritária, seja no plano econômico, em que os preceitos legais muitas vezes são ditados de forma sutil para beneficiar os grupos mais poderosos no processo produtivo. Ou ainda no plano dos costumes, no aspecto cultural, no qual acabam prevalecendo os mandamentos de segmentos reacionários, antilibertários, temerosos de

uma influência perniciosa das artes, da literatura, na moralidade social, o que os faz portadores de uma poderosa pressão sobre a camada dirigente. Em um ou outro caso, o que se tem efetivamente é a distância sempre se alargando entre o direito e os seus valores próprios. O que vem a significar o descompasso entre o direito e os ideais que lhe incumbe executar.

Não se pode afirmar, como alguém já afirmou, que os valores da sociedade burguesa estão envelhecidos e que por isso mesmo já não são operantes, já não têm eficácia. O que ocorre é que os valores não se realizaram na sua plenitude, dados os próprios estorvos que a sociedade burguesa antepõe à realização deles. Os valores que ao direito cumpre executar, seja no modo de produção legislativa, seja no modo de produção jurisprudencial, nem sempre satisfazem-se. Ora porque eles são tragados por interesses mais poderosos, não obstante as proclamações de sua superposição a estes, ora porque a ideologia do poder obsta, justamente com considerações ideológicas, à realização desses mesmos valores.

Então, geram-se no espírito coletivo, ante reiterados exemplos da infidelidade dos mandamentos legais aos princípios jurídicos ou a postulados éticos de onde em tese as normas legais deveriam extrair a sua razão de ser, enormes e intensas perplexidades em torno da validade mesma da lei como regra diretora do comportamento humano e como meio de controle social. As perplexidades que assim são geradas transmudam-se em dúvidas, e daí ao desdém pelo comando legal, com toda série de desobediências, o passo é fácil.

— II —

Em diversos planos da atividade social opera-se o desprestígio das leis. Só que em cada um deles a intensidade desse desprestígio é variável. A intensidade e a extensão. No plano econômico, por exemplo, afigura-se a preeminência do fator capital. A força desse fator explica grandemente o fenômeno da desobediência das leis. "O capital privado", escreve JUAN RAMÓN CAPELLA, "impõe-se em suas complicadas exigências independente de que encontre ou não uma vontade jurídica capaz de expressá-las" (*Materiales para la Crítica de la Filosofía del Estado*). O que importa dizer que de tal modo o capital privado estende as suas malhas na sociedade, que as suas leis são irresistíveis. Aí, o fenômeno jurídico não dispõe de forças para disciplinar o capital privado, antes por ele é amoldado. A "vontade jurídica" serve ao capital, em vez de impor o seu domínio. Os valores que informam o fenômeno jurídico quebrantam-se ou gozam de muito pouca positividade quando o fator capital constitui o núcleo central de uma dada relação jurídica. A lei pode, na sua formulação, dotar os

preceitos de que ela se compõe de uma aparente valoração ética, que na realidade se esvanece; acima deles está a exigência voraz do capital.

Muitas vezes dá-se que as leis dispõem de forma desenganadamente realizadora de valores. Mas, só na enunciação verbal isso ocorre. Pois não raro a astúcia das camadas dirigentes brinda a sociedade com leis que de antemão se sabe impraticáveis. Foi o que notou RENATO TREVES (*Introduzione alla Sociologia del Diritto*), para quem tais leis são um meio de homenagear as camadas sociais menos favorecidas. Homenageia-se a essas camadas com uma série de leis que jamais serão efetivadas: os seus dispositivos permanecem no papel, como corpos inanimados. Com isso, porém, satisfazem-se os grupos sociais desfavorecidos, que têm nas leis uma espécie de repositório de consolação. Porque os direitos que essas leis estabelecem são sabidamente inexequíveis, dadas as condições sociais vigentes.

Triunfa, assim, o capital. e com ele as formas de organização em que se estrutura na realidade social, e postergados são os valores que as leis em tese deveriam encerrar e executar. Na essência mesmo, o que deve importar, o que deve imperar, são os interesses. Essa é a lógica do sistema econômico que o capitalismo adotou e faz prevalecer em todas as formas sociais de sua atuação, em que ele está presente.

Também no plano político a interferência dos interesses do poder sobrepõe-se ao interesse relevante do ordenamento jurídico propriamente dito. A ordenação legal existe estritamente relacionada com as diretivas que correspondem à filosofia do regime dominante. As composições que se articulam e acabam por refletir-se em compromissos não invalidam a tese do Poder. Este, principalmente em regimes autoritários ou em regimes disfarçados de democracia, mormente os que pespegam uma adjetivação qualquer a essa forma de governo, não admite a posição de vencido e por isso organiza-se através de toda uma rede de normas legais para garantir-se na culminância do comando da vida coletiva. Hoje, as fórmulas legais têm a primazia para dispor sobre as circunstâncias que ameaçam os interesses de perpetuidade do grupo dominante no Poder. Isso ressalta nos regimes não propriamente democráticos, apenas travestidos de democráticos, aos quais repugna a idéia de alternância no Poder de grupos de outras aspirações e tendências da sociedade civil.

É evidente que os expedientes que se forjam no sentido da permanência do grupo no Poder não obedecem senão a caprichos dos detentores do Poder mesmo; não exprimem idéias que transcendam desses caprichos; não se orientam por valores superiores à disputa pelo Poder. Por isso mesmo, as leis que resultam desse contexto são leis com frágil vínculo ao complexo

de valores que os homens esperam ver realizados. Surgem no mundo social como leis com prestígio reduzido ou até sem prestígio. Então, a adesão a elas como uma forma de maior integração social ou se faz frouxamente, porque não provém de uma convicção nacional, ou não se faz em verdade.

— III —

A adesão ao comando normativo, ou, como diz GRAMSCI, o “consentimento passivo”, é um fator relevante na aceitação das leis enquanto forma de controle social e meio de interação social. Essa adesão tem muito a ver com a legitimidade do Poder, entendida esta como a correspondência entre o ideário coletivo e o exercício do modo de ser dos governantes. As necessidades coletivas e individuais, que vão ascendendo ao cenário social à medida que o desenvolvimento econômico se impulsiona, impõem novas formas de convivência que por sua vez exigem padrões normativos de novo teor e sentido. Mas, para que tais padrões assumam um novo conteúdo, de eficácia plena, é preciso que haja uma representatividade abrangente do corpo social. Tanto mais complexa se apresenta a sociedade industrial de nossos dias quanto mais diversos são os interesses que ela encerra. Então, os interesses expressos na sociedade por grupos que nela atuam têm de encontrar canais de concretização dos seus objetivos. É por meio desses canais que a vontade dos grupos, em que se decompõe o conjunto social, busca fazer efetivos os direitos correspondentes.

Muitas vezes, contudo, o caminho da expressão dos grupos sociais é bloqueado pela tendência totalizadora do Poder político maior. Os grupos sociais, detentores de relativo poder político, não conseguem, dada a força coercitiva absoluta do Poder macroscópico, fazer emergir os seus valores e normatizá-los. E não o conseguindo, sucumbem ao peso maior, do que resulta uma inautêntica expressão e representação das aspirações desses grupos. Não havendo correspondência entre a realidade dos interesses e a realidade legal, torna-se frágil o vínculo que a lei busca estabelecer entre as suas normas e o comportamento por estas prescrito. Ainda aí o que sobreleva é o interesse do grupo social dominante em impor a regra normativa conforme as diretivas dele, diretivas que consultam as razões de existência e de desenvolvimento desse mesmo grupo dominante.

Em uma perspectiva de tal ordem, não há esperar uma resposta de adesão plena ao comando que encerra as normas legais. A persuasão que, como formulações e regramentos normativos, as leis buscam conquistar, independente do caráter coercitivo de que são dotadas, acaba malograndose e por isso mesmo configura-se um verdadeiro desprestígio da autoridade que elas, as leis, precisam ter.

Não obstante isso, as leis continuam existindo a mancheias e nenhum governo pode prescindir delas, nem tampouco a sociedade pode organizar-se sem contar com a segurança que as regras genéricas, impessoais, em princípio infundem. Mas, as leis não se fazem apenas para ser impostas, para obrigar as vontades individuais a condescender com os imperativos delas. Mesmo porque não podem considerar-se como um fim, como o termo do processo social. Como se, dada a sua existência, se tivesse completada a coesão social, alcançada a harmonia coletiva e conquistado o bem-estar geral. As leis são uma forma de expressão da vida social e, conseqüentemente, devem atender à realidade dessa vida. O que constitui tal realidade não se circunscreve a ordens e imperativos. Daí que a realidade social, apresentando-se no mundo de hoje em situação de crise, não pode receber uma conformação legal desatenta a essa situação. Situação de crise que abrange as várias manifestações de vida e a que as leis não podem obviar. Insistindo, porém, na tentativa de regular mediante leis o desconcerto que o mundo social revela em inúmeros aspectos, os governos acabam por desacreditar-se e desacreditar as próprias leis, fazendo gerar o desprestígio destas.

— IV —

Há uma tendência irresistível de parte dos governos em conformar ou tentar conformar a conduta social, nos seus mais variados aspectos, por meio de leis. As leis, supõe-se, porque dotadas de força imperativa, porque condutoras de meios coercitivos, podem atuar sobre a realidade social, transformando-a, dirigindo-a no sentido visado por uma determinada política, como podem criar nos membros da sociedade uma autêntica mentalidade coletiva, que os leve a ajustar os seus interesses aos padrões impessoais expressos nos comandos normativos. As leis como que seriam o ponto máximo de integração social e a garantia maior de estabilidade do corpo social. Não é de surpreender, portanto, a proliferação de leis: o fenômeno decorre da crença referida e tanto mais se multiplicam as relações sociais, tanto cresçam as ações sociais, quanto mais se tenderá a regular umas e outras por meio de leis. É o Estado no afã de controlar e dominar em quase todos os planos a sociedade civil.

Mas, a essa tendência contrapõe-se uma outra, que emerge da sociedade e que se afirma na resistência ao controle, na rejeição do domínio das manifestações da vida social pelo aparelho estatal. O Estado assume ou tenta assumir a posição de mentor da sociedade, menos porque seja um fiel representante das correntes de opinião, o que naturalmente não poderia ser em uma sociedade complexa e diversificada como é a sociedade industrial, do que por ter de corresponder aos interesses do substrato da

classe dominante e garanti-los com o máximo de coercitividade, o que busca fazer produzindo leis. Não sendo garantidor, nem executor do bem-estar geral, o Estado não pode fazer gerar no espírito coletivo a crença na perfeição dos seus atos — as leis. Estas são em muitos casos recebidas com desconfiança e também com indiferença, precisamente porque não expressivas dos valores que pululam no meio social e que para serem realizados teriam de encontrar desmontados os poderosos interesses, arraigados nas instituições criadas pela classe dominante para protegê-los.

Forma-se, então, um espírito de ceticismo em relação às leis, que acaba por materializar-se em uma difusa resistência à sua aceitação. O que vem a redundar no desprestígio delas. A só circunstância de impor-se o regramento legal em larga escala, sem consideração a certas peculiaridades, como que retira a força persuasiva da lei mesma. O propósito de mais e mais legislar-se sobre quase todas as coisas do mundo social contribui para que não se tenha na lei um elemento de autoridade sólida e eficaz. Ao contrário, deteriora-se o sentimento coletivo de respeito às leis, dado o abuso da proliferação destas.

De resto, há que ressaltar uma tendência persistente nos nossos dias: o questionamento de mais a mais abrangente de tudo quanto significa poder, de tudo quanto importa em autoridade. Se é certo que o poder aumenta e expande-se em todas as áreas, fazendo prevalecer a sua força, por outro lado observa-se uma reação crítica a tal expansão, a tal crescimento. Essa reação é mais aguda quando se trata da autoridade. O prestígio, sendo a ascendência que se impõe sem a força, parece declinar principalmente em relação à autoridade. As leis, posto resultarem de um ato de poder, valem pela autoridade com que se exercitam na realidade social. Hoje, os valores que se reclamam não são satisfeitos pela forma legal. Então, por não poderem ser a expressão dos valores que aí estão na vida quotidiana, mas que não se normatizaram, as leis já não têm em si a autoridade que antes se lhes atribuía. E também não há que deixar sublinhar-se que existe, em decorrência mesmo da nova “experiência dos valores” (Ortega y Gasset), uma acentuada indisposição à aceitação de regras, preceitos e tudo quanto represente regulação da ação social fundada nos valores de uma ordem social que a muitos se afigura decadente e por isso não merecedora de aceitação. As leis, conquanto se multipliquem, perderam o prestígio que tinham. E para que esse prestígio seja restaurado, o que importa não é o tentar-se a imposição de mais leis, mas revolver-se a estrutura de onde elas emergem, para que daí se possa construir uma estrutura que traga uma nova “experiência dos valores” de justiça e liberdade.

O Parlamento brasileiro e o problema do menor abandonado

PAULO DE FIGUEIREDO

Ex-Consultor-Geral, Ex-Secretário-Geral da Presidência e Ex-Diretor da Assessoria Legislativa do Senado Federal — Ex-Professor da Faculdade de Direito do Estado de Goiás e da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro — Ex-Presidente do Conselho Administrativo do Estado de Goiás — Ex-Assessor Parlamentar da Presidência da República.

SUMARIO

I — *Preliminares*: Os direitos fundamentais do homem, na teoria e na prática. As guerras, a miséria, os preconceitos. O homem continua esquecido. Os direitos da criança. É preciso ouvir, ver e falar. O problema do menor abandonado se inscreve no problema social geral.

II — *A Declaração Universal dos Direitos da Criança*: Uma bela Carta de Princípios. A realidade é triste.

III — *O Parlamento brasileiro propôs uma solução*: As funções do Congresso. Um trabalho notável, porém pouco conhecido. O Sistema do Menor. O Projeto Dom Bosco.

IV — *É preciso ter uma visão global do problema*: No estudo de um problema social têm que ser considerados todos os planos de atividade do homem. Os fatores sociais, políticos, econômicos, jurídicos, financeiros e morais se interpenetram no condicionamento da sociedade. O problema do menor abandonado decorre do problema do maior abandonado.

V — *Que é menor abandonado?* O menor abandonado pobre. O menor rico abandonado. Aspectos materiais e morais do problema. Papel do Estado, da família e da Igreja.

VI — *O problema é, antes de tudo, moral*: O materialismo dominante. A teoria do "rouba, mas faz".

VII — *O sistema penitenciário*: Os reformatórios nada reformam. É preciso rever o sistema. A legislação penal do menor está superada. A influência deletéria do cinema, do rádio e da televisão.

VIII — *A explosão demográfica*: O excesso de população nos centros urbanos agrava o problema. Planejamento familiar. Em certas regiões há gente demais, em outras, há gente de menos. Redistribuição das "sobras" populacionais. Situação na Amazônia. O interior tem falta de braços. A solução para o problema é uma solução política. Da incapacidade do Estado liberal-democrata.

IX — *A questão migratória*: Urge disciplinar os deslocamentos populacionais. Como fixar o homem em seu "habitat". Reforma Agrária: um imperativo. Necessidade da presença do Estado. Privatização, no Brasil, é sinônimo de desnacionalização.

X — *O Estado, no Brasil, tem que ser forte, nacional, democrático e intervencionista*: O Estado não pode ser um ente abstrato, tem que estar presente e ser atuante. Nem tudo que é bom para outros países é bom para o Brasil. Não há países amigos, mas, sim, interesses em jogo. O problema do menor está ligado ao da redistribuição dos excessos demográficos. Medidas duras, mas necessárias. Só através do Estado se resolverá o problema.

I — *Preliminares*:

Existe a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Existe a Declaração Americana dos Direitos do Homem. Todas as Constituições, de todos os países do mundo, democráticos, comunistas ou fascistas, desenvolvidos ou subdesenvolvidos, têm capítulos inteiros dedicados aos direitos fundamentais do homem. E em toda a parte o homem se apresenta esquecido, abandonado, sofrendo, perseguido, vilipendiado. O racismo sobrevive, em formas cruéis, na África do Sul, nos Estados Unidos e outros países. As discriminações sociais persistem. Continuam as lutas religiosas. A miséria é cada vez mais universal. Ditaduras se espalham por todos os continentes. A liberdade, em muitos cantos da terra, ainda é um mito. As sociedades prosseguem divididas entre opressores e oprimidos. Os homens, só porque se localizam em espaços diferentes, se odeiam e se massacram. Mas, nas Constituições de todos os povos, dispõe-se que todos os homens são iguais, que todos têm direito à liberdade, à educação, ao trabalho, à assistência, ao ideal. Fora do papel a realidade é outra. São os negros, nos Estados Unidos, sendo tratados como seres inferiores. São os judeus, sendo massacrados aqui, massacrando acolá. São protestantes e católicos se entredorovorando na Irlanda. São cristãos e muçulmanos se destruindo no Líbano. É um chefe de Estado africano praticando a antropofagia. São as grandes potências financiando guerras entre países, para proveito próprio. São governos de Estados poderosos procurando impedir o desenvolvimento de outros povos que lutam por um lugar ao sol.

Por isso, é sombrio, igualmente, o panorama social, no que diz respeito à criança. Também ela é objeto de discursos, conferências, homenagens, cultos. Em 1979 houve o Ano Internacional da Criança. A ONU aprovou uma Declaração Universal dos Direitos da Criança. Mas a realidade do menor, como a do adulto, é dolorosa. Quase em toda parte, porém mais ainda no chamado Terceiro Mundo. No Brasil, a situação é calamitosa. O Ceará possui o maior índice de mortalidade infantil do mundo. O Rio, ex-Cidade Maravilhosa, está coalhado de pivetes, organizados em bandos criminosos. O analfabetismo atinge cifras altíssimas. A fome é uma constante. E assim por diante.

Não podemos, contudo, continuar surdos, cegos e mudos, como as três figuras que a Conferência Nacional dos Bispos exhibe na televisão como símbolos da crueldade humana. É preciso que a gente ouça as vozes desesperadas dos sofrendores, veja as misérias do mundo e proclame bem alto a necessidade de amplas reformas, capazes de ainda um dia assegurar, realmente, a todos os homens, efetiva participação nos bens da civilização e da cultura.

Tentaremos, neste ensaio, focalizar o problema do menor abandonado. Mais precisamente, procuraremos ressaltar os diversos aspectos da questão, integrando-a, porém, como parte — que efetivamente é — na grande problemática social.

Dentro de uma compreensão cristã do mundo, que nos dá uma visão integral e integrada das coisas, buscamos relacionar esses elementos todos que, no terreno político, no social e no econômico, contribuem, aqui mais, ali menos, para a verdadeira tragédia que representa, hoje, o problema do menor abandonado.

Ressaltaremos, no caso, o papel do Parlamento brasileiro, às vezes tão justamente criticado por omitir-se no trato de questões fundamentais para o País, mas que esteve atento ao problema e indicou, para ele, uma solução.

Começamos, é claro, pelo começo. *Como “olhar” a criança? Que fazer por ela? Como fazer? Que direitos assegurar-lhe?*

Enfocando-o em si, como problema típico, o que se tem a fazer é garantir ao menor certos direitos inerentes às suas condições e que foram alvo do interesse da ONU, que, a respeito, proclamou, aprovou e publicou a seguinte:

II — *Declaração Universal dos Direitos da Criança* (1)

PREÂMBULO

“Visto que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, e resolveram promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

Visto que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo homem tem capacidade para gozar dos direitos e das liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Visto que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

Visto que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração da Criança em Genebra, em 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança.

Visto que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços.

Assim,

A Assembléia Geral

Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança, visando a que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da socie-

(1) *Declaração Universal dos Direitos da Criança* — cópia fornecida pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal.

dade, dos direitos e das liberdades aqui enunciados, e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância, mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios:

Princípio 1º — A criança gozará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 2º — A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando a este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Princípio 3º — Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

Princípio 4º — A criança gozará dos benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito à alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

Princípio 5º — A criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar.

Princípio 6º — Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisará de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. A sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a proteção de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Princípio 7º — A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória, pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la, em condições de iguais oportunidades, a desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo, e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um menino da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e distrair-se, visando aos propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo desse direito.

Princípio 8º — *A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro.*

Princípio 9º — *A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.*

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será lesada ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

Princípio 10º — *A criança gozará de proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos de paz e de fraternidade universal e em plena consciência de que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.”*

Como se vê, uma bela Carta de Princípios. Só isso, contudo. Um documento importante, por constituir uma recomendação das Nações Unidas. Uma peça política de alto valor, pelas diretrizes que traça. Um ato que vale como um compromisso, como uma tomada de posição. Entretanto, algo lírico. Porque, afinal, é apenas uma Carta de intenções. Simples doutrinação que não encontra correspondência na organização política, social e econômica da grande maioria das Nações, mesmo das mais evoluídas, até das que assinaram o pacto.

Milhões de crianças estão ao desamparo, em todos os cantos do planeta. Ampará-las, reabilitá-las, dignificá-las, é um imperativo político de todos os povos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança pode significar um caminho e uma meta, que todas as nações devem seguir e procurar alcançar. E o instrumento a utilizar, com vistas a tão alto objetivo, há de ser a Política — Ciência do Estado — pelo que ao Estado caberá, através de seus órgãos, o papel principal na grandiosa tarefa.

III — O Parlamento brasileiro indicou uma solução

No estudo — “Considerações em torno dos Poderes do Estado” — constante do nosso livro *Idéias em Choque* (2), escrevemos:

“Procedem de má fé, ou por desconhecimento da Constituição, aqueles que afirmam estar o Legislativo brasileiro imobilizado. Porque, ao contrário do que se tem dito e escrito, são muito amplas, profundas e relevantes as funções que a Carta Magna assina ao Congresso.

Como vimos, a ele cabe legislar em toda matéria da competência da União. Ora, tudo que se faz, na União, é feito em função

(2) Paulo de Figueiredo — *Idéias em Choque*. Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília, 1983.

de uma lei. Logo, o Legislativo pode, em verdade, estar sempre *presente* em todas as tarefas que a União realize. Se é pela lei, e com a lei, que tudo se organiza, e se o Legislativo tem competência para legislar em todo assunto que interesse à União, que maior poder de “controle” se poderia dar-lhe? Que mais alta missão? Que liberdade maior? Que mais importantes prerrogativas?”

E acrescentamos, em prol da nossa tese:

“O Congresso Nacional tem a seu favor — embora, por falta de divulgação, muitos ignorem isso — iniciativas das mais sérias e mais importantes para o País. Assim, nele foram oferecidos e debatidos numerosos projetos sobre reforma agrária, objeto de dois volumosos tomos; os problemas da Amazônia têm sido discutidos sob todos os aspectos; a questão da energia nuclear foi objeto de sérios estudos de uma comissão especial; o Projeto Jari foi revelado ao povo em seus mínimos pormenores; a reforma do Judiciário foi amplamente criticada; a venda de terras a estrangeiros e o trabalho suspeito de certas “missões evangélicas” no Brasil foram objeto de veementes denúncias; o problema do álcool combustível foi debatido em extensão e profundidade por diversos parlamentares, com a apresentação de soluções objetivas e racionais; o problema do endividamento dos Municípios, com o excesso de empréstimos, foi severamente apreciado; tratados diversos com países estrangeiros foram minuciosamente examinados; foram publicadas coleções de livros do mais alto interesse para a compreensão dos problemas políticos nacionais; figuras de projeção no mundo da ciência, da economia e do direito, frequentemente, são convidadas para fazer conferências nas Casas do Congresso.”

Outra questão, do maior relevo e atualidade, a que se dedicou o Parlamento brasileiro, e que não incluímos nas citações daquele estudo, foi a que estamos agora focalizando: a do menor abandonado. E o fez de modo racional e pragmático, não se limitando à discussão do tema, mas oferecendo planos concretos para a sua solução. Foi em 1976, quando encaminhou ao Presidente da República o “Projeto Dom Bosco”.

O Senador Lourival Baptista, em discurso proferido no Plenário do Senado Federal⁽³⁾, reportando-se à realização, em 1979, do “Ano Internacional da Criança”, “destinado a conscientizar governos, instituições e povos, em todos os países do mundo, no sentido de levar a efeito empreendimentos concretos em benefício e em defesa das crianças socialmente marginalizadas”, proclamou:

“Pretendia a ONU, através daquela iniciativa, engajar todos os seres humanos responsáveis numa ofensiva global pelo advento de uma política vinculada à sobrevivência e bem-estar de centenas de milhões de crianças e menores, principalmente nos países do Terceiro Mundo, vítimas de discriminação e agressões de toda ordem, geradas pelas tragédias do desemprego, da fome, das doenças, do analfabetismo, dos conflitos raciais e das guerras civis.”

(3) Senador Lourival Baptista — Discurso proferido no Senado Federal e publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, edição de 11 de agosto de 1983.

E, entendendo que o Senado Federal poderia colaborar com a ONU "para a consecução daqueles nobres e humanitários objetivos, e, ao mesmo tempo, atender aos apelos do Governo federal, que solicitava sugestões ao Poder Legislativo a respeito das possíveis contribuições do Brasil nos parâmetros do Ano Internacional da Criança", o Senador Lourival Baptista, assim argumentando, apresentou uma "proposta objetiva sobre o assunto", a qual consistiu em submeter a seus pares o Projeto de Lei nº 278, de 20 de setembro de 1979, "cuja aprovação possibilitaria transportar para o terreno concreto das realizações práticas a Recomendação-Síntese e as Conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou os problemas da criança e do menor carentes do Brasil, consubstanciadas no Relatório intitulado *A Realidade Brasileira do Menor*, aprovado pela Resolução nº 21, de 23 de junho de 1976".

A proposição do ilustre Representante sergipano na Câmara Alta foi a seguinte:

"PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 278, DE 1979

Art. 1º — É o Poder Executivo autorizado a promover a execução do Projeto Dom Bosco, de acordo com as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou os problemas da Criança e do Menor carentes do Brasil.

Art. 2º — O Ministro Chefe da Secretaria do Planejamento da Presidência da República organizará o Grupo Interministerial incumbido de, no prazo de 30 dias, elaborar os Projetos de Recurso do Poder Executivo, enumerados pela Recomendação-Síntese da CPI do Menor, nos termos do Relatório aprovado pela Resolução nº 21, de 23 de junho de 1976, da Câmara dos Deputados."

Pretendeu, pois, o ilustre Senador Lourival Baptista, como declarou na justificativa de sua proposição, "dar imediato início à execução do Projeto Dom Bosco na órbita do Conselho de Desenvolvimento Social".

Isso sucedeu em 1979. Nada se fez, porém. Donde a razão do novo pronunciamento do Senador sergipano, dia 10 de agosto de 1983, quando enfatizou a necessidade de "acelerar o advento e urgente implantação do Sistema do Menor".

A citada Comissão Parlamentar de Inquérito, que estudou o momentoso problema, foi criada em 1975, por força do Requerimento nº 22/75. Trabalhou com afinco e com presteza, pois já em 23 de junho de 1976, a Câmara dos Deputados publicava a seguinte

RESOLUÇÃO Nº 21, DE 1976

"Art. 1º — Ficam aprovados o Relatório e as Conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o Problema da Criança e do Menor carentes do Brasil, criada por força do Requerimento nº 22/75, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, de 21 de maio de 1975, página 2999, 2ª coluna.

Art. 2º — Serão enviadas ao Poder Executivo cópias do Relatório e das Conclusões de que trata o artigo anterior, para as providências cabíveis.

Art. 3º — A Mesa da Câmara dos Deputados editará as conclusões e o Relatório desta Comissão Parlamentar de Inquérito.

Art. 4º — Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.”

Foram, então, remetidos ao Senhor Presidente da República, na época o General Ernesto Geisel, acompanhados de diversos *consideranda*, o Sistema do Menor (Recomendação-Síntese) e o Projeto Dom Bosco.

O Sistema do Menor é um trabalho consciencioso, amplo, metuculoso e objetivo. Vale como um plano racional, tecnicamente bem elaborado e filosoficamente bem inspirado, e nele se procura articular, numa tarefa comum, a União, os Estados, os Municípios, o empresariado, as Igrejas, as universidades e setores públicos e privados da sociedade, sendo o problema, assim, considerado em sua universalidade.

Conquanto extenso, esse Sistema do Menor merece ser divulgado, dada a sua importância. Ei-lo:

SISTEMA DO MENOR (4)

1. OBJETIVOS

- 1.1 a 1.4 — Caracterização. Escalonamento. Conteúdo Específico
- 1.5 — Principios Norteadores
 - 1.5.1 — Coordenação Nacional
 - 1.5.2 — Planejamento Integrado
 - 1.5.3 — Descentralização Operativa
 - 1.5.4 — Racionalização Administrativa
 - 1.5.5 — Avaliação do Desempenho
 - 1.5.6 — Humanismo Teleológico

2. ORGANIZAÇÃO

- 2.1 — Composição: Subsistemas Setoriais e Descentralizados
 - 2.1.1 — Centro Nacional do Menor
 - 2.1.2 — Fundo Nacional de Proteção ao Menor
 - 2.1.3 — FUNABEM, FEBENs e congêneres
 - 2.1.4 — Unidades Setoriais de Articulação
 - 2.1.5 — Julzados de Menores
 - 2.1.6 — Regionalização e Interiorização
 - 2.1.7 — Mobilização Comunitária
- 2.2 — Coordenação Nacional
 - 2.2.1 — Complexo Técnico-Administrativo
 - a — Assessoria Multidisciplinar
 - b — Infra-Estrutura de Apoio
 - 2.2.2 — Comissão Nacional de Coordenação. Composição
 - 2.2.3 — Representação dos Juizes de Menores
 - 2.2.4 — Entrosamento com as Unidades Setoriais
 - 2.2.5 — Representantes Autorizados
 - 2.2.6 — Ação Integrada do Sistema
- 2.3 — Avaliação do Desempenho

(4) Recomendação-Síntese da CPI do Menor, endereçada ao Presidente da República, em 1976, depois de aprovada pela Câmara dos Deputados.

3. SUBSISTEMAS SETORIAIS

- 3.1 — Abordagem Sistêmica
- 3.2 — Controle da Marginalização Social

4. CENTRO NACIONAL DO MENOR

(Grupo Executivo de Projetos Básicos)

- 4.1 — Recrutamento, Seleção e Reciclagem de Pessoal
- 4.2 — Gerentes de Projetos
- 4.3 — Núcleo Polivalente de Ação Integrada
- 4.4 e 4.5 — Convênios

5. FUNDO NACIONAL DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO MENOR

- 5.1 — Mecanismo Financeiro
- 5.2 — Composição do Fundo
- 5.3 — Plano de Aplicação dos Recursos
- 5.4 — Esquema dos Recursos
- 5.5 — Novas Fontes de Recursos
- 5.6 — Rendas Eventuais
- 5.7 — Crédito Especial
- 5.8 — Destaque para Início de Operação
- 5.9 — Regulamento do Fundo
- 5.10 — A Caixa Econômica Federal e o Fundo Nacional de Proteção ao Menor

6. FUNABEM

- 6.1 — Reformulação da Lei n.º 4.513/64
- 6.2 — Enquadramento da FUNABEM nos parâmetros do Sistema
- 6.3 — Reorganização da FUNABEM e das FEBEMS

7. UNIDADES SETORIAIS DE ARTICULAÇÃO

- 7.1 — Funções Básicas das Unidades Setoriais
- 7.2 — Assistência às Famílias
- 7.3 — Proteção Social ao Menor
- 7.4 — Rede Nacional de Entidades
- 7.5 — Alimentação e Medicamentos
- 7.6 — Cadastro Nacional e Atendimento Individualizado — INPS
- 7.7 — Aproveitamento da Rede Hospitalar e Ambulatorial do INPS
- 7.8 — Participação Sindical. Profissionalização. Estágio Ocupacional
- 7.9 — Construção de Centros Comunitários (BNH)
- 7.10 — Aprendizagem Agropecuária (INCRA e FUNRURAL)
- 7.11 — Interiorização do Atendimento do Menor nas Zonas Rurais. Participação dos Governos Municipais
- 7.12 — Otimização dos Recursos Humanos
- 7.13 — Cooperação das Forças Armadas

8. SUBSISTEMAS DESCENTRALIZADOS DE REGIONALIZAÇÃO, INTERIO- RIZAÇÃO E MOBILIZAÇÃO COMUNITARIA

- 8.1 — Coordenação Metropolitana
- 8.2 — Gerentes de Projetos
- 8.3 — Execução Descentralizada dos Convênios
- 8.4 — Consórcios Microrregionais e Intermunicipais

8.5. a 8.7 — Rede Nacional de Instituições de Amparo às Famílias Pobres e ao Menor

9. MOBILIZAÇÃO COMUNITÁRIA

9.1 — Articulação com o Setor Privado

9.2 — Participação Empresarial

9.3 a 9.7 — Mobilização Comunitária

10. GRUPO INTERMINISTERIAL. REGULAMENTAÇÃO

10.1 — Grupo Interministerial

10.2 — Sistema do Menor

10.3 — Coordenação Nacional

10.4 — Fundo do Menor

10.5 — Centro Nacional do Menor

10.6 — Reformulação da Lei n.º 4.513/64 (FUNABEM)

10.7 — Postos de Planejamento Familiar

10.8 — Salário-Família

10.9 — Juizado de Menores

10.10 — Emendas à Constituição

10.11 — Providências Complementares à Regulamentação do Sistema

11. PROJETO DOM BOSCO

1. OBJETIVOS

Caracterização. Escalonamento. Conteúdo Específico

1.1 — O Sistema do Menor, instituído na órbita da atuação do Conselho de Desenvolvimento Social, tem como objetivos prioritários promover, no território nacional, a recuperação, bem-estar e desenvolvimento do menor marginalizado, ou em processo de marginalização social.

1.2 — Esses objetivos deverão ser atingidos por meio de ações globais e multissetoriais, integradas em programas destinados às famílias de baixa renda monetária e ao menor carente, de ambos os sexos, abandonado ou com problemas de conduta.

1.3 — Integram-se na estrutura do Sistema do Menor, órgãos, instituições e atividades do setor público e do setor privado, cujo funcionamento sinérgico capacite os Governos da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios e do Distrito Federal a resolver, com o apoio do Empresariado e da Comunidade, os problemas da marginalização social.

1.4 — Neste sentido, o SISTEMA mobilizará recursos humanos, técnicos e financeiros em condições de viabilizar, a curto prazo, soluções proporcionais aos desafios a serem enfrentados, nas seguintes áreas prioritárias:

a) estratégia específica de natureza preventiva, visando ao amparo às famílias marginalizadas;

b) atendimento descentralizado e desburocratizado das necessidades básicas da criança e do menor carentes no concernente à alimentação, habitação, saúde, educação, profissionalização, emprego, integração na comunidade, segurança afetiva e social;

c) assistência especializada ao menor abandonado de conduta anti-social, através de adequados métodos pedagógicos e medidas terapêuticas eficientes; e

d) acompanhamento e a avaliação permanentes dos programas e projetos vinculados à erradicação e controle dos fatores da marginalização social.

Princípios Norteadores

1.5 — A estrutura operacional do *Sistema do Menor* funcionará de acordo com os seguintes princípios norteadores:

1.5.1 — *Coordenação Nacional*, a nível de Ministério Extraordinário, na órbita do Conselho de Desenvolvimento Social, para fins de orientação normativa, supervisão técnica, execução descentralizada, através dos Subsistemas e fiscalização específica.

1.5.2 — *Planejamento Integrado* da Política de Proteção ao Menor, abrangendo diretrizes estratégicas, objetivos, organização, funções, programas, projetos, atividades e recursos.

1.5.3 — *Descentralização Operativa* dos Subsistemas de natureza setorial, estadual, metropolitana, regional, municipal e comunitária, componentes do *Sistema*.

1.5.4 — *Racionalização Administrativa* — Desburocratização, supressão das etapas interlocutórias e da *paperasserie*; atuação dentro de rigorosos cronogramas em termos de prazos, custos e eficiência.

1.5.5 — *Avaliação do Desempenho* através de padrões qualitativos e quantitativos, acompanhamento permanente, indicadores da eficiência global e auditoria administrativa.

1.5.6 — *Humanismo Teleológico* — Primado da criança e do menor carentes. O importante é o atendimento individualizado, desburocratizado, sem delongas ou procrastinações de qualquer tipo.

2. ORGANIZAÇÃO

Composição

2.1 — O *Sistema do Menor* desenvolverá as suas atividades através dos seguintes Subsistemas que o integram no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios e do Distrito Federal:

Subsistemas Setoriais

2.1.1 — *Centro Nacional do Menor* — Grupo Executivo dos Projetos Básicos de Pesquisa, Ensino, Treinamento, Profissionalização, Desenvolvimento de Recursos Humanos, Documentação e Informações.

2.1.2 — *Fundo Nacional de Proteção ao Menor* — Captação e Canalização de Recursos Financeiros destinados à execução dos programas, projetos, serviços e atividades do *Sistema* do Menor.

2.1.3 — *FUNABEM*, *FEBEMs* e congêneres, nos Estados, Territórios e no Distrito Federal.

2.1.4 — *Unidades Setoriais de Articulação* — Órgãos da Administração Federal Direta ou Indireta, vinculados ao *Sistema*, que executem convênios de prestação de serviços, assistência técnica ou financeira, em benefício das famílias de baixa renda e do menor carenciado.

2.1.5 — *Juizados de Menores*, assemelhados às Unidades Setoriais de Articulação para efeito de integração no *Sistema* do Menor.

Subsistemas Descentralizados

2.1.6 — *Regionalização e Interiorização* — Descentralização horizontal de índole geográfica através de Grupos Executivos, Núcleos ou Agências, ao nível dos Estados, Regiões Metropolitanas, Microrregiões, Consórcios Intermunicipais e Municípios.

2.1.7 — *Mobilização Comunitária* — Articulação com o Setor Privado. Grupos Executivos, Entidades ou Núcleos, visando à participação do Empresariado Na-

cional e da Comunidade na realização de programas, projetos e atividades de Proteção ao Menor.

2.2 — A *Coordenação Nacional* é o Órgão Central do Sistema, a nível de Ministério Extraordinário, para assessoramento direto e imediato do Presidente da República, com jurisdição em todo o território nacional, incumbido de realizar estudos, formular diretrizes políticas e estratégicas, elaborar planos, estabelecer normas de orientação e padrões de execução, desencadear ações globais e multissetoriais, avallar e controlar o desempenho do Sistema.

Complexo Técnico-Administrativo

2.2.1 — A *Coordenação Nacional do Sistema* disporá, para o eficiente desempenho dessas atribuições, de um complexo técnico-administrativo constituído de:

- a) Assessoria Especial, de composição multidisciplinar; e
- b) Infra-Estrutura de Apoio, integrada pelos serviços gerais de administração, organização e métodos, pessoal, finanças, orçamento, contabilidade e auditoria.

Comissão Nacional de Coordenação. Composição

2.2.2 — Os Ministérios da Saúde, Educação e Cultura, Previdência e Assistência Social, Trabalho, Agricultura, Interior, a Caixa Econômica Federal, a Secretaria de Planejamento da Presidência da República e o Estado-Maior das Forças Armadas organizarão Unidades Setoriais de Articulação com o Sistema do Menor e far-se-ão representar na Comissão Nacional de Coordenação, a qual, sob a presidência do Ministro-Coordenador, promoverá, de acordo com as instruções emanadas do Presidente da República, o planejamento global, a sinergia dos esforços e a orientação normativa da política de amparo à infância e à juventude.

2.2.3 — Um Juiz de Menores integrará a Comissão Nacional de Coordenação como representante dos Juizados de Menores, os quais passarão a funcionar como Unidades de Articulação com o Sistema.

Entrosamento

2.2.4 — As Unidades Setoriais em cada Ministério, Autarquia, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e Juizados de Menores coordenarão os assuntos relativos aos programas, projetos e atividades de proteção ao menor, na respectiva área de atuação.

Representantes Autorizados

2.2.5 — As Confederações Nacionais da Indústria, do Comércio e da Agricultura, o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), o CENG (Conselho de Entidades Não-Governamentais), a Associação Brasileira de Municípios e o Instituto Brasileiro de Administração Municipal designarão representantes à Comissão Nacional de Coordenação, co-participando, destarte, em igualdade de condições com as demais Unidades Setoriais da Administração Federal e dos Juizados de Menores, na formulação da Política de Proteção ao Menor.

Ação Integrada

2.2.6 — A Comissão Nacional de Coordenação realizará, periodicamente, reuniões e seminários de integração dos órgãos governamentais, empresariais e comunitários, para identificação, análise e avaliação dos fatos e problemas que bloqueiam a ação integrada do Sistema ou operacionalidade de cada órgão.

Avaliação do Desempenho

3.3 — A avaliação do desempenho global do Sistema será levada a efeito por intermédio de mecanismos de auditoria administrativa (acompanhamento permanente, verificação dos índices de qualidade ou eficácia dos serviços prestados, *feed-back*, mensuração e controle dos resultados).

2.3.1 — O Conselho do Desenvolvimento Social acompanhará o desempenho da Coordenação Nacional a fim de compatibilizar a execução da política setorial de amparo à infância e à juventude com as diretrizes do Governo, definidas nos planos nacionais de desenvolvimento.

3. SUBSISTEMAS SETORIAIS

Abordagem Sistêmica

3.1 — A *Coordenação Nacional* atuará no contexto de uma abordagem sistêmica da marginalização social visando à progressiva erradicação das suas causas. Suas atividades se exercerão através dos Subsistemas Setoriais e Descentralizados, responsáveis pela execução dos planos, programas, projetos e atividades que consubstanciam a política de recuperação, bem-estar e desenvolvimento do menor carente e das famílias de baixa renda.

Controle da Marginalização Social

3.2 — O progressivo controle da marginalização social do menor efetuar-se-á através das ações globais e multissetoriais, de natureza preventiva e terapêutica, desencadeadas pelo Sistema do Menor, entendido como uma mobilização nacional contra as causas do processo marginalizante gerador de condições subumanas de existência, cujos efeitos atingem em primeiro lugar os segmentos mais frágeis e vulneráveis aos impactos da marginalização, ou seja, as famílias de baixa renda, a infância e a adolescência.

4. CENTRO NACIONAL DO MENOR

4. O Governo Federal promoverá a criação e construção, em Brasília, do Centro Nacional do Menor que funcionará como Grupo Executivo dos Projetos Básicos de Pesquisas, Ensino, Treinamento, Profissionalização, Desenvolvimento de Recursos Humanos, Documentação e Informações.

4.1 — As medidas relacionadas com o recrutamento, a seleção e reciclagem de pessoal para o desempenho das funções e tarefas do Sistema do Menor constituirão, igualmente, encargo do referido Centro Nacional a ser instalado num conjunto arquitetônico especialmente adequado às dimensões e à variedade dos serviços que deverá prestar.

4.2 — Os Gerentes dos Projetos Básicos constituirão o Grupo Executivo responsável pelo funcionamento do CENTRO como laboratório de análise e avaliação da Política de Proteção ao Menor submetida à aprovação do Presidente da República, através do Conselho de Desenvolvimento Social, sem prejuízo dos serviços específicos determinantes de sua existência, rigorosamente definidos e quantificados.

4.3 — Funcionará junto ao Centro Nacional, em Brasília, um Núcleo Polivalente de Ação Integrada como projeto-piloto e efeito-demonstração do Sistema, construído e aparelhado para o atendimento de 5.000 (cinco mil) menores carentes.

4.4 — O Centro Nacional do Menor, mediante convênios com a Universidade de Brasília e outras Universidades do País, acolherá, cada ano, determinado número de universitários que serão engajados como estagiários, de acordo com as respectivas especializações (medicina geral e especializada, odontologia, psicologia, psiquiatria, nutrição, enfermagem, assistência social, sociologia, pedagogia, direito, administração pública e de empresas e comunicação social), nos trabalhos de pesquisas, levantamentos, atendimento ao menor, formação e desenvolvimento de recursos humanos para o Sistema (profissionais especializados de nível superior e pessoal técnico).

4.5 — Os Convênios disciplinarão as modalidades, os prazos, as condições e o financiamento dessa prestação de serviços — área suscetível de amplo aproveitamento e expansão, em virtude das suas potencialidades.

5. FUNDO NACIONAL DE PROTEÇÃO AO MENOR

5 — O estabelecimento do Fundo Nacional de Proteção ao Menor, como subconta do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social — FAS, destina-se à captação e canalização de recursos financeiros, originados do Setor Público e do Setor Privado, para custeio e financiamento dos programas, projetos e serviços de atendimento do menor, ensino, pesquisa, treinamento, cursos profissionalizantes, estágio ocupacional, bolsas reembolsáveis a longo prazo, formação e desenvolvimento de recursos humanos e outras atividades imprescindíveis à política de recuperação, bem-estar e desenvolvimento da infância e da adolescência — objetivos prioritários do Sistema do Menor.

Mecanismo Financeiro

5.1 — Trata-se do mecanismo de suporte financeiro que proporcionará à Coordenação Nacional, Órgão Central do Sistema, como agente catalisador, condições objetivas para mobilização dos recursos necessários à integração do Fundo e à exequibilidade do Sistema Global.

5.2 — A constituição do Fundo Nacional de Proteção ao Menor englobará recursos provenientes de fontes diversificadas, na forma da lei que deverá criá-lo e dispor sobre sua gerência pela Caixa Econômica Federal, Agente Financeiro do Conselho de Desenvolvimento Social que administra igualmente os recursos do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social — FAS.

5.3 — A destinação dos recursos do Fundo de Proteção ao Menor será anualmente estabelecida de acordo com o Plano de Aplicação, elaborado pela Coordenação Nacional e aprovado pelo Presidente da República.

Esquema dos Recursos

5.4 — O esquema dos recursos compreenderá:

1) aumento substancial das dotações orçamentárias, créditos e subvenções da União, dos Estados e dos Municípios; e

2) recursos adicionais para suplementar as fontes tradicionais, abrangendo:

a) incentivos fiscais para a proteção do menor;

b) participação nos incentivos fiscais do Nordeste e Amazônia; turismo; pesca; reflorestamento;

c) participação no Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social — FAS, (subconta de recursos destacados do FAS para o Menor);

d) parcelas das receitas das Loterias Federal e Esportiva; e

e) outros recursos de origem interna ou externa, inclusive provenientes de repasses e financiamentos.

5.5 — Novas Fontes de Recursos:

a) parcela dos lucros do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal, do Banco Nacional da Habitação, dos Bancos Regionais de Desenvolvimento;

b) contribuição do FUNRURAL;

c) contribuição financeira das grandes empresas industriais, comerciais e agrícolas que receberiam, em contrapartida, incentivos fiscais ou isenção de impostos (participação do Empresariado Nacional).

5.6 — Rendas Eventuais, resultantes de operações de crédito e da prestação de serviços; rendas patrimoniais; doações de pessoas físicas e jurídicas; financiamento de bolsas.

Crédito Especial

5.7 — O Ministro-Secretário de Planejamento da Presidência da República proporá ao Presidente da República a imediata abertura de um Crédito Especial

de Cr\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de cruzeiros) à Caixa Econômica Federal, como antecipação da receita da Subconta Especial do Fundo de Apolo ao Desenvolvimento Social — FAS, destinada ao Fundo Nacional de Proteção do Menor, com vigência por dois exercícios.

5.8 — O Ministro-Coordenador do Sistema do Menor submeterá à aprovação do Presidente da República o Plano de Aplicação desse Crédito Especial e proporá a liberação de um destaque de 10% (dez por cento) do total para as despesas de organização e início das operações do Sistema, reorganização e dinamização das atividades da FUNABEM — Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

Regulamento do Fundo

5.9 — O Regulamento do Fundo Nacional de Proteção ao Menor, a ser expedido por decreto do Poder Executivo, disporá, pormenorizadamente, sobre sua forma jurídica, organização administrativa, composição financeira, e competência abrangente, além de disciplinar o mecanismo de custeio ou financiamento dos programas, projetos e atividades do Sistema.

A Caixa Econômica Federal e o Fundo

5.10 — O Presidente da Caixa Econômica Federal, na qualidade de Administrador do Fundo Nacional de Proteção ao Menor, substituirá o Ministro-Coordenador nos seus impedimentos eventuais e integrará, na condição de Vice-Presidente nato, a Comissão Nacional de Coordenação.

6. FUNABEM

6. A adaptação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) às exigências da abordagem sistêmica da marginalização social pressupõe, de imediato, sua reformulação conceitual, técnica e operativa, simultaneamente com a redefinição do importante papel que passará a desempenhar, conjuntamente com suas congêneres estaduais, as FEBEMs, no bojo do Sistema do Menor.

6.1 — Neste sentido, deverá ser reformulada a Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964. A modernização estrutural da FUNABEM — em termos de redimensionamento de suas atividades, reorganização técnico-administrativa, fortalecimento e dinamização de sua capacidade operacional — processar-se-á gradualmente.

6.2 — Caberá à Coordenação Nacional providenciar as medidas de ordem legal e técnica de que resultarão o enquadramento da FUNABEM nos parâmetros do Sistema e sua transformação num eficaz instrumento, preponderantemente executivo, de assistência polivalente à infância e à adolescência dentro das diretrizes políticas e estratégicas da nova abordagem colimada.

6.3 — A FUNABEM e suas congêneres, as FEBEMs, encaminharão, de imediato, à Coordenação Nacional os respectivos projetos de reorganização técnico-administrativa e enquadramento nas diretrizes e parâmetros do Sistema do Menor. Obter-se-ão, destarte, a coerência, a compatibilização programática, a unidade de orientação e a necessária integração dos Subsistemas, órgãos, funções e atividades, pressupostos indispensáveis à obtenção de melhores coeficientes de racionalidade e eficácia.

7. UNIDADES SETORIAIS DE ARTICULAÇÃO

7. Unidades Setoriais de Articulação funcionarão nos Ministérios da Saúde, da Educação e Cultura, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho, do Interior, da Agricultura, na Caixa Econômica Federal, na Secretaria de Planejamento da Presidência da República, no Estado-Maior das Forças Armadas e nos Juzados de Menores, tendo em vista o máximo entrosamento com o Sistema do Menor para execução setorial descentralizada e desburocratizada de serviços, prestação de assistência técnica e financeira, obtenção de recursos, intercâmbio de informações.

7.1 — As Unidades Setoriais de Articulação, sob a orientação normativa, a supervisão técnica, a cooperação e a fiscalização específica da Coordenação Na-

cional do Sistema, promoverão, no respectivo campo da atuação: o planejamento e a execução das ações globais e intersetoriais de interesse do menor carente e das famílias pobres, de baixa capacidade aquisitiva, notadamente:

7.2 — Assistência polivalente às famílias de baixa renda (até 5 salários mínimos) e compensação dos efeitos negativos das carências biopsicossociais sobre a criança e o menor carentes.

7.3 — Proteção Social (estímulo, ampliação e fortalecimento dos institutos de adoção, colocação familiar e integração social dos menores carentes, abandonados ou com problemas de conduta).

7.4 — Organização nos Municípios, Comunidades, áreas pioneiras, praias, rios e fronteiras de uma Rede Nacional de entidades de assistência materno-infantil e de ensino pré-escolar, creches, parques infantis, fazendas-escola, oficinas-escola, granjas-escola, fazendas de pesca, escolas de artesanato e núcleos polivalentes de ação integrada.

7.5 — Alimentação supletiva e medicamentos, em geral, a cargo do INAM, da CEME e do INPS, às gestantes, nutrizes e crianças.

7.6 — Cadastro Nacional de Menor e seu atendimento médico-assistencial individualizado através do INPS.

7.7 — Aproveitamento dos hospitais e ambulatórios do INPS para instalação de *núcleos de planejamento familiar* nas áreas densas de marginalização social, articulando-se medidas preponderantemente educativas e preventivas com outras iniciativas de natureza subsidiariamente terapêutica.

7.8 — Programação especial no que tange à preparação e colocação de mão-de-obra; à participação sindical em benefício do menor; cursos profissionalizantes e bolsas de capacitação; estágio ocupacional para o menor carente, sem vínculo empregatício.

7.9 — Projetos específicos no setor habitacional, sob responsabilidade do BNH, referentes à construção de Centros Comunitários (lares ou casas), e Núcleos Polivalentes de Ação Integrada, destinados ao menor, conjugados com escolas, oficinas ou fazendas estrategicamente situadas nas áreas densas de marginalização, nas regiões pioneiras, rios, praias e fronteiras.

7.10 — Participação do INCRA, do Programa de Assistência do Trabalhador Rural (FUNRURAL) e de outros empreendimentos que possam ser vinculados à iniciação e aprendizagem do menor no complexo das atividades agropecuárias.

7.11 — Núcleos integrados de atendimento ao menor carente e à respectiva família deverão ser construídos e instalados nas zonas rurais, localizados em fazendas, com a supervisão e participação dos Governos Municipais. A dinâmica de funcionamento desses Núcleos deverá girar em torno da produção agropecuária, acoplada a cursos de aprendizagem e profissionalização.

7.12 — Otimização dos recursos humanos, financeiros, técnicos e materiais, modernização e aproveitamento das potencialidades da ação governamental integrada, da cooperação intergovernamental e do empresariado nacional, por intermédio dos órgãos especializados da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos); SOF (Secretaria de Orçamento e Finanças); SEMOR (Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa); SAREM (Secretaria de Articulação com os Estados e Municípios), a fim de proporcionar maior eficácia ao Sistema do Menor.

7.13 — Aproveitamento das potencialidades de cooperação das Forças Armadas, através das oportunidades oferecidas pelos seus estabelecimentos industriais, fábricas, arsenais, escolas, quartéis, colônias, e do preparo do menor para o serviço militar e para o trabalho.

8. SUBSISTEMAS DESCENTRALIZADOS DE REGIONALIZAÇÃO, INTERIORIZAÇÃO E MOBILIZAÇÃO COMUNITÁRIA

Coordenação Metropolitana

8.1 — A descentralização operativa horizontal, de indole geográfica, objetivando a regionalização e a progressiva interiorização do Sistema do Menor, operar-se-á, de início, nos Estados, ao nível das Regiões Metropolitanas (Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre) e dos grandes aglomerados urbanos nos quais os efeitos da marginalização social, revelados pelos indicadores estatísticos, explodem ameaçadoramente.

Gerentes de Projetos

8.2 — Os Subsistemas Descentralizados de Regionalização, Interiorização e Mobilização Comunitária atuarão nos Estados, Regiões Metropolitanas e Municípios por meio de Grupos Executivos e Núcleos de programas e atividades de proteção ao menor, sob a chefia de Gerentes de Projetos designados pela Coordenação Nacional.

8.3 — Os Gerentes de Projetos são responsáveis pela execução desburocratizada dos Convênios firmados e acionarão os mecanismos de coordenação necessários ao pleno êxito operacional dos Subsistemas Descentralizados.

Consórcios Microrregionais e Intermunicipais

8.4 — Numa segunda etapa, evoluirão os Subsistemas Descentralizados para a estruturação dos Consórcios Microrregionais ou Intermunicipais sediados nas cidades-pólo de atração dos fluxos migratórios.

Rede Nacional

8.5 — O processo de regionalização, interiorização e mobilização comunitária ensejará o progressivo advento de uma Rede Nacional de variadas instituições de amparo às famílias pobres de baixa renda, à infância e à juventude, no limite dos recursos disponíveis e da capacidade empreendedora da Coordenação Nacional do Sistema do Menor.

8.6 — No território nacional distribuir-se-ão, de acordo com as necessidades do País, nas Comunidades, nos rios, nas praias, nas áreas pioneiras e nas fronteiras, centros comunitários, núcleos de ação integrada, creches, parques infantis, fazendas e oficinas-escola, escolas de pesca e artesanato, cidades-oficina, lares, clubes, comandos, aldeias infantis, e assim por diante.

8.7 — Serão núcleos de captação, recuperação e desenvolvimento de recursos humanos, nos quais os Menores de ambos os sexos, devidamente assistidos e preparados para o trabalho, obterão a oportunidade de uma existência melhor e mais fecunda, contribuindo para o progresso e bem-estar da Pátria comum.

9. MOBILIZAÇÃO COMUNITÁRIA

Articulação com o Setor Privado. Colaboração do Empresariado Nacional. Participação Comunitária

9.1 — A colaboração das igrejas, organizações particulares, empresas industriais, comerciais, agrícolas ou de serviços, entidades de classe, associações, sindicatos, clubes, grupos e lideranças do Setor Privado apresenta-se como uma área fecunda de ilimitadas potencialidades, cujo aproveitamento o Sistema do Menor incluirá no elenco das suas prioridades essenciais como um Subsistema Descentralizado de Mobilização Comunitária.

Participação Empresarial

9.2 — A participação do empresariado nacional — do ponto de vista das suas virtualidades para obtenção e gerência de recursos financeiros e técnicos — é tão importante quanto a ação governamental. Nem tudo poderá o Governo

fazer, nem se deve esperar que, sozinho, pretenda enfrentar os desafios da proteção à infância e à adolescência. É incontestável que, sem a participação do Empresariado e da Comunidade, a ação governamental malograr-se-á pela exaustão de recursos escassos e esvaziamento da capacidade operativa.

Mobilização Comunitária

9.3 — A comunidade deve contribuir para erradicar ou, pelo menos, conter e reduzir as conseqüências da marginalização. Na hipótese da manutenção do *status quo*, o processo marginalizante poderá estrangular ou paralisar a arrancada para o desenvolvimento, inviabilizando, destarte, qualquer tentativa de redistribuição da renda nacional. Estatísticas e indicadores contundentes aí estão, comprovando a periculosidade de uma fenomenologia saturada de explosivas tensões psicossociais, que urge controlar, a qualquer preço, no interesse da normalidade institucional, do tranqüilo funcionamento das estruturas governamentais, da justiça social e das exigências do desenvolvimento nacional.

9.4 — O drama do menor carente, abandonado ou delinqüente que, em quantidades impressionantes, perambulam pelas ruas das nossas principais cidades (600 mil, apenas em São Paulo), violenta, traumatiza e deprime a consciência do povo brasileiro. A própria comunidade exige providências dimensionadas às proporções do perigo.

9.5 — O desenvolvimento de recursos humanos e o aproveitamento das suas possibilidades de trabalho são, reconhecidamente, bases para investimentos geradores de riqueza e fatores decisivos de segurança social.

9.6 — O Subsistema da Mobilização Comunitária coordenará a participação do empresariado nacional e da iniciativa privada, realizando convênios para múltiplas finalidades com o Programa Nacional de Centros Sociais Urbanos, as Universidades e as grandes empresas. Cumpre acentuar as possibilidades do aproveitamento da colaboração do sistema SENAI-SENAC, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil, do BNDE, dos Bancos Regionais de Desenvolvimento, da Rede Bancária em geral, das Universidades, dos Sindicatos dos Empregadores e dos Trabalhadores, do CENG, da Legião Brasileira de Assistência, do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM), da Associação Brasileira de Municípios (ABM), das Ordens Religiosas e, principalmente, das Prefeituras e Câmaras Municipais.

9.7 — Os Governos Municipais constituem bases de sustentação e núcleos de dinamização das atividades globais do Sistema do Menor.

10. REGULAMENTAÇÃO

Grupo Interministerial

10.1 — O Ministro Secretário de Planejamento da Presidência da República organizará na Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa (SEMOR), o Grupo Interministerial incumbido de, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, elaborar os seguintes projetos de decreto do Poder Executivo a serem submetidos à aprovação do Presidente da República, dispondo sobre:

10.2 — Instituição, conceituação, definição, estrutura e operação, na órbita do Conselho de Desenvolvimento Social, do Sistema do Menor.

10.3 — Organização, a nível de Ministério Extraordinário, da Coordenação Nacional do Menor.

10.4 — Criação do Fundo Nacional de Proteção do Menor, como Subconta Especial do FAS — Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social, sob administração e gestão da Caixa Econômica Federal.

10.5 — Constituição do Centro Nacional do Menor, integrado pelo Grupo Executivo dos Projetos Básicos da Política de recuperação, bem-estar e desenvolvimento do Menor.

10.6 — Reformulação da Lei nº 4.513/64 e reorganização da FUNABEM, com a finalidade de adaptá-la ao Sistema do Menor e dinamizar as suas atividades.

10.7 — Estabelecimento, nas zonas densas de marginalização social, de Postos de Planejamento Familiar, articulando-se medidas preponderantemente educativas, de índole preventiva, com outras de natureza terapêutica.

10.8 — Aproveitamento do salário-família como instrumento de canalização de recursos adicionais para o Fundo Nacional de Proteção ao Menor, vinculando-se o produto arrecadado à educação e profissionalização do menor carentiado.

10.9 — Modernização dos Juizados de Menores a fim de ajustá-los ao Sistema do Menor e dinamizá-los.

10.10 — Elaboração de Mensagem ao Congresso Nacional consubstanciando Emendas aos artigos 15 e 177 da Constituição Federal, visando ao fortalecimento financeiro dos Municípios a fim de que possam destinar recursos suficientes — oriundos de vinculação de maiores parcelas da Receita Tributária Municipal e do aumento das transferências que lhes couberem do Fundo de Participação —, para destinação específica, em benefício das crianças situadas na faixa etária de 0 até 7 anos de idade. Com os novos recursos, deverá ser construída e instalada, no território nacional, uma Rede Nacional de Ensino Pré-Escolar, Creches, Jardins de Infância e todo um complexo avançado de serviços de ação integrada na área pré-escolar.

10.11 — As demais providências complementares indispensáveis à regulamentação e imediata operação do Sistema de Proteção ao Menor.

11. PROJETO DOM BOSCO

— Objetivos gerais, metas prioritárias, mecanismo executivo setores escalonados de atuação.

Vanguarda e Instrumento do Sistema de Proteção ao Menor.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Decreta:

1. Denomina-se *Projeto Dom Bosco* o conjunto integrado de ações globais e multissetoriais visando, através da mobilização nacional de recursos financeiros, materiais e humanos, erradicar e controlar os efeitos da marginalização do menor carente ou abandonado, e das respectivas famílias.

2. A ofensiva do Projeto Dom Bosco em benefício da infância e da juventude desassistidas e das famílias de baixa renda, socialmente marginalizadas, far-se-á por intermédio de um mecanismo federal de coordenação técnico-administrativa dos serviços, empreendimentos e atividades destinados ao eficiente desempenho do Projeto.

3. Enquadra-se no esquema dos objetivos específicos do Projeto Dom Bosco o atendimento das necessidades básicas do menor marginalizado, ou em processo de marginalização — abrangendo as faixas etárias de 0 a 18 anos —, como tais entendidas as exigências prioritárias de saúde, alimentação, habitação, ensino pré-escolar, educação, profissionalização, emprego, segurança afetiva e integração social.

3.1 — Para os efeitos do Projeto Dom Bosco conceitua-se:

a) *Menor carente* — aquele cujos pais ou responsáveis, situados na faixa de 0 até 3 salários mínimos, não podem proporcionar aos filhos e dependentes, pela insuficiência da renda disponível, o atendimento daquelas mencionadas exigências.

b) *Menor abandonado* — aquele menor que, destituído de pais ou responsáveis, luta pela sobrevivência em condições adversas, geradoras de padrões anômalos de comportamento, agressividade, conduta social divergente, delinqüência e criminalidade.

4. A fim de que possa atingir, a curto prazo, os seus objetivos gerais e metas prioritárias, o Projeto Dom Bosco desenvolverá as suas atividades, através do mecanismo executivo, cuja estrutura organizacional simplificada é a seguinte:

4.1 — *Comando Nacional* — constituído pelo Grupo Executivo designado pelo Presidente da República como órgão responsável pelo planejamento, coordenação, supervisão e controle do Projeto, no território nacional, composto de 7 (sete) membros.

4.2 — *Núcleos de Coordenação Regional e Municipal* — em cada Estado, Território e Município, responsáveis pela execução descentralizada a nível regional e local, das diretrizes emanadas do Comando Nacional do Projeto Dom Bosco, sob a chefia de coordenadores e gerentes designados pelos Governadores e Prefeitos Municipais.

4.3 — *Unidades Setoriais de Articulação* — instituídas nos órgãos ou entidades integrantes da Administração Federal Direta e Indireta (abrangendo, por conseguinte, as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) e cujos chefes, designados pelos Ministros a que estiverem subordinados ou vinculados, serão os Agentes Setoriais do Projeto Dom Bosco.

4.4 — *Voluntariado Nacional* — que promoverá e organizará a participação comunitária consubstanciada na indispensável colaboração das Universidades dos Sindicatos, do Empresariado Nacional, dos Grupos, Lideranças e Instituições do Setor Privado, cujos representantes, devidamente credenciados, constituirão o Voluntariado Nacional do Projeto Dom Bosco.

5. O Projeto Dom Bosco, dotado de autonomia administrativa e financeira, adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, do seu ato constitutivo, com o qual serão apresentados os Estatutos e o decreto que os aprovar.

6. Complexo de providências eminentemente práticas, enquadra-se o Projeto Dom Bosco na órbita do Sistema de Proteção ao Menor como uma das suas prioridades fundamentais, visando, conjuntamente com os demais setores, órgãos, instituições, serviços, empreendimentos e atividades que o englobam, a realizar a política nacional de amparo à infância, à juventude e às famílias de baixos níveis de rendas, no contexto de uma abordagem sistêmica dos problemas da marginalização social.

7. O Comando Nacional promoverá a imediata execução das medidas relativas às seguintes metas prioritárias do Projeto Dom Bosco como pré-condição ou fator condicionante de sua operacionalidade e da eficácia dos resultados colimados:

7.1 — *Mobilização Comunitária* — conceituada como ofensiva de grande envergadura, visando à utilização coordenada, aproveitamento racional dos recursos e do potencial de colaboração imanente aos órgãos e entidades do Setor Público e do Setor Privado, em benefício do menor carente e de sua família. Neste sentido, aquele Comando desencadeará um movimento de solidariedade nacional, acionando dispositivos e mecanismos adequados em condições de levar a efeito a Mobilização Comunitária.

7.2 — *Cadastramento Global* — Por intermédio da Fundação IBGE, do INPS, do PRODASEN e dos Serviços de Processamento de Dados disseminados em todo o País, o Projeto Dom Bosco realizará o levantamento que se faz necessário, como preliminar indispensável ao conhecimento exato e preciso diagnóstico da realidade brasileira, no concernente às famílias de baixos níveis de renda, geradoras dos imensos contingentes de menores carentes, abandonados ou com problemas de conduta.

A execução tecnicamente conduzida dessa operação de Cadastramento Global, além de eliminar os perigos dos indicadores divergentes, possibilitará ao Governo evoluir do empirismo das medidas superficiais epidérmicas, que tangenciam a solução dos problemas da marginalização social, para a plataforma superior da organização racional de uma ofensiva permanente contra a pobreza dessas massas humanas marginalizadas — objetivo-síntese do Projeto Dom Bosco.

7.3 — *Operação Sobrevivência* — Meta prioritária do Projeto Dom Bosco, consubstanciada no recolhimento dos menores abandonados que perambulam pelas ruas das nossas principais cidades — principalmente nas regiões metropolitanas densas de marginalização social. Ao recolhimento, seguir-se-á o encaminhamento, destinação e assistência global dos menores recolhidos no decorrer da Operação Sobrevivência. Essa fase da Operação — possivelmente o desafio mais complexo a ser enfrentado pelo Projeto Dom Bosco — pressupõe o êxito prévio da Mobilização Comunitária e envolve a ampla atuação das Unidades Setoriais de Articulação do Sistema de Proteção ao Menor, simultaneamente com a utilização dos serviços de apoio de uma grande variedade de empresas, bem como do emprego de equipes especializadas.

7.4 — A segunda etapa da Operação Sobrevivência consistirá na execução planejada de um complexo de providências colimando o deslocamento e radicação das famílias de baixa renda — que expressamente o desejarem, mediante opção, inequívoca e voluntariamente manifestada — na Pré-Amazônia maranhense ou em áreas selecionadas da Amazônia, na forma estabelecida pelas Instruções Normativas do Projeto Dom Bosco, nas quais se catalogariam as condições e vantagens a serem proporcionadas às referidas famílias, no quadro de um maciço deslocamento subsidiado de populações marginalizadas, visando subsidiariamente descongestionar os grandes aglomerados urbanos saturados, a criação de novas comunidades e assentamentos de famílias nos espaços vazios.

7.5 — *Cruzada Feminina Pró-Menor* — O engajamento da mulher brasileira na prestação de serviços, execução dos empreendimentos e atividades específicas do Projeto Dom Bosco, em regime de Voluntariado, em todo o território nacional, é uma exigência decorrente das dimensões e peculiaridades da ofensiva contra as causas e efeitos da marginalização do menor e de sua família, principalmente no concernente ao emprego de equipes de formação multidisciplinar e na área específica do Serviço Social.

7.6 — O Comando Nacional do Projeto Dom Bosco expedirá, logo após a designação do Grupo Executivo pelo Presidente da República, as Instruções Normativas dispendo sobre a organização da Cruzada Pró-Menor, as condições de exercício do Voluntariado feminino e suas características operacionais.

8. O Comando Nacional do Projeto Dom Bosco, no desempenho de suas funções de planejamento, coordenação técnico-administrativa, controle e avaliação dos resultados, promoverá as ações globais e multissetoriais imprescindíveis à execução dos seus objetivos gerais e metas prioritárias.

8.1 — Neste sentido, entrosar-se-á, de imediato, com as Unidades Setoriais de Articulação e com os Órgãos e Entidades participantes do Sistema de Proteção ao Menor, visando a acelerar o respectivo funcionamento, captar, mobilizar e aplicar os recursos humanos materiais e financeiros, destinados à prestação de serviços, execução de empreendimentos e atividades em benefício do menor.

9. O escalonamento dos setores básicos de atuação do Projeto Dom Bosco compreende:

9.1 — Na órbita da Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN):

a) a colaboração específica a ser prestada pelos órgãos que a integram, tendo em vista, precipuamente, a obtenção de recursos orçamentários; a participação da Fundação IBGE na realização da Operação de Cadastramento Global do Menor;

- b) pessoal e recursos financeiros;
- c) assistência técnica.

9.2 — No âmbito do Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA), dos Ministérios militares e Forças Auxiliares:

a) ampla cooperação e participação direta do Exército, da Marinha, da Aeronáutica e das Polícias Militar e Civil, através da utilização da rede nacional de quartéis, fábricas, oficinas, escolas, estabelecimentos de ensino profissional que possam ser utilizados em benefício da saúde, educação moral e cívica e profissionalização do menor, em pontos estratégicos da costa marítima, interlândia e das fronteiras. O EMFA credenciará Oficiais capacitados para essa missão da maior importância para a Segurança Nacional e o bem-estar da população, à semelhança do que tradicionalmente já se faz no campo do Serviço Militar obrigatório e do Correio Aéreo Nacional;

- b) instalação, equipamento e pessoal.

9.3 — Na esfera dos Ministérios da Saúde, da Educação, da Previdência e Assistência Social, da Agricultura, das Comunicações, das Minas e Energia e da Indústria e do Comércio:

a) alimentação supletiva, medicamentos e assistência médico-odontológica individualizada através de providências específicas na área do INAM, da CEME e do INPS;

b) proteção social abrangente, por intermédio da FUNABEM, das FEBEMs e dos Juizados de Menores, compreendendo: recolhimento, análise biopsicossocial individualizada, colocação familiar em lares substitutos, estímulos e expansão da adoção supervisionada, encaminhamento aos órgãos, entidades, empresas participantes do Sistema do Menor que se disponham a amparar o menor desassistido, proporcionando-lhe adequado treinamento profissional, estágio ocupacional, ou emprego;

c) programação especial no campo do ensino pré-primário, da educação elementar e do ensino técnico profissional, mediante utilização maciça dos estabelecimentos escolares da União, dos Estados e dos Municípios — inclusive das redes particulares de ensino —, corrigindo-se as distorções relativas à reduzida carga horária, à alienação dos currículos, à evasão e à repetência; absoluta adequação do ensino, do treinamento e da formação profissional do menor às exigências e condições objetivas das realidades brasileiras, respeitadas as peculiaridades regionais e locais;

d) aproveitamento do menor, principalmente da juventude rural e dos jovens oriundos do interior, nas atividades de conservação e desenvolvimento dos Recursos Naturais, nos empreendimentos agropecuários e empresas de reflorestamento; planejamento e organização de uma ampla rede nacional de fazendas-escola, fazendas de pesca, cidades-oficina, fronteiras-escola, escolas de artesanato, praias-escola e núcleos polivalentes integrados, de finalidades práticas — instituições essas tecnicamente concebidas, projetadas, localizadas e desenvolvidas em zonas estrategicamente situadas ao longo das praias, dos rios navegáveis, das estradas, das fronteiras, ou nas imediações das cidades e povoados de todo o País, sob a supervisão do Comando Nacional do Projeto Dom Bosco e execução descentralizada, a nível dos Estados e Territórios, das Regiões Metropolitanas e dos Municípios, vilas e povoados;

e) apoio das grandes empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias, dos Ministérios das Minas e Energia e das Comunicações, PETROBRAS, ELETOBRAS, CPRM, NUCLEBRAS, TELEBRAS etc., em termos de pessoal, equipamento, cursos profissionalizantes, treinamento e emprego do menor.

10. Aos Governos estaduais, territoriais e municipais compete proporcionar ao Projeto Dom Bosco, na forma dos convênios especificamente estabelecidos, suporte técnico-administrativo amplo e concreto, atendimento à requisição de

pessoal, bases físicas e todas as facilidades necessárias ao êxito da mobilização nacional em benefício do menor.

a) Com essa finalidade, os Governadores, Prefeitos e Presidentes das Câmaras Municipais, além da designação dos administradores e gerentes das Agências e Núcleos, que são as projeções regionais e locais descentralizadas do Projeto Dom Bosco, integrar-se-ão na Mobilização Nacional, visando à captação de recursos comunitários e ao acionamento da solidariedade popular, desempenhando, no respectivo Estado ou Município, uma decisiva função de liderança e apoio material.

b) Ao Delegado Regional do Sistema do Menor, além dos encargos de supervisão e coordenação inerentes ao desempenho de sua missão, incumbe prestar as informações e colaboração que lhe forem solicitadas pelo Governador, Prefeito ou Presidente de Câmara Municipal, em cada Estado.

11. As Universidades, aos Sindicatos, às Congregações Religiosas, ao Empresariado industrial, comercial ou agrícola, às Entidades de classe, às Associações e Clubes em geral, cabe uma participação igualmente decisiva em termos de colaboração polivalente de natureza educativa, técnica, assistencial, no concernente à prestação de serviços relativos ao acolhimento, formação profissional, treinamento e emprego do menor desassistido.

12. O Comando Nacional do Projeto Dom Bosco disporá da infra-estrutura de apoio indispensável à consecução dos seus objetivos e funcionará na órbita do Sistema do Menor, que supervisionará a sua execução e avaliará os resultados obtidos.

12.1 — Na instalação, funcionamento e custeio de suas atividades, o Projeto Dom Bosco utilizará os recursos financeiros, materiais e humanos que lhe forem alocados pela SEPLAN, ou pelos órgãos e entidades englobados pelo Sistema do Menor, no qual o Projeto Dom Bosco se integra como vanguarda e programa de emergência.

12.2 — Enquanto não for criado o Fundo Nacional de Proteção ao Menor, sob gestão da Caixa Econômica Federal, como Subconta do FAS — Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social, o Poder Executivo abrirá à SEPLAN o crédito especial de Cr\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de cruzeiros), como antecipação da Receita daquele Fundo, destinado à provisão de recursos que possibilitem a execução do Projeto Dom Bosco.

12.3 — O Comando Nacional do Projeto Dom Bosco, independentemente da fiscalização permanente da SEPLAN, prestará contas à Caixa Econômica Federal e ao Tribunal de Contas da União dos recursos que aplicar, inclusive na execução dos convênios celebrados, de acordo com as normas legais e regulamentares pertinentes.

13. O Regimento do Projeto Dom Bosco disciplinará o seu funcionamento, até o advento do Sistema do Menor, o qual será aprovado por ato do Ministro-Secretário da SEPLAN."

IV — É preciso ter uma visão global do problema

Notável, sem dúvida, o trabalho do Congresso Nacional. O Sistema do Menor e o Projeto Dom Bosco, nele encaixado e instrumento de sua execução, significaram, realmente, uma alta contribuição que o Parlamento deu ao Executivo, para um encaminhamento racional e uma solução efetiva do problema do menor.

Como vimos, a questão foi enfocada de maneira universal, pois o Congresso considerou todos os seus aspectos e nele interessou não somente o Estado (União) e seus órgãos de administração, direta e indireta, como os

Estados, os Municípios, os Territórios, o Distrito Federal, o Empresariado, as Igrejas, enfim, todos os segmentos da sociedade.

Além disso, digamos, não “ilhou” o menor em si, viu o menor dentro de um contexto, situou o seu problema no complexo da problemática social, pelo que as soluções que propõe alcançam a sua família, também, quando isso se faz necessário.

De salientar-se é, igualmente, a preocupação do legislador em visar à ocupação dos espaços territoriais vazios do País, a começar pela busca de medidas que propiciem o assentamento do menor em nosso imenso e deserto *hinterland*.

Louvando, assim, a iniciativa do Parlamento, queremos, no entanto, neste ensaio, fazer um desdobramento de certos aspectos do problema, alguns não considerados em seu trabalho.

Antes de o fazermos, no entanto, desejamos registrar que, apesar dos excelentes projetos da Comissão Parlamentar de Inquérito, aprovados pela Câmara dos Deputados e enviados ao Presidente da República, em 1976, também o Senado Federal designou uma comissão de três Senadores, em 1983, para estudar a momentosa questão do menor abandonado.

Destarte, em que pese ao magnífico trabalho já realizado pela Câmara dos Deputados, em 1976, o qual o Senador Lourival Baptista pretendeu efetivar através do Projeto 278/79, foi bom que o Senado Federal tomasse tal iniciativa, que serviu, ao menos, para avivar o assunto, possibilitando a reabertura de sua discussão, visto ser para isso que o Parlamento existe: para examinar, debater, equacionar e resolver — ou ajudar a resolver — as grandes questões sociais, econômicas, políticas e administrativas do País.

Ora, nenhum outro problema supera, em gravidade e magnitude, o do menor abandonado, que, a cada dia que passa, se torna mais complexo, mais difícil, mais dramático.

A única crítica, a nosso ver, que se pode fazer aos projetos aprovados pela Câmara dos Deputados e submetidos à apreciação do Presidente da República, é que eles, em seu conjunto, constituem um compromisso monumental e oneroso, mas é preciso, no caso, usar um lugar comum, e proclamar, sem receios, que, *para grandes males, grandes remédios*.

Sem menosprezo pelos temas econômicos, financeiros e políticos, todos relevantes, havemos, porém, de reconhecer que os sociais hão de ter primazia nas cogitações da consciência nacional, pois são os que mais diretamente dizem respeito ao homem. E o homem há de ser o ponto de partida e o objetivo final de qualquer política.

Todas as questões que incumbe ao Governo enfrentar incluem, sem dúvida, traços políticos, sociais e econômicos, sempre interligados.

Governo é órgão de direção do Estado, Estado é Nação organizada, Nação é gente, é povo, é o homem.

Na estrutura do Estado não se pode, evidentemente, isolar, uns dos outros, os fatores econômicos, sociais, políticos, financeiros, jurídicos, religiosos e morais, pois todos, em conjunto, e se influenciando reciprocamente, condicionam o seu funcionamento.

Assim, jamais será possível, na análise de qualquer questão que interesse ao Estado, minimizar qualquer de seus elementos — o social, o político, o econômico, o jurídico, o religioso, o financeiro, o moral.

No que tange ao chamado problema do menor abandonado, mais ainda se torna necessário ter presentes todos esses elementos — como, aliás, fez a CPI, na Câmara dos Deputados — tanto se entrelaçam, eles, em sua textura.

Dentro dessa compreensão, havemos, para tomar uma posição clara e definida a respeito do tema, de partir de um ponto que valha como uma tomada de consciência, relativamente à posição do homem no universo.

Confessaremos, desse modo, de pronto, a nossa visão cristã do homem e do mundo, o que significa dizer: vemos o homem e as coisas na totalidade de seus aspectos e só julgamos possível equacionar e resolver qualquer problema social se o visualizarmos em função dessa compreensão.

O homem que o cristão reconhece é o homem integral, é a besta e o anjo, é o ente ligado à terra pela carne e ao céu pelo espírito, é o ser capaz de grandezas e de misérias, é o indivíduo imperfeito mas sempre passível de aperfeiçoamento.

Essa a imagem do homem que devemos, como estudiosos dos problemas fundamentais do Estado, ter sempre presente. Porque o Estado, para o cristão, é um meio, é um instrumento de edificação nacional do povo, e povo é gente, são os homens, logo, o Estado é algo a serviço do homem, cujo bem-estar é seu objetivo supremo.

Estabelecidas essas premissas, discutamos o problema.

V — *Que é menor abandonado?*

Em geral, quando se fala em menor abandonado, a imagem que nos vem à mente é a da criança pobre, que vive nas favelas, nos mocambos, nos alagados; ou então o menino maltrapilho, desdentado, barrigudo, amarelo, sujo, doente, pedindo esmola, quando não se oferecendo para tomar conta de nossos carros, quando vamos a algum lugar; ou, ainda, o *pivete*, o menor pobre bandido, que furta, que rouba, que assalta, que mata.

Esse menor é, realmente, um menor abandonado. Abandonado pelos pais, que dele não podem cuidar. Abandonado pela sociedade, estruturada pelas regras de um capitalismo selvagem. E abandonado pelo Estado, que dele não tem sabido cuidar.

São milhares e milhares de crianças e adolescentes, sem recursos, sem amparo, sem futuro, que passam fome e sentem frio, que sentem medo e metem medo, que são explorados por organizações clandestinas que por aí abundam,

traficando com drogas e outras mercadorias, que não têm perspectivas, que não têm um lugar ao sol.

Menores pobres, que os pais não podem assistir nem material nem moralmente, pois ou não têm emprego, ou labutam de sol a sol, em fábricas, oficinas ou pequenos biscates, com minguados proventos que mal dão para não morrer de fome.

Menores que o sistema capitalista liberal-democrata, desumano e materialista, condena ao sofrimento, neles despertando o ódio pela sociedade, deles fazendo um instrumento de subversão social, transformando-os, de seres humanos, em valores negativos.

A esses menores falta, igualmente, além de uma assistência familiar impossível, e de uma assistência social que o Estado capitalista nega, ou dá de maneira precária e injusta, uma assistência espiritual. É certo que a Igreja Católica, hoje como sempre, aqui no Brasil, continua presente em sua obra assistencial e de catequese. Hoje, porém, é muito difícil fazer o menino abandonado acreditar num Deus que dá tudo aos ricos e não dá nada aos pobres. Como é difícil aos professores (quando freqüentam escola) desses infelizes convencê-los a se integrar numa sociedade em que a uma minoria privilegiada é tudo permitido e à grande maioria é quase tudo negado. Notória, sim, a obra da Igreja Católica, mas insuficiente para alcançar as metas visadas, pois falta uma ação conjugada, ampla, nacional, consciente e humana, dos Poderes Públicos e da própria Sociedade, em prol de uma solução global e definitiva para o problema.

Também a esses meninos falta, começando pelo lar, uma doutrinação moral mais correta. A mocinha pobre não compreende por que não pode ter vestidos bonitos e jóias, nem ir a passeios e boates, como vão as filhas de "gente bem". E os rapazinhos carentes das favelas não se conformam em não ter seu carro ou a sua moto. E como, na sociedade capitalista demo-liberal, vale quem tem mais (mais coisas, mais bens, mais dinheiro), os meninos pobres, imbuídos — como os ricos — dessa filosofia materialista utilitária e imediatista hoje dominante, tentam o caminho mais fácil para obter o que os moços ricos têm.

Não é só, porém. Nessa sociedade capitalista cruel, o menino abandonado (o pobre) é marcado por um fato ainda mais grave e que contribui decisivamente para a criminalidade juvenil: a impunidade dos "filhinhos do papai" e a punição rigorosa para os delitos dos adolescentes pobres. Para estes, os reformatórios, às vezes até a prisão comum, onde se misturam a delinquentes profissionais, onde são seviciados, onde são massacrados física e moralmente e donde saem ainda mais revoltados.

Para os ricos, nada acontece: podem "puxar" carros; podem violentar meninas pobres de famílias modestas; podem dirigir sem carteira, atropelar, matar; podem desacatar autoridades; podem freqüentar boates, usar drogas, traficar com entorpecentes. Nada lhes acontece. E se uma autoridade zelosa resolve, crente na lei, agir como deve, está sujeita a ser perseguida, transferida, demitida. O "filhinho do papai" é intocável. Por detrás dele está o "santo

protetor” todo poderoso: o ministro, o empresário, o político, o militar. Isso é comum acontecer, aqui no Brasil. E a justiça se desmoraliza. E vem a descrença. E o adolescente pobre, que não sabe (ou talvez nem tenha) para quem apelar, apela para si próprio, donde marginalizar-se, bandear-se para o crime, assim tentando vingar-se de uma sociedade injusta e má.

Seja como for, no entanto, cabe salientar que, no caso do menino pobre, carente ou abandonado, os fatores predominantes na marginalidade de sua vida são de cunho predominantemente material. É a miséria, acima de tudo, que os conduz para o mal. E a miséria é o resultado lógico e necessário de uma sociedade alicerçada nos postulados capitalistas tradicionais e que não quer que o Estado intervenha em nada, mas, antes, fiel aos caducos princípios do *laissez-faire*, *laissez-passer*, o deseja abster-se, assim garantindo uma completa “liberdade” aos homens na luta pela sobrevivência, daí resultando o domínio dos “fortes” (ricos) e a escravização dos “fracos” (pobres).

A miséria, se não é determinante, é, certamente, um fator condicionante da marginalização social. Do crime, portanto. E o menor abandonado, que de tudo carece, é, sobretudo, um fruto da miséria.

Todavia, não só o menino pobre é um menino abandonado. Não apenas ele é um bandido em perspectiva. Porque, pior que o abandono do menino pobre, é, talvez, o abandono do menino rico.

É claro que a riqueza vale muito. Quem está bem instalado na vida pode até dar-se ao luxo de pregar moral, de ser magnânimo, de praticar a filantropia. Entretanto, se, normalmente, o homem liberto de dificuldades financeiras leva uma vida ordenada e tranqüila, numerosas vezes tal não acontece. Porque ser rico não é tudo. A riqueza ajuda a ser feliz, mas não dá a felicidade. Por que os ricos, às vezes, se suicidam? Por que furtam, assaltam, matam?

A crônica policial é, a respeito, bastante ilustrativa. Com freqüência cada vez maior, o noticiário nos dá conta de servidores públicos ou autárquicos regimento remunerados dando cheques sem fundo; de altos funcionários de bancos praticando o estelionato, desfalques, desvios e outras falcaturas; de autoridades policiais com polpudos salários cometendo seqüestros ou mancomunados com assaltantes e contraventores; e, com mais constância, ainda, os jornais nos falam de filhos de figurões bem situados na vida “puxando” carros, transando com drogas, currando e assassinando colegas.

Ora, esses indivíduos não precisam de amparo material. Nada lhes falta. Por que delinqüem, se marginalizam, abalam a sociedade?

Porque numerosos jovens de famílias abastadas, que tudo parecem ter, na verdade não têm o principal. Possuem contas bancárias, automóveis, iates, usam as melhores roupas, freqüentam os colégios mais caros, mas não têm, na realidade, a assistência paterna — nem, principalmente, a materna — e, não raro, devido à desorganização da família moderna, vivem cheios de ressentimentos e de complexos que acabam por se resolver em atos anti-sociais.

Quantos pais, hoje, acompanham a vida escolar de seus filhos? Quantos procuram indagar de sua assiduidade às aulas, do seu aproveitamento, de sua

conduta? Quantos, não sendo boas as notas dos filhos, em vez de culpar a estes, culpam o professor, taxando-o de "mau", de "exigente"? Quantos pais, tendo filhos estudantes nessa situação, não os retiram dos colégios e os matriculam em outros mais "camaradas"? Quantos são os pais que procuram conhecer os companheiros de seus filhos?

Dar dinheiro aos filhos, para que não passem dificuldades; dar-lhes um carro, para que não se sintam "diminuídos" perante os colegas do mesmo naipe; pagar-lhes colégios caros, vesti-los no rigor da moda, fazê-los frequentar a "soçaité", parece a esses pais que, assim procedendo, estão cumprindo o seu dever.

Ver e sentir os filhos de perto, auscultar-lhes os sentimentos, observar-lhes a conduta, acompanhar-lhes as idéias, segui-los em sua formação, ajudá-los na solução de seus problemas, em suma, compreendê-los, isso esses pais não fazem.

Agora, focalizando-se mais particularmente a mãe, é de indagar: quantas não acham normal deixar seus filhos por conta de governantas, passando a maior parte do tempo em reuniões mundanas? Quantas, diante dos filhos, não brigam com o marido, dizendo-se "infelizes" só porque o carro da vizinha é melhor que o seu, ou ela tem mais jóias, ou passeia mais? Quantas não vão para um lado, enquanto os maridos vão para outro, não em trabalho, mas em festas ou programas outros?

Esses meninos, filhos desses pais, têm tudo, mas não têm nada. Porque lhes falta o essencial: o *amor* dos pais, que há de traduzir-se em assistência constante, compreensão, amizade, companheirismo, ajuda, exemplo, *presença*.

A marginalidade de jovens que tiveram uma infância assim, toda dourada por fora, porém toda podre por dentro, tem sua explicação, em grande parte, no abandono moral e sentimental de que foram vítimas. Tiveram dinheiro, conforto, boa alimentação, viagens, jóias, roupas caras, carros, bons colégios. Mas, repitamos, a riqueza não basta para dar a felicidade — e eles, embora ricos, sofrem, se perdem, descem a ladeira da vida...

Isso posto, estamos que o conceito de menor abandonado deve ser revisto, atualizado, aprofundado.

Menor abandonado é o que, por deficiência ou completa falta de recursos de pais pobres ou miseráveis, é largado à própria sorte. Passa fome, sente frio, dorme mal, não se instrui, não se profissionaliza, não consegue trabalho, é condenado à miséria ou ao crime. Mas é, também, o menino rico, a quem os pais acumulam de bens materiais, mas que carece de uma assistência moral e sentimental mais efetiva.

Também na escola, em geral, seu "segundo lar", os meninos pobres não encontram uma compensação para o abandono de que são vítimas, pois só podem frequentar estabelecimentos públicos, onde, ordinariamente, quase só se cuida da instrução, raramente da educação. E nos colégios particulares, caros, onde se matriculam os meninos ricos, quase só se cogita, hoje, do recebimento das mensalidades, cada vez mais altas. O resto é aquele lema: "pague e passe..."

Em síntese, reconheça-se que meninos abandonados não são apenas os pobres, mas também os ricos, quando nas condições apontadas. Entretanto, a assistência a esses meninos ricos, no plano moral, só a família pode dar. E as Igrejas, igualmente. A intervenção do Estado, no caso, só se pode fazer indiretamente, como, por exemplo, restaurando a cadeira de Instrução Moral e Cívica nos currículos escolares. O mais é uma questão de formação familiar.

VI – O problema é, antes de tudo, moral

O materialismo domina o mundo. Vale mais quem tem mais. Mede-se o valor dos homens e dos países pelas suas riquezas. Produzir, ganhar, acumular. Só se pensa nisso. É isso que dá poder. Tudo está, pois, em conseguir a riqueza. Os meios pouco importam. Donde a “filosofia” do “rouba, mas faz”. A decadência moral chegou a tal ponto que se aceita o cínico *slogan* até como uma bandeira elcitoral. Por isso, indivíduos que, em outras épocas, os moços, se consultados, condenariam à cadeira elétrica ou à prisão perpétua, hoje poderiam até mesmo lançar-se – e se lançam – candidatos aos mais elevados cargos... É o fim.

O fato, grave, terrível, realmente trágico, traduz um estado de espírito já espalhado na sociedade, o que mostra a necessidade, imperiosa e urgente, de uma retomada corajosa de caminhos de há muito esquecidos. E é sobretudo às Igrejas e à Escola que compete a tarefa recuperadora.

Urge encontrar uma maneira capaz de proceder a uma sólida formação moral de nossa juventude, e, certamente, às Igrejas, especialmente à Igreja Católica, incumbe um papel de vanguarda nessa campanha. Não basta, porém, a atuação das Igrejas. Ao lado da sua, deve haver a da Escola, cujos padrões de conduta e cujos programas hão de ser inteiramente revistos, para efeito de se traçar e se impor uma diretriz educacional que reintegre o jovem em sua condição – hoje tão olvidada – de pessoa humana.

VII – O sistema penitenciário

O problema, insistamos, é complexo e precisa ser encarado na totalidade de seus aspectos. Entre estes, avulta o que diz respeito ao sistema penitenciário, e, até mesmo, à legislação penal, no que toca ao menor e às coisas com ele relacionadas.

O cinema, o rádio e a televisão, aproximando as populações interioranas das cidades e assim as colocando diante das virtudes e das mazelas, das excelências e dos vícios das civilizações dos grandes centros urbanos, colocam os moços, os adolescentes e até as crianças diante de problemas de que, em outros tempos, mal poderiam suspeitar.

Realmente, a imprensa, falada e escrita, mal policiada pelos poderes públicos, e o cinema e a televisão, principalmente, com programas nocivos, povoam o firmamento infantil de falsos astros, mas que os deslumbram e lhes alumiam as estradas do mal.

O Código de Menor precisa ser mais realista. Deve-se considerar que um rapazola de dezesseis anos, hoje, não é mais aquele ser inocente e irresponsá-

vel de antigamente. A seu turno, meninas de quinze anos sabem, hoje, de coisas que muitas mães ainda ignoram. Fedelhos perdidos pelos morros manejam o gatilho com uma perícia de causar inveja a pistoleiros profissionais, sabendo, esses "anjos de cara suja", que podem agir livremente, acobertados pelo álibi da idade, eis que alguns até "conhecem" os dispositivos do Código que lhes asseguram a impunidade.

Se a censura da imprensa, do rádio e da televisão deve ser revista, se a legislação penal carece de ser atualizada, mais ainda necessitam ser reestruturados os reformatórios onde os delinquentes jovens são internados, para efeito de recuperação, e de onde saem, ao contrário, mais adestrados na arte do crime. O abandono moral a que são relegados esses menores, pobres ou ricos, no lar e nas escolas, não é neutralizado nesses reformatórios, e, por outro lado, a legislação penal não ajuda nessa recuperação.

Precisamos de um Código Penal de Menores capaz de prevenir e punir com senso e realismo os crimes dos adolescentes, bem como de tornar o rádio, a imprensa e a televisão mais responsáveis em seus programas e notas, como, também, de instituir um sistema penitenciário estruturado em princípios e normas inspirados numa política humanista e cristã.

No momento, a lei favorece o crime e os reformatórios só servem para "aperfeiçoar" os criminosos, pois os menores ali internados são postos em promiscuidade, sem nenhuma consideração pela diferença de idade, de "desenvolvimento", de periculosidade, e ali vivem, o mais das vezes, no ócio e sendo tratados, não raro, como animais selvagens.

A realidade é essa: os menores que deixam os reformatórios deles saem mais preparados ainda para as práticas criminosas.

VIII – A explosão demográfica

Outro aspecto relevante do problema: a explosão demográfica brasileira, tendo por base a falta de um planejamento familiar.

Esse crescimento desordenado de nossa população está estreitamente ligado ao problema da miséria, e, conseqüentemente, ao da marginalidade e do crime, inclusive ao do menor abandonado.

É, essa, uma questão muito séria, sobre a qual a sociedade tem que meditar profundamente e para a qual necessita encontrar uma solução urgente – mas uma solução brasileira, cristã e democrática.

Não podemos mais nos contentar com medidas simplórias, como a distribuição de pílulas às mulheres das classes pobres.

A verdade é que, no Brasil, essa questão tem que ser enfocada de todos os ângulos, pois, se é certo que as grandes cidades estão superpovoadas, não menos certo é que existem imensas áreas de nosso *hinterland* onde o índice demográfico é baixíssimo.

Em São Paulo, no Rio, em Belo Horizonte, Recife, Salvador, Fortaleza, Curitiba, ou seja, em praticamente todas as capitais dos Estados da Federação,

e ainda em numerosas outras cidades, particularmente dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, há gente demais, e, por isso, é elevado o número de indivíduos vivendo no abandono, na miséria e no crime.

Entrementes, na Amazônia, no Pantanal mato-grossense e em outras regiões do País, há gente de menos, o que também representa um óbice ao nosso progresso e um perigo para a nossa segurança, a nossa integridade e a nossa soberania, bastando lembrar, para ressaltar esses riscos, a devastação, por elementos a serviço de interesses alienígenas — individuais e empresariais — e — quem sabe? — talvez até governamentais — das riquezas da Amazônia e do Pantanal.

Para se ter uma visão exata do problema, recorramos à estatística. Começamos por verificar a densidade demográfica na região amazônica. Ei-la ⁽⁵⁾:

<i>Região</i>	<i>Área</i>	<i>Hab. Km² Densidade demo- gráfica</i>
Rondônia	243.044	2,07
Acre	152.589	2,01
Amazonas	1.558.987	0,93
Roraima	230.104	0,36
Pará	1.227.530	2,86
Amapá	139.068	1,29

Como se vê, em nenhum Estado ou Território da Amazônia chegamos a ter três habitantes por quilômetro quadrado. Assim, a Amazônia é praticamente um deserto. Ora, a estatística fala por si. Os números não mentem, já disseram as ciganas. Como, então, limitar a natalidade, assim indiscriminadamente, quando enormes espaços de nosso território estão despovoados, esquecidos, sujeitos à cobiça estrangeira?

Amanhã, uma "ONU" qualquer resolve que terras despovoadas são terras de ninguém, que terras de ninguém são terras de todos, que terras de todos devem ser ocupadas por quem esteja em condições de fazê-lo, e estaremos ameaçados de sofrer uma amputação do solo pátrio.

A situação se torna ainda mais delicada se considerarmos que, tão rarefeita na área, a população amazônica se concentra, em índices elevados, nas capitais. Voltemos à estatística (1980):

<i>Municípios das capitais</i>	<i>População Recenseada</i>	
	<i>Valores abso- lutos</i>	<i>Sobre o total</i>
Rondônia (Porto Velho)	138.289	27,49
Acre (Rio Branco)	119.815	39,04
Amazonas (Manaus)	642.492	44,34
Roraima (Boa Vista)	65.627	84,89
Pará (Belém)	949.545	27,07
Amapá (Macapá)	140.624	78,09

(5) Sinopse Preliminar do Censo Demográfico — Vol. 7 — nº 1 — Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — Rio, 1981.

Os números são, sem dúvida, edificantes. No Estado do Amazonas, verdadeiro continente, onde não há nem um habitante por quilômetro quadrado, quase a metade da população reside na capital. Em Roraima, que não tem nem meio habitante por quilômetro quadrado, quase noventa por cento de sua população moram em Boa Vista.

Há, pois, gente de menos, na Amazônia. E gente mal distribuída. É um deserto. Porém um deserto *diferente*. “Mas ao contrário de outros países-continente, onde os vazios demográficos são desertos em decorrência de um clima árido ou polar, no Brasil essa extensão corresponde à grande área de floresta equatorial na região amazônica” (6). Isso explica muita coisa. Inclui-se a “preocupação” de algumas grandes Potências com a região, querendo transformá-la em “reserva ecológica do mundo”, em “Lago Hudson” e coisas semelhantes, tudo escondendo (?) uma intenção “colonizadora”...

Deixando de lado a Amazônia, e vendo o Brasil no seu todo, verificamos, no que tange às populações urbanas e rurais, o seguinte quadro (1980):

Norte: populações urbanas e rurais equivalentes.

Nordeste: idem.

Sudeste: muito maior a população urbana.

Sul: maior população urbana.

Centro-Oeste: bem maior a população urbana.

Prova-se, então: a população brasileira se concentra nas cidades. Os campos estão vazios.

Ora, *se sobra* gente nas cidades — do que decorrem o desemprego, a miséria, a marginalidade, o crime — e *se falta* gente no interior — do que se aproveitam os “gringos” para ocupar e explorar o que deve ser ocupado e explorado por brasileiros, o de que a sociedade brasileira, através do Estado, deve cuidar — antes de tudo e sobretudo — é de uma *redistribuição* dessas “sobras” populacionais (aliás prevista no Sistema do Menor elaborado pelo Congresso Nacional), de maneira que os nocivos excedentes demográficos das cidades possam ser transformados em forças de trabalho úteis nas zonas despovoadas do País.

A propósito, não custa recordar o que já aconteceu em outras plagas. Regiões despovoadas de alguns países foram “compradas” ou invadidas por estrangeiros, que as ocuparam, povoaram e desenvolveram. Surgiram os atritos inevitáveis com os nativos. E veio a solução “óbvia”: o plebiscito. Os habitantes daquelas zonas é que, “democraticamente”, deveriam decidir sobre o seu destino. Ora, o “povo” daquelas regiões eram os estrangeiros nelas estabelecidos. Foi assim, por exemplo, que o México perdeu grandes extensões de terras, das mais ricas, do seu território. E é bom não esquecer que os ingleses querem um plebiscito nas Malvinas...

(6) Sinopse Preliminar do Censo Demográfico, cit.

Tenhamos sempre em mente o interesse permanente e exagerado de algumas Potências na Amazônia. O “oxigênio do mundo”, para elas, não está nas florestas dos Estados Unidos nem da União Soviética. Está na nossa Amazônia. . .

Tudo isso sucede, em parte, porque a Amazônia é um semideserto. Temos de conquistá-la. E só podemos conquistá-la com gente. Limitando-se a natalidade, essa gente não existirá. Mas — alegam — temos gente demais nas cidades. Certo. Então, a solução está aí. Levemos para lá essa “sobra” de gente. A política a seguir há de consistir numa redistribuição nacional da gente que está sobrando nos centros urbanos pelos espaços vazios da nossa Amazônia e outras zonas. Há que se elaborar um plano nacional de ocupação territorial pelo qual as famílias marginalizadas das cidades se transfiram para os espaços desertos. Isso não será fácil. Mas tem que ser feito. A solução é uma solução política e global, e dela não será capaz um Estado liberal-democrata, ausente, abstermido, inoperante, simples expectador do drama da vida. . . O Estado brasileiro há de estar presente, consciente, nacional, forte, vivo, democrata, cristão, atuante, atento e esclarecido, para preencher e dominar efetivamente todo o espaço físico que de direito lhe pertença. Temos, na Amazônia e outras regiões, um mundo de coisas a realizar, das quais poderão ocupar-se as populações que estão sobrando nas cidades, se elas forem devidamente preparadas para essa missão. Impõe-se, dessa maneira, a elaboração de um projeto de integração nacional, onde sejam racionalmente pesquisados, pesados e equacionados os problemas de cada região — sociais, econômicos, administrativos — e para a solução dos quais se destinem os recursos necessários, articulados pelos diversos órgãos do Governo, com a colaboração das universidades, das empresas privadas e de outros segmentos interessados da sociedade.

A ocupação efetiva da Amazônia e outras regiões poderá resolver o problema dos excessos demográficos dos centros urbanos, e, em conseqüência, o da marginalidade e o do menor abandonado.

Paralelamente, dever-se-á cogitar de um planejamento familiar, o qual não poderá dispensar a colaboração da Igreja Católica, o grande instrumento de integração social e nacional do Brasil, desde o Descobrimento.

A população há de crescer em sintonia com as condições econômicas, políticas e sociais do País, de modo que se evitem “sobras” ou “carências” de gente.

Nesse ponto, vale acentuar que a nossa população cresceu desordenadamente. O ex-Presidente do PDS, Senador José Sarney, em discurso proferido no Plenário do Senado Federal (7), abordou sensatamente o assunto:

“No primeiro censo realizado no Brasil, em 1872, a população identificada foi da ordem de dez milhões de pessoas. O censo de 1980, 108 anos depois, revela que nossa população atingiu cento e dezanove milhões, sessenta e um mil e quatrocentos e setenta habitantes. Os dados mostram que nesses 108 anos nossa população cresceu, proporcionalmente, 1.009%.”

(7) Senador José Sarney — Discurso proferido no Senado Federal, em 1º-9-83 (DCN — s.II — 2-9-83).

E comparando:

“A França, em 1805, tinha 28,3 milhões de habitantes. O seu censo de 1975 — 170 anos depois — revela que a sua população havia atingido 52,7 milhões de pessoas, em 170 anos cresceu proporcionalmente 86%.”

O cotejo impressiona, embora se deva considerar que, malgrado o fabuloso crescimento populacional brasileiro, o nosso índice demográfico continua muito baixo.

A questão mais grave está no fato de o aumento das populações nas cidades fazer-se em detrimento das zonas rurais, do que surgem os maiores males sociais e econômicos, assunto que o Senador José Sarney também ventila, com muita oportunidade:

“Entre 1950 e 1970, a região metropolitana de Tóquio conheceu uma expansão populacional que foi qualificada como inaudita, pois totalmente desconhecida na história da humanidade. E qual foi esse crescimento? De 80%. Os 80% em vinte anos deixaram problemas de tal ordem traumáticos que as autoridades japonesas consideraram não ter podido superá-los.

Como ficariam eles frente aos nossos problemas de urbanização, com índices que, na verdade, assumem proporções totalmente inéditas? Senão vejamos: entre 1940 e 1980, a capital de Minas, Belo Horizonte, cresceu de 211.000 habitantes para 1.700.000, ou seja, 739%. Mas outras capitais brasileiras, no mesmo período, também conheceram espantoso crescimento: em termos proporcionais, Curitiba cresceu 629%; Fortaleza, 626%; a capital de São Paulo 540%; e São Luís, 425%”.

E comenta o eminente político maranhense:

“Quantas necessidades geradas, quantas expectativas, quantas restrições, quantas dificuldades!

Como reflexo da crise da urbanização, gera-se constante e crescente marginalização, provocada pela baixa renda familiar, a subabitação, o desemprego, a subnutrição, as precárias condições de higiene e promiscuidade.”

A coisa exige meditação. Seja como for, considerando a população brasileira em função do tamanho de nosso território, vemos que não há gente demais. O que há é gente demais incapaz. Gente doente, desnutrida, analfabeta, desprofissionalizada, inútil. Gente que sobra nas cidades e precisa ser convenientemente preparada para ser aproveitada nos desertos da Amazônia, do Pantanal e outras regiões. A verdade é que, no momento, o mais importante e urgente é que se cuide do aproveitamento desses excessos populacionais urbanos na gigantesca obra de ocupação dos espaços vazios de nosso território.

O problema do menor abandonado inclui-se nessa problemática social. Não se pode separá-lo do relativo ao excesso demográfico dos centros urbanos. Nem ao do esquecimento em que são mantidos os trabalhadores rurais. Pois

é um problema que, pelo seu lado mais visível, o da miséria, tem a sua solução vinculada à ocupação, pelos brasileiros, do deserto amazônico.

Isso tudo não se conseguirá com um Estado fraco. Nem com os remédios recomendados pelo sistema liberal-capitalista, que coloca o Estado como um mero assistente dos acontecimentos. Temos de mudar a nossa filosofia política e situar o Estado no seu devido lugar, de órgão pelo qual a nação se organiza, evolui, se realiza.

IX — A questão migratória

O direito de ir e vir, ou seja, de livre movimentação das pessoas dentro do território nacional, é uma conquista inalienável do cidadão, em todos os países, inscrevendo-se entre aqueles que as Constituições das nações civilizadas qualificam como um dos direitos fundamentais do homem.

Havemos, pois, de respeitá-lo e garanti-lo, como algo inerente à liberdade do cidadão.

Cabe-nos, contudo, dentro de uma visão política global, considerar em termos mais realísticos o problema migratório.

A deslocação de indivíduos e grupos de uma região para outra, principalmente do interior para as grandes cidades, faz-se, no Brasil, de maneira desordenada, e, pelas repercussões negativas que acarreta na estrutura das sociedades, está a reclamar uma imediata disciplinação.

É este, como todo problema social, um problema complexo e que comporta, em sua análise, considerações de ordem econômica e política muito sérias.

Em princípio, é um absurdo proibir-se o indivíduo de sair de onde está para fixar-se onde mais lhe convenha. Todavia, o transplante de levas e levas de grupos humanos do *hinterland* para as cidades despovoas as zonas rurais e congestionam os centros urbanos, originando a falta de braços nos campos e o desemprego, a miséria e o crime nas cidades.

É certo que, ordinariamente, o homem não deixa sua terra natal senão obrigado por situações incontornáveis: a seca, no Nordeste, é, por exemplo, um motivo determinante do grande êxodo rural da região.

Mas, não é só a seca. Faltam investimentos, que possibilitem frentes permanentes de trabalho compensadoras, capazes de fixar o homem ao meio. Faltam escolas, faltam divertimentos, falta comunicação, falta assistência médica e sanitária, falta segurança, falta um mínimo de bem-estar. Daí, o êxodo.

Uma reforma agrária é necessária, imperiosa, inadiável. No entanto, uma reforma agrária pressupõe uma sustentação política que o Estado demo-liberal não dá.

A verdade é que o nosso empresariado não mostrou capacidade para ocupar a área nordestina, a área amazônica e outras áreas menos faladas mas não menos esquecidas do nosso interior. O capital indígena é aguado. Salvo as exceções, o empresariado só age, em tais circunstâncias, amparando-se em incentivos, em vantagens excepcionais, nos financiamentos, no Poder Público.

No Brasil é o Estado que tem de enfrentar esses problemas de base. Ele é que tem de pôr-se em todas as frentes e promover a ocupação efetiva, horizontal e vertical, de nosso espaço geográfico, através de uma ação própria, enérgica, nacionalista, democrática e cristã.

Sem o Estado, não teríamos, no Brasil, nem a Petrobrás, nem Volta Redonda, nem a Vale do Rio Doce, nem Goiânia, nem Brasília, nem São José dos Campos.

A campanha pela privatização de empresas estatais é suspeita. Porque *privatização, no Brasil, significa, não raro, desnacionalização, entreguismo*. Onde o Estado não está presente, e se a área é atraente, a multinacional vence sempre na competição com as empresas nacionais. Assim, precisamos fechar os ouvidos à cantilena dessas sereias, vindas de outros mares ou a serviço delas. No Brasil o Estado tem de ser intervencionista. Tem que ser o grande empresário.

Relativamente à questão migratória, há de se descobrir um modo de impedir o superpovoamento dos grandes centros urbanos à custa do esvaziamento dos campos. A matéria, pela sua relevância, exige um tratamento constitucional. Em tese, há de se obstar que grupos populacionais se desloquem do interior para as cidades sem prévia garantia de emprego nesses centros para onde vão.

O problema do menor abandonado, nas cidades, em muito é originado ou agravado por essa corrente migratória contínua e desordenada que desemboca incessantemente nos grandes centros urbanos.

O passo primeiro no sentido da debelação do mal seria, sim, dado com a implantação de uma reforma agrária, a fim de que o campo pudesse oferecer ao trabalhador — fazendeiros, colonos, agregados, e, sobretudo, aos mais carentes, os assalariados — condições existenciais satisfatórias.

É claro que essa reforma agrária não consiste em tirar do rico e dar para o pobre. Nem, tampouco, na simples distribuição de terra. Tem que ir muito além. Inclui o combate às endemias rurais, a construção de escolas, a instalação de institutos profissionalizantes, postos de assistência médico-sanitária, financiamentos, salários satisfatórios, diversões, transporte, habitação decente, bem-estar.

A propósito — e de passagem — ao invés de uma preocupação constante com essa ocupação dos espaços territoriais, o que vemos é o abandono de empreendimentos notáveis, que não deveriam ser desativados, como a Transamazônica, a Ferrovia do Aço, as Usinas Nucleares.

Se continuarmos a desprezar o interior, não haverá como evitar o seu total esvaziamento, com a saída de seus grupos populacionais para os centros urbanos, onde os velhos morrerão à míngua e as crianças, abandonadas, seguirão a escola dos crimes.

X — Estado forte, nacional, democrático e intervencionista

Acabemos, de uma vez por todas, com a mania de nos embasbacar com as coisas de além-mar, virando as costas às nossas realidades.

Não nos interessam modelos estrangeiros, quando inadaptáveis ao nosso País.

É burrice e é suspeito, repitamos, estarmos a pregar, no Brasil, contra a intervenção do Estado. Quem o faz são sempre indivíduos ou organizações vinculados a interesses estrangeiros.

Esse negócio de dizer, por exemplo, que o que é bom para os Estados Unidos é bom também para o Brasil, é algo de estúpido, perigoso, até criminoso.

Precisamos nos convencer, com o ilustre General Antônio Carlos de Andrada Serpa⁽⁸⁾, que não existem Nações amigas, que é o interesse que dita o posicionamento dos povos em seu relacionamento internacional.

Ninguém ignora, hoje, que, mesmo durante a última Grande Guerra, empresas alemãs, japonesas e italianas se entenderam muito bem com empresas americanas, francesas e inglesas. Ninguém desconhece que russos e norte-americanos se compreendem perfeitamente quando seus êxitos são obtidos apenas com o sacrifício de povos outros que não um deles.

O que é bom para um país pode ser péssimo para outro. Assim, é ótimo, talvez, para os Estados Unidos e outros países, que o Estado seja abstencionista, ausente, neutro, ante os acontecimentos sociais (na verdade o Estado norte-americano, se não intervém nas coisas internas, no plano internacional se intromete em tudo), o que é inadmissível para o Brasil, onde, sem o Estado (ou sem a ajuda do Estado) nada se fez nem nada se faz.

Realmente, nos países como o Brasil, é indiscutível, inegável, insofismável, que o Estado tem de ser intervencionista, tem de se substituir ao particular pobre e incapaz, tem de promover o bem-estar coletivo, tem de cuidar de nossa ocupação territorial, de nosso desenvolvimento, de nossa segurança, de nossa soberania. Para ser assim, tem que ser um Estado forte e nacionalista.

Entre os problemas a enfrentar — e só ele, o Estado, pode enfrentar — está o da equitativa distribuição demográfica, de forma que não haja excesso de gente nas cidades, nem falta de gente no *hinterland*.

A Amazônia precisa de gente, o Pantanal precisa de gente. O Rio tem gente demais, São Paulo tem gente demais. Também Belo Horizonte, Recife, Salvador, Porto Alegre, Curitiba. O litoral tem gente demais, o interior tem gente de menos.

O planejamento familiar é necessário? Sim, para o fim de que os brasileiros sejam seres humanos verdadeiros, capazes e conscientes, dignos e responsáveis, valores úteis e positivos, e não meros números nas estatísticas. Esse planejamento tem de ser efetuado de modo adequado às nossas necessidades e dentro de nossas realidades nacionais. Uma campanha educativa, esclarecedora e persuasiva, é indispensável. Não basta, todavia. Ela tem que ser acompanhada de medidas práticas e efetivas, talvez duras, certamente nada “liberais”.

(8) General Antônio Carlos de Andrada Serpa — Manifesto à Nação — “FMI contra o Brasil. Em defesa da Nação ameaçada”. *Folha de S. Paulo*, 13-12-83.

que conduzam ao objetivo colimado: a *presença* real do brasileiro em todos os cantos do território pátrio. Isso só poderá ser alcançado pelo Estado brasileiro através de uma política global, que opere em todos os setores de atividade. O problema do menor abandonado só será resolvido dentro de uma política desse tipo. Filho de pais abandonados está, igualmente, condenado ao abandono. Nada se pode esperar de filhos de favelados, de marginais, de indivíduos famintos, doentes, sofreadores, incapazes, revoltados, que vegetam por esse Brasil afora.

Frisemos, sempre, que o problema do menor abandonado está contido no círculo maior do problema do adulto abandonado.

De nossos empresários podemos esperar, e até mesmo exigir, ajuda e colaboração, nunca, porém, a solução. Esta só pode vir do Estado, e só um Estado forte, incontestável, nacional, atuante, presente, poderá realizar essa política global de que necessitamos.

Não se confunda Estado forte com Estado totalitário. O Estado que queremos não se sobrepõe ao homem, antes, está a serviço do homem. É um instrumento de edificação nacional. E então caímos no terreno filosófico. É que tudo se liga a tudo. Não se pode divorciar a política do direito, da economia, da ciência, da filosofia. É esta, afinal, que dá a meta a atingir. E é o Estado que dispõe da força necessária para disciplinar os elementos de vida coletiva, no sentido de os orientar para um fim predeterminado.

No caso dos menores abandonados, jamais resolveremos esse problema se as forças de produção e as relações de produção continuarem regidas pelos princípios e normas do capitalismo liberal.

O problema do menor abandonado tem de ser inserido no problema maior: o problema social brasileiro. Não pode ser considerado isoladamente, nem de maneira paternalista, nem com medidas eventuais. Assistir o pobre não é um favor; não é favor o que ele pede, é um direito. Socorrê-lo é um dever. Esse dever, que para o particular é uma faculdade, para o Estado é uma obrigação. Porque o fim do Estado é o bem comum. O bem de todos. É para isso que ele existe. Para isso — e por isso — ele tem que ser forte.

Do Amazonas ao Rio Grande do Sul, das fronteiras do oeste ao litoral, sem considerações por um federalismo caduco e que precisa ser corrigido, o Estado brasileiro há de estar presente, atuante, forte, mas estruturado naqueles princípios cristãos que estão nas raízes e no cerne de nossa formação. Só assim ele poderá enfrentar e resolver os nossos problemas fundamentais, entre eles o do menor abandonado, que não pode — repitamos — ser desligado de outros problemas sociais.

De qualquer forma, o Sistema do Menor e o Projeto Dom Bosco, elaborados pela CPI do Menor, aprovados pela Câmara dos Deputados e remetidos ao exame e decisão do Presidente da República, representam uma valiosa contribuição do Parlamento para a solução do problema, tanto mais que, em suas linhas mestras, não se afasta dessa compreensão político-filosófica global e profunda das coisas, a que nos referimos aqui.

Pena de morte e colônias correccionais

PAULINO JACQUES

Professor Emérito da Universidade
do Rio de Janeiro

I — A defesa social

O Estado foi instituído para, dentro da ordem jurídica, organizar a sociedade e defendê-la dos seus inimigos.

Os criminosos são os maiores inimigos da sociedade, porque atentam contra as instituições jurídicas, políticas, econômicas e sociais estabelecidas pelo Estado, que tem o direito e o dever de protegê-las contra os insurgentes de toda categoria.

II — A tradição religiosa

Moisés recebeu, no século XVII a.C., a Tábua das Leis de Deus, que lhe foi entregue por um Anjo do Senhor, no monte Sinai. Constava entre

essas leis a que estabelecia: "Não matarás" (certamente, referia-se aos que não mereciam morrer, tanto isso é verdade que Moisés começou matando os que adoravam o "bezerro de ouro", como informa o Livro Sagrado).

Os Códigos anteriores — como o de Hamurabi (século XXI a.C.), e os posteriores, qual o de Manu (século XII a.C.) — já previam a pena de morte para os crimes mais graves.

Mais tarde, o Alcorão de Maomé (século VI d.C.) veio punir com a pena de morte mesmo as mulheres adúlteras, que eram apedrejadas, qual já prescrevia o Deuteronômio hebraico.

A Igreja Católica Apostólica Romana, durante a Idade Média, punia os hereges com a pena de morte, como aconteceu com o filósofo Giordano Bruno e a inocente guerreira Joanna D'Arc. E que dizer da hedionda "Noite de São Bartolomeu", em que foram degolados, em nome da fé Católica Apostólica Romana, milhares de protestantes?!

III — A universalidade

A pena de morte foi imposta até a reis e ministros de Estado. Na Inglaterra, Maria Stuart e Carlos I, bem assim Thomas Morus e Strafford. Na França, foram guilhotinados, em nome da lei, Luís XVI e Maria Antonieta, bem como Camille Desmeulin e o próprio Robespierre! Ainda na França o afamado General Ney, tão bravo quanto honrado, foi fuzilado pelo crime de "traição à Pátria".

Bem se percebe quer na Inglaterra, quer na França, como em outros países, tratava-se de "crime político" — caso em que não deve ser admitida a pena de morte, porque tal crime, em dado momento histórico, transforma-se, com o tempo, em ação nobilitante e patriótica, qual demonstra a história dos povos.

IV — A vigência no Brasil

Sob o regime colonial e o monárquico, entre nós, vigorou a pena de morte, que também foi aplicada em "crime político". Assim os intrépidos guerreiros Gomes Freire e Tomás Osório, a quem Portugal devia a conservação do território sulino, foram lá enforcados pelo crime de "conchavo inescrupuloso com o inimigo".

Aqui no Brasil, Felipe dos Santos e Tiradentes, precursores da Independência, foram enforcados e esquartejados pelo crime de "desejar uma pátria livre e soberana". Domingos José Martins e Frei Caneca, pre-

cursores da República federal em nosso País, entre outros, enfrentaram com destemor o pelotão de fuzilamento.

Em todos esses cuidava-se de "crime político", justificado pela posteridade como acima observamos.

A República, de acordo com a Constituição federal de 1891, aboliu a pena de morte para quaisquer crimes, salvo em tempo de guerra — o que foi mantido pelas Constituições posteriores.

V — Os irrecuperáveis ominosos devem morrer e os recuperáveis, trabalhar

A problemática da pena de morte não é eidética, embasada em teorias filosóficas, científicas ou metafísicas (SANTO TOMÁS DE AQUINO, BECCARIA, CARRARA, LOMBROSO, FERRI, ASÚA e outros); porém, pragmática, fundada na experiência e na utilidade (CACON, BENTHAN, STUART MILL, DEWEY e outros).

Por isso, devemos examinar essa problemática tendo em vista fatos e não idéias. A criminalidade ominosa, que transcende a culpa e o dolo, revelando a irrecuperação do agente, como ocorre nos crimes de seqüestro com morte, assalto com morte, estupro com morte e sevícias com morte — revela a desumanidade dos seus autores que, conseqüentemente, devem ficar fora da proteção dos "direitos humanos". Esse tipo monstruoso de criminalidade cresce constantemente nos países que não adotam a pena de morte, principalmente no Brasil, cuja estrutura econômico-social precipuamente individualista também concorre para o crescimento cada vez maior desses dolorosos eventos.

Os próprios países, qual a Inglaterra, a França, a Alemanha e a Itália, que suspenderam a pena capital a título de experiência, estão cuidando de a restabelecerem em face da onda crescente dos crimes ominosos. A intimidação que resulta da vigência da pena de morte exerce função preventiva dessa criminalidade porque essas feras humanas fogem da morte como os próprios seres irracionais que habitam as florestas ou os desertos.

VI — O erro judiciário

Quanto ao "erro judiciário", que serve de bandeira aos românticos da repressão criminal, cabe notar que a sua proporção é de um caso no milhão — o que evidentemente leva ao menoscabo.

É lei de matemática que o "infinitamente pequeno desaparece diante do infinitamente grande", o que vale dizer que um erro desaparece diante

de um milhão de acertos. É o que já ensinava o velho adágio — “uma gota de água doce desaparece nos vagalhões salgados do oceano”.

VII — A repressão moderada

É óbvio que os criminosos recuperáveis, os que não praticam crimes ominosos, não devem sofrer a pena capital, mas trabalhar, de acordo com as suas aptidões, para si e para a comunidade de que fazem parte seres humanos.

É evidente que os presídios, em que esses marginais se amontoam indiscriminadamente, são verdadeiras cloacas humanas de onde procuram escapar constantemente para respirar ar mais puro e quase sempre vingarse da sociedade.

VIII — Os presídios e as colônias correccionais

Os presídios obviamente não podem continuar nas cidades onde se encontram, ameaçando os seus habitantes com as evasões constantes dos detentos e mesmo espalhando o pavor. Impõe-se a sua deslocação para o interior do País, onde serão internados aqueles que houverem sido julgados definitivamente pelos Tribunais de Justiça, em colônias correccionais adequadas, como acontece em outros países civilizados. Nos presídios das cidades permaneceriam apenas os que estivessem aguardando o julgamento final.

Nas referidas colônias os presidiários trabalhariam na agricultura e na pecuária sob a orientação e fiscalização de servidores competentes. Os sentenciados que tivessem família poderiam residir em pequenas casas construídas pelo Governo, com todos os recursos de higiene e segurança. Ali, teriam eles sol campal e ar puro, necessários à conservação da saúde e à maior produtividade do trabalho.

Trabalhando nessas condições, esses colonos sentenciados não teriam tempo de pensar em fuga e, em consequência, iriam recuperando-se progressivamente, para, mais tarde, retornarem ao convívio social completamente readaptados. Com isso, ganharia a sociedade, e o Estado economizaria muito dinheiro que poderia ser empregado na saúde e na educação do povo.

A ação do Executivo, com a indispensável colaboração do Legislativo, emendando a Constituição federal, no que diz respeito à vedação da pena de morte, estaria habilitada a instituir esse salutar regime penitenciário que transformaria os chamados “elementos” em cidadãos presentes.

Processo político e participação

CARLOS ANTONIO DE ALMEIDA MELO

Professor de Direito Constitucional e Ins-
tituições de Direito Público e Privado do
Departamento de Direito da UFMT

SUMÁRIO

- 1 — *Apresentação*
- 2 — *Conceito de processo político e sistema*
- 3 — *O Poder Legislativo e o processo de elaboração das leis*
- 4 — *Participação democrática e Partidos Políticos*
- 5 — *Participação democrática e grupos de interesse*
- 6 — *Caracterização dos grupos de interesse*
- 7 — *Atuação dos grupos de interesse*
- 8 — *Mensuração das atividades dos grupos de interesse*
- 9 — *Regulamentação das atividades dos grupos de interesse no Brasil*
- 10 — *Conclusão*

1 — A constatação de grupos organizados atuando no sistema político demonstra a necessidade de uma revisão no modelo de participação política calcado estritamente na representação. É imprescindível questionarmos até que ponto o sistema poderá prevalecer sem atentar para a atuação cada vez mais marcante de grupos de interesse que buscam um espaço próprio de manobras. A participação democrática no sistema político depende fundamentalmente do equacionamento dado a essa questão.

2 — O processo político é composto de uma série de interações que dizem respeito a atividades tais como competição pela conquista do poder político (processo político), a solução de conflitos relacionados com a escolha de objetivos políticos ou os meios de atingir os objetivos (processo de barganha) e a elaboração de normas e dispositivos legais, bem

como de regras para a sua execução (processo legislativo, processo de elaboração de normas) (1).

Cada um dos processos particulares envolve estruturas, funções, objetivos e atividades identificáveis, compondo, como subsistemas, o sistema político. Este, por sua vez, forma "o conjunto teórico de idéias que se articulam com vistas a um objetivo político". Ao lado dos subsistemas cultural, econômico e participacional, integra o sistema social global (2).

Esta terminologia, oriunda da análise de sistemas, aportou na ciência política de maneira definitiva, uma vez que termos como "governo", "nação" ou "Estado" estão sempre limitados por significados legais, institucionais ou sociais (3). Embora tais conceitos tenham sido desenvolvidos pela análise de sistemas com vistas ao estudo comparado em política, por darem uma base globalizante à análise, sem especificações de ordem legal ou institucional, ganharam larga aplicação em ciência política, que os utiliza, para maior precisão, mesmo em estudos que não os de sua concepção original (4).

Desta forma, incluídas no sistema político todas as interações que afetam ou ameaçam o uso da força física legítima (que passa a ser associada ao sistema político, dando-lhe qualidade, importância e significado). Além das organizações governamentais, portanto, integram o sistema político todas as estruturas "inclusive grupos familiares e sociais, em seus aspectos políticos" (5).

Como os sistemas não são constituídos por indivíduos, mas por papéis (pois o indivíduo exerce mais de um papel no sistema político, além de desempenhar outros papéis em outros sistemas sociais, como a economia, a comunidade religiosa etc.), um subsistema ou sistema secundário consiste de papéis relacionados e sujeitos a interações mútuas. Assim, o sistema político é formado por um conjunto de subsistemas interagindo mutuamente.

3 — O processo legislativo ou processo de elaboração de imperativos legais é um subsistema do sistema político que se fundamenta no princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei previamente estabelecida. Esta base legal, de caráter constitucional, do processo

(1) Cf. ROBERTS, Geoffrey K. — *Dicionário de Análise Política* — Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1972.

(2) Cf. MELO, Osvaldo Ferreira de — *Dicionário de Direito Político* — Forense, Rio de Janeiro, 1978.

(3) Cf. ALMOND, Gabriel A. e POWELL Jr., G. Bingham — *Uma Teoria de Política Comparada* — Zahar, Rio de Janeiro, 1966, p. 16.

(4) A bibliografia sobre análise sistêmica é bastante extensa. A nível introdutório, ver: ALMOND e POWELL Jr. (já citado); YOUNG, Oran R. — *Introdução à Análise de Sistemas Políticos* — Zahar, Rio de Janeiro; EASTON, David — *Uma Teoria de Análise Política* — Zahar, Rio de Janeiro; EASTON, David (org.) — *Modalidades de Análise Política* — Zahar, Rio de Janeiro.

(5) ALMOND e POWELL Jr. — *Op. cit.*, p. 17 — grifo dos autores.

legislativo, suscita uma apreciação do processo de elaboração das leis, pois, se as relações entre as pessoas, e dessas com o Estado, são condicionadas e estimuladas por normas jurídicas, conhecer o processo pelo qual tais regras são estabelecidas é fundamental para aferir em que medida espelham efetivamente os anseios e aspirações daqueles que serão seus destinatários.

Inicialmente, as leis podem ser elaboradas com ou sem a participação daqueles a quem se destinam (destinatários/interessados). O grau de participação ou abstenção desses destinatários origina variações gradativas entre democracia e autocracia, segundo LASKI (6).

Como todos os regimes se pretendem democráticos, detentores do mandato representativo, mesmo os sistemas mais despóticos, antidemocráticos e impopulares afirmam possuir o apoio dos governados, agir em seu nome e com seu consentimento. Isto permite duas conclusões: a democracia é encarada como o destino histórico de todos os povos (pois mesmo os ditadores, ao tomarem o poder, admitem que seu governo é de transição, prometendo restaurar as instituições democráticas assim que as circunstâncias o permitam), comprovando quão arraigados estão os princípios liberais em todos os regimes. Por outro lado, em tese, todos os Estados, independentemente de colorações filosóficas ou políticas, são uma democracia com ampla participação popular. Neste caso, embora não seja um mensurador absoluto do grau de democracia de um regime, o processo de elaboração das leis, em confronto com a representação popular, funciona como indicador do nível de adequação dos diversos subsistemas de um sistema político aos reclamos e aspirações da sociedade em que se fundamente, além de apontar em que medida a participação política é efetivada.

Ao Poder Legislativo cabe, originária mas não exclusivamente, a função de legislar, uma vez que os demais Poderes, dentro de certos limites de ordem constitucional, também editam normas legais. Entretanto, cabe ao Legislativo a tarefa de elaborar as leis com a participação indireta dos cidadãos, através dos detentores do mandato representativo, legitimamente escolhidos por meio de eleições livres e diretas; ouvidos, também, os diversos segmentos interessados na matéria em regulamentação, quando significar importante decisão política para aqueles setores (sindicatos, associações de classe, associações de moradores, órgãos estudantis etc.). Portanto, compete ao Parlamento, como genericamente também é chamado o Legislativo, conjugar os diversos aspectos particulares, conciliar as contradições e definir o imperativo legal a ser editado.

As leis derivam de demandas sociais que espelham os sentimentos da sociedade, envolvidos também no processo os costumes e as tradições sociais (daí o malogro de leis que são puramente adotadas tomando-se como modelos outros países; não passando por este duplo sistema de filtragem tornam-se em simples pedaços de papel). Desta forma, deve

(6) LASKI, Harold — *Introducción a la Política* — Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires.

o Legislativo funcionar como receptor dessas demandas, implementando-as, incentivando-as e promovendo sua apreciação. Para isso conta com comissões técnicas, podendo, também, constituir comissões especiais para a discussão de determinadas questões específicas mais importantes, da mesma forma como se vale de assessoria própria e de peritos convidados especialmente, que, sem serem membros do Legislativo, estejam credenciados a oferecer a melhor alternativa na apreciação da matéria, sob a forma de pareceres.

É nessa via de mão dupla que se processa a elaboração das leis: aspirações sociais canalizadas ao Legislativo, que tornam sob a forma de imperativos legais, observando-se que "a sociedade, pelo costume e pelas suas instituições, gera uma ordem jurídica própria, não devendo o Estado desconhecê-la, mas sim assegurar-lhe a sobrevivência e o desenvolvimento" (7).

Não só através do debate legislativo são feitas as leis em seu sentido mais abrangente. Mas, quer assim sejam confeccionadas, quer pela pretensa perfeição dos gabinetes tecnocráticos, tendem a atingir, alternadamente, interesses globais e setoriais. Interesses globais quando atendem a aspirações coletivas, envolvendo postulações da sociedade em seu conjunto: visam o sistema social global da maneira mais perfeita por que esta meta possa ser atingida. Os interesses podem ser definidos como setoriais quando se referem a compartimentos específicos da sociedade, a subsistemas definidos, como determinada classe ou grupo. Neste caso, apesar de o ordenamento ter um direcionamento setorial, provoca impacto sobre o todo, valendo *erga omnes*.

4 — A participação democrática é, assim, feita primeiramente pela forma partidária, isto é, através dos Partidos Políticos que, representando grandes segmentos da sociedade, funcionam no processo legislativo objetivando concretizar, através das leis, suas plataformas políticas e, por conseguinte, implementar as aspirações de seus adeptos, seguidores e simpatizantes.

Entretanto, os Partidos não abarcam os múltiplos interesses setoriais, pulverizados em infinitos grupos particulares, que constituem um grande contingente ávido por implementar demandas e reivindicam, também, um espaço próprio no universo político, pois "a aspiração à participação é mais ambiciosa que os sistemas representativos pluralistas temperados, que não oferecem outra ocasião de tomar parte que por meio de Partidos mais ou menos representativos, mais ou menos democráticos e pelo sufrágio ocasional em eleições periódicas" (8).

Esta constatação está presente em diversos autores que analisaram a necessidade e a aspiração de participação, por parte dos indivíduos, no

(7) GALVAO DE SOUSA, José Pedro — *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito* — Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1977.

(8) CALVEZ, Jean-Ilves — *Introduction à la Vie Politique* — Édition Aubrier/Montaigne, France, 1967, p. 187.

processo político. Neste sentido, constata RASMUSSEN ⁽⁹⁾ ao comparar a ação difusa com a pressão conjugada:

“É preciso proceder por meio de canais competentes, quando se trata de interesses politicamente importantes. Pode-se utilizar um canal que permita uma ação individual — escrevendo uma carta a seu Deputado ou votando numa eleição. Todavia, é mais provável que obtenha resposta satisfatória, se agir em conjunto com outros, por estruturas que dirijam a pressão conjugada de muitos indivíduos para esses pontos onde tenham mais probabilidade de êxito. Essas estruturas ajudam a focalizar as aspirações difusas da massa social, em limitado número de reclamações por ação legal, aumentando, portanto, a possibilidade da escolha racional de alternativas. O sistema político que deixa de preencher essa função provavelmente não será eficaz.”

5 — Assim, a segunda forma de participação no processo de elaboração das leis é pela pressão através dos grupos de interesse. Estes grupos tendem a proliferar na medida em que os Partidos Políticos possuem baixa densidade ideológica, quando se alinham como Partidos de quadros ⁽¹⁰⁾ e quanto mais deixem de corresponder às exigências do mecanismo político e quanto maior for o distanciamento entre a política partidária e as reivindicações de suas bases de sustentação.

Na medida em que um regime sem Partidos é um regime conservador ⁽¹¹⁾, um regime em que predominem Partidos sem sustentação política favorece e reclama a atuação dos grupos de interesse, pois, neste caso, a “atividade sazonal” ⁽¹²⁾ dos Partidos, que “hibernam” no período pós-eleitoral, além de “fulanizar” ⁽¹³⁾ o voto, causa uma disputa desenfreada pelos eleitores, favorecendo, conseqüentemente, os currais eleitorais, os votos de compadre, de amigo, de ouvir dizer; afastando o conteúdo político das eleições, que passam a ser disputadas a nível de potencial econômico apenas e dos recursos disponíveis para mobilizar o maior número de “corretores” para a campanha eleitoral.

(9) RASMUSSEN, Jorgen — *O Processo Político — Estudo Comparado* — FGV, Rio de Janeiro, 1973, p. 11.

(10) Cf. DUVERGER, Maurice — *Os Partidos Políticos* — Universidade de Brasília, 1980, pp. 99 e ss.

(11) *Ibid.*, p. 459.

(12) *Ibid.*, p. 121.

(13) Por “fulanização” do voto, entendemos a situação em que o eleitor sufraga o nome de um candidato em função de fatores extrapolíticos e não em virtude de sua proposta político-eleitoral e, conseqüentemente, do Partido ao qual pertence. Esta situação tende a evoluir em regimes políticos em que o sistema de voto amarre a votação aos Partidos e, contrariamente ao que se poderia supor, não os fortalece, a exemplo do atual sistema de voto vinculado no Brasil. Neste caso, quem acaba puxando o voto são os candidatos a Prefeito e Governador e não o Partido (v. pesquisa publicada na revista *IstoÉ*, nº 298, pp. 28 e ss.)

Independentemente da força política dos Partidos, todos os sistemas políticos abrigam grupos de interesse ⁽¹⁴⁾ que, em determinado momento, exercem pressões sobre os órgãos públicos, visando implementar seus interesses. Pode ser observado, de maneira marcante, que sua atuação passa a ser indispensável em qualquer sistema partidário, seja naqueles em que os Partidos esvaziaram seu grau de representatividade e as instituições sociais fecharam-se às demandas, incentivando as atividades de pressão, seja nos sistemas em que os Partidos possuam maior densidade representativa e haja implementação de demandas sociais, pois agem complementarmente aos mecanismos partidários.

A natureza dos grupos de interesse repousa no próprio caráter associativo e nas particularidades dos grupos sociais. Uma vez que todos os grupos sociais possuem necessariamente interesses próprios que procuram implementar, deve haver no sistema político um canal que viabilize suas demandas. Como essas demandas dependem, na maioria das vezes, do respaldo de imperativos jurídicos, o poder mais exposto e visado pelas pressões, embora não de maneira exclusiva, é o Legislativo.

Entretanto, a questão não estará plenamente colocada nestes termos. Diversos complicadores incidentes exigem que seja feita a apreciação das relações entre esses veículos implementadores de demandas setoriais e os demais subsistemas do sistema político (os Partidos inclusive) e os canais utilizados em suas atividades, para que se possa medir o grau de participação política dos setores da sociedade nas tomadas de decisão em geral e na elaboração das leis em particular.

O principal canal para as demandas setoriais é a pressão através dos grupos de interesse. A controvérsia em torno desses organismos subsistêmicos começa em sua designação. Entretanto, de todas as nomenclaturas a que mais se aproxima de sua natureza é a estabelecida por MEYNAUD ⁽¹⁵⁾, quando os identifica pela vontade de influenciar as decisões dos Poderes públicos. Desta forma, "os grupos de interesse assim caracterizados não se transformam em organismos de pressão senão a partir do momento em que os responsáveis utilizam a ação sobre o aparelho governamental, a fim de fazerem triunfar suas aspirações ou reivindicações. (...) Em suma, a categoria grupos de pressão engloba um setor de atividade dos grupos de interesse: mais exatamente, consiste em analisar estes sob um aspecto determinado".

Conquanto este conceito atinja a natureza do problema, não é suficiente para abarcar toda a tipologia destes organismos. Neste ponto, DUVERGER ⁽¹⁶⁾, ao propor "... de certo modo, toda organização, qualquer

(14) Autores como ROBERT MAC IVER identificam a importância de compactos grupos de interesse já reconhecida por grandes historiadores da antiguidade — v. *Politics & Society*, ed. by David Spitz, Atherton Press, New York, 1969, pp. 286 e ss.

(15) MEYNAUD, Jean — *Os Grupos de Pressão* — Europa América, Lisboa, 1960, p. 10.

(16) Cf. DUVERGER, Maurice — *Sociologia Política* — Zahar, Rio de Janeiro, 1976, p. 443.

que seja, poderia assumir caracteres de grupo de pressão em determinados setores e determinadas circunstâncias”, além de manter a divisão inicial de MEYNAUD, amplia o conteúdo do conceito, abrindo espaço para que nele estejam contidos os grupos públicos de interesse, importante e atuante espécie da categoria.

Assim, de acordo com DUVERGER, há grupos exclusivos, que se ocupam particularmente com ações no domínio político, fazendo pressões sobre os Poderes públicos. Seriam os *lobbies* que, na verdade, são “pseudogrupos de pressão”, pois são *agentes da pressão*, não a exercendo em proveito próprio, mas por conta de outros grupos; por serem organizações puramente técnicas (escritórios e agências) que servem aos grupos de pressão. Há pressão, mas não há grupo de pressão em si. Por outro lado, há os grupos parciais, onde a pressão política é apenas *parte* de sua atividade, pois existem em função de objetivos específicos plenamente diversificados, como os sindicatos e as associações profissionais.

Além dessa distinção quanto aos objetivos em relação às atividades de pressão, a distinção entre grupos públicos e privados é uma das grandes contribuições de DUVERGER ao tema, pois a maioria dos autores ou ignora esta questão ou procura manter um conceito perfeito em sua pureza teórica mas, por isso mesmo, completamente afastado da realidade política. Ignorar a presença desse subsistema no universo político é sacrificar a análise em nome de preconceitos injustificados. DUVERGER ⁽¹⁷⁾ identifica os grupos públicos quando as administrações agem, em determinadas ocasiões, com métodos análogos aos dos grupos de pressão, distinguindo nesses os serviços do Estado e os corpos de funcionários (a burocracia).

Observe-se, então, que há grupos *em* pressão (terminologia que, embora conceitualmente mais adequada, deve ser evitada pela cacofonia que transparece), isto é, grupos sociais portadores de demandas específicas e setoriais, genericamente chamados grupos de interesse (e comumente denominados grupos de pressão), que, em determinado momento, visando implementar suas reivindicações, exercem pressão sobre os órgãos públicos em busca do atendimento de seus pedidos.

A tipologia dos grupos de interesse que exercem, em algum momento, pressão, é bastante extensa e diversificada, mas de pouca importância para o estudo sua abordagem, pois, por mais exaustiva e abrangente que conseguisse ser, não cobriria todas as manifestações do objeto, tal sua variedade, além de deslocar a análise de sua atuação, que constitui o ponto mais importante do tema. Desta forma, parece que o critério para a identificação da categoria proposto nos moldes de DUVERGER, além de menos rígido, presta-se com vantagens ao exame das demais questões a ela relacionadas.

6 — Uma vez identificados os grupos de interesse, importa precisar suas características particularizantes. Também neste ponto as divergên-

(17) *Ibid.*, pp. 444 e ss.

cias são muitas, na maioria das vezes motivadas por preconceitos de ordem ideológica ou por uma visão exageradamente limitada da atuação e importância desses subsistemas. Um balanço efetuado nos diversos estudos realizados na matéria apresenta as seguintes características dos grupos de interesse:

— não se confundem com a atividade partidária, pois os Partidos Políticos representam ideologias definidas e abrangentes, procuram cooptar adeptos, seguidores, filiados ou até mesmo meros simpatizantes, muitas vezes de classes sociais distintas e pertencentes a outros grupos sociais. Visam, ainda, os Partidos conquistar o poder e, dentro de certos limites, conservá-lo, dedicando-se *exclusivamente* à ação política, tendo desta uma concepção global ⁽¹⁸⁾;

— Podem estabelecer os seguintes tipos de relação com os Partidos Políticos:

a) subordinação — consistem em tática partidária na luta pelo poder;

b) veiculação — utilizam os Partidos para canalizarem suas pretensões — situação mais comum;

c) cooperação — ambos atuam de forma complementar;

d) determinação — quando os grupos de interesse acabam criando um Partido para participar mais intensamente da vida política — é o caso da maioria dos Partidos de trabalhadores, como o inglês e, numa certa medida, o brasileiro. Nesta hipótese, a tendência é de os grupos de interesse se diluírem no Partido, ou, então, permanecerem contribuindo para sua manutenção como comerciantes, agricultores, industriais, sindicatos etc. “Igualmente sucede com numerosos Partidos conservadores que estão sujeitos às organizações patronais” ⁽¹⁹⁾. SCHWARTZENBERG ⁽²⁰⁾, aplicando a classificação de DUVERGER ⁽²¹⁾, chama estes Partidos dependentes dos grupos de interesse de “Partidos de criação externa”;

e) oposição — seja por divergência de atuação (dos Partidos em relação aos grupos, denunciando abusos e corrupção por parte desses) ou de ideologia e programa (dos grupos em relação aos Partidos, sendo

(18) Para uma introdução ao estudo das relações entre Partidos Políticos e grupos de interesse, ver: VERDÚ, Pablo Luca — *Principios de Ciencia Política* — Tecnos, Madrid, 1974, vol. III, pp. 148 e ss.; PELAYO, Manuel Garcia — *Derecho Constitucional Comparado* — Madrid, 1953, pp. 196 e ss.; DUVERGER, Maurice — *op. cit.*, pp. 440 e ss.; MEYNAUD, Jean — *op. cit.*, pp. 42 e ss.; BONAVIDES, Paulo — *Ciência Política* — Forense, Rio de Janeiro, 1978, pp. 538 e ss.; e SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard — *Sociologia Política* — Difel, 1979, pp. 662 e ss. e 488/9.

(19) Cf. VERDÚ, Pablo Luca — *Principios de Ciencia Política* — Tecnos, Madrid, 1974, vol. III, p. 149.

(20) SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard — *Sociologia Política* — Difel, São Paulo, 1979, p. 662.

(21) DUVERGER, Maurice — *op. cit.*, pp. 26 e ss.

estes denunciados em sua “esterilidade, suas lutas internas, os males que causam à comunidade nacional etc.” (22);

— procuram implementar suas demandas utilizando-se de diversos meios de atuação, mas sempre exercendo pressão sobre os órgãos públicos do sistema político que dominam as decisões capazes de satisfazer tais pretensões;

— as atividades de pressão são transitórias, isto é, duram apenas enquanto instrumento para atingir a obtenção da lei ou medida daqueles órgãos que viabilizem suas demandas. Uma vez alcançada esta meta, tornará a mero grupo de interesse, em repouso até que nova demanda exija sua atuação sob a forma de pressão (traço que separa os *lobbies* dos grupos de interesse em momento de pressão);

— os grupos visam implementar interesses setoriais afetos aos seus objetivos sociais, embora, secundariamente, se engajem em propostas, geralmente a nível partidário ou legislativo, de alcance geral;

— normalmente evitam publicidade de suas propostas e conquistas, embora estas fatalmente sejam veiculadas pela imprensa (23), no que diferem, neste aspecto, frontalmente, dos Partidos Políticos. Neste sentido, os grupos de pressão propriamente ditos (o *lobby*, ou agências especializadas em atividades de pressão) procuram de todos os meios manter suas atividades ao resguardo da publicidade da imprensa com algumas exceções (24);

— estão presentes em todos os sistemas políticos (25), inclusive (e principalmente) os ditatoriais (pois acabam-se tornando o único canal para veiculação, mesmo que velado, de demandas) e os autoritários (26), tendo atuação mais agressiva nos sistemas de fraca representatividade política e partidária.

7 — A participação dos grupos de interesse na vida política é realizada com o emprego dos mais diversos canais de expressão para atingir seus objetivos: Partidos Políticos, procurando influenciar as decisões dos membros do Parlamento através de material de pesquisa ou propaganda que veicule, de maneira convincente, a pretensão do grupo, ou ainda, diretamente junto aos membros do Poder Executivo, desde que aí sejam

(22) VERDÚ, Pablo Luca — *op. cit.*, p. 150.

(23) Cf. casos como o do ônibus espacial norte-americano Columbia (v. revista *IstoÉ*, nº 226 — 22-4-81); ou de associação de moradores (v. *Jornal do Brasil*, 25-4-82, Caderno Especial, p. 2) dentre muitos outros.

(24) V., neste sentido, a abertura do escritório da Confederação Nacional das Indústrias (CNI) em Washington, com a intenção declarada de, entre outras atividades, sustentar o trabalho de *lobby* — in revista *IstoÉ*, nº 297 — 1-9-82, p. 96.

(25) Esta presença é constatada por HERRING em diversos países da Europa nos mais diferentes regimes (cf. HERRING, Pendelton — *Group Representation before Congress* — Russel & Russel, New York, Reissued, 1967, pp. 9 e 10.

(26) ARON, Raymond — *Démocratie et Totalitarisme* — Gallimard, Paris, 1965, pp. 250 e ss.

tomadas as decisões que atinjam seus interesses; chegando, mesmo, aos casos de corrupção e suborno em diversos níveis.

Esta participação política tende a apresentar-se de duas formas, que geram posicionamentos a favor e contra sua atuação. Há os que entendem que a ação dos grupos pode suplementar ou complementar a dos Partidos Políticos, chamando a seu encargo o direito das minorias e exercendo atividades de pressão objetivando seus interesses. Fato que contribuiria, de certa forma, para depurar o processo legislativo de certas falhas. Outros entendem que a luta por objetivos setoriais se dê em detrimento do interesse geral, atomizando o poder através de disputas fragmentárias (27).

Parece-nos que a simples existência e atuação desses grupos esvaziam o conteúdo da discussão em torno de haver ou não espaço na vida política para este tipo de atividade (posição ferrenhamente defendida por autores ainda presos ao conceito liberal de democracia de que reside no povo, como *entidade abstrata*, o fundamento da soberania e, portanto, apenas pela via partidária pode ser exercido seu soberano direito), residindo na delimitação de seu universo de manobras e na busca de fórmulas que disciplinem sua atuação no processo político o principal enfoque do tema.

Na realidade, grupo social, grupo de interesse e grupo de (em) pressão são *três momentos da mesma realidade, do mesmo subsistema*: social, se considerado em sua sociogênese; interesse, quando se leva em conta a finalidade do grupo; e, por fim, pressão, quando apreciado no momento específico de sua atuação visando implementar demandas setoriais junto aos organismos do sistema político.

Assim qualificado, como subsistema implementador de demandas setoriais, o âmbito de sua atividade relaciona-se diretamente com o grau de exigência junto aos demais subsistemas do sistema político. Quando pleiteia medidas junto ao Legislativo, aciona os Partidos Políticos (enquanto instituição ou através de seus agentes: os políticos). Quando a medida pleiteada depende do Executivo, atua junto às repartições e aos empregados públicos, visando a obtenção da resposta adequada às suas demandas.

É neste ponto (no relacionamento desses grupos com os diversos órgãos de poder) que reside a importância dos grupos de interesse no índice de participação nas tomadas de decisão política em geral e na elaboração das leis em particular. Esses grupos setoriais, exercendo atividades num microuniverso político, estendem a participação a todos os componentes e, assim, a todos os cidadãos individualmente considerados.

(27) Esta dicotomia apresenta-se na discussão entre teorias do liberalismo político e do contrato social *versus* pluralismo de BENTLEY e autores mais recentes, que vislumbram o desmoronamento do vetusto edifício da representação popular, como MEYNAUD, DUVERGER, RASMUSSEN, DEUTSCH, VERDU e WOOTTON, que entendem os grupos de interesse como integrantes do sistema político.

Quando uma associação de bairro pleiteia e obtém junto à Prefeitura de sua cidade que determinada rua receba capeamento asfáltico, mais que uma vitória dos moradores daquele bairro e daquela rua, é uma conquista de toda a comunidade, pois alargam-se os canais de participação dos cidadãos na administração da coisa pública, além de aumentar a consciência política dessas mesmas pessoas e de fazer ver aos gestores da coisa pública que sua atividade é, necessariamente, voltada para a coletividade.

Quando determinada classe social, através de seu sindicato ou associação, obtém junto ao Poder Legislativo medidas, em forma de imperativo legal, que venham favorecer a classe, mais que uma conquista daquele grupo específico de profissionais, é uma vitória de toda a sociedade, pois mostra o caminho da pressão setorial conjugada para conseguir implementar suas demandas, além de cobrar da classe política um trabalho verdadeiramente consciente e ativo.

Não há como negar a participação dos grupos de interesse no processo político de qualquer sistema. Tanto maior será sua participação quanto mais frouxa e mais formal for a participação dos Partidos Políticos no processo de decisão política e menor a densidade ideológica de sua plataforma e de seu programa. Quanto mais fortalecidos forem os Partidos no sistema, mais estreita será sua relação com os grupos de interesse, que procurarão canalizar suas demandas através deles, constituindo poderoso apoio de massa.

Na razão direta em que diminuem suas oportunidades de participação no cenário político, maior o risco de as pressões se manifestarem no terreno meramente econômico, advindo, daí, um vigoroso aumento da degenerescência do sistema, provocada pela corrupção e pelo abrandamento da atividade verdadeiramente política.

8 — Entretanto, identificar a pressão de grupos de interesse sobre os organismos tomadores de decisão de um sistema político significa apenas atuar sobre o óbvio; ignorá-la, mera comodidade e impedi-la, impossível. Diversos autores, percebendo este problema, afirmam a necessidade de um estudo mais profundo, principalmente em termos de se determinar os métodos de atuação desses grupos e os resultados obtidos. Neste sentido, WOOTTON⁽²⁸⁾, tentando traçar procedimentos operacionais capazes de mensurar a influência dos grupos de interesse, propõe o seguinte modelo, aplicável na observação intra-sistêmica, isto é, de grupos do mesmo tipo (duas companhias de aviação, por exemplo):

— eleger uma questão que seja de interesse de dois grupos em oposição;

— estabelecer e datar a natureza das exigências iniciais e as modificações posteriores;

(28) WOOTTON, Graham — *Grupos de Interesse* — Zahar, Rio de Janeiro, 1972, pp. 130 e ss.

— julgar a posição inicial do alvo (através de pronunciamentos oficiais, documentos etc.);

— mapear a atuação dos dois grupos para alcançar seus objetivos;

— examinar a política e a decisão tomada, comparando-as com o terceiro item, julgando até que ponto a decisão foi fruto do item número quatro.

Visando, também, obter uma fórmula de regular o relacionamento dos grupos de interesse com o poder, o Congresso dos Estados Unidos da América aprovou, em 1946, a Lei Reguladora do Lobbying, que exige publicidade de todas as quantias gastas com o objetivo de influenciar a aprovação de leis federais (29).

Entretanto, esta fórmula, menos que regular a atuação dos grupos de interesse, fornece elementos sobre a medida da participação do meio econômico no processo político. Por esta razão, comenta BELLE ZELLER (30):

“Não basta, todavia, cogitar de meios mais eficazes de dar publicidade às atividades dos grupos de pressão, é essencial que não se subestime a responsabilidade dos órgãos governamentais de gerir os assuntos a seu cargo de acordo com os métodos eficientes e modernos.”

É precisamente na busca desses métodos que se tem lançado a ciência política e o direito, buscando fórmulas que possibilitem a regulamentação da atuação dos grupos de interesse, que não impliquem nem na negação de sua participação no processo político-legislativo-administrativo, nem seja sua atuação feita às ocultas e por métodos que não se apresentem de acordo com o mínimo de decoro e dignidade.

9 — No Brasil, quando o tema da regulamentação é tratado, por não haver ainda um termo designativo mais preciso, usa-se a palavra inglesa *lobby*, como na Primeira Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no Rio de Janeiro, em 1958, que incluiu entre os temas debatidos “A Advocacia e o Poder Legislativo. Assessoria a Parlamentares e às Comissões Técnicas do Congresso. Lobbying”. A recomendação foi aprovada por unanimidade e constava dos seguintes itens:

— é lícita a prática da advocacia perante o Legislativo, desde que:

a) o advogado a exerça ostensivamente, munido de poderes;

b) se limite à postulação junto aos legisladores e comissões técnicas e à contribuição na redação de textos, sem o uso de outros elementos de persuasão senão os da comunicação dialética para a tutela do interesse patrocinado.

(29) Sobre a regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos da América, v. “The Washington Lobby” — *Congressional Quarterly* — 2nd. edition, September, 1974, e *idem* third edition, October, 1979.

(30) In RODRIGUES, Lêda Boechat — *Direito e Política* — Porto Alegre, 1977, p. 142.

A despeito de seu conteúdo altamente restritivo e apesar da unanimidade da acolhida, o parecer permaneceu apenas na realidade do papel, pois nenhuma medida concreta foi adotada, visando disciplinar tal atuação.

Recentemente, na VIII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, maio de 1980, em Manaus, voltou a ser debatido o tema, desta feita através da tese de número 19, de autoria do Bel. Alberto Venâncio Filho, com o título "A Liberdade e os Grupos de Pressão", que recomendava:

"a) A Ordem dos Advogados do Brasil realiza estudos sobre mecanismo de regulamentação das atividades de grupos de pressão, que, se inspirando na experiência da legislação de outros países, e tendo em vista as peculiaridades locais, assegurem o funcionamento dessas entidades sem prejuízo da liberdade individual;

b) que se ratifiquem, neste conclave, as conclusões da Primeira Conferência Nacional dos Advogados sobre o papel do advogado como representante de grupos de pressão" (31).

Pelo visto, as conclusões da VIII Conferência pouco acrescentaram ao tema da regulamentação, a não ser a ênfase de sua atuação entre nós, fato ratificado meses mais tarde, no 2º Congresso das Associações Comerciais do Brasil, realizado no Rio de Janeiro em novembro de 1980, reunindo mais de 700 representantes de associações de todo o País. Ali foram aprovados diversos documentos que traduzem a intenção do empresariado em participar das decisões do processo político, conforme constatou o jornalista ROMUALDO BARROS (32), que cobria o evento:

"... os debates e teses deixam claro que há uma crise de competência no País, de acordo com a ótica empresarial, e a saída estaria no envolvimento de camadas maiores da população. Mais cabeças pensando as soluções — eis a grande proposta. Ou, ainda, aproveitando uma frase de um industrial carioca de grande porte, o que está faltando para dar novo impulso ao Brasil é a contribuição da classe média, que pode ser mobilizada de várias formas, inclusive no balcão dos armazéns. Traduzindo tal idéia, se espalhou por todo o País um cartaz elaborado pela Confederação das Associações Comerciais do Brasil, defendendo a ação empresarial. E nele havia um forte apelo à formação de um gigantesco *lobby*: Você não precisa sair de sua casa (de negócios) e participar dos grupos de Brasília. Só o que tem a fazer é participar de sua associação comercial local. Isto é suficiente para transformar sua casa num centro de poder."

(31) Esta tese foi publicada em separado pela Ordem dos Advogados do Brasil, após a VIII Conferência de Manaus, em 1980.

(32) In *Jornal do Brasil* — 9-11-80 — 1º Caderno, p. 32.

Embora os cartazes não se tenham espalhado com a generosidade da proposta, ao menos teve o mérito de divulgar esta forma de participação no meio empresarial (principalmente os de pequeno e médio porte).

A regulamentação dessa atividade no Brasil necessita ser meditada com a máxima urgência, como pode demonstrar o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, que, ao apreciar pedido de alteração contratual de sociedade de advogados que pretendia incluir em seu objeto social a prestação de serviço jurídico na área do *lobby*, aguardou manifestação do Conselho Federal sobre a matéria por ser caso omissis no Estatuto e no Código de Ética.

Em agosto de 1982, o tema ressurgiu novamente entre nós por dois canais diferentes: o Primeiro Seminário Brasileiro sobre *Lobby*, patrocinado pelo Decanato de Expansão da Universidade de Brasília e o lançamento da monografia *Lobby & Holding: as bases do poder*⁽³³⁾, da autoria de João Bosco Lodi.

Por tudo isto faz-se necessária a regulamentação da atuação dos grupos de interesse no Brasil, como um modo de institucionalizar este tipo de atividade política, dando-lhe a merecida dignidade e o imprescindível amparo legal, para que possa cada vez mais estender a participação política por esta via ao maior número de grupos sociais.

10 — Estes indicadores e outros mais (como a proliferação das associações de bairro, ressurgimento da União Nacional dos Estudantes, Comunidades Eclesiais de Base etc.) alertam para a necessidade, entre nós, de estudos e análises que superem o nível puramente descritivo do assunto.

O momento atual requer sejam intensificadas as abordagens analíticas da atuação dos grupos de interesse e suas atividades de pressão que, ao lado de um estudo comparativo com outros países, possibilitem, então, a estruturação de mecanismos e o desenvolvimento de métodos eficazes para regulamentar a atuação desses grupos.

Claro está que o aumento do nível de participação dos grupos nas decisões políticas depende fundamentalmente do grau em que o sistema proporciona acesso e regula sua abertura, além de sua disposição para receber os impactos causados pelas sucessivas demandas e atividades de implementação. Entretanto, a prática em diversos países nos mostra que esta atividade política é extremamente salutar, proporcionando um alto grau de democratização do regime, pois apenas aí, na administração de propostas díspares, que devem ser viabilizadas em cooperação e acordo, pode residir o fundamento de uma ordem política mais justa e que se pretenda afirmar democrática, com a consciente participação dos cidadãos no cenário político.

(33) LODI, João Bosco — *Lobby & Holding — As Bases do Poder* — Pioneira Editora, São Paulo, 1982.

Voto distrital e os Partidos Políticos

DAVID V. FLEISCHER

Professor de Ciência Política na Universidade de Brasília, e Membro da Comissão do Ministério da Justiça que elaborou o anteprojeto do "voto distrital misto"

I — Considerações iniciais

Talvez o projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional no mês de março de 1983 dispendo sobre a mudança do sistema eleitoral brasileiro vigente desde 1945 para um novo sistema "misto" (distrital e proporcional), tenha sido um dos assuntos que mais tocassem os corações dos 479 Deputados federais durante o ano de 1983; pois estaria em jogo seu futuro político, sua sobrevivência eleitoral no próximo pleito de 1986. No mínimo, terá sido o assunto mais polêmico, e nas próprias palavras do Ministro Abi-Ackel (de uma certa maneira "o pai da criança"), "um Judas para ser malhado por todos" (1).

Na verdade, quem estaria disposto a trocar uma coisa "conhecida", ainda reconhecendo seus defeitos, por uma outra ainda "incerta ou desconhecida"? Contudo, 227 dos 479 Deputados estão em primeiro mandato e chegam a Brasília bastante assustados com os elevados gastos que tiveram com a campanha. Mal começaram a amortizar esta dívida ao longo da atual Legislatura, percebem o próximo pleito de 1986 logo na frente, no qual não terão as eleições municipais para ajudar na mobilização eleitoral. Logo no início da Legislatura defrontam com um projeto do Poder Executivo propondo mudar seu sistema eleitoral.

Por outro lado, o projeto recebe críticas contundentes de Deputados que afirmam ser contrários à idéia (sem conhecer a proposta) por "questão de princípios", pois acham que esta mudança foi colocada em pauta, justamente para desviar as atenções da classe política de problemas sociais e econômicos, de maior vulto, que o País vem enfrentando.

(1) Os comentários do Ministro da Justiça estão citados por Armando Rolembert, "Feito para malhar", *ISTOÉ*, 7 de julho de 1982, pp. 14-15.

Questões de "semântica"

Aparentemente, houve alguns problemas "semânticos" na elaboração do projeto de lei. Em junho de 1982, durante a tramitação do "Emendão nº 22", mais conhecido como o "Pacote de Maio", de que esta mudança no sistema eleitoral fazia parte se pensou que o que se propunha era algo semelhante ao sistema "misto alemão", onde uma parte dos Deputados seria eleita pelo sistema distrital e a outra parte pelo sistema proporcional, e que este seria uma continuação do sistema tradicional em vigor no Brasil desde 1945.

Porém, esta visão deveria ter sido confirmada numa redação implantando "um sistema eleitoral misto, majoritário e proporcional". Mas, num equívoco de redação, alegadamente imposto pela liderança do PDS na Câmara dos Deputados (comandado pelo então líder, Deputado Cantídio Sampaio), mudou-se para "sistema distrital misto, majoritário e proporcional". Supostamente esta liderança estava visceralmente contra o sistema distrital de qualquer forma, e efetuou esta mudança para inviabilizar a sua tramitação em 1983.

Usando esta justificativa, o comando do PDS e o Sr. Ministro da Justiça efetivaram mudanças no anteprojeto elaborado pela comissão de técnicos e professores durante o mês de fevereiro, no sentido de torná-lo praticamente "distritalizado" totalmente; ou seja, um sistema distrital, e o "misto" como adjetivo apenas qualifica a distribuição das cadeiras entre os Partidos na parte "proporcional" da eleição, como veremos mais adiante (2).

II — Os sistemas eleitoral e partidário desde 1964

Desde 1964, vários dos governos revolucionários tiveram chances para mudar o sistema eleitoral, mas recusaram-se a efetivar este "salto no escuro" por razões diversas.

A primeira oportunidade se deu no bojo das mudanças político-eleitorais que seguiram o AI-2 que extinguiu o antigo sistema pluripartidário em 1965. O então Presidente Castello Branco pensou que o sistema distrital seria um aperfeiçoamento democrático oportuno, e até encomendou um estudo (por sinal muito bem elaborado num prazo exíguo) ao TSE, visando à implantação deste sistema no pleito de 1966, junto com o novo sistema partidário. Era ao certo ponto lógico, pois nos sistemas políticos ocidentais, a prática tem confirmado as previsões de DUVERGER; a mútua ocorrência (ou convivência) dos sistemas bipartidário e distrital, e os sistemas pluripartidário e proporcional.

(2) Para uma análise detalhada comparando o projeto final com o anteprojeto, ver EDUARDO DUTRA AYDOS e LEONIDAS KAUSA, "Sistema eleitoral misto ou voto distrital puro?", *Zero Hora*, 27 de março de 1983, pp. 14-17. Este erro de redação já foi detectado por SULLY ALVES DE SOUZA, *Jornal de Brasília*, 22 de março de 1983, p. 2.

Afinal, a “banda de música” da UDN “fez a cabeça” do Presidente Castello Branco de que mudanças no sistema eleitoral eram “inoportunas” naquele momento, a menos de dez meses do pleito de novembro de 1966, e mais ainda que a ex-UDN correria um sério risco de ser “massacrada” pelo ex-PSD dentro da nova ARENA no sistema bipartidário.

No Governo Geisel, surgiu a **segunda** chance, nas mudanças impostas pelo “Pacote de Abril” em 1977, com a força do AI-5. Este “pacote” visava a estancar o crescimento do MDB verificado nos pleitos de 1974 e 1976 (motivação esta que continuou operando em 1983) e era lógica a adoção do sistema distrital como um “aperfeiçoamento” do sistema bipartidário, mas aparentemente os “engenheiros eleitorais” de 1977 consideravam as medidas adotadas suficientes (3).

Quando se extinguiu o bipartidarismo no final de 1979, passou a **terceira** oportunidade de mudar o sistema eleitoral no País. Como em 1965, este foi um contexto muito propício, justamente quando se procediam mudanças abrangentes no sistema partidário. Abrindo o sistema bipartidário impraticável para um pluripartidarismo moderado, poderia ter sido um momento oportuno para implantar um sistema eleitoral “misto” do tipo alemão, sendo que para o pleito de 1982 ainda restavam quase três anos para que os Deputados se adaptassem ao novo sistema. Embora contando com uma boa maioria que fielmente votou a extinção da ARENA e do MDB, o “plano-mestre” da “abertura política” julgou mais prudente aguardar um momento mais propício para jogar a “carta” das mudanças no sistema eleitoral.

Na **quarta** oportunidade, na ocasião do “Pacote de Novembro” de 1981, este momento ainda não havia chegado, pois, apesar de drásticas modificações no sistema eleitoral, o sistema proporcional foi mantido.

Após a reincorporação do PP ao PMDB no início de 1982 e com as perspectivas de o PDS perder a sua maioria absoluta na Câmara dos Deputados os “engenheiros políticos” palacianos decidiram que havia chegado o momento oportuno para jogar a primeira cartada do “voto distrital” na baralhada do “Pacote de Maio” do mesmo ano. Esta **quinta** oportunidade, finalmente foi aproveitada para o lance inicial de mudança no sistema eleitoral (4).

Não obstante, o “lance final” desta manobra foi resguardado para um segundo ato no início da nova Legislatura, supostamente para dar mais tempo aos Deputados de se adaptarem à nova realidade política (após a sua aprovação) antes do próximo pleito de 1986, mas também servindo para distrair as atenções da classe política durante o ano difícil de 1983.

(3) A julgar pelos resultados do pleito de 1978, estas medidas foram mais que suficientes. DAVID V. FLEISCHER, “Renovação Política — Brasil 1978: Eleições Parlamentares sob a égide do Pacote de Abril”, *Revista de Ciência Política*, 23:2 (1980), pp. 57-82.

(4) Para uma análise mais ampla no “Pacote de Maio”, ver *Jornal do Brasil*, 24 de junho de 1982, p. 4.

III — O sistema "misto" e os Partidos: efeitos e conseqüências

Como que este sistema "misto" ora proposto pelo governo vai afetar o sistema partidário e os atuais Partidos individualmente? Tentaremos responder esta indagação no que concerne à parte distrital e "proporcional" da eleição.

A parte distrital

Tanto o projeto quanto o anteprojeto propõem a eleição de metade da bancada federal em cada Estado pelo sistema distrital "puro" (uma vaga por Distrito, um candidato por Partido e eleição por maioria simples de um turno). Como se vê no Quadro 1, se os Distritos de cada Estado contassem com o mesmo número de eleitores, a variação interestadual seria grande; desde São Paulo com 438.134 eleitores por Distrito até Acre com 26.523.

A primeira conseqüência seria de reforçar a já forte tendência ao bipartidarismo verificada em 1982; apesar de imperar o pluripartidarismo, este sistema só vigorou em três Estados: São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Se em 1986 vigorar (como se prevê no projeto) o voto de legenda, o voto vinculado e a proibição de coligações eleitorais, e ainda o conceito do "voto útil", estes pleitos majoritários serão o "coup de grâce" dos pequenos Partidos.

QUADRO 1

A eleição para a Câmara Federal com o sistema eleitoral misto proposto

Estado	Bancada federal			Eleitores por Distrito (a)	Quociente eleitoral propor. (b)
	Total	Dist.	Prop.		
SP	60	30	30	438.134	371.545
MG	54	27	27	230.429	206.954
RJ	46	23	23	260.379	224.676
BA	39	20	19	189.658	156.201
PR	34	17	17	225.408	181.225
RS	32	16	16	256.730	230.651
PE	26	13	13	178.822	142.951
CE	22	11	11	188.663	170.949
MA	17	9	8	140.248	126.194
SC	16	8	8	246.865	222.480
GO	16	8	8	214.089	188.213
PA	15	8	7	159.918	145.690

(a) Total de eleitores (8-82) dividido pelo número de Distritos.

(b) Total votos válidos (11-82) dividido pelo número de vagas proporcionais a preencher.

Estado	Bancada federal ¹			Eleitores por Distrito (a)	Quociente eleitoral propor. (b)
	Total	Dist.	Prop.		
PB	12	6	6	194.364	153.836
ES	9	5	4	175.543	197.998
PI	9	5	4	171.965	184.652
RN	8	4	4	216.522	179.826
AL	8	4	4	156.788	131.774
MS	8	4	4	161.633	132.784
MT	8	4	4	113.046	101.264
AM	8	4	4	117.824	94.944
SE	8	4	4	105.551	91.710
RO	8	4	4	41.564	43.724
AC	8	4	4	26.523	20.150
AP	4	2	2	31.229	25.007
RR	4	2	2	16.588	13.624
Total	479	243	236	224.171(c)	196.652(c)

(c) Média nacional.

Por outro lado, esta tendência pode ser atenuada por dois fatores. Primeiro, a eleição distrital se dá sem lançar mão ao artifício da sublegenda que pode fazer com que certas facções intrapartidárias em nível distrital passem a apoiar outros Partidos na eleição (entre estes os pequenos). Segundo, sendo a eleição por maioria simples (um turno), dependendo das suas forças, os pequenos podem ter maiores chances em certas áreas onde têm uma maioria simples de eleitores, mas numa recombinação num segundo turno poderiam ser derrotados.

Talvez a maior conseqüência da eleição distrital sobre os Partidos Políticos seja uma diferenciação regional. Se vigorar o projeto ora em tramitação, em 1986 o PMDB seria fortalecido no Centro-Sul e Norte, e o PDS levaria mais vantagem na Região Nordeste. Por que esta afirmação tão espantosa? Por razões extraídas da geografia eleitoral. No Centro-Sul, nos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Goiás e Paraná, por exemplo, o PMDB, além de eleger os Governadores, por causa do voto vinculado saiu muito fortalecido nas bases municipais, especialmente nos grandes e médios centros urbanos (apenas perdeu nos "grotões", como disse Tancredo Neves). Em 1982, o PMDB paulista contava com apenas 38 Prefeituras e agora está com 307 (o PDS tem 253); em Goiás a Oposição triplicou seu domínio municipal de 60 para 185 (o PDS caiu para 59); no Paraná a virada foi ainda mais espetacular, de 14 Prefeituras pulou para 183 (o PDS ficou reduzido a 127); e finalmente em Minas, Tancredo Neves conseguiu elevar as bases municipais do PMDB de 60 para 254 Prefeituras (deixando o PDS com 454 "grotões" no interior).

Outro fator que favorece o PMDB é o fato de este Partido ter a sua dispersão geográfica bastante concentrada ao redor das cidades médias e grandes, como mostram pesquisas realizadas em Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul (5). Esta tendência do PMDB ser mais "distritável" do que o PDS também se apóia em simulações das eleições de 1978 realizadas pelo computador do PRODASEN, que revelaram o MDB em condições melhores para enfrentar este tipo de eleição, especialmente no Centro-Sul, do que a ARENA. Usando as microrregiões do IBGE como base de simular estes Distritos os resultados mostraram que o MDB em âmbito nacional não teria sido "liquidado" por uma eleição de Distrito puro, e apenas perdido umas 6 a 8 cadeiras sobre seu resultado pelo sistema proporcional (6).

Somando estes dois fatores com o do controle de máquina estadual pela Oposição nestes dez Estados, e ainda a ausência das eleições municipais em 1986 dificulta qualquer recuperação do PDS e favorece até o crescimento da Oposição a níveis hegemônicos no Centro-Sul e Norte.

Pelas mesmas razões, o PDS poderia levar vantagem na região nordestina.

A parte proporcional

Teoricamente uma eleição **proporcional** garante a distribuição das cadeiras legislativas entre os Partidos em proporções equivalentes à divisão do eleitorado nas suas preferências partidárias, além de permitir aos Partidos e seus candidatos acumular votos pela **circunscrição toda**, neste caso pelo Estado todo. Assim, as minorias têm chances de eleger alguns representantes, como por exemplo as minorias étnicas, religiosas, ideológicas, de classe ou os pequenos Partidos. Este conceito de minorias políticas pode ser estendido às correntes e facções **intrapartidárias** que coabitam dentro das duas agremiações maiores (PDS e PMDB).

Porém, no "aperfeiçoamento" final deste projeto, antes de ser apresentado ao Congresso Nacional, alguns elementos da cúpula do PDS acharam por bem "distritalizar" a parte do sistema "misto" que seria "proporcional", obrigando os candidatos "proporcionais" a vincularem-se a um só Distrito na corrida aos votos. Esta eleição "distrital-proporcional" seria "proporcional" apenas na primeira fase da apuração onde serão somados

(5) DAVID V. FLEISCHER, "Condições de Sobrevivência da Bancada Federal Mineira em Eleições Distritais; Uma análise da distribuição geográfica do voto de 1966 a 1978", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 53 (1981), pp. 153-182; BOLIVAR LAMOUNIER, "A Representação Proporcional no Brasil: Mapeamento de um Debate", *Revista de Cultura e Política*, nº 7 (1982), pp. 5-42; e EDUARDO D. AYDOS, "O Voto Distrital e o Aperfeiçoamento da Democracia Representativa no Brasil", Porto Alegre, mimeo., 1979, respectivamente. Para uma análise do pleito paulista de 1982 que chega às mesmas conclusões, JOMAR MORAIS, "Proposto pelo PDS, o voto distrital pode ajudar PMDB", *Folha de S. Paulo*, 5 de dezembro de 1982, p. 10.

(6) DAVID FLEISCHER e SERGIO DE OTERO RIBEIRO, "Simulações de Divisões Distritais dos Estados Brasileiros para as Eleições Federais de 1978", *Revista de Informação Legislativa*, nº 78 (1983), pp. 205-232.

os votos recebidos pelos Partidos em todos os Distritos do Estado, para se fazer "rateio" das cadeiras "proporcionais" pelo sistema de quocientes partidários. Apurado o número de cadeiras que cabe a cada Partido, volta-se aos Distritos para verificar a ordem percentual sob cada total distrital dos candidatos que numa hierarquia decrescente determinaria os eleitos, o 1º Suplente etc.

Se tomamos a simulação da eleição "proporcional" para Deputado federal em São Paulo, usando os resultados eleitorais de 1982 como base, o Quadro 2 pode ilustrar como funcionaria este processo. Ao PT, por exemplo, caberiam 3 das 30 cadeiras "proporcionais", e seus três candidatos com as maiores percentagens distritais (4º, 6º e 7º Distritos) seriam eleitos, e a primeira suplência ficaria com o candidato no 28º Distrito que conseguiu 27% do eleitorado distrital. O resultado disto seria de **premiar** Distritos com uma competição nitidamente **bipartidária**, e ao mesmo tempo **prejudicar** os Distritos com uma competição **pluripartidária**. Um terço dos Distritos paulistas nesta simulação encontram-se nesta situação (21º ao 30º), e não elegerão **nenhum** representante "proporcional", enquanto os Distritos "bipartidários" elegerão até dois. Assim, além de ser um sistema eleitoral não-proporcional, seria também desigual.

Desigual também seriam os quocientes eleitorais entre os Estados; 371.545 paulistas vs. 20.150 acreanos para eleger um Deputado federal "proporcional" (Quadro 1).

QUADRO 2

Simulação da eleição "proporcional" para Deputado federal em São Paulo (1982); ou como 1/3 dos Distritos podem ficar sem representantes proporcionais

Nº do Dist.	PMDB	PDS	PTB	PT	PDT	Total
	%	%	%	%	%	%
1º	49*	47*	2	1	1	100
2º	50*	45*	3	1	1	100
3º	47*	49*	1	2	1	100
4º	48*	1	1	49*	1	100
5º	3	45*	50*	1	1	100
6º	46*	3	2	48*	1	100
7º	45	4	3	47*	1	100
8º	2	48*	49*	1	0	100
9º	59*	35	2	3	1	100
10º	51*	44*	1	2	2	100
11º	60*	30	4	5	1	100
12º	2	47*	48*	2	1	100
13	55*	25	6	10	4	100
14º	54*	8	30	6	2	100
15º	3	46*	47*	3	1	100

Nº do Dist.	PMDB	PDS	PTB	PT	PDT	Total
16º	56*	10	4	25	5	100
17º	58*	4	31	4	3	100
18º	57*	8	28	6	1	100
19º	61*	25	8	5	1	100
20º	62*	29	3	4	2	100
21º	25	20	24	19	12	100
22º	20	26	23	18	13	100
23º	21	23	27	25	4	100
24º	29	21	19	18	13	100
25º	27	25	18	20	10	100
26º	19	24	26	21	10	100
27º	26	22	25	17	10	100
28º	22	19	20	27	12	100
29º	28	18	22	26	6	100
30º	24	23	18	15	20	100
Votos	5.209.952	2.728.732	1.447.328	1.144.648	94.395	10.625.055
Cadeiras	15	8	4	3	0	30

* = Cadeira conquistada pelo sistema "proporcional".

Como se viu ainda no Quadro 1, a divisão das cadeiras distritais vs. "proporcionais" para Deputado federal seria meia-meia (50%-50%), mas para a eleição para **Deputado estadual** ocorreria o **contrário**, como se vê no Quadro 3. O número de vagas "proporcionais" é sempre maior do que o número de vagas distritais, variando desde São Paulo com 54 vs. 30 (64% vs. 36%) até os pequenos Estados com 20 vs. 4 (83% vs. 17%). Mas, as pesquisas mostram que é justamente em nível estadual que um número maior de Deputados têm redutos eleitorais formados, em maior proporção do que para a eleição para Deputado federal; mais ou menos metade dos Deputados federais são "distritáveis" neste sentido, e aproximadamente três quartos dos estaduais (?). Ou seja, para a eleição estadual, o projeto do PDS contrapõe ao sentido natural da prática eleitoral".

Como isto funcionaria caso implantado? Tomaremos um Estado maior (Rio de Janeiro) como o primeiro exemplo (Quadro 4), que elegeria 47 Deputados "proporcionais" à sua Assembléia Legislativa em 1986. Mais uma vez encontramos quase um terço dos Distritos fluminenses que não conseguiram eleger nenhum representante "proporcional" devido à sua competição pluripartidária mais intensa (Distritos 17º a 23º), apesar de um número de vagas (47) maior do que o número de Distritos (23)! Ainda, vários Distritos elegerão 3 Deputados "proporcionais", e um até 4 (o "sortudo" Distrito 13º).

(7) DAVID FLEISCHER, "Concentração e Dispersão Eleitoral: Um estudo da distribuição geográfica do voto em Minas Gerais (1966-1974)", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 43 (1976), pp. 333-360.

O 14º Distrito fluminense apresenta um outro tipo de aberração permitido pelo projeto, que cancela todos os conceitos da representação política — o **mais votado** no Distrito **não se elege**. Embora, neste caso, o candidato do PMDB no 14º Distrito tenha conseguido 25% dos votos válidos (maioria simples), três outros candidatos (PDT, PDS e PTB) com 24%, 22% e 18% dos votos seriam eleitos porque as suas percentagens estão dentro da “cota” dos seus respectivos Partidos. Assim, este peemedebista majoritário no seu Distrito seria o 1º suplente do seu Partido.

QUADRO 3

A eleição para Deputado estadual com o sistema eleitoral misto proposto

Estado	Assembléias Legislativas			Eleitores por Distrito (a)	Quociente eleitoral propor. (b)
	Total	Dist.	Pro.		
SP	84	30	54	438.134	205.125
MG	78	27	51	230.429	108.777
RJ	70	23	47	260.379	109.135
BA	63	19	44	189.658	66.800
PR	58	17	41	225.408	74.864
RS	56	16	40	256.730	91.895
PE	50	13	37	178.822	50.117
CE	46	11	35	188.663	53.510
MA	41	9	32	140.248	31.188
SC	40	8	32	246.865	55.353
GO	40	8	32	214.089	46.790
PA	39	8	31	159.918	32.538
PB	36	6	30	194.364	30.339
ES	27	5	22	175.543	35.928
PI	27	5	22	171.965	33.263
RN	24	4	20	216.522	35.439
AL	24	4	20	156.788	26.136
MS	24	4	20	161.633	26.429
MT	24	4	20	113.046	20.025
AM	24	4	20	117.824	18.894
SE	24	4	20	105.551	18.212
RO	24	4	20	41.564	8.647
AC	24	4	20	26.523	3.995
Total	947	243	704	223.777(c)	65.381(c)

(a) Total de eleitores (8-82) dividido pelo número de Distritos.

(b) Total de votos válidos (11-82) dividido pelo número de vagas proporcionais a preencher.

(c) Média nacional.

QUADRO 4

Simulação da eleição "proporcional" para Deputado estadual no Rio de Janeiro (1982); ou como 30% dos Distritos podem ficar sem representantes proporcionais

Nº do Dist.	PDT %	PDS %	PMDB %	PTB %	PT %	Total %
1º	33*	32*	31*	2	2	100
2º	31*	30*	33*	3	3	100
3º	34*	33*	32*	1	0	100
4º	32*	34*	30*	2	2	100
5º	35*	31*	29*	3	2	100
6º	36*	29*	28*	3	4	100
7º	30*	35*	27*	5	3	100
8º	29*	28*	34*	4	5	100
9º	28*	27*	35*	4	6	100
10º	27*	26*	36*	6	5	100
11º	26*	25*	15	19*	15	100
12º	25*	24*	16	17*	18	100
13º	23*	23*	26*	4	24*	100
14º	24*	22*	25	18*	11	100
15º	22*	20	20	19*	19	100
16º	21*	18	19	25*	17	100
17º	20	21	24	16	19	100
18º	19	20	23	15	23	100
19º	18	18	25	16	23	100
20º	19	19	24	15	23	100
21º	21	20	23	14	22	100
22º	18	21	22	21	18	100
23º	20	21	24	16	19	100
Votos	1.513.661	1.366.512	1.052.680	490.877	139.746	4.563.476
Cadeiras	16	14	11	5	1	47

* = Cadeira conquistada pelo sistema "proporcional".

Para finalizar esta análise da parte da eleição "proporcional", mostramos no Quadro 5 uma simulação para um Estado menor (Maranhão) com uma competição nitidamente bipartidária, onde o número de vagas (32) é mais de três vezes maior do que o número de Distritos (9). Neste caso, usando a eleição de 1982 como base, o "rateio" das cadeiras "proporcionais" daria 26 para o PDS e 6 para o PMDB. Nos primeiros oito Distritos, o PDS teria que recorrer aos candidatos colocados em 2º e 3º lugares na sua lista de cinco candidatos por Distrito (uma espécie de sublegenda inflacionada). Assim, alguns Distritos elegerão 4 "proporcionais"; outros, 3; e o 9º Distrito, apenas 2 (ambos do PDS).

Se um dos raciocínios usados com maior insistência para justificar a implantação do sistema distrital no Brasil é estreitar os laços entre o Deputado e seus eleitores, amarrando aquele a um Distrito fixo destes, o tiro

destes “engenheiros eleitorais” saiu pela culatra, pois pior do que o sistema proporcional em vigor desde 1945 (e tão malhado pelos proponentes deste projeto), o atual projeto deixaria alguns Distritos (um terço dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro) sem nenhum representante e, na melhor das hipóteses, produziria desigualdades entre Distritos, i. e., Distritos com maior e menor número de representantes “proporcionais”.

IV — Como melhorar estes desequilíbrios?

Antes de entrar numa espécie de receituário para aperfeiçoar o projeto ora em tramitação no Congresso Nacional, precisamos nos deter um pouco com os “desequilíbrios” existentes no sistema eleitoral vigente no pleito de 1982.

Por causa das “desigualdades regionais” na distribuição das bancadas estaduais na Câmara dos Deputados (favorecendo os pequenos Estados em detrimento dos grandes), os resultados do pleito de 1982 não foram “proporcionais”, em termos das razões votos/cadeiras conquistadas pelos Partidos. O Quadro 6 demonstra como seria a distribuição das cadeiras na Câmara federal caso fosse usado um critério único de proporcionalidade populacional. Ao invés de ter 60 Deputados federais, como atualmente, São Paulo teria direito a 100. Os outros Estados maiores, essencialmente, manteriam as suas bancadas atuais, mas os pequenos perderiam algumas cadeiras (Acre seria reduzido de 8 para 1, por exemplo).

Os resultados desta distribuição desigual encontram-se no Quadro 7. Se tomarmos os votos válidos recebidos pelos Partidos em 1982 como base, e procedermos ao “rateio proporcional” em nível nacional, verificaremos

QUADRO 5

Simulação da eleição “proporcional” para Deputado estadual no Maranhão (1982); ou como alguns Distritos podem ficar com menos representantes proporcionais

Nº do Dist.	PDS	PMDB	Outros Partidos (n)	Total
	%	%	%	%
1º	78 (3)	19 (1)	3	100
2º	82 (3)	17 (1)	1	100
3º	77 (3)	21 (1)	2	100
4º	81 (3)	18 (1)	1	100
5º	78 (3)	20 (1)	2	100
6º	83 (3)	16 (1)	1	100
7º	88 (3)	10 (0)	2	100
8º	85 (3)	13 (0)	2	100
9º	75 (2)	15 (0)	10	100
Votos	678.533	161.855	20.797	861.185
Cadeiras	(26)	(6)	(0)	(32)

(a) Em 1982, os Partidos pequenos (PDT, PTB e PT), não obtiveram vagas para Deputado estadual no Maranhão.

(n) O número em parêntesis indica o número de vagas conquistadas.

QUADRO 6

Distribuição da representação política na Câmara federal por Estado/
Região; atual e da forma igualitária pela população de 1980

Estado/ Região	Dist. atual	Dist. igual	População 1980
AM	8	6	1.427.784
PA	15	14	3.410.088
RO	8	2	490.153
AC	8	1	302.662
AP	4	1	175.442
RR	4	1	79.407
Norte	47	25	5.885.536
MA	17	16	4.000.083
PI	9	9	2.138.790
CE	22	21	5.297.750
RN	8	8	1.901.745
PB	12	11	2.769.521
PE	26	25	6.147.080
AL	8	8	1.989.703
SE	8	4	1.136.951
BA	39	38	9.472.523
Nordeste	149	140	34.854.146
MG	54	54	13.389.605
ES	9	8	2.019.877
RJ	46	45	11.300.665
SP	60	100	25.036.171
Sudeste	169	207	51.746.318
PR	34	31	7.629.405
SC	16	15	3.631.368
RS	32	31	7.778.162
Sul	82	77	19.038.935
MS	8	5	1.367.197
MT	8	5	1.138.866
GO	16	15	3.864.629
DF	00	5	1.173.915
Centro-Oeste	32	30	7.544.607
Total	479	479	119.089.542

QUADRO 7

A eleição "proporcional" de 1982 no Brasil

Partidos	Votos para Deputado federal	Pelo quociente partidário		Nº de cadeiras, sistema em vigor
		Nº de quocientes partidários ^(a)	Número de cadeiras	
PDS	17.775.738	207,04	207	235
PMDB	17.666.773	205,77	206	200
PDT	2.394.723	27,89	28	23
PTB	1.829.055	21,31	21	13
PT	1.458.719	16,99	17	8
Total	41.125.008	479,00	479	479

(a) O quociente partidário se calcula dividindo o voto partidário de 41.125.008 pelo número de vagas a preencher (479), que resulta num Q.P. de 85.856 votos.

Fonte: Dados compilados pelo TSE.

que, pelos quocientes partidários, o PDS e o PMDB praticamente empatariam com 207 cadeiras vs. 206 respectivamente (ao invés das 235 e 200 pelo sistema em vigor). Os três pequenos Partidos contariam com bancadas bem maiores, e o PT se destaca como o mais lesado, pois sua bancada seria de 17 Deputados federais em vez de 8 (mais que o dobro).

Como, então, aperfeiçoar este projeto do Governo, que o Deputado Jarbas Lima (PDS) chamou de "monstrengo?"

Em **primeiro** lugar, se é para ser um "sistema eleitoral misto", a parte proporcional da eleição deveria ser feita nos moldes do sistema tradicional usado no Brasil desde 1945, pois daria alguma chance às minorias de se representarem e daria um alento aos Partidos pequenos, além de atenuar as brigas faccionais dentro dos Partidos maiores.

Em **segundo** lugar, no que concerne a eleição estadual, poderia usar distritos "plurinominais" para melhor equilibrar a divisão entre as vagas distritais e proporcionais, como o exemplo apresentado no Quadro 8.

Um **terceiro** exemplo seria alguma variante do sistema alemão, onde as minorias sempre conseguem alguma representação pela representação proporcional em nível nacional, e a divisão proporcional das cadeiras em relação direta da proporção de votos obtidos garante a divisão igualitária (proporcionalidade) das vagas entre todos os Partidos que atingem o mí-

nimo de 5% dos votos válidos nacionalmente. A operação deste sistema, onde aproximadamente metade das cadeiras no Bundestag é eleita nos Distritos, é detalhada para as últimas três eleições no Quadro 9. Uma variação do sistema alemão, que em muito fortaleceria os Partidos Políticos no Brasil, seria a eleição (parte proporcional) por listas partidárias, onde o eleitor votaria na legenda e não em candidatos nominais; cada Diretório Regional elaboraria uma lista de ordem decrescente que determinaria seus eleitos após calculado o rateio entre os Partidos.

Um quarto exemplo que pode servir para aperfeiçoar o projeto vem da Venezuela, que sofre das mesmas "desigualdades regionais" históricas encontradas no Brasil. Após conhecer os resultados eleitorais (cadeiras conquistadas por Partido), procede-se a um rateio proporcional em nível nacional (como foi feito no Quadro 7 acima), para determinar a "cota ideal" para cada Partido. Se a sua cota "ideal" for maior do que o "real", um Partido tem direito até a quatro cadeiras "nacionais" adicionais, de uma lista previamente registrada na justiça eleitoral. Embora garantindo a sobrevivência de muitos pequenos Partidos, este sistema traduz mais fielmente a votação obtida pelos Partidos em representação política no Legislativo nacional. Se fosse acoplado com certas cifras mínimas para a sobrevivência partidária, poderia ser um expediente interessante.

QUADRO 8

Proposta para a eleição estadual "mista", Distritos multinominais e eleição proporcional com listas partidárias

Eleição Distrital										
Estado	N.º de Dist.(*)		Deps. por Dist.	=	Total Deps. Dist.	+	Nº de Deps. propor.	=	Nº de Deps. est.	Quociente eleitoral(b)
SP	30	x	2	=	60		24		84	547.668
MG	27	x	2	=	54		24		78	259.233
RJ	23	x	2	=	46		24		70	213.723
BA	19	x	2	=	38		25		63	117.568
PR	17	x	2	=	34		24		58	127.893
RS	16	x	2	=	32		24		56	153.158
PE	13	x	2	=	26		24		50	77.264
CE	11	x	2	=	22		24		46	78.035
MA	9	x	2	=	18		23		41	43.392
SC	8	x	3	=	24		16		40	110.706
GO	8	x	3	=	24		16		40	93.580
PA	8	x	3	=	24		15		39	67.245
PB	6	x	3	=	18		18		36	50.565

Eleição Distrital								
Estado	Nº de Dist. ^(a)		Deps. por Dist.		Total Deps. Dist.	Nº de + Deps. propor.	Nº de = Deps. est.	Quociente eleitoral ^(b)
ES	5	x	3	=	15	12	27	65.868
PI	5	x	3	=	15	12	27	60.982
RN	4	x	3	=	12	12	24	59.065
AL	4	x	3	=	12	12	24	43.560
MS	4	x	3	=	12	12	24	44.048
MT	4	x	3	=	12	12	24	33.375
AM	4	x	3	=	12	12	24	31.490
SE	4	x	3	=	12	12	24	30.353
RO	4	x	3	=	12	12	24	14.412
AC	4	x	3	=	12	12	24	6.658
Total			546			401	947	114.784

(a) Os Distritos são coincidentes com os para Deputado federal.

(b) Voto válido dividido pelo número de vagas proporcionais a preencher; com base nas eleições de 1982.

QUADRO 9

Desempenho dos Partidos alemães no sistema eleitoral "misto" para o Bundestag — 1976, 1980 e 1983

Partidos	%	Cota por RP ^(b)	Distribuição das cadeiras ^(a)	
			Pelos Dist.	Listas part.
1976				
CDU/CDS	48,6	243	135	108
SPD	42,6	214	113	101
FDP	7,9	39	00	39
Menores ^(c)	0,9	00	00	00
TOTAL	100,0	496	248	248
1980				
CDU/CDS	44,5	226	121	105
SPD	42,9	218	127	91
FDP	10,6	53	00	53
Menores ^(c)	2,0	00	00	00
TOTAL	100,0	497	248	249

Partidos	%	Cota por RP ^(b)	Distribuição das cadeiras ^(a)	
			Pelos Díst.	Listas part.
1983				
CDU/CDS	48,8	244	180	64
SPD	38,2	193	68	125
FDP	6,9	34	00	34
GRUNE ^(d)	5,6	27	00	27
Menores ^(c)	0,5	00	00	00
TOTAL	100,0	498	248	250

(a) Em cada eleição, 22 cadeiras adicionais são eleitas por Berlim Ocidental.

(b) Pela divisão do quociente partidário.

(c) O mínimo para conseguir representação no Bundestag é de 5% do voto válido.

(d) Partido dos Ecologistas, os "Verdes".

V — A estrutura dos Partidos e a escolha dos candidatos

Como consequência final deste projeto, temos o problema da escolha dos candidatos pelos Partidos. Pela redação em tramitação, tanto os candidatos distritais como os candidatos "proporcionais" para Deputado federal e estadual seriam escolhidos nas convenções distritais. Estas, por sua vez, seriam constituídas pelos Diretórios Municipais.

Ora, com a recente prorrogação dos mandatos municipais nestes Diretórios, o projeto concentra um poder em demasia nas mãos dessas oligarquias locais, pois apenas sobriria à convenção estadual de cada Partido escolher quatro nomes; seus candidatos para Governador, Vice e dois Senadores em 1986.

Os Prefeitos eleitos em 1982 para um mandato de 6 anos, além de uma forte influência sobre estas convenções distritais, seriam fortes candidatos, especialmente os de cidades com mais de 100 mil eleitores.

Em 1982, muitos observadores acharam que uma renovação de 55% na Câmara dos Deputados foi muito alta; se o projeto for aprovado como está, pode-se esperar uma renovação de além de 70%, e muito candidato "nato" morreria de "aborto provocado".

Inconstitucionalidade de fusão e incorporação de Partidos Políticos

CELSO BASTOS

Professor de Direito Constitucional da
PUC — SP. Diretor-Geral do Instituto
Brasileiro de Direito Constitucional.

1 — A decisão dos nossos dois maiores Partidos de Oposição de incorporarem-se trouxe à baila aspectos jurídicos da questão, muito pouco, ou quase nada, estudados em nosso direito. Os ângulos mais abordados durante os debates travados não foram, contudo, aqueles próprios do direito constitucional. O calor da discussão política em torno do assunto impediu uma abordagem fria, isenta e científica, elaborada apenas à luz dos princípios estatuídos na nossa Lei Fundamental. O que nos move aqui é colaborar, por pouco que seja, no processo de colmatação dessa lacuna. Vemos no tema aquilo que ele tem de permanente, e, em conseqüência, de renovável no futuro. Queremos crer que o seu estudo é tarefa que se impõe aos constitucionalistas, independentemente de suas opiniões políticas. O tempo já transcorrido da decisão tomada tanto pelos Partidos envolvidos, como pelo Tribunal Superior Eleitoral, é bastante, para que focalizemos o assunto, descuidados das suas repercussões político-partidárias. Trata-se, pois, neste trabalho, de examinar os aspectos constitucionais da fusão e incorporação das agremiações políticas, atentando-se tão-somente para o alargamento da visão teórica acerca das nossas instituições, precipuamente as partidárias, tão merecedora de aprofundamento científico neste dealbar de um novo período na vida democrática do País.

2 — De início cabem algumas palavras acerca das diferenças entre *fusão* e *incorporação* . Embora ambos processos de unificação partidária,

o que de logo chama, no entanto, a atenção é que na *incorporação* não existe reciprocidade de papéis. Há nitidamente um Partido, digamos, predominante, que absorve o outro. Este, na verdade, enquanto entidade, dilui-se no primeiro. Ocorre, pois, uma absorção dos filiados ou aderentes daquele, sem que a isto corresponda qualquer concessão institucional do lado do Partido absorvente. Eventual integração nos quadros diretivos da entidade dominante, de membros do ente absorvido, se dá por força de mera negociação política, sem qualquer exigência de respeito, ainda que parcial, ao conteúdo programático da associação diluída. É certo que a Lei nº 5.682 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) fala, para a hipótese de incorporação, em eleição de um novo Diretório, a ser escolhido, em convenção nacional conjunta. Mas ressalte-se bem este aspecto, que nos será útil no curso deste trabalho. A sobrevivência do Partido atraído fica sujeita às áleas de uma eleição, inexistindo qualquer participação compulsória sua no seio da associação atraente.

3 — Demarcadas algumas das balizas que traçam o perfil dos dois institutos, cumpre pôr em debate mais direto a questão nuclear. Encontra amparo na Constituição e nas leis do País a *incorporação* tal como exposta? A nós ela se nos afigura atentatória, quer à primeira, quer às segundas, por uma série de razões, que passaremos a expor sucessivamente, sem que se queira, só por isso, estabelecer uma ordem de importância entre elas.

4 — Inicialmente, há de ser invocado o art. 152, § 4º, da Constituição, cujo teor é o seguinte: “A extinção dos Partidos Políticos dar-se-á na forma e nos casos estabelecidos em lei.” Vê-se pela sua leitura que a Lei das Leis prevê, como destinação hipotética da entidade associativa de finalidade política, a sua extinção. Nada diz a respeito da sua incorporação ou fusão. Poder-se-á alegar, é certo, que o fato de omitir-se o Texto Constitucional não prejudica, em nada, a lei ordinária, que poderá, ante o vazio da Lei Maior, dispor sobre outras destinações passíveis de serem assumidas pelos Partidos Políticos. É dizer, embora contemplando tão-só a *extinção* dessas entidades, o que vale dizer, o seu aniquilamento incondicional e sem disposições a serem ulteriormente aplicadas sobre os despojos do Partido extinto, a Lei Magna não estaria só por isso vedando a que a lei ordinária criasse outros institutos afins, tais como a fusão ou a incorporação. Nada, contudo, mais desassistido de razão do que tal entendimento, com a devida vênia.

5 — É que não estamos aqui diante de um dispositivo constitucional de estirpe meramente programática, é dizer, de natureza a traçar tão-

somente um fim, um vetor, ou um programa a ser perseguido pela legislação subconstitucional. Nessa hipótese sim, seria de admitir-se uma larga margem de discricção legislativa, exigindo das leis que viessem a integrar o vazio da norma programática, tão-só uma relação de compatibilidade com esta, de não antagonismo ou confronto, enfim. Mas esta larga margem de apreciação discricionária do órgão legiferante inexistente em casos como o da espécie, em que se está diante, na verdade, de uma autêntica norma constitucional regulamentável. Tal nomenclatura foi por nós, conjuntamente com o Prof. CARLOS AYRES BRITTO, utilizada em obra comum com o título de *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (Editora Saraiva). Deixamos aí expostos os traços que salientam a especificidade das normas regulamentáveis. Estas, na verdade, não se apresentam carentes de normatividade, a ser preenchida pela legislação integradora. Elas são plenas, cheias e completas em si mesmas, não tolerando uma legislação infraconstitucional senão para lhes assegurar maior operatividade, e não para integrar-lhes o conteúdo. Ora, no caso presente, a norma do Texto Magno está completa quanto ao destino a ser conferido ao Partido, quer nas hipóteses de não mais desejar existir, quer na de deixar de reunir as condições constitucionais para tanto. Prevê ele, de forma nítida e insofismável, com exclusão de qualquer outra, a *extinção* como forma de perecimento da associação político-partidária. A lei cumpre tão-somente o papel de ditar forma e casos dessa extinção, mas não de desdobrá-la em institutos afins, que, guardando alguma semelhança embora com a *extinção*, acabam, contudo, por extravasá-la às inteiras. A fusão e a incorporação superam a mera extinção. Esta significa perecimento sem sobrevivência jurídica dos elementos extintos, ou melhor, sem nenhuma previsão legal dessa sobrevivência. A fusão e a incorporação implicam, pelo contrário, em alteração da essência partidária, sem limitação, contudo, ao seu mero perecimento. As entidades implicadas nos processos incorporacionistas não se limitam a proclamar a sua autodissolução, mas pelo contrário, estatuem sobre o seu futuro, ainda que seja para dispor que se diluirão *no seio de outra entidade*, como o faz o Partido que proclama o seu propósito de incorporar-se em outro. Ele não quer *morrer*, mas ter uma vida vicária em outro ser. Sem embargo de acarretar uma extinção do Partido que se incorpora em outro, a verdade é que não estamos, em hipóteses que tais, diante de institutos de conseqüências exclusivamente extintivas. É preciso reconhecer-se, e toda a lógica exige isso, que incorporar-se é *mais* do que extinguir, porque implica uma sobrevivência no interior de outra entidade, o que, dada a natureza política dos Partidos, é de suma importância para os seus membros.

Uma conclusão, ainda que parcial, há de extrair-se dessas premissas. A lei ordinária, ao dispor sobre o futuro dos Partidos Políticos, foi além da Constituição, eis que esta só previu a extinção. A incorporação e a fusão, embora possam implicar num processo de relativa extinção, vão muito além deste, eis que não se limitam a operacionalizar o perecimento de um ser, mas a sua transmutação em outro.

6 — Um ponto, contudo, ainda não enfrentamos. Consiste ele em explicar por que, *in casu*, é vedado à lei ordinária ir além do previsto pela Constituição. É que, em matéria de Partidos Políticos, a Lei Maior é absolutamente exauriente do tema, só relegando à lei comum aqueles tópicos sobre os quais ela se pronuncia de forma expressa. Vejamos a oração do art. 152: “A organização e o funcionamento dos Partidos Políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.” A seguir, em seis parágrafos, são expostos os grandes princípios que informam todo o assunto. Assim, ressaltamos claro que a Constituição chamou a si o trato da matéria atinente a Partidos Políticos, cuja natureza, de resto, não pode por ninguém ser considerada senão de estirpe constitucional. Não relegou, ela, por mera implicitude que fosse, qualquer competência para o legislador ordinário versar temas para os quais não esteja habilitado pela outorga de uma faculdade expressa. Ora, o Texto Magno é absolutamente silente no que diz com a fusão ou a incorporação de Partidos Políticos. Segue-se daí que o Congresso Nacional, ao prevê-las, se irrogou em poder que a própria Constituição lhe sonega. Ora, esta subversão da vontade da Lei Máxima não pode deixar de ser tida por flagrante inconstitucionalidade, bastante em si mesma para fulminar de nulidade, pelo supremo dos vícios jurídicos, as normas sobre que se funda a incorporação, ou mesmo a fusão.

7 — Mas o desrespeito à Carta vigente não pára aí. Vai muito além. O mesmo art. 152 diz no seu parágrafo primeiro que “na organização dos Partidos Políticos serão observados os seguintes princípios”. E no seu inciso IV estipula: “âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou municipais”. Ressaltamos clara a intenção do constituinte: estabelecer uma estrutura partidária amoldável ao perfil federativo do Estado brasileiro. É dizer, como neste existe uma partilha de competência entre a União, os Estados e os Municípios, as organizações partidárias, também elas, haverão de obedecer a tal princípio descentralizador, *sem qualquer primado do poder central*.

A expressão “sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou municipais” é muito clara a este propósito. Não sofrerão,

os órgãos regionais e municipais, qualquer desequiparação que equiva-
lha a uma *capitis diminutio*. Deliberarão eles soberanamente sobre
tudo que os afete diretamente, remanesendo na alçada dos órgãos
federais, ou, se preferirmos, nacionais, a competência para dispor sobre
tudo aquilo que lhes diga respeito, *exclusivamente*. Em outro dizer, de
nenhuma faculdade dispõem os órgãos centrais para deliberar com
força compulsória sobre temas de interesse dos departamentos estaduais
e municipais do Partido. Estes não podem ser colhidos por decisões uni-
laterais tomadas pelo centro, à revelia dos organismos periféricos. Seria
de perguntar-se: há matéria que possa mais afetar os interesses dos
órgãos locais do que a deliberação acerca do destino autônomo da socie-
dade política, a propósito de sua própria existência enquanto ser em si
mesmo substante? É óbvio que as decisões tomadas em convenções na-
cionais dos Partidos interessados jamais poderão traduzir-se em mani-
festação de vontade aptas a comprometer o todo partidário. Qualquer
decisão com esse alcance só poderá ser obtida mediante a audiência
conjugada dos órgãos nacionais, estaduais e municipais, visto que a in-
corporação a todos igualmente diz respeito sem, repita-se, qualquer pri-
mado do papel decisório do poder central. O contrário seria aceitar-se
c que a Constituição proíbe. Seria ler *sim* onde o texto diz *não*. Como
não haver prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou
municipais, ao se deliberar à sua revelia, acerca da própria existência
deles? É claro que se desmandou a Lei nº 5.682 ao não acatar o manda-
mento constitucional. Mas o abuso da lei não pode isentar de ilicitude
um comportamento praticado ao arrepio da Lei Maior. As opções par-
tidárias, ao preferirem ficar com a lei e relegar a segundo plano a Carta
Magna, incidiram, no caso da incorporação do PP ao PMDB, em inegá-
vel inconstitucionalidade, só sanável com a fulminação do ato viciado
ou, no mínimo, com a sua sanção mediante ratificação dos órgãos de
deliberação estaduais e municipais, não fora continuar ela a ser incons-
titucional por agressora a outros princípios, expostos no curso deste tra-
balho. De passagem, diga-se que tal medida de sanção foi providenciada.

8 — Cumpre avançar mais no tema, todavia. Outro princípio cons-
titucional sujeita os nossos Partidos Políticos. Trata-se da obediência
ao “regime representativo e democrático”, baseado na pluralidade dos
Partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais (art. 152, §
1º, I).

De logo salta clara mais esta inconstitucionalidade. Onde o respeito
ao princípio democrático e representativo, se um pequeno grupo de
convencionais, sem mandato para tanto, pode deliberar sobre a incor-

poração de um Partido em outro? E aqui chegamos ao ponto de que se nos afigura um dos mais graves deslizos em que incidiu a incriminada Lei nº 5.682. Referimo-nos à encampação feita por essa norma de *institutos próprios das associações privadas, mas que não têm nenhuma significação à luz do direito público*. É dizer, Partidos Políticos não são entidades em tudo similares a uma sociedade civil ou uma associação comercial, a ponto de se poderem extrapolar, acriticamente, institutos próprios destas últimas para os primeiros.

9 — A opção política em favor de uma ideologia ou de um Partido feita no exercício de um direito constitucional é assegurada pelo art. 153. Por sua vez, o art. 152, § 1º, I, manda que se obedeça, na organização dos Partidos, aos direitos humanos fundamentais. Ora, se a escolha de um Partido Político é algo de extremamente grave para o indivíduo, indaga-se: como pode este ser *transferido* de um Partido para outro, por mera decisão dos convencionais nacionais? Como pode ser ignorado o direito de o cidadão permanecer no Partido a que espontaneamente e por uma imposição íntima de consciência aderiu? Os Partidos têm compromissos com os programas em função dos quais atraíram seus aderentes. Ademais, se na incorporação não existe nenhuma obrigação legal de o Partido absorvente encampar, ainda que parcialmente, as idéias do Partido atraído para a sua esfera jurídica, é forçoso reconhecer-se que nela há mera trasladação de pessoas, fim esse que pode ser perfeitamente atingido pelo desligamento dos descontentes e sua filiação ao Partido que desejarem. Se há o direito de livre filiação, é de se perquirir o que leva um grupo partidário a dissolver a sua própria agremiação, sob pretexto de incorporá-la a outra? A nós não nos acode como resposta senão o expediente antidemocrático de impedir o direito de livre opção dos inconformados com a idéia.

E nem se diga que aqui se trata de um problema de maioria. Não pensamos que o regime democrático, de talhe liberal, a que estamos sujeitos por opção do constituinte, se satisfaça com o mero predomínio da vontade da maioria. Esta há de prevalecer, é certo, mas com o mínimo de sacrifício dos direitos das minorias. A medida é antidemocrática, toda vez que *desnecessariamente* sacrifica o interesse da minoria em benefício de transitória e precária maioria. E é o que se deu no caso que aviventou o tema em estudo, em que expressivas correntes do Partido absorvido insurgiram-se contra a cassação feita pela maioria do direito de permanecerem fiéis às idéias que informaram a criação e organização do Partido. E aqui estamos falando em maioria e minoria admitindo-se que a vontade dos convencionais nacionais seja represen-

tativa na matéria. A prevalecerem critérios democráticos de aferição da vontade partidária, quiçá fossem invertidas as atuais maioria e minoria.

10 — O que é certo, contudo, é que o instituto da incorporação partidária recobre, no fundo, uma violência contra o direito de livre formação e exteriorização do pensamento e da vontade política do cidadão. Assemelha a associação partidária a uma entidade de fins lucrativos, na qual, ressalvados os meios, todos possuem o comum objetivo da perseguição do lucro. Os Partidos Políticos são entidades absolutamente individuadas que não podem sob forma alguma incorporar-se ou fundir-se em outras, sem se renegarem a si mesmas, enquanto expressão de uma ideologia e de um programa para viabilizá-la.

11 — Veja-se o seguinte paradoxo. A Constituição optou pelo pluripartidarismo. De outra parte foi extremamente exigente quanto aos requisitos para a formação de um Partido. Pode-se aceitar, ante isso, que são compatíveis com essa mesma Constituição institutos que fazem tábula rasa das dificuldades havidas na criação da entidade, para permitir que por meio de maiorias ocasionais e inexpressivas seja desfeito aquilo que tanto custou a criar e que coopera para o pluripartidarismo almejado? É óbvio que a Constituição, ao deferir à lei a competência para especificar as causas de extinção dos Partidos Políticos, implicitamente está a impor que estas razões sejam de monta, e compatíveis com os demais designios constitucionais, estabelecidos de forma basicamente programática, mas nem por isso menos cogente, no corpo do próprio Texto Constitucional.

12 — Em arremate destas considerações, temos que a auto-extinção de um Partido, ou a sua incorporação ou fusão em outro — o que, para o argumento ora expendido são coisas equiparáveis — fere em cheio o direito individual de livre associação, do qual o direito de filiação partidária é decorrente. Ofende, por igual maneira, ao princípio democrático que vincula as nossas instituições, assim como o pluripartidarismo que os embasa.

Em síntese conclusiva do trabalho extrai-se o seguinte. São diversas as inconstitucionalidades existentes na Lei nº 5.682. A adoção dos institutos da fusão e da incorporação partidária são inconcipientes com princípios maiores consagrados no seio do Texto Constitucional.

Este foi muito claro ao definir à lei a faculdade de regulamentar a forma e os casos de extinção dos Partidos Políticos. Uma vez criados, só

se extinguem eles em ocorrendo causas obstativas à sua sobrevivência, as quais deverão ser reguladas em lei, assim como esta deverá prever o *modus operandi* da extinção.

Criar, contudo, institutos afins, que acabam por inviabilizar a vida do Partido, o que se constitui em causa da *extinção*, mais do que mero caso de liquidação, como reza a Constituição, é distorcer, de um só golpe, os princípios da livre expressão do pensamento e da livre filiação partidária, assim como o pluripartidarismo, o regime democrático representativo, de color liberal, e o respeito da vontade das minorias.

O Partido Político só preenche as finalidades em vista das quais foi criado, existindo autonomamente. Sua incorporação ou fusão em outro equivale a um repúdio do ideário abraçado, que é inclusive valorado positivamente pela Constituição ao dispor sobre a fidelidade partidária e sobre a perda do mandato daquele que deixa o Partido por que foi eleito.

Conclusões

1º — Os institutos da fusão e incorporação partidárias, por serem meras transplantações do direito privado, não se adaptam às agremiações associativas de fins políticos, que são criadas e regidas por princípios diversos dos vigentes para as entidades de fins civis ou comerciais.

2º — Urge, pois, recolocar a questão nos seus devidos termos, declarando-se a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, por provocação da parte interessada, nas hipóteses em que eles venham a ser aplicados concretamente.

3º — Seria de toda conveniência, outrossim, a ativação por parte do Procurador-Geral da República da sua competência para mover representações por inconstitucionalidades em abstrato, junto à Suprema Corte do País, objetivando dirimir antecipadamente tal controvérsia, impedindo assim que a mesma se renove de futuro, mas então já tisonada pelos matizes dos interesses de índole político-partidária, sempre presentes quando em jogo a resolução de uma causa concreta.

4º — As medidas alvitradas nos itens 2º e 3º não colidem com a proposição que ora se faz no sentido de que a matéria encontre uma solução legislativa, enviando-se ao Congresso Nacional, por quem de direito, projeto de lei objetivando a revogação dos institutos da fusão e da incorporação partidárias.

A Missão Inglesa de 1924

MIRCEA BUESCU

Professor da PUC/RJ — Sócio do IHGB

Justificação

Entre as várias missões econômicas estrangeiras que visitaram o Brasil durante a primeira metade deste século, algumas de maior relevância, como a missão Cooke (1944) e, ainda mais, a missão Abbink (1948) foram objeto de vários comentários⁽¹⁾. Outras, como a de Sir Otto Niemeyer (1931) ou de Alex Taub (1941), mereceram menor atenção, para não falar na do Lorde d'Abernon (1929)⁽²⁾. Na extremidade oposta encontra-se a missão Montagu (1924), que foi totalmente esquecida⁽³⁾. Achei, portanto, que, embora não se trate realmente de um evento com reflexos mais profundos na economia brasileira, se justificava uma análise mais cuidadosa do seu relatório, visto no contexto do cenário nacional e internacional da época⁽⁴⁾.

Fui movido, também, por outro objetivo, o de fazer justiça, sob perspectiva histórica, a políticas econômicas aplicadas no período entre a Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão. Não que eu julgue aquelas políticas válidas dentro do pensamento econômico atual. Mas acho que se trata de

- (1) COOKE, Morris Llewellyn. *Brazil on the March — Study in International Cooperation* — 1944; comentários em: MALAN, Pedro S. — BONELLI, Regis — ABREU, Marcelo de P. — PEREIRA, Eduardo de C. *Política Econômica Externa e Industrialização do Brasil (1939/1952)*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1977, pp. 27-28. A missão Abbink correspondeu à criação da Comissão Técnica Mista Brasil-Estados Unidos (1948); o seu relatório foi de 1949: *Report of the Joint Brazil-United States Technical Commission*; comentários em: MALAN, op. cit., pp. 47-59.
- (2) NIEMEYER, Sir Otto E. *Report to the Brazilian Government* — 1931; comentários em: NORMANO, J. F. *Evolução Econômica do Brasil*. São Paulo, CEN, 1975 — pp. 188-190 e 201. Sobre a missão d'Abernon, incidentalmente em: NORMANO, op. cit., p. 190. Sobre a missão Taub, também, incidentalmente em: MALAN, op. cit., pp. 27-30.
- (3) Há, apenas, algumas referências em: NORMANO, op. cit., p. 190 e, bastante elogiosas, p. 201; também em: NEUHAUS, Paulo. *História Monetária do Brasil 1900-45*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1975, p. 76.
- (4) A idéia surgiu ao receber, gentilmente oferecido pelo Ministro Rubem Rosa, o exemplar, da coleção herdada do seu pai, do *Diário Oficial* que publicou o Relatório da Missão Montagu (Relatório da Missão Inglesa — dirigido ao Presidente Arthur Bernardes, *Diário Oficial*, ano LXIII, n.º 156, de 29-6-1924, pp. 15.282-15.297).

uma certa injustiça e, sem dúvida, de uma falta de compreensão histórica, quando se avaliam as políticas do passado à luz das teorias econômicas recentes (elas mesmas, ainda tão precárias!) que eram evidentemente desconhecidas na época. Uma coisa é fazer um confronto teórico entre posições atuais e passadas com vistas ao descobrimento da verdade, e outra coisa é culpar os antepassados por não terem sabido o que nós sabemos (ou quase). A teoria econômica de Aristóteles é terrivelmente falha à luz de nossos conhecimentos — mas isto não reduz o valor de Aristóteles.

Em várias oportunidades insurtei-me contra esse procedimento em relação à política econômica do Império⁽⁵⁾. A mesma oposição se pode fazer, em grande parte, às restrições, sobretudo oriundas dos economistas, a respeito das políticas econômicas dos anos 20⁽⁶⁾. Uma visão mais "historicista" exige a colocação dos fatos — atitudes, mentalidades, políticas, instituições — dentro da realidade da respectiva época. É o que pretendo tentar com relação à missão Montagu e às opiniões emitidas a seu propósito.

O cenário internacional

A década dos anos 20 e principalmente o seu início foram marcados pelo impacto da Primeira Guerra Mundial⁽⁷⁾. Depois da euforia da **Belle Époque**, o desmoronamento do sistema político mundial numa aventura sangrenta, que durou mais de quatro anos, abalou profundamente a confiança no progresso contínuo, sem acidentes, da humanidade do século XX. A catástrofe do "Titanic", alguns anos antes, parece ter prefigurado o fracasso do que a civilização ocidental pensava ter construído *ad aeternitatem*.

(5) Entre outras BUESCU, Mircea. "Política de endividamento externo do Império" — in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 19, jan./mar. 1982.

(6) Um exemplo pode ser encontrado mesmo num livro de grande valor, cujos autores merecem a maior estima (VILLELA, Annibal Vilanova — SUZIGAN, Wilson. *Política do Governo e Crescimento da Economia Brasileira 1889-1945*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1973). Referindo-se às medidas econômicas implantadas em 1926 — de contenção monetária, equilíbrio orçamentário e estabilização, princípios dominantes também em 1924, no tempo da Missão Montagu — eles escrevem: "Eram, pois, mais uma vez, os exemplos de outros países, com instituições e problemas diferentes, que serviam de modelo para o Brasil" (p. 155). Na realidade, os dirigentes econômicos do Brasil, embora adotando teoricamente as doutrinas da época — livre-cambismo, padrão-ouro e suas implicações — manifestaram, na prática, um pragmatismo que podia ser considerado herético, mas que evitou efeitos nocivos, hoje em dia condenados. Outrossim, podiam eles aplicar teorias e políticas econômicas originais, próprias de um país subdesenvolvido? Um tratamento específico do subdesenvolvimento surgiu, apenas, em tempos recentes. Um autor competente observou que a teoria econômica analisou as causas do desenvolvimento, mas "geralmente se insistiu nos fatores que promovem o desenvolvimento e não o problema oposto, das limitações ao desenvolvimento" (MEIER, Gerald M. — in *A Economia do Subdesenvolvimento* — coord. A. N. Agarwala — S. P. Singh. Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 62). Outro autor se queixa da "falta de compreensão para com os problemas (dos países menos desenvolvidos)" (WALLICH, Henry C. — *Ibidem*, p. 197). E, mais adiante, escrevendo em 1952, dizia que "a literatura do pós-guerra sobre a economia do crescimento se tem inclinado a distinguir entre o processo de crescimento dos países de desenvolvimento relativamente avançado e o dos chamados países subdesenvolvidos", queixando-se da "ausência de rigor" desta última categoria e do fato de que "grande parte da discussão se desenvolveu num vazio teórico, tornando-se, conseqüentemente, insatisfatória tanto lógica quanto praticamente" (*Ibidem*, pp. 225-226). Se isso podia ser afirmado no início da segunda metade do século XX, como podiam os dirigentes econômicos do Brasil nos anos 20 aplicar políticas peculiares, diferentes dos centros culturais do mundo?

(7) Sobre a história econômica mundial no período anterior à Grande Depressão pode-se consultar: BARNES, Harry Elmer. *História de la Economía del Mundo Occidental*. México, UTHERA, 1955, pp. 738-741; MAURO, Frédéric. *História Económica Mundial 1790-1970*. Rio de Janeiro, Zahar, 1973, pp. 338-344; NIVEAU, M. *História dos Fatos Económicos Contemporâneos*. São Paulo, DIFEL, 1969, pp. 211-222 e 283-296; POMMERY, Louis. *Aperçu d'Histoire Économique Contemporaine 1890-1939*. Paris, Médicis, 1945, pp. 88-159.

O otimismo perdurou, entretanto, embora muito ferido. A organização da Liga das Nações (1920) representou o anseio por um mundo melhor, de paz e compreensão, mas sabe-se que, desde o princípio, foi minada por vícios profundos que a levaram ao insucesso (8).

O abalo político foi acompanhado de perturbações econômicas e sociais que demonstraram a mudança do cenário mundial sob todos os aspectos e em todas as áreas. Numa apreciação global, todo o período que medeia entre o início da Primeira Guerra Mundial e o fim da Segunda (1914-1938) é caracterizado, sob o ângulo das flutuações cíclicas das economias, como uma fase B Kondratieff, isto é, de desaceleração das atividades econômicas. Dentro do ciclo Kondratieff, identificam-se três ciclos Juglar, de curto prazo: 1914/1922 (com ponto de ruptura em 1920), 1922/1932 (com ruptura em 1929) e 1932/1938 com ruptura em 1937). Deve-se ressaltar que, numa fase B Kondratieff, as depressões Juglar se tornam mais graves, tal como se verificou para o período 1920/1922 e, principalmente, 1929/1932 — o da Grande Depressão.

No pós-guerra imediato, em 1919/1920, verificou-se um verdadeiro boom, resultante da explosão da demanda de bens de consumo, reprimida durante quatro anos. O esgotamento da procura, aliado a políticas monetárias e fiscais contencionistas (cuja procedência será explicada mais adiante), bem como a fatores de menor importância, levaram a uma fase de depressão, caracterizada pela queda generalizada dos preços.

É verdade, contudo, que “a depressão foi profunda, mas de curta duração” (9). Em 1922, começou um período de expansão econômica com aumento da produção, elevação dos preços, expansão do comércio internacional, aumento das rendas (10). As flutuações cíclicas eram típicas dos países industrializados, do “centro”, mas, devido a solidariedade do sistema internacional, afetavam os países menos desenvolvidos, da “periferia”. O Brasil não podia fugir a essa influência e foi neste ambiente que surgiram os problemas levantados pelo Relatório Montagu.

A despeito da superação da crise e da retomada do desenvolvimento, as dificuldades não desapareceram. O sistema integrado do mercado mundial, comercial e financeiro, tinha sido desmantelado pelo retraimento de alguns parceiros (principalmente, a Alemanha), pelas alterações estruturais provocadas pela guerra, pelo recuo da Europa, pelo aparecimento, ao lado da tradicional praça de Londres, de um outro centro financeiro internacional — Nova Iorque — muito menos bem preparada do que o primeiro.

(8) A Liga das Nações “não era nem suficientemente universal para conseguir uma conciliação geral, nem suficientemente coesiva para conseguir uma ação decisiva como um concerto de potências” (THOMSON, David. *Pequena História do Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967, p. 93). Sobre as ações, os sucessos e, sobretudo, os fracassos da Liga há uma imensa literatura que, obviamente, não se justifica citar no presente trabalho.

(9) NIVEAU, *op. cit.*, p. 212.

(10) A título de simples indicação, as importações da Inglaterra aumentaram, em valor, 58,8% entre 1913 e 1929 e as dos Estados Unidos 145,6%; as exportações 14,9% e 112,4%, respectivamente (POMMERY, *op. cit.*, p. 447). O comércio internacional mais do que se recuperou em relação aos níveis do anteguerra. Evolução semelhante observa-se na produção industrial, matérias-primas, transportes.

A preocupação principal foi de caráter monetário, financeiro e cambial, em face das perturbações provocadas pela guerra. Os desequilíbrios dos balanços de pagamentos e os fenômenos inflacionários foram generalizados. Sobretudo assustou a inflação, com os exemplos dramáticos da Áustria, com um aumento dos preços de 14 mil vezes entre 1914 e 1923, da Hungria com 23 mil vezes, da Polônia com 2,5 milhões de vezes e da Alemanha com mil bilhões de vezes! Os vencedores, embora menos abalados, sofreram, eles também, sérias pressões inflacionárias e desvalorizações cambiais.

Dentro de uma consciência mais nítida, embora ainda insuficiente, de cooperação internacional, os esforços concentraram-se no sentido da estabilização monetária, cambial e financeira. Deve-se sublinhar, para bem compreender a política econômica do Brasil na época, que as medidas tomadas nos países-líderes, com inevitáveis repercussões em todo o mundo, se guiaram pelos conceitos do liberalismo econômico, ainda dominante, com o seu apêndice instrumental que era o sistema do padrão-ouro. Diziam, em 1925, banqueiros ingleses: "No momento, não há uma grande nação que, tendo abandonado o padrão-ouro, não aspire a voltar a ele" (11).

O retorno ao padrão-ouro exigia uma política deflacionista, com a eliminação dos déficits orçamentários e das emissões desordenadas de papel-moeda. Na primeira tentativa de solução internacional na Conferência de Bruxelas (1920) foi afirmado: "O retorno efetivo ao padrão-ouro ou o seu estabelecimento necessitaria, em inúmeros casos, uma deflação séria, e o certo é que uma deflação nessas condições, se fosse tentada, deveria efetuar-se progressivamente e com grande prudência" (12) — mas não deixaria de ser uma deflação!

A ênfase reservada ao equilíbrio orçamentário foi afirmada até em anos mais recentes (13), e deve ser levada em consideração para compreender as posições do Relatório Montagu e do próprio Governo brasileiro.

A base teórica das reformas repousava no retorno ao padrão-ouro, como pregou, desde 1918, o conhecido **Cunliffe Report** — criticado por KEYNES, é verdade, mantendo a força de suas opiniões até mais tarde, tais como foram repetidas no **McMillan Report**, de 1931. A dificuldade de voltar para o sistema puro do padrão-ouro levou, na Conferência de Gênova, em 1922, à formulação do sistema corrigido do **gold exchange standard** — reforma que tinha por baixo o desejo da Inglaterra de retomar a liderança monetária internacional, na competição que se havia suscitado entre a libra esterlina, o dólar norte-americano e o franco francês (14).

(11) Apud POMMERY, *op. cit.*, p. 100.

(12) Apud NIVEAU, *op. cit.*, p. 285.

(13) A política antiinflacionária "concede naturalmente um lugar predominante aos problemas de política fiscal" (*Inflation et la Lutte contre l'inflation*. Liga das Nações, 1946, p. 5). E, depois: "A opinião predominante na Conferência Financeira de Bruxelas, em 1920, era que os governos poderiam debelar a inflação se tivessem realmente a vontade de equilibrar seus orçamentos" (*idem*, p. 27).

(14) Afirmou-se, em Gênova, que "a manutenção do valor-ouro de uma moeda deve ser assegurado por uma reserva adequada de créditos que não serão, necessariamente, em ouro" (apud NIVEAU, *op. cit.*, p. 286) — o que podia fortalecer os créditos em libras esterlinas.

Foi com base nessas idéias que a maioria dos países do mundo ocidental procedeu, entre 1923 e 1929, à estabilização de suas moedas, seja em ouro, seja em ouro e divisas fortes: até 1924, 13 países o haviam feito e entre 1925 e 1929 mais 11 países se juntaram ⁽¹⁵⁾. Essas operações, nem todas bem sucedidas, foram feitas num ambiente de relativa normalização política e econômica (lembramos os Acordos de Locarno — 1925 e o Pacto Briand-Kellogg — 1928). Só a Grande Depressão de 1929 iria arrasar a frágil construção.

O cenário nacional

A economia brasileira refletiu, na década dos anos 20, a evolução das economias do “centro”, assim como, em face da inexistência de muitas alternativas, as políticas aplicadas seguiram o modelo das políticas vigorantes entre os países mais avançados, embora com certos desvios voluntários ou casuais ⁽¹⁶⁾.

De forma geral a **performance** brasileira foi boa, salvo durante a *passageira* crise de 1920/1921 e, no fim da década, após o estouro da Grande Depressão. Alguns anos atrás, calculei que, no período, a renda interna cresceu à taxa anual média, bastante satisfatória, de 4,2% ⁽¹⁷⁾ — resultado confirmado por outros cálculos mais recentes ⁽¹⁸⁾.

Se nos referirmos ao comércio exterior, que constituía, ainda, o setor dinâmico da economia, constataremos que as exportações alcançaram um pico em 1919 — reflexo do **boom** já mencionado — e que, malgrado o aumento das importações, a balança comercial acusou o extraordinário superávit de £ 45,5 milhões ⁽¹⁹⁾. Após a queda de 1920 e, sobretudo, de 1921, das exportações, devido à crise mundial, com balança comercial deficitária, as exportações voltam a crescer de £ 45,4 milhões em 1921 para £ 68,6 milhões em 1924, enquanto as importações permanecem em torno de £ 45 milhões. Ademais, o índice da relação de trocas melhorou em mais de 100% e o superávit médio do biênio 1922/1923 foi de £ 19,4 milhões.

Sem dúvida, no ano em que Arthur Bernardes assumiu a Presidência da República, a situação econômica, ainda abalada pela depressão mundial, não era boa ⁽²⁰⁾, mas o pessimismo manifesta-se, também, nos anos seguintes (1923/1924), quando, de fato, a situação, pelo menos do comércio exterior, *havia melhorado substancialmente*. Dentro da visão da época, as preocupa-

(15) *Inflation...*, op. cit., p. 120.

(16) Vide a nota 6 supra.

(17) BUESCU, Mircea. *História Econômica do Brasil — Pesquisas e Análises*. Rio de Janeiro, APEC, 1970, pp. 272-278.

(18) Cláudio Haddad, por outros caminhos, chegou a um resultado parecido — 4,5% ao ano (Crescimento do produto real brasileiro 1900/1947 — in *Formação Econômica do Brasil* — org. FLÁVIO RABELO VERSIANI e JOSÉ ROBERTO MENDONÇA DE BARROS. São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 143-166).

(19) Muitos dos dados estatísticos citados foram tirados do livro já mencionado de VILLELA-SUZIGAN.

(20) Um defensor de Arthur Bernardes escreveu, um tanto exageradamente: “Recebendo das mãos do Sr. Epitácio Pessoa a herança trágica de um período de deboche financeiro e moral, quando o crédito do País ameaçava extinguir-se integralmente...” (PAVAO, Ary. *Arthur Bernardes e o Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. Moderna, 1931, p. 82).

ções prendiam-se mais aos problemas monetários e financeiros e, ainda mais, à desvalorização cambial. De fato, a cotação da libra esterlina tinha subido de 16.623 réis em 1920 para 28.981 em 1921, 33.464 em 1922 e 44.651 réis em 1923 — uma desvalorização de 168,6% em apenas 4 anos.

O Relatório do Banco do Brasil, de 26 de abril de 1924, diz, com dramatismo, que 1923 foi “o ano cambial mais terrível de nossa história”, insistindo em que “as fortes oscilações cambiais são um mal muitíssimo mais nocivo do que em geral se pensa”. Refere-se aos elementos perturbadores do balanço de pagamentos, responsáveis por um déficit de £ 25-29 milhões, muito maior do que o superávit comercial: serviço da dívida externa, remessa de juros e lucros de capitais estrangeiros, especulação, remessas pessoais, contrabando — além da agitação política e da desconfiança. Aponta, também, com ênfase, “a insuficiência de nossos serviços de transporte” — ponto que será amplamente abordado pelo Relatório Montagu ⁽²¹⁾.

E o Relatório do Banco do Brasil, de 29 de abril de 1925, vai afirmar categoricamente que “o ano de 1924 não decorreu... menos desfavorável que o de 1923”, citando os mesmos fatores, entre os quais a queda do preço do café e a desvalorização cambial. Quanto ao café, provavelmente foi tomado como termo de comparação o pico de 1919 (£ 5,10 por saca); outrossim, as cotações médias de 1922/1924 foram superiores às registradas desde o início do século, exceto nos anos 1911/1913 ⁽²²⁾.

O problema cambial era considerado como o reverso da “anarquia monetária” ⁽²³⁾. Dentro dos preceitos do padrão-ouro, as heresias do desequilíbrio orçamentário e das emissões descontroladas de papel-moeda eram a origem de todos os males. No Brasil, isso era doença crônica, embora os anos anteriores à Primeira Guerra Mundial tivessem dado o exemplo, quase solitário, de equilíbrio financeiro, monetário e creditício e, ao mesmo tempo, de um bom desempenho econômico.

O déficit orçamentário foi persistente, mas não apresentou um crescimento descomunal a não ser em 1922: 456,1 mil contos de réis contra uma média de 304,9 mil contos de réis nos demais anos, de 1919 a 1923. Continuaram, portanto, as emissões de papel-moeda, com uma expansão de 44,9% entre 1919 e 1923. Nos meios de pagamento o crescimento foi maior — 89,1% — correspondendo a uma média anual de 17,3%. Como o crescimento do produto real foi muito menor — 4,2 ou 4,5% — a expansão monetária só podia resultar numa inflação acentuada. De fato, o índice do custo de vida (Rio de Janeiro) acusou, no quadriênio de 36,2% — 8,0% ao ano — motivo de nova preocupação, pelo menos segundo os padrões da época...

Já no seu Relatório de 1923, o Ministério da Fazenda denunciara “a subversão da ordem econômica e financeira de que gozava o mundo até

(21) O equilíbrio parcialmente conseguido graças a empréstimos externos oficiais, em 1921/1922, no valor de US\$ 75 milhões e francos franceses 14,9 milhões (NORMANO, *op. cit.*, pp. 152-153). Infelizmente, faltam dados sobre o movimento privado de capitais de risco e de empréstimo.

(22) TAUNAY, Afonso de E. *Pequena História do Café no Brasil*. Rio de Janeiro, Depto. Nac. do Café, 1945, p. 549.

(23) Vale lembrar que é desta época o livro de CARLOS INGLES DE SOUZA, *A Anarquia Monetária e suas Conseqüências* — São Paulo, 1924.

1914” — saudosismo generalizado no pós-guerra. E continuava: “Todos (os países) traçaram programas inflexíveis e os executaram com mão de ferro, reduzindo despesas, promovendo por todas as formas a expansão da receita e o fortalecimento da economia... o saneamento de sua circulação monetária... — a normalidade da vida econômica e financeira.”

A seguir indica as normas que deveriam reger a direção das finanças públicas, condição fundamental para o reerguimento econômico, dentro da concepção ortodoxa predominante: remodelação do processo orçamentário e das repartições fazendárias, reorganização da contabilidade pública (24), legalismo das despesas públicas, redução das despesas exageradas (inclusive suspensão por dois anos, de obras públicas), luta contra a evasão fiscal, criação de um fundo para retomada do serviço da dívida externa, reorganização bancária, incluindo a constituição de um banco central de emissão (25). Estas últimas medidas visavam, em última instância, a reimplantação do padrão-ouro.

Tanto as opiniões oficiais — como, por exemplo, o programa de Arthur Bernardes na sua campanha presidencial — quanto as opiniões particulares (26) convergiam no sentido da prioridade do equilíbrio orçamentário pela redução das despesas. Este objetivo devia ser alcançado a qualquer preço, tanto é que se recomendava, com bastante firmeza, a redução dos investimentos públicos. O referido Relatório do Ministério da Fazenda criticava “a ansiedade verdadeiramente indômita de crescer depressa” e “a política de iniciativas arrojadas” quando faltavam os meios de implementá-las (27). No mesmo sentido pronunciava-se o **Retrospecto Comercial do Jornal do Commercio** (1925): “No Brasil temos tido, em grande escala, a corrente que prega a necessidade de uma política dinâmica, de propulsão econômica, à custa de todas as prodigalidades, até do próprio papel-moeda”.

As críticas foram atendidas (é bom sublinhar: antes do Relatório Montagu). Enquanto as despesas de formação bruta de capital fixo alcançaram, no período 1918/1922, em média 26,0% do total da despesa do Governo Federal, esta proporção caiu para 4,7% em 1923 e 1924, e continuou neste nível até a véspera da Segunda Guerra Mundial (28).

(24) Entretanto, o Decreto n.º 4.536, de 28-1-1922, organizou o Código de Contabilidade da União.

(25) Uma campanha neste sentido foi iniciada por Homero Batista, quando Presidente do Banco do Brasil (1914/1918) e Ministro da Fazenda (1919/1922), com vistas ao controle monetário por um órgão autônomo em relação ao Governo (v. NEUHAUS, *op. cit.*, pp. 61-63). Isso correspondia, também, às recomendações da Liga das Nações e das Conferências de Bruxelas e Gênova. Um passo neste sentido, embora temporário, foi dado pelo Decreto n.º 4.635-A, de 8-1-1923, que conferiu ao Banco do Brasil o monopólio da emissão de papel-moeda (NEUHAUS, *op. cit.*, pp. 72-73).

(26) Veja-se, por exemplo, o relatório de Ernest Hambloch, secretário comercial inglês no Brasil: “A situação financeira do Brasil é difícil, mesmo crítica...”, embora admita que “as condições gerais do país são essencialmente boas”; e como “a depressão existente, portanto, é devida a causas puramente financeiras”, recomenda que se coloquem “as finanças do país sobre uma base segura” (*Condições Econômicas e Financeiras do Brasil — 1923*. Londres, Depto. de Negócios do Ultramar, 1924, p. 9).

(27) HAMBLOCH (*op. cit.*, p. 10) cita os grandes projetos de 1921/1922: saneamento da baixada do Rio de Janeiro, trabalhos de irrigação no Nordeste, encampação de ferrovias particulares, edifícios para correio, quartéis, exposição do Centenário da Independência, despesas militares, etc..

(28) VILLELA-SUZIGAN, *op. cit.*, p. 415.

Apesar do anseio pelo progresso econômico, os objetivos da ortodoxia monetária e financeira ofuscavam as outras eventuais alternativas, de modo que se chega a encarar, tranqüilamente, o remédio supremo: “Quando erros políticos ou grandes despesas acarretam a inflação, só há um processo para corrigi-la, a deflação” (**Retrospecto**. . . — 1923). Entretanto, uma certa incapacidade (de fato, venturosa) de disciplinar a economia e a persistência das forças expansionistas e inflacionárias não permitiram a se chegar a um ambiente deflacionário, depressivo, pelo menos no período em foco, anterior ao Relatório Montagu, de 1924.

O diagnóstico da Missão Inglesa

As vicissitudes enfrentadas pelas economias nacionais após a Primeira Guerra Mundial e a consciência crescente da necessidade de uma cooperação internacional, tanto no campo político como no econômico, levaram à prática do envio de missões oficiais dos países pressupostamente mais avançados em política econômica para os países menos desenvolvidos a braços com dificuldades econômicas. Podia haver, nessa prática, traços de relações de dominação, como muitas vezes acontece nos assuntos internacionais, mas interpretá-la somente sob este ângulo seria, a meu ver, um erro: a interdependência econômica em nível mundial tornava-se cada vez mais patente, de modo que a colaboração interessava a todos.

O envio de uma missão econômica inglesa ao Brasil, como aconteceu com outras missões do “centro” para vários países, naquela época e depois, pode ter correspondido a interesses ingleses, mas o Governo brasileiro, se fez o convite ou apenas aceitou a visita, tinha, também, seus propósitos. A Mensagem presidencial de 3 de maio de 1924 registrou com satisfação a visita de “pessoas de alta competência e notório prestígio” que, vendo de perto as realidades brasileiras, podiam “dissipar no exterior a má e errônea impressão sobre o Brasil” — impressão essa ligada, primordialmente, à desvalorização da taxa de câmbio e à baixa cotação dos títulos brasileiros no mercado internacional (29).

A missão não era governamental, mas incluía algumas personalidades próximas ao Governo inglês. Eram: Edwin S. Montagu, ex-Ministro de Estado; Charles S. Addis, diretor do Banco da Inglaterra; Lorde Lovat, empresário; Harthey Withers, economista e jornalista; e William McLintock, contador público.

Ficou no Brasil durante dois meses (ou pouco mais), regressando para o seu país em 4 de março de 1924. Após “estudos sistemáticos, conscienciosos e profundos”, nas palavras da mencionada Mensagem presidencial, apresentara o seu relatório, que foi publicado no **Diário Oficial**, ano LVIII nº 156, de 29 de junho de 1924, pp. 15.282-15.297, sob o título **Relatório da Missão Inglesa**.

(29) *Anais da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro, 1924 — vol. II, p. 1.

Sem dúvida, o Relatório Montagu não é uma obra abrangente, nem em extensão, nem em profundidade: dois meses de estudos e 15 páginas de texto não podiam esgotar os problemas da economia brasileira da época. Mas, acho que não se trata de uma questão de tempo ou espaço. Dentro das preocupações da época, o Relatório aborda os temas considerados prioritários — finanças públicas, moeda e câmbio, comércio exterior e transportes (estes em ligação, sobretudo, com as exportações). Entretanto, dedica alguns capítulos ao “desenvolvimento do País”, embora omita aspectos importantes relativos à agricultura, à indústria, ao mercado de capitais, e outros. Talvez tenha, ainda, persistido a idéia de que o Brasil, dentro do sistema econômico internacional, era apenas um exportador de produtos primários. Por outro lado, dominavam os preceitos, considerados de valor universal, ligados à ortodoxia monetária e financeira, cristalizada no sistema do padrão-ouro. Parece-me que este mito da época explica muito mais do que eventuais manifestações dos interesses britânicos no Brasil.

De fato, o Relatório não esconde o ponto de vista dos interesses estrangeiros no progresso econômico do Brasil quando, desde o início, declara visar ao “mais seguro desenvolvimento de riquezas e (peculiaridades) susceptíveis de atrair uma razoável colaboração de capitais estrangeiros”. Mas, também, dentro da visão ortodoxa mencionada, “para restaurar a situação financeira do Governo federal e intensificar a prosperidade de seu país”.

Assim, o primeiro tema abordado, merecendo a maior extensão no Relatório, é o das finanças públicas (6 das 15 páginas do **Diário Oficial**). A idéia fundamental é formulada lapidarmente: “a urgente necessidade de ser o orçamento equilibrado”. Como argumento, aparece a preocupação com o perigo inflacionário, mas também com as relações internacionais: o saneamento financeiro visava “restaurar o crédito do Brasil”, facilitando a obtenção de empréstimos externos. Mais adiante, contudo, o Relatório insiste na importância destes empréstimos como suplemento de recursos para os investimentos necessários ao desenvolvimento, sugerindo uma campanha para o esclarecimento da opinião pública a este respeito — havia de se enfrentar, evidentemente, as correntes xenófobas. Propunha, entretanto, comedidamente, a criação de empresas mistas (diríamos hoje: **joint-ventures**) ou mesmo empresas de participação tripartida — empresa nacional, capital estrangeiro e Governo, federal ou estadual — fórmula muito procurada hoje em dia.

A realização do equilíbrio orçamentário exigirá algumas condições básicas: garantia de recursos suficientes para cobrir ou mesmo exceder as despesas; separação da despesa de capital das despesas “por conta da renda”, isto é, de custeio (as despesas de capital deviam ser cobertas por empréstimos); abolição dos créditos especiais e extraordinários; limitação das “estimativas” suplementares de despesa; formulação racional do orçamento; reforma da contabilidade pública no sentido dessa racionalidade; integração, no orçamento federal, dos orçamentos das empresas estatais (insiste o Re-

latório no controle das estatais e na necessidade de maior eficiência na sua gestão); utilização dos saldos orçamentários na amortização da dívida pública, incluído o forte endividamento estadual e municipal.

De modo mais simplificado, o equilíbrio orçamentário será conseguido através do "aumento dos impostos" e, principalmente, "corte rigoroso da despesa". A respeito deste último preceito, o Relatório aponta dois caminhos. Um, a redução do funcionalismo: "O nosso exame das despesas do Governo deixou-nos impressionados com o grande número de funcionários públicos". Admite a necessidade de uma justa remuneração do funcionalismo, mas adverte que os funcionários (e, implicitamente, a sua nomeação) devem ficar "livres da influência política".

Outro caminho é mais grave — a redução dos investimentos públicos: "No atual estado das finanças do Brasil, seria conveniente adiar, tanto quanto possível, todas as novas despesas por conta de capital", exceto as de caráter urgente. Não obstante, o investimento se justifica quando existe "a probabilidade de ser reprodutivo, fornecendo receita proporcional permanente" — o que reduz muito do rigor da restrição inicial.

Como medida de controle da despesa, o Relatório propõe a criação de uma comissão especial para verificar "se o dinheiro pago pelos contribuintes... é parcimoniosamente dispendido" — a exemplo da chamada "Comissão Geddes" instituída naquele tempo na Inglaterra.

Do lado da receita, o Relatório lamenta "a insignificância da taxa direta", criticando o seu reduzido caráter progressivo, a não-inclusão dos rendimentos agrícolas e as isenções concedidas a empresas individuais⁽³⁰⁾. Ademais, o Relatório contém uma proposta mais ousada, a da venda ou arrendamento de bens de propriedade do Governo (estradas de ferro, empresas de navegação, ações do Banco do Brasil) a fim de obter recursos que, ao lado dos empréstimos internos e externos, serviriam para a liquidação da dívida flutuante.

Outro item abordado pelo Relatório refere-se ao problema monetário e bancário. Aí, também, aparecem as idéias tradicionais: a necessidade de voltar para o padrão-ouro; a retirada das moedas fiduciárias do Tesouro Nacional e sua substituição pelas notas do Banco do Brasil; a passagem paulatina do lastro parcial em letras para o lastro total em reservas metálicas; a criação de um banco central, livre da interferência do Governo⁽³¹⁾.

Ligado ao problema monetário era o da taxa de câmbio ou, mais especificamente, na concepção do Relatório, da estabilidade cambial: "O Gover-

(30) Até 1924, quando foi introduzido o imposto sobre a renda, a tributação direta incluía o Imposto sobre dividendos das sociedades anônimas, sobre prêmios de seguros marítimos, e outros, num total que representou, em 1923, 3,3% da receita federal total. A introdução do imposto de renda, ao mesmo tempo que se aboliam outras tributações diretas anteriores, reduziu, ainda mais, essa proporção.

(31) Entretanto, a lei permitia ao Banco do Brasil emissões fiduciárias "nos períodos de grande retraimento monetário", como reconhece o Relatório. Mais um exemplo do pragmatismo da política monetária do Brasil.

no bem avisado andaria fazendo dessa estabilidade o seu objetivo”, uma vez que “as flutuações de câmbio trazem sérias perturbações ao comércio”. Aparece, em germe, a idéia de uma caixa de estabilização do câmbio que consolidaria a ligação com a moeda inglesa, pois era preciso “suspender novas emissões, exceto contra letras em esterlinas” — afinal, a intenção indireta da instituição do **gold exchange standard**, como em outras partes do Mundo.

Evidentemente, a condição básica era equilibrar o balanço de pagamentos via fortalecimento da balança comercial, em face dos enormes encargos na conta de serviços ⁽³²⁾. O esforço principal devia concentrar-se na expansão das exportações, inclusive através dos mecanismos de defesa do café. O inevitável hiato de recursos devia ser coberto pela entrada de capitais estrangeiros, protegidos por medidas eqüitativas.

A parte final do Relatório é dedicada, como já assinalai, ao “desenvolvimento do País”, mas, dentro do tema, apenas alguns aspectos setoriais são analisados. Em primeiro lugar, como não podia deixar de ser, os problemas da balança comercial, da expansão das exportações, da defesa do café — itens de que já falei. Ligado à exportação (vale sublinhar a ênfase dada às relações com o exterior), é tratado, em muitos detalhes, o problema dos transportes, insistindo na importância dos transportes ferroviários, para cujo fortalecimento são propostas várias reformas: “Estamos convencidos de que na distribuição das facilidades ferroviárias está a base de toda a futura prosperidade do Brasil e uma vez que só pelo seu desenvolvimento pode o País livrar-se da sua dívida externa, consideramos o prolongamento e melhoramento das estradas de ferro um assunto cuja urgência não precisa ser encarecida” — lição que cresce em valor na época atual, após a crise do petróleo ⁽³³⁾.

Já citei rapidamente a opinião do Relatório sobre o papel dos capitais estrangeiros, mas, a despeito dos interesses ingleses, ele não adota uma posição radical: “Seria melhor que as riquezas do Brasil pudessem ser desenvolvidas com o capital nacional, mas, na atual situação, não pode haver dúvida de que o auxílio do capital estrangeiro é necessário”. Daí, como já vimos, a sugestão de **joint-ventures**, eventualmente em forma tripartida. Recomenda-se, apenas, a unificação do tratamento dispensando a companhias estrangeiras atuantes no Brasil.

Alguns capítulos são dedicados à indústria, porém de forma muito limitada e superficial. Vale mencionar o conselho para a privatização completa do setor — conselho coerente com as idéias liberais da época: “Não há dúvida quanto ao sucesso de empresas particulares que, habilmente diri-

(32) Utilizando os dados contidos no Relatório, ligeiramente adaptados de acordo com a técnica atual, o balanço de mercadorias e serviços apresentara um déficit médio anual de £ 8,5 milhões no período 1919/1922 (deduzida a entrada de empréstimos estrangeiros oficiais. O déficit deve ter sido coberto por empréstimos privados, investimentos diretos e endividamento de caixa).

(33) NORMANO sublinhou que “Sir Edwin S. Montagu compreendeu melhor esse problema (da expansão dos meios de transporte para a integração regional) do que Sir Otto Niemeyer” (NORMANO, *op. cit.*, p. 201).

gidas, têm dado bons resultados". Em consonância com essa idéia, o Relatório sugere a venda ou, pelo menos, o arrendamento dos empreendimentos governamentais — ferrovias, navegação marítima etc. — para empresas brasileiras, eventualmente amparadas em capitais estrangeiros.

Entretanto, discutindo o projeto de uma indústria siderúrgica ("temos toda a simpatia para com o desejo de iniciar-se a indústria de ferro no Brasil"), admite a participação do Governo ao lado das empresas privadas, mas faz certas restrições, não muito bem definidas, talvez ligadas a interesses ingleses, de modo que sugere "adiar qualquer ação neste sentido a fim de que possa ser formulada uma proposta capaz de satisfazer o objetivo que (se) tem em vista".

Afinal de contas não se deve estranhar o fato de a Missão Inglesa querer assegurar um lugar aos interesses ingleses no processo de desenvolvimento do Brasil. Na conclusão do Relatório, sintetiza-se a posição teórica e prática que norteou os trabalhos da Missão: "Se um sistema financeiro sadio e a estabilidade da moeda puderem ser conseguidos e mantidos, se os recursos da magnífica herança (do Brasil) forem devidamente desenvolvidos e se o capital necessário para esse fim for bem acolhido e tratado, estamos convencidos de que o aumento e prosperidade do Brasil, em anos próximos, poderão chegar à altura que V. Ex^a (o Presidente da República) e os seus amigos estrangeiros desejam".

O significado do Relatório

Antes da publicação do Relatório Montagu no **Diário Oficial**, a Mensagem presidencial de 3 de maio de 1924 registrou a visita da Missão Inglesa e seus objetivos, como já relatei. Em síntese, dizia: "Podemos afirmar que foi boa a impressão geral da Missão Inglesa sobre o Brasil e esperamos que ela seja para nós de grande alcance, a julgar pelo valor do testemunho desses visitantes nos meios europeus" (34). Isso quer dizer que pareciam interessar mais as repercussões lá fora, em termos de credibilidade e prestígio, do que o aproveitamento interno das recomendações da Missão.

Houve, entretanto, reações diferentes. Após a divulgação do Relatório não se observa nenhuma reação nos meios parlamentares, talvez porque as atenções se concentraram no levante estourado logo depois, em julho de 1924. Mais tarde, em 6 de outubro, inicia-se na Câmara dos Deputados um debate assaz curioso (35). Um deputado protestou porque, segundo uma informação particular, um deputado inglês, na Câmara dos Comuns, quis saber se o Governo brasileiro tinha posto em execução as recomendações da Missão Montagu. Houve protestos, considerando-se o fato como ingerência estrangeira em assuntos internos e o Governo foi responsabilizado por ter conferido à Missão uma certa autoridade: num documento teria declarado

(34) *Anais da Câmara...*, op. cit., p. 1.

(35) *Idem* vol. X, pp. 274-275.

que “usaremos toda a diligência para realizar imediatamente (as reformas propostas)” e que, em telegrama, o Presidente da República e o Ministro da Fazenda teriam declarado que “estamos de acordo com todas as conclusões a que chegou a Missão”. Aos protestos de alguns parlamentares, os defensores do Governo ripostaram que o fato não passava da opinião pessoal de um deputado britânico, que a Missão não teve caráter oficial e que o Governo não havia assumido nenhum compromisso em relação às conclusões do Relatório.

É bem possível que tenha havido manifestações, de tradicional cortesia, a respeito da Missão e seu Relatório, mas a concordância com suas recomendações não representava, de fato, uma **submissão**: marcava, apenas, a **coincidência** entre a maioria das propostas e as medidas já **postas em prática** pelo Governo brasileiro. Tudo se enquadrava nas idéias dominantes, na época, em matéria de política econômica ⁽³⁶⁾.

Como vimos inicialmente, essas idéias e, mais especificamente, os preceitos do padrão-ouro dominavam no mundo ocidental ⁽³⁷⁾ e o Governo brasileiro, seguindo o exemplo de outros, já tinha mostrado disposição de aplicá-las, senão já as havia implementado: equilíbrio orçamentário, fortalecimento da taxa de câmbio, contenção monetária, expansão das exportações. Vimos que a idéia da criação de um banco central já se manifestara desde o tempo da guerra, e um passo neste sentido tinha sido dado em 1923. As queixas a respeito da dimensão e ineficiência do funcionalismo público vinham desde o tempo do Império. Da mesma forma, já tinham sido formuladas, antes de 1924, críticas em relação ao excesso de investimentos públicos sem recursos suficientes, e a contenção veio já a partir de 1923. A fórmula de uma caixa de estabilização cambial não era nova, pois não foi outra coisa a Caixa de Conversão que funcionou de 1906 a 1919 ⁽³⁸⁾. Criticar, em si, a ortodoxia monetária e financeira é um exercício teórico válido, mas historicamente não se justificaria a condenação dos dirigentes econômicos brasileiros da década 20, quando ele — e os de outros países, mais avançados — não sabiam outra coisa.

Como já disse, pode parecer estranha a proposta da venda ou arrendamento das empresas governamentais, sobretudo com referência às ferrovias. Podia haver por trás interesses ingleses, o que afinal das contas não seria anormal ⁽³⁹⁾, mas a medida correspondia, também, ao liberalismo da

(36) As medidas implantadas a partir de 1924 podem apenas ter encontrado apoio nas conclusões da Missão Montagu, como escreve NEUHAUS: “A determinação presidencial foi, provavelmente, fortalecida pelo Relatório da Missão Econômica Britânica, que havia visitado o Brasil a convite do Governo...” (Neuhaus, *op. cit.*, p. 76).

(37) Referindo-se aos membros da Missão, o *Retrospecto Commercial do Jornal do Commercio* qualificava-os como “pertencentes, como a maioria de seus patrícios de responsabilidade e cultura, à escola liberal clássica em economia política” (ano 1924, pp. 27-34).

(38) Uma Caixa de Estabilização será novamente criada pelos Decretos n.º 5.108, de 18-12-1926, e n.º 17.618, de 5-1-1927.

(39) Foi afirmado que as sugestões da Missão, embora “excepcionais”, foram feitas “sob o ponto de vista de idéias britânicas” (*Retrospecto...*, *ibidem*). Há uma distinção a fazer: podia haver “idéias britânicas” consideradas válidas por todo o mundo, e não era o Brasil que podia fazer exceção; e havia, sem dúvida, interesses britânicos, mais ou menos explícitos, atrás de certos conselhos. Isso não é novidade e não é exclusivo à Inglaterra, à época ou ao sistema reinante.

época (40). Hoje em dia, tal proposta de desestatização receberia, provavelmente, muitos aplausos. O mesmo aconteceria com os conselhos referentes ao bom desempenho e eficiência a exigir das empresas estatais que, depois de muitos anos, iriam demonstrar falhas de funcionamento.

Apesar dos interesses britânicos obviamente envolvidos, as propostas relativas ao capital estrangeiro são bastante ponderadas. E a importância dos capitais estrangeiros como sustentáculo do crescimento dos países em desenvolvimento pode ser subscrita até hoje, exceto pelos paladinos do nacionalismo xenófobo.

A evolução ulterior da política econômica do Brasil se deu sob a égide da ortodoxia financeira e monetária, mas não obrigatoriamente sob a influência do Relatório Montagu. A importância deste reside em ter exprimido as concepções dominantes no mundo e no Brasil, e que deviam orientar os governos até a Grande Depressão e mesmo depois dela: estabelecimento do padrão-ouro, estabilidade cambial, equilíbrio orçamentário, contenção monetária e creditícia — e até política deflacionista.

Já a Mensagem presidencial de 1924 enumerava as linhas-mestras da administração monetária e financeira em **consonância** com o Relatório Montagu, mas não forçosamente influenciada por ele: melhor elaboração do orçamento, introdução de um código de contabilidade, remodelação das alfândegas, organização da Contadoria-Geral da República, administração da dívida externa e interna, controle das emissões de papel-moeda, organização do Banco do Brasil, estabilidade do câmbio, valorização do café — e outras.

A ortodoxia fortaleceu-se, ainda mais, a partir de 1926: reforma monetária, criação da Caixa de Estabilização, contenção das despesas públicas, redução dos déficits orçamentários, contenção monetária — quase deflação. Essa política mereceu a condenação de muitos economistas e é difícil, incontestavelmente, ignorar seus reflexos negativos. Não obstante, o período anterior à Grande Depressão registrou resultados positivos não apenas em termos de expansão do comércio exterior, mas também como progresso do processo de industrialização (sobretudo nos setores da siderurgia e do cimento) e mesmo em termos de crescimento global da economia (41).

O Relatório da Missão Inglesa, mesmo contestável, hoje em dia, em suas bases teóricas, constitui uma ilustração das idéias da época, ainda válidas, parcialmente, para nossos dias.

(40) De fato, naquele tempo o regime jurídico das ferrovias era diferente nos vários países: propriedade do Estado na Alemanha, companhias concessionárias na França, empresas privadas na Inglaterra. Essa diversificação persiste até hoje.

(41) As taxas anuais médias de crescimento do produto real foram as seguintes: 1922/1923-8,2%; 1924/1925-0,7%; 1926/1928-9,2% (conf. HADDAD, *op. cit.*, *ibidem*). O valor anual médio das exportações subiu de £ 64,9 milhões em 1922/1923 para £ 94,0 milhões em 1924/1928. Neste último período, o déficit da execução orçamentária federal não passou, em média, de 1,5% do valor da receita. De 1923 a 1928, o papel-moeda emitido aumentou 27,6% e os meios de pagamento 18,2%. A cotação da libra esterlina caiu 8,8%. O índice do custo de vida (Rio de Janeiro) subiu 30,0%, ou seja, 5,4% ao ano. Sobre o período, principalmente quanto às políticas financeiras e monetárias: VILLELA — SUZIGAN *op. cit.*, pp. 151-178; NEUHAUS, *op. cit.*, pp. 81-95; PELÁOZ, Carlos Manuel — SUZIGAN, Wilson. *História Monetária do Brasil*. Rio de Janeiro, IPEA/INPE, 1976, pp. 221-238.

Gestão de empresa com participação de seus empregados (Carta federal, art. 165, inciso V)

JOSÉ MARTINS CATHARINO

Professor Titular de Direito do Trabalho
da Universidade Católica de Salvador.
Professor Catedrático de Direito do Trabalho
da Universidade Federal da Bahia

S U M Á R I O

- 1 — *Introdução*
- 2 — *O texto constitucional inerte*
- 3 — *Ainda o texto constitucional inerte. Interpretação*
- 4 — *Proposta de lei ordinária, anexa*

1 — *Introdução*

Ideologias à parte — estão em fase de recesso, condição essencial para que o processo democrático se desenvolva a contento é a de que seja *político e econômico*, com simultaneidade e coordenação. Não há desenvolvimento social sem que haja prática da democracia política sincronizada com a econômica.

Agora, no Brasil, muito se fala em *abertura democrática*, mas restrita à política, e, até, erroneamente, em *redemocratização*. Pouco se fala, e nada se faz de efetivo em favor da *democracia econômica*, sem a qual a política esta fadada a insucesso, e, por via de conseqüência, o *desenvolvimento social ou integrado*, cujo pressuposto reside em colocar-se a pessoa humana em primeiro lugar, como ponto de partida e de chegada.

No fundo, toda questão política está ligada à economia por um fator comum: a conquista, manutenção e exercício do *poder*, o que é da essência da natureza humana.

O Estado é a expressão máxima do *poder político*, assim como a empresa a essencial do *poder econômico*. Poderes esses que, no mundo de hoje, constantemente entram em conflito, cada um deles tendente a ser único — é da essência do poder, cujo exercício exige concentração, autoritária ou não.

Do ponto de vista jurídico, a concepção da pessoa jurídica, pública — o Estado — e privada — notadamente a sociedade anônima, é instrumento para *exercício do poder, político e econômico, respectivamente*. Em última análise, entretanto, sendo a pessoa jurídica instrumental, o que está em jogo é o exercício do poder por pessoas naturais: as que empolgam o Estado e as que do-

minam a pessoa jurídica com o seu capital, *embora sejam minoria dentro da empresa.*

O que ora nos interessa é o aspecto econômico do poder, notadamente o *poder empresário*, pois a empresa é a forma por excelência da produção econômica, de bens e serviços para o mercado.

Ninguém põe em dúvida dois fatos fundamentais: 1º — trabalho e capital são essenciais à produção sob a forma de empresa; 2º — esta exercita atividade, mas não trabalha: tem que se valer de “trabalhadores diretos”, isto é, de pessoas humanas.

Por maior que seja o capital investido e disponível, nada adianta, em termos empresariais, não se contando com o trabalho de pessoas naturais, sendo a recíproca verdadeira. Sem duplo aviamento, subjetivo e objetivo, não há empresa, que é uma universalidade integral em movimento.

Daí a pergunta, inspirada na lógica e no bom senso: se capitalistas e trabalhadores são essenciais à produção empresária, inseparáveis, *porque não devem partilhar do poder de dirigir a empresa?* (Sem falar na coparticipação nos lucros, o que está, no momento, alheio às nossas cogitações.

A resposta só pode ser uma: *devem*. O que implica — em muitos países a cogestão já é realidade, embora incipiente — reconhecimento de que ainda há muito a ser feito. Quase tudo.

Por isso, mesmo nos países em que o processo democrático político está avançado, o processo democrático econômico está apenas iniciado, existindo, assim, deficiente processo de desenvolvimento democrático, que deve ser integral. Em uma palavra: *social*.

A empresa capitalista privada, na qual seu pessoal está segregado, sem participar do poder, é a “Bastilha” dos tempos atuais. Sem que se transforme em *campo de treino da democracia* — como escrevemos algures —, não haverá razoável progresso político. Se isso não for feito, coexistirão autoritarismo econômico e autoritarismo político, mancomunados, ou se entredevorarão. A respeito, a realidade ibero-americana é fértil em exemplos, com a participação absorvente do poder militar, não instituído, nem legitimado.

Ideologias de lado, considerada a natureza humana, a *reforma democrática da empresa*, como essencial ao processo democrático político, encontra sérias e naturais resistências.

Cada um de nós, pertencente ao gênero humano, ou à espécie humana — depende de ponto de referência — é diferente e semelhante aos demais. Ser diferente é exigência da personalidade de cada um, do que resulta o egoísmo, contraposto ao altruísmo e à despersonalização maciça e ao anonimato. Egoísmo que se manifesta psicológica e socialmente. Objetivamente, o interesse individual é uma das suas manifestações, sendo propulsor do desenvolvimento meramente econômico.

Em grande dose, os *direitos individuais*, duramente conquistados, oponíveis ao Estado, constituem manifestação de egocentrismo. Fazem parte do que poderíamos chamar de jusnaturalismo histórico. Em contrapartida dialé-

tica ou em contraponto, os *direitos sociais e econômicos*, proclamados a partir das Constituições de Querétaro e de Weimar, constituem instrumento de maior igualdade, ou, pelo menos, de menor desigualdade. Sua fonte humana não é o egoísmo, inspirador da liberdade individualista, mas a simpatia por outros, ou a empatia social.

Na prática, no campo do existir em ato, dominante é o interesse de cada um, o mesmo que legitima o direito à prestação jurisdicional. Embora já haja exceções, como em se tratando de ação popular, e, em parte, do mandado de segurança e do *habeas corpus*, razão por que se fala em "direitos públicos subjetivos".

À medida que o processo democrático se aperfeiçoa, as fronteiras entre os *direitos individuais* e os *sociais e econômicos* vão se confundindo. O público e o privado vão se misturando, quando o Estado vai se transformando no de cada um e no de todos. Também, os conceitos de *ordem pública* e de *interesse público*. Ambos, com o avanço democrático, resultam da convergência entre os interesses isolados e os da maioria. Entre liberdade individual, e aumento de igualdade, com responsabilidade, de cada um e de todos, respectivamente.

Segundo um pensamento-chave do meu mestre NESTOR DUARTE, se a liberdade individual já conquistou grandes vitórias, a igualdade jurídica ainda não, apesar das afirmações formais contidas em textos constitucionais, dos quais o brasileiro é exemplo significativo.

O obstáculo maior à diminuição das desigualdades sociais e econômicas está no próprio ser humano, que é animal de presa e o único que mata por prazer — até se chama a caça de esporte e existem empresas que organizam safáris. O homem de *empresa*, seja qual for, é, essencialmente, *de presa, empresário*.

Que *tem* e, portanto, *pode* apreender, empreender, e dominar outras coisas. Natural que tudo faça para não compartilhar seu poder com os que nada, pouco ou menos têm, e trabalham para outro, apressados, represados e sujeitos a repreensão.

Natural, sim, porque o poder, que o ter possibilita, é, por essência, concentrado e conservador. Ninguém, satisfeito com sua situação presente deseja perdê-la. Muitos insatisfeitos, pelo contrário, procuram alterar, pelo menos, para melhor, a situação em que se encontram. No futuro, o mais rapidamente possível, no que se distinguem dos atuais insatisfeitos, que, por terem estado em melhor situação no passado, querem reconquistá-la.

Por tudo isso é que a *cogestão* — a participação dos trabalhadores na direção da empresa a que pertencem — continua sendo, ainda, mais uma idéia axiológica do que um fato social. No Brasil, em sentido real quase absoluto.

2 — O texto constitucional inerte

Pela primeira vez na nossa atribulada história constitucional, a *participação dos trabalhadores na gestão da empresa foi prevista*, na Carta de 1967 (art. 158, inciso V; atual 165, inciso V, com pequena mudança de redação: supressão "do trabalhador", realmente supérflua considerado o *caput* do artigo).

Assim está, no Título II, "Da Ordem Econômica e Social":

"Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visam à melhoria de sua condição social:

.....
IV — integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, *excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei* ...

Dispositivo em perfeita harmonia com o art. 160, *caput* e incisos II, III e IV. Todos, belos adormecidos, inoperantes, bem mais do que o das Encíclicas sociais, iniciadas com a *Rerum Novarum*. Vale dizer, com absoluta inoperância.

A participação nos lucros já fora prevista na Constituição de 1946, "obrigatória e direta, ... nos termos e pela forma que a lei determinar" (art. 157, IV), mas nunca foi implantada pelo legislador ordinário, o qual, também, não regulou o "direito de greve" (art. 158). Este e o de participação nos lucros, proclamados pelo constituinte de 1946, em momento de euforia democrática que se seguiu ao fim do "Estado Novo", não ganharam efetividade por omissão de um Parlamento maciçamente conservador e até retrógrado. O mesmo que, no período de setembro de 1946 a março de 1964, não alterou a legislação sindical vinda do "Estado Novo". Fato que dispensa comentários e prova o que acima ficou dito. (Não esqueçamos que a Lei nº 4.330, que "regula o direito de greve", é de 1º de junho de 1964, posterior ao golpe vitorioso em 1º de abril do mesmo ano; obviamente, não fosse ela como é, não teria sido permitida... nem a Lei nº 6.620, de 17-12-78; quando o Governo desejou cercar ainda mais a greve, fê-lo pelo Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978).

De março de 1967 a dezembro de 1979, período em que tivemos duas ordens jurídicas, a "institucional" e a constitucional, a primeira sobreposta a esta, Parlamento e Governo, principalmente este, todo poderoso, ambos anti-evolucionistas, mantiveram paralisado o texto constitucional sobre a participação nos lucros e na gestão da empresa. Mesmo depois das últimas eleições diretas para o Parlamento, maculadas com a criação dos senadores "biônicos", e do predomínio da noção inflada de "segurança nacional", a toda hora invocada para o Executivo legislar; mesmo contra os interesses da maioria do nosso povo, da qual os trabalhadores constituem grande parcela e são fundamentais ao desenvolvimento econômico.

Técnica legislativa à parte — o dispositivo constitucional em causa não é auto-aplicável; a previsão da cogestão, bem como da participação nos lucros, só pode ser considerada produto de farsa ou de mentira legislativa demagógica.

A Carta de 1967, encomendada pelo Governo militar, elaborada segundo suas diretrizes, foi homologada por Parlamento sem poderes constituintes. Por isso, se realmente o Governo militar quisesse implantar a cogestão e a referida participação, o conservadorismo parlamentar não era obstáculo algum, pois o mesmo Governo tinha à sua plena e absoluta disposição os poderes "institucionais" que concedera a si mesmo, dos quais usou e abusou.

O fenômeno da inércia de textos constitucionais — diga-se de passagem — é uma constante nos países ibero-americanos, com suas Constituições ou Cartas analíticas com numerosos dispositivos meramente programáticos. O que lhes tira majestade e torna despropositado chamá-las “Cartas Magnas”, afetando radicalmente a ordem jurídica propriamente dita.

Tão corriqueira é a ineficácia de textos constitucionais que, muitas vezes, eles são aprovados por conservadores e anti-evolucionistas, seguros de sua inoperância.

3 — Ainda o texto constitucional inerte. Interpretação

A participação nos lucros — não é “obrigatória e direta”, como prescrevia a Constituição de 1946, o que dificultou sua regulamentação — e na gestão são instrumentos, esta mais que aquela, da integração do pessoal subordinado “na vida e no desenvolvimento da empresa”. Sem excluir a participação financeira (a propósito: JEAN REMUS, “La participation financière des salariés. Essai de classification et grande orientation”, *RIT*, vol. 122, nº 1).

Os dois instrumentos integrativos, além de diferentes por natureza, distinguem-se pelo fato de o legislador ter previsto *normalmente* a participação e, *excepcionalmente*, a gestão. Em outras palavras, a primeira constitui regra para integração, enquanto a segunda, *exceção*. Uma e outra, *segundo for estabelecido em lei*.

Como entender-se a restrição resultante da excepcionalidade?

Descartada a possibilidade da participação gestora em toda e qualquer empresa, está ela ordenada, *excepcionalmente*, em determinado tipo(s) de empresa(s). Assim, o problema, em derradeira análise, reside no *critério a ser adotado para determinação de qual (ou quais) tipo(s) de empresa(s)*.

Como se trata de gestão empresarial, o critério mais adequado é o da *quantidade de empregados*, dividindo-se as empresas em pequenas, médias, grandes e grandíssimas.

De acordo com a experiência de outros países, fixa-se, p. ex., em 200 o número mínimo de empregados com direito à participação gestora, através de representantes por eles eleitos.

Ao regular-se a matéria, a nosso ver, não deverá ser feita distinção entre empresa privada, pública e de economia mista. Distinção que o próprio texto constitucional não autoriza. Pelo contrário, o art. 170, § 2º, da CF, ordena:

“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 o das obrigações.”

A indistinção, além disso, tem fundamento no § 1º do art. 153 da CF, que veda desigualdade por causa de *trabalho*, salutar novidade.

A extensão da medida às empresas públicas e às controladas pelo Estado tem também conteúdo ético, pois o exemplo é fundamento basilar do exercício de autoridade.

A respeito, merece destaque a Constituição do Estado da Bahia, a qual, no seu "Título III — Dos Direitos Fundamentais, Capítulo II — Da Ordem Econômica e Social", prevê:

"Art. 110 — Da direção das empresas de economia mista, nas quais o Estado possua maioria de ações, participará, na forma da lei, um representante, pelo menos, das entidades de classe dos trabalhadores dessas empresas." (O artigo seguinte determina a participação nos lucros dos empregados das mesmas empresas; se não houve lei, "a quota de participação será distribuída conforme dispuserem os atos constitutivos... , os quais, para esse fim, serão reformados."

(Por solicitação do PMDB elaboramos anteprojeto de lei regulando o transcrito art. 110; apresentado à Assembléia Legislativa do Estado, pelo deputado Domingos Leoneli, foi encaminhado à sua Comissão de Constituição e Justiça, que nomeou relator, do PDS, que o engavetou; posteriormente, tendo o PMDB obtido maioria na Câmara Municipal de Salvador, o seu líder Fernando Roth Schmidt, em 27-5-83, renovou a proposição legislativa, com as devidas adaptações).

4 — Proposta de lei ordinária

Para que não nos seja atribuída a pecha de fazer crítica por criticar, sem outra finalidade, sem nada construir, apresentamos anexa proposta de regulamentação do instituto, de acordo com o que determina a Constituição federal. Para ser discutido, criticado, alterado e, afinal, aprovado e remetido ao Congresso Nacional como contribuição dos advogados trabalhistas brasileiros. Melhor se obtivermos seja perfilhado por Deputado(s) ou Senador(es), como projeto de lei (o que ocorreu com o anteprojeto que fizemos, a pedido do Instituto dos Advogados Brasileiros, sobre participação nos lucros, por indicação do nobre colega Eugênio Roberto Haddock Lobo, em 4-11-1981; o nosso trabalho, aprovado unanimemente pelo Instituto, tendo o Deputado José Frejat dele se valido para apresentar à Câmara federal projeto de lei sobre a matéria (Projeto nº 5.870/72).

Sem que nutramos esperanças desarrazoadas, a nós não poderá ser imputado o pecado de omissão, nem nosso conformismo com o flagrante desrespeito ao inciso V do art. 165 da Carta que ainda temos.

ESBOÇO DE ANTEPROJETO DE LEI REGULANDO A PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NA GESTÃO DE EMPRESAS, DE ACORDO COM O INCISO V DO ARTIGO 165 DA CARTA FEDERAL

Lei nº _____, regulando a participação dos empregados na gestão das empresas que especifica

I — Dos Conceitos

Art. 1º — Para os efeitos desta Lei, *empresa* é a universalidade de qualquer sociedade mercantil, de economia mista, privada e federal, e a empresa pública federal, cujo pessoal seja composto de, pelo menos, duzentos empregados.

Art. 2º — *Empregado* é o trabalhador inserido na empresa, como tal definido na Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 3º — *Participação na gestão* é a integração do pessoal de cada empresa na sua direção e desenvolvimento democrático, de acordo com esta Lei.

II — Da Participação

Art. 4º — Será efetivada por representação eletiva, conferida pelos empregados de cada empresa, em todos os seus órgãos administrativos e de fiscalização.

§ 1º — A representação corresponderá, no mínimo, a um terço dos membros, efetivos e suplentes, de cada um desses órgãos.

§ 2º — Em qualquer hipótese haverá, no mínimo, dois representantes, um efetivo e um suplente, nos mesmos órgãos.

III — Da Elegibilidade

Art. 5º — São requisitos da elegibilidade dos representantes:

- a) ter vinte e um anos, no mínimo, e sessenta, no máximo;
- b) estar vinculado à empresa há mais de três anos, contínuos ou não, e estar trabalhando;
- c) não estar incurso nos incisos II, IV e VII do art. 530 da Consolidação das Leis do Trabalho;
- d) não ter sido judicialmente destituído de cargo sindical, seja qual for, ou nos casos previstos nesta Lei.

IV — Da Eleição

Art. 6º — Os representantes serão eleitos em Assembléia Geral dos empregados da empresa, sindicalizados ou não, por escrutínio direto e secreto.

Art. 7º — A convocação da Assembléia Geral será feita, preferencialmente, pelo Sindicato a cuja categoria pertencer a maioria dos eleitores.

§ 1º — Não havendo Sindicato, por Associação Profissional, e, se esta não existir, pela correspondente Federação.

§ 2º — A convocação será feita até sessenta dias antes do término da representação anterior.

§ 3º — Se a convocação não for feita, ou não puder ser feita, nos termos dos parágrafos anteriores, caberá aos interessados reunirem-se em Assembléia Geral.

Art. 8º — A convocação da Assembléia deverá ser realizada por edital, publicado em *Diário Oficial* e em periódico diário, e afixado nos locais de trabalho, com a antecedência mínima de oito dias.

§ 1º — O edital será para sessão da Assembléia Geral, em primeira e segunda convocações, com um intervalo mínimo de uma hora entre as duas, dele devendo constar local, dia, momentos e ordem do dia.

§ 2º — A Assembléia Geral será instalada, em primeira convocação, com a presença de dois terços dos interessados e, em segunda, com um terço dos mesmos.

Art. 9º — Instalada a Assembléia Geral, esta elegerá, por maioria de votos, seu Presidente, ao qual caberá dirigir os trabalhos, coadjuvado por dois Secretários e por dois Escrutinadores, também eleitos por maioria.

V — Do Processo Eleitoral

Art. 10 — Obedecerá ao determinado nesta lei e no seu regulamento, e, supletiva e sucessivamente, à legislação sindical e à eleitoral.

VI — Da Candidatura, Posse e Período de Representação e Garantia

Art. 11 — Os candidatos aos cargos representativos se apresentarão a partir da publicação do edital e até uma hora antes da instalação da Assembléia Geral.

§ 1º — A candidatura, de acordo com o art. 5º, será apresentada por escrito, com requerimento de inscrição, contendo nome, idade, nacionalidade, funções e tempo de emprego na empresa e indicação do órgão da sociedade ao qual pretende concorrer.

§ 2º — A inscrição do candidato será apreciada pela Mesa da Assembléia Geral (art. 9º), a quem cabe decidir a respeito. No caso de indeferimento, a Mesa submeterá sua decisão ao plenário, o qual, soberanamente, mantê-la-á, ou não, pelo voto da maioria dos presentes.

Art. 12 — O Presidente da Assembléia Geral declarará eleitos e empossados os candidatos mais votados e, dentro de quarenta e oito horas, isso comunicará à empresa.

Parágrafo único — Havendo empate, o que tiver mais tempo de emprego na empresa será considerado o eleito.

Art. 13 — Os segundos mais votados serão declarados eleitos e empossados como representantes suplentes.

Art. 14 — O período de representação é igual ao do exercício dos membros do respectivo órgão da sociedade ou empresa, e será computado como de efetivo emprego para todos os efeitos.

Art. 15 — Somente é permitida uma reeleição, obedecido o art. 5º

Art. 16 — Aos eleitos e empossados é assegurada a garantia estabelecida no art. 543, *caput*, e § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

VII — *Da Vacância*

Art. 17 — Ocorrendo, será convocada Assembléia Geral para eleição de substituto, cujo exercício será igual ao do substituído.

Parágrafo único — Nos casos de afastamento temporário do representante efetivo, entrará em exercício seu suplente.

Art. 18 — A vacância por destituição ocorrerá se e quando o representante deixar de satisfazer um ou mais requisitos de elegibilidade, previstos no art. 5º

Art. 19 — Também são causas de destituição:

- a) ausências injustificadas às reuniões do órgão a que pertencer;
- b) deficiência manifesta na execução das tarefas a seu cargo;
- c) aprovação de medidas contrárias à finalidade social da empresa, ou desaprovação às que a favoreçam, como, por exemplo, a plano de participação em lucros por seus representados;
- d) todo e qualquer ato ou omissão contrário aos interesses do pessoal representado.

Art. 20 — A destituição será declarada e decretada por Assembléia Geral, obedecido o disposto na Seção IV desta Lei, assegurado ao interessado direito de defesa.

VIII — *Disposição Geral*

Art. 21 — Compete à Justiça do Trabalho conhecer e decidir qualquer questão resultante da aplicação desta Lei, bem como executar suas decisões.

IX — *Das Disposições Transitórias*

Art. 22 — Deverá o Poder Executivo federal, dentro de trinta dias a contar da publicação desta Lei, divulgar relação completa das sociedades de economia mista e das empresas públicas referidas no art. 1º

§ 1º Da relação constarão: os órgãos de cada sociedade ou empresa; o número de componentes de cada um deles, com especificação dos correspondentes cargos; o período dos respectivos exercícios e a categoria profissional da maioria do pessoal de cada sociedade ou empresa.

§ 2º A mesma relação também será publicada anualmente, até o último dia de cada janeiro.

Art. 23. — Até sessenta dias após divulgada a primeira relação determinada no artigo anterior, serão realizadas as primeiras eleições previstas nesta Lei, de modo que, nos exercícios imediatamente posteriores, todos os órgãos de todas as sociedades e empresas, mencionadas no art. 1º desta Lei, já tenham representantes dos seus empregados.

Art. 24 — O Poder Executivo, dentro de noventa dias, contados da publicação desta lei, expedirá regulamento para sua fiel execução, contendo normas para adaptação uniforme dos estatutos das sociedades e empresas mencionadas no art. 1º desta lei.

X — *Da Disposição Final*

Art. 25 — Esta Lei vigorará no dia seguinte ao que terminar o prazo máximo fixado no artigo anterior.

Trabalhador brasileiro no estrangeiro

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da UFMG. Juiz do TRT da 3ª Re-
gião aposentado. Advogado em Belo
Horizonte

1 — A construção anterior à Lei nº 7.064/82

1. A jurisdição

1.1 Questões incidentes

Não resta a menor dúvida que, nos litígios trabalhistas, cujo objeto seja a reclamação fundada em contrato de trabalho de empregado brasileiro, celebrado ou executado no estrangeiro, a questão prévia a ser posta em Juízo, como exceção ou preliminar, é a da jurisdicionalidade ou, conforme a colocação, da competência da Justiça brasileira para conhecer e julgar a causa.

Tecnicamente, a exceção vai além da preliminar de incompetência, que é distribuição de jurisdição, já que há de discutir-se, primeiro, a própria jurisdição, que é o poder-dever de um Estado administrar a Justiça.

Ora, se os fatos se passam em outro Estado, é curial que se terá de verificar se o Estado, em que foi ajuizada a reclamação, tem jurisdição para além de suas fronteiras, já que os limites da jurisdição coincidem com os da soberania estatal, em razão do que se parte do princípio básico, segundo o qual a jurisdição é territorial.

Revela-se o princípio no art. 12 e seu § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Todavia, antes de penetrar-se o campo especificamente processual, importa se abram duas questões prévias (dir-se-ão “prejudiciais”), mas **de direito material** e que, fatal e decisivamente, influenciam na solução a ser dada ao problema da jurisdição.

As duas questões prévias e de direito material, como logo se alcança, referem-se a situações ou relações jurídicas, a que a lei toma como suposto de equacionamento da jurisdição e são elas:

a) a existência ou não de consórcio, grupo de empresas que operem em âmbito internacional, as nomeadas **multinacionais**;

b) a viabilidade de eleição de foro pelas partes, ligada esta à autonomia da vontade, como cláusula contratual.

Explica-se que a caracterização do consórcio poderá conduzir à hipótese de prestação de serviços também em território nacional, à consumação aqui da rescisão do contrato (donde passaria a atuar, para fins competenciais ou jurisdicionais, o *locus executionis*, ou seja, o princípio básico da territorialidade).

1.2 O grupo de empresa e a "lex executionis contractus"

O grupo de empresas, o consórcio, o "conglomerado" (**Holding Konzern** ou as formas mais esgarçadas do **Kartell** e até mesmo o **Trust**), enfim, a solidariedade, decorrem de fatos jurídicos os mais diversificados e encontra fisionomização própria, no direito do trabalho, no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, de exegese sempre ampla e compreensiva na aceção dos magistrados trabalhistas.

A sua conceituação parte da intercomunicação de interesses, de início representados por pessoas jurídicas (ou físicas) autônomas, em sua correta formalidade existencial.

Outras vezes, a concentração do capital, em mãos de detentores comuns, que se desdobra na constituição de diversas sociedades e as prende a um centro comum, direto, indireto, contínuo ou intermitente, de direção.

O controle acionário é figura por demais elementar nos grupos de empresas, seja de uma sobre a outra, seja de acionistas ou de conjunto de acionistas.

Finalmente, cabe se lembrem outros aspectos intercalares, funcionais e que geram a convicção jurídica da existência do grupo, como se expôs em obra:

"O comando empresário unifica-se no encontro de ordens de diretores, gerentes ou encarregados ou altos empregados, o que leva à fisionomização de uma necessidade comum no empreendimento, através do qual as operações se coordenam e confluem em atos de direção sobre a conduta de cada empregado.

O ato-fato-trabalho é ponto de encontro de disposições oriundas de órgãos, delegados ou prepostos de empresas diversas. Ocorrem, aí, na aceção de CESSARI, controle sob base fiduciária pessoal e controle sob base pessoal" (Cf. Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1975, p. 126).

Todavia, como se acha contido no art. 896 do Código Civil, "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes."

Sob essa perspectiva, o conflito de adequação atinge forma aguda, pois a lei até agora citada é a Lei brasileira (CLT, art. 2º, § 2º, e Código Civil, art. 896), no suposto de que esta seja a lei cabível para a qualificação da pessoa, isto é, para a conceituação do "grupo" como tal.

Todavia, a personalidade jurídica é atributo reconhecido e conceituado conforme disposições legais imediatamente ligadas à **ordem pública** de cada país. Não há distinguir a especificação da personalidade (capacidade) nem sua distinção entre “pessoas físicas” e pessoas jurídicas **stricto sensu** (cf. CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, pp. 291 e ss).

Logo, a configuração do consórcio encontra esse escolho inicial: qual a ordem jurídica que o definirá como tal?

De princípio, parece-nos que é aquela em que se constitui e se forma a “empresa matriz”, pois é a ele que conduz a unicidade de pessoas, das empresas que compõem o grupo.

Nesse mesmo plano, a invocação do art. 9º da CLT frauda, pela aparência, pela simulação de empresas distintas, quando não o sejam, resulta duvidosa e insegura, já que, em ordem jurídica diversa, a incidência do modelo tipificador da fraude pode não coincidir com o que reza o direito brasileiro, sobretudo no que toca à eficácia ou não da diversidade de pessoas jurídicas, cuja interligação (induzida por indícios e circunstâncias) poderá não importar na caracterização do consórcio.

Do que se expõe, sente-se que se elabora um círculo vicioso de sustentação, em que se acaba por onde se começa e vice-versa, e a jurisprudência, muitas vezes, caminha às cegas, pelas primeiras impressões e pela adoção de um critério de conexão sem atentar para tais singularidades de ponto de apoio.

Contudo, o **locus executionis** recebe o impacto de fato gerador de captação da ordem jurídica do país em que o trabalho é prestado e, se múltiplos são esses países, inclusive o Brasil, em sucessivas etapas contratuais, a jurisdição fixa-se nesse país:

“Se o contrato de emprego no Brasil se constitui e em parte aqui é executado, mediante parte de pagamento aqui feita, aplica-se, em caso de litígio, a lei brasileira” — TRT — 3ª Reg., Proc. 4.038/80. Rel. Juiz José Theodoro G. da Silva. DJ — MG, de 24-3-82, pág. 40.

“As relações jurídicas oriundas de contrato de trabalho ajustado no estrangeiro, desde que o empregado execute o trabalho em território brasileiro, regem-se pelas leis do Brasil. Para o julgamento de seus efeitos, competente é a Justiça do Trabalho” — TST — Proc. 49/50. Rev. Forense, 138, pág. 269 apud Osires Rocha. **Cursos de Direito Internacional Privado**. 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 212.

“Ainda que contratado no estrangeiro, o empregado tem o seu contrato subordinado às leis do país onde presta serviço, de acordo com o art. 323, do Código de Bustamante, que defere a competência das ações pessoais ao lugar do cumprimento da obrigação, **locus executionis**. Conta-se o tempo de serviço prestado à mesma empresa em países diferentes de acordo com o princípio

da unidade de contrato” — TRT — 1ª Reg. Proc. nº 1.494/79. Rel. Juiz José Teófilo Vianna Clementino. In BONFIM, B. Calheiros e SANTOS, Silvério dos. **Dicionário de Decisões Trabalhistas**. 7ª ed., Rio de Janeiro. Eds. Trabalhistas, 1981, p. 120, Ementa nº 820.

Ressalvando a aceção de cumprimento ou execução parcial do contrato em um e, concomitantemente, em outro país — exame a que se dedicou a 9ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, que será por inteiro transcrita adiante, face a profundidade da abordagem do problema da jurisdição —, sem que nada se antecipe quanto ao “foro de eleição”, o acórdão, que ora se transcreve, dá bem o sentido da posição jurisprudencial brasileira, por vezes extremada no tocante à natureza da competência territorial (“absoluta” — sic):

“No processo trabalhista a competência de foro ou territorial é absoluta e não relativa, como ocorre no processo comum. A lei trabalhista não possibilitou a modificação da competência territorial ou de foro, pois esta é inderrogável por convenção das partes. Não há foro de eleição no processo trabalhista. Logo, pelo direito judiciário do trabalho a competência de foro é improrrogável porque absoluta. Esse entendimento se consolida, ao se ler o § 1º do art. 795, da CLT: “Deverá, entretanto, ser declarada **ex officio** a nulidade fundada em incompetência de foro.” Para os que aplicam os mesmos princípios da competência do direito processual comum ao direito processual do trabalho, a palavra “foro”, nesse dispositivo, foi usada em sentido inadequado. Entretanto, porém, muito ao contrário, que o seu uso, aí, no sentido de incompetência territorial, foi intencional, pois o que se pretendeu foi ressaltar a improrrogabilidade das ações em razão do lugar, **já que a localidade da prestação de serviços** é que fixa a competência da Justiça do Trabalho” — TRT-3ª Reg., Proc. nº 540/78. Rel. Juiz Orlando Teixeira da Costa. In BONFIM & SANTOS. **Dic. de Dec. Trabs.** cit., 16ª ed., 1980, p. 123, Ementa nº 870.

Em trabalho recente, Vicente Malheiros da Fonseca — depois de insurgir-se contra a viabilidade de existência de jurisdição — o que, aliás, atentaria contra a própria estrutura da sociedade, que se funda na ordem jurídica e na garantia de sua efetividade, através de órgãos encarregados da aplicação da lei, lembra:

“Muito pelo contrário, o art. 198 do Código de Bustamante declara que é **territorial** a legislação sobre acidentes do trabalho e “proteção social do trabalhador” — competência da Justiça do Trabalho. In **Revista LTr.**, ano 46, p. 18, janeiro — 1982.

Antônio Lamarca, ao analisar a hipótese do § 2º do art. 651, da CLT, que adota critério da **nacionalidade**, para determinar a competência em dissídio de empregado brasileiro, que trabalhe em país estrangeiro, mas em “agência” ou “filial”, alerta para um suposto:

“... Implicando-se que a matriz do empregador esteja situada no Brasil” — Cf. **O Livro da Competência**. São Paulo, Ed. Revista

dos Tribunais, 1979, pág. 463, VII, 6. Cf. ainda, BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Trafado de Direito Judiciário do Trabalho**. S. Paulo, Ed. LTr., 1977, p. 189.

Deixa entrever RUSSOMANO que o domicílio do empregador, na hipótese do art. 651, § 2º, seja o Brasil e, no estrangeiro, o que há é a “filial” ou a “agência” da empresa estrangeira (cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT** 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1982, p. 734, nº 2). Se se fala em “filial” ou “agência”, fala-se em **estabelecimento e não em empresa**, qualquer que seja a acepção que se lhe dê.

Salvo, portanto, a caracterização do “grupo” de empresas, delineado e bem gizado na ascendência de empresa brasileira, e no Brasil tenha prestado serviço alguma vez o empregado, admite-se o acionamento dos órgãos judiciários trabalhistas brasileiros: a jurisdição é a brasileira. Para além disso, será navegar no arbítrio, na criatividade pura, em matéria fundamentalmente técnica, jurídica e que se liga à estrutura organizativa e à soberania de cada Estado.

1.3 O foro de eleição

É possível que a confluência de posições ou a divergência de concepções no que diz respeito à **conexão** ou à **regência** sejam os fatores preponderantes de opção **pela liberdade contratual**, pela **autonomia da vontade** como critério de **remessa**, sempre no pressuposto de que toda a ordem jurídica está provida de meios bastantes para, juridicamente, proferir decisões e resolver os litígios abertos e que envolvam o problema da territorialidade.

Evidentemente, na ordem jurídica interna, o **foro da eleição é residual**, ou seja, goza de eficácia plena naqueles supostos em que a lei expressamente não regulou ou em que deixou ao arbítrio das partes (arts. 88 e 89, para a competência internacional e arts. 91 a 110, para a competência interna e, especialmente, art. 111 e sua segunda parte, em que se faz referência às “ações oriundas de direitos e obrigações — todos do Código e Processo Civil).

Na esfera do direito do trabalho, como se viu acima, e em se tratando de aplicação de direito brasileiro, não se aceita o **foro da eleição**, dada a tipicidade processual da competência, fixada em razão do lugar da **prestação de serviços e/ou, supervenientemente, do contrato**, se não coincidirem, mas como poder jurídico conferido ao empregado, o basicamente tutelado pela ordem jurídica trabalhista (art. 651, da CLT). Atente-se a que esse dispositivo, como **regra geral**, consagra o princípio da **territorialidade**, “ainda que tenha sido (o empregado) contratado noutra lugar ou no **estrangeiro**” (**verbis**). É curial que, ao aludir-se a “no estrangeiro”, o preceito não discrimina a **nacionalidade** do empregado, se brasileira ou não, e muito menos cuida da jurisdição nacional ou de outro país.

Note-se que o § 2º desse artigo não passa de uma projeção da regra do § 1º, do plano nacional para o plano internacional, **contidos ambos, todavia**, no suporte catalizado de **agência** ou **filial**, que é modelo e tipicidade de atração da regra de competência excepcional.

Mas a formulação do critério legal não é absoluta e aí está o silêncio da lei processual trabalhista brasileira concernentemente ao foro de eleição, o que autoriza — salvo os casos de **competência territorial** ou em razão da **nacionalidade**, especificados no § 2º do art. 651 da CLT — a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, em seu art. 111, parte final.

A admissibilidade de **eleição de foro**, como diz GAMILLSCHEG e o demonstra, inclusive no plano da comparatividade (Alemanha, Suíça, Itália, França, Bélgica, Holanda e Inglaterra, cf. GAMILLSCHEG, Franz. **Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht)** Berlin-Tübingen, Walter de Gruyter & Co. u. J. C. B. Mohr, 1959, 387 u. 391 bis 396), não se induz ou se infere como um princípio **a priori**, mas está adscrita a cada ordem jurídica, segundo seu direito positivo.

Com o aval de Riezler, Nussbaum e Raape, aduz o extraordinário tratadista germânico:

“Toda ordem jurídica resolve autonomamente se e em qual perimetro a vontade das partes influencia na competência internacional, se a convenção é capaz para um foro estrangeiro exclusivo, para excluir a nela compreendida competência de um tribunal, decide, conseqüentemente, o direito do Tribunal, cuja competência deve ser excluída — jede rechtsordnung entscheidet selbständig darüber, ob und in welchem umfang dem parteiwillen einfluss auf die internationale zuatändigkeit einbräunt wird ob die vereinbarung eines ausschliesslichen ausländischen gerichtssandes imstande ist, die an sich gegebene zuständigkeit eines gerichts auszuschliessen, entscheidet mithin das recht des gerichts dessen zuständigkeit ausgeschlossen werden soll ob. cit. p. 385, N. 358. Cf., ainda, para o direito inglês, GRAVESON, R. H. **Private International Law**. 7. ed., London, Sweet & Maxwell, 1974, pp. 94 e ss., e que traz, dentro do pragmatismo anglo-saxônico, uma acepção objetiva de **jurisdição**, a **jurisdição judicial (judicial jurisdiction)** como o poder legal e a autoridade de uma corte proferir uma decisão válida (to make a valid decision), obrigatória para a parte ou as partes e referente a qualquer matéria trazida perante ela p. 94).

No direito processual do trabalho brasileiro, conquanto estrita seja a regra concernente à competência internacional e conquanto a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 769, repasse à legislação processual comum a aplicação de regras subsidiárias, em caso de silêncio da lei especial ou caso não se contravenham seus princípios, a doutrina e a jurisprudência assimilam critérios de avaliação jurídica hauridos do direito material do trabalho, respaldando-se, sempre, em um princípio de **cogência** deste, de tutela do trabalhador, para imprimir direção ao preceito processual e até para **criar** regra interespacial de competências, em termos de extensão ou de aplicação analógica.

Advirta-se, em todo o caso, que o **foro de eleição** vem sendo rejeitado na jurisprudência e na doutrina nacionais, mas como um dado **a priori**, como

um fluxo natural de um princípio de direito material que se infiltra pela interpretação e pela aplicação da norma processual.

1.4 Da Jurisdição especificamente

Arma-se a hipótese de uma empresa que executa serviços no estrangeiro, sediada em outro país, também estrangeiro.

Incidentemente, há parcelas remuneratórias que o empregado autoriza sejam desviadas para o Brasil e aqui entregues a parentes ou familiares seus.

Antes de transcrever-se, na íntegra, sentença de alta fundamentação, do Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, em hipótese senão idêntica ao menos para-idêntica (para não dizer analógica nem semelhante), cabe lembrar o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, atrás ementado, em que se tomam essas prestações **desviadas** e entregues no Brasil como “execução concomitante do contrato”, aqui e no estrangeiro — o que está verticalmente refutado nessa sentença e cujos argumentos devem ser ponderados.

Ao partir-se dessa sentença, como formulação central para o correto equacionamento da hipótese focada, quer-se com isso significar a precedência, a **pré-questionalidade**, do problema jurisdicional sobre qualquer outro de direito processual e mesmo o de direito material, dentro, é claro, do curso a que tiverem as relações jurídicas mantido entre as partes.

“Questão, porém, de profunda indagação e da maior relevância é a de se saber se são aplicáveis na espécie o § 2º do art. 2º e o § 3º do art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No que toca ao § 2º do art. 2º da CLT, é preciso não se perder de vista, antes de mais nada, que trata-se de **norma de direito material interno** que estipula a solidariedade empresária e que, por razão de ordem lógica, só pode ser invocada e apreciada após definida a competência da Justiça brasileira para instruir e julgar a causa. Aliás, é esta própria e mesma lógica que determina não ser a existência do grupo o motivo que irá fazer competente a Justiça brasileira, como, parece, se tem entendido. Apenas se competente esta, ultrapassada a fase de análise da questão processual, é que se poderá invocar e aplicar a **regra de direito material interno** relativa à solidariedade. A solução contrária é simplista, errada, inversa. Assim, preliminar necessária é a do exame da competência da Justiça brasileira.

Antes, no entanto, importa afastar um outro equívoco do reclamante e que se relaciona à aplicação do § 3º do art. 651 da Consolidação. Todo o art. 651, quer no **caput**, quer em seus parágrafos (1º, 2º e 3º), se destina a regulamentar a competência do Juiz do Trabalho brasileiro para casos normais de empregados brasileiros que tenham sido contratados no Brasil e que **aqui** tenham seus serviços sido prestados. Apenas o § 2º do art. 651 se faz em exceção, estendendo a competência para dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro. Contudo, não se aplica este dispositivo (§ 2º do art. 651 da CLT), porque a Mendes Junior Internacional Company é pessoa jurídica distinta da outra reclamada, ou melhor até, é sociedade constituída segundo o critério da lei das Índias Ocidentais Britânicas, com capital em moeda norte-americana, operando no Iraque, é, isto sim, uma multinacional e que não pode, de maneira nenhuma, ser tomada como agência ou filial de entidade brasileira no estrangeiro. Torna-se, por conseguinte, de todo imperioso bem definir as situações, para que se evitem equívocos a que se possa ser conduzido em terreno como este, reconhecidamente movediço e perigoso, e em que qualquer leve descuido pode traduzir-se em perda irreparável às partes litigantes. Não tem inci-

dência, portanto, no caso, nem o § 3º, nem muito menos o § 2º do art. 651 da Consolidação.

Na espécie está-se diante de uma situação em que confessada e abertamente é omissa e lacunosa a legislação brasileira específica da tutela ao trabalho. Não há, por mais ousada seja a mente do intérprete, como fazer, através de uma norma da CLT, competente o Juiz brasileiro para instruir e julgar esta causa. Nem se pode trazer à colação, em caráter de subsidiariedade, o direito processual comum. Não servem de arrimo os arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil. Nem mesmo o item III do art. 88, que faz referências a quando "a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil".

A contratação foi no Brasil, mas a ação se origina de fato ocorrido ou ato praticado — a prestação de serviços — no Iraque. Também não se suponha a incidência no item II do art. 88 do Código de Processo Civil, isto é, a competência da autoridade judiciária brasileira, porque "no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação". No Iraque, o reclamante prestaria e prestou seus serviços e lá receberia e recebeu seus salários (fls. 7v — itens 3.1.1 e 3.1.2).

Pelo último documento de fls. 12, constata-se que o reclamante recebeu no Iraque, em maio de 1980, em dinares, com a equivalência em cruzeiros (Cr\$ 68.026,50), importância muito superior a quantia que lhe seria creditada no Brasil pelo item 3.1.1 do contrato (fls. 07v). A obrigação de pagar salário, por assim o pretender a reclamada, era cumprida parcialmente no Brasil e em parte, maior parte, no Iraque. A questão, porém, é outra. É a de se saber se a norma inserida pelo legislador brasileiro no inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil abrangeria estas complexas relações advindas do trato entre empregado e empregador. E a resposta é negativa. Aí o Código de Processo Civil não pode ser elevado à condição de fonte subsidiária, como refere o art. 769 da Consolidação. Primeiro, porque o direito processual comum é fonte **no que toca às suas normas internas**. Mas, mesmo que se acolhesse (como se joga com a hipótese do item III do art. 88/CPC) o argumento, a referência do texto é a obrigação que tiver de ser cumprida no Brasil. Trata-se de **forum destinatae solutionis**. A regra em análise é, sem dúvida, diferente da daqueles países que tomam em consideração ou o lugar em que a obrigação é contraída ou aquele em que ela deve ser satisfeita, como é o caso típico da Itália cujo art. 20 do Código de Processo Civil de 1942, em vigor, dispõe:

"Per le cause relative a diritti di obbligazione à anche competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio."

Pela letra do inciso III do art. 88 do Código de Processo Civil brasileiro, fundamental para a fixação da competência é o lugar onde a obrigação deva ser cumprida, e não, o em que foi contraída, como é na Itália. E na espécie tudo se passava no Iraque com um depósito, por liberalidade do empregador, apesar do contrato é este o espírito, sendo feito no Brasil. Irrespondível a propósito é a lição de Hélio Tornaghi, sem dúvida alguma, um dos mais notáveis processualistas brasileiros de todos os tempos:

"Para que a Justiça brasileira seja competente, neste caso, é necessário que no Brasil esteja o **locus destinatae solutionis**, isto é, o local em que a obrigação deve ser cumprida. A liberalidade do devedor que pagou, em parte, no Brasil, quando a isso não estava obrigado, não autoriza o credor a pedir à Justiça brasileira que faça cumprir o restante da dívida. Por outro lado, não basta que alguma obrigação contratual deva ser cumprida no Brasil; é preciso que aqui tenha de ser satisfeita a mesma obrigação cujo cumprimento é pedido" (**Comentários ao Código de Processo Civil** — Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, pág. 305, São Paulo, 1974).

Por aí, ajustando-se, se fosse o caso, com perfeição, se poderia extrair que no máximo e apenas para argumentar, a Justiça brasileira seria competente tão só quanto àquela parte do contrato que deveria ser cumprida no Brasil (item 3.1.1). Não existe no Brasil norma igual àquela no art. 20 do Código de Processo Civil italiano que se refere ao lugar do nascimento da obrigação e àquele em que deva ser executada. Logo, ainda que aqui tivesse nascido a obrigação, não seria, só por isso, competente a Justiça brasileira.

leira. Mas há mais: o inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil destina-se exclusivamente a obrigações civis e/ou comerciais, e não a trabalhistas. HÉLIO TORNAGHI chega mesmo a mencionar que: "Convém não esquecer que o art. 950 do Código Civil considera local do pagamento (lato sensu) o domicílio do devedor, salvo se o contrário resultar da convenção das partes (CC, art. 42), das circunstâncias do caso concreto ou da natureza da obrigação ou da lei (ob. cit., pág. 306). Isto sem se falar nas obrigações cambiais. Claro, muito claro, que o Código de Processo Civil de 73, não dispendo especificamente para litígios trabalhistas, regulou situações que não tiveram em conta obrigações decorrentes do direito do trabalho, mas do civil, do comercial etc.". A obrigação que tiver de ser cumprida no Brasil (art. 88, II, CPC) não é a trabalhista, mas ainda que assim o fosse, àquele depósito feito aqui e referido no contrato de fls. 07v, se não realizado por liberalidade, só quanto a ele, apenas no que lhe dissesse respeito, poderia ter-se, por extensão, se assim se interpretasse, a competência da Justiça brasileira. Evidentemente fica a ressalva expressa, de que esta Junta não admite nem mesmo, como acima se deixou esclarecido, esta interpretação analógica ou extensiva, incompatível com os princípios que informaram a elaboração do inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil vigente. O contrato, cuja cláusula de depósito de parte de salário no Brasil vem estampada à fls. 07v, é um contrato de adesão. O empregado a ela aderiu e a cláusula em debate foi nela inserida pela empresa-empregadora, por ato exclusivo seu, visando a beneficiar familiares do empregado no Brasil. É uma autêntica liberalidade, já que o contrato é fruto de estipulação unilateral da reclamada e com que aquiesceu o reclamante. Fora deste aspecto, porém, é de se ter em vista que a inaplicabilidade do item II do art. 88 do CPC provém de sua origem, de se voltar para outras obrigações que não as trabalhistas, consignando-se, todavia, que, se porventura fosse admitida sua incidência, a competência da autoridade judiciária brasileira estaria restrita apenas ao quantum que devesse ser aqui depositado (fls. 07v).

O empregado-reclamante contratado no Brasil prestou serviços a uma multinacional no Iraque. É este o fato incontroverso. Para ele, nem a CLT nem o CPC nada dispõe. É a verdade. Teria sido, ou é ou será, necessário intervir o legislador nacional para regulamentar sobre circunstâncias que tais. Por enquanto não há. Não existe a lei processual trabalhista brasileira específica. E foi muito oportuna a menção feita pela reclamada ao acordo de Itaipu, mostrando a inexistência da norma interna. Vai-se, então, para o campo do direito internacional privado, ou melhor, para a Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-42) e também aí, a não ser no art. 12 e seu § 1º, nada de especial encontra-se sobre competência. Com efeito, o art. 9º e seus parágrafos, no máximo, podem ser chamados à discussão por disciplinarem e regerem situações de empregados estrangeiros aqui domiciliados, ou mesmo, de empregados brasileiros que prestem serviços no estrangeiro e, em seguida, na mesma empresa, tenham continuado a executá-los no Brasil.

Certo é que a legislação brasileira, tendo como circunstância de conexão básica o domicílio, ampara o estrangeiro, ou por outra, ampara o estrangeiro que aqui presta serviços, mas não tem em conta o caso do brasileiro que, emigrando, trabalhe no estrangeiro para empresa estrangeira ou multinacional.

O tema da competência é da maior significação e aqui está-se em face de um caso que diz respeito à própria jurisdição. Trata-se, primeiro, de saber se o Estado brasileiro tem poder para, autoritariamente, expressar o preceito que seria concretamente realizado (processo de conhecimento e processo de execução).

CELSO BARBI refere-se à conhecida lição de F. CARNELUTTI para quem a jurisdição, do ponto de vista lógico, não teria limites. O sistema de um país poderia pretender julgar quaisquer causas que fossem propostas perante seus juizes, sem importar com a nacionalidade ou domicílio dos demandantes, a natureza do direito discutido, o local onde está o bem — objeto da demanda —, o lugar onde ocorreram os fatos que a originaram ou aquele em que vai ser executada a obrigação (cf. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1981, 2.ª ed., vol. I, pp. 392/393).

Torna-se mister, pois, ter em vista que, na ausência de norma interna, o juiz brasileiro, ou melhor dizendo, o Estado brasileiro, não tem jurisdição, isto é, poder para dirimir o conflito entre o reclamante e a reclamada Mendes Junior International Company.

A doutrina, citada no memorial do ilustre Advogado e estimado Professor Messias Pereira Donato, referido à f's. 53, é no sentido de ser aplicável a **lei do lugar da execução do contrato**. E é assim que foram mencionados por este insigne Mestre que com dando pela incidência da lei do Iraque, os seguintes autores: Arnaldo Sussekind, Amauri Mascaro Nascimento, Délio Maranhão, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Gilda Russomano, Osiris Rocha, Haroldo Valladão, Paul Durand, H. Batiffol, Kaskel y Dersch, Manoel Alonso Olea e Cesar Lanfranchi. Além destes, não se pode deixar de ouvir o ilustre jurista pátrio PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, cuja lição, apesar de longa **mutatis mutandis**, ajusta-se também ao que pretendeu Messias Donato, e merece inteira transcrição:

"Tem-se por empresa multinacional (extranacional ou transnacional) aquela que, como pessoa jurídica una ou por diversificação e desdobramento de pessoas jurídicas, opera em territórios estatais diferentes, neles mantendo relações jurídicas das mãs diferentes índoles.

Sua estrutura jurídica e natureza do tráfico por ela desenvolvido pontualizes as relações no direito comercial com as limitações da ordem pública.

Quando se está diante de um empregado que prestou serviços a empresas do grupo ou no estrangeiro e teve seu contrato rescindido no território nacional, a incomputabilidade de tempo de serviço (ou a consideração desmembrada de cada uma das empresas) assente-se, de um lado, na distinta personalidade jurídica e, na regência, ao direito estrangeiro, pela força do art. 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pela força do art. 8º, parágrafo único da CLT.

Essa situação, pela reiterada ocorrência, comporta análise em profundidade.

A regra do art. 9º da Lei de Introdução seria, como parece haver apreendido PONTES DE MIRANDA na terminologia germânica, uma regra de sobredireito, isto é, direito que regula direito. Não se traria, propriamente, de sua invocação como fonte subsidiária, mas de norma de aplicação direta desde que se deva ou não fazer subsumir, no caso concreto, a lei brasileira do trabalho, em face da execução de serviços em ordem jurídica diversa em que foi constituída.

O art. 9º cuida de "obrigação", o que faz pressupor ou relações "contratuais" ou efeitos "contratuais" de relações jurídicas e não está nele tecnicamente empregado o termo "dever jurídico", que seria uma imposição oriunda de fonte "legal" **imperativa**. Se se contivesse a hipótese na negociabilidade, na autonomia das partes, a fonte legal seria a **supletiva**.

No campo das relações de trabalho, a doutrina do direito internacional privado, dada a sua diversidade de entendimento sobre a aplicação de determinada lei, vem evoluindo para a tutela específica do bem sobre que versa o litígio, para daí extrair qual a ordem jurídica eficazmente legítima. Essa orientação conclui-se, sem maior esforço, da leitura do resultado do 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho, cujo comentário foi preparado por juristas do porte de BEITZKE (pela Alemanha), SHARP (pela Austrália), BAYON-BOTIJA (pela Espanha), ROTHMAN (pelos Estados Unidos da América), FREYRIA (pela França), KAHNFREUND (pela Inglaterra) e MALINTOPPI (pela Itália). As conclusões do conclave encontram-se expostas por MARTHE SIMON-DEPITRE na **Revue Critique de Droit International Privé**.

Se as relações contratuais se resguardam dentro da órbita exclusivamente privada, no fluxo da autonomia das partes, pode-se, na realidade, dar prevalência ao art. 9º da Lei de Introdução, que se aplica pertinentemente. Entretanto, se essas relações preenchem uma situação jurídica complexa, em que se visam proteger não só os atos "obrigacionais", mas outros, cuja tutela se preserva na própria estrutura fundamental de determinada ordem jurídica, com sentido peculiar e imperativo, a ela não se pode aplicar, pura e simplesmente, regra de sobredireito ditada pelas relações **exclusivamente obrigacionais**.

É o que, aliás, salienta SIMON-DEPITRE.

O argumento propende para a extensão da lei nacional, como expõem os juristas, por um lado, ao sustentarem a opção pela **lex loci executionis**, a fim

de que se evite a cindibilidade de regulação de uma mesma relação jurídica, mormente quando se trate de relação não instantânea, porém, territorialmente, determinada e fixa, como no caso do trabalhador que vem do estrangeiro, com serviços prestados, anteriormente, a empresa do mesmo grupo.

Pretende-se, com esse entendimento e nas palavras de SIMON-DIPITRE, uniformidade de tratamento dos assalariados, maior facilidade, para eles, de conhecerem o conteúdo da lei aplicável" (**Relação de Emprego**. São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 141/143).

No magistério de PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA depreende-se que, pelo exemplo referido, teria incidência, na forma do art. 9º da Lei de Introdução, o direito brasileiro, se o empregado, tendo iniciado a prestação de serviços no estrangeiro, tivesse continuado a trabalhar no Brasil, aqui rescindindo o contrato. De outra forma, isto é, como descrito na inicial, se aplicaria a *lex loci executionis*. A *fattispecie* se aplicaria a lei do Iraque.

Sem dúvida que além da lei — fonte formal por excelência — da analogia e do costume (art. 4º do Dec.-Lei n.º 4.657, de 4-9-1942, e o art. 8º da CLT), são **fatores informais** a doutrina e os princípios de direito comparado, sem se falar na jurisprudência. Na hipótese em foco, jamais, conforme o entendimento doutrinário dominante, seria aplicável a lei brasileira, incidindo a **lei do lugar da execução do contrato** — a do Iraque — não servindo em nada, portanto, ao encontro da pretensão do reclamante. Mas, pior que isso — aplicação pelo juiz brasileiro da lei do Iraque — é a barreira preliminar da incompetência ou da não captação pelo Estado brasileiro, através de sua jurisdição, do conflito de interesses que lhe foi colocado para dirimir definitivamente. Sabe-se que competência, na expressão tradicional, é a **medida da jurisdição** (ponto de vista em contrário em DAVI LASCANO), ou, então, como se expressa E. T. LIEBMAN, a quantidade de jurisdição atribuída em exercício a cada órgão (**Manuale**. Milão, Giuffrè, 1980, 4ª ed., vol. I, nº 24, pp. 47/50); se não há jurisdição, se o poder estatal não faz a captação do fato, não há falar em competência, dado que sabido e mais que sabido que cada órgão jurisdicional só recebe da lei o encargo de exercer sua função dentro de determinado âmbito e limite, referentemente a certas lides: e esse ângulo, âmbito, e esse limite é exatamente a que se chama competência. Em cada caso concreto, nas palavras do ilustre processualista CELSO NEVES, titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, existirá competência se houver "relação da adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional."

Em síntese, para se chegar a concluir pela competência de certo órgão para dado processo, é preciso **passar** por duas grandes etapas do processo de **concretização da jurisdição** (expressão utilizada por P. CALAMANDREI: **a da competência internacional** e, depois, **a da competência interna**. A primeira delas, como aliás já se deixou algumas vezes mencionado, diz respeito à jurisdição em si mesma, como poder soberano (e não à distribuição do exercício das atividades inerentes a ela). Precisa-se saber, em outras palavras, se determinada lide está sujeita a uma solução pela autoridade brasileira, ou se é o caso de ser apresentada a um juiz de outro país. Não ter competência internacional significa não ter jurisdição sobre o caso concreto.

Já se disse que a CLT não cuida especificamente da competência internacional, que se encontra disciplinada no art. 12 e § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei n.º 4.657/1942), mas que agora, inovando, o Código de Processo Civil de 1973 deu-lhe tratamento nos arts. 88 e 89, que se referem, respectivamente, aos casos de cumulatividade e de exclusividade. Já se tocou, por outro lado, que a possibilidade de se fazer subsumir a espécie estaria nos itens II e III do art. 88 do Código de Processo Civil, mas ela logo foi afastada, porque não versava obrigação que tivesse de ser cumprida no Brasil ou ação que se tivesse originado de fato ocorrido ou de ato aqui praticado. Ao contrário, trata-se de ação que se origina de **ato praticado no exterior** ou, mais precisamente, no Iraque, e da obrigação que tinha de ser satisfeita neste país. O dado essencial é a **prestação de serviços** e não a **simples celebração do contrato**; esta, por si e apenas em si, não gera nenhum direito trabalhista, tem de haver a **execução** e é dela que nascem conseqüências juridicamente relevantes. A celebração foi no Brasil sem dúvida, mas a execução foi no Iraque, e não se invoque, em sofisma, o depósito de parte dos salários para se atrair a competência por inteiro.

Por conseguinte, não obstante os esforços doutrinários para a aplicação da lei do **lugar da execução**, visando à proteção do empregado na propositura de sua demanda que, via de regra, acontece **no foro** de onde prestou serviços, há a preliminar da competência para ser decidida antes de se saber qual a lei que regerá a relação jurídica em conflito e representada no processo. Logo, primeiro, se há de cuidar da competência, porque antes de praticar qualquer outro ato, o juiz é o juiz de sua própria competência. Aliás, em sede doutrinária, é comum dar-se com o ponto de vista de que a atividade do juiz, ao examinar-se a sua própria competência, não envolveria a prática de ato tipicamente jurisdicional, mas seria, como se supõe, posto que em acerto, ato de natureza meramente administrativa (a propósito, por todos ninguém melhor que P. CALAMANDREI). Para o caso concreto, portanto, na total carência da lei, não há como permitir à jurisdição brasileira, como poder soberano, instruí-lo e julgá-lo. Nem mesmo entre as regras brasileiras de sobredireito, ou melhor, entre as "normas sobre aplicação de normas jurídicas" se vai encontrar uma dando pela competência do juiz brasileiro no caso. Sem embargo, seja de lamentar, nenhuma lei interna brasileira protege, na hipótese, o trabalhador nacional emigrante, e falece a nosso país jurisdição, isto é, poder para decidir o litígio que lhe foi posto pelo empregado-reclamante.

Na ausência de poder estatal para solucionar o conflito, à mingua de norma interna que possa incidir, conferindo à autoridade judiciária brasileira a necessária jurisdição, extingue-se o processo sem julgamento do mérito.

Uma vez não se admitindo intervenha a jurisdição brasileira para resolver a controvérsia, não lhe cabe dizer qual o juiz competente, se do Iraque — local da prestação de serviço — (muito embora seja esta a tendência doutrinária) —, se o das Índias Ocidentais Britânicas — onde sob cujas leis se constituiu uma das sociedades — reclamadas — se, em resumo, o de qualquer outro país ou lugar. Por isso não há como se acatar a declinatória para o foro de Bagdad — República do Iraque —, segundo pretende a reclamada-excipiente. Certo é que tudo se fará de conformidade com o direito internacional privado do trabalho (interno e público, apesar do nome), não se aceitando no Brasil, de modo algum, o retorno, como, com tanta ênfase, ensina em suas magníficas preleções o ilustre Professor Osires Rocha. Entre nós, recorde-se, o **elemento conexão** fundamental é o domicílio, e não a nacionalidade. Dá-se prevalência à situação do domicílio no Brasil, em vez do simplesmente nacional brasileiro. E a despeito, portanto, do apreço que se vota aos que, tão-só, advogam a aplicação da lei do **lugar da execução do contrato**, não há — e isto deve ser analisado em primeiro lugar — lei interna, sequer no direito internacional privado ou no processo civil, que faça competente o juiz brasileiro para instruir e julgar esta causa.

Finalmente, também em matéria de competência, é oportuno o registro da tão divulgada frase-advertência de E. T. LIEBMAN que diz que, para bem se entender a lei, "bisogna saper leggere" (9ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte — Processo 982/82 — Reclamante: Cláudio do Marcomo; Reclamada: Mendes Junlor Internacional).

Passa-se, agora, ao exame da **regência** ou da **conexão**.

2. Da regência em geral. Dissertações doutrinárias

Antes de localizar-se a pesquisa doutrinária e jurisprudencial em função da hipótese bipolar em que pode ser ajustada a situação de empresa que, nas colocações anteriores, tem empregados brasileiros no estrangeiro — que fica subordinada exclusivamente aos critérios de aplicação ou da **lex loci contractus** ou da **lex executionis** —, proceder-se-á a um levantamento doutrinário geral das direções mais em voga no direito internacional privado do trabalho, o que terá a finalidade de demonstrar as dificuldades com que se debatem os juristas para se saírem do problema da **qualificação**,

tal a disparidade de entendimentos e de situações que ocorrem, muitas delas inusitadas, em razão de detalhes fáticos até então ou desconhecidos ou não detidamente examinados.

Cabe lembrar que a colocação da questão antecedente, a da **regência geral**, em matéria trabalhista, assenta-se sobretudo, no curso das idéias dominantes adotadas em nosso País (embora muitas delas, de fontes alienígenas), em função de contratos de trabalho pactuados no estrangeiro e aqui executados.

Exatamente em razão disso é que se distribuirá o tema em outra parte, dirigida, evidentemente, a essa situação emergente, e em que se insere a empresa da hipótese abordada, que diz respeito a contratos de trabalho ajustados por empregados brasileiros, que executam serviços em outros países.

2.1 Dificilmente saberíamos qualificar a reação de um jurista, de um magistrado, de um estudioso logo em seguida ao primeiro contato com o fenômeno da aplicação de uma regra de direito a uma relação de trabalho no plano internacional. Pode-se dizer um homem perplexo ou, quando muito, um homem perdido em uma algaravia jurídica, em que todas as soluções, se não lhe parecem certas, não deixam de ser as mais plausíveis.

A. FERRER CORREIA, para maior espanto dos incautos, abre sua obra **Direito Internacional Privado** (Coimbra, Atlântica Editora S. S. R. L., 1970, p. 3), lembrando que

“... não raro as relações do comércio jurídico internacional se encontram em ligação com leis que consagram a seu respeito critérios de competência não coincidentes; nesses casos verifica-se o que se chama um **conflito de normas de conflitos**” (grifos nossos).

A razão inicial, talvez básica, de uma constante, renovada e altamente diversificada solução para os conflitos espaciais de leis no campo trabalhista decorre de uma aguda observação de WILFRED JENKS, transcrita pela professora GILDA MACIEL CORREA MEYER RUSSOMANO em sua obra **Os Conflitos Espaciais de Leis no Plano das Relações Trabalhistas** (Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1964, p. 81), segundo o qual não é desarrazoado (unfair) dizer que a questão acaba por assentar-se em dois pontos (tends to fall between two stools) — os juslaboralistas tendem a encará-la como uma matéria afeta aos tratadistas de direito internacional privado, e estes tendem a considerá-la como sendo uma matéria da alçada daqueles (for the labour lawyers).

A oscilação do equacionamento dos problemas jusprivatistas, que se observa tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos vários países neles envolvidos, pode debitar-se ainda a uma posição de natureza conceitual ou de estrutura, quanto à colocação da questão a ser resolvida.

Os anglo-saxões, por exemplo, admitem elejam as próprias partes o direito que lhes vai reger o caso, o que não se dá, por exemplo, entre outros, como os italianos (cf. KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. 2ª ed., Buenos Aires, Eds. Roque Depalma, 1968, p. 719, nº 500, letra c, e GAMILLSCHEG, ob. cit., S. 168-170).

Dentro desse mesmo prisma, KROTOSCHIN (ob. e p. cit., nota 10), colhendo o magistério de DURAND, lembra que as disposições sobre despedida se consideram, em França, como regulamentação de direito público e, em outros países, de direito privado.

É interessante observar que, por outro lado, as obras, os estudos e as dissertações que abordam o tema das relações de trabalho sob o corte do direito internacional privado, têm-no feito invariavelmente dentro de uma colocação normativa por assim dizer horizontal, que joga com elementos paralelos, autônomos e de cujo cotejo, apenas acionado por uma norma de remessa, se extrai qual o preceito aplicável.

Essa operação consiste em apanhar, p. ex., a porção do fenômeno jurídico objeto de apreciação (a capacidade, o casamento, a herança, o imóvel, a compra e venda, etc.) e, em ato simples de comunicação, subsumi-lo na ordem jurídica competente. O procedimento, em termos de direito brasileiro, circunscreve-se, v. gr., à observância do disposto nos arts. 7º a 13 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Dentro desse equacionamento simples, o jogo das regras de direito e sua captação se comportam pura e simplesmente segundo fórmulas preestabelecidas e têm como suposto básico o isolamento do fato jurídico subsumido dentro de uma ou de outra ordem jurídica. Jamais, nesse esquema de aplicação, se chamam a regê-lo regras comuns a mais de uma ordem; até o momento, o princípio básico em que se funda e se aciona o direito internacional privado é o da exclusão, ou seja, o afastamento do corpo de regras nacionais pelo corpo de regras estrangeiras ou o destas por aquelas.

Como as normas de direito internacional privado são normas de retenção, de remessa ou de reenvio, e se destinam à aplicação de outras normas jurídicas, denominam nas os autores normas de "sobredireito" (*Überrecht*), ou, como lembra FERRER CORREIA, por serem normas de conflitos e que "definem o critério de aplicabilidade de outras normas", **regula de regulis** (ob. cit., p. 57, nº 7).

Não resta a menor dúvida que, sob esse lineamento, se consagram, apanhadas na linha de tradição, algumas fórmulas estanques, rígidas umas, flexíveis outras, de que se têm servido os tribunais e os juristas para equacionarem os conflitos interestaduais na aplicação da regra de direito.

Tais são: o local da coisa (*lex rei sitae*, para os imóveis), o local do ato (*locus regit actum*), a lei do contrato (*ius loci contractus*), o local da execução do contrato (*lex loci executionis*), a lei do domicílio (*lex domicilii*), a lei da nacionalidade (*ius sanguinis*) e, recentemente, no plano das relações de trabalho, ganhando maior foro de cidadania, o local do direito que rege o funcionamento da empresa, de exercício da profissão (*ius professionis*) (cf. AMILCAR DE CASTRO. **Direito Internacional Privado**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, p. 465, n.ºs 258 e 468 a 470, nº 262). Nesse aspecto é interessante lembrar, em mera associação de idéias, que, no direito sindical brasileiro, as categorias profissionais (trabalhadores, salvo as diferenciadas), se definem pelas categorias econômicas respectivas (dos empregadores ou das empresas — CLT, art. 511).

2.2 Mesmo na órbita do direito internacional privado geral surge um primeiro escolho à transposição de um fato de uma ordem jurídica para outra, tal como tenha sido convencionado: é a chamada ordem pública (cf. a exposição específica de KURT KRONHEIM, em sua clássica obra **Les Conflits de Lois en Matière de Contrat de Travail**, Paris, Lib. Technique et Économique, 1938, pp. 12 ss e esp. p. 14, n.ºs 16 e 17).

Por **ordem pública** (“ordre public” dos franceses ou “public policy” dos ingleses), sob seu ângulo externo, pode-se indicar, nas palavras de GERHARD KEGEL (**Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, München u. Berlin, C. H. Beck’sche. Verlagsbuchhandlung, 1964, S. 183, I), como “aque-la parte inviolável do próprio ordenamento jurídico”.

Substancialmente, a “ordem pública” vem representada pela chamada “cláusula de reserva”, na acepção de ZITELMANN e que se preceitua no art. 30 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB): “fica excluída a aplicação de uma lei estrangeira quando a aplicação viola os bons costumes ou o fim de uma lei alemã”.

Embora FRANÇOIS RIGAUX a tenha como uma das noções mais fugidias (fuyantes) do direito positivo, a “ordem pública” admite contornos conceituais, e sua apreensão, porquanto, substancialmente, coincide com aqueles interesses fundamentais em que se baseia e pelos quais se governa uma sociedade política, revelados na estrutura do ordenamento jurídico por normas imperativas proibitivas ou impositivas, de que parte a regulamentação jurídica geral do tráfego a que dizem respeito.

Nesse ponto, principiam a esboçar-se as primeiras linhas de um esquema sobre que se situa a regência das normas trabalhistas, no plano interes-pacial, esquema esse que, por vezes, leva ao rompimento do rígido princípio da aplicação horizontal e estanque das regras jurídicas de um país a uma situação jurídica em outro.

Não resta dúvida que toda a ordem política, todo o Estado deve fundar-se em uma “ordem pública”, normativamente revelada. Como, porém, a prioridade valorativa de seu equacionamento varia, segundo as concepções de cada povo, de seu grau cultural, de sua ideologia, de sua história, etc., a primeira dificuldade para equacionar-se o tema da intercalação de normas jurídicas de um país no sistema de outro reside exatamente no desencontro ou desnível dos valores revelados em cada formulação da ordem pública.

Em razão disso, uma parcela de regulação jurídica que, em determinado país, pode ser objeto de livre manifestação da vontade, em outro poderá estar condicionada a rígida constrição legal. Ou o que se agasalha na ordem pública de um pode não estar na de outro.

Nesse tópico é oportuna a transcrição de trecho de OSCAR TENÓRIO:

“Os conflitos de leis imperativas não podem encontrar solução na vontade das partes contratantes, mas nas regras do direito internacional privado. Obstáculo sério à adoção da autonomia da vontade é ainda a ordem pública” (cf. sua obra **Direito Internacio-**

nal Privado, 4ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livr. Freitas Bastos S.A., 1955, p. 350, nº 561).

Qualquer afirmação genérica está sujeita a pecar por falta de base. Entretanto, em princípio, correta é a de MARIO DE LA CUEVA, para quem, como para os autores do Direito do Trabalho, em geral, essa disciplina "forma parte da ordem pública" (cf. *Derecho Mexicano del Trabajo*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa S/A, 1959, T. I, p. 253 e GILDA C. M. RUSSOMANO, ob. cit., pp. 159 a 168).

Chega-se a conceber-se uma aplicação diversificada quanto a competência, como, aliás, assinala KROTOSCHIN:

"Quando se admite a eleição ou quando as partes nem expressa nem implicitamente fizeram uso de sua faculdade a respeito, o conteúdo e os efeitos do contrato se julgam por diversos elementos — que correspondem a diversos princípios — como, p. ex., o lugar da celebração do contrato ou o de sua execução, o da sede da empresa etc., sem que na maioria dos casos um destes critérios se aplique com exclusão de outro. Muitas vezes os critérios aplicáveis fixaram-se em tratados internacionais" (ob. cit., p. 720).

Sob esse ponto importa salientar que a paridade de tratamento entre trabalhadores italianos e brasileiros, p. ex., acha-se consagrada no art. XXVIII da Convenção subscrita pelos respectivos países no Rio de Janeiro, a 5 de julho de 1950.

Nessa mesma acepção se poderá ter o Código de Bustamante, como um tratado de união panamericana (Vertragswerk der Panamerikanischen Union), de que se excluam, entre os Estados latino-americanos signatários, a Argentina, a Colômbia, o México, o Paraguai, o Uruguai, a Bolívia e o Peru (cf. KEGEL, ob. cit., pp. 78/79, d).

Antes, todavia, de adentrarmo-nos nas peculiaridades do direito do trabalho, no que concerne à regra de direito espacialmente aplicável, é necessário se chame a atenção para a singularidade dessa disciplina jurídica e para os sérios problemas de colocação na estrutura jurídica que ela veio trazer.

Como o problema da força vinculante da negociabilidade tem virtudes hábeis até para sobre ela, como expressão de autonomia da vontade, assentar-se um critério de **conexão** e de **regência**, na forma do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil, ver-se-á, na exposição que se segue, como esta "força vinculante" se desgasta ante princípios de outra natureza e que atraem critério diverso, como o da **lex executionis contractus**.

Sobre esse ponto, voltar-se-á a insistir-se na **regência especial**.

Autores de larga nomeada e que meticulosamente se detiveram no estudo das relações internacionais privadas do trabalho acentuam que as normas de trabalho não regulamentam apenas um vínculo puramente contratual, sob o ângulo individual de autonomia da vontade e da isolada contraposição de interesses.

GIORGIO BALLADORE PALLIERI, depois de afirmar que

“As normas componentes da legislação do trabalho são normas de ordem pública interna” e que, “quando pertencem elas ao direito privado, são, habitualmente, normas inderrogáveis pela vontade privada, normas cogentes e imperativas, isto é, normas de ordem pública, segundo o significado costumeiro dessa expressão no direito privado” (“Diritto Internazionale del Lavoro”, in **Trattato di Diritto del Lavoro**, Dir. dai Umberto Borsi e Ferruccio Pergolesi — 3ª ediz., Padova, CEDAM, 1960, vol. V, p. 337),

acrescenta às pp. 444/445:

“... A maior parte de nossa legislação do trabalho não tem por fim regular relações contratuais, mas aquele, inteiramente diverso, de tutelar a personalidade e a dignidade do trabalhador.”

Outra não é a correta posição de GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, que extrema, com felicidade, o direito do trabalho na catalogação das disciplinas jurídicas, ao escrever:

“A particularidade reside, porém, na circunstância de que as leis em atrito, como normas de direito do trabalho, são distintas — quer quanto à sua natureza, quer quanto ao papel social — das demais normas de direito positivo, pois, na verdade, mais do que quaisquer outras, **elas estão cheias da constante preocupação de dar ao trabalhador assistência jurídica e proteção econômica** (ob. cit., p. 86, nº 2 — grifos nossos).

Essa peculiaridade, em apreço ao direito internacional privado, já vem acentuada por SCIPIONE GEMMA, em uma das obras pioneiras nesse campo jurídico, ao salientar que:

“... não se pode esquecer a natureza especial do contrato de trabalho. Esse é, muito freqüentemente, para o trabalhador um contrato de adesão, e isto tem levado muitos legisladores a ditarem normas protetivas em favor da parte mais fraca. Por outro lado, um trabalho disciplinado como o da grande indústria e conduzido sob uma única direção exige que o esforço seja regulado por disposições gerais objetivas” (“Il diritto internazionale del lavoro”. In **Trattato de Diritto Internazionale**. A cura di Prospero Pedozzi e Santi Romano, Padova, CEDAM, 1938, p. 160).

A disciplinação jurídica do contrato de trabalho no plano internacional sofre a atração da generalidade e da uniformidade com que esse contrato é regulado no plano nacional, como um tráfego essencialmente de massa e que guarda características de vigorosa tutela pública. A limitação objetiva ao contrato parte da ordem jurídica nacional, que procura resguardar a estrutura do contrato naquilo que não contravenha as regras imperativas dessa mesma ordem.

O art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, cit.) estabelece que

“Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

Por várias razões, percebe-se, logo, a ingerência desse dispositivo no campo do direito do trabalho (incipiente à época, no Brasil de então e pré-industrializado).

As relações obrigacionais trabalhistas assentam-se, apenas, em sua constituição, em um contrato. A vontade das partes atua, tão-somente, para a formação do vínculo. Já o seu desenvolvimento, as cláusulas que o compõem e os efeitos asseguráveis são, em sua maioria ou quase totalidade, impostos e regulados por lei.

A BALLADORE PALLIERI não passou despercebida essa singularidade da relação trabalhista:

“Uma coisa é de fato a liberdade das partes de concluírem o contrato e a outra a liberdade ou autonomia de que gozam para a sua **redação**” (ob. cit., p. 344 — grifo nosso).

Aos internacionalistas não escapou a inarredável distinção entre **relação de emprego** e **contrato de trabalho**, definindo-se aquela como ato-fato-trabalho-subordinado por conta-alheia e mediante salário (CLT, arts. 2º e 3º, cf. CESAR LANFRANCHI, **Derecho Internacional Privado del Trabajo**. Buenos Aires, Victor P. Zacalia, 1955, p. 51, que lisamente afirma: “O trabalho prestado determina a norma aplicável”; BALLADORE PALLIERI, ob. cit., p. 348; AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., pp. 462/463, em excelente desenvolvimento).

Cumpre salientar e atentar para a raiz conceitual da relação de emprego, quando **é a própria lei que qualifica as partes do contrato** e, qualificando-as, vincula-as à ordem jurídica através de uma rede de direitos e deveres da mais variada espécie. A impositividade é um pressuposto de sua regulamentação.

A qualificação das pessoas, sejam as naturais, sejam as jurídicas, está visceralmente indicada na ordem pública e se define pelo lugar onde se constituem as obrigações, desde suas origens. Como acentua KEGEL, no sentido da vinculação, competente é o **Estatuto pessoal**. Se alguém pertence a um Estado, então vige o seu direito, o chamado direito pátrio (Der sog. Heimatrecht., ob. cit., p. 191, I, 1, a — Grifo do autor).

Vale mencionar que, no direito do trabalho brasileiro, a solidariedade horizontal, o então falado “consórcio empresarial”, extrai sua compreensão jurídica do § 2º do art. 2º da CLT e desde o instante em que um trabalhador estrangeiro rescinda seu contrato com uma consorciada alienígena e seja admitido em outra, no Brasil, a qualificação projeta-se e a relação de emprego passa a ser considerada em sua unidade empresarial. Também este efeito jurídico será reexaminado adiante.

Não de outra maneira se deverá comportar nas hipóteses de empregado admitido, no Brasil, por uma **empresa multinacional** desde que ocorram seus pressupostos fisionomizadores e que passa a trabalhar em outra empresa, no estrangeiro, subsidiária ou consorciada. A incidência do art. 2º, § 2º, da CLT, é automática e a relação deverá ser tratada como se uma só fossem as empresas, a despeito da personalidade jurídica de cada uma delas.

Lembre-se que, em harmonia com o inciso citado, a doutrina estrangeira, voltada sempre mais para as implicações sociais, a par das econômicas, do gigantismo das empresas multinacionais ou interestatais, formam-lhes a característica em que a sede da direção geral está situada em um país (denominado no sucessivo por comodidade "país de origem"), enquanto a empresa desenvolve atividades de centralização de mando variáveis de uma para outra, segundo fatores tais como tipo de atividade a que se dediquem métodos de direção, a índole dos problemas que deva resolver, a sede e a regulamentação nacional (WILFRED JENKS. *Las Empresas Multinacionales y la Política Social*. Genebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1973, p. 3).

A nacionalização das multinacionais funciona como o elemento de configuração do suporte personificador consorciável, a teor do § 2º do art. 2º. O interessante a observar, aqui, é que o trânsito do empregado, de uma para outra empresa, e o local da extinção do contrato é que atuam como suporte de atração de regência ou de conexão.

A criação de filiais é ilimitada, lembra RAYMOND VERNON, e a abertura dessas filiais em nacionalidades diferentes é maior ainda. Mesmo que a casa-matriz seja americana, p. ex., suas filiais podem ter numerosas nacionalidades diferentes (*Les entreprises multinationales* — Calman-Lévy, 1971, Trd. de ANNIE NICOLAS et DANIELE PROMT, p. 21).

O raciocínio não se denuncia especioso ao afirmar-se que a prestação de serviços a uma "filial nacionalizada", no Brasil, envolve a constituição de um contrato, a qualificação de pessoa e se, posteriormente, esse mesmo trabalhador, rescindindo o contrato, o ajuste aqui, vem a ser admitido ou pela "empresa-matriz" ou por outra "filial nacionalizada" em país diverso, a aplicação do § 2º será automática e se configurará a solidariedade horizontal.

2.3 A direta subsunção à lei (do local da execução) não apreende tão-somente a qualificação das pessoas no contrato de trabalho nem os atos-fatos fisionomizadores da relação de emprego. Vai além e conduz — depois de uma sucessiva atração de institutos jurídicos impostos, que se integram e compõem direitos e deveres legalmente disciplinados — ao assecuramento de efeitos de vária ordem.

Sob esse aspecto, cobra real importância a diferenciação que faz KRONHEIM entre "leis imperativas" e "ordem pública", encarecendo o primado daquelas na disciplina do contrato de trabalho, como "leis exclusivas", ao exemplificar que a obrigação legal de pagarem-se indenizações por despedida injusta afasta outra qualquer cláusula ou lei em sentido contrário, aqui aplicado o princípio do local em que se deu a rescisão (ob. cit., pp. 30-32).

Aliás, por mais despida de base que seja uma decisão nas possíveis fórmulas de devolução de competência legal, a verdade é que, no Brasil, toma-se o ato da rescisão como suporte de atração da legislação trabalhista brasileira para reger os efeitos do contrato e isto pela razão muito simples, antecipada em KRONHEIM, segundo a qual as consequências jurídicas da

dissolução do contrato *lato sensu* nascem exclusivamente de dispositivos legais imperativos, "exclusivos", e não toleram a ingerência de norma contratual nem de lei estrangeira que disponham de modo diferente (*vide* adiante, a especificação do tema, com transcrição de DÉLIO MARANHÃO e acórdão do Tribunal Superior do Trabalho).

Adiante, tratar-se-á, em posição alternativa, da derrogação contratual, e mesmo legal, ao rígido acionamento do princípio.

O contrato de trabalho, além de ser um **contrato realidade** (o que, ao primeiro lance, atrai o princípio da *lex executionis*), é de natureza continuativa e, apesar de não sofrer modificações em sua estrutura legal ou em sua vida pública (rescisão formal), está sujeito a trasladar a prestação de serviços do mesmo empregado, de um país para outro. A hipótese não diferirá daquela em que o empregado venha a ser contratado para trabalhar em mais de um país, seja por largos períodos, seja por curtos, em alternadas e para sucessivas temporadas.

A regência de tal contrato encontra ressonância da doutrina, à falta de eleição das partes, no direito da sede da empresa matriz ou no país em que se tenha verificado a situação motivadora da controvérsia e mesmo no princípio da *lex executionis* (cf. KROTOSCHIN, *ob. cit.*, p. 720, nota 11 e GILDA RUSSOMANO, *ob. cit.*, pp. 88-92, 157, 159-167 e 168-170).

AMILCAR DE CASTRO, nos casos da **mobilidade** do contrato, se a atividade é transeunte, menciona as mais variadas soluções, pelo critério ou do *ius patriae* ou do *ius loci contractus* ou *ius loci executionis* (*ob. cit.*, p. 464, nº 254), entendendo, contudo, dever aplicar-se o *ius professionis* do empregador se o empregado é estacionário no estrangeiro (p. 465, nº 258; cf. GILDA RUSSOMANO, p. 189 e KROTOSCHIN, p. 722, nº 501). Para os marítimos, os maquinistas, os aeronautas e os fluviários, prevalece a lei do pavilhão, da matrícula da aeronave e da sede da empresa (AMILCAR DE CASTRO, pp. 464/465).

Aos trabalhadores **fronteiriços**, como lhes chama KROTOSCHIN, ou **frontaliers**, na expressão de GILDA RUSSOMANO, entende o primeiro autor se subordine sua situação a tratados bilaterais (ou mesmo multilaterais), procurando-se sempre uma igualdade de situação com os aborígenes.

Importa se façam ainda duas referências. Uma aos acidentes de trabalho, subsumidos pelo lugar do infortúnio, à força de leis imperativas, à exceção do direito anglo-saxônico, que oscila entre a *lex fori* e a *lex loci delicti*, dada a natureza do fato, naquele sistema, como de delito civil.

As soluções modernas preconizam garantias de natureza securitária ou previstas em tratados bilaterais.

A outra referência dirige-se às convenções coletivas de trabalho, a que dispensam alongadas considerações os tratadistas (cf. KROTOSCHIN, *ob. cit.*, p. 725, nº 505; AMILCAR DE CASTRO, pp. 465-467; GILDA RUSSOMANO, pp. 103 e 99-108).

A Convenção Coletiva alcança a base institucional e territorial das categorias pertencentes aos sindicatos convenientes. Em face disso, tem seu

campo de aplicação definido e a força de inserção automática, como se fora uma lei imperativa.

As empresas estrangeiras e os empregados que nelas trabalham, nacionais ou não, gozam do mesmo tratamento (AMILCAR DE CASTRO, p. 467 — e KROTOSCHIN, pp. 725-726, nº 505). A projeção institucional, salvo as limitações de ordem pública e das leis imperativas, prevalece o critério da territorialidade.

Esse tem sido o entendimento, versátil, tópico e, por vezes, arbitrário, que a doutrina jurídica, no encaixo de uma jurisprudência eminentemente construtiva, vem consagrando às qualificações, às conexões e às subsunções no direito internacional privado do trabalho, até o momento.

O compromisso da pesquisa, em sua idoneidade conceitual, não poderá afastar-se de uma versão evolutiva do toque dos conceitos das situações, pois o direito constrói-se na realidade e para a realidade, em sua finalidade ordenadora, porém prática.

Quando os supostos da realidade se inovam e abrem brechas nas esferas da especulação, já que a vida, em sua criatividade é mais rica do que as armações organizativas vigorantes — como tal se coloca o **direito**, que visa a ordenar a realidade, acompanhando-a, todavia —, indispensável é a reformulação ou o reexame e reequipamento jurídico, para que se possam abrir previsões de regulamentação para essas situações **novas**, não previstas ao tempo da elaboração da lei.

Não suporia o consolidador brasileiro que o Brasil viesse a exportar **know-how**, viria a expandir sua ação econômica, através de empresas e de capitais, de investimentos de toda a ordem, em atividade no exterior.

Direito nenhum mais reagiu e vem reagindo à tecnologia do que o direito do trabalho, como uma permanente resposta aos problemas surgidos com o desenvolvimento da atividade empresarial e à expansão das empresas, em dimensões sempre mais internacionais, dada a universalização da economia.

Ora, o fenômeno que se detecta, agora, é o inverso e está à procura de equacionamento jurídico condizente com a vocação econômica emergente, ou seja, de um princípio endógeno (invasão de tecnologia e capitais estrangeiros no país) parte-se para um princípio exógeno, o da exportação de capitais, de mão-de-obra brasileira, o que obriga a uma revisão ou a uma adaptação das normas jurídicas então vigorantes sobre essa situação **nova**.

Como o direito não pode nem deve conter o germe de sua própria contradição, concebe-se que as **situações negociais novas** recebam tratamento jurídico peculiar, mas em harmonia com as bases conceituais até então dominantes: aquelas bases de que sempre se serviu a jurisprudência, em veiculando a especificidade da legislação trabalhista, para a solução de casos idênticos, porém com pontos de partida opostos.

O que se dispensa no empregado contratado no estrangeiro, que trabalha no Brasil, respeita-se, como princípio, ao cuidar-se do empregado brasileiro, que trabalha em outro país.

Ainda que se retorne, por vezes, ao equacionamento geral prevalente no direito internacional privado do trabalho, como se expôs acima, importa seja, agora, esse equacionamento revisto sob a ótica da situação inversa em que se antepõe a hipótese resultante da situação da empresa brasileira exportadora de mão-de-obra.

Com isso explica-se a Lei nº 7.064, que passa a ser examinada, embora sucintamente.

3. Regência específica

3.1 Lei do contrato x lei da execução

Se admitirmos, como lei regeadora da hipótese, a lei do contrato, cairemos no inelutável axioma de estarmos admitindo eficácia à autonomia da vontade das partes, pois estamos consagrando, como centro de captação de normas jurídicas, o local em que as partes, com constituírem o vínculo, elegeram para estabelecer o encontro de vontades.

Convindo na força vinculante do contrato, para a fixação do local da regência do direito aplicável, não se poderá afastar de outra conclusão: respeitar-se-á esse local como o **foro do contrato**, não só porque ali se tem como centro de captação de direito aplicável, mas, e ainda, por que se está respeitando a autonomia das partes quando, pelo **contrato**, elegeram o foro em que se julgarão seus dissídios. A adoção do **foro de eleição** não será mais nem menos do que o efeito, na ordem processual, da adoção do primado da **lex contractus**.

HAROLDO VALLADÃO deduz o princípio em toda sua correção, sem descuidar do autorizadíssimo magistério de TEIXEIRA DE FREITAS:

“E na doutrina e na prática do domicílio há uma forma de domicílio universal e tradicional, inclusive no Brasil, o **domicílio especial**, a eleição de domicílio para fins legislativos: a lei do contrato, escolha da lei competente para o negócio e para fins processuais; o **foro do contrato**, escolha do juiz competente para a causa. Sintetizou-o com sua perfeição habitual o insigne TEIXEIRA DE FREITAS: “o **domicílio especial** será o que as partes elegerem por contrato de relação a certo e determinado negócio, para um ou outro dos efeitos do art. 30, nos casos e pela forma que se determina na legislação deste código sobre contratos” (ESB. 3). No art. 3º previram-se os **fins legislativos**, art. 4º, nº 1, e arts. 26, 27, 28 etc. e os **fins processuais**, art. 4º, nº 3, e textos sobre competência judicial” (VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, 2ª ed., Rio de Janeiro — São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1977, vol. II, p. 185, n. 5 — grifos do autor. Cf. ainda o mesmo autor e obra, vol. I, 4ª ed., pp. 359 a 369).

Se a remessa da legislação aplicável dá-se por força do **contrato**, significa isto que o princípio da autonomia negocial foi e está sendo resguardado em seu núcleo básico — o local de **constituição do negócio**.

Ao acionar o princípio, o juiz não poderá fazê-lo senão em toda a sua inteireza, isto é, respeitar a disposição das partes quanto a um de seus efeitos, a **eleição do foro** competente, sob pena de cindir-se o contrato e partir-se para o arbítrio, entregando a um dos interessados uma porção do contrato que o favoreça, mas deixando de tornar eficaz a outra porção, porque pareça a ele restritiva de direitos. A ruptura da equidade e da equípólencia na força vinculante do pacto torna-se manifesta. Sai-se do direito. cai-se no arbítrio.

Portanto, quando se aplica a relações de trabalho como a da hipótese **o foro do contrato** — na suposição de que este se consumou no Brasil —, estar-se-á prestigiando a regra básica do art. 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), regra essa, contudo, que abriga o princípio da **negociabilidade, da autonomia da vontade**, que é **plano subjetivo** de equacionamento de obrigação e de assegu-ramento de eficácia.

Ao assumir a postura do art. 9º, para as relações de trabalho, o juiz deriva a colocação de todos os problemas da causa para uma situação de risco, que talvez ele mesmo não possa prever.

Efetivamente, esse risco acaba por criar um conflito de situações, a que se chega, elucidando-se com esta passagem de OSCAR TENÓRIO:

“Se o princípio fundamental é o da lei do país em que se constituírem as obrigações, não há dúvida que a autonomia da vontade regerá as obrigações, se for ela admitida pela lei competente.

O sistema do direito internacional privado brasileiro é de modo a entregar as obrigações, com as naturais restrições de ordem pública, à lei de sua constituição. Claro é, pois, que a autonomia da vontade regerá as obrigações, se a lei de sua constituição assim o determinar” (TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1955, p. 328, n. 610).

E, logo abaixo, o tratadista especifica o problema da limitação à autonomia da vontade:

“Os limites da autonomia da vontade traçados o são pela lei onde se constitui a obrigação. Se a lei competente oferecer às partes liberdade na estipulação das cláusulas, nenhuma variação deve ocorrer a propósito, **a não ser as determinadas, dentro das disposições da ordem pública internacional, pela lei da execução do contrato**” (ob. cit., p. 329, n. 613 — grifos nossos).

Desde que a exceção à aplicação da lei do local do contrato (**lex loci contractus**), como expressão da autonomia da vontade, é imposta pela ordem pública, que é local e se limita pela “lei da execução do contrato”, já se passa a outro critério da regência, que é o do **locus executionis contractus**, isto é, a lei do lugar da execução.

Quando se trata de relações de trabalho, a posição do juiz, ao sair-se pela **lex loci contractus**, torna-se agudamente crítica.

Embora o núcleo dessas relações seja o contrato, como forma incipiente de manifestação de vontade para a constituição do vínculo, elas se entramam, em sua quase totalidade, dentro de princípios da autonomia da vontade, de ordem pública, revelados por leis imperativas (impositivas ou proibitivas), princípios esses eminente e estritamente locais.

Quando aborda os efeitos do reenvio, GÜNTER SCHAUB dá uma nítida colocação da questão, distinguindo os planos de regulação jurídica no contrato de trabalho:

“Se uma relação de trabalho está sujeita ao regime jurídico de um país estrangeiro (Einem ausländischen Arbeitsstatut), e se sua execução, todavia, se sucede no país (na Alemanha), o direito público de proteção ao trabalho deve ser observado. Inversamente, segundo opinião predominante, nega-se a aplicação do direito público do trabalho alemão, quando a relação de trabalho se realiza em um país estrangeiro (Im Ausland realisiert wird) — cf. SCHAUB, Günter. *Arbeitsrechts-Handburch*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, S. 16, N. 5).”

O ecletismo é incompatível com qualquer postura jurídica, sobretudo no plano das relações de trabalho, em que a situação dominante de atração de **estatuto jurídico** é a do local da execução do contrato, por sua natureza contínua e cujas normas apanham os fatos em seqüência (atos-fatos-trabalho) e sobre eles imperativamente incidem, disciplinando-os e regulando-lhes os efeitos. A intervenção do Estado é direta e inderrogável e os preceitos de fundo publicístico preponderam no contrato de trabalho, atuam como **vis atractiva** para a sua regência e atiram a segundo plano a manifestação de vontade, como negócio em si.

Além de não tolerar-se a cisão na aplicação de estatutos de diferentes países, tomando-se pedaços de cada um deles para uma mesma relação — com o que também se cairia no arbítrio e na insegurança jurídica —, sabe-se que o problema da competência jurisdicional está indissoluvelmente ligado à ordem pública, à estrutura organizativa de um Estado, que administra justiça, ordem pública essa em que se concentram, da mesma forma, os princípios básicos e tutelares da legislação do trabalho.

Essa **contradictio**, que se subentende na refutação desenvolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho no Brasil, pode ser apreendida em decisão por ele proferida em 1951, decisão, inclusive, mencionada por GAMILLSCHEG como indicativa da orientação jurisprudencial aqui pautada (cf. Gamillscheg, Franz. *Internationales Arbeitsrecht*, ict, S. 172, n. 144), **verbis**:

“Insurge-se o recorrente contra a aplicabilidade, no caso, da legislação trabalhista, alegando que houve evidente inração das disposições do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, que dispõe que, para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituem. Insiste em que o contrato de trabalho do reclamante foi constituído na Inglaterra e deveria ser regido pelas leis inglesas. Nenhuma procedência tem essa alegação. Embora contratado no estrangeiro, veio prestar serviços como contador na The Pará Electric Railways Lighting Co. Ltda., empresa que era sediada em Belém do Pará. Os serviços do reclamante eram executados no Brasil e a finalidade das leis trabalhistas é solucionar e dirimir a “questão

social" no território nacional. São leis estritamente territoriais, aplicando-se a quantos — nacionais e estrangeiros — aqui se dediquem a atividades produtivas. Essa a opinião de nossos melhores tratadistas. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Internacional Privado* — tomo 2º, p. 246), pontificando sobre a territorialidade das leis trabalhistas, ensina:

"Se, porém, o direito público do país, onde se vai localizar o trabalho, organiza o trabalho, os seus preceitos são aplicáveis, pois que ele é, em virtude de direito das gentes, competente para isso". OSCAR TENÓRIO (*Direito Internacional Privado* — 1942, nº 512) assinala que "a tendência é dar às leis sobre trabalho, com as restrições político-econômicas assinaladas, caráter nacional."

Foi por isso que os modernos tratadistas franceses não hesitaram em enquadrar as leis sociais naquelas denominadas **lois de police**, e sendo públicas as normas de organização do trabalho, representam um aspecto da organização do próprio Estado, sujeitas à sua direta fiscalização. LEREBOURS PIGEONNIÈRE (*Droit international privé*, nº 223) adverte:

"Mat'ère de droit public, la réglementation du travail n'est pas du droit international privé, parce que le travail est une des occasions fréquentes de relations privées internationales; mais il est manifeste que la loi française qui régit seule l'organisation ne peut être appliqué que par un tribunal français qui constitue l'un des rouages du **service de police assurés par l'État français**."

Foi por isso que os modernos tratadistas franceses não hesitaram em estabelecer a competência dos tribunais brasileiros pelos locais onde os empregados prestaram os seus serviços, ainda que tenham sido contratados noutro local ou no estrangeiro (art. 651).

Nenhuma importância tem, para esse efeito, que as condições estipuladas no contrato, firmado em Londres, no tocante a férias, estivessem em desacordo com a legislação brasileira. Nada impede que o empregador conceda prazo maior (quatro meses) para as férias concedidas ao empregado" (TST - Proc. 49-50. Ref. Ministro DELFIM MOREIRA JUNIOR. In *Trabalho e Seguro Social*. Ano IX-julho-agosto-setembro-1951, vol. XXVIII, pp. 240/1).

3.2 A contradição imperante na jurisprudência brasileira

Dois ordens de considerações impõem-se no caso sob exame.

Seria esdrúxulo, com a aplicação da **lex loci contractus** à situação de trabalhadores prestando serviços no estrangeiro e ali executando seus contratos de trabalho, fossem aplicadas as normas especiais de tutela do trabalho, tais como as relativas a salários mínimos (por regiões), a jornada de trabalho, a repouso a intervalos, a insalubridade, a periculosidade. A invasão do **POLICE POWER** brasileiro em território alienígena seria manifesta.

Mais absurda ainda se estamparia a aplicação se se supusesse que a efetividade da ordem pública trabalhista, o exercício do poder de polícia vêm acompanhados de uma organização administrativa encarregada de mantê-los sob permanente vigilância, através de competente fiscalização por órgãos estatais e da aplicação de finalidades, em caso de infração.

Conceber-se-á a presença de fiscais do Ministério do Trabalho brasileiro noutro país, acompanhando empregados brasileiros ali em serviço?

A distinção de tratamento, que pretende NIKISCH — aplicação das leis locais aos aborígenes e do direito da empresa aos estrangeiros, que trabalham em um mesmo estabelecimento (cf. NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auflage. Tübingen, J. C. B. Mohr-Paul Siebeck. 1961. 1. Band. S. 298/299, N. 3) —, salvo a hipótese da temporariedade da obra (instalação de uma fábrica), seria arrematado absurdo, porque importaria em uma cisão na própria ordem pública estatal, em que se executa o trabalho.

Contundente é o magistério de HAROLDO VALLADÃO:

“Evidentemente essa legislação do trabalho, disciplinando o exercício do mesmo, **teria de ser aplicada no lugar da execução do trabalho**, do respectivo **exercício profissional**, sendo incompreensível num mesmo lugar pluralidade de leis trabalhistas, segundo critérios de seleção medievais, quando tais leis estão hoje uniformizadas até internacionalmente” (ob. cit., vol. III, parte especial, p. 95).

DÉLIO MARANHÃO, sensível à índole do direito do trabalho, depois de aludir à reunião de Zagreb, em 1971, do Instituto de Direito Internacional, arremata:

“Ora, sendo o direito do trabalho **territorial**, porque constituído de normas cogentes, de **ordem pública**, fica praticamente anulada a possibilidade, prevista pelo instituto, de eleição pelas partes, contratualmente, da lei aplicável à relação de emprego” (cf. *Direito do Trabalho*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 27).

Há mais, contudo. E aqui não se pode deixar de apreender o direito do trabalho em toda a sua contextura.

As regras de natureza administrativa vêm ligadas, por superposição, às regras de natureza patrimonial e têm por função apenas reforçar a eficácia dos direitos criados por estas, com suas implicações de fundo pessoal e familiar.

Haveria a cisão entre “cláusula patrimonial”, “cláusula de garantia pessoal” ou de “garantia de emprego” (férias, jornadas mínimas, insalubridade, proteção à maternidade, espécies remuneratórias, preceitos de rescisão etc.) e elas todas intercomunicam-se e compõem apenas formas jurídicas elaboradas e asseguradoras de direitos.

Antes de chegar-se a um plano comum e unitário de equacionar-se o problema, cabe expor a segunda consideração tão relevante, ou mais que a primeira, e que diz respeito, especificamente, ao comportamento de juízes e tribunais do trabalho brasileiros, ante o surgimento de um fenômeno, até então inédito, de **exportação de know-how** brasileiro, em geral mão-de-obra técnica, cujos prestadores se empregam em empresas estrangeiras em outros países (com capital brasileiro, totalmente ou não) e **aqui** passam a trabalhar.

Decisões vêm-se repetindo e, na eventualidade de se formarem ou se constituírem os contratos no Brasil — seja por via direta, seja por via

indireta (empresa-representante, mandatária, recrutadora de mão-de-obra) —, juízes, movidos, possivelmente, por um espírito acentuadamente tutelar indiscriminado, vêm aplicando aos contratos de trabalho então ajustados a legislação trabalhista brasileira, sob a invocação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em que se enuncia o princípio da **lex loci contractus**.

E inesperadamente rompe-se com a tradição da doutrina dos tribunais brasileiros que, para os empregados estrangeiros que trabalham no Brasil, sempre adotou a **lex loci executionis**, para reverter o princípio e, no que toca aos empregados brasileiros, que trabalham no estrangeiro, adotar a **lex loci contractus**.

De início, incorre-se em dois pesos e duas medidas e se consagra a instabilidade jurídica, julgando-se de maneira diversa (oposta até) hipóteses idênticas, no que diz respeito ao princípio e à regra de sobredireito, que dita qual o critério que se observa na aplicação da legislação do trabalho, no plano internacional privado.

Em assomo inédito de proteção personalizada, essas decisões atuais passaram a adotar um verdadeiro direito subjetivo de seqüela, em que o critério da regência se localiza na pessoa do empregado brasileiro, esteja onde estiver, trabalhe onde estiver trabalhando, o que, em última análise, não passa da aplicação da lei da nacionalidade, o **jus sanguinis**.

Como "... a nacionalidade, como circunstância de conexão, é sempre definida pelo **jus fori**" (cf. CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, p. 196), o direito brasileiro não a qualifica, em hipótese alguma, em se tratando de relações de trabalho, e sua assimilação tópica à **lex loci contractus** não se justifica, mormente quando este critério, o do local do contrato, observável para a constituição das obrigações em geral, encontra irreversível resistência no âmbito da doutrina trabalhista, por pressupor a autonomia da vontade, no plano aberto da economia de mercado, rejeitada no direito do trabalho, como se expôs acima.

Precisa em sua concisão é a colocação de GAMILLSCHEG:

"Sucede que a relação de trabalho não é uma relação obrigacional intercambial como a compra e a empreitada — es trift zwar zu dass das Arbeitsverhältnis kein schuldrechtliches austauschverhältnis wie kauf oder werkvertrag" (ob. cit., S. 114 n. 99).

Por outro lado, se sugestiva é a afirmação do Professor HAROLDO VALLADAO, quando diz:

"Não olvidemos que o DIP do trabalho é especial, destacou-se no DIP clássico, e a lei do trabalho, a **lex laboris** como chama o eminente e sábio mestre, professor E. SZASZY, é a lei do lugar do trabalho do respectivo exercício profissional" (ob. cit., vol. III, p. 99. Cf. nessa mesma página e notas 13 e 14 o repúdio da doutrina brasileira à aplicação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, em que o A. aponta os mais destacados

doutrinadores de direito internacional privado e de direito do trabalho),

não menos o é a de DÉLIO MARANHÃO, que, aqui, representa opinião indiscrepante da doutrina trabalhista e para quem:

“Ocorrendo certas circunstâncias pelas quais empregador e empregado preferiram que a relação de emprego seja regida por outra lei, que não a que seria, normalmente aplicável, aplicar-se-á a lei escolhida pelas partes. Mas, como reconheceu o próprio instituto, determinadas disposições das leis trabalhistas de certos países são obrigatoriamente aplicáveis a qualquer trabalho executado em seu território” (ob. cit., p. 27. Cf., pela acentuação da tendência que espousa a *lex executionis*, MAYER-MALY, THEO. *Österreichisches Arbeitsrecht*. Wien-New York Springer Verlag, 1970, S. 33, ao falar que “o que importa é o direito em vigor no local da prestação de serviço ou o da sede da empresa empregadora (Es komme auf das für den Ort der dienstleistung geltende Recht oder auf das am sitz des beschäftigenden Unternehmens geltende Recht an.

Sob esse prisma, a posição de atração jurídica da situação dos empregados da empresa — se contratados por empresa sediada no estrangeiro e em outro país também estrangeiro executando serviços — encontra ordenamentos jurídicos armados e estruturados, tanto naquele como neste país e em ambos a legislação do trabalho acha-se construída dentro dos princípios básicos de ordem pública, da *salus populi*, em sua plena vocação de tutela social do trabalhador.

Não se supõe, portanto, no equacionamento da hipótese em exame, uma defasagem de ordens jurídicas, na aligeirada presunção de que a legislação brasileira, mais densa ou mais complexa, deveria ser aplicada em apreço a princípios de mais intensa tutela (norma mais favorável ou condições mis benéficas), já que o preenchimento de ordens jurídicas externas, por uma evoluída legislação protetora e disciplinadora do trabalho, afasta a argüição de que os trabalhadores brasileiros (contratados em um país e executando serviços em outro) cairiam em um vazio jurídico.

Além, pois, de ter inteira pertinência a afirmação do Prof. HAROLDO VALLADÃO (ob. cit., vol. III, p. 96), segundo o qual a internacionalização do direito do trabalho, em planos de gradual equivalência entre as ordens jurídicas, é um fato consumado, isso é, até tomado como uma das características dessa disciplina, como se colhe em EVARISTO DE MORAES FILHO (cf. sua obra clássica *Introdução do Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1956, vol. I, pp. 145/150, n. 38, d).

Quer-se advertir que inexistente mesmo *in hypothesis* o obstáculo de “ordens jurídicas vazias” (o que, aliás, seria inconcebível, na estrutura de qualquer Estado moderno, que se calca em princípios de organização econômica e social, seja na economia de mercado, seja na economia planificada (cf. a respeito FORSTHOFF, Ernest. *Rechtsstaat im Wandel Stuttgart*. W. Kohlhammer, 1964, S. 27-56 e HOFFMANN, Paul. *Subjektives Recht und Wirt-*

schaftsordnung. Stuttgart, Gustav Fischer Verlag, 1968, S. 157 FF) e essa não seria a razão para aplicar-se o direito brasileiro em detrimento do direito estrangeiro.

Como força injetora de qualidade jurídica, no corpo das relações de trabalho que as empresas exportadoras de mão-de-obra inserem em seus contratos laborais, o largo conteúdo tutelar do contrato ajustado, a soma de direitos previstos e o seu valor monetário (altos salários, pagamento em dólar, férias semestrais, direito a viagem etc.) minimizam o problema da atração de qualquer legislação tutelar (sempre aquém dos direitos contratuais) e autorizam se prestigie a autonomia das partes (CLT, arts. 442 e 444) e não se imponha uma cumulação, uma superposição ou mesmo uma exacerbação de benefícios, cujas causas jurídicas entre si se incompatibilizam em sua finalidade e em sua natureza.

Portanto, se na esfera do direito público do trabalho não se concebe a aplicação de outra lei que a da execução do contrato, o mesmo se há de convir também com referência aos preceitos negociais, patrimoniais e seus efeitos — supridos na legislação do país da execução e fortemente substanciados em garantias propriamente contratuais.

O autorizadíssimo BALLADORE PALLIERI, depois de expor o fundamento da aplicação territorial do direito público e do direito privado do trabalho e da incidência da legislação local sobre os efeitos do contrato, efeitos esses são a matéria substancial de que se compõem as relações entre empregado e empregador, dissipa quaisquer dúvidas quanto a sua pretensa incidência de dualidade de **regências**:

“As leis de um só e mesmo Estado devem, por necessidade, regular toda essa matéria dos efeitos das convenções de trabalho e, afirmado que estas são regulares (*affermato que queste son rette*) quanto à particular legislação do trabalho, da lei do lugar onde o trabalho é prestado, deriva disso (*ne discende*) que esta lei regula por inteiro todos os efeitos das referidas convenções, ainda que, para a determinação de alguns desses efeitos, se deva recorrer a normas comuns civis. Conseqüências, por outro lado, paradoxais e justamente uma verdadeira impossibilidade de harmonizarem-se leis provenientes de ordenamentos jurídicos diversos fazem subsistir, aqui, aquela conexão, que importa na aplicação de uma única lei (*e spesso una vera impossibilità di armonizzare leggi provenienti da ordinamenti diversi fanno sussistere qui quella connessione la quale importa la applicabilità di una legge*) — cf. PALLIERI, Giorgio Balladore. “Diritto internazionale del lavoro”. In *Trattato di Diritto del Lavoro*. 3ª ediz., Dir. dai Prof. UMBERTO BORSI e Prof. FERRUCIO PERGOLOSI, Padova, CEDAM, vol. V, p. 348.)

No mesmo sentido volta a doutrina brasileira, sob endosso jurisprudencial, como se vê em OSIRIS ROCHA:

“Daí, mesmo, a preferência pela lei do lugar da execução, porque o trabalho exercido aqui, seja por estrangeiros ou nacio-

nais, seja por contratados no país, seja por contratados no estrangeiro, obedecerá, sempre, à mesma lei, garantindo aquela uniformidade considerada indispensável à harmonia das relações entre patrões e empregados localizados no país” — cf. sua obra **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 158.

Figurada a questão nesses termos, é absolutamente defensável a posição dos professores PETER HANAU e KLAUS ADOMEIT, quando expõem:

“Nosso ordenamento jurídico assenta qual o direito aplicável do trabalho, quando diversos direitos nacionais estão em cogitação. Decisiva é a convenção concertada (liberdade de contrato) e, na dúvida, o direito do local de trabalho; adicionalmente (transitórios ou locais), o direito da sede da sociedade — *Masgebend ist die getroffene Vereinbarung (vertages freiheit) bei zweifeln das recht des Arbeitsortd; hilfweise (bei wechselnden orten) das recht am sitz des Ag* — cf. sua obra **Juristische Lernbücher**. 3. Auflage, Frankfurt Am Main, Alfred Metzner Verlag, 1974, S. 45, N. 12.

Em geral, os serviços prestados não são transitórios (mera instalação de uma fábrica), mas contínuos, e seus contratos são a prazo, o que mais confirma a aplicação ou do direito local (**locus executionis**) ou do direito da sede da empresa (cf. nesse sentido distribuindo as situações os clássicos autores HUÉCK, Alfred U. NIPPERDEY, Hans Carl. **Lehrbuch des Arbeitsrecht**. 7. Auflage, Berlin U. Frankfurt a.M. Verlag G.m.b.H. 1. Band, S. 105, N. 7).

Finalmente, quando se versa o direito internacional privado do trabalho, que pontua especialização no próprio direito internacional privado, como acentuou HAROLDO VALLADÃO, não poderá o pesquisador olvidar-se da peculiar natureza do contrato de trabalho, que é um **contrato-realidade** (INARRITÚ, MARIO DE LA CUEVA etc.), cujo suposto de apreensão jurídica, em sua estrutura real concreta (HEINRICH HENKEL), e o ato-fato-trabalho-subordinado-por-conta-alheia, cuja conformação jurídica, para fins de eficácia jurídica, é a chamada **relação de emprego**.

A relação de emprego cobra toda a sua virtualidade jurídica no **iter**, no **continuum** daqueles atos-fatos que se intercambiam realmente entre empregado e empregador, e esse **iter**, esse **continuum**, implanta-se e se sucede em um quadro vivencial que é exclusivamnte **local**.

Mas a **vis atractiva** da especificidade dessa **relação jurídica** para fins do direito internacional privado envolve outro aspecto não menos significativo e que, sobre realçar o suposto do **vir-a-ser**, do **iter**, se define por sua natureza de **trato sucessivo** em contraposição às obrigações de **execução instantânea**.

A sucessividade fisionomiza outro elemento que liga o contrato ao local, pois neste é que o pacto se desenvolve e ganha, dia a dia, novas formas comportamentais recíprocas entre empregado e empregador, formas essas geradoras de efeitos jurídicos.

Daí deriva o axioma, segundo o qual o ato constitutivo do contrato — como encontro da vontade das partes — gradualmente recua em sua força jurígena e gradualmente perde, no fluxo **real** do desenvolvimento das relações de trabalho (em termos de prestações e contraprestações estritamente locais), sua faculdade captadora de **regência** ou de **conexão**, no plano internacional privado.

Valha, como fecho dessa acepção, outra passagem de OSCAR TENÓRIO, sabiamente calçado nas lições de SAVIGNY e de GUTERIDGE:

“O elemento essencial da obrigação, consoante lição de SAVIGNY, é o lugar da execução. Relembra GUTERIDGE o fundamento justificador do princípio segundo SAVIGNY. A conclusão do contrato é um elemento acidental e transitório, que não tem qualquer relação com a substância da obrigação” (TENÓRIO, Oscar, ob. cit., p. 283, n. 725).

3.3 Advertência complementar

Na suposição de tomar-se como competente o foro do contrato, a **lex contractus**, esponta, em casos não raros, uma singularidade que requer análise, embora perfunctória.

O sistema de contratação veiculado pela empresa pode consistir em um termo de “proposta de emprego”, do prestador de serviços (o empregado), e o contrato, propriamente, é feito pela empresa representante com sede no estrangeiro.

Duas vias fático-jurídicas abrem-se aqui, e ambas têm grande significação no equacionamento do problema da definição do local da contratação.

Desde logo, vê-se que:

a) a mandatária ou representante tem sede no Brasil e no Brasil conclui o contrato, embora em nome da empresa estrangeira;

b) a proposta de emprego, de negócio jurídico portanto, é também feita no Brasil.

Ainda que se abstraia da distinção da doutrina germânica, entre mandatário **permanente** e mandatário **ocasional** (admitindo-se que se trate de mandatário **permanente**, o que conduz a **regência** para a lei do lugar da **execução do mandato** — cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Ed Livr. Freitas Bastos S/A, 1959, vol. II, p. 241), dentro da tese da **lex contractus**, aplicar-se-á a lei brasileira, como expõe o renomado SERPA LOPES:

“Aplicando ao caso em foco o § 2º do art. 9º, ou seja, o contrato celebrado entre ausentes, porém, entre um mandatário e terceiros, temos que, partindo a proposta do mandatário, deve prevalecer a lei da residência deste, pois o contrato se reputa concluído no aludido lugar e a obrigação se rege pelo lugar de sua constituição” (ob. e vol. cits., pp. 241/2).

Abaixo, vale-se SERPA LOPES do magistério de DESPAGNET:

“Quanto ao contrato estabelecido entre o mandatário e o terceiro, posto deva produzir seus efeitos em face do mandante, em virtude do princípio da representação, será contudo reputado concluído no lugar em que o mandatário e o terceiro se acordaram, pois que o mandatário representa o mandante” (ob. e vol. cits., p. 242, cf., em posição adversa, OSCAR TENÓRIO quando a proposta parte do mandatário — ob. cit., p. 342, n. 638).

Se se envereda, agora, para a hipótese de negociação prévia, mediante proposta — sempre na suposição de contrato entre ausentes —, outra não será a solução dada ao caso.

A doutrina brasileira, enfeixada no § 2º do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil, com direta remissão ao art. 1.087 do Código Civil (que diz: “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”), acaba por situar a lei brasileira na regência do contrato se o proponente reside no Brasil e aqui é feita, emitida a proposta (cf. HAROLDO VALLADÃO, ob. cit., vol. I, p. 360, n. 4, e OSCAR TENÓRIO, ob. cit., pp. 340/341, nºs 634 a 637).

Até o peculiaríssimo uso de uma proposta de contrato (com as condições a serem futuramente transpostas no termo definitivo), partida do trabalhador, conspira contra a tese da regência de direito estrangeiro, mesmo admitida a *lex loci contractus*.

O direito positivo brasileiro é inequívoco, clara a regra de sobredireito de regência ou de remissão, e a doutrina endossa-o, fundamentadamente.

CONCLUSÃO

Afastado, pois, o problema da eventual interpretação, segundo a qual a retenção ou a remessa de parcelas da remuneração do empregado, para e/ou no Brasil, possam configurar execução do contrato, aqui, o que resta por deslindar-se é o afastamento da aplicação da *lex loci contractus*, que adviria da comprovação da existência de grupo empresário, figurando como empresas consorciadas ou juridicamente solidárias as figuradoras no negócio jurídico como solidárias, figuração essa patente ou encoberta (CLT, art. 2º, § 2º).

Reduzida a questão a essa colocação, a lei aplicável é a do país de execução do contrato, cujo Poder Judiciário tem, também, jurisdição sobre as controvérsias porventura surgidas entre a empresa local e seus empregados que lá trabalhem ou tenham trabalhado. Pouco se alterou com a edição da aparentemente casuística Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982.

II — A Lei nº 7.064, de 6-12-1982

1. Generalidades

A Lei nº 7.064/82, praticamente, não contém uma fórmula inédita e que não esteja compreendida no quadro das diversas hipóteses elaboradas acima, que são exaustivas.

O problema geral reduz-se à conjugação de quatro elementos nitidamente visíveis: a) empresa brasileira; b) empresa estrangeira; c) contratação no Brasil anterior; d) contratação específica para o exterior.

Pelo novo diploma, diversificar-se-á o regime jurídico do trabalhador — que, aparentemente, é o tutelado na Lei nº 7.064/82, pois se chega até a aludir ao art. 206, do Código Penal brasileiro (art. 20), que diz respeito a crime contra a organização do trabalho, aqui, o aliciamento — segundo tenha sido **transferido** para o exterior (art. 2º), segundo tenha sido **contratado** para trabalhar no estrangeiro.

A colocação da **fattispecie**, em sua diversificada peculiaridade, importa seja feita a nível de **desdobramentos**.

Uma questão prévia, todavia, impõe se observe.

2. Da intertemporalidade

Em princípio, a despeito de em curso os contratos — e os de trabalho são de trato sucessivo —, à sua forma de constituição aplica-se a legislação e/ou os princípios anteriores, exaurido no ato constitutivo no momento em que se formou o ajuste (se expresso ou tácito, isso é irrelevante, dada a natureza **real** da relação de emprego).

É evidente que nem se cogita de captação da Lei nº 7.064/82 aos contratos rescindidos e objeto de litígios na Justiça do Trabalho, antes da vigência do novo estatuto. Haveria, em postura adversa, flagrante atentado ao direito adquirido e aplicação retroativa de lei, em dissabor aos arts. 153, § 3º da Constituição federal, e 6º da Lei de Introdução do Código Civil (Dec.-Lei nº 4.657/42).

Lembra-se isso, porque inúmeras têm sido as invocações à Lei nº 7.064/82 na Justiça do Trabalho e para a regência de casos que se extinguiram ou contratos que se rescindiram antes de sua entrada no mundo jurídico.

Vencidas a extinção e a constituição do vínculo quando, quanto a esta, a matéria cobra incontestável importância, porque a Lei nº 7.064/82, no tocante a empregado **transferido** para o estrangeiro, arma juízo hipotético deduzido, em requisitos específicos para cada situação, as dos números I, II e III, do art. 2º, o que é **jus novum**, e no tocante a empregado **contratado** para prestar serviços no estrangeiro, estabelece **condição** formal, aditiva de participação de vontade pública, que é a “autorização do Ministério do Trabalho”, como impõe o art. 12, além de um requisito na formação de capital de sociedade estrangeira, de que deve participar, com “pelo menos 5%”, empresa “domiciliada no Brasil” —, o problema da intertemporalidade da aplicação da lei nova aos **contratos em curso** conduz à distinção entre cláusulas legais inseridas no contrato por normas imperativas, **jus cogens**, que são de aplicação imediata, e cláusulas contratuais, tipicamente geradas sob o princípio da autonomia da vontade e da negociabilidade, como, v. gr., se pode acenar com a previsão do art. 444 da CLT, e que se resguardam pela lei anterior (cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Direito**

Intertemporal. 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Ed. Livr., Freitas Bastos, 1955, p. 222, nº 200; e ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**. 2ª ed., Paris, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 363 e 415, n.ºs 83 e 423 ss., nº 84).

A extinção do contrato em curso subordina-se à lei nova em seus efeitos imperativos, desde, todavia, que, para qualquer dos momentos contratuais expostos acima, se possa enquadrar o contrato em si no texto dessa lei.

Torna-se evidente que qualquer exame das relações de trabalho em curso na vigência da Lei nº 7.064/82 — a formação anterior do contrato, a sua clausulação, a sua execução e a sua extinção — esbarra em um pressuposto, em um dado *a priori*: a configuração do contrato conforme as predisposições do diploma de 1982, pois ela — e isso é palmar —, ao mesmo tempo que não pode declarar nulo o que fora ajustado anteriormente à sua publicação, não terá aplicação senão àqueles contratos celebrados ou funcionalizados segundo os preceitos constitutivos básicos estabelecidos, respectivamente, em seus arts. 2º, 12, 13 e 18.

Essa colocação é tão axiomática quão axiomática é a ineficácia (por nulidade) de qualquer relação contratual estruturada fora dos termos qualificadores da Lei nº 7.064/82, depois de sua entrada em vigor. Aplica-se, aqui, o princípio da inserção automática da lei definidora da relação jurídica ajustada ao tempo da lei nova.

Ressalve-se que, porém, o negócio jurídico, que tenha por fim a prestação de serviço de trabalhadores brasileiros no estrangeiro — dê-se sob a forma de **transferência**, dê-se sob a forma de **contratação** originária — é um negócio **jurídico típico**, calcado em pressupostos formais de constituição, que o fisionomizam como tal.

Os elementos tipificadores, que integram os negócios jurídicos disciplinados pela Lei nº 7.064/82 — arts. 2º, 12, 13 e 18 —, alcançam uma acepção de “contrato-tipo” ou nominado (cf. ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, “Gazeta Judiciária” Editora S/A, 1953, pp. 14 a 17, esp. notas 16 a 18; e PACHECO, José da Silva. **Direitos Negociais e Contratuais**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1979, p. 9, n.ºs 10 e 11; GOMES, Orlando & VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 161, nº 13; e LENT, Friedrich. **Die Gesetzkonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess**. Aalen, Scientia Verlag, 1970, B. 1, S. 119, ff), mas inscrustado em um plano de efetividade jurídica rigorosa, como o é a ordem pública, o que afasta a possibilidade de conclusão de contratos para prestação de serviços no estrangeiro em formas “atípicas” ou “compostas”, como se se pretendesse fugir à eficácia dos direitos assegurados na lei em exame.

3. A qualificação

A luz da Lei nº 7.064/82, salvo a prestação de serviço transitório — entendendo-se como tal o executado em lapso inferior a três meses ou cuja permanência do empregado no exterior não o ultrapasse, o que, estando na parte geral do diploma (art. 1º, parágrafo único, “Introdução”) —,

os contratos de trabalho concluídos no Brasil para a prestação de serviço fora de seu território somente serão tipificados em duas categorias: os **propriamente contratados** e os **transferidos**. Não haverá *tertium genus*.

Quaisquer que sejam as “situações” jurídicas engendradas após a vigência da Lei nº 7.064/82, elas se subsumem em seu texto, quanto à qualificação do contrato e quanto à incidência de suas regras imperativas, salvo se mais favoráveis forem as condições estabelecidas e menores os prazos de expatriação (dois anos para férias, art. 6º, três anos para a permanência e/ou a rescisão, arts. 9º, 13 — a cláusula da “norma mais favorável” encontra-se no art. 3º, II).

Atente-se a que, se ocorrer a hipótese do nº II do art. 2º, o trabalhador salta de uma situação para outra. Vislumbra-se, aqui, uma janela à fraude, aberta pelo próprio legislador.

4. Regência

Ao desdobramento das situações jurídicas abertas na lei nova correspondem regências diferentes, compreensivas de diferentes estatutos jurídicos.

Não há dúvida que o empregado **transferido** tem sua regulação jurídica integral pela lei brasileira, a começar pelos próprios dispositivos do diploma novo — arts. 2º a 11 — e o **contratado** passa a viver um regime cumulativo, o da lei brasileira (consistente nas garantias dos arts. 14 a 20 da Lei nº 7.064/82) e o da *lex loci executionis*.

Observe-se, entre uma e outra situações, que a captação ou a aplicação da norma “mais favorável”, a que se refere o art. 3º, II, obedece ao sistema da “incindibilidade” ou “conglombamento”, isto é, o conceito de “norma mais favorável” colhe-se do conjunto dos direitos assegurados ou pela legislação trabalhista brasileira ou pela Lei nº 7.064/82, conjunto esse, entretanto, que toma como pólo de circunscrição cada instituto jurídico objeto de aplicação (cf. a excelente doutrina a respeito em ALONSO GARCIA, Manoel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona, José M. Bosch Ed., 1960, T. 1, p. 255, nº 2).

Dois aspectos excepcionais cabe sejam aclarados e que dizem respeito, um, ao problema da existência de “empresa” brasileira representante da estrangeira, o que, apesar de localizar a contratação no Brasil, não afasta a aplicação do regime especial e híbrido aberto pelos arts. 12 e ss. da Lei nº 7.064/82 e, o outro, ao “consórcio” ou “grupo” — à solidariedade empresária —, até impostos pelo art. 13 e reelaborado, em uma co-responsabilidade quase fictícia ou simbólica, pelo art. 19, solidariedade esta que refoge dos pressupostos do art. 2º § 2º, da CLT, como acima se analisou exaustivamente.

A caracterização do consórcio, de que participe empresa brasileira, não induz unicidade de pessoa para fins de configuração da relação de emprego, senão apenas para o fim da co-responsabilidade, nem altera o problema da regência que, pelo novo diploma, está adstrita a condição

jurídica do trabalhador, se **contratado** para trabalhar no estrangeiro, se para lá **transferido**.

5. Jurisdição

A focagem do novo regime para o trabalhador brasileiro no estrangeiro — aqui elaborada perfunctoriamente, sem que isso afaste, em época oportuna, abordagem de maior envergadura — não poderia escapular a questão da jurisdição.

No concernente aos trabalhadores **transferidos**, não pairam dúvidas que a Justiça brasileira é a competente para decidir os conflitos resultantes entre empresa e seus empregados.

Dois tópicos da Lei nº 7.064/82 levantam a interferência da competência da Justiça brasileira também para resolver dissídios entre empregados **contratados**, na forma dos arts. 12 e segs. O **domicílio** da empresa-sócia, sociedade, a nível de solidariedade, composta no art. 13, e a capacidade para “receber citação” da empresa representante, como está no art. 18, conduzem, iniludivelmente, à indução de que os juízes trabalhistas brasileiros são os competentes para julgarem todos os conflitos fundados em prestação de serviços de trabalhador brasileiro no estrangeiro.

6. A isonomia

Finalmente, cabe atentar-se para a distinção de regimes jurídicos criados pela Lei nº 7.064/82, cujo suporte básico é o mesmo: a prestação de serviços por brasileiro no estrangeiro e cuja distinção de garantias e direitos assenta-se em uma meramente formal condição de negócio jurídico: o ser **transferido** e/ou o ser **contratado**, como se em duas situações ocorressem fatos-suportes específicos e que, realmente, distinguissem uma situação da outra.

O campo por abrir-se aqui é extenso e a atração do art. 153, § 2º, da Constituição federal, desenha-se com traços limpidamente impositivos, à demonstração de que, nas sublinhas da Lei nº 7.064/82, desdobra-se uma deformação na direção da tutela jurídica trabalhista.

Sente-se que o primeiro quadro da lei, o das **transferências**, atua apenas como peça de engodo, que jamais será acionada, quando o objetivo final do diploma não se disfarça em seu segundo quadro, o das **contratações diretas** para o estrangeiro e sobre que recairão todos os ônus de uma construção jurisprudencial, consoante os princípios fundamentais da proteção do trabalho.

E isto, porque a lei nova, sob a aparência da **inovação** e de até minudente regulamentação do trabalho no estrangeiro, nada mais fez do que, pelas suas entredobras, deixar em aberto as mesmas questões, os mesmos desvãos e as mesmas incertezas imperantes antes de sua vigência.

Cabe aos Tribunais do Trabalho, senão ao próprio Supremo Tribunal Federal, imprimirem um cunho de coerência e de segurança jurídica, com vistas à elaboração de uma doutrina **aequa** para os casos futuros (cf. art. 1.371, do C. Civil italiano, e SIMI, Valente. † **Contratto Collettivo di Lavoro**. Padova, CEDAM, 1980, p. 149).

O movimento sindical de trabalhadores rurais e a modernização da agricultura brasileira

VILMA FIGUEIREDO

Professor Adjunto de Sociologia,
Universidade de Brasília

1) Introdução

A partir da década de 70 acelerou-se o ritmo do processo de modernização da agricultura brasileira. O governo passou a estimular a absorção de novas tecnologias ao processo produtivo agropecuário através de diversos instrumentos, dentre os quais a política de crédito. No período, o governo institucionaliza a geração e difusão de tecnologias centralizando-as em empresas governamentais. Além disso, são implementados diversos programas nacionais, regionais ou locais visando a modernização. Em suma, um exame das políticas e programas governamentais não pode deixar de revelar uma "vontade" do governo de tecnificar a agricultura. Acontece, porém, que novas tecnologias não são produzi-

Texto apresentado no painel sobre "Estado e Sociedade na Agricultura Latino-Americana", realizado durante o Encontro Anual da LASA, de 28 de setembro a 1º de outubro de 1983, no México. O texto sistematiza algumas reflexões que se tem desenvolvido no âmbito da pesquisa "Diagnóstico dos Impactos da Adoção de Tecnologias na Agricultura: Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais e Tecnologia", desenvolvida no Departamento de Sociologia da UnB, contando com recursos do CNPq.

das, divulgadas ou adotadas em "espaços vazios" ou "territórios neutros", e a modernização da agricultura brasileira, que se acelera a partir dos anos 70, não se faz homoganeamente. Se, por um lado, leva ao aumento da produção e produtividade em algumas regiões e produtos, por outro, ao ser produzida a partir das desigualdades das estruturas social e fundiária, e ao agir sobre elas, tende a reforçá-las, acentuando contradições e conflitos já existentes ou gerando novos. A concentração fundiária, a proletarianização dos trabalhadores rurais, o êxodo do campo para a cidade etc., se são manifestações que, historicamente, têm acompanhado o desenvolvimento capitalista no campo, no Brasil seguem o processo de modernização tecnológica implementado a partir de decisões políticas precisas. Analisar o contexto de formulação e implementação dessas políticas, assim como seus efeitos, possibilita identificar espaços de atuação para diferentes interesses sociais e evitar automatismos na análise das transformações recentes da agricultura brasileira.

Aliados do processo de formulação das políticas de modernização, os pequenos produtores rurais não serão seus beneficiários diretos, sendo, porém, atingidos por elas diferenciadamente, quer na direção da proletarianização, quer na da capitalização. A maneira pela qual os trabalhadores rurais respondem às transformações que lhes são impostas é extremamente variada, indo desde mudanças nas estratégias de produção e consumo até a atuação política organizada. Aqui se pretende, após uma caracterização da recente modernização agrícola pela via da absorção de novas tecnologias, apontar possibilidades e limites de atuação política dos trabalhadores rurais frente a propostas e efeitos da modernização, ao nível do movimento sindical de trabalhadores na agricultura.

2) A modernização agrícola pela via da absorção de tecnologias

A reorganização da produção agrícola a partir do final dos anos 60 é marcada pela maior absorção de máquinas e insumos modernos, especialmente fertilizantes e defensivos químicos. Essa tecnificação tende a beneficiar o grande produtor rural e a reduzir o espaço do pequeno, a diminuir a participação dos trabalhadores assalariados permanentes, aumentando a dos temporários, a diferenciar a pequena produção e a acentuar o êxodo rural. Além disso, a tecnificação é acompanhada de uma forte concentração de terras e rendas. Esse quadro reflete os efeitos, para a agricultura, de um conjunto de medidas governamentais que visam a dinamizar a produção, seja por estímulos ao mercado externo, ao processamento industrial — desenvolvimento do complexo agroindustrial —, ou diretamente em termos de tecnologia, mas que implicam, todas elas, absorção de novas tecnologias ao processo produtivo agropecuário.

Análises recentes do desempenho da agropecuária na década de 70 mostram um crescimento muito pequeno ou negativo dos produtos tec-

nologicamente tradicionais (feijão, arroz, milho, mandioca), um crescimento acelerado das culturas modernas (exportadas e vinculadas à agro-indústria) e um crescimento da proporção das exportações em relação à produção total (KAGEYAMA, A. e GRAZIANO DA SILVA, J., 1983:7-8; SORJ, B., 1980; PEIXOTO, H., CHALOULT, N. B. e FIGUEIREDO, V., 1977).

O elemento principal da mecanização agrícola no período é o trator. Estudos recentes mostram que o número de tratores utilizados nos estabelecimentos agropecuários multiplicou-se por três na década de 70, sendo, porém, reduzida a porcentagem de estabelecimentos que usam trator (KAGEYAMA, A. e GRAZIANO DA SILVA, J., 1983:10) ⁽¹⁾. A relação entre o número de estabelecimentos por trator passou de 29,6 para 9,7 entre 1970 e 1980; evolução favorável também ocorreu na relação entre área total por trator, obtendo-se, em 1980, um trator para 690 ha; bem como na relação entre número de tratores por 1.000 pessoas ocupadas, que passa de 9,4 em 1970, para 25,1 em 1980. Além disso cabe lembrar que a potência média dos tratores aumentou, indicando, como observam KAGEYAMA e GRAZIANO DA SILVA, que o crescimento da disponibilidade de força mecânica na agricultura aumentou ainda mais do que sugere o crescimento do número de tratores utilizados.

Os dados disponíveis em relação ao crescimento do uso de tratores na agricultura revelam, assim, um ritmo acelerado de mecanização na década de 70, concentrado, porém, em relativamente poucos estabelecimentos e algumas regiões.

Ao lado da mecanização, a absorção de fertilizantes e defensivos químicos também cresce em ritmo acelerado. A demanda de fertilizantes aumenta a tal ponto que a produção nacional, apesar de ter crescido de 335% de 1970 a 1976, não basta para satisfazê-la. O consumo de fertilizantes multiplicou-se por quatro entre 1970 e 1980, havendo, porém, uma forte concentração do seu uso nos maiores estabelecimentos e em algumas regiões. Em 1970, apenas 18,6% dos estabelecimentos utilizavam adubação, dos quais 67,8%, adubos químicos, passando, em 1975, para 22,3%, dos quais 80,4% com adubação química. O consumo aparente de nutrientes por área cultivada evoluiu de 43 kg por ha em 1973 para 70 kg por ha em 1979 (KAGEYAMA, A. e GRAZIANO DA SILVA, J., 1983:9-10). Em 1975, o Sudeste e o Sul, com uma área cultivada de 24,5% e 39,6% em relação ao Brasil, utilizam, respectivamente, 39,3% e 48,5% do total de fertilizantes consumidos no País. Por outro lado, o Nordeste, que participa com 26,2% da área colhida nacional, utiliza a reduzida parcela de 7% do total de fertilizantes (PEIXOTO, H., CHALOULT, N. B. de, FIGUEIREDO, V., 1977).

(1) Em 1970 apenas 2,4% dos estabelecimentos possuíam trator; em 1975, 4,3%; e, em 1980, entre 7 e 10%.

Já o consumo aparente de defensivos agrícolas cresceu à taxa de 7,2% de 1970 a 1980. Dentre os defensivos, é o consumo de herbicidas o que mais aumenta. O crescimento da demanda de herbicidas implicou aceleração das importações e medidas governamentais foram tomadas no sentido de possibilitar o atendimento da demanda de insumos químicos pela produção interna. Em 1975 o governo cria o programa nacional de defensivos agrícolas visando, eratamente, a estimular um processo de "substituição de importações" para o setor.

3) **Tecnificação e concentração de terras e rendas**

A expansão da tecnificação da agricultura, que se expressa de forma mais marcante no aumento do uso de tratores, fertilizantes e defensivos químicos, concentrada nos maiores estabelecimentos, age no sentido de **acentuar** a concentração de terras e rendas, característica histórica da agricultura brasileira e não só dos anos 70-80.

Análises do recadastramento do INCRA de 1978, a despeito do sub-cadastramento que identificam, mostram que de 1972 a 1978 houve aumento de 16,4% no número de imóveis de 2 mil a 5 mil ha e de 14,2% da área por eles ocupada. O número de imóveis de 5 mil e mais ha aumentou em 8,7%, enquanto a área cresceu em 27,9%. Esses dados evidenciam um forte aumento das grandes propriedades, tanto maior quanto mais elevados seus tamanhos. Em 1972, apenas 3,1% dos imóveis detinham 61% da área total cadastrada e, em 1978, cerca de 3,6% detêm 66% da área total (Reforma Agrária, 1981).

A concentração de terras é, de fato, maior do que o que revelam esses dados porque eles omitem os casos de múltipla propriedade. Dados do INCRA também revelam que, ao lado da concentração de terras nas grandes propriedades, há uma redução do número e da área dos pequenos imóveis. As propriedades de menos de 10 ha representavam mais de 36% dos imóveis em 1967 e ocupavam 2% da área total cadastrada. Em 1978 sua participação caiu para 1% da área cadastrada e 28% do número total de imóveis no País (GRAZIANO DA SILVA, J. e HOFFMANN, R., 1982). No período 1972/78 a taxa de crescimento da área total apropriada pelos estabelecimentos com 100 mil e mais ha foi de quase 11% ao ano, revelando uma grande aceleração no ritmo de expansão dessas unidades, que já era forte no período anterior (GRAZIANO DA SILVA, J. e HOFFMANN, R., 1982:166).

A propriedade concentrada, porém, não implica necessária e automaticamente concentração do acesso à terra para fazê-la produzir. O acesso pode-se efetuar por outras formas institucionais, independento da propriedade jurídica da terra. Os dados da FIBGE, por se referirem a estabelecimento como unidade de exploração agrícola sob responsabilidade de um proprietário, arrendatário, posseiro etc. revelam a concen-

tração do acesso à terra. Os menores estabelecimentos, que ocuparam em 1970 cerca de 3% da área total recenseada, ocupam, em 1980, apenas 2,4% daquela área. Já a porcentagem da área ocupada pelos 5% maiores cresceu de 67,0% para 69,7% no mesmo período (KAGEYAMA, A. e GRAZIANO DA SILVA, J., 1983:4) ⁽²⁾. A concentração de terras se revela, qualquer que seja o ângulo pelo qual é observada. É essa a concentração potencializada pela tecnificação da agricultura, na forma como esta se realiza no Brasil na década de 70.

Os dados dos censos revelam, ainda, que não só a propriedade e o acesso à terra sofrem alta concentração, mas também que há uma concentração crescente dos ganhos da atividade rural. Em 1970, os 50% mais pobres da zona rural detinham 22,4% da renda rural e, em 1980, apenas 14,9% da renda rural é apropriada pelos 50% mais pobres. Já os 5% mais ricos que em 1970 detinham 23,7%, em 1980 passaram a concentrar 44,2% da renda, enquanto o 1% de mais ricos quase que triplicou sua participação de 10,9% em 1970 para 29,3% em 1980.

4) **Tecnificação e trabalho rural**

Em relação aos efeitos da adoção de novas tecnologias pela agricultura brasileira sobre o trabalho rural, é possível precisá-los para o pequeno produtor e para o trabalho assalariado ⁽³⁾. Para o pequeno produtor, como revelam inúmeras pesquisas, é possível, em casos não muito freqüentes, a tecnificação acompanhar um processo de capitalização. Isso ocorre quando o pequeno produtor reúne um conjunto de condições que lhe permitem ter acesso aos benefícios de algumas políticas governamentais. Dentre essas condições sobressai a propriedade de meios de produção, especialmente da terra (PEIXOTO, H., CHALOULT, N. B. e FIGUEIREDO, V., 1979).

Mais comumente, porém, a tecnificação se faz pela subordinação do pequeno produtor à agroindústria ou cooperativa, levando à perda de autonomia do produtor e à sua definição como um quase-proletário. O que leva a grande indústria a organizar assim a produção é a possibilidade de maior acumulação. Quando a subordinação do pequeno produtor é

(2) Uma análise detalhada da concentração fundiária a partir dos dados da FIBGE referentes aos censos de 1960, 1970, 1975 para o Brasil e regiões é desenvolvida em PEIXOTO, H., CHALOULT, N. B. e FIGUEIREDO, V. — *Estrutura da Produção Agrícola e Política Governamental: reflexos de sua inter-relação para os pequenos produtores*. Brasília: SUPLAN, 1977.

(3) Em estudo recente, coordenado por GRAZIANO DA SILVA, é apresentada uma sistematização crítica dos efeitos da absorção de tecnologias para o pequeno produtor. O trabalho sintetiza os resultados de diversas pesquisas e identifica formas gerais de subordinação da pequena produção: a) rearticulação com o grande proprietário rural; b) subordinação às agroindústrias e às grandes cooperativas; e c) rearticulação com o capital comercial (GRAZIANO DA SILVA, 1982: 10-21).

intensa, o fato de a transferência do sobretrabalho se dar através da renda do produto ou da venda da força de trabalho vai depender das conveniências do capital industrial no setor. A expropriação da terra pode ser realizada quando as agroindústrias bem o entendam, e estudos de casos têm mostrado, por exemplo, casos de cooperados que tiveram que vender suas terras para saldar dívidas com a cooperativa (ARAÚJO, 1980). Outros estudos já revelam que as grandes empresas têm interesse em manter o pequeno produtor porque preferem o trabalho familiar ao trabalho do peão (SORJ, B., POMPERMEYER, M. e CORADINI, A., 1982).

Finalmente, para aqueles que não conseguem absorver novas tecnologias a tendência é a marginalização e proletarização no campo ou na cidade. Dados do censo de 80 mostram reversão na tendência ao aumento permanente da população rural brasileira. Em 1970, pela primeira vez, o censo registrou uma população urbana maior que a rural (52 milhões contra 41 milhões), porém ambas tinham taxas de crescimento positivas. Em 1980 só houve taxas positivas para as regiões norte e nordeste e, mesmo aí, a população urbana superou a rural. Se em 1970 a população urbana brasileira atingiu 55,9% da população, em 1980 representa 67,6% do total. O esvaziamento do campo, no Brasil, constitui-se em fenômeno explosivo na medida em que a capacidade de absorção de mão-de-obra de origem rural em atividades urbano-industriais é mínima, dada a absorção generalizada de tecnologia poupadora de mão-de-obra.

Na verdade, durante a década de 70 verifica-se uma redução gradativa da participação relativa na produção de pequenos produtores familiares. Essa redução, no entanto, não aponta, necessária e automaticamente, para a generalização do trabalho assalariado, pois, como foi visto, o trabalho familiar pode ser conveniente para o grande produtor e, como tal, ser mantido na produção. Acontece, porém, que tanto a redução da participação relativa de pequenos produtores na produção total, como o êxodo rural, contemporâneos da intensificação do uso de novas técnicas de produção e fenômenos que, historicamente, têm acompanhado o desenvolvimento do capitalismo na agricultura em diversas circunstâncias, no Brasil configuram instabilidade do sistema na medida em que a grande quantidade de trabalhadores liberados da agricultura não é absorvida produtivamente no campo nem na cidade.

Em relação ao trabalho assalariado, numerosas pesquisas revelam tendência à redução na participação do trabalho assalariado permanente em relação ao total da população ocupada na agricultura. Isto porque, com a utilização de técnicas modernas de produção, só ficam permanentemente empregados no campo os trabalhadores mais especializados. Esse emprego permanente tende, também, à purificação da condição assalariada na medida em que o atual assalariado permanente diferencia-se do antigo morador por não mais dispor de um pedaço de terra onde pro-

duzir sua subsistência. Essa tendência à purificação do assalariamento não se desenvolve linear e homoganeamente. Recente estudo nos engenhos de açúcar do Nordeste mostra como, nas condições específicas do engenho, foi possível aos trabalhadores permanentes, através da luta salarial, criar condições para o acesso à terra e, assim, para a agricultura de subsistência baseada no trabalho familiar como complementar ao assalariamento (SIGAUD, 1983).

Se a purificação do assalariamento é um dos efeitos da adoção de novas tecnologias na agricultura, o aumento relativo do trabalho assalariado temporário é outro. Na última década o trabalho assalariado temporário cresce a altas taxas anuais (4), que refletem a estruturação do mercado de trabalho urbano-rural assentado no trabalhador volante (bóia-fria), expressão da proletarianização do trabalhador rural e da maneira como novas técnicas de produção são absorvidas na agricultura brasileira:

... o padrão tecnológico adotado na agricultura brasileira, ao mesmo tempo que representou uma potenciação da capacidade produtiva da terra e do trabalho, permitindo acréscimos sensíveis de produtividade, também significou uma proliferação do emprego sazonal. Do ponto de vista dos trabalhadores, isso significou o aumento do desemprego (ou subemprego) estacional (GRAZIANO DA SILVA, 1982:26).

O problema é que o pequeno produtor que não tem acesso a novas tecnologias tende a proletarianizar-se e a pressionar a estrutura de empregos para além dos limites compatíveis com o funcionamento adequado do sistema. O Estado poderia atacar a questão desenvolvendo uma política tecnológica que atingisse o pequeno produtor rural visando a aumentar-lhe a produtividade (da terra e do trabalho). Acontece que o Estado reflete o poder relativo de classes e frações e a direção das políticas públicas vai depender das articulações concretas de interesses e do grau em que se fazem representar no governo.

5) Tecnologia e Estado

Desde a formulação de problemas às inovações científicas e, mais evidentemente, à seleção de inovações para sua implementação, ciência e tecnologia não se fazem acima de interesses de grupos sociais concretos. Nesse sentido, ciência e tecnologia são dimensões da realidade econômica, social e política onde se desenvolvem. Daí por que, sendo a

(4) As taxas de crescimento do emprego temporário variam segundo as fontes de informação, o período do ano agrícola em que as informações foram colhidas, a subcategorização de trabalhadores contratados diretamente pelos estabelecimentos ou contratados por empreiteiros. Apesar das variações as taxas são sempre altas, indo de 6,5% a 12%.

tecnologia uma articulação de ações sociais visando a transformações desejadas, ser ela expressão da estrutura social que a comporta. É o Estado que condensa formulações, que implementa políticas de tecnologia, expressando ou apenas tomando como referência interesses sociais concretos. A adoção de uma determinada matriz tecnológica implica, necessariamente, a adoção equivalente de valores, estilos e padrões de organização social de tal modo que todo padrão tecnológico carrega, obrigatoriamente, um padrão de dominação.

As políticas governamentais a partir da segunda metade dos anos 60 configuram, em relação à agricultura, um desejo efetivo de aumentar a produção e produtividade agropecuárias através do estímulo à incorporação de novas tecnologias no processo produtivo. O contexto sócio-político geral em que foram decididas e implementadas tais medidas foi, na quase totalidade do período, de forte autoritarismo. Isto significa que na formulação, implementação ou avaliação das políticas públicas visando à modernização, estiveram excluídos amplos setores da população que, no entanto, eram por elas efetivamente atingidos: os trabalhadores rurais (pequenos produtores familiares ou assalariados). Se, por um lado, os interesses desses trabalhadores nem sempre se expressavam de modo claro e estruturado, por outro, mesmo quando claramente formulados, não chegaram a ser atendidos, sendo, no máximo, tomados como referência para a adoção de políticas que, na maioria das vezes, os contradiziam. Assim é que foi possível desenvolver políticas de modernização da agricultura de efeitos altamente concentradores, como os ilustrados neste trabalho.

A efetiva absorção de novas tecnologias na agricultura passa pela política de crédito rural com juros subsidiados. Um dos fatores que se podem constituir em forte apoio à presença da grande empresa capitalista na agricultura é a existência de subsídios. Além disso é necessário que seu volume seja suficientemente significativo para elevar a taxa de lucro na atividade agropecuária (AIDAR, A. C. e PEDROSA JÚNIOR, 1981; CASTRO, A. C., 1983).

O sistema de crédito rural para custeio e investimento a juros subsidiados foi montado a nível nacional em 1965, operacionalizado em 1967, e tornou-se o instrumento mais importante da modernização da agricultura brasileira, beneficiando o complexo agroindustrial. Além disso o crédito rural constitui-se num mecanismo compensatório da política de preços possibilitando transferência de renda para os médios e grandes produtores. A política de crédito viabiliza, assim, a absorção concentrada de tecnologia na agricultura.

De fato, em 1980 o volume total de financiamento foi superior a 1970 em 90 vezes, em termos nominais, e quase quatro vezes em termos reais, crescendo a uma taxa real de 17,5% ao ano (18,5% ao ano para custeio

e 16,2% ao ano para investimentos). A proporção com que o crédito rural participou no valor do produto líquido da agricultura foi crescente na década de 70, de 0,24 para 0,44 para o crédito de custeio e de 0,15 para 0,22 para o crédito de investimento (KAGEYAMA, A. e GRAZIANO DA SILVA, J. 1983). Em 1970 os estabelecimentos de menos de 10 ha (51% do total de estabelecimentos no País) recebem apenas 5,5% do crédito rural. No que se refere ao crédito distribuído pelas entidades governamentais, as médias e grandes propriedades recebem 90% do total de créditos por elas distribuídos e, em 1980, 80% do crédito agrícola provinha dos bancos oficiais.

A importância do crédito agrícola para a tecnificação da agricultura fica mais evidente quando são feitas comparações entre os valores do crédito para insumos químicos e máquinas e a soma dos recursos gastos pelos agricultores para sua aquisição. Tais comparações revelam que, em 1979, o valor do crédito para fertilizantes representou 90% do valor das vendas de fertilizantes; o valor do crédito para defensivos representou mais de 75% do valor total das vendas de defensivos; e o crédito rural para tratores representou mais de 90% do valor das vendas das indústrias de tratores para a agropecuária (GUEDES PINTO, 1981).

Não só a adoção de tecnologias na agricultura se faz de modo diferenciado, tendendo a privilegiar a grande e média empresa, mas também a geração e difusão tecnológica tende a penalizar o pequeno produtor. Já foi observado que, no Brasil, os ganhos de produtividade em produtos agrícolas estão associados à estabilidade e à continuidade dos grupos de pesquisa que, por sua vez, estão relacionados com a orientação do produto para exportação ou para mercado interno. Os primeiros têm sido privilegiados com apoio financeiro e continuidade da pesquisa (SCHWARTZMAN, S. 1979:142). A institucionalização da pesquisa agropecuária, da assistência técnica e da extensão rural dá-se, na década de 70, sob os auspícios do governo, de forma centralizada e organizada por tipos de produtos. O governo cria a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) em 1973 e a Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER) em 1975.

A criação da EMBRAPA significou centralização da pesquisa agropecuária⁽⁵⁾, aumento e continuidade de recursos para implementá-la. A pesquisa passou a ser desenvolvida por produto. Para cada produto há um conjunto de tecnologias e procedimentos que devem ser adotados para que se obtenha maior produtividade. A empresa procura adaptar o "pacote" por regiões e tipos de produtores mas, desde o momento em que a maior eficácia da produção vai depender da adoção do "pacote", a maioria

(5) Não foram absorvidos pela EMBRAPA o Instituto Brasileiro do Café (IBC), o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) e a Comissão Executiva do Plano de Recuperação Econômica-Rural da Lavoura Cacaueira (CEPLAC), ficando, assim, fora da EMBRAPA as pesquisas relativas ao café, à cana-de-açúcar e ao cacau.

dos pequenos produtores fica impossibilitada de adotá-lo por não ter atingido um patamar mínimo de produção e produtividade que lhes garanta recursos necessários à adoção do sistema tecnológico. Depoimentos de técnicos da EMBRAPA revelam, ainda, que a empresa produziu uma quantidade não negligenciável de tecnologias "adequadas ao pequeno produtor" e que essas não foram adotadas por inexistirem condições mínimas de terra e de crédito, como no caso de algumas técnicas de irrigação (6).

A EMBRAPA desenvolve dois tipos de ação que constituem o Sistema Nacional de Pesquisa Agropecuária: executora e coordenadora. A ação executora desenvolve-se nos centros, serviços especiais e unidades de execução e pesquisa que constituem a estrutura da EMBRAPA; a ação coordenadora implica trabalho conjunto com governos estaduais, universidades e outras instituições de pesquisa do setor público ou privado. O importante a sublinhar é que as decisões gerais sobre a política de pesquisa a ser desenvolvida pela EMBRAPA são tomadas ao nível dos planos nacionais de desenvolvimento. Porém, na implementação das linhas gerais, diversos interesses se fazem diretamente ouvir no sentido da demanda específica de pesquisas (7), sendo que os interesses dos pequenos produtores jamais chegam a poder ser expressos nesses níveis. Mas é principalmente porque institucionaliza a pesquisa por produto e não por tipo de produtor que a EMBRAPA tende a marginalizar o pequeno produtor, o que menos recursos tem para arcar com a modernização tecnológica sem perder autonomia.

A EMBRATER tem como objetivo a "transferência de tecnologia agropecuária e gerencial aos produtores rurais brasileiros", atua em estreita ligação com o crédito rural e está presente em todas as unidades da federação, excetuando-se o Estado de São Paulo (GUEDES PINTO 1981). O Sistema de Extensão Rural, porém, não tem atingido satisfatoriamente os pequenos produtores, como reconhece a própria EMBRATER ao adotar novos princípios gerais de ação para o período 1980/85 (EMBRATER, 1980) que se referem, basicamente, à assistência prioritária aos pequenos e médios produtores rurais, ficando a assistência técnica aos grandes produtores a cargo de escritórios privados. É de se esperar, porém, que mesmo tentando nortear sua ação em favor dos pequenos produtores, a EMBRATER encontre sérios obstáculos à adoção, por eles, de novas tecnologias, caso não sejam revisadas as possibilidades de acesso à terra e ao crédito e/ou à geração de tecnologias adequadas.

O problema que se coloca é o da necessária "contaminação política" da tecnologia e de seu tratamento como instância neutra, capaz de possi-

(6) Entrevistas feitas com técnicos da EMBRAPA no âmbito da pesquisa sobre Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais e Tecnologia.

(7) Nas decisões de o que produzir e para quem estão presentes os interesses dos grandes produtores de produtos agrícolas e de máquinas e insumos.

bilitar aumento de produção e produtividade em benefício de todos. A aparente neutralidade da tecnologia atende, apenas, aos interesses dominantes na sociedade por esconder, exatamente, seu caráter de dominação. É a articulação entre interesses sociais e formulação e implementação de políticas para o setor agrícola que seleciona e orienta a adoção de determinadas tecnologias.

6) Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais e Tecnologia

A medida da explicitação do caráter político da tecnologia e, portanto, da revelação de seu aspecto de dominação vai ser dada não só pela capacidade de organização e expressão política dos interesses que se beneficiam de determinadas tecnologias, mas também, e principalmente, pela capacidade de organização e expressão política dos interesses por elas afetados sem que sejam, necessariamente, beneficiados. No caso da tecnologia agropecuária brasileira, os interesses dos trabalhadores rurais — parceiros, posseiros, pequenos arrendatários, pequenos proprietários e assalariados.

Levando-se em conta que o grande impulso à modernização tecnológica da agricultura brasileira, a partir do final dos anos 60, ocorreu dentro de um quadro sócio-político autoritário, onde as possibilidades de organização e expressão dos interesses dos grandes produtores rurais contrastam com os bloqueios à organização autônoma e expressão política dos trabalhadores rurais, é de se supor que o caráter de dominação da tecnologia agropecuária não tenha sido ainda plenamente revelado no Brasil.

Essa questão pode ser examinada ao nível do Movimento Sindical de Trabalhadores na Agricultura por ser essa, apesar das inúmeras dificuldades de organização que enfrenta — oriundas quer da Carta Sindical Brasileira, quer de conjunturas políticas específicas —, a mais expressiva organização de trabalhadores rurais no Brasil⁽⁸⁾. Nesse sentido, o Movimento Sindical de Trabalhadores na Agricultura, especialmente ao nível de sua confederação nacional (CONTAG), é o mais capacitado a revelar o caráter político da tecnologia adotada na agricultura brasileira. E mais ainda, o processo pelo qual é explicitado o caráter de dominação implícito em práticas tecnológicas é o mesmo pelo qual interesses diversificados lutam para participar da formulação de políticas tecnológicas. É neste sentido que o problema que se coloca para o trabalhador do campo, qual seja, o da apropriação dos resultados da modernização tecnológica, vai necessariamente problematizar a natureza mesma dessa modernização.

(8) Os trabalhadores do campo dispõem, hoje, da maior confederação sindical do País, que também tem o maior índice de sindicalização, congregando por volta de 52% da população economicamente ativa da agricultura, enquanto nos sindicatos urbanos o índice de sindicalização corresponde, aproximadamente, a 28% da população economicamente ativa urbana.

Isto porque a apropriação dos resultados da modernização tecnológica refere-se à redistribuição dos ganhos do processo produtivo, remetendo, assim, ao tema do poder relativo das classes e frações e sua expressão na formulação de políticas públicas. E a possibilidade efetiva de políticas redistributivas vai depender de adequações das políticas de produção das quais as políticas tecnológicas fazem parte.

É no período da modernização acelerada da agricultura brasileira que a CONTAG se consolida enquanto órgão máximo do movimento sindical de trabalhadores rurais, ao mesmo tempo que o regime político brasileiro é marcado por governos autoritários. Essa situação configura campo complexo, de atuação da CONTAG. Por um lado não encontra desimpedidos os canais através dos quais pode efetivamente congregiar interesses de Federação e Sindicatos de Trabalhadores Rurais. Por outro, é chamada pelo governo — toda vez que este sente necessidade — a legitimar políticas decididas sem a sua participação.

Em relação ao primeiro aspecto é importante ressaltar que a CONTAG abriga uma grande diversidade de trabalhadores cuja comunidade de interesses para manifestar-se efetivamente exige uma maturidade ainda longe de ser alcançada, quer pelo regime político, quer pelas instituições de representação popular. A CONTAG trabalha assim, muitas vezes, com contradições aparentes entre as diversas categorias de trabalhadores rurais, não conseguindo, também muitas vezes, formular com precisão as reivindicações fundamentais dos trabalhadores na agricultura, sejam eles assalariados, pequenos proprietários, arrendatários ou posseiros.

Em relação ao segundo ponto, que diz respeito à possibilidade de a CONTAG se fazer ouvir junto a órgãos governamentais, é possível dizer que o regime político brasileiro ainda não conseguiu absorver reivindicações de trabalhadores rurais. É nesse sentido que a presença da CONTAG em diversas comissões de definição de políticas públicas, enquanto o único voto dos trabalhadores no meio de tantos outros, pode ser vista como uma estratégia governamental de legitimação. Não é outro o argumento usado pela CONTAG para se auto-excluir de algumas dessas comissões.

Assim é que, procurando formular políticas gerais que não acirrem contradições aparentes entre seus representados e não tendo suas propostas políticas de fato consideradas pelo governo no sentido de transformá-las em políticas públicas, a CONTAG não é desafiada a refinar suas propostas a ponto de transformá-las em projetos de fato alternativos aos governamentais.

No quadro dessas limitações a CONTAG assumiu a luta pela reforma agrária como a única forma de resolver problemas ligados às condições de vida e trabalho do pequeno agricultor, reivindicando do governo "a imediata decisão política da implantação da Reforma Agrária **ampla**,

massiva e drástica visando a promover a melhor distribuição da terra e modificações estruturais no regime de sua posse, uso e propriedade, a fim de atender aos princípios da Justiça Social e aumento de produtividade" (CONTAG, 1982:5). É também no quadro dessas limitações que a CONTAG não chega a formular em detalhe e com todas as suas implicações propostas de Reforma Agrária.

Assim é que a CONTAG, ao levantar a bandeira da Reforma Agrária no que diz respeito, inclusive, ao uso da terra, atinge a questão tecnológica na agricultura sem, contudo, revelá-la em profundidade. São feitas denúncias às tecnologias preconizadas para pequenos agricultores que implicam substituição da policultura e diversificação pela monocultura e especialização, aumentando a dependência de um só produto e a insegurança na formação da renda dos pequenos agricultores. E afirma-se que, em lugar de "tentar transplantar para nossas condições as técnicas agrícolas predominantes nos países superdesenvolvidos, deveríamos desenvolver uma tecnologia própria, baseada em nossos próprios recursos, partindo das necessidades apresentadas pelos próprios agricultores" (SILVA, J. F., 1978:18).

Enquanto a natureza da tecnologia adotada não for revelada naquilo que implica de dominação, não será possível propor alternativas viáveis à política tecnológica vigente. A questão tecnológica na agricultura brasileira é multifacetada e nela se condensam diversos interesses em jogo. É nesse sentido que ela não só não se coloca "neutra e racionalmente" acima das classes e grupos nela envolvidos, mas principalmente reflete a articulação de interesses e a natureza do sistema político que a define. É desse modo que a questão tecnológica só se resolve com sua politização. Em outros termos, a questão tecnológica só será adequadamente formulada em termos políticos que possibilitem colocá-la em perspectiva.

Essa politização, porém, não depende de decisões individuais mais ou menos acertadas, mas resulta da combinação de uma série de circunstâncias. Por um lado, o problema tecnológico na agricultura vem assumindo, ao nível da CONTAG, importância crescente a partir do início dos anos 70. Por outro lado o governo, no afã de neutralizar o poder político dos trabalhadores rurais, vem adotando medidas importantes que visam a despolitizar o problema fundiário⁽⁹⁾, sendo a posse da terra a reivindicação primeira do movimento sindical de trabalhadores rurais.

Enquanto o governo se esforça por despolitizar a luta pela terra e na medida em que se coloca, para os trabalhadores rurais, a necessidade de expressarem seus interesses por melhores condições de vida e tra-

(9) Um estudo de como o governo procura esvaziar o conteúdo político da luta pela terra, transformando-a em questão de Segurança Nacional, é apresentado em FIQUEIREDO, V. — Dois Momentos de Inicativa Governamental em Relação à Questão Fundiária, Brasília, SOBER, 1983.

balho, é de se esperar uma politização do problema tecnológico na agricultura, responsável central pelos problemas que atingem, hoje, o trabalhador rural brasileiro. Tal politização não deverá implicar abandono da luta pela reforma agrária mas, ao contrário, permitirá especificá-la e precisá-la como um projeto político alternativo.

BIBLIOGRAFIA

AIDAR, A. C. Kfour e PEDROSA JÚNIOR, Roberto Mário — "Espaços e Limites da Empresa Capitalista na Agricultura". *Revista de Economia Política*, vol. 1, nº 3. São Paulo, Brasiliense, 1981.

ARAÚJO, Caetano Ernesto — **Cooperativismo e Acumulação: um Estudo de Caso**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (mimeo), 1980.

CASTRO, Ana Célia — **Inovações Tecnológicas na Agricultura: Questões para Debate**. Apresentado no Seminário Preparatório sobre Progresso Técnico na Agricultura, 22 a 24 de agosto. CPDA-UFRJ (mimeo), 1983.

CONTAG — Relatório Anual (mimeo), 1982.

EMBRATER — **Objetivos e Diretrizes para o Sistema Brasileiro de Assistência Técnica e Extensão Rural**. Brasília, Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural, 1980.

FIGUEIREDO, Vilma — **Dois Momentos de Iniciativa Governamental em Relação à Questão Fundiária**. Brasília, SOBER, 1983.

GRAZIANO DA SILVA, José (Coord.) — **Tecnologia e Campesinato: o Caso Brasileiro**. São Paulo: UNICAMP/IICA, 1982.

GRAZIANO DA SILVA, José e HOFFMANN, Rodolfo — "A Reconcentração Fundiária" in GRAZIANO DA SILVA, J., **A Modernização Dolorosa**, Rio de Janeiro, Zahar, 1980.

GUEDES PINTO, Luiz Carlos — **Notas sobre a Política de Crédito Rural**. Campinas, DEPE/IFCH/UNICAMP (mimeo), 1981.

KAGEYAMA, Angela e GRAZIANO DA SILVA, José — **Os Resultados da Modernização Agrícola dos Anos 70** (mimeo), 1983.

PEIXOTO, Heverton, CHALOULT, Norma Beatriz e FIGUEIREDO, Vilma — **Estrutura da Produção Agrícola e Política Governamental: Reflexos de sua Inter-Relação para os Pequenos Agricultores**. Brasília, SUPLAN/MA, 1977.

————— — **A Soja na Pequena Agricultura**. Brasília, BINAGRI, 1979.

REFORMA AGRÁRIA — Boletim da Associação Brasileira de Reforma Agrária, vol. XI, nº 3, São Paulo: ABRA, 1981.

SCHWARTZMAN, Simon — **Formação da Comunidade Científica no Brasil**. São Paulo, FINEP/Cia. Editora Nacional, 1979.

SIGAUD, Lygia — "Luta Política e Luta pela Terra no Nordeste", **Dados**, vol. 26, nº 1, Rio de Janeiro, **Campus**, 1983.

SORJ, Bernardo — **Estado e Classes Sociais na Agricultura Brasileira**. Rio de Janeiro, Zahar, 1980.

SORJ, Bernardo, POMPERMEYER, Malori e CORADINI, O. — **Camponeses e Agro-Indústria: Transformação Social e Representação na Avicultura Brasileira**. Rio de Janeiro, Zahar, 1982.

Anotações ao Código da Propriedade Industrial

— Artigos 1.º a 58 (Patentes)

NUNO TOMAZ PIRES DE CARVALHO

Advogado do Serviço Jurídico da USIMINAS.
Doutorando em Direito Econômico na Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

Art. 1.º — 1. O Código como uma lei especial. 2. Inexistência de regras específicas de interpretação. 3. Novos rumos da propriedade industrial. Doutrina. Art. 2.º — 4. Conteúdo da expressão "propriedade industrial". 5. Exclusão do nome comercial e do título de estabelecimento. Art. 3.º — 6. Princípios convencionais da igualdade e da assimilação. 7. Objetivos da CUP. Outros princípios. 8. A aplicação do art. 3.º independe de reciprocidade. 9. Controvérsias sobre a justiça do princípio da igualdade. 10. Abrangência do art. 3.º Art. 4.º — 11. Eficácia interna dos tratados. 12. Obscuridade de sentido.

TÍTULO I — Dos Privilégios. CAPÍTULO I — Disposições Gerais. SEÇÃO I — Do Autor ou Requerente. Art. 5.º — 13. A patente como condição para a criação de um bem econômico (citação). 14. Crítica. A patente como meio de diminuir a escassez de um bem econômico. 15. As três funções básicas do sistema de patentes. 16. Modos de realização dessas funções. 17. A patente como incentivo direto à inovação e apenas indireto à invenção. 18. Necessidade de medidas visando dar utilidade às patentes estrangeiras. 19. Modos de aquisição dos direitos de patente. 20. Remissão. 21. Presunção da legitimidade do requerente. 22. Crítica à expressão "a propriedade e o uso exclusivo". 23. Certificados de inventor. 24. Sugestões da doutrina nacional para a instituição dos certificados de inventor. Doutrina. Jurisprudência. SEÇÃO II — Das Invenções, dos Modelos e dos Desenhos Privilegiáveis. Art. 13 — 65. Alínea a. Crítica à redação do dispositivo (citação), nções legais de invenção. 27. Uma definição pessoal de invenção. 28. Remissão. 29. Conteúdo do requisito da novidade. 30. Estado da técnica. Conceito (citação). 31. Interpretação da expressão "conteúdo de patentes". 32. Data relevante do depósito. 33. Hipóteses de divulgação que, segundo algumas leis estrangeiras, não destroem a novidade. Prazo de imunidade (ou de favor). Divulgação abusiva por terceiro. 34. Procedimento de interferência. 35. Como se apura a novidade em comparação com o estado da técnica (citação). 36. Interpretação da expressão "utilização industrial". Doutrina. Jurisprudência. SEÇÃO III — Da Garantia de Prioridade. Art. 7.º — 37. Hipóteses de admissibilidade da garantia de prioridade. 38. Conseqüências do descumprimento da finalidade para a qual se requereu a garantia. 39. Necessidade do reconhecimento das exposições internacionais. 40. Diferentes finalidades da garantia de prioridade e da prioridade unionista. 41. Diferentes conseqüências da garantia de prioridade e da prioridade unionista. 42. Crítica à expressão "exibição do privilégio". Art. 8.º — 43. Extinção automática da garantia de prioridade. Efeitos.

CAPÍTULO II — Das Invenções não Privilegiáveis. Art. 9.º — 44. A patente como meio de criação de condições monopolísticas. O art. 9.º como instrumento de prevenção do abuso do poder econômico e de proteção da empresa nacional. 45. A patente, confirmação da inexistência da livre concorrência (citação). 46. As alíneas b, c e f colocadas nessa perspectiva. 47. Inexistência de restrições à patenteabilidade noutros setores tecnológicos. 48. Extensão do raciocínio a outros setores: "hardware", máquinas agrícolas e variedades vegetais e animais. 49. Observações sobre a ineficiência das restrições. 50. Alínea d. Proteção indireta dos produtos químicos. 51. Alínea e. Sua constitucionalidade. 52. Alínea e. Atividade inventiva. Modo de apuração em comparação com o estado da técnica. 53. Alínea f. Descobertas científicas não são invenções. Tratado de Genebra. 54. Microorganismos. Tratado de Budapeste. 55. A alínea f não proíbe o patenteamento das variedades vegetais. A restrição existe apenas na falta de normas específicas de procedimento. A UPOV. 56. Alínea h. "Software". Propriedade industrial e direito autorial. O primeiro passo para a criação de um registro nacional de programas de computador. 57. Alínea j. Âmbito da restrição. Doutrina. Jurisprudência.

CAPÍTULO III — Do Modelo de Utilidade e do Modelo e do Desenho Industrial. SEÇÃO I — Dos Modelos e dos Desenhos Privilegiáveis. Art. 10 — 58. Dife-

renças entre o modelo de utilidade e a invenção. 59. Interesse da proteção do modelo de utilidade para os países em desenvolvimento. 60. Objetivo da proteção do modelo de utilidade. Alguns dados estatísticos (citação). Art. 11 — 61. Como se distingue o modelo industrial do modelo de utilidade. 62. Entre invenção e modelo industrial não há incompatibilidade. Mas o modelo de utilidade e o modelo industrial são incompatíveis entre si. 63. Distinção entre o modelo e desenhos industriais. 64. "Design". Art. 12 — SEÇÃO II — Dos Modelos e dos Desenhos não Privilegiáveis. Art. 13 — 65. Alínea a. Crítica à redação do dispositivo (citação). 66. Alínea b. Distinção entre o objeto do direito de propriedade industrial e o objeto de direitos autorais. 67. Alínea c. Distinção entre solução técnica e solução decorativa. Modelos ou desenhos industriais e marcas ou sinais de propaganda.

CAPÍTULO IV — Do Pedido de Privilégio. Art. 14 — 68. Unidade de invenção. 69. Crítica ao termo "privilégio". 70. Relatório descritivo, desenhos, reivindicações e resumo. Art. 15. 71. Unidade de invenção.

CAPÍTULO V — Do Depósito do Pedido de Privilégio. Art. 16 — 72. Crítica ao dispositivo.

CAPÍTULO VI — Do Depósito feito no Estrangeiro. Art. 17 — 73. Efeito da prioridade. Caráter exemplificativo da enumeração do § 1.º 74. Acordos internacionais que asseguram o direito de prioridade. 75. Exigência da certidão de prioridade. 76. Descumprimento da exigência. Consequências. 77. Prioridade múltipla e prioridade parcial.

CAPÍTULO VII — Da Publicação e do Exame do Pedido de Privilégio. Art. 18 — 78. Objetivos da publicação e do deferimento do exame. 79. Publicação do pedido na RPI. Art. 19. — 80. Objetivo e conteúdo da oposição. 81. Possibilidade de réplica. 82. Indeferimento do pedido. Exigência. Um exemplo de exigência. 83. Reivindicações dependentes. 84. Deferimento com ressalva. Efeitos. Art. 20 — 85. Inexistência de ofensa ao princípio da independência das patentes.

CAPÍTULO VIII — Da Expedição da Patente. Art. 21 — 86. Contagem dos prazos para pagamento da retribuição. 87. Contagem dos prazos para cancelamento e anulação. 88. Crítica ao rigor do § 1.º Art. 22 — 89. A função de divulgação. 90. Insuficiência de divulgação do pedido. 91. Modo de atuação da patente na divulgação. Art. 23 — 92. Efeito constitutivo da patente. Proteção provisória a dificuldades. 93. A proteção provisória na Áustria e na Alemanha. 94. A proteção provisória na Suíça. 95. A proteção provisória no Japão.

CAPÍTULO IX — Da Duração do Privilégio. Art. 24 — 96. Razão das diferenças nos prazos de duração das patentes. 97. Justificação do modo de contagem dos prazos. 98. Aplicação do parágrafo único aos outros modos de extinção. 99. O objeto da patente perece pelo decurso de prazo (citação). 100. Direito intertemporal — aplicação do art. 24 aos pedidos de patente depositados antes de 21-12-71. Jurisprudência.

CAPÍTULO X — Das Anuidades. Art. 25 — 101. Natureza da anuidade. 102. Sistema adotado no Brasil. Vantagens. 103. Aplicação do art. 25 aos pedidos de patentes. Jurisprudência.

CAPÍTULO XI — Da Transferência, da Alteração de Nome e de Sede do Titular do Privilégio Depositado ou Concedido e dos Contratos para sua Exploração. Art. 26 — 104. Modos de transmissão dos direitos de patente (citação). 105. Remissão. 106. Remissão. Jurisprudência. Art. 27 — 107. Remissão. Jurisprudência. Art. 28 — 108. Remissão. 109. A patente como meio de transformação de um bem imaterial num objeto de troca (citação). 110. Conceito de tecnologia. 111. A tecnologia como fator de produção. 112. Tecnologia disponível e indisponível. Tecnologia incorporada e desincorporada. 113. O papel da patente na transferência de tecnologia. 114. O licenciamento não tem legitimidade para acionar contratadores, a não ser que disposição contratual lhe conceda. Exceção legal. 115. Crítica à expressão "privilégio depositado". A expedição de patente como condição suspensiva do contrato de licença de exploração de pedido. Doutrina. Art. 29. Art. 30 — 116. Custos diretos e indiretos na transferência de tecnologia. 117. Opções tecnológicas. A dependência. 118. Tecnologias poupadora de capital, poupadora de mão-de-obra e neutra. 119. O dilema do país importador de tecnologia. 120. A intervenção do Estado na negociação de tecnologia. 121. Regime tributário dos royalties. 122. Regime tributário internacional dos royalties. 123. Abrangência do controle governamental. Características dos contratos de cessão e de licença. Previsível atenuação das restrições cambiais em virtude da negociação com o Fundo Monetário Internacional. 124. Cláusulas restritivas. 125. Solenidade dos contratos. Consequências da não-averbação. 126. Vedações de pagamento de royalties. Jurisprudência. Art. 31. Art. 32.

CAPÍTULO XII — Da Licença Obrigatória para Exploração do Privilégio. Art. 33 — 127. A função da patente como meio de introdução de técnicas estrangeiras nos países em desenvolvimento, à semelhança dos primeiros privilégios medievais. 128. Vantagens e desvantagens da patente (citação). 129. A não-exploração frustra uma das principais finalidades da patente. 130. A patente estrangeira serve sobretudo à reserva de mercado (citação). 131. Conceito legal de exploração. 132. A não-exploração como um abuso de direito. 133. Sanções para a não-exploração. A licença obrigatória especial. Acepção do interesse público. 134. Efeitos da licença obrigatória. Concessão a título exclusivo ou a título não-exclusivo. 135. Inefi-

cácia da licença obrigatória. Sua atuação como meio de ameaça. 136. Outras modalidades de licenças obrigatórias previstas em leis estrangeiras. 137. Propostas alternativas para coibir a não-exploração. Art. 34. Art. 35. Art. 36. Art. 37. Art. 38.

CAPÍTULO XIII — Da desapropriação do Privilégio. Art. 39 — 138. Legitimidade para desapropriar privilégios. 139. Obediência do processo ao DL n.º 3.365, com as exceções específicas do Código.

CAPÍTULO XIV — Do Invento Ocorrido na Vigência de Contrato de Trabalho ou de Prestação de Serviços. Art. 40 — 140. Invenção de serviço. Inexistência de significado legal do termo “aperfeiçoamentos”. 141. O contrato deve dirigir-se à pesquisa aplicada. 142. Equiparação entre empregado e prestador de serviços. Ressalva: competência para julgar as questões entre prestador e tomador de serviços. 143. Natureza juris tantum da presunção contida no § 2.º Ações cabíveis. Competência para julgá-las. 144. Aplicam-se as regras do Capítulo às invenções, patenteáveis ou não, patenteadas ou não. Interpretação do § 3.º Sua finalidade. Art. 41 — 145. Invenções livres. Aparente conflito entre os arts. 41 e 42. Significância da expressão “sem relação com o contrato de trabalho”. Inutilidade do dispositivo. Art. 42 — 146. Invenção mista. Necessidade de a invenção referir-se à atividade econômica do empregador. Significado da expressão “contribuição pessoal”. 147. Royalties. Como e quanto pagar. 148. Cessão de bens futuros. Royalties. Como e quanto pagar. 149. Competência para julgar reclamações relativas aos royalties. Prazos de prescrição. 150. Aplicação dos §§ 2.º e 3.º do art. 40. 151. Crítica à adoção das invenções mistas. Art. 43. Jurisprudência.

CAPÍTULO XV — Da Invenção de Interesse da Segurança Nacional. Art. 44. Art. 45. Art. 46. Art. 47. 152. Remissão. 153. Procedimento de interferência.

CAPÍTULO XVI — Da Extinção e da Caducidade do Privilégio. Art. 48. Art. 49. 154. Remissão. 155. Conflito entre o art. 49 e o art. 5.º, 3.ª alínea, da CUP (citação). 156. O sentido de economicidade do art. 49. Sua adequação ao art. 160 da Constituição. Jurisprudência. Art. 50. Jurisprudência. Art. 51 — 157. Cabimento de restauração dos pedidos de patente. Jurisprudência. Art. 52. Art. 53. Art. 54.

CAPÍTULO XVII — Da Nulidade e do Cancelamento do Privilégio. Art. 55. 158. Remissão. Art. 56 — 159. Não há “vigência de privilégio” nulo. 160. Possibilidade de alegação de nulidade como matéria de defesa no Juízo cível. 161. Possibilidade de suspensão cautelar do privilégio. Jurisprudência. Art. 57. Jurisprudência. Art. 58 — 162. Contagem do prazo para início do procedimento de cancelamento. Remissão. Jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

LEI Nº 5.772 — DE 21 DE DEZEMBRO DE 1971

Institui o Código da Propriedade Industrial, e dá outras providências.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — É instituído o Código da Propriedade Industrial, de acordo com o estabelecido nesta Lei.

ANOTAÇÃO:

1. A Lei nº 5.772/71 manteve a designação de Código da Propriedade Industrial, adotada pelo Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, e conservada pelos Decretos-Leis n.ºs 254, de 28 de fevereiro de 1967, e 1.005, de 21 de outubro de 1969. Ora, considerando que “codificar o direito é coordenar as regras pertinentes às relações jurídicas de uma só natureza, criando um corpo de princípios dotados de unidade e deduzidos sistematicamente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Verbetes “Codificação”, Enciclopédia Saraiva do Direito*, ed. Saraiva, São Paulo, 1977, vol. 15, pág. 293), haverá que se convir que se está perante uma lei especial, e não perante um código. O que a Lei nº 5.772 fez, na verdade — como, aliás, já tinham feito os códigos anteriores —, foi reunir

normas atinentes a vários ramos do direito e aplicá-las aos institutos de propriedade industrial. Na realidade, a Lei nº 5.772/71 é mais uma consolidação sistematizada do que uma codificação, por faltar-lhe a unidade de natureza das normas jurídicas que a compõem.

2. Decorre daí que não existem regras específicas de interpretação das normas da propriedade industrial. Elas são interpretadas à luz das regras próprias dos ramos do direito donde foram extraídas: direito civil, comercial, penal, trabalhista, administrativo, tributário, processual e, evidentemente, constitucional.

3. Nota-se no atual Código, comparado com os anteriores, uma brusca mudança de rumo no modo de tratamento dos institutos da propriedade industrial. Com efeito, o Código vigente trata esses institutos sob uma perspectiva dinâmica — como agentes dirigidos a um fim —, e não mais como formas estáticas de proteção do direito de propriedade (ou, se se quiser, num conceito mais abrangente, do fundo de comércio). Essa nova perspectiva já fora anunciada na Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970, a qual criara o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e lhe atribuíra competência para executar “as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica” (art. 2º, *caput*). O parágrafo único do art. 2º dessa lei determinava ainda que “o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes”.

Consta da Exposição de Motivos relativa ao projeto do novo Código que “a propriedade industrial, no quadro global da transferência de tecnologia, assume papel de grande significado e, portanto, requer tratamento eficiente e dinâmico, com o objetivo de transformá-la em fator de promoção do desenvolvimento econômico”.

Assim, a propriedade industrial é transformada em instrumento do desenvolvimento econômico, nomeadamente no que respeita à divulgação de informações técnicas atualizadas e no que toca aos fluxos de circulação de tecnologia.

DOCTRINA:

— ALMEIDA, Carlos Guimarães de. “O novo Código da Propriedade Industrial”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 4, ano X, nova série, 1971, págs. 75-86.

— ALMEIDA, Carlos Guimarães de. “Aspectos da execução do Código da Propriedade Industrial”, *Revista de Direito Mercantil*, n.º 13, ano XIII, nova série, 1974, págs. 41-54.

— ANAIS da Comissão Especial que apreciou o projeto de lei que deu nova redação ao Código da Propriedade Industrial, Câmara dos Deputados, Brasília, 1971.

— BARRETO FILHO, Oscar. “A reforma do Código da Propriedade Industrial”, *Revista de Direito Mercantil*, n.º 4, ano X, nova série, 1971, págs. 75-86.

Art. 2º — A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante:

- a) concessão de privilégios;*
- de intervenção;*
- de modelo de utilidade;*

- de modelo industrial; e*
de desenho industrial;
- b) *concessão de registros:*
de marca de indústria e de comércio ou de serviço; e
de expressão ou sinal de propaganda;
- c) *repressão a falsas indicações de procedência;*
- d) *repressão à concorrência desleal.*

ANOTAÇÃO:

4. Apesar da expressão “propriedade industrial”, nem sempre os seus institutos se referem a um direito de propriedade. Assim, a indicação de procedência não é objeto de propriedade (o seu registro como marca ou expressão de propaganda é até proibido – art. 65, inciso 9º, e art. 76, inciso 6º). Por outro lado, o termo “industrial” deve ser entendido em seu sentido mais amplo, como ofício ou gênero de atividade econômica. Por isso determina o artigo I (3) da Convenção da União de Paris, texto de Haia, que “a propriedade industrial compreende-se em sua acepção mais lata e se aplica não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também ao domínio das indústrias agrícolas (vinhos, grãos, folhas de fumo, frutas, gado etc.) e extrativas (minerais, águas minerais etc.)”.

Acrescente-se a isto que a propriedade industrial compreende não só a indústria mecanizada, seriada, mas também a artesanal.

5. O que caracteriza tradicionalmente a propriedade industrial é a proteção de determinados bens econômicos cuja função se realiza na atividade concorrencial, nomeadamente as criações industriais, os sinais distintivos e a clientela. Mas o art. 2º, ao especificar os direitos relativos à propriedade industrial, omitiu deliberadamente o nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia. E o art. 119 remete o nome comercial e o título de estabelecimento à “legislação própria”.

No entanto, apesar do texto da lei, não há como negar que aqueles institutos são abrangidos pela propriedade industrial. Em primeiro lugar, pela sua própria natureza de sinais distintivos. Em segundo lugar, em face do disposto no artigo I (1) da Convenção da União de Paris. E, por fim, paradoxalmente até, em decorrência do texto do art. 176 do Decreto-Lei nº 7.903/45, que o art. 128 do Código expressamente manteve em vigor.

Art. 3º – As disposições deste Código são aplicáveis também aos pedidos de privilégios e de registros depositados no estrangeiro e que tenham proteção assegurada por Tratados ou Convenções de que o Brasil seja signatário, desde que depositados no País.

ANOTAÇÃO:

6. O art. 3º exprime dois princípios da Convenção da União de Paris: um, o da igualdade de tratamento aos nacionais dos países-membros da União; outro, o da assimilação dos cidadãos dos países que não fazem parte da União

aos cidadãos dos países contratantes, desde que sejam domiciliados ou possuam estabelecimentos industriais ou comerciais efetivos e sérios no território de um dos países da União (arts. II e III da CUP, respectivamente).

7. A Convenção da União de Paris é o mais importante tratado internacional, de âmbito universal, relativo à propriedade industrial, atualmente em vigor. Ela foi assinada em Paris, em 1883, e já sofreu seis revisões, sendo que a terceira, a de Haia, em 1925, é que está em vigor no Brasil, promulgada pelo Decreto nº 19.056, de 31 de dezembro de 1929.

No seu início, o principal objetivo da CUP era o de fomentar indiretamente o comércio internacional, mediante a garantia de proteção dos direitos de propriedade industrial dos estrangeiros (exportadores) e a uniformização das normas nacionais de proteção. Hoje o enfoque é diferente, reservando a CUP suas melhores atenções para o fluxo internacional de tecnologia, sendo o comércio internacional regulado por outros tratados, tais como o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade).

Além dos princípios da igualdade de tratamento e da assimilação, a CUP estabelece outros três princípios fundamentais: o da prioridade, o da independência das patentes e o da proteção às marcas notoriamente conhecidas.

8. A aplicação do art. 3º independe da reciprocidade. Assim, por exemplo, o art. 33 (que trata da licença obrigatória) poderá ser invocado contra um cidadão americano, mesmo que nos Estados Unidos não se preveja nenhuma sanção contra a falta de exploração da patente nesse país.

9. Hoje é o princípio da igualdade de tratamento o mais controverso nas relações entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento. O argumento básico dos países em desenvolvimento pode ser assim enunciado: a regra fundamental da Justiça é a que determina que as situações iguais sejam tratadas de forma igual e as desiguais, de forma desigual. Ora, tratar os cidadãos americanos, japoneses ou europeus de forma igual aos cidadãos da Costa do Marfim, do Haiti ou mesmo do Brasil, torna-se extremamente iníquo, uma vez que o avanço do conhecimento tecnológico daqueles sobre o destes é nitidamente contrastante. Além disso — e por esse mesmo motivo —, torna-se muito fácil controlar o mercado dos países em desenvolvimento através de patentes originadas dos países desenvolvidos, sobretudo pela exclusividade de importação ditada não só pelos direitos decorrentes da patente como pelos da marca, por força do tipo de consumo imposto pela propaganda das empresas estrangeiras: o consumo imitativo, resultante daquilo a que se chama de efeito-demonstração. Em decorrência desse fenômeno relativamente recente, hoje um cidadão de um país subdesenvolvido consome — ou aspira a consumir — os mesmos produtos e serviços que um cidadão de Nova Iorque ou de Tóquio. Mas ocorre que, quer pela patente quer pela marca, ou por ambos conjuntamente, só o seu titular estrangeiro poderá fornecê-los. E a demanda é atendida, na maioria das vezes, não pela produção do bem no país subdesenvolvido, mas pela sua importação.

Para ultrapassar esses óbices, os países em desenvolvimento pretendem superar o princípio da igualdade, e exigem que lhes seja reconhecida a possibilidade de decretar a caducidade das patentes por falta de exploração, independentemente de ter sido antes concedida (ou não) uma licença obrigatória;

com isso, os países em desenvolvimento evitariam conceder patentes inúteis, isto é, sem o correspondente desenvolvimento interno, através da incorporação da nova tecnologia ao mercado (com o conseqüente emprego de mão-de-obra e seu treinamento, com investimentos de capital de risco etc.). Por outro lado, os países em desenvolvimento querem tratamento preferencial na imposição de retribuições e anuidades aos seus nacionais pelos demais países da União (redução para metade) e na contagem dos prazos de prioridade (o atual prazo seria prorrogado em metade). Dessa forma, haveria maior acesso dos nacionais — ou dos a eles assimilados — ao sistema internacional de patentes, o qual, até hoje, tem sido uma via de mão (quase) única: dos países ricos para os países pobres.

10. Referi-me até agora à Convenção da União de Paris por ser o tratado relativo à propriedade industrial de maior importância. Mas o art. 3º alcança todos os outros tratados a que o Brasil aderiu ou venha a aderir.

Art. 4º — Toda pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil, com legítimo interesse, poderá, administrativa ou judicialmente, solicitar a aplicação em igualdade de condições de qualquer dispositivo de Tratados ou Convenções a que o Brasil aderir.

ANOTAÇÃO:

11. O dispositivo dá, expressamente, eficácia interna aos tratados relativos à propriedade industrial. Em princípio, seria desnecessária uma norma nos presentes termos, pois é regra do direito brasileiro o reconhecimento dos tratados como legislação interna, uma vez ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República. Mas, de qualquer forma, o art. 4º evita discussões como as que foram geradas pela Lei Uniforme de Genebra, sobre títulos de crédito, afinal decididas pelo Supremo Tribunal Federal.

12. Como afirmou GAMA CERQUEIRA, “não é bem inteligível a expressão em igualdade de condições” (*Tratado da Propriedade Industrial*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1956, vol. II, tomo II, parte III, pág. 420, nota 8). Com efeito, a igualdade de condições entre nacionais e estrangeiros é fixada pelo art. 3º E a igualdade de condições entre nacionais ou entre nacionais e residentes no Brasil é determinada no art. 153 da Constituição Federal.

TÍTULO I

Dos Privilégios

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

SEÇÃO I

Do Autor ou Requerente

Art. 5º — Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código.

§ 1º – Para efeito de concessão de patente, presume-se autor o requerente do privilégio.

§ 2º – O privilégio poderá ser requerido pelo autor, seus herdeiros e sucessores, pessoas jurídicas para tanto autorizadas, ou eventuais cessionários, mediante apresentação de documentação hábil, dispensada a legalização consular no país de origem, sem prejuízo de autenticação ou exibição do original, no caso de fotocópia.

§ 3º – Quando se tratar de invenção realizada por duas ou mais pessoas, em conjunto, o privilégio poderá ser requerido por todas ou qualquer delas, mediante nomeação de todas para ressalva dos respectivos direitos.

ANOTAÇÃO:

13. “A patente é muito mais do que a mera proteção legal à propriedade industrial. Sua função mais importante é, na realidade, de natureza econômica, pois ela é o instrumento através do qual o conhecimento tecnológico deixa de ser um segredo e passa a ser um bem econômico. O conhecimento é, assim, vendido no mercado e está sujeito a leis econômicas. Neste sentido, a patente é, em si, condição necessária para criação do bem econômico, qual seja a condição de escassez relativa” (*Anais*, cit., pág. 285).

14. Há reparos a fazer a essas afirmações. A tecnologia é, em si mesma, um bem econômico, desde que apresente o indispensável requisito da escassez. Ora, não tem muito sentido dizer que a patente “é o instrumento através do qual o conhecimento tecnológico deixa de ser um segredo e passa a ser um bem econômico”. É que o conhecimento mantido em sigilo é um bem econômico *absolutamente* escasso. A patente não gera a escassez para esse bem; pelo contrário, diminui-a, pois, além de divulgar a tecnologia, limita a sua escassez no tempo e no espaço. É isso o que PAUL SAMUELSON quer dizer quando afirma que “(...) o problema da inovação proporciona uma defesa parcial das patentes. A sociedade dá deliberadamente a um homem um monopólio; isto permite que ele mantenha artificialmente alguma coisa *parcialmente* escassa. A sociedade espera, porém, que o suborno oferecido sob a forma de monopólio temporário estimule a invenção e a revelação de coisas que, não fosse isso, ficariam 100% escassas” (*Introdução à Análise Econômica*, trad. de LUIZ CARLOS DO NASCIMENTO SILVA, Rio de Janeiro, Ed. Agir, 8ª ed., 3ª tiragem, 2º vol., pág. 657, nota 2).

15. Geralmente, apontam-se três funções básicas do sistema de patentes:

- incentivar a atividade inventiva nacional;
- promover a divulgação das invenções e aperfeiçoar os mecanismos de informação técnica;
- apoiar e aperfeiçoar os fluxos internacionais de tecnologia.

16. A primeira e a terceira funções não se realizam diretamente (e quando se realizam), mas apenas de modo mediato, indireto.

17. Isto porque, uma vez que as invenções são cada vez mais produtos de uma atividade de pesquisa programada e executada dentro das grandes empresas, a patente surge como “garantia da amortização dos investimentos empresariais no setor de pesquisa e desenvolvimento” (COMPARATO, Fábio Konder, “A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins”, conferência pronunciada no II Seminário Nacional de Propriedade Industrial, no Rio de Janeiro, em 10 de agosto de 1982). Ora, como o desenvolvimento tecnológico é questão de sobrevivência na atividade concorrencial, as grandes empresas, ainda que inexistisse a proteção às invenções, não deixariam de promover programas de P & D (Pesquisa e Desenvolvimento). Além disso, a atividade de pesquisa aplicada é sempre de resultados aleatórios, imprevisíveis; vale dizer, ao iniciar um novo programa de pesquisa, o empresário não pode antever se chegará à obtenção de uma invenção patenteável.

“O capital investido na esfera de pesquisa e desenvolvimento, que segue ou precede a produção efetiva, só consegue valorização na medida em que o trabalho ali realizado seja produtivo, isto é, conduza à produção de novas mercadorias. Do ponto de vista da empresa capitalista, quaisquer descobertas ou invenções que não encontrem aplicação constituem *faux frais* de produção, despesas gerais que deveriam ser reduzidas ao mínimo. No entanto, uma vez que numa economia de mercado nunca se tem certeza, desde o início, de que será possível aplicar as novas descobertas e invenções, o risco com relação ao lucro do capital investido na esfera da pesquisa é mais alto do que a média. O volume e o crescimento do dispêndio em pesquisa e desenvolvimento pode ser visto a partir dos seguintes exemplos: os custos do desenvolvimento do náilon e do orlon foram de respectivamente 1 milhão e de 5 milhões de dólares. O desenvolvimento da penicilina exigiu vários milhões de dólares e o dos “destiladores de petróleo” catalíticos, 11 milhões de dólares. A Pilkington Glass Company, da Grã-Bretanha, investiu 20 milhões de dólares na invenção e desenvolvimento da patente do *Float Glass*. Especialistas norte-americanos referem-se à televisão como um “risco de 50 milhões de dólares” devido ao dinheiro gasto em pesquisa e desenvolvimento antes da comercialização. Na indústria aeronáutica os custos com pesquisa e desenvolvimento elevaram-se até alturas astronômicas: até 1965 o projeto XB-70 havia custado 1,5 bilhão de dólares, e o Concorde, 2 bilhões de dólares. Na indústria farmacêutica, os gastos em pesquisa geralmente atingem cerca de 8-10% do giro total dos negócios, embora apenas uma parcela dessa soma seja gasta em pesquisa de base. Hoeschst afirma que chegou a gastar 25 milhões de dólares na pesquisa e desenvolvimento de um novo medicamento; em 1973, Hoffmann-La Roche gastou quantias equivalentes a 11-16% de seu giro total em pesquisa e desenvolvimento. O incentivo básico para esses enormes dispêndios de capital continuam sendo os superlucros mais altos do que a média, proporcionalmente, a serem obtidos pelas empresas que conseguem “atravessar” (MANDEL, Ernest, *O Capitalismo Tardio*, trad. de CARLOS EDUARDO SILVEIRA MATOS et alii, introd. de PAUL SINGER, Ed. Abril Cultural, São Paulo, 1982, págs. 178-9).

E como obter esses “superlucros”? A inovação técnica, diz MANDEL, é uma das formas de sua obtenção. Só que esses superlucros, em princípio, só se rea-

lizam no período intermediário que separa a inovação do ingresso dos competidores no mesmo ramo de produção do inovador. Com uma ressalva: o monopólio, "onde existem restrições decisivas à mobilidade de capital" (*idem*, pág. 64). Neste caso, o monopólio será duradouro, ainda que não absoluto. Conseqüentemente, os superlucros prolongar-se-ão no tempo. MANDEL refere-se ao monopólio de fato, originado pela "combinação de acordos operacionais entre os mais importantes possuidores de capital" e pelos "volumosos custos de instalação" (*ibidem*). Mas certamente a tese é aplicável aos monopólios de direito, isto é, às patentes.

Mas, se obtida a invenção, ela ainda não tem valor em si mesma. "A questão é que uma invenção não tem valor a menos que seja acrescida de uma série de outras atividades — promoção, financiamento, desenvolvimento, engenharia, propaganda, etc" (BUSII, Vannevar, "Of inventions and inventors", *Research Management*, vol. XIV, nº 4, julho/1971, pág. 31). É aqui que reside a distinção entre a invenção — o ato de criar a solução técnica — e a inovação — o ato de colocar a invenção no ciclo produtivo —, distinção essa proposta por SCHUMPETER.

A patente, então, surge como a garantia da amortização dessas despesas, como afirma COMPARATO, mas *a posteriori* do surgimento da invenção. Isto é, a patente serve de incentivo direto não à invenção, mas sim à inovação. Além disso, se a presença exclusiva do empresário no mercado gerar lucros, poderá ele inverter parte deles em novos programas de pesquisa — esta a função indireta de incentivo à atividade inventiva. O que, aliás, nem sempre ocorrerá. Pode ser — e isso geralmente acontece com as pequenas empresas exclusivamente organizadas para explorar uma nova tecnologia patenteada — que a empresa não desenvolva aperfeiçoamentos, ficando condenada à falência quando a sua tecnologia for atingida pela obsolescência.

18. Por outro lado, não adianta a um país subdesenvolvido aderir simplesmente ao sistema internacional de patentes se não tomar medidas internas complementares visando dar *utilidade* às patentes estrangeiras. É que a patente estrangeira, em si mesma, nada tem de útil. Nem sequer serve à divulgação de tecnologia no país subdesenvolvido, uma vez que essa função, a rigor, já foi cumprida no país de origem. Pelo contrário, ela pode até ser prejudicial, se o seu objeto não for explorado no país subdesenvolvido. Doutra forma, a patente não serve senão à reserva de mercado, para fins de importação.

Exemplos dessas medidas internas complementares são a imposição de sanções para a falta de exploração (ver arts. 33 e 48) e a adoção de regras relativas à cessão e ao licenciamento (arts. 29 e 30).

19. A exemplo do que se passa com a propriedade em geral, também os direitos de patente podem ser adquiridos de modo originário e de modo derivado. O art. 5º, *caput* e o § 2º, dispõe sobre a aquisição originária.

20. Quanto ao inventor, enquanto sujeito do direito sobre a invenção, quanto aos cessionários, aos sucessores e quanto à capacidade para requerer a patente, ver GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, vol. cit., págs. 5 a 17.

21. "(...) o privilégio pode ser requerido pelo autor, seus herdeiros e sucessores e pessoas jurídicas para tanto autorizadas (art. 5º, § 2º) e as pessoas acima enumeradas não são o inventor. Com efeito, de forma alguma a sucessão confere a herdeiros ou legatários a autoria do invento. Ocorre apenas que, sendo a invenção considerada um bem móvel (art. 48, III, do Código Civil) e com valor economicamente apreciável sobre o qual o inventor exercia os direitos de propriedade e uso exclusivo, transmitem-se apenas mencionados direitos, a autoria da invenção, jamais" (DOMINGUES, Douglas Gabriel, *Direito Industrial – Patentes*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, págs. 160-1).

A crítica dirige-se à obscuridade do texto do § 1º Mas a interpretação do dispositivo deve ser outra. Na realidade, não poderia querer o legislador que se transferisse a autoria – pois o direito moral do inventor é personalíssimo e, como tal, intransferível. O que o legislador efetivamente dispôs é que o INPI concederá a carta-patente à pessoa que se identificar – ainda que abusivamente – como inventor ou a quem se intitular seu sucessor, cessionário ou por ele autorizado. Portanto, se o verdadeiro inventor se sentir lesado, ele não poderá impugnar administrativamente aquela presunção (que, evidentemente, é *juris tantum*), mas apenas judicialmente. E entende-se: se um dos objetivos do novo Código era o de acelerar o processo administrativo, não poderia levar-se o INPI a examinar questão tão delicada como o da autoria. É isto o que decorre do § 1º do art. 5º combinado com o § 1º do art. 19 e com o art. 58.

Preceito idêntico (só que com a redação mais correta) é adotado pelo § 1º do art. 7º da lei de patentes da República Federal da Alemanha: "Para que o exame de fundo do pedido não seja retardado pelo estabelecimento da identidade do inventor, o depositante será considerado, durante o procedimento na Repartição de Patentes, como tendo legitimação para requerer a concessão da patente".

22. A patente é um documento que garante "a propriedade e o uso exclusivo". A expressão, além de obviamente pleonástica, merece restrições, pois o uso de determinada tecnologia pode chocar-se com os monopólios estatais constitucionais ou legais (Constituição Federal, arts. 163, 168 e 169) ou com a existência de outras patentes.

23. Enquanto o Código manteve o sistema tradicional de outorga de um direito de propriedade ao inventor, outros ordenamentos têm procurado soluções alternativas.

É o caso mais nítido dos certificados de invenção, adotados pela lei mexicana sobre invenções e marcas, de 30 de dezembro de 1975. Em linhas muito gerais, caracterizam-se esses certificados: por não excluírem terceiros do uso da invenção, desde que eles se prontifiquem a pagar por isso; por poderem ser concedidos ainda que a invenção incida sobre determinadas tecnologias não patenteáveis; e por não pesarem sobre eles os ônus que incidem sobre as patentes, tais como o da necessidade da exploração do seu objeto.

24. COMPARATO (na conferência já citada) e BARRETO FILHO ("Proteção do inventor nacional", *Revista de Direito Mercantil* nº 40, ano XIX, nova série,

out-dez/1980, págs. 147-153) sugerem a adoção do certificado de invenção pelo direito brasileiro.

DOCTRINA:

— CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de, "O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento", *Revista de Informação Legislativa*, 76/213.

— CHAVES, Antônio, "Os direitos do inventor", *Revista de Informação Legislativa* nº 65, ano 17, jan.-mar./1980, págs. 229-248.

— LEONARDOS, Luiz — "Aspectos econômicos do sistema de patentes", *Tecnologia — Importação — Exportação*, Ed. CTE, São Paulo, s/d, págs. 143-168.

— SILVEIRA, Newton, "Natureza e fundamento do direito do inventor", *idem*, págs. 43-61.

JURISPRUDÊNCIA:

- Privilégio de invenção. Patente. Agravo no auto do processo. Interdito possessório. (...)

II — Agravo no auto do processo. A ocorrência de *vacatio legis* não torna ilegal o uso dos interditos possessórios para a defesa dos direitos pessoais, e também porque os direitos de invenção constituem direitos de propriedade, de natureza real, passíveis de proteção por via dos interditos possessórios, com características de ação ordinária. Agravo não provido. (...)

TFR — AC 33.979-SP — Rel. Min. Moacir Catunda — Unânime — 5ª T. — *Diário da Justiça*, de 29-4-82 — *Ementário de Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos*, 35/15.

SEÇÃO II

Das Invenções, dos Modelos e dos Desenhos Privilegiáveis

Art. 6º — São privilegiáveis a invenção, o modelo de utilidade, o modelo e o desenho industrial considerados novos e suscetíveis de utilização industrial.

§ 1º — Uma invenção é considerada nova quando não compreendida pelo estado da técnica.

§ 2º — O estado da técnica é constituído por tudo que foi tornado acessível ao público, seja por uma descrição escrita ou oral, seja por uso ou qualquer outro meio, inclusive conteúdo de patentes no Brasil e no estrangeiro, antes do depósito do pedido de patente, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 17.

§ 3º — Uma invenção é considerada suscetível de aplicação industrial quando possa ser fabricada ou utilizada industrialmente.

ANOTAÇÃO:

25. A lei brasileira seguiu o exemplo da esmagadora maioria das legislações estrangeiras e não definiu a invenção.

26. Entretanto, eis alguns conceitos legais de invenção:

— *Japão* (Lei nº 121, de 13 de abril de 1959, alterada ultimamente pela Lei nº 30, de 1978, art. 2º): "Invenção, para os fins desta Lei, significa a

criação altamente avançada de idéias técnicas pela qual uma lei da natureza é utilizada”.

– *República da Coréia* (Lei nº 950, de 31 de dezembro de 1961, alterada ultimamente pela Lei nº 2.658, de 31 de dezembro de 1973, art. 5º): “Entende-se por invenção, para os fins da presente Lei, uma idéia técnica criativa e altamente desenvolvida utilizando uma lei natural”.

– *República Popular Democrática da Coréia* (lei de 27 de dezembro de 1978, art. 3º): “Entende-se por invenção toda solução técnica nova, contendo elementos essencialmente novos e tendo efeitos econômicos positivos, de um problema específico em qualquer domínio da ciência, da tecnologia ou das atividades sociais ou culturais”.

– *Tailândia* (Lei nº 2.522 – 12 de setembro de 1979 –, art. 3º, § 2º): “Invenção significa toda a inovação ou invenção que cria um novo produto ou um novo processo, assim como todo aperfeiçoamento de um produto ou de um processo conhecidos”.

– *União Soviética* (Decreto do Conselho de Ministros nº 584, de 21 de agosto de 1973, alterado pelo Decreto nº 1.078, de 28 de dezembro de 1978, art. 21): “É reconhecida como invenção toda solução técnica nova de um problema em qualquer domínio da economia nacional, da atividade social e cultural, ou da defesa, que se distingue por elementos essenciais novos e traz um resultado útil”.

Por seu turno, a Lei – Tipo da Organização Mundial da Propriedade intelectual – OMPI para os países em desenvolvimento sobre invenções (publicação OMPI nº 840 (s), Genebra, 1979) diz no art. 112, § 1º, que “Para os efeitos da presente Lei, se entenderá por invenção a idéia de um inventor que permita na prática a solução de um determinado problema na esfera da técnica”.

27. A invenção consiste basicamente numa solução para um problema técnico, isto é, fogem do seu âmbito as descobertas científicas e as criações artísticas. Além disso, essa solução deve ser nova. Deve ainda resultar de uma atividade criativa e não do mero raciocínio lógico. Por fim, deve ser prática, isto é, suscetível de ser aplicada no exercício das atividades econômicas.

A invenção, portanto, é uma solução nova, criativa e prática para um problema técnico.

28. O requisito da criatividade está implícito na alínea *e* do art. 9º (v. nota 52).

29. O princípio de novidade adotado pelo Código é o da novidade absoluta, quanto ao tempo, quanto ao espaço e quanto aos meios de comprovação do estado da técnica.

30. “(...) estado da técnica, simplesmente referido, significa conhecimento acessível ao público.

O conhecimento deve dizer respeito a uma solução para um problema técnico e deve ser de tal forma que isso – a solução, o conhecimento – possa ser aplicado na prática. Uma solução que seja meramente especulativa, isto é,

que, na idéia de uma pessoa que pensa nela, é apenas imaginada, não é um conhecimento que possa ser tomado em consideração porque não é uma solução passível de ser testada. Por outras palavras, uma solução que seja meramente teórica — em razão, de, por exemplo, os meios de a pôr em prática não poderem existir ou de não terem sido ainda encontrados — não faz parte do estado da técnica. (...) Um dos requisitos que um pedido de patente deve preencher é o de descrever a invenção com tal clareza, com tal detalhe e tão completamente que, com base nessa descrição, a invenção possa ser posta em prática por uma pessoa com normal experiência no assunto. Um requisito semelhante existe para qualquer divulgação de um conhecimento ou de uma solução técnica, de modo que esse conhecimento faça parte do estado da técnica. Também essa divulgação deve ser tão clara, tão detalhada e tão completa que uma pessoa com normal experiência no assunto possa colocar em prática a solução técnica divulgada” (*Legal Training Course on Patents*, publicação OMPI nº 626, Genebra, 1981, BLTC 6 & 7, pág. 6).

31. Quando o § 2º se refere ao “conteúdo de patentes”, não se entenda isso com o sentido restritivo de patentes expedidas; o significado da expressão abrange também pedidos de patente cujo conteúdo se tenha tornado acessível ao público, mediante publicação, quer no Brasil, quer no estrangeiro.

32. Os arts. 7º e 17 não constituem, na verdade, exceções ao conceito de estado da técnica. O que esses dispositivos fazem é recuar a data do depósito para os fins de caracterização da novidade e da atividade inventiva — a essa data dá-se o nome de *data relevante do depósito*. E tanto um dispositivo como o outro fazem depender a sua eficácia de um depósito formalizado, inicial — um, o de garantia de prioridade, no Brasil, e o outro, de pedido de patente em país estrangeiro membro da Convenção da União de Paris ou da Convenção Interamericana de Buenos Aires, de 1910 —, e ambos condicionam essa eficácia a um posterior depósito.

33. Há duas hipóteses de divulgação que, segundo algumas leis estrangeiras, não afetam a patenteabilidade: a primeira é a divulgação pelo próprio requerente antes do depósito; a segunda é a divulgação abusiva por terceiro.

Ao período dentro do qual o inventor pode divulgar a invenção, antes do depósito, sem afetar a patenteabilidade, dá-se o nome de *prazo de imunidade* (expressão adotada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual) ou *prazo de favor* (expressão adotada pela Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial — AIPPI, a qual, na reunião do seu Comitê Executivo, realizada em Moscou, de 19 a 24 de abril de 1982, sugeriu até a instituição do prazo de favor pela Convenção da União de Paris ou por um tratado internacional específico).

MATHELY, presidente da AIPPI, apresenta três argumentos favoráveis à adoção do prazo de imunidade: em primeiro lugar, é freqüente o inventor, por ignorância ou por erro, divulgar toda ou parte de sua invenção; em segundo lugar, como a invenção, para ser patenteada, deve estar concluída, é muitas vezes necessário proceder a ensaios, para os quais é preciso invocar a ajuda de terceiros; por fim, o inventor, antes de iniciar o processo de pedido de patente, pode ter necessidade de obter a confirmação do valor e da eficácia da sua

invenção. MATHELY cita também os principais argumentos dos adversários do prazo de imunidade: 1) necessidade da preservação da integridade do conceito da novidade absoluta (mas, afirma o autor, todos os princípios admitem exceções, desde que justificáveis); 2) exposição do inventor à espoliação, mediante nova divulgação da invenção, desta vez por terceiros, para impedir a patenteabilidade, ou mediante a apropriação da invenção e respectivo depósito por terceiros (diz MATHELY que, no caso, o inventor poderia demonstrar que a segunda divulgação decorreria da primeira, feita por ele, e que, além disso, é impossível obter-se uma patente em fraude aos direitos do inventor); 3) criação de insegurança para terceiros que, tendo conhecimento do objeto divulgado, poderiam ser levados a crer na sua disponibilidade (mas esse risco seria evitado se a duração do prazo de favor fosse reduzida). (“Octroi d’un délai de grâce pour la divulgation de l’invention par l’inventeur avant le dépôt d’une demande de brevet”, *La Propriété Industrielle* (revista da OMPI, out./82, págs. 316 e ss.).

Dos três argumentos favoráveis à instituição do prazo de imunidade, só o último merece mais atenção. Com efeito, o primeiro não procede, pois não se compadece o direito nem com a ignorância da lei nem com o descuido na inobservância de seus preceitos. Já o segundo argumento diz respeito ao perigo da divulgação abusiva por terceiros — por um lado, o âmbito da discussão é diferente do da divulgação pelo próprio inventor; por outro, o art. 7º ajuda a minorar esse risco. Quanto ao terceiro argumento, ele é efetivamente sério. Mas a lei brasileira já prevê essa situação no *caput* do art. 7º (quando o autor pretenda fazer *demonstração*), só que a proteção fica condicionada ao cumprimento de uma formalidade *a priori* — o pedido de garantia de prioridade — enquanto que o prazo de imunidade, tal como sugerido pela Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial, ficaria com sua eficácia dependente de prova de que a divulgação anterior fora feita pelo próprio inventor.

O sistema de garantia de prioridade, tal como adotado pela lei brasileira, é suficiente para os fins propostos. Por um lado, esse sistema evita questões delicadíssimas de prova — e, nesse aspecto, o segundo argumento contrário ao prazo de imunidade é inteiramente procedente — e, por outro, considerando que, numa perspectiva pragmática, o sistema de patentes é um mal necessário (o monopólio em troca da divulgação do invento), se o inventor já divulgou o seu invento, não se justifica mais a proteção, cuja finalidade já teria, afinal, sido preenchida.

Ressalte-se ainda que a Convenção Interamericana de Buenos Aires, de 1910, da qual o Brasil é signatário, ressalva expressamente a possibilidade de os países aderentes negarem “o reconhecimento de patentes (...) se as invenções ou descobrimentos tiverem tido publicidade por parte do requerente em qualquer país antes da data da invenção” (art. VII, alínea a).

A segunda hipótese de divulgação que, segundo algumas legislações, não afeta a patenteabilidade, é a da divulgação abusiva por terceiro — o caso mais comum é o da divulgação do segredo por empregado. Segundo o direito brasileiro, não havendo previsão expressa no Código, essa divulgação, ainda que abusiva, destrói a novidade e, conseqüentemente, a patenteabilidade, cabendo ao titular do direito de requerer a patente ação cível por perdas e

danos e mesmo, no exemplo apontado, a despedida por justa causa. Nalguns casos poder-se-á ainda propor ação criminal por concorrência desleal.

34. O conceito de novidade é puramente objetivo e tem como ponto de referência a data do depósito do pedido. Tudo o que tiver sido divulgado antes dessa data prejudica a novidade da invenção e obsta ao seu patenteamento. Em sentido contrário, se não houver anterioridade, e se preenchidos os demais requisitos, a patente será concedida.

Pode, entretanto, ocorrer que um inventor dê entrada com seu requerimento no Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, pouco depois de outro depositar pedido de patente para tecnologia total ou parcialmente idêntica. Ora, se este pedido não tiver entrado ainda em fase de publicação, aquele é ainda novo, por não integrar o estado da técnica, tal como definido pelo § 2º

Mas, evidentemente, o INPI não poderá conceder duas patentes para a mesma invenção — proíbe-o o *caput* do art. 5º, pois, de outro modo, os titulares não se poderiam excluir um ao outro do uso da tecnologia patenteada.

Haverá então que se procurar um critério para definição de quem merecerá a patente. Ao procedimento administrativo instaurado para essa escolha dá-se o nome de *procedimento de interferência*, o qual, é óbvio, só poderá existir nos países onde o pedido de patente obedece a um período de sigilo. As opções para a escolha têm sido duas: a da *regra do primeiro inventor* (first-to-invent rule) e a da *regra do primeiro a depositar* (first-to-file rule). Esta segunda regra apresenta, por sua vez, duas alternativas: uma é a do sistema chamado “whole contents” (conteúdo integral) e a outra é a do “prior claim” (reivindicação prévia). De acordo com o primeiro sistema, deve aferir-se se o primeiro depósito descreve — quer reivindique ou não — a tecnologia contida e reivindicada no segundo. Em caso afirmativo, o pedido posterior estará prejudicado. De acordo com o segundo sistema, o pedido posterior só estará prejudicado se a tecnologia nele contida estiver reivindicada pelo primeiro pedido.

A regra do primeiro inventor, adotada pelo Código dos Estados Unidos da América (art. 135), traz o sério inconveniente da necessidade de se apurar quem inventou primeiro.

A regra do primeiro depositante é, por exemplo, adotada pela lei japonesa (art. 39).

A lei brasileira não dá uma solução expressa para a interferência. Diz GAMA CERQUEIRA que, no caso, prevaleceria o primeiro depósito: “Nossa lei é omissa sobre este ponto, mas a omissão não invalida a regra que decorre de nosso sistema legal. Prevalece o princípio: *qui prior est in tempore potior est in jure*” (*Tratado*, vol. II, tomo I, parte II, pág. 17). Mas a dúvida permanece quanto ao critério de constatação da interferência, isto é, quanto a se saber se basta a mera descrição da invenção pelo primeiro pedido para que o segundo fique prejudicado ou se é necessário que aquele a reivindique. De forma indireta, a solução para a dúvida pode ser extraída do art. 15, o qual dispõe sobre a *unidade da invenção*. Diz esse dispositivo que qualquer particularidade do invento, desde que destacável do conjunto, poderá ser requerida em separado se não tiver sido antes descrita pormenorizadamente. Aplica-se o art. 15 se o

inventor, tendo realizado um invento complexo, o desdobra em várias particularidades e requer patente para cada uma delas. Ora, se antes ele tivesse depositado, por hipótese, um pedido de patente descrevendo pormenorizadamente todo o invento, inclusive essas particularidades, *ainda que as não reivindicasse*, os pedidos posteriores estariam prejudicados. Apesar de a finalidade ser outra e de se referir a um único requerente, trata-se inegavelmente de um procedimento de interferência. Ora, na falta de solução expressa da lei, o critério para a interferência de pedidos de inventores diferentes deverá ser o mesmo.

Assim; vigora entre nós a *first-to-file rule* (regra do primeiro depositante). E o sistema adotado, sem decorrência da aplicação do art. 15, é o do conteúdo integral (whole contents) — sistema, aliás, recomendado pela Lei-Tipo (art. 114, § 2º, b).

35. “Poderia pensar-se que, quando se compara uma invenção reivindicada com o estado da técnica, com a finalidade de se apurar se essa invenção é nova, é possível comparar a invenção não só separadamente com cada uma e todas as soluções técnicas divulgadas antes da data relevante do depósito, *mas também, quando houver várias soluções técnicas que se assemelham à invenção reivindicada, com uma solução técnica imaginária que possa surgir na mente do examinador, resultante da combinação das referidas soluções.*”

No entanto, de acordo com as legislações e com a prática das Repartições de Patentes, isso não ocorre.

Assim, a invenção reivindicada deve ser comparada separadamente com cada solução técnica, integrante do estado da técnica, que se assemelhe à invenção. Por outras palavras, não é permitida a combinação das soluções individuais do (também chamados de elementos do) estado da técnica” (*Legal Training Course on Patents*, cit., BLTC/6 & 7, págs. 11-12).

36. Quanto ao conceito de utilização industrial (§ 3º), ver nota 4. Também aqui o termo *industrial* deve ser entendido na sua mais larga acepção. Além disso, nem sempre *aplicação industrial* se refere a fabricação em série, pois abrange não só o artesanato como também a fabricação de bens de capital não seriados.

DOCTRINA:

— CHAVES, Antônio, “Patente de invenção — Um problema... de palavras cruzadas”, *Revista dos Tribunais*, 443/85.

JURISPRUDÊNCIA:

I — Patente de invenção. Ocorrência dos requisitos ou pressupostos legais para o seu deferimento, a caracterizarem o ato vinculado ou regrado, obrigatório para a Administração Pública. Recurso ordinário provido.

STF — RMS 17.059-DF — Rel. Min. Barros Monteiro — Unânime — 1ª T., em 11-11-68 — RTJ 49/648.

II — Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Patente de Invenção — Pedido de patente relativo a “Aperfeiçoamento em Frascos” que se considera privilegiável por produzir efeito técnico imprevisível, que o diferencia do produto da patente francesa, considerado idéia-mãe do invento. — Interpretação do art. 8º do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei nº 1.005, de 1969). Embargos rejeitados.

TFR — Emb. na Ap. 34.808 — Rel. Min. Otto Rocha — Por maioria — TP, em 19-10-78 — RF 267/179.

III — Propriedade Industrial. Patente de invenção. Sua nulidade por ausência do requisito da novidade. (...)

1 — Evidenciado que a invenção patenteada fora divulgada amplamente, quer em obras de caráter científico e técnico, quer em comunicações de empresas industriais interessadas no produto, prejudicado ficou o requisito da novidade, nos termos do art. 7º, § 1º, alínea "b", *in fine*, do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-Lei nº 7.903, de 1945 (...).

TFR — AC 59.078-RJ — Rel. Min. Carlos Madeira — Unânime — 4º T., em 28-5-80 — DJU de 1º-7-80, pág. 5006.

IV — Administrativo — Propriedade Industrial — Novidade da Invenção. Os melhoramentos ou aperfeiçoamentos de invenções patenteadas ou caídas no domínio público constituem invenções privilegiáveis se tornarem mais fácil o fabrico do produto ou lhe aumentarem a utilidade industrial. *In casu*, das modificações introduzidas resultou vantagem industrial, conforme afirmado pelo perito da Ré e implicitamente admitida pelo perito da A. Negou-se provimento ao recurso.

TFR — AC 36.673-SP — Rel. Min. Sebastião Reis — Unânime — 5ª T., EJTFR 31/18.

V — Propriedade Industrial. Ação de Nulidade de Patentes de Invenção. — Concludentes as provas, documental e pericial, de que os objetos patenteados caíram no domínio público, porque foram comercializados pela Ré, que os fabricava e vendia, antes dos pedidos de privilégio, não podem subsistir as respectivas patentes (arts. 6º, §§ 1º e 2º, 55, alínea a, 56 e 57, do CPI). Sentença confirmada. Apelação improvida.

TFR — AC 77.849-RS — Rel. Min. Américo Luz — Unânime — 6ª T., em 30-8-82 — DJU de 21-10-82, pág. 10704.

SEÇÃO III

Da Garantia de Prioridade

Art. 7º — Antes de requerida a patente, a garantia de prioridade poderá ser ressaltada quando o autor pretenda fazer demonstração, comunicação a entidades científicas ou exibição do privilégio em exposições oficiais ou oficialmente reconhecidas.

§ 1º — Apresentado o pedido de garantia de prioridade, acompanhado de relatório descritivo circunstanciado, bem como desenhos, se for o caso será lavrada a respectiva certidão de depósito, que vigorará por um ano para os casos de invenção e por seis meses para os de modelos ou desenhos.

§ 2º — Dentro desses prazos deverá ser apresentado o pedido de privilégio, nas condições e para os efeitos do disposto neste Código, prevalecendo a data do depósito a que se refere o parágrafo anterior.

ANOTAÇÃO:

37. Já se viu que a consequência precípua da garantia de prioridade é a de recuar a data relevante de depósito, para apreciação dos requisitos de patenteabilidade embasados no estado da técnica (v. nota 32).

Admite-se a garantia de prioridade para três hipóteses; 1) demonstração; 2) comunicação a entidades científicas; 3) exibição do privilégio em exposições oficiais ou oficialmente reconhecidas.

Consiste a demonstração do invento na comunicação a terceiros, de forma a provar-se a sua eficácia. Evidentemente, só se justifica a demonstração quando dirigida a eventuais compradores do produto, a eventuais compradores da própria tecnologia ou, ainda, a eventuais financiadores da colocação da invenção em prática (isto é, da inovação propriamente dita). Nestes termos, a demonstração comporta a fabricação de algumas unidades do produto (se a invenção for de produto) ou a obtenção de algumas unidades do produto, fabricado pelo processo inventado, para distribuição — a título de amostra — aos eventuais clientes. Mas a demonstração não comporta certamente a comercialização desses produtos. Haveria aí um desvio da finalidade da garantia.

Em se tratando de comunicação a entidades científicas, torna-se necessário que essas entidades tenham existência legalizada, mediante registro civil (*Código Civil*, arts. 16, I, § 1º, e 18).

Quanto às exposições oficiais ou oficialmente reconhecidas, a nível regional, nacional ou internacional, a prova desse reconhecimento consiste na autorização para a sua realização expedida pelo Ministro da Indústria e do Comércio, nos termos do art. 5º do Decreto nº 63.672, de 21-11-68.

38. O Decreto-Lei nº 7.903/45, alterado pelo Decreto-Lei nº 8.481/45, admitia, no art. 9º, a garantia de prioridade para aquele que, antes de requerer a patente, pretendesse “fazer experiência ou exibições públicas da invenção, sem prejudicar o requisito da novidade”.

A antecipação da data relevante do depósito para que o inventor procedesse a experiências foi mantido pelo Decreto-Lei nº 254/67. Mas já o Decreto-Lei nº 1.005/69 tinha omitido essa hipótese.

Ora, na falta de disposição expressa em contrário, deverá prevalecer o princípio da novidade absoluta contido no art. 6º. Pelo que o inventor não poderá pleitear a antecipação da data do depósito para realização de experiências.

O que acontece então se há abuso no pedido de garantia de prioridade?

Se o inventor requerer a garantia para fazer mera demonstração, mas se comercializar os produtos, ou se divulgar a invenção fora das três hipóteses legalmente admitidas, o futuro pedido de patente fica irremediavelmente prejudicado por perda do requisito da novidade.

Mas poderá ocorrer que se requeira a garantia sem que, ao contrário da hipótese anterior, se proceda à divulgação do invento, mas sem que se cumpra a finalidade prevista. Seria o caso, por exemplo, de o inventor pretender fazer comunicação a uma entidade científica e, por qualquer razão, deixar de fazê-la. Ou até pode acontecer que o inventor, receando que um segundo inventor (uma empresa concorrente, por exemplo) deposite pedido de patente para a mesma invenção, e ainda não a tendo concluído em detalhes, requeira a garantia com falsa alegação de que pretende exibir o invento em exposição.

Neste caso, não haveria perda automática da novidade, uma vez que o relatório descritivo circunstanciado não fica à disposição do público. Mas em caso de conflito com terceiros, o requerente perderia o direito à antecipação da

data do depósito. Assim: na primeira hipótese, se um terceiro demonstrar que 1) não foi feita a comunicação alegada e 2) a invenção foi divulgada por qualquer meio (por terceiros ou pelo próprio inventor), a garantia de prioridade deverá ser desconsiderada e o pedido de patente, indeferido por falta de novidade; na segunda hipótese, se aquele concorrente tiver efetivamente depositado o pedido de patente, depois de o inventor ter requerido a garantia, mas antes de ter requerido o privilégio, o pedido de patente daquele terá preferência sobre o deste, pois a garantia de prioridade deverá igualmente ser desconsiderada.

Temos, então, que: a) se não for cumprida a finalidade dentre as hipóteses admitidas pelo art. 7º e o invento for divulgado por qualquer meio, o requisito da novidade fica prejudicado; b) se não for cumprida a finalidade do pedido de garantia e se não tiver ocorrido a divulgação do invento, a antecipação da data relevante do depósito só será desconsiderada quando houver ofensa a direitos de terceiros.

39. O *caput* do art. 7º, quando se refere a “exposições oficiais ou oficialmente reconhecidas”, inclui a hipótese do art. XI da Convenção da União de Paris, o qual dispõe sobre exposições internacionais oficiais ou oficialmente reconhecidas.

Nesse caso o reconhecimento depende de que o Brasil tenha organizado ou participado ou ainda sido convidado a participar, mediante convite a autoridade pública, da exposição (essa autoridade é, como se viu, o Ministro da Indústria e do Comércio).

Além disso, o art. XI da CUP faz remissão à legislação interna de cada país. Pelo que, ainda que outros países dêem proteção provisória independentemente de qualquer formalidade, o Brasil só aceitará a antecipação da data do depósito quando formalizado o pedido de garantia. Assim, se um invento foi divulgado numa feira italiana, de âmbito internacional — mas da qual nenhuma autoridade brasileira foi convidada a participar, para fins de seleção de empresas brasileiras —, se, em seguida, foi objeto de pedido de patente nesse país e se, por fim, foi depositado o respectivo pedido no Brasil, dentro do prazo de prioridade da União de Paris (v. art. 17), a data relevante de depósito é a data do pedido na Itália. Nesse país, aquela exposição poderá não afetar a novidade, mas no Brasil, afeta.

40. A propósito, é conveniente não confundir a garantia de prioridade do art. 7º com a prioridade unionista do art. 17. As conseqüências são quase idênticas, mas as finalidades são absolutamente distintas. Enquanto que o prazo da garantia de prioridade visa dar tempo ao inventor para divulgar econômica, técnica e cientificamente a sua invenção, de modo a estimular o mercado para a aceitação do seu invento, a prioridade da União de Paris tem por objetivo dar tempo ao requerente de privilégio de a) estudar as vantagens de depositar o pedido em outros países da União e b) cumprir as formalidades exigidas pela legislação interna dos países que ele tiver escolhido (traduções, procurações, certidões de prioridade etc.).

41. Disse atrás que as conseqüências da garantia de prioridade e da prioridade unionista são quase idênticas. Mas não são absolutamente idênticas, pois há algumas diferenças: a data do depósito do pedido de garantia de prioridade

prevalece sobre a do depósito do pedido de patente para fins de contagem do prazo de vigência da patente e do pagamento de anuidades, o que não acontece com a prioridade unionista. Além disso, dada a sua diversa finalidade, as ressalvas ao requisito da novidade, no caso da prioridade unionista, são irrestritas (art. 17, § 1º). Mas a contagem do prazo para publicação é comum para ambos os casos (*caput* do art. 18).

42. No *caput*, onde se lê “exibição do privilégio”, leia-se “exibição da invenção”. Privilégio é o favor legal decorrente da patente. Ora, privilégio não se exhibe, exerce-se. O que se exhibe é a idéia criativa incorporada a suportes materiais; o produto ou o processo.

Art. 8º – Findos os prazos estabelecidos no § 1º do art. 7º, sem ter sido requerido o privilégio, extinguir-se-á automaticamente a garantia de prioridade, considerando-se do domínio público a invenção, modelos ou desenhos.

ANOTAÇÃO:

43. Esta forma de extinção da garantia é, como consta expressamente do dispositivo, automática, pelo que não há como confundir-la com as formas de extinção examinadas na nota nº 38. Aí, o desvio de finalidade ou mesmo o descumprimento da finalidade deverão ser apontados por terceiros mediante instauração do contraditório, seja administrativamente ou por via judicial.

A garantia de prioridade preserva o sigilo do relatório descritivo protocolado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Mas, uma vez extintos os prazos do § 1º do art. 7º, sem que o inventor tenha requerido a patente, o invento passa a ser considerado de domínio público. Então, nada obsta a que qualquer interessado peça cópia do relatório ao INPI.

CAPITULO II

Das Invenções Não Privilégiáveis

Art. 9º – Não são privilegiáveis:

- a) *as invenções de finalidade contrária às leis, à moral, à saúde, à segurança pública, aos cultos religiosos e aos sentimentos dignos de respeito e veneração;*
- b) *as substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, ressalvando-se, porém, a privilegiabilidade dos respectivos processos de obtenção ou modificação;*
- c) *as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;*
- d) *as misturas e ligas metálicas em geral, ressalvando-se, porém, as que, não compreendidas na alínea anterior, apresentarem*

qualidades intrínsecas específicas precisamente caracterizadas pela sua composição qualitativa, definida quantitativamente, ou por tratamento especial a que tenham sido submetidas;

- e) as justaposições de processos, meios ou órgãos conhecidos, a simples mudança de forma, proporções, dimensões ou de materiais, salvo se daí resultar, no conjunto, um efeito técnico novo ou diferente, não compreendido nas proibições deste artigo;*
- f) os usos ou empregos relacionados com descobertas, inclusive de variedades ou espécies de microorganismos, para fim determinado;*
- g) as técnicas operatórias ou cirúrgicas ou de terapêutica, não incluídos os dispositivos, aparelhos ou máquinas;*
- h) os sistemas e programações, os planos ou os esquemas de escrituração comercial, de cálculos, de financiamento, de crédito, de sorteios, de especulação ou de propaganda;*
- i) as concepções puramente teóricas*
- j) as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e seus respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico.*

ANOTAÇÃO:

44. Dispõe o art 5º da Lei nº 4.137/62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, que “entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”.

Ora, a patente é o meio por excelência para criação de condições monopolísticas. Com efeito, ao seu titular confere a lei o uso exclusivo da invenção, comportando esse uso a fabricação (em se tratando de patente de produto) ou o uso (em se tratando de patente de processo), a importação, a venda e a exposição à venda (D.L. nº 7.903/45, art. 169). Uso exclusivo significa, evidentemente, a proibição de outros praticarem aqueles atos definidos em lei.

Portanto, a patente gera a possibilidade de controle *absoluto* de “produção, distribuição ou venda de determinado bem ou serviço” e o seu titular “passa a exercer influência preponderante (até mais do que preponderante, mas total, irrestrita) sobre os respectivos preços”.

Por outro lado, a Lei nº 4.137/62 não proíbe a atuação de empresa em condições monopolísticas. Essa atuação não consiste, por si só, num ilícito. A ser de outra forma, não haveria sistema de patentes. O que se proíbe é que a em-

presa que opera nessas condições de controle do mercado *interrompa* ou *reduza* em grande escala sua produção, sem justa causa comprovada, para provocar a alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam (parágrafo único do art. 5º da Lei nº 4.137/62). E compreende-se o conceito restritivo do abuso de monopólio; em princípio, pode a empresa fixar os preços que quiser para os seus produtos — os únicos condicionamentos a que se deve submeter, em termos de boa administração, são a composição de custos, o poder aquisitivo do consumidor, o valor que este dá ao produto, em decorrência das necessidades que o bem se destina a satisfazer, e o preço de produtos concorrentes no mercado (geralmente, em se tratando de monopólio, esta última condicionante não existe, mas em se tratando de patentes, a situação é um pouco diversa, como se verá). Mas, se a empresa pode fixar os preços que lhe convêm, não pode, entretanto, uma vez habituado o consumidor aos seus produtos (ou uma vez criadas artificialmente as necessidades mediante recurso à propaganda), e uma vez instalada a infra-estrutura industrial e comercial de apoio, usar de artifícios para elevar os preços ou para afetar as empresas fornecedoras ou distribuidoras, visando à verticalização.

A patente não gera, por si só, o monopólio, entendido este conceito no seu sentido estrito. E isto porque a patente só dá o direito exclusivo de uso da tecnologia nela contida e, sobretudo, nela reivindicada. Assim, a patente não concede ao seu titular o direito de excluir os concorrentes de participação num determinado mercado com produtos diferentes ou com produtos iguais, mas fabricados por processos diferentes, dependendo se a patente é de produto ou de processo, respectivamente. Aliás, seria esta até uma outra função indireta do sistema de patentes: o de forçar os concorrentes do titular a desenvolver tecnologias alternativas para poderem sobreviver no mesmo mercado.

Mas, se a patente não gera o monopólio, ela não deixa de ser, como disse atrás, o meio por excelência para criação de condições monopolísticas. Com efeito, em se tratando de mercados que exijam grande sofisticação tecnológica, constantes desenvolvimentos técnicos (dada a rápida senescência da tecnologia) e vultosas inversões, não só para a pesquisa como também para a industrialização das invenções (aí incluídos custos com a fabricação, distribuição, propaganda etc.), as empresas nacionais dos países subdesenvolvidos não têm condições de competir com as multinacionais, mormente se estas chegam a esses mercados resguardadas por patentes.

Visando ao reforço das empresas nacionais e, portanto, de modo indireto, procurando dar-lhes condições de desenvolvimento de pesquisas próprias, as legislações dos países subdesenvolvidos têm restringido a patenteabilidade das invenções naqueles setores onde inexistente tecnologia nacional competitiva. Em tese, não havendo possibilidade de se conceder patentes, as empresas nacionais poderão utilizar as invenções realizadas pelas empresas estrangeiras, quer simplesmente copiando os produtos e os processos, quer adaptando-os às necessidades do mercado local.

45. “Por outro lado, a concepção inglesa do monopólio legal de direito privado apresenta os privilégios industriais como exceções ao princípio da livre iniciativa empresarial. Sucede que a liberdade de concorrência pressupõe a multiplicidade de agentes, em situação de igualdade no mercado. A partir do momento em que

se instaura um mecanismo de acumulação do poder econômico em favor de um ou alguns agentes, apenas, a livre iniciativa se torna mera ficção e a livre concorrência um mito justificador do *status quo*. Ora, em se tratando de um bem de capital, cuja posse é decisiva para o sucesso empresarial e o desenvolvimento econômico, como é a tecnologia, sua repartição forçosamente desigual entre os agentes econômicos é o fator que mais rapidamente conduz à situação de abuso de posição dominante nos mercados. A sanção legal à exclusividade de exploração empresarial, por parte dos detentores dos conhecimentos técnicos, não constitui, assim, mera exceção ao princípio da livre concorrência, mas a confirmação jurídica de uma desigualdade de fato já existente” (COMPARATO, conferência cit.).

46. É nessa perspectiva que devem ser colocadas as restrições à patenteabilidade contidas nas alíneas *b*, *c* e *f*. Considerou o legislador que nesses setores tecnológicos o atraso das empresas nacionais era maior, pelo que se tornava de todo inconveniente dar às empresas estrangeiras condições monopolísticas, de direito (porque de fato elas já as têm), decorrentes da patente. Repita-se: a operação no mercado em condições monopolísticas não constitui, em si mesma, um ilícito; mas, no caso, trata-se de preservar a possibilidade de empresas nacionais participarem do mercado e, sobretudo, de minorar a situação de dependência tecnológica.

Portanto, o art. 9º, naquelas três alíneas, não reprime um abuso do poder econômico — antecipa-se a ele, evitando a formação de condições que permitiriam esse abuso.

47. Evidentemente, as observações acima não invalidam o sistema de patentes. Dessa forma, nos setores onde a tecnologia nacional é competitiva com a estrangeira, não há restrições à patenteabilidade.

48. Aliás, seguindo esse raciocínio, seria o caso de o legislador ter estendido as restrições ao *hardware* (equipamentos de computação) neste campo o que ocorreu foi apenas, por iniciativa do Poder Executivo, a criação de reserva de mercado parcial —, às máquinas agrícolas e às variedades vegetais e animais (quanto às variedades, ver nota 54).

49. Sobram, no entanto, algumas observações que me parecem pertinentes: *a*) apesar das restrições à patenteabilidade, não se constata um aumento da participação das empresas nacionais naqueles setores onde as restrições vigoram; *b*) fator de criação de condições monopolísticas tão eficaz quanto a patente é o segredo industrial — por isso o México admite a expedição de certificados de invenção, os quais, da mesma forma que a patente, levam à divulgação da tecnologia, mas não admitem absoluta exclusividade, isto é, se um terceiro se interessar pela exploração da invenção, o titular do certificado só poderá exigir dele o pagamento de *royalties* (que não poderão atingir valores extorsivos, sob pena de arbitramento por entidade governamental), mas não negar a licença; *c*) a patente pode ter seus efeitos de criação de condições monopolísticas limitados por medidas específicas — como, por exemplo, o tabelamento de preços.

50. Alínea *b* — Em certos casos admitir-se-á a proteção indireta dos produtos químicos, se o processo patenteado for o único possível para se chegar a esses produtos.

51. Alínea c — “A questão se põe basicamente na discussão do problema das matérias-primas para a indústria farmacêutica. Como os processos químico-farmacêuticos não são patenteados em alguns países, e alguns deles simplesmente até há pouco tempo não tinham um sistema de patentes, havia preços de matéria-prima para a indústria farmacêutica diferenciados, dependendo da origem. Aí é que o problema foi suscitado. A mesma matéria-prima importada de um país que concedia privilégios para a indústria farmacêutica custava 10 ou 20 vezes mais caro que a matéria-prima originada de países onde não havia o privilégio. Como não se produziam no País, a não ser em escala pequena e para um número pequeno, matérias-primas para a indústria farmacêutica, era muito mais interessante importá-las, porque custavam menos e tinham as mesmas características dos países que não reconheciam a patente. E essa solução foi adotada. Permitiu o acesso dos laboratórios nacionais às matérias-primas, a um preço menor (Anais, pág. 216).

VICENTE RÁO e JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Propriedade industrial — patentes para produtos farmacêuticos e alimentícios e para os respectivos processos de fabricação — proibição contida no art. 7º, d e c, do Decreto-Lei nº 254, de 1967, e inconstitucionalidade em face do art. 150, § 24, da Constituição do Brasil” — RT 511/47), e PONTES DE MIRANDA (“Propriedade industrial — leis que infringem regras jurídicas da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, art. 153, §§ 3º e 24 e eficácia do depósito de invenção industrial” — RT 511/50) deram pareceres sustentando a inconstitucionalidade das restrições legais à patenteabilidade, por não estarem previstas no § 24 do art. 153. E, segundo eles, onde o constituinte não restringiu, não poderia fazê-lo o legislador ordinário. A questão foi apreciada pelo Poder Judiciário e as restrições foram declaradas como não ferindo o preceito constitucional (v. Jurisprudência).

52. Alínea e — A lei não prevê expressamente o requisito a que em língua inglesa se dá o nome de *inventive step* (passo, grau, avanço inventivo). Mas este conceito está implícito no próprio termo *invenção*.

O Ato Normativo nº 17, de 11-5-76, do INPI, acertadamente diz que invenção é o “resultado de atividade inventiva” (item 1.1), e que a atividade inventiva é “o exercício da capacidade de criação” (subitem 1.1.1).

O mesmo Ato Normativo diz que a invenção é algo que “para um técnico especializado no assunto, não seja uma decorrência do estado da técnica” (item 1.1, b).

Portanto, entre o estado da técnica e a invenção deve existir um hiato que não possa ser preenchido pelo mero raciocínio lógico. É o princípio da não-obviedade ou da não-evidência. A invenção deverá ser de tal sorte que mesmo um técnico com normal experiência no assunto não chegue a ela por um simples exercício de lógica. E por quê? Porque, como seu suporte, a invenção deve ter nascido de uma inspiração criadora, comum aos inventores e aos artistas. É a presença dessa centelha de inspiração que tira a obviedade de uma solução nova e a transformação em invenção. Criar, afinal, é fazer alguma coisa a partir do nada.

Outro ponto é importante: não basta a mera atividade inventiva. É preciso que ela implique um avanço sobre as soluções conhecidas. Deve a invenção

conter elementos essenciais que lhe dêem relevância e a transformem num passo à frente (daí a expressão inglesa *inventive step*).

Ora, em existindo a atividade criativa, a solução técnica alcançada pelo inventor deverá ser *imprevista* para um técnico com normal experiência no assunto. Aliás, o Código de 1945 falava precisamente em efeito técnico *imprevisto*. Mas o atual, ao referir-se ao efeito técnico *novo ou diferente*, quer dizer a mesma coisa (note-se que “novo” e “diferente” são, para esta finalidade, termos sinônimos). Isto porque, em princípio, a justaposição ou combinação de meios conhecidos levará sempre ao mesmo resultado. Mas se um inventor justapõe esses meios de forma diferente, criativa, poderá chegar a um resultado diverso do até então obtido — esse resultado, então, em face do que se conhecia do estado da técnica torna-se novo, imprevisto.

A este respeito, dispõe o art. 33(3) do PCT (Patent Cooperation Treaty, promulgado pelo Decreto nº 81.742, de 31 de maio de 1978): “Para fins do exame preliminar internacional, a invenção cuja proteção é solicitada é considerada como implicando uma atividade inventiva, desde que, levando-se em conta o estado da técnica tal como é definido no Regulamento de execução, ela não seja evidente, na data pertinente estabelecida, para um profissional do ramo.” E determina a Regra 65, § 1º, do Regulamento de execução daquele tratado: “Para os fins do art. 33.3, o exame preliminar internacional deverá levar em consideração a relação existente entre uma determinada reivindicação e o estado da técnica em seu conjunto.”

Portanto, também o requisito do avanço inventivo, a exemplo do da novidade, deve ser aferido em comparação com o estado da técnica, definido pelo § 2º do art. 6º Mas o método de aferição é distinto. Enquanto que a novidade é aferida comparando-se a invenção com cada solução técnica conhecida, individualmente (v. nova 35), afere-se a atividade inventiva tomando-se em consideração o estado da técnica *em seu conjunto*. Assim, deverá o examinador apreciar as várias soluções técnicas já conhecidas à data relevante do depósito e examinar se a invenção reivindicada decorre como uma obviedade da combinação ou justaposição dessas soluções.

53. Alínea *f* — As descobertas científicas não são invenções, por faltar-lhes a atividade criativa. Quando se descobre, não se cria: revela-se o que já existe. A descoberta limita-se a interpretar e explicar fenômenos naturais; a invenção consiste numa solução *artificial* para um problema técnico.

As descobertas não são patenteáveis, mas a sua ampla divulgação é fundamental para o progresso universal da ciência. Por isso, em Genebra, a 3 de março de 1978, foi celebrado o Tratado de Genebra relativo ao Registro Internacional das Descobertas Científicas com duas finalidades: instituir um sistema de associação pública dos nomes dos autores às descobertas científicas por eles realizadas; e promover a informação sobre as novas descobertas, pela instituição de um sistema que facilite o acesso às respectivas descrições. Até dezembro de 1981 o tratado havia sido assinado por apenas cinco países (Bulgária, Hungria, Marrocos, Tchecoslováquia e União Soviética) e ratificado por apenas um (Marrocos). O tratado ainda não entrou em vigor (para isso, é necessário que dez países o ratifiquem ou a ele adiram — art. 17).

54. Também as variedades ou espécies de microorganismos (essas sim, invenções, na medida em que não forem resultado de meras descobertas mas de combinações artificiais, através de processos de engenharia genética), não patenteáveis no Brasil, são objeto de tratado internacional, em vigor desde 19 de outubro de 1980: é o Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microorganismos visando o Procedimento em Matéria de Patentes. Até dezembro de 1981, 12 países haviam aderido a esse tratado.

55. Há quem pense que a alínea *f* proíbe também o patenteamento das variedades vegetais. Mas o termo *variedades* refere-se a microorganismos, não a qualquer outro tipo de invenção. Portanto, em princípio, não há restrições às patentes de variedades vegetais ou animais. No entanto, essas restrições existem na prática, porque o procedimento para o respectivo exame, em decorrência da própria natureza da invenção, deve ser específico e diferenciado — o que o Código não prevê.

Em despacho publicado na *Revista da Propriedade Industrial* nº 632, de 30-11-82, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, indeferiu o pedido de patente de invenção intitulado “Processo para a multiplicação rápida de cravo, livre de vírus, derivado de cultura *meristema* e os veículos aplicados”. O fundamento da decisão foi o de o invento “não estar incluído em proteção dada pelo Código da Propriedade Industrial” (pág. 110).

É óbvio que o Código não inclui as hipóteses de invenção patenteáveis — ele limita-se a fixar as restrições à patenteabilidade. Qualquer decisão noutro sentido fere a garantia constitucional. Mas o INPI, parece-me, atendeu à inexistência de fixação desse procedimento especial a que me referi. O que, na prática, conduz a uma restrição que o legislador fixou não expressamente, mas implicitamente.

Também as variedades vegetais são objeto de tratado, instituindo inclusive uma união — trata-se da UPOV (Union pour la Protection des Obtentions Végétales — União para a Proteção das Variedades Vegetais), constituída por 15 países, até dezembro de 1981.

56. Alínea *h* — Esta alínea nega a patenteabilidade do *software* (programas de computador). Mas parece-me que não repugnaria ao ordenamento jurídico brasileiro considerar o *software* como objeto de direitos autorais e, como tal, reservar a sua proteção à Lei nº 5.988, de 14-12-73. Aliás, o art. 6º dessa lei, ao definir obras intelectuais, diz que elas são “criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas”. E tendo em conta que o elenco do art. 6º não encerra *numerus clausus*, mas é meramente exemplificativa, é admissível a inclusão do *software*, dada a sua especial natureza, na conceituação de obra intelectual. Mas o tema é demasiadamente complexo para que um trabalho como este o comporte.

Interessante notar, entretanto, que, através do Ato Normativo nº 22, de 2-12-82, a Secretaria Especial de Informática (SEI) instituiu um registro dos programas de computador, de origem interna e externa, postos à disposição do público no mercado interno. É certo que o certificado desse registro, por não estar previsto em lei, não gera direitos de exclusividade. Mas foi instituído pela SEI como pré-condição para a averbação de contratos de serviços técnicos

especializados, pelo INPI, envolvendo transferência de tecnologia em matéria de programas de computador — averbação essa que depende de pronunciamento favorável da SEI (Atos Normativos INPI 53/81 e SEI 13/81).

Deu-se, assim, um primeiro passo para a criação de um registro nacional de programas de computador.

57. Alínea *j* — A alínea proíbe o patenteamento para o resultado da transformação do núcleo atômico. E só isso. Não proíbe a expedição de patentes para invenções que utilizem a energia nuclear. Nestes termos, a Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974, dá competência à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) para opinar sobre a concessão de patentes e licenças relacionadas com a utilização da energia nuclear.

DOCTRINA:

— BITTAR, Carlos Alberto, "Enquadramento jurídico do 'hardware' e do 'software' no plano dos Direitos intelectuais", *Revista de Informação Legislativa* nº 73, ano 10, jan.-mar./1982, págs. 307-328.

— DOMINGUES, Douglas Gabriel, "As patentes de vegetais e o Direito Industrial Brasileiro", *Revista Forense*, 261/157.

JURISPRUDÊNCIA:

I — "(...) Os limites impostos ao direito dos inventores pela lei ordinária não contravêm a regra do art. 153, § 24, da Constituição."

TFR — AMS 82.888-RJ — Rel. Min. Antônio Torreão Braz — Unânime — 2º T., em 6-12-78 — RTFR 64/160.

II — Propriedade Industrial. A fixação de limites à garantia do privilégio de invenção, atendendo ao interesse público e à tradição do nosso direito, está implicitamente autorizada na Constituição, à qual se ajusta, portanto, o art. 9º, letra c, da Lei nº 5.772/71, que entre as invenções não privilegiáveis colocou os processos de obtenção ou modificação de produtos químico-farmacêuticos e medicamentos. (...)

TFR — AMS 82.505-RJ — Rel. Min. Armando Rolemberg — Unânime — 3º T. — EJFR 7/25.

CAPITULO III

Do Modelo de Utilidade e do Modelo e do Desenho Industrial

SEÇÃO I

Dos Modelos e dos Desenhos Privilegiáveis

Art. 10 — *Para os efeitos deste Código, considera-se modelo de utilidade toda a disposição ou forma nova obtida ou introduzida em objetos conhecidos, desde que se prestem a um trabalho ou uso prático.*

§ 1º — *A expressão objeto compreende ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios.*

§ 2º — *A proteção é concedida somente à forma ou à disposição nova que traga melhor utilização à função a que o objeto ou parte de máquina se destina.*

ANOTAÇÃO:

58. O modelo de utilidade não deixa de ser uma espécie de invenção, com algumas características próprias: *a)* incide sobre um objeto (em se tratando de processo, trata-se sempre de invenção); *b)* esse objeto deve ser conhecido (se o objeto for novo, trata-se igualmente de invenção); *c)* o objeto deve destinar-se a um trabalho ou uso prático; *d)* a proteção limita-se à forma ou disposição nova.

O que, na essência, distingue o modelo de utilidade da invenção é o menor avanço inventivo que se exige daquele.

Há quem sustente que o modelo visa reduzir o fator trabalho, sendo essa sua característica básica. Mas isso nem sempre é verdade. Por um lado, há também invenções que visam esse mesmo fim. Por outro, nem sempre "a melhor utilização" implica aquela redução.

59. Poucos são os países que adotam o modelo de utilidade. E a razão para isso é a do seu escasso conteúdo tecnológico, a desmerecer a proteção em troca da divulgação.

No entanto, para os países subdesenvolvidos, essa proteção não deixa de ser interessante. É que os pequenos aperfeiçoamentos em objetos conhecidos são os mais comuns nesses países. Portanto, num estágio inferior de desenvolvimento tecnológico, é útil a sua divulgação. Além disso, poucas patentes de modelo de utilidade têm origem estrangeira. Dado o seu reduzido conteúdo técnico, elas raramente se prestam à transferência de tecnologia, não interessando, por conseguinte, aos residentes nos países ricos da Convenção da União de Paris obtê-las nos países pobres.

60. "A principal finalidade da proteção ao modelo de utilidade é tornar acessível, além das patentes, um sistema de proteção para invenções que não preencham necessariamente todas as exigências para que sejam patenteáveis; essas invenções são protegidas mais facilmente num âmbito mais restrito. (...)

As estatísticas disponíveis da Propriedade Industrial mostram que o número de pedidos para registro de modelos de utilidade às vezes iguala o número de pedidos de patentes de invenção e que em todos os países que dão proteção a modelos de utilidade a grande maioria de pedidos para esses últimos é requerida pelos nacionais ou residentes. Isto aplica-se, inclusive, a países que têm uma porcentagem de pedidos de patentes de invenção mais alta solicitada por estrangeiros. Por exemplo, na Espanha, cerca de 80% de todos os pedidos de patentes de invenção e 10% apenas de pedidos de registros de modelos de utilidade, são requeridos por estrangeiros" (*O Papel do Sistema de Patentes na Transferência de Tecnologia aos Países em Desenvolvimento*, tradução, adaptação e organização por JOÃO AUGUSTO LUSTOSA, ed. Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1979, págs. 31-2).

Art. 11 – Para os efeitos deste Código, considera-se:

- 1) modelo industrial toda forma plástica que possa servir de tipo de fabricação de um produto industrial e ainda se caracterize por nova configuração ornamental;*

- 2) *desenho industrial toda disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou comercial, possa ser aplicado à ornamentação de um produto, por qualquer meio manual, mecânico ou químico, singelo ou combinado.*

ANOTAÇÃO:

61. O modelo industrial distingue-se do modelo de utilidade por não destinar-se a dar melhor uso ao objeto, mas apenas lhe servir de configuração estética.

62. Um objeto novo pode ser a um tempo objeto de pedido de patente de invenção e de modelo industrial, desde que naquele não se descreve este (art. 15). É que, entre ambos, não há incompatibilidade, por absoluta distinção de objeto (art. 13, alínea c). Enquanto que, no primeiro, se reivindicará o produto em si mesmo, no segundo, reivindicar-se uma mera configuração.

Mas o modelo de utilidade e o modelo industrial são incompatíveis entre si, pois ambos se referem à configuração (ainda que com finalidades diferentes). Por isso, para a mesma forma não poderão ser concedidas patente de modelo de utilidade e patente de modelo industrial. Uma excluírá a outra.

63. Enquanto que o modelo industrial se apresenta em três dimensões (forma de objeto, com volume, portanto), o desenho industrial revela-se em duas dimensões.

64. A distinção entre modelo e desenho não é comum nas legislações estrangeiras. Afinal, sua finalidade é a mesma: proteger formas estéticas destinadas a atrair o consumidor. Genericamente, ambos os institutos são chamados de “design”.

Art. 12 – Para os efeitos deste Código, considera-se ainda modelo ou desenho industrial aquele que, mesmo composto de elementos conhecidos, realize combinações originais, dando aos respectivos objetos aspecto geral com características próprias.

SEÇÃO II

Dos Modelos e dos Desenhos Não Privilegiáveis

Art. 13 – Não são privilegiáveis:

- a) o que não for privilegiável, como invenção, nos termos do disposto no art. 9º;*
- b) as obras de escultura, arquitetura, pintura, gravura, esmalte, bordados, fotografias e quaisquer outros modelos ou desenhos de caráter puramente artístico;*
- c) o que constituir objeto de privilégios de invenção ou de registros previstos na alínea b do art. 2º*

ANOTAÇÃO:

65. Alínea a – “Não é privilegiável como modelo ou desenho industrial o que não for privilegiável como invenção diante do que dispõe o art. 9º Cremos ser

desnecessária esta menção à vista das flagrantes diferenças existentes entre os privilégios de invenção e os modelos industriais, notadamente se levarmos em consideração que os desenhos e modelos industriais jamais poderiam ser incluídos na generalidade daqueles casos. Sim, porque não se almejaria o privilégio de modelo ou desenho industrial para substâncias, matérias, misturas, produtos e outros. Quanto à justaposição de processos, meios ou órgãos conhecidos, o mesmo se poderia dizer, mas, em relação à simples mudança de forma, não, porque é este o característico essencial do modelo industrial, também cognominado o *modelo de forma*. Melhor seria portanto que o legislador se detivesse em assinalar o que realmente não pode ser suscetível de modelo e desenho industrial, tal como a reprodução ou imitação das características de novidade e de originalidade de desenhos ou modelos anteriormente patenteados ou que já se encontrarem no domínio público, e bem assim os modelos ou desenhos notoriamente vulgares, como preconizava o Decreto-Lei nº 7.903/45 (TINOCO SOARES, José Carlos, *Código da Propriedade Industrial – Comentários à Lei nº 5.772, de 21-12-71, e ao Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945*, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1974, págs. 31-2).

66. Alínea *b* – Na verdade, é, por vezes, extremamente difícil distinguir um objeto de direitos de propriedade industrial de um objeto de direitos autorais. Quando é que, por exemplo, um “conjunto novo de linhas ou cores” (art. 12) deixa de ser uma obra de desenho, pintura ou gravura, para os fins da Lei nº 5.988/73, e passa a ser um desenho industrial? Uma pintura abstrata pode perfeitamente servir de padrão de cores em caixas de bombons, por hipótese. Mas a distinção não está na natureza da obra, e sim no objetivo a que o autor se propõe. Não é, aliás, a mera reprodutibilidade que distingue o desenho industrial da pintura. Se assim fosse, a “Gioconda”, de Leonardo da Vinci, de tantas vezes que foi reproduzida, seria hoje um desenho industrial. O elemento básico da distinção está, isso sim, no fato de os modelos e desenhos terem função configurativa de bens de consumo, duráveis ou não, e de suas embalagens. Assim, a patente de modelo ou desenho tem como conteúdo acessórios do produto, enquanto que o direito autoral incide sobre o próprio produto da criação artística.

67. Alínea *c* – Já se disse que um produto novo pode ser objeto, simultaneamente, de pedido de patente de invenção e de pedido de patente de modelo industrial (v. nota 62). A alínea *c* não proíbe isso, desde que os objetos reivindicados sejam distintos: o pedido de patente de invenção reivindicará o produto em si mesmo, intimamente ligado com suas funções técnicas, enquanto que o pedido de patente de modelo reivindicará a configuração ornamental desse mesmo produto, abstraída das suas funções.

O que a alínea *c* proíbe é a reivindicação do mesmo objeto – o que, na realidade, é impossível, pois não se pode confundir solução técnica (a invenção) com solução decorativa (o modelo industrial).

Em se tratando de marca ou sinal de propaganda, a vedação é mais coerente. É que o art. 64 considera registráveis como marca emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais. Também o art. 73, *caput*, permite o registro como sinal de propaganda de desenhos e gravuras.

Não há como confundir modelos industriais com sinais distintivos, uma vez que aqueles se apresentam em três dimensões, e estes em duas, quando figurativos.

A distinção entre desenhos e marcas está na sua finalidade — enquanto que os primeiros visam atrair o consumidor pelo ornamento, pela atração visual, os segundos destinam-se a distinguir os produtos uns dos outros.

Mas é possível registrar como marca um determinado desenho cuja patente já se tenha extinguido, na hipótese de o desenho ter sido de tal modo divulgado que, na mente do público consumidor, ele surja sempre associado ao produto; dessa forma, o desenho tornar-se-ia em sinal distintivo, afastando a proibição do art. 65, inciso 18. O inverso é que seria impossível, por ofender o requisito de novidade. E requerer a patente e o registro concomitantemente seria igualmente impossível, por vedação legal.

A maior dificuldade reside em distinguir o desenho industrial do sinal de propaganda, uma vez que também este pode destinar-se a atrair a atenção dos consumidores ou usuários (art. 73, *caput*). A diferença (muito tênue, aliás) é que aquele propõe-se a atingir esse objetivo de forma estritamente estética, através da forma de apresentação do produto, enquanto que este é independente do produto. O desenho é acessório do produto; o sinal é independente em relação ao mesmo produto.

CAPITULO IV

Do Pedido de Privilégio

Art. 14 — Além do requerimento, o pedido, que só poderá se referir a um único privilégio, conterá ainda:

- a) relatório descritivo;*
- b) reivindicações;*
- c) desenhos, se for o caso;*
- d) resumo;*
- e) prova do cumprimento de exigências contidas em legislação específica;*
- f) outros documentos necessários à instrução do pedido.*

§ 1º — O requerimento, o relatório descritivo, as reivindicações, o desenho e o resumo deverão satisfazer as condições estabelecidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

§ 2º — As reivindicações, sempre fundamentadas no relatório descritivo, caracterizarão as particularidades do invento, estabelecendo e delimitando os direitos do inventor.

ANOTAÇÃO:

68. O *caput* do art. 14 refere-se a um dos dois aspectos que compõem o princípio da *unidade de invenção*, segundo o qual “o pedido de privilégio só pode comportar uma única invenção, mesmo que constituída de uma pluralidade de

invenções, de tal forma ligadas entre si que constituam um só conceito inventivo, quer este se relacione com o produto, o processo ou o aparelho” (Ato Normativo nº 17, subitem 1.1.5). Este é, como dizia, apenas o primeiro aspecto do princípio da unidade de invenção. Em seus dois aspectos, o princípio pode assim ser enunciado: uma só patente não pode incluir mais do que uma invenção e uma só invenção não pode ser objeto de mais de uma patente (com a exceção do disposto no art. 15).

O descumprimento da primeira regra não leva ao indeferimento do pedido, mas à formulação de exigência para dividir o pedido (Convenção da União de Paris, art. IV, alínea f, c/c arts. 3º, 4º e 19, § 3º, do Código).

69. No *caput*, onde se lê “privilégio”, leia-se “invenção”. Houve erro de técnica de redação.

70. Cada uma das partes em que o pedido de patente se compõe tem sua finalidade própria.

A descrição deve consistir numa exposição da invenção suficientemente clara e completa para que um profissional do ramo, com razoável experiência, possa executá-la. É este aspecto é muito importante, uma vez que o inventor, sabendo que deverá dirigir-se a um profissional do ramo, poderá ser conciso e objetivo, sobretudo no que toca à descrição do estado da técnica.

Note-se, a este propósito, que um curioso acórdão do Tribunal de grande instância de Paris decidiu que “Uma descrição pode ser considerada insuficiente se ela divulga demais em vez de de menos, confundindo pelo excesso de detalhes uma pessoa com experiência no assunto, de tal modo que ela deverá agir como um inventor para atingir o resultado desejado” (*International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1974, vol. 5, nº 3, pág. 314).

Os desenhos visam complementar, quando necessário, o relatório descritivo, tornando-o mais claro.

As reivindicações, como diz o § 2º, devem retirar da descrição os pontos característicos da invenção — aquilo que é efetivamente novo e criativo — para definição dos direitos do inventor. Esses direitos incidem apenas sobre esses pontos, donde decorre a extrema importância das reivindicações. Portanto, se demasiadamente abrangentes, poderão recair parcialmente no estado da técnica, ou por falta de novidade ou por falta de caráter inventivo. Mas se excessivamente restritas, não darão suficiente garantia ao inventor contra seus concorrentes.

Por fim, o resumo é tão-somente um acessório do pedido, visando funções de informação técnica.

Nos termos do § 2º, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial estabeleceu as condições para o relatório descritivo, as reivindicações, o desenho e o resumo nos Atos Normativos nºs 19 (invenção), 20 (modelos de utilidade) e 21 (modelos e desenhos industriais), todos de 11 de maio de 1976.

Art. 15 — Qualquer particularidade do invento, para ter assegurada proteção isoladamente, deverá ser requerida em separado, desde que possa ser destacada do conjunto e não tenha sido, antes, descrita pormenorizadamente.

ANOTAÇÃO:

71. O caso mais comum de aplicação deste artigo é o do pedido de patente que se refira, concomitantemente, a equipamento e processo para sua utilização. Na verdade, esse pedido não deixa de ter *unidade de invenção*, mas, uma vez que tanto o processo como o equipamento podem ser destacados um do outro, eles poderão ser objeto de pedidos separados (desde que um não descreva o outro detalhadamente, sob pena de se incidir no procedimento de interferência — ver nota 34).

CAPÍTULO V

Do Depósito do Pedido de Privilégio

Art. 16 — Apresentado o pedido, será procedido o exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolado.

Parágrafo único — Da certidão de depósito, quando requerido, constarão hora, dia, mês, ano e número de ordem da apresentação do pedido, título e natureza do privilégio, indicação de prioridade quando reivindicada, nome e endereço completos do interessado e do seu Procurador, se houver.

ANOTAÇÃO:

72. Seria recomendável que o dispositivo, em vez de admitir uma negativa do prottocolo ao pedido que não estiver devidamente instruído, estipulasse um prazo para o atendimento das exigências formais que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial houvesse feito.

CAPÍTULO VI

Do Depósito Feito no Estrangeiro

Art. 17 — O pedido de privilégio, depositado regularmente em país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional, terá assegurado direito de prioridade para ser apresentado no Brasil, no prazo estipulado no respectivo Acordo.

§ 1º — Durante esse prazo, a prioridade não será invalidada por pedido idêntico, sua publicação, uso, exploração ou concessão da patente.

§ 2º — A reivindicação de prioridade deverá ser comprovada mediante documento hábil do país de origem, sempre acompanhado de tradução, na íntegra, contendo o número, a data, o título, o relatório descritivo e as reivindicações relativas ao depósito ou à patente.

§ 3º — A apresentação desse comprovante, quando não tiver sido feita juntamente com a do depósito, deverá ocorrer até cento e oitenta dias, contados da data do mesmo depósito, sob pena de perda da prioridade reivindicada.

§ 4º — No caso de antecipação do exame na forma do art. 18, o depositante será notificado para apresentar o citado comprovante dentro de noventa dias, observado o prazo limite a que se refere o § 3º deste artigo.

ANOTAÇÃO:

73. A prioridade internacional tem por finalidade recuar a data relevante do depósito para apuração do estado da técnica. Note-se que a enumeração do § 1º é apenas exemplificativa; qualquer outro ato que implique em divulgação do invento, nos termos do art. 6º, § 2º, não afetará a novidade do pedido depositado no Brasil com reivindicação de prioridade.

74. São dois os acordos internacionais a que o Brasil aderiu, assegurando o direito de prioridade:

— um é a Convenção da União de Paris (que fixa os prazos de prioridade em doze meses para os privilégios de invenção e os modelos de utilidade e em seis meses para os desenhos e modelos industriais);

— o outro é a Convenção de Buenos Aires, de 1910 (que fixa os prazos de prioridade em doze meses para as patentes de invenção e em quatro meses para os desenhos ou modelos industriais).

75. O Código vinculou a apresentação da certidão de prioridade à publicação do pedido no Brasil. Daí o prazo de 180 dias referido no § 3º e a sua redução para noventa dias, no caso de pedido de publicação antecipada (e não de “antecipação de exame”, como expressa o § 4º).

76. O descumprimento da formalidade da apresentação da certidão nos prazos fixados não pode levar ao indeferimento automático do pedido. A sua consequência é apenas a da perda da prioridade. Pelo que, se tiver havido divulgação anterior ao depósito do pedido no Brasil, o invento será absorvido pelo estado da técnica, uma vez que a data relevante do depósito será a do protocolo do requerimento da patente no Brasil. Mas se a invenção tiver sido mantida em sigilo, no estrangeiro e no Brasil, ela permanecerá nova, para fins de apuração da patenteabilidade.

77. Além da prioridade comum, há ainda a considerar a prioridade *múltipla* e a prioridade *parcial*.

Tome-se uma invenção relativa a um equipamento e ao processo para sua utilização e que é objeto de dois pedidos de patente distintos. Imagine-se que o pedido de patente para o equipamento foi depositado nos Estados Unidos em 6 de outubro de 1981 e o pedido de patente para o processo, em 2 de fevereiro de 1982. Nada impede que o inventor requeira um só pedido de patente no Brasil (v. nota 71) para os dois objetos. Mas, nesse caso, o inventor deverá requerer prioridade *múltipla*, sob pena de ver indeferidas — em caso de divulgação antes do depósito no Brasil — as reivindicações relativas ao objeto do pedido cuja prioridade não tenha sido requerida.

Suponha-se agora que aquele inventor não requereu a patente de processo nos Estados Unidos, mas tão-somente a patente para o equipamento e que, no Brasil, juntou o equipamento e o processo para sua utilização num só pedido. A prioridade, neste caso, será *parcial*, pois só incidirá sobre a parte do pedido relativa ao equipamento.

CAPÍTULO VII

Da Publicação e do Exame do Pedido de Privilégio

Art. 18 – O pedido de privilégio será mantido em sigilo até a sua publicação, a ser feita depois de dezoito meses, contados da data da prioridade mais antiga, podendo ser antecipada a requerimento do depositante.

§ 1º – O pedido do exame deverá ser formalizado pelo depositante ou qualquer interessado, até vinte e quatro meses contados da publicação a que se refere este artigo, ou da vigência desta Lei, nos casos em andamento.

§ 2º – O pedido de privilégio será considerado definitivamente retirado se não for requerido o exame no prazo previsto.

§ 3º – O relatório descritivo, as reivindicações, os desenhos e o resumo não poderão ser modificados, exceto:

- a) para modificar erros de impressão ou datilográficos;*
- b) se imprescindível, para esclarecer, precisar ou restringir o pedido e somente até a data do pedido de exame;*
- c) no caso do art. 19, § 3º*

ANOTAÇÃO:

78. O Código adotou, neste artigo, dois sistemas que se complementam, visando facilitar o trabalho do INPI: um é o da publicação do pedido, cujo objetivo é o de proporcionar aos terceiros interessados a possibilidade de se manifestarem contra um eventual deferimento, mediante a apresentação de subsídios técnicos (*caput* do art. 19); outro é o do *exame diferido*, cuja finalidade é a de poupar a tarefa do exame se o requerente se tiver desinteressado da obtenção dos direitos de propriedade industrial e não tiver requerido a apreciação do seu invento pelo INPI.

79. A publicação do pedido é feita pela Revista da Propriedade Industrial mediante referência ao número do pedido e à data do depósito; à classificação internacional, adotada pelo Brasil em obediência ao Acordo de Estrasburgo, de 1971; ao título do invento; ao nome do depositante; e ao nome do inventor.

Infelizmente, isto é pouco. Deveria a publicação ser acompanhada de uma breve descrição do invento (por exemplo, o resumo). Mas, por razões de custos, o INPI deixou de fazê-lo, após um período experimental de alguns meses.

Art. 19 – Publicado o pedido de exame, correrá o prazo de noventa dias para apresentação de eventuais oposições, dando-se ciência ao depositante.

§ 1º – O exame, que não ficará condicionado a eventuais manifestações sobre oposições oferecidas, verificará se o pedido de pri-

vilégio está de acordo com as prescrições legais, se está tecnicamente bem definido, se não há anterioridades e se é suscetível de utilização industrial.

§ 2º — *O pedido será indeferido se for considerado imprivilegiável, por contrariar as disposições dos arts. 9º e 13.*

§ 3º — *Por ocasião do exame, serão formuladas as exigências julgadas necessárias, inclusive no que se refere à apresentação de novo relatório descritivo, reivindicações, desenhos e resumo, desde que dentro dos limites do que foi inicialmente requerido.*

§ 4º — *No cumprimento das exigências deverão ser observados os limites do que foi inicialmente requerido.*

§ 5º — *A exigência não cumprida ou não contestada no prazo de noventa dias acarretará o arquivamento do pedido, encerrando-se a instância administrativa.*

§ 6º — *O pedido será arquivado se for considerada improcedente a contestação oferecida à exigência.*

§ 7º — *Salvo o disposto no § 5º deste artigo, do despacho que conceder, denegar ou arquivar o pedido de privilégio caberá recurso, no prazo de sessenta dias.*

ANOTAÇÃO:

80. O objetivo da oposição é subsidiar o exame pelo INPI. Portanto, o oponente pode alegar qualquer matéria que obste ao patenteamento. E, evidentemente, sempre que as alegações pressuponham matéria fática (como, por exemplo, a falta de novidade), elas deverão ser acompanhadas de documentação probante.

81. O § 1º não proíbe a réplica à oposição. Pelo contrário, ela está implicitamente admitida no *caput*. A não ser assim, não faria sentido dar-se ciência da oposição ao depositante. O que o parágrafo visa é evitar a procrastinação do procedimento administrativo: o exame só será iniciado após extinto o prazo de noventa dias para a formulação de oposições, mas não aguardará necessariamente que o depositante se manifeste sobre a eventual interferência de terceiros. A propósito, cf. *Anais*, págs. 396-7.

82. “Saliente-se ainda que uma invenção pode ter uma, duas ou dezenas de reivindicações. Se houver anterioridade apenas para uma ou algumas é lógico que somente para estas seria justificado o indeferimento e não para as demais. Eis por que os sistemas norte-americano e europeu se nos apresentam como mais eficazes que o atualmente adotado pelo nosso País. Aqueles convidam o interessado a se manifestar sobre as anterioridades apontadas e, se estas não incidem na totalidade das reivindicações, determinam a retirada somente das conflitantes concedendo-se o privilégio para o restante. No nosso caso o indeferimento é total” (TINOCO SOARES, José Carlos, *Comentários*, pág. 58).

A crítica era procedente. Mas o INPI já mudou os seus critérios. Veja-se, a título de exemplo, o parecer técnico contendo exigência ao pedido de patente de modelo de utilidade nº MU 5801704, de 30-11-78, intitulado "Dispositivo para amostragem de metal em fusão":

"Trata o presente pedido de um dispositivo destinado à obtenção de amostra de um metal em fusão (estado pastoso).

O dispositivo se faz constituir de um tubo de vidro¹, guarnecido de massa refratária³, provida de canais de suspiro paralelos ao molde do vidro e uma ulterior capa de papelão², que mostra, na sua parte superior, uma cápsula fusível⁴.

Procedemos a uma busca nos nossos arquivos, tendo sido selecionada a anterioridade FR 2246207, publicada em 25-4-75, a qual se faz constituir de uma forma¹ de vidro prolongada, formando uma cabeça com estreitamento², continuando em forma cilíndrica de diâmetro correspondente⁶ àquela da dita cabeça, e se estreitando na extremidade, formando um tubo de admissão. O copo de vidro é guarnecido por matéria refratária, encimada ainda por papelão¹¹.

Confrontando o modelo da anterioridade com aquele, objeto do pedido em análise, constatamos que apresentam detalhes construtivos similares, salvo uma disposição de cápsula de segurança presente no modelo do pedido.

Esta cápsula confere ao pedido uma melhor utilização, pois evita que a cabeça¹ se funda ao entrar em contato com o metal fundido (escória).

Ressaltada a melhor utilização do pedido em relação à anterioridade, sugerimos ao requerente o cumprimento das exigências formuladas, a fim de que se torne o mesmo patenteável:

— Juntar as reivindicações 1, 2 e 3 em uma única reivindicação, sem lançar mão de frases explicativas concernentes à construção; incluindo referências numéricas constantes nos desenhos; as características conhecidas (contidas na anterioridade) deverão ser mencionadas antes da expressão "caracterizado por" e, logo após, deverão constar os detalhes introduzidos, ou seja, a cápsula de segurança⁴.

83. Mas, em se tratando de reivindicações dependentes (aquelas que visam proteger detalhes específicos contidos em uma reivindicação independente), a anterioridade da reivindicação independente afeta-as também.

84. Quanto ao disposto no § 2º, há uma observação importante a fazer: quando uma determinada invenção incidir diretamente sobre tecnologia patenteável e, entretanto, puder vir a ser aplicada para obtenção de produtos não patenteáveis, o INPI ainda assim defere o pedido de patente, mas com ressalva do dispositivo que restringe a patenteabilidade. Dessa forma, a alínea *b* do art. 9º admite que se expeçam patentes para processos de obtenção de produtos químicos. Mas, se esses produtos puderem ter aplicação como produtos farmacêuticos, e uma vez que os respectivos processos de obtenção não são patenteáveis (art. 9º, alínea *c*), faz-se ressalva à utilização do invento para fabri-

cação dos produtos farmacêuticos. Nestes termos, a exclusividade decorrente da patente restringe-se ao objeto admitido pelo Código. Se um terceiro usar o processo para fabricar os mesmos produtos, dando-lhes finalidades *unicamente terapêuticas*, a rigor, não haverá contrafação.

Art. 20 — Quando se tratar de pedido com reivindicação de prioridade, deverão ser apresentados, sempre que solicitados, as objeções, as buscas de anterioridades ou o resultado dos exames para a concessão de pedido correspondente em outros países.

ANOTAÇÃO:

85. Há quem aponte este dispositivo como ofensivo ao princípio da independência das patentes, adotado pelo art. IV, *bis*, da Convenção da União de Paris, e pelo art. IV da Convenção de Buenos Aires.

Mas, na realidade, não há ofensa a esse princípio. É que o art. 20 contém regra que apenas visa subsidiar o exame pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Com efeito, uma vez que o art. 6º impõe a novidade absoluta, quanto ao tempo, quanto ao espaço e quanto aos meios de comprovação do estado da técnica, qualquer exame pelo INPI será sempre limitado pela pouca disponibilidade de recursos. Assim, poderá o INPI valer-se de elementos constantes de oposições, buscas e exames efetuados por ou perante administrações estrangeiras.

Por outro lado, se um pedido de patente foi indeferido em país estrangeiro por estar em desacordo com dispositivo que não vigora no Brasil, evidentemente esse pedido não poderá ser aqui indeferido. Se, por hipótese, um pedido de patente relativo a um trator, originário da Tailândia, for depositado no Brasil, não é pelo fato de ele vir a ser indeferido no país de origem (a lei tailandesa proíbe o patenteamento de máquinas destinadas particularmente à agricultura — art. 9º, item 2) que ele será indeferido no Brasil, pois essa restrição não existe no Código.

Mas mesmo nesse caso não seria o princípio da independência o invocável, e sim o da igualdade de tratamento de estrangeiros e nacionais. Só se invoca o princípio da independência em face de patentes já expedidas em países diferentes para a mesma invenção — e não em face de meros pedidos. Aliás, nesse aspecto, o texto de Buenos Aires está melhor redigido que o da Haia, pois refere-se à independência dos “direitos resultantes das patentes” — direitos esses que o titular exerce *erga omnes*, incluída a própria Administração Pública (em caso de nulidade, caducidade e extinção por decurso de prazo).

CAPÍTULO VIII

Da Expedição da Patente

Art. 21 — A carta patente será expedida depois de decorrido o prazo para o recurso ou, se interposto este, após a sua decisão.

§ 1º — Findo o prazo a que se refere este artigo, e não sendo comprovado, em sessenta dias, o pagamento da retribuição devida, o processo será arquivado, encerrando-se a instância administrativa.

§ 2º — Da patente deverão constar o número respectivo, nome, nacionalidade, profissão e domicílio do inventor, do seu sucessor ou cessionário, se houver, o título e natureza do privilégio e o prazo de sua duração, bem como, quando for o caso, a prioridade estrangeira, se comprovada, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo quanto à novidade e à utilidade, contendo ainda as reivindicações e os desenhos.

ANOTAÇÃO:

86. A redação deste artigo é bastante confusa e tem dado lugar a muitas dúvidas. Mas ele deve ser interpretado em combinação com os arts. 104 e 105.

Com efeito, nos termos do *caput*, a carta patente será expedida: (1ª hipótese) depois de decorrido o prazo para recurso; ou (2ª hipótese), se interposto este, após a sua decisão.

Examine-se a primeira hipótese: deferido o pedido de patente, corre o prazo de sessenta dias para interposição de recurso por terceiros (art. 19, § 7º); uma vez vencido este prazo — e se não interposto aquele recurso —, o requerente teria outros sessenta dias para recolher — e comprovar, mediante petição — a retribuição (art. 21, § 1º).

Mas pode acontecer que um terceiro interponha o recurso contra o deferimento no sexagésimo dia. Ora, a prevalecer o texto legal, em seu rigor, o requerente — obviamente desconhecendo ainda a existência desse recurso — poderia pagar a retribuição no sexagésimo primeiro dia (contado do deferimento). E estaria pagando mal.

Deve-se então combinar o texto do § 1º com o dos arts. 104 e 105.

Assim, o INPI tem procedido da seguinte forma:

- publica o deferimento;
- uma vez ultrapassado o prazo para recurso, sem que tenha sido interposto, notifica o requerente para pagamento da retribuição;
- uma vez comprovado o recolhimento tempestivo e regular, o INPI expede a carta patente e notifica o requerente (agora titular) de que ela se encontra à sua disposição.

Quando tenha sido interposto o recurso (segunda hipótese), na verdade não se faria necessária a notificação ao titular para pagamento da retribuição — bastaria a publicação da decisão do recurso. Mas, ainda assim, o INPI tem procedido a essa notificação, em obediência à letra do art. 105.

87. O art. 21 gera também dúvidas quanto à aplicação dos arts. 56 e 58, § 1º. Pelas mesmas razões, o prazo para a anulação e o cancelamento de patentes deve ter sua contagem iniciada a partir daquela notificação do INPI ao titular (e aos terceiros), dando ciência de que a patente já foi expedida e se encontra à sua disposição no setor próprio da autarquia.

88. O § 1º é excessivamente rigoroso com a mera inobservância de um prazo, depois de o requerente já ter manifestado o seu interesse na obtenção dos direitos através do pedido de exame, do eventual atendimento de exigências e do pagamento de anuidades. A exemplo do que ocorre com estas, seria preferível a adoção de um prazo suplementar de restauração.

JURISPRUDÊNCIA:

I — “O direito de propriedade industrial só se aperfeiçoa com a decisão concessiva da patente, que é constitutiva, representando o depósito do pedido mera expectativa. (...)”

TFR — AMS 82.888-RJ — Rel. Min. Antônio Torreão Braz — Unânime — 2ª T., em 6-12-78 — RTFR 64/160.

II — “Ação ordinária. Indenização pelo uso indevido de patente. — O direito do inventor goza de proteção constitucional, mas para que esse direito se cerque das garantias necessárias à sua prevalência e eficácia, mister se faz que o Estado o reconheça. E só com a expedição da patente é que ele se torna oponível a terceiros. Apelação improvida.”

TFR — AC 69.482-RJ — Rel. Min. Miguel Jeronymo Ferrante — Unânime — 6ª T., em 4-8-82 — DJU, de 28-9-82, pág. 9625.

Art. 22 — Os privilégios concedidos terão ampla divulgação através de publicação no órgão oficial do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Parágrafo único — Para os fins previstos neste artigo, poderá o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, através de convênios com entidades governamentais ou de classe, promover a divulgação por outros meios de comunicação.

ANOTAÇÃO:

89. “(...) 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. (...)”

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);

— ela evita a repetição de esforços de pesquisa;

— ela permite a atualização constante dos técnicos “(CARVALHO, Nuno T. Pires de, “O sistema de patentes — um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento”, *Revista de Informação Legislativa* n. 76, out.-dez./82, págs. 246-7).

90. A Convenção da União de Paris, art. XII, dispõe que “cada um dos países contratantes se compromete a estabelecer um serviço especial da propriedade industrial e um depósito central para comunicar ao público as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais e as marcas de fábrica ou de comércio. Esse serviço publicará um órgão oficial

periódico". O texto de Estocolmo acrescenta que o órgão oficial publicará regularmente "os nomes dos titulares das patentes concedidas, com uma breve descrição das invenções patenteadas". Infelizmente, por razões de custos, o INPI não procede a essa publicação da descrição, limitando-se a indicar o número do pedido, a data do depósito, o número da patente, a prioridade (se reivindicada e comprovada), o nome do titular, o título e o prazo de validade.

91. A nota nº 16 examinou o modo indireto de exercício da função de incentivo à invenção (e o modo direto de incentivo à inovação).

Quanto à função de divulgação técnica, a patente atua de modo direto e imediato. É que, para se requerer a patente, deve descrever-se a invenção de tal forma que um técnico com normal experiência no assunto deva ser capaz de colocá-la em prática. Isto significa que, através dos documentos de patentes, qualquer interessado pode ter acesso à tecnologia mais moderna e — o que é muito importante — pronta a ser industrializada.

Art. 23 — A exploração da invenção por terceiro não autorizado, entre a data do depósito e a da concessão do privilégio, permitirá ao titular obter, após a expedição da respectiva patente, a indenização que for fixada judicialmente.

Parágrafo único — A fixação da indenização considerará, inclusive, a exploração feita no período a que se refere este artigo.

ANOTAÇÃO:

92. A expedição da carta patente tem efeito constitutivo, no que se refere à geração dos direitos decorrentes da patente (o que não abrange os direitos subjetivos públicos de se obter a patente nas condições fixadas em lei ao tempo do depósito — estas são imutáveis e formam direito adquirido, inatacável, portanto, por lei nova). Não assiste, pois, ao titular, o direito de demandar terceiros por contrafação antes de expedida a carta patente.

GAMA CERQUEIRA, criticando o Código de 1945 (o qual mandava contar o prazo de duração do privilégio a partir da data da expedição da patente), afirmou: "(...) até que a patente seja expedida, não disporá de nenhum meio para impedir que terceiros também a explorem, fazendo-lhe ruínoza concorrência. (...) Sabendo-se que os pedidos de patentes de invenção levam vários anos para serem decididos, compreende-se facilmente os graves prejuízos a que o inventor fica exposto, vendo generalizar-se o uso de sua invenção e sofrendo a concorrência muitas vezes poderosa dos contrafatores; e, quando conseguir o privilégio, a invenção já poderá ter perdido todo o interesse e o inventor espoliado em seus direitos não poderá ressarcir os prejuízos sofridos antes da expedição da patente. Quanto aos contrafatores, se assim podemos chamá-los, basta-lhes cessar a exploração do invento, a que impunemente se entregavam, para saírem do caso livres de danos e responsabilidades. (...) A solução adequada encontra-se na *proteção provisória* da invenção a partir da data da publicação dos pontos característicos, tornando-se efetiva a proteção depois de concedida a patente. Por este sistema, a concessão da patente teria o caráter de condição suspensiva, permitindo ao inventor agir contra os contrafatores pelos atos praticados antes da expedição da patente, sendo-lhe lícito

também, no período entre o depósito do pedido ou da sua publicação e a concessão do privilégio, requerer medidas tendentes a verificar as contrafações e praticar todos os atos necessários à defesa e conservação de seus direitos, como vistorias, protestos judiciais, notificações ou outros" (*Tratado*, vol. II, tomo I, parte II, págs. 247-8).

O atual Código atendeu a sugestão de GAMA CERQUEIRA. Mas permanecem algumas dificuldades.

Em primeiro lugar, em se tratando de pedido de patente de processo, a verificação da contrafação só poderá ser feita mediante vistoria. E, se feita antes da ação de contrafação (a qual só pode ser proposta depois de expedida a carta patente), ela toma a figura de *produção antecipada de provas*, arrolada pelo Código de Processo Civil como medida cautelar nominada (art. 846). Portanto, por um lado, pode discutir-se (como os processualistas efetivamente discutem) se o art. 808, I, do CPC, é aplicável à espécie (cessação da eficácia da medida caso a ação principal não seja proposta no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar). Por outro lado, sendo a contrafação uma prática continuada, aquela medida cautelar, ainda que de eficácia independente da propositura imediata da ação principal, apenas poderá provar a contrafação num determinado momento. O que a torna irrelevante para a apuração do *quantum* das perdas e danos, além de exigir a sua repetição no curso da ação principal para que se possa comprovar que a contrafação ainda não cessou, caso o titular esteja também postulando o preceito cominatório.

A outra dificuldade é a que decorre dos termos do *caput*, que se refere ao período entre a data do depósito e a da concessão. A rigor, esse período de proteção deve ser contado da publicação. Com efeito, a reparação de danos tem por pressupostos a ação ou omissão voluntárias, a negligência e a imprudência (Código Civil, art. 159). Como, então, imputar a alguém um comportamento ilícito se a invenção se encontrar ainda em sigilo? Será que o legislador fixou aqui uma forma de responsabilidade objetiva? É certo que não, pois a definição do ilícito civil é da esfera do Código Civil. Portanto, antes da publicação, se o requerente tomar conhecimento de que um concorrente está utilizando aquele invento (provavelmente porque este, com seus próprios meios de pesquisa, o desenvolveu independentemente daquele), deve notificá-lo judicial ou extrajudicialmente, de forma a dar-lhe a conhecer a existência do pedido de patente — e configurar a ilicitude do seu ato. De outra forma, não há como penalizar o pretense contrafator antes da publicação do pedido.

93. A lei austríaca sobre patentes admite a propositura de ação de contrafação uma vez publicado o pedido. Mas a ação fica suspensa até à expedição definitiva da patente (art. 158).

A lei alemã (art. 140) adota medida semelhante.

94. Também a lei suíça (art. 72, § 2º) admite a propositura de ação a partir da publicação, desde que o requerente ofereça justas garantias à outra parte. Além disso, se infundada a ação (no caso de a patente vir a ser indeferida), ele é civilmente responsável pelos danos que causar ao pretense contrafator.

95. A lei japonesa dispõe, no art. 52, § 1º, que "depois da publicação do pedido, o requerente da patente terá o direito exclusivo de explorar comercialmente

a invenção reivindicada no pedido de patente". O § 2º dá-lhe condições de propor a ação de contrafação nos mesmos termos do titular de patente ou do licenciado exclusivo. Mas, se ele tiver proposto a ação de contrafação, e tiver abandonado, desistido ou invalidado o pedido, ou se este vier a ser indeferido, ele será civilmente responsável pelo prejuízo que tiver causado a um terceiro em decorrência do exercício desse direito de ação (§ 4º). Isto porque, naqueles casos, considera-se aquele direito como inexistente (§ 3º).

CAPITULO IX

Da Duração do Privilégio

Art. 24 — O privilégio de invenção vigorará pelo prazo de quinze anos, o de modelo de utilidade e o de modelo ou desenho industrial pelo prazo de dez anos, todos contados a partir da data do depósito, desde que observadas as prescrições legais.

Parágrafo único — Extinto o privilégio, o objeto da patente cairá em domínio público.

ANOTAÇÃO:

96. Na nota nº 17 citei afirmação de COMPARATO no sentido de que a patente é "garantia da amortização dos investimentos empresariais no setor de pesquisa e desenvolvimento".

A diferença dos prazos estabelecidos pelo art. 24 é uma das mais nítidas manifestações dessa função da patente.

A invenção, por exigir maior atividade inventiva e, portanto, maiores investimentos em pesquisa e desenvolvimento, tem um retorno mais demorado — daí a maior duração da respectiva patente. Além disso, pela mesma razão, a obsolescência média das invenções é menor. Com os modelos e os desenhos, porque pressupõem uma atividade inventiva inferior, ocorre o contrário: os investimentos são menores e a obsolescência é muito mais rápida — por isso, as patentes respectivas têm menor duração.

97. Justifica-se que os prazos sejam contados do depósito, em face do disposto no art. 23.

98. O parágrafo único não se aplica somente à extinção dos direitos em razão do decurso de prazo de vigência, mas também às outras formas de extinção (art. 48).

99. "(...) toda a inovação tecnológica tem um prazo de vida útil, mais ou menos longo, dependendo do ramo de atividade industrial ou comercial, pelo que tende a ser ultrapassada por outras inovações, o que torna desinteressante a sua proteção por tempo ilimitado ou, pelo menos, dilatado. Mal comparando, também com o objeto da patente se dá como que um perecimento" (CARVALHO, Nuno T. Pires de, "Aquisição e perda dos direitos de patente", *Rev. Jur. LEMI* nº 159, fev/81, pág. 18).

100. Em face do disposto no art. 117 do Código (O disposto neste Código se aplica a todos os pedidos em andamento, inclusive os de prorrogação e re-

ursos), os prazos do art. 24 têm sido aplicados aos pedidos de patente depositados antes da entrada em vigor da Lei nº 5.772/71.

O argumento tem sido o de que, antes de expedida a patente, o requerente apenas goza de uma mera expectativa de direito, pelo que, em se aplicando os prazos da lei nova, não se está ofendendo qualquer direito adquirido.

Daí surgiu o enunciado da Súmula nº 10, do Tribunal Federal de Recursos, recentemente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (v. Súmula e acórdãos abaixo transcritos).

Mas esse enunciado incorre em vários erros, nomeadamente:

— quando o inventor pesa os prós e os contras do requerimento da patente (a exclusividade *versus* a integral divulgação) ele tem que ter em conta as condições fixadas pela lei em vigor no momento em que deposita; ora, se o inventor divulga a invenção contando com que a patente lhe traga determinadas vantagens, é porque ele entendeu que estas vantagens superavam ou, no mínimo, se equiparavam às desvantagens; por isso, no momento do depósito, cria-se para o requerente um direito subjetivo público de obter a patente (art. 5º), desde que satisfeitos os requisitos legais (e cuja presença — ou ausência — só *a posteriori* vai ser examinada), e nas condições prescritas em lei (nomeadamente, o prazo de duração); qualquer medida posterior restritiva dessas condições vai afetar esse direito público subjetivo — que está constituído e aperfeiçoado desde o depósito — e será, portanto, inconstitucional; expectativa de direito existe quanto à apreciação do preenchimento dos requisitos de patenteabilidade — apreciação essa que fica dependente do exame do INPI — Instituto Nacional da Propriedade Industrial, cuja atividade, apesar de vinculada, é de resultados imprevisíveis, desde que o Código adotou o princípio da novidade absoluta; o que o Tribunal Federal de Recursos fez foi confundir conceitos inconfundíveis: o de direito público subjetivo de se obter a patente nas condições em que a lei assegura concedê-la e o de mera expectativa de se obter uma decisão favorável pelo INPI;

— além disso, o modo de contagem dos prazos introduzido pelo TFR é usualmente adotado para a solução de conflitos intertemporais de leis que dispõem sobre prazos de prescrição — ora, os prazos do art. 24 não são prazos de prescrição, mas sim prazos de duração de um bem; não é, pois, o prazo para o exercício do direito que está em questão, mas sim o prazo de vida do próprio direito ou, melhor, a duração do próprio bem sobre o qual recai o direito;

— no meu trabalho atrás citado, referi-me ainda a outro ponto: é que havendo conflito intertemporal de leis, o TFR deveria ter optado por uma delas e não criar, como criou, um terceiro modo de contagem de prazos.

JURISPRUDÊNCIA:

I — “Considera-se como termo inicial dos prazos do art. 24 da Lei nº 5.772/71, de 21 de dezembro de 1971 (Código da Propriedade Industrial), para os depósitos anteriores a essa lei, a data de sua vigência.”

Súmula nº 10 do TFR — Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AMS 77.774-RJ — Pleno, em 25-10-79.

II — “Propriedade Industrial. Termo inicial dos prazos do art. 24 da Lei nº 5.772, de 21-12-71. Não ofende o princípio constitucional do direito adquirido decisão que manda contar esses prazos, para os depósitos anteriores a essa lei, da data da vigência da referida lei. Falta de prequestionamento da outra questão (Súmulas 282 e 356). Dissídio não demonstrado. Recurso extraordinário não conhecido.”

STF — RE 94.381-1-RJ — Rel. Min. Leitão de Abreu — Unânime — 2º T., em 19-6-81 — DJU, de 7-8-81, pág. 7436. (Com idênticas ementas, RE 94.387-1, *ibidem*, e RE 94.473-7, *idem*, pág. 7437.)

III — “Administrativo. Propriedade Industrial. Concessão de privilégio. Patente de invenção. O prazo do art. 24 do vigente Código da Propriedade Industrial, Lei nº 5.772/71, para os depósitos anteriormente feitos, conta-se a partir da vigência do novo diploma. Entendimento da Súmula nº 10 do Tribunal Federal de Recursos, que se mantém.”

STF — RE 94.421-4-RJ — Rel. Min. Décio Miranda — Unânime — 2º T., em 23-6-81 — DJU, de 7-8-81, págs. 7436-7. (Com idênticas ementas, RE 94.426-5, RE 94.442-7, RE 94.444-3 e RE 94.454-1, todos *ibidem*.)

CAPÍTULO X

Das Anuidades

Art. 25 — O pagamento das anuidades do privilégio deverá ser feito a partir do início do terceiro ano da data do depósito, comprovado cada pagamento dentro dos primeiros cento e oitenta dias do respectivo período anual.

ANOTAÇÃO:

101. Anuidade é o valor que se paga pela manutenção em vigor dos direitos de propriedade industrial. Não se trata de tributo, pois não tem o INPI ação executiva para cobrá-la. E não se trata de preço, pois não é contraprestação de serviços. Afinal, a anuidade é um ônus que recai sobre o titular para que, em pagando-a tempestiva e regularmente, demonstre o seu interesse pela manutenção dos seus direitos.

102. O sistema adotado no Brasil é o das anuidades progressivas. Este sistema tem duas vantagens: consiste num rendimento para o INPI, dando-lhe condições para se equipar de forma satisfatória; e, aplicando-se o art. 50 (caducidade automática pelo não pagamento), diminui o número de patentes em vigor, eliminando aquelas que não oferecem mais interesse para os seus titulares.

103. Apesar de o art. 25 falar em privilégio, o ônus do pagamento das anuidades incide também sobre os pedidos de patente em andamento. Nem poderia ser de outra forma, pois a primeira anuidade deve ser paga nos cento e oitenta dias seguintes ao término do segundo ano da data do depósito; ora, em dois anos e meio, pouquíssimas patentes terão sido concedidas.

JURISPRUDÊNCIA:

I — “Comercial — Privilégio de Invenção — Patentes. Anuidades. Pagamento. Prazo.

Privilégio de invenção. Pagamento de anuidades. Prazo. O prazo a que se refere o art. 25 da Lei nº 5.772, de 21-12-71, é de direito material e não de natureza processual. O critério de sua contagem não obedece às regras do Decreto-Lei nº 3.608, de 9-9-41, que regula os prazos em processos de natureza administrativa. O artigo 25 da Lei nº 5.772/71 não faz referência à cobrança de anuidades de pedidos de privilégio. Se dos mesmos se

exige o pagamento, devem ter tratamento igual ao dispensado às patentes de invenção, no que toca ao prazo de favor, previsto no artigo 51, em consonância com o disposto no artigo 5º-bis da Convenção da União de Paris, de 20-3-1883.”

TFR — AMS 86.865-RJ — Rel. Min. Carlos Madeira — Unânime — 4º T. — DJU, de 22-2-80 — EJTFR 9/17.

II — “Propriedade Industrial. Anuidade. Pagamento. Prazo. Código da Propriedade Industrial de 1971, art. 25. Convenção de Paris, art. 5º-bis. O prazo fixado pelo art. 25 do CPI (Lei nº 5.772/71) não é de somar-se àquele de que trata o art. 5º-bis da Convenção de Paris (Decreto nº 19.050, de 31-12-1929). Entretanto, quer se considerem as anuidades como *taxas* quer como *preços públicos*, o prazo de três anos fixados para pagamento das anuidades pelo art. 25 do CPI não é de ser contado para os depósitos efetuados anteriormente à sua vigência, senão a partir desta, sem abranger período anterior. Em sendo taxa, não poderia onerar o contribuinte com abrangência de tempo transato e em sendo preço público, e, correspondendo, assim, a serviço prestado, não poderia retroagir para tornar remunerado serviço que até então era gratuito.”

TFR — AMS 77.283-RJ — Rel. Min. Aadir G. Passarinho — 3º T. — Por maioria — DJU, de 10-3-81 — EJTFR 23/25.

CAPITULO XI

Da Transferência, da Alteração de Nome e de Sede do Titular do Privilégio Depositado ou Concedido e dos Contratos para sua Exploração

Art. 26 — A propriedade do privilégio poderá ser transferida por ato “inter vivos” ou em virtude de sucessão legítima ou testamentária.

ANOTAÇÃO:

104. “De acordo com esse artigo, a propriedade da invenção, assegurada pela patente, e os direitos desta resultantes podem ser transmitidos por qualquer modo admitido pela legislação comum para a transmissão de direitos. A transmissão pode operar-se por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, a título gratuito ou oneroso. A cessão, a compra e venda, a troca, a doação, o usufruto, a sucessão legítima ou testamentária, são títulos legais de transmissão da propriedade do inventor, a qual pode, ainda, resultar de sentença judicial proferida em ação reivindicatória da patente ou em virtude de desapropriação do privilégio.

A cessão, entretanto, é o modo usual da transferência dos privilégios de invenção” (GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, vol. II, tomo I, parte II, pág. 199).

105. Sobre modalidades, formas e condições da cessão v. GAMA CERQUEIRA, *idem*, págs. 200-215.

106. A cessão de patentes, na perspectiva da transferência de tecnologia, será examinada nas notas 109 e ss.

JURISPRUDÊNCIA:

— “IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS — Cessão de marcas, patentes e licenças de fabricação. — Não incidência. A cessão de marcas, patentes e licenças de fabricação, não se enquadrando em qualquer dos itens específicos das listas de serviços, não está sujeita à incidência do ISS.”

1º TA Civil SP — Ap. 292.870 (reexame) — Rel. Juiz Rangel Dinamarco — Unânime — 2º Câm., em 9-6-82 — RT 562/144 (ementário).

Art. 27 — O pedido de anotação de transferência e o de alteração de nome ou de sede do titular deverão ser formulados mediante apresentação da patente e demais documentos necessários.

§ 1º — A transferência só produzirá efeito em relação a terceiros depois de publicado o deferimento da respectiva anotação.

§ 2º — Sem prejuízo de outras exigências cabíveis, os documentos originais de transferência conterão, no mínimo, a qualificação completa do cedente e do cessionário, bem como das testemunhas, e a indicação precisa do pedido ou da patente.

§ 3º — Serão igualmente anotados os atos que se refiram à suspensão, limitação, extinção ou cancelamento do privilégio por decisão de autoridade administrativa ou judiciária.

ANOTAÇÃO:

107. Faço aqui remissão idêntica à da nota 104.

JURISPRUDÊNCIA:

— “PATENTE DE INVENÇÃO — TRANSFERÊNCIA — REGISTRO — INFRAÇÃO. — Antes de registrada a transferência da patente de invenção, não tem o novo titular qualidade para agir civil ou criminalmente contra os infratores do privilégio.”

STF — RE 37.101 — Rel. Min. Afrânio Costa — Unânime — 2ª T., em 1º-7-58 — RF 182/128.

Art. 28 — O titular de privilégio depositado ou concedido, seus herdeiros ou sucessores, poderão conceder licença para sua exploração.

ANOTAÇÃO:

108. V. GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, vol. II, tomo I, parte II, págs. 215 a 222, quanto à natureza, modalidades e condições do contrato de licença.

109. “Diz PRATNER que “a época dos privilégios das primeiras leis sobre as patentes manteve, entretanto, uma regra que impediu que a invenção e a 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” (PRATNER, S., “La protection de la propriété industrielle et l'ordre sociale”, *La Propriété Industrielle* (Revista da OMPI) 1981, págs. 134/5).

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” (CARVALHO, Nuno T. Pires de, “O sistema de patentes . . .” já cit., págs. 247-8).

110. Tecnologia é um conjunto organizado de conhecimentos que possibilita a produção de um bem econômico, material ou imaterial.

111. “A tecnologia é frequentemente evocada em termos vagos e confusos, cercados de mistério. Ora, a noção de tecnologia não é nem vaga nem misteriosa. A tecnologia é um fator essencial de produção e, como tal, ela é comprada, é vendida no mercado mundial como um “produto de base”, (. . .).” (“Le transfert de technologie vers les pays en développement”, dossier organizado por EWING, ARTHUR, F. e KOCH, Gloria-Veronica, *Problèmes Politiques et Sociaux* nº 386, 3º Trim. 1979).

E que espécie de fator de produção é a tecnologia?

Segundo alguns economistas, a tecnologia é capital. Segundo outros, ela é um fator alheio à clássica divisão tripartite dos fatores de produção (natureza, trabalho e capital) e que, a eles acrescido, dilata a fronteira das possibilidades de produção. Segundo outros ainda, a tecnologia incorpora-se a cada um desses três fatores, conforme for o caso, não assumindo, pois, a qualidade de um fator autônomo.

Se considerarmos uma nova variedade de semente, aperfeiçoada por técnicas de engenharia genética, podemos encontrar aí tecnologia incorporada na natureza. Os equipamentos que permitiram o aperfeiçoamento da semente têm tecnologia embutida. E o engenheiro altamente especializado que desenvolveu o processo de aperfeiçoamento tem também, dentro de si, tecnologia.

Por outro lado, se se pensar que, para o desenvolvimento de novos processos e produtos, é preciso alocar recursos para a produção de bens (conhecimentos técnicos) que, posteriormente, serão utilizados para a produção de outros bens, então a tecnologia é capital.

Por fim, se atentarmos que se pode acentuar mais o desenvolvimento técnico de um outro fator, então a tecnologia é um elemento estranho que se condiciona aos fatores de produção disponíveis visando, sobretudo, uma maior rentabilidade.

112. Duas importantes classificações de tecnologia emprestam os contornos aos contratos que implicam a sua transferência.

A primeira é a que distingue a tecnologia *disponível* da *indisponível*. A tecnologia *indisponível* é a que é objeto de uma apropriação — de direito, em se tratando de objeto de patentes, ou de fato, em se tratando de conhecimentos mantidos em sigilo —, e que não se encontra livre para ser usada. A patente ou o segredo dão a essa tecnologia o atributo da escassez (absoluta para o segredo; relativa para a patente, como se viu na nota 14) e transformam-na num bem econômico. Saliente-se que nem sempre a indisponibilidade é juridicamente oponível; ela só o é quando decorrer da proteção de patentes, a qual

gera a apropriação de direito; em se tratando de segredo, a indisponibilidade é puramente de fato, e, portanto, relativa. É que se um concorrente do detentor do segredo desenvolver, por seus próprios meios, tecnologia idêntica e a divulgar, desaparece a indisponibilidade. A tecnologia *disponível* é aquela que é acessível ao público e livre para ser usada por qualquer pessoa. O seu conceito corresponde, pois, ao do estado da técnica (art. 6º), excetuada, evidentemente, a tecnologia que é conteúdo de patentes em vigor ou de pedidos de patente já publicados e sob processamento administrativo.

Para a segunda classificação, a tecnologia assume formas diferenciadas de acordo com o seu suporte material. Assim, a tecnologia diz-se *incorporada* quando adere a um corpo — pessoas (a experiência e os conhecimentos de cada um, cuja quantidade depende da formação profissional) e bens manufaturados (a respectiva produção pressupõe o emprego de tecnologia que, dessa forma, a eles adere). E diz-se *desincorporada* quando descrita em qualquer espécie de documentos (patentes, artigos, livros etc.).

A tecnologia patenteada, portanto, é *indisponível e desincorporada*.

113. Há autores que chamam a atenção para a relativamente pouca importância das patentes na transferência internacional de tecnologia. E fundamentam-se, para isso, no pouco peso dos "royalties" pagos em relação ao total das remessas pelo pagamento de tecnologia.

A título de exemplo, note-se que a *Revista da Propriedade Industrial* n.ºs 604, 606, 607, 610, 617 e 622 publica a aprovação da averbação de 731 contratos de transferência de tecnologia e correlatos (cessão e licença de patentes; cessão e licença de marcas; fornecimento de tecnologia industrial; cooperação técnico-industrial; e serviços técnicos especializados). Desse total de 731, apenas 38 se referiam a contratos de cessão e de licença de patentes — isto é, 5,1%. E desses 38 contratos, somente 11 eram onerosos. Dos 27 contratos gratuitos, 13 foram celebrados entre subsidiárias nacionais e as respectivas matrizes estrangeiras e 6 tiveram por objeto pedidos de patente (ora, em nenhum desses casos cabe o pagamento de *royalties* — art. 30, parágrafo único).

Aparentemente, estes dados confirmam a pouca importância das patentes no fluxo de tecnologia.

Mas, em primeiro lugar, note-se que a maioria dos 731 contratos se refere a serviços técnicos especializados (412) e cessão e licença de utilização de marcas (179). Ora, os contratos que envolvem direitos de marcas não implicam, senão indiretamente, a transferência de tecnologia, através de práticas de controle de qualidade. E os contratos de serviços técnicos especializados raramente envolvem a absorção de conhecimentos técnicos pelo adquirente: na maioria dos casos este satisfaz-se com a realização dos serviços pelo prestador, não se preocupando em aprender como realizá-los. A exceção a essa regra reside, sobretudo, nos contratos que envolvem treinamento de pessoal.

Sobram, portanto, 140 contratos envolvendo transferências de tecnologia, no sentido rigoroso da expressão (38 relativos a patentes e 102 relativos a fornecimento de tecnologia industrial e cooperação técnico-industrial). A percenta-

gem dos contratos de cessão e de licença de patentes, em relação ao total dos que implicam transferência efetiva de conhecimentos técnicos, sobe então para 27,1%.

Em segundo lugar, nem sempre (ou, melhor, quase nunca) a invenção patenteada abrange todo um processo produtivo, mas apenas a parte nuclear dele. Então, as informações complementares deverão ser fornecidas mediante outros contratos — tais como os de fornecimento de tecnologia industrial e de serviços técnicos especializados. Nesse caso, o licenciante prefere celebrar o contrato de licença de exploração de patente a título gratuito e onerar o outro (ou outros) contrato(s). Isto porque, em se tratando de tecnologia em sigilo, é muito mais difícil o exercício do controle sobre o preço contratual pelas autoridades do país receptor.

Mas os contratos de cessão e de licença de patentes apresentam grandes vantagens em relação aos outros: por um lado, o cessionário (ou licenciado) pode saber com mais certeza o que está adquirindo — o que não acontece com o *know-how* em sentido estrito que, por ser sigiloso, é muitas vezes comparado a uma caixa preta. Por outro lado, o cessionário (ou licenciado) pode ter uma relativa certeza de que a tecnologia descrita na patente é nova e que, portanto, o colocará em posição vantajosa no mercado. Por fim, dadas as exigências relativas à redação dos documentos de patentes, a tecnologia patenteada está, em princípio, pronta a ser industrializada.

Contudo convém salientar que a patente é um mero documento comprobatório da existência de um direito. Portanto em si mesma, a patente não implica transferência de tecnologia. Esta só se realiza se houver condições a induzi-la. Por exemplo, se a legislação do país subdesenvolvido contiver normas impondo a caducidade por falta de uso — o que obriga o titular estrangeiro, na eventual impossibilidade de explorar a patente no país que lhe concedeu, a licenciá-lo para um produtor nacional.

114. Um dos pontos polêmicos em matéria de licença de patentes consiste na possibilidade (ou impossibilidade) de o licenciado propor ações de contrafação.

Essas ações são de duas espécies: a criminal, prevista pelo art. 169 do Decreto-Lei nº 7.903/45, e a cível, de preceito cominatório, admitida pelo art. 189 do mesmo decreto-lei.

A ação criminal cabe exclusivamente ao titular da patente, pois o art. 169 refere-se expressamente ao concessionário (isto é, aquele a quem foi concedida a patente) e ao cessionário (aquele a quem a patente foi cedida). Também o direito de propor a ação cível cabe exclusivamente ao titular, nos precisos termos do *caput* do art. 23. Portanto, para que o licenciado tenha legitimidade para defender os seus direitos contra terceiros, deve constar do contrato autorização do licenciante. A exceção, por motivos óbvios, é a da licença obrigatória — e decorre dos termos expressos do art. 38.

Outros ordenamentos, entretanto, seguem orientação diversa, atribuindo legitimidade ao licenciado a título exclusivo. É o caso da lei australiana (art.

114), da lei das Bahamas (art. 23), da lei francesa (art. 53), da lei da República da Coreia (art. 155, § 1º) e da lei inglesa (art. 67, § 1º).

A lei finlandesa dá esse direito a qualquer licenciado (art. 63), enquanto que a lei holandesa (art. 43, § 4º) segue um sistema semelhante ao brasileiro.

115. Há erro de redação no art. 28. Com efeito, não existe "privilégio depositado", mas sim "pedido de privilégio depositado". Tampouco, nesse caso, existe "titular", mas apenas "requerente".

O contrato de licença de exploração de pedido de patente é celebrado sob condição suspensiva. Assim, a efetivação do pagamento de "royalties" só cabe após a expedição da carta patente, mas o seu cômputo inicia-se a partir da celebração do contrato.

O INPI tem, inclusive, incidido no erro de averbar esse contrato apenas até à expedição da carta patente, levando os contratantes à celebração de novo contrato, após a expedição. Evidentemente, a orientação está errada. A expedição constitui o advento da condição, efetivando, por si só, a validade do contrato. De qualquer forma, assiste ao licenciante o direito de receber do licenciado *royalties* pelo uso da invenção antes da expedição da patente, quer a título de cobrança de um crédito, quer a título de cobrança de perdas e danos, nos termos do art. 23.

DOCTRINA:

— FRÖES, Carlos Henrique de C., "Contratos de tecnologia", *Revista Forense*, 253/123.

— LEONARDOS, Luiz, "O contrato de licença para exploração de privilégio de invenção e para uso de marca", *Revista dos Tribunais*, 509/11.

Art. 29 — A concessão de licença para exploração será feita mediante ato revestido das formalidades legais contendo as condições de remuneração e as relacionadas com a exploração do privilégio, bem como a referência ao número e ao título do pedido ou da patente.

§ 1º — A remuneração será fixada com observância da legislação vigente e das normas baixadas pelas autoridades monetárias e cambiais.

§ 2º — A concessão não poderá impor restrições à comercialização e à exportação do produto de que trata a licença, bem como à importação de insumos necessários à sua fabricação.

§ 3º — Nos termos e para os efeitos deste Código, pertencerão ao licenciado os direitos sobre os aperfeiçoamentos por ele introduzidos no produto ou no processo.

Art. 30 — A aquisição de privilégio ou a concessão de licença para a sua exploração estão sujeitas à averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Parágrafo único – A averbação não produzirá qualquer efeito, no tocante a “royalties”, quando se referir a:

- a) privilégio não concedido no Brasil;*
- b) privilégio concedido a titular residente, domiciliado ou com sede no exterior, sem a prioridade prevista no art. 17;*
- c) privilégio extinto ou em processo de nulidade ou de cancelamento;*
- d) privilégio cujo titular anterior não tivesse direito a tal remuneração.*

ANOTAÇÃO:

116. A remuneração pelos contratos de transferência de tecnologia envolve custos diretos e indiretos.

Nos custos diretos encontram-se os custos do desenvolvimento e da pesquisa, os quais são, em parte, repassados ao licenciado ou cessionário da patente. Além desses, há ainda a considerar os custos de oportunidade, os quais consistem nas perdas enfrentadas pelo titular da patente em decorrência de não ter mais a possibilidade de atender o mercado com exclusividade.

Estes são os custos que, com maior ou menor peso, afetam a remuneração pelos contratos de forma direta.

Outros custos repassados ao licenciado assumem forma indireta: são as cláusulas restritivas, operações de super ou de subfaturamento etc. Esses custos estão relacionados com uma situação de dependência quer técnica quer econômica.

117. Para que um país subdesenvolvido atinja um razoável estágio de desenvolvimento econômico, ele tem, obviamente, que aumentar a rentabilidade dos fatores de produção de que dispõe. E, para isso, a aquisição de tecnologia é, sem dúvida, o único caminho.

A questão fica num dilema básico: como e até que ponto desenvolver tecnologia endógena; qual tecnologia exógena adquirir.

As opções desse dilema vinculam-se a alguns temas extremamente delicados e que, freqüentemente, se colocam num círculo vicioso. O Brasil, por exemplo, na década de 70, adotou o chamado “modelo exportador”. Ora, para que os manufaturados brasileiros tenham competitividade no estrangeiro, é necessário que eles incorporem tecnologia no mínimo compatível com os padrões de consumo dos países importadores. O que forçosamente implica a utilização, pelo Brasil, de tecnologia que aqui não existe.

Por outro lado, é fator relevante aquilo a que os economistas chamam de efeito-demonstração, pelo qual os padrões de consumo, em razão dos meios de comunicação, tendem a uniformizar-se no mercado mundial. Em consequência disso, os anseios de consumo de um cidadão de Ankara, Buenos Aires, Rio de Janeiro ou Tóquio são bastante semelhantes.

Tanto um aspecto como outro levam países como o Brasil a necessitar de importar e absorver tecnologia estrangeira.

118. “Qualquer invenção que consiga vencer no sistema de concorrência tem que elevar o salário real ou a taxa de juro — ou ambos.

Entretanto, certas invenções terão, por sua natureza, uma tendência a aumentar a participação relativa da mão-de-obra; outras, a aumentar a participação relativa do capital e da propriedade de modo geral; e outras, a afetar ambos os fatores mais ou menos no mesmo grau. Isso sugere a conveniência da definição que se segue.

Definição: Diz-se que uma invenção poupa mão-de-obra, poupa capital ou é neutra, dependendo de sua tendência a reduzir a participação relativa da mão-de-obra, a reduzir a participação relativa da propriedade, ou a deixar inalteradas as participações relativas.

Um exemplo extremo de uma invenção que poupa mão-de-obra seria aquela que possibilitasse a máquinas que não necessitam de quem as maneje a produção de robôs que pudessem fazer qualquer das tarefas manuais e intelectuais do trabalhador humano. Não há dúvida de que isso iria reduzir de modo drástico o salário competitivo e poderia, até, reduzir a participação da mão-de-obra no PNL (Produto Nacional Líquido) do seu nível atual de cerca de 75% a 80% para menos de 50%. Um exemplo de uma invenção que poupe capital seria o caso de um computador barato que possibilitasse às firmas um estoque muito menor de mercadorias ou bens; a invenção do papel de seda Kleenex, para substituir os lenços duráveis; ou a invenção de satélites de fácil lançamento, refletores de ondas, que tornassem desnecessários os cabos submarinos” (SAMUELSON, Paul, *ob. cit.*, pág. 795).

Numa primeira abordagem, portanto, seria do maior interesse que os países em desenvolvimento importassem tecnologia poupadora de capital, dada a escassez deste em relação à abundância de mão-de-obra e ao seu baixo preço. Mas a questão não é assim tão simples.

Por um lado, “a mão-de-obra de baixo preço pode não ser barata, devido à má nutrição, incapacidade de seguir a disciplina do trabalho em fábricas ou por altas taxas de absenteísmo (possivelmente, em época de colheita ou de festas religiosas). (...) Nestas circunstâncias, há um argumento a favor da tecnologia poupadora (de mão-de-obra)”.

Por outro lado, “poupar um tipo de mão-de-obra exige a utilização de outro. Quanto mais automática a maquinaria, tanto maior o treinamento exigido dos elementos especializados na sua manutenção, dos engenheiros de produção etc. Com o pouco treinamento existente e na falta de recrutar no exterior pessoal especializado para manutenção, tanto a produção de uso intensivo de mão-de-obra como a de poupança de mão-de-obra torna-se impossível.”

Por fim, “além do baixo preço e baixa eficiência, um outro obstáculo à tecnologia de uso intensivo de mão-de-obra são os trabalhadores ineficientes e de alto preço. Nos casos em que o efeito-demonstração se estendeu ao campo dos serviços sociais e do dissídio trabalhista coletivo, o preço da mão-de-obra, inclu-

sive salários e benefícios, será alto, apesar da baixa produtividade" (KINDLEBERGER, Charles P., *Desenvolvimento Econômico*, trad. de SÔNIA SCHWARTZ, revisão técnica de LUTZ ROBERTO AZEVEDO CUNHA, ed. Mc-Graw-Hill do Brasil, 1976, São Paulo, págs. 264-5).

119. Um outro aspecto importantíssimo a considerar está relacionado com uma das escolhas básicas da atividade econômica: *quais* bens devem ser produzidos? (e conseqüentemente: *como* devem ser produzidos?) O que leva à pergunta: *qual* tecnologia adquirir? Isto não só em termos de tecnologias aplicáveis a um único setor de produção, mas também em termos mais amplos de definição dos setores de produção inexistentes a serem instalados.

Exemplificando-se, no caso do Brasil: deverá suplementar-se a produção de energia hidrelétrica por meio de energia nuclear? Esta, a primeira opção. A segunda, em caso de resposta afirmativa: dentro das várias tecnologias nucleares existentes nos países desenvolvidos, qual delas adquirir?

120. Os custos, as opções e o grau de dependência gerados pela importação de tecnologia fazem com que as autoridades públicas dos países em desenvolvimento participem ativamente das negociações que, em princípio, numa economia de mercado, seriam privativas dos empresários.

A aquisição de tecnologia é inserida nas atividades do planejamento, para definição de prioridades. E, por normas legais ou regulamentares, fixam-se, imperativamente, condições de negociação.

É nesta perspectiva que devem ser colocados os arts. 29 e 30 do Código, o art. 2º da Lei nº 5.648/70 e os Atos Normativos n.ºs 15/75, 30/78, 32/78, 53/81, 55/81, 56/81, 60/82 e 61/82 do INPI.

Nessa perspectiva ainda deve ser examinada a legislação tributária sobre remessa de *royalties* e despesas de assistência técnica.

121. Os rendimentos obtidos pelo titular da patente, em decorrência da cessão ou da licença de patente, constituem *royalties* (Lei nº 4.506/64, art. 22, alínea c).

A remessa para o exterior desses rendimentos está sujeita ao imposto de renda na fonte, à alíquota de 25% (Decreto nº 85.450/80, que aprovou o Regulamento do Imposto de Renda, arts. 554 e 555).

A percepção de *royalties* no País está sujeita ao duplo regime da fonte (10%, Regulamento, art. 569) e da declaração.

Os *royalties* pagos por nacional a estrangeiro podem ser deduzidos, até o limite máximo de 5% da receita bruta do produto fabricado ou vendido, cabendo ao Ministro da Fazenda fixar os coeficientes percentuais (Lei nº 4.131, art. 12, § 1º). Esses coeficientes estão fixados pelas Portarias nºs 436, de 30-12-58, e 113, de 25-5-69, ambas do Ministro da Fazenda. Os *royalties* que ultrapassarem esses limites são considerados lucros distribuídos.

A dedutibilidade fica condicionada à averbação do contrato de cessão ou de licença pelo INPI (Lei nº 4.131, art. 12, § 2º, e Decreto nº 85.450/80, art. 233, § 3º) e ao registro no Banco Central (Lei nº 4.131/62, art. 3º, alínea b).

Não se permite a remessa de *royalties* entre filial ou subsidiária de empresa estabelecida no Brasil e sua matriz com sede no exterior ou quando a maioria do capital da empresa brasileira pertença a quem irá receber os *royalties* no estrangeiro (Lei nº 4.131/62, art. 14).

122. Dois são os critérios possíveis para a tributação: o critério da residência e o critério da fonte do rendimento. O primeiro é geralmente adotado pelos países ricos, os quais, tendo organizado a sociedade com base na tributação progressiva dos seus nacionais, querem tributar, nesses moldes, os cidadãos neles residentes. O critério da fonte do rendimento é o adotado pelos países menos desenvolvidos, os quais são importadores de capitais e querem, assim, fazer valer o seu direito de soberania.

Dessa forma surgem os problemas relativos à bitributação, os quais só podem ser sanados por tratados internacionais, visando a desoneração dos chamados investimentos tecnológicos.

Por força desses tratados (até o presente momento, o Brasil celebrou Convenções para evitar a dupla tributação com os seguintes países: Japão, Noruega, Portugal, França, Bélgica, Finlândia, Dinamarca, Espanha, Alemanha, Suécia, Áustria, Luxemburgo, Itália e Argentina), o país da fonte reduz a alíquota de incidência do imposto; quanto ao de residência, cabem-lhe várias alternativas: ou concede isenção (mas esta medida tem sido evitada, pois favorece o investimento em países estrangeiros em detrimento do investimento interno), ou adota o sistema da imputação (pelo qual o receptor do rendimento tem direito de se creditar do imposto pago no país da fonte), ou adota o sistema do crédito presumido (isto é, independentemente do valor real do tributo que foi pago na fonte), ou, por fim, institui o chamado crédito fictício (segundo o qual, o imposto pode ser creditado mesmo que não tenha sido pago na fonte).

A responsabilidade tributária é da fonte pagadora (Regulamento, art. 576). O fato gerador é o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa (Regulamento, art. 575, IV). Contribuinte é o titular dos rendimentos.

Se o imposto for deduzido da remuneração bruta do contrato, incide a alíquota normal, fixada em lei ou em Convenção. Mas se a remessa for feita em montante líquido, assumindo o licenciado ou o cessionário o ônus do imposto, o respectivo rendimento bruto deverá ser reajustado (Regulamento, art. 577).

123. O controle exercido pelo Governo brasileiro sobre os contratos de cessão e de licença de patentes não é só fiscal. Ele também pretende: controlar a tecnologia importada (escolha de prioridades, tendo em vista as necessidades nacionais); diminuir os custos diretos (imposição de preços razoáveis) e indiretos (proibição de cláusulas restritivas); e impor a absorção e o uso efetivo da tecnologia (para redução da dependência nacional).

Por isso, a Lei nº 5.648/70 atribuiu ao INPI competência para adotar, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes (art. 2º, parágrafo único).

Em obediência a esse dispositivo, o INPI baixou os atos normativos já citados, fixando condições para os contratos que envolvam transferência de tecnologia.

Os contratos de cessão e de licença de patentes tornam-se, assim, *mistos* (pois não são absolutamente nominados, já que há cláusulas que podem ser fixadas livremente pelas partes, nem totalmente inominados, pois não dispõem os contratantes de inteira liberdade contratual).

Esses contratos são *bilaterais*, pois ao cedente (ou licenciante) e ao cessionário (ou licenciado) cabem obrigações recíprocas: entre outras, deve o cedente (ou licenciante) fornecer informações e dados técnicos complementares e, quando for o caso, prestar assistência técnica e dar treinamento (Ato Normativo nº 15, subitem 2.1.1); ao cessionário (ou licenciado) cabe pagar os "royalties" ajustados e explorar efetivamente a patente.

Os contratos podem ser a título *oneroso* ou *gratuito*.

Por fim, são contratos *solenes*, na acepção que se verá a seguir.

Note-se, entretanto, que, em dezembro de 1982, o Brasil dirigiu Carta de Intenção ao Fundo Monetário Internacional onde, no § 26, se afirma que: "Durante o primeiro ano do acordo com o Fundo, as autoridades pretendem também eliminar um número de restrições cambiais de menor impacto, num esforço para facilitar os pagamentos e transações internacionais e substituí-las, sempre que necessário, por medidas de natureza não cambial".

E no item 6 do Memorando Técnico de Entendimento anexo à Carta de Intenção, esclarece-se: "As pequenas restrições cambiais referidas no § 26 da Carta são *I*) limitações nas remessas externas de taxas de assistência técnica e *royalties* (...)" (*Jornal do Brasil*, de 7-1-83, págs. 14 e 15).

Acredito, pois, que algumas restrições que o INPI tem feito, nomeadamente sobre preços, devem ser abrandadas. Mas acredito também que o controle das opções quanto à tecnologia necessária ao País deverá ser mantido.

124. O art. 29, § 2º, refere-se a duas cláusulas restritivas e o Ato Normativo nº 15, a sete tipos de cláusulas. Mas não é que este seja ilegal, pois ele apenas expressa normas que implicitamente estão contidas na Lei nº 4.137/62, que dispõe sobre a repressão ao abuso do poder econômico.

Aliás, a proibição do § 2º não é absoluta no que respeita às restrições à comercialização e à exportação do produto de que trata a licença. Com efeito, por vezes o próprio licenciante está condicionado à observância da legislação interna de seu país, que pode eventualmente proibi-lo de exportar para determinados países. Ora, qualquer contrato que ele venha a celebrar com terceiros, sem essa restrição, poderá configurar uma fraude àquela proibição. Recorde-se o caso recente da proibição de exportações de equipamentos para o gasoduto da União Soviética, imposta pelo governo norte-americano. Nesse caso, a restrição contratual não decorreria de um abuso do poder econômico, mas sim da observância ética de normas em vigor — não havendo, portanto, ofensa aos preceitos da Lei nº 4.137/62.

125. Os contratos de cessão e de licença de patentes são, em princípio, solenes.

Mas a formalidade de averbação e anotação no INPI é puramente *ad probationem* e não *ad solemnitatem* — isto é, o contrato não averbado prevalece entre as partes, ainda que não possa ser oposto a terceiros.

Essa solução está implícita na lei.

Quanto ao contrato de licença, a única formalidade exigida é a averbação (art. 30). Quanto ao contrato de cessão, duas são as formalidades necessárias: averbação (art. 30) e anotação (art. 27).

Diz o § 1º do art. 27: “A transferência só produzirá efeito em relação a terceiros depois de publicado o deferimento da respectiva anotação”. A *contrario*, enquanto não anotada, a transferência não produz efeitos em relação a terceiros, mas produz efeitos entre as partes contratantes.

Ora, se isso é assim com relação à transferência, com maioria de razão deve ser também com relação à averbação da licença.

Portanto, valendo o contrato de licença entre as partes, ainda que não averbado, não pode o licenciado recusar-se ao pagamento dos “royalties” ao licenciante. E não pode o licenciante proibir o licenciado de explorar a patente nas condições ajustadas.

No entanto, a falta de averbação produz as seguintes conseqüências:

— não pode o licenciado (ou cessionário) deduzir os *royalties* do imposto de renda;

— se o licenciante (ou cedente) residir no estrangeiro, a remessa de divisas não poderá ser efetuada;

— a exploração da patente pelo licenciado (ou cessionário) não servirá de prova de uso e, portanto, não impedirá uma eventual licença obrigatória ou, até mesmo, a decretação de caducidade.

126. Mas, por vezes, nem a averbação legitima o pagamento de “royalties”. Trata-se, nomeadamente, daqueles casos previstos no parágrafo único do art. 30:

— privilégio não concedido no Brasil (pois, por um lado, se a patente não tiver sido aqui concedida, a tecnologia é de domínio público e, por outro, se o pedido estiver ainda em andamento, ao requerente ainda não assiste qualquer direito de propriedade industrial — o contrato dependerá então de condição suspensiva, como se viu);

— privilégio sem a prioridade unionista (CARLOS HENRIQUE FRÓES critica esta restrição, alegando que “afinal de contas, a reivindicação de prioridade constitui um *direito* e não uma *obrigação*” — “Contratos de tecnologia”, *Revista Forense*, 153/125; mas parece-me que a restrição está ligada ao disposto no art. 20);

— privilégio extinto ou em processo de nulidade ou de cancelamento (o que se justifica pela inviabilidade prática de, em caso de decisão final de anulação, se obter de volta a remessa feita indevidamente para o exterior);

— e privilégio cujo titular anterior não tivesse direito a tal remuneração (aqui pretende-se evitar a fraude ao já citado art. 14 da Lei nº 4.131/62, pela operação chamada de “angular”; por essa operação fraudulenta, a matriz, proibida de receber “royalties” da subsidiária, cede ou licencia a patente para uma terceira empresa que, por sua vez, a cede ou sublicencia para a subsidiária).

JURISPRUDÊNCIA:

I — “INPI — Patente — Caducidade.

A exigência de averbação do contrato de licença para exploração de patente, prevista no art. 30 do Código da Propriedade Industrial, cinge-se à necessidade de se saber o que está sendo contratado e o que deve ser transferido para o País em matéria de tecnologia. (...)”

TFR — AMS 81.681-RJ — Rel. Min. Otto Rocha — Unânime — 1ª T., em 3-9-79 — DJU, de 19-3-80 (v. íntegra da ementa no art. 49, Jurisprudência, III).

II — “Administrativo. Propriedade industrial. Licença para exploração de patente estrangeira. Competência do INPI para decidir sobre as melhores condições de negociação e utilização nos contratos de licença (art. 126 da Lei nº 5.772/71, e art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 5.648/70). Invocação dos §§ 1º e 2º do art. 153 da Constituição não prequestionados.”

STF — Ag. 87.836-0-RJ — Ag. Rg. — Rel. Min. Décio Miranda — Unânime — 2ª T., em 29-6-82 — DJU de 20-8-82, pág. 7874.

Art. 31 — Do despacho que denegar a anotação ou a averbação caberá recurso, no prazo de sessenta dias.

Art. 32 — A requerimento de qualquer pessoa, com legítimo interesse, que tenha iniciado processo judicial de falsidade ou relativo à ineficácia dos atos referentes à anotação de transferência de direitos de patentes, ou de pedidos de patentes, ou a averbação de contrato de exploração, poderá o Juiz, motivando o seu ato, ordenar a suspensão do processo de anotação de transferência ou de averbação, até decisão final.

CAPITULO XII

Da Licença Obrigatória para Exploração do Privilégio

Art. 33 — Salvo motivo de força maior comprovado, o titular do privilégio que não houver iniciado a exploração da patente de modo efetivo no País, dentro dos três anos que se seguirem à sua expedição, ou que a tenha interrompido por tempo superior a um ano, ficará obrigado a conceder a terceiro que a requeira licença para exploração da mesma, nos termos e condições estabelecidos neste Código.

§ 1º — Por motivo de interesse público, poderá também ser concedida a terceiro que a requeira licença obrigatória especial, não exclusiva, para a exploração de privilégio em desuso ou cuja exploração efetiva não atenda à demanda do mercado.

§ 2º — Não será considerada exploração de modo efetivo a industrialização que for substituída ou suplementada por importação, salvo no caso de ato internacional ou de acordo de complementação de que o Brasil participe.

§ 3º — Para os efeitos deste artigo, bem como dos arts. 49 e 52, deverá o titular da patente, sempre que solicitado, comprovar a exploração efetiva de seu objeto no País, quer diretamente, quer por terceiros autorizados.

ANOTAÇÃO:

127. Em princípio, o inventor, tendo divulgado o invento de forma que um técnico no assunto possa colocá-lo em prática, teria já dado a sua contraprestação ao favor da exclusividade decorrente da patente.

Ocorre, entretanto, que aqueles países que mais necessitam da tecnologia estrangeira não se satisfazem com essa relação de troca: a divulgação é suficiente para a concessão da patente; mas para que esta se mantenha em vigor, é necessário que o inventor dê algo mais ao país que o favoreceu.

Esse algo mais reside precisamente na introdução da invenção patenteada no setor produtivo do país, isto é, na sua efetiva exploração. Ora, como nos países subdesenvolvidos, a grande maioria das patentes expedidas o são em favor de estrangeiros residentes em países ricos, a exigência de exploração equivale, em tese, à introdução de tecnologia estrangeira nos processos produtivos dos países pobres. No caso, o preço da tecnologia a ser pago pelo país importador seria a patente e seu efeito monopolizante.

Diz KUNZ-HALLSTEIN que esta atuação funcional dos sistemas de patentes dos países subdesenvolvidos é semelhante à dos privilégios medievais (KUNZ-HALLSTEIN, Hans Peter, "The revision of the international system of patent protection in the interest of developing countries", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 10, nº 6/1979, pág. 653). E essa afirmação tem muito de verdade. Segundo FRANCESCHELLI, os primeiros privilégios (patentes) de que se tem notícia foram: um privilégio concedido em 1236, pela autoridade municipal de Bordéus (então sob o domínio inglês), "a um certo Bonafusus de Sancta Columbia e companheiros, para a tecelagem, pisoagem e tintura, na cidade, de lã para roupa, ao modo flamengo, francês ou inglês, com a duração de 15 anos e com caráter de exclusividade"; e um "privilégio concedido, na Inglaterra, pelo rei Eduardo III, em 1331, a um certo John Kempe, tecelão flamengo, para induzi-lo a introduzir naquele país a indústria da tecelagem" (FRANCESCHELLI, Remo, *Trattato di Diritto Industriale*, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1973, vol. I, págs. 285/6).

Acresça-se a isto que:

— por um lado, foi a partir do século XIV que a Inglaterra se preocupou em restringir a exportação de lã, reservando-a para seus tecelões, e preocupando-se em exportar os tecidos (para o que necessitou da introdução de técnicas de que não dispunha e que estavam mais desenvolvidas em Flandres e na Itália);

— por outro lado, o objetivo essencial da corporação era “proteger o artesão, não só contra a concorrência do estrangeiro, mas também contra a dos colegas. (...) Ninguém pode permitir-se prejudicar os outros por processos que o capacitariam a produzir mais depressa e mais barato. O progresso técnico é considerado como uma deslealdade” (PIRENNE, Henri, *História Econômica e Social da Idade Média*, Ed. Mestre Jou, 5ª ed., São Paulo, 1978, trad. de LYCURCO GOMES DA MOTTA, págs. 184-5); mas esta restrição à inovação aplica-se somente às corporações destinadas a atender o mercado interno, e não às corporações das indústrias de exportação — onde, aliás, surgiram as primeiras formas de capitalismo.

Daqui se pode concluir que os primeiros privilégios medievais foram concedidos, na Inglaterra, visando a introdução de técnicas estrangeiras para permitir a exportação de produtos manufaturados. O que apresenta notáveis coincidências com o que ficou dito na nota nº 117 sobre o modelo exportador brasileiro.

128. “A política legislativa dos Estados deverá, portanto, atentar para os aspectos internos e externos da concorrência industrial e comercial, não esquecendo que a proteção concedida ao estrangeiro, nos países de menor desenvolvimento relativo, se é um meio de adquirir o conhecimento de novos processos industriais, é, também, ônus, bem como vínculo e sinal de dependência comprometedores do poder nacional.

A grande vantagem econômica trazida pela internacionalização do direito de propriedade industrial é, sem dúvida, a substituição das importações de produtos acabados pela sua produção no território do Estado recipiendário. Se o problema é equacionado em termos de balanço de pagamento, de ocupação e de renda da mão-de-obra nacional, de remuneração e acumulação dos capitais do país, investidos em um ou outro negócio, constata-se que, sem dúvida, a importação da técnica e do processo de fabricação é menos onerosa do que a da mercadoria” (*Anais*, pág. 355).

129. Portanto, deixar de explorar a patente num país em vias de desenvolvimento, em princípio, frustra um dos principais objetivos do sistema. É irrelevante até que o titular estrangeiro da patente exporte o produto para o país onde a obteve a preços razoáveis (sem, portanto, recorrer ao superfaturamento). E isso é irrelevante porque o país que a concedeu está interessado em que a tecnologia seja introduzida no processo produtivo, gerando emprego, investimentos, treinamento de recursos humanos, divisas (através da exportação), a geração de riquezas, enfim.

130. “Reconhece-se universalmente que muito poucas patentes estrangeiras concedidas por um país são realmente exploradas no país que as outorga. Isto é de se esperar, já que as empresas internacionais, a que corresponde a maior parte das patentes concedidas no exterior, não fabricam os seus produtos patenteados em todos os países onde os patenteiam. O principal propósito de um patenteamento internacional muito amplo é o de proteger os mercados dos produtos amparados pelas patentes; se os donos das inovações tecnológicas não as patentearam, as empresas concorrentes poderiam iniciar a produção dos bens com base nessas técnicas nesses países “livres” ou exportá-los para esses

países a partir de outros países 'livres'. Por esta razão, chega-se com frequência à conclusão de que as patentes estrangeiras servem em primeiro lugar como permissões de importações exclusivas para os fabricantes estrangeiros" (PENROSE, Edith Tilton, "El patenteamiento extranjero y la transferencia de tecnología a los países en desarrollo", *Comércio de Tecnología y Subdesarrollo Económico*, seleção de MIGUEL WIONEZEK, México, Coordinación de Ciencias, Universidad Autónoma de México, 1973, ed. mimeografada, Fund. Getúlio Vargas).

131. Para evitar esse não-atendimento do objetivo da patente, bem como para coibir que a patente sirva a uma mera reserva de mercado, os arts. 33 e 49 impõem, com sanções diversas, o ônus da exploração.

O conceito de exploração é fixado pelos arts. 52 e 33, §§ 2º e 3º Assim, a exploração é o uso comprovado (ou, melhor, comprovável), contínuo (isto é, sem solução de continuidade superior a um ou dois anos, conforme a sanção que se pretenda aplicar) e regular da invenção em escala industrial (incluída a escala artesanal, se o titular da patente for um artesão), seja através da produção pelo titular da patente, seja por produção através da concessão de licença de exploração a terceiros (e devidamente averbada no INPI). Essa exploração deve ser feita no Brasil, não se considerando exploração a importação do produto patenteado ou fabricado pelo processo patenteado.

Não se exige, portanto, que o inventor atenda a toda a demanda do mercado mas que, dentro de suas possibilidades, coloque a invenção em prática.

A esse propósito, o disposto no § 2º deve ser entendido em termos. A suplementação da industrialização do invento pela importação não configura exploração efetiva para fins de licença obrigatória, mas não pode ser fundamento de caducidade. É que não se pode esperar, razoavelmente, que o titular de uma patente — que, entre os nacionais, é, na maior parte dos casos, inventor isolado — disponha de recursos suficientes para atender toda a demanda do mercado. Portanto, aquela parte do mercado que não tiver sido atendida pela produção, no país, dos produtos patenteados (ou fabricados pelo processo patenteado), pode (e, muitas vezes, deve, em se tratando de bens essenciais) ser satisfeita pela importação — a qual, aliás, é um dos atos que o titular pode praticar com exclusividade (Decreto-Lei nº 7.903/45, art. 169, inciso III).

Por isso mesmo, o § 1º admite hipóteses de exploração efetiva que não atendam à demanda do mercado, seja ele interno ou externo.

Então, o que não se considera exploração efetiva é a parcela de suplementação — e só essa.

Além disso, não é de estranhar que o mercado, a que o § 1º se refere, seja o interno e o externo. Com efeito, o Brasil importa muito para atender o mercado externo — bastando lembrar a existência do regime de incentivos fiscais para as operações de *draw-back*. Qualquer medida tendente a reduzir essas importações será sempre bem recebida pela administração, a título de licença obrigatória comum ou especial.

O conceito de exploração é, obviamente, o definido em lei. Mas há um acórdão do TFR em sentido contrário, decidindo que esse conceito deveria

ser definido na própria carta patente, pela Administração Pública (ver “Jurisprudência”, no art. 49).

132. A Convenção da União de Paris, em seu art. V, § 2º, refere-se aos abusos do direito exclusivo conferido pela patente e exemplifica com a falta de uso efetivo.

Mas nem sempre a falta de uso significa um abuso de direito. Se se considerar, por exemplo, que a precípua finalidade do sistema de patentes é a divulgação da invenção (aquela transformação da escassez absoluta em escassez relativa), então, quando a patente é entregue ao titular, pressupõe-se que ele já cumpriu a função social do direito que, por esse meio, se lhe outorga. Dele nada mais há a exigir.

Mas se se adotar o princípio — seguido pelos países em desenvolvimento, como se viu — segundo o qual a patente é concedida visando a introdução de novas técnicas de produção, então a falta de exploração contraria os fins para os quais se outorgou um favor ao titular. Está aí configurado o abuso do direito.

Considere-se, entretanto, que esse abuso não foi deixado, pelo legislador, à apreciação individual do juiz, caso por caso, mediante pesquisa da intenção do titular do direito. Seguiu-se aqui a corrente *objetivista*, segundo a qual “pode haver abuso do direito mesmo sem a intenção de prejudicar. O ato é lícito ou ilícito conforme se realize ou não de acordo ou em harmonia com a finalidade do instituto jurídico” (CASTRO FILHO, José Olímpio de, *Abuso do Direito no Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1960, pág. 27).

Por isso o art. 33 só releva motivos de força maior e não, por exemplo, uma situação em que o titular da patente, não dispondo de instalações para industrializar a invenção, não encontra comprador para a patente ou, pelo menos, um terceiro interessado em com ele celebrar uma licença de exploração. Não há, neste caso, um motivo de força maior. Não adianta tampouco, como algumas empresas multinacionais fazem, publicar anúncios na imprensa oferecendo as suas patentes para negociação com eventuais interessados. É que, tendo o Código adotado a corrente objetivista, não importam as intenções: apenas interessa saber se o titular fez uso ou não da patente, nas estritas condições legais, ou se algum motivo revestido de características de inevitabilidade o impediu de fazê-lo.

133. Para a falta de exploração o Código reservou dois tipos de sanção: a licença obrigatória comum e a caducidade.

Mas, além disso, o Código ainda previu a licença obrigatória especial, a qual não fica condicionada a prazos (ela pode ser requerida logo no primeiro dia seguinte ao da expedição da carta patente). Apenas se condiciona essa licença à existência de interesse público e, dependendo do caso, ao desuso ou à falta de pleno atendimento da demanda.

Por outro lado, e uma vez que o que está em jogo é o interesse público de pleno atendimento do mercado, não pode o titular contrapor ao pedido de licença obrigatória especial a existência de motivos de força maior a impedi-lo de usar a patente.

Esse conceito de interesse público é extremamente difícil de ser definido. Deve dizer respeito a toda a sociedade ou apenas a um grupo, por maior que ele seja? O seu enfoque deve ser estritamente econômico ou deve ser mais amplo, abrangendo a noção de bem-estar coletivo?

Uma vez que esta licença obrigatória é de caráter excepcional, parece-me que o conceito de interesse público deve ser usado na sua acepção mais abrangente: deve, pois, referir-se a toda a sociedade e deve visar a satisfação do bem-estar coletivo.

134. A licença obrigatória tem uma consequência principal e imediata: o titular da patente perde a exclusividade de uso.

Pode, entretanto, ocorrer que o requerente da licença obrigatória comum proponha que ela seja celebrada a título exclusivo e que o titular não se manifeste, quando, então, a proposta será considerada aceita. Neste caso, o titular perde mais que a exclusividade: ele perde o direito de uso.

Quanto à licença obrigatória especial, ela será sempre concedida a título não exclusivo. Isto, porque, se o fundamento para a sua concessão for o do insuficiente atendimento do mercado, tornar-se-ia extremamente injusto virar-se a patente contra o seu próprio titular que, afinal, a estava explorando. Também se o fundamento for o do desuso, permanece essa idéia de injustiça, pois, em princípio, não decorreu ainda o prazo de três anos para que o titular iniciasse a exploração (após o decurso de três anos após a expedição da patente já não é necessário requerer a licença especial; basta requerer a licença comum, a qual, aliás, dispensa a comprovação da existência do interesse público).

135. "Segundo informa o nosso INPI, até hoje nunca se concedeu em nosso país uma licença obrigatória de exploração por não-uso de patentes, já tendo havido casos de cancelamento por caducidade, o que demonstra a ineficiência daquele remédio para prevenir o abuso por omissão dos titulares de patentes" (COMPARATO, Fábio Konder, conferência citada).

Poder-se-á acrescentar, aliás, que a licença obrigatória tem tido pouquíssima utilização em todo o mundo. E isso não é só devido a questões de ordem formal, como, por exemplo, a questões relativas ao procedimento administrativo ou judicial (possibilidade de recurso, necessidade de caução, etc.). É que o interessado sabe que é preferível propor a celebração de um contrato de licença voluntária ao titular da patente, mesmo após o decurso do prazo para o início da exploração. E se este a recusar, dificilmente poderá o interessado conseguir, com a licença obrigatória, que o titular lhe comunique o *know-how* suplementar necessário para a colocação do invento em prática.

A licença obrigatória comum realiza a sua função como *ameaça*. Por isso, se o titular não explora a patente e se um terceiro lhe propõe a celebração de um contrato de licença, em princípio aquele aceitará — primeiro, porque isso pode ser uma forma de ele realizar (ou majorar) lucros com a invenção; segundo, porque, se ele não aceitar livremente, o Estado poderá fazê-lo em seu nome, compulsoriamente, ou, num estágio ulterior, até extinguir a patente, via caducidade.

Por outro lado, em países em que a caducidade pode ser requerida independentemente da concessão prévia de uma licença obrigatória (é o caso do Brasil), se o interessado considerar as informações constantes da patente suficientes para a sua exploração, é preferível aguardar mais um ano e requerer a caducidade — quando não terá que pagar *royalties* pela exploração da invenção. 136. Outras legislações estipulam diferentes modalidades de licenças obrigatórias, não previstas no Código.

É o caso da licença obrigatória não exclusiva concedida em favor de terceiro que, até à data relevante de prioridade, tenha desenvolvido (ou tenha tomado conhecimento de) invenção idêntica à depositada, a tenha explorado ou tenha iniciado os preparativos para explorá-la, sem, no entanto, ter tido acesso à descrição da invenção reivindicada no pedido de patente (lei japonesa, art. 79; lei alemã, art. 12; lei austríaca, art. 22; lei dinamarquesa, art. 48; lei finlandesa, art. 48; lei francesa, art. 31; lei italiana, art. 6º; dessas leis, só as do Japão, da Dinamarca e da Finlândia se referem à licença obrigatória; os outros ordenamentos limitam-se a dizer que contra aquele terceiro não pode prevalecer o direito de patente, sendo que a lei austríaca admite que, a pedido do interessado, o titular emita em seu favor um certificado; de forma bastante razoável, as leis da Dinamarca e da Finlândia não se referem à data de prioridade, mas sim à data de publicação do pedido de patente).

O outro caso é o da licença obrigatória em virtude da expedição de uma patente dependente, isto é, de uma patente que, para ser explorada, dependa de autorização de uso de outra. A hipótese mais comum é a das patentes de aperfeiçoamento. Entre as leis que prevêem esse tipo de licença obrigatória estão a do Japão (art. 92 c/c art. 72), a da Áustria (art. 36, mas a invenção dependente deve ter “valor industrial incontestável”), a da Dinamarca (art. 46, desde que a licença “pareça razoável tendo em conta a importância da primeira invenção ou outros motivos particulares”) e a da Finlândia (art. 46, com idêntica observação).

137. Têm surgido recentemente algumas propostas alternativas aos sistemas tradicionais de patentes, visando, por um lado, abrandar o rigor das sanções para a não-exploração e, por outro, coibir o abuso dos direitos decorrentes da patente.

Uma dessas propostas, já referida na nota nº 23, é a da instituição dos certificados de inventor, adotados pela lei mexicana de 1975.

A grande diferença que existe entre a patente e o certificado de inventor é que, enquanto o titular daquela pode opor-se a que terceiros explorem a invenção, o titular deste não pode recusar a licença a quem lha propuser. Licença essa que, evidentemente, será remunerada. Mas note-se que não se trata de licença obrigatória — seja ela comum ou especial —, pois não fica condicionada à falta de exploração, a prazos de carência ou à existência de interesse público.

A principal vantagem dos certificados de invenção é a de, além de poderem proteger invenções não patenteáveis (como, por exemplo, produtos farmacêuticos) e, dessa forma, levarem à divulgação de invenções que, doutra forma, seriam mantidas em sigilo, não originarem a reserva de mercado à importação. Qualquer industrial nacional pode obter licença de exploração e utilizar a

tecnologia no país. O certificado de invenção evita, pois, o monopólio. Em contrapartida — e por essa mesma razão —, não assume o seu titular o ônus da exploração, sob a ameaça de caducidade, a qual é inaplicável à espécie.

Outra proposta já institucionalizada é a das patentes de curta duração sujeitas a prorrogação, mediante prova de uso efetivo. Este sistema foi adotado pela nova lei da Iugoslávia (lei de 1981, art. 51).

Outra proposta é a do Grupo dos 77 para a revisão da Convenção da União de Paris. Trata-se da instituição de uma licença obrigatória exclusiva caso o titular não explore o objeto da patente. A proposta, que é demasiadamente rigorosa, por permitir que a patente venha a produzir efeitos contra o próprio titular não explore o objeto da patente. A proposta, que é demasiadamente retirada na última conferência diplomática, realizada em Genebra, em 1982.

Recentemente a Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial ofereceu sugestão, segundo a qual, caso o titular não explorasse o objeto da patente, os direitos desta decorrentes deveriam ser suspensos. Enquanto não pudesse o titular comprovar o uso, ele não teria legitimidade para propor ações de contrafação contra terceiros. A sugestão vai ainda mais longe: se, durante a inércia do titular, um terceiro iniciasse a exploração da patente, ele não poderia mais tarde ser constrangido a abster-se dessa exploração; o titular só poderia posteriormente exercer os seus direitos se esse terceiro, em vez de aplicar a invenção industrialmente, no país, importasse o produto patenteado ou fabricado pelo processo patenteado.

Art. 34 — O pedido de licença obrigatória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente.

§ 1º — Apresentado o pedido de licença, será notificado o titular da patente para manifestar-se, no prazo de sessenta dias.

§ 2º — Findo esse prazo, sem manifestação do notificado, será considerada aceita a proposta, no prazo de sessenta dias.

§ 3º — No caso de contestação, deverão ser ordenadas investigações e perícias, bem como providenciado tudo quanto se faça necessário ao esclarecimento do assunto para permitir determinar a retribuição a ser estipulada.

§ 4º — Para atender ao disposto no parágrafo anterior, poderá ser designada uma Comissão constituída de três técnicos, inclusive estranhos aos quadros do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a qual deverá elaborar parecer conclusivo dentro de sessenta dias.

Art. 35 — Salvo motivo de força maior comprovado, o detentor da licença obrigatória deverá iniciar a exploração efetiva de seu objeto dentro dos doze meses seguintes à data de sua concessão, não podendo interrompê-la por prazo superior a um ano.

Art. 36 — Caberá ao titular da patente o direito de fiscalizar a produção, o montante das vendas e a boa utilização do invento,

conforme os termos da licença, bem como o de exigir a retribuição estipulada.

Art. 37 – O titular da patente poderá obter o cancelamento da licença obrigatória, quando provar que o cessionário deixou de atender ao disposto nos arts. 35 e 36.

Art. 38 – O detentor da licença de exploração ficará investido de poderes de representação que lhe permitam agir administrativa ou judicialmente em defesa do privilégio.

CAPÍTULO XIII

Da Desapropriação do Privilégio

Art. 39 – A desapropriação do privilégio poderá ser promovida na forma da lei, quando considerado de interesse da segurança nacional ou quando o interesse nacional exigir a sua vulgarização ou ainda sua exploração exclusiva por entidade ou órgão da Administração federal ou de que esta participe.

Parágrafo único – Salvo no caso de interesse da segurança nacional, o pedido de desapropriação, sempre fundamentado, será formulado ao Ministério da Indústria e do Comércio, por qualquer órgão ou entidade da Administração federal ou de que esta participe.

ANOTAÇÃO:

138. O interesse que fundamenta a desapropriação de patentes é um pouco diferente, quanto à sua amplitude, daquele que motiva a desapropriação em geral: o art. 39 refere-se ao interesse *nacional*, não podendo esse interesse, pois, restringir-se ao âmbito dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Territórios. Por isso, não podem essas autarquias territoriais desapropriar patentes.

Essa diferença tem sua razão de ser: é que o direito de patentes, tal como garantido pela Constituição, vale para todo o território nacional. Não poderia, pois, uma entidade da federação, de âmbito territorial limitado, desapropriar esse direito para atendimento de interesses regionalmente localizados. A essas entidades cabe, no máximo, requerer a licença obrigatória especial, quando for o caso.

139. O procedimento expropriatório, exceto no que respeita à legitimidade e à iniciativa, segue o disposto no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

CAPÍTULO XIV

Do Invento Ocorrido na Vigência de Contrato de Trabalho ou de Prestação de Serviços

Art. 40 – Pertencerão exclusivamente ao empregador os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, realizados durante a vigência de contrato expressamente destinado a pesquisa no Brasil, em que

a atividade inventiva do assalariado ou do prestador de serviços seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada.

§ 1º — Salvo expressa disposição contratual em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado será limitada à remuneração ou ao salário ajustado.

§ 2º — Salvo ajuste em contrário, serão considerados feitos durante a vigência do contrato os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, cujas patentes sejam requeridas pelo empregado ou pelo prestador de serviços até um ano depois da extinção do mesmo contrato.

§ 3º — Qualquer invento ou aperfeiçoamento decorrente de contrato, na forma deste artigo, será obrigatória e prioritariamente patenteados no Brasil.

§ 4º — A circunstância de que o invento ou o aperfeiçoamento resultou de contrato, bem como o nome do inventor, constarão do pedido e da patente.

ANOTAÇÃO:

140. O art. 40 conceitua a *invenção de serviço*.

Repare-se que o legislador foi extremamente infeliz ao referir-se a inventos e aperfeiçoamento. É que o termo *aperfeiçoamentos* não tem qualquer significado legal.

Com efeito, o termo não se refere nem a modelos de utilidade nem a modelos ou desenhos industriais, porque, por um lado, aperfeiçoamento de processo é sempre invenção e, por outro, um desenho industrial, por exemplo, não aperfeiçoa coisa alguma, apenas lhe muda o aspecto exterior.

Esses aperfeiçoamentos tampouco dizem respeito a outros produtos da criação empresarial como, por exemplo, as sugestões e as propostas de racionalização. Aquelas, largamente utilizadas pelas empresas japonesas — onde integram, a par com o sistema “zero-defeito”, o sistema do “controle total de qualidade” — referem-se tanto a procedimentos técnicos quanto a administrativos. Nem sempre são soluções técnicas e, portanto, nem sempre são invenções. As propostas de racionalização, adotadas pela legislação da União Soviética, referem-se a invenções que apresentam novidade apenas dentro da empresa em que foram realizadas. Ora, nem as sugestões nem as propostas de racionalização são objeto de previsão e de tratamento legais no Brasil. Não podem, pois, gerar direitos e obrigações trabalhistas.

141. Aquele contrato de pesquisa a que o *caput* se refere deve dizer respeito à pesquisa aplicada, isto é, virada para um resultado prático, e não para a pesquisa pura.

142. A equiparação entre assalariado e prestador de serviços é quase absoluta. Só se excetua, na ausência de legislação expressa, a competência da Justiça comum para decisão de conflitos surgidos entre prestador e tomador de serviços. Em se tratando de litígio entre empregado-inventor e empregador, a competência para apreciá-lo é da Justiça do Trabalho (com as exceções do art. 41 — invenções livres — e do art. 43).

143. O § 2º contém uma presunção meramente *juris tantum*.

Se o empregado conseguir provar que a invenção foi efetivamente realizada após extinto o contrato de trabalho, a invenção será dele — doutra forma, haveria clara ofensa à proteção constitucional. Mas como a presunção legal opera em favor do empregador, o ônus da prova em contrário é do ex-empregado. A questão mais difícil está em apurar o momento da invenção. Essa deve ser considerada realizada quando surgiu a idéia criativa da solução, pois é ela que é privativa de uns poucos homens, dotados de espírito criador e imaginativo. Por isso, as tarefas de pesquisa, de coleta de dados, de experimentação etc., pelo fato de poderem ser realizadas por qualquer um, não consistem verdadeiramente em invenção. Voltando atrás, deve o ex-empregado demonstrar que aquele momento inventivo ocorreu após a extinção do contrato de trabalho, ainda que, eventualmente, ele tenha iniciado antes as tarefas de pesquisa.

Se o depósito do pedido de patente tiver sido efetuado após um ano da extinção do contrato de trabalho, as posições invertem-se: a presunção, também *juris tantum*, opera a favor do ex-empregado e, conseqüentemente, o ônus da prova recai sobre o ex-empregador.

A finalidade da presunção é a de coibir a fraude — no caso, uma verdadeira apropriação indébita — pelo empregado.

O ex-empregador tem à sua disposição dois tipos de ação.

Uma delas é a ação anulatória de patente, prevista pela alínea *c* do art. 55.

Mas como essa ação conduz ao domínio público, pode o empregador optar pelo segundo tipo: a ação reivindicatória.

No caso da ação anulatória, a competência será da Justiça Federal, uma vez que o INPI, autarquia federal, deverá obrigatoriamente participar do processo como litisconsorte passivo.

Mas em se tratando de ação reivindicatória, a competência é da Justiça do Trabalho, uma vez que o que se vai examinar é precisamente a relação de emprego — sua natureza, funções do empregado, extinção etc. O prazo de prescrição é o do direito civil — dada a peculiaridade reivindicatória da pretensão —, não o do direito trabalhista.

144. O § 3º tem que ser entendido em termos.

Em primeiro lugar, não só as invenções patenteáveis geram a aplicação dos arts. 40 a 43, mas também as invenções listadas no art. 9º. Apenas se exige que se trate de invenção (ou modelo ou desenho). Evidentemente, desco-

bertas científicas e concepções puramente teóricas, por exemplo, não constituem invenções e, portanto, não merecem a incidência das normas deste Capítulo XIV. O interesse dessa ampla interpretação é o de estender a proteção trabalhista — sobretudo no caso das invenções mistas — a campos tecnológicos onde, por razões, sobretudo, de política econômica, há restrições à patenteabilidade.

Em segundo lugar, não se exige que a invenção seja objeto de pedido de patente, ainda que, por hipótese, ela seja patenteável. Na inércia do empregador, poderia o empregado depositar o pedido de patente, nos termos do § 3º do art. 5º. Mas a Justiça do Trabalho tem desconsiderado essa circunstância por não se poder, com bom senso, exigir do empregado comum um conhecimento da legislação de patentes.

Ressalte-se que o § 3º se aplica também à hipótese do art. 42 (invenção mista). E as duas observações feitas acima dizem respeito principalmente a essa espécie de invenções de empregados. Mas, no caso de o empregador estipular uma gratificação aos empregados de pesquisa que consigam chegar a um resultado inventivo, têm estes direito a reclamar o que lhes cabe mesmo que a invenção não seja patenteada ou patenteável.

Em terceiro lugar, onde está escrito “patenteado” deveria ler-se (com a ressalva feita acima) “depositado”. Isto porque é admissível (e até comum) ocorrer o arquivamento de um pedido por falta de pagamento de anuidades ou por falta de pedido de exame, independentemente dos requisitos de patenteabilidade que ele possa conter.

O § 3º deve ser, pois, assim entendido: se (e só se) o empregador depositar o pedido de patente relativo a invenção de empregado, deverá fazê-lo prioritariamente no Brasil.

Essa imposição dirige-se, sobretudo, às multinacionais, para que um invento aqui realizado não gere a saída de divisas — o que, em tese, seria possível, se o pedido no Brasil fosse depositado com reivindicação de prioridade de depósito estrangeiro.

Art. 41 — Pertencerá exclusivamente ao empregado ou prestador de serviços o invento ou o aperfeiçoamento realizado sem relação com o contrato de trabalho ou prestação de serviços ou, ainda, sem utilização de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

ANOTAÇÃO:

145. O artigo refere-se às *invenções livres*.

O conceito obtém-se por exclusão: o que não se caracteriza como invenção de serviço (art. 40) ou invenção mista (art. 42) constitui invenção livre.

Atente-se, entretanto, para a redação do dispositivo: “o invento (...) sem relação com contrato de trabalho (...) ou, ainda, sem utilização de recursos (...)”. Parece haver um certo conflito entre este texto e o do art. 42. É

que o invento *com* relação com o contrato de trabalho é o que está previsto pelo art. 40 — a invenção de serviço. E o art. 42 só se aplica aos inventos não compreendidos no disposto no art. 40. Então, os arts. 41 e 42 incidiriam sobre os mesmos inventos, só se distanciando a respectiva aplicação a partir da constatação de que o empregado usou (ou não) os recursos do empregador. Mas o art. 41 propõe uma alternativa: a invenção é livre se não tem relação com o contrato de trabalho *ou* se, mesmo tendo essa relação, o empregado não fez uso dos recursos do empregador. Por outro lado, e dentro dessa mesma alternativa, mesmo que o empregado tenha usado recursos do empregador, a invenção é livre desde que não tenha relação com o contrato de trabalho — à primeira vista, hipótese que o art. 42 também compreende.

No entanto, o conflito é apenas aparente e decorre de infelicidade de redação quer do art. 41 quer do art. 42.

Quando aqui, no art. 41, se fala em invenção “sem relação com o contrato de trabalho”, o significado é o da invenção que está fora das atividades econômicas do empregador. E quando, no art. 42, se faz referência a invento “não compreendido no disposto no art. 40”, a intenção é a de abranger aqueles inventos que, relacionados com a atividade empresarial do empregador, foram realizados por empregados que não foram contratados para inventar.

Em anotação ao art. 42 voltarei ao assunto.

Acrescente-se que, uma vez que o conceito de invenção livre se obtém por exclusão, o art. 41 é espúrio. Poderia perfeitamente ser retirado.

Art. 42 — Salvo expressa estipulação em contrário, o invento ou aperfeiçoamento realizado pelo empregado ou pelo prestador de serviços não compreendido no disposto no art. 40, quando decorrer de sua contribuição pessoal e também de recursos, dados, meios materiais, instalações ou equipamentos do empregador, será de propriedade comum, em partes iguais, garantido ao empregador o direito exclusivo da licença de exploração, assegurada ao empregado ou prestador de serviços a remuneração que for fixada.

§ 1º — A exploração do objeto da patente deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de um ano, a contar da data da expedição da patente, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado ou do prestador de serviços o invento ou o aperfeiçoamento.

§ 2º — O empregador poderá ainda requerer privilégio no estrangeiro, desde que assegurada ao empregado ou prestador de serviços a remuneração que for fixada.

§ 3º — Na falta de acordo para iniciar a exploração da patente, ou no curso dessa exploração, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer a preferência, no prazo que dispuser a legislação comum.

ANOTAÇÃO:

146. O artigo trata das *invenções mistas*. Aos requisitos enunciados, há que acrescentar um e esclarecer outro:

— em primeiro lugar, deve a invenção referir-se à atividade econômica do empregador, tal como definida no estatuto ou no contrato social; assim, se, por exemplo, a empresa é fabricante de cimentos e a invenção diz respeito a mobiliário (suponha-se que o empregado usou material do empregador para fazer os projetos de *design*, além de realizá-los durante o horário de trabalho), essa invenção é *livre* porque a fabricação de mobiliário está fora da linha de produção do empregador; por outro lado, exige-se que a introdução da invenção tenha uma relação *direta* de causa e efeito com o aumento, quantitativo ou qualitativo, da produção ou com a redução de custos; admite-se, por exemplo, como invenção mista um aperfeiçoamento de um trem de aterrissagem realizado por empregado de uma empresa de transportes aéreos (evidentemente, desde que presentes os outros requisitos); admite-se também como tal, na mesma empresa, o desenvolvimento de um programa de computador que facilite o trabalho na marcação de reservas; mas não será considerada invenção mista (e sim livre) o desenvolvimento de computador — isto é, do equipamento — para efetuar essa operação — o que aumenta a eficiência da empresa não é o computador, de forma direta, mas sim o programa que nele se coloca;

— está pouco clara a expressão “contribuição pessoal”; será que ela significa que a invenção, quando decorrer de tarefa imposta pelo empregador, passa a ser de serviço? Aparentemente sim, mas temos que lembrar que o art. 42 dispõe sobre invenções não compreendidas no disposto no art. 40; então, a imposição dessa tarefa pelo empregador iria forçosamente implicar uma alteração unilateral do contrato de trabalho, com óbvios prejuízos para o empregado — prejuízos esses decorrentes da própria lei, pois se a invenção for considerada de serviço, o empregado não tem direito a qualquer outra remuneração além da estipulada no contrato; o que a expressão “contribuição pessoal” quer significar é que o empregado tem que ter participado da fase inventiva, e não apenas da pesquisa de dados ou da aplicação de testes — é muito comum que, das equipes de pesquisa, façam parte uns poucos pesquisadores e um grande número de empregados administrativos, com meras funções de apoio; ora, estes empregados colaboram na realização de invenções mas não são, apenas por isso, inventores, pelo que não poderão invocar o art. 42 em seu benefício.

147. “A remuneração que for fixada” não é salário mas sim preço pela exploração de um direito de patente: consiste, portanto, em *royalties*. A fixação pode (e deve) ser feita por contrato escrito, estipulando condições de pagamento. Os *royalties* devem equivaler a metade do lucro que o empregador tem com a exploração do invento, a partir da sua efetiva integração ao processo produtivo, para cálculo dos quais devem ser deduzidos os custos com a exploração (matérias-primas, mão-de-obra, energia etc.) e as despesas com a aquisição e a manutenção dos direitos (retribuições, anuidades, despesas com agentes de patentes etc.). Se a invenção se destinar a reduzir custos, o lucro auferido com a invenção consiste no montante dessa redução. Computam-se também nos lucros os rendimentos obtidos com uma eventual licença da patente a terceiros. O pagamento deverá ser feito em parcelas (trimestrais, semestrais, ou como se

estipular), podendo o seu valor ser revisto periodicamente, dependendo da valorização (ou desvalorização) do invento. Esse pagamento poderá ser efetivado só a partir da expedição da carta patente, mas, nesse caso, os valores deverão levar em conta o período de exploração, se esta tiver ocorrido, anterior à expedição. Em se tratando de invenção não patenteável ou não patenteada, os *royalties* devem ser pagos a partir da exploração do invento.

148. Mais comum do que a co-propriedade é a cessão dos direitos pelo empregado no momento da admissão no emprego. Trata-se, no caso, de cessão de bens futuros.

Se a invenção vier a ser realizada, e por se tratar de cessão, deverá o empregador, após a expedição da carta patente (ou a partir do momento da utilização da invenção, se ela não for patenteável ou patenteada), pagar os *royalties* no montante equivalente a metade do valor da invenção, de uma só vez, mas assistindo ao empregado o direito de, posteriormente, pleitear a revisão desse montante.

Também por se tratar de contrato de cessão, o empregado tem direito aos *royalties* mesmo no caso em que o empregador não explore a invenção. Neste caso, o preço a ser pago deve ter como referência o valor de mercado do invento (isto é, aquilo que o empregador ganharia se explorasse, licenciasse ou vendesse a patente). Impõe-se esta solução porque, em havendo cláusula de cessão, não dispõe o empregado da “proteção” do § 1º (o termo *proteção* vai entre aspas porque a sua eficácia é muito discutível).

149. A competência para a solução de litígios sobre *royalties* é da Justiça do Trabalho.

Na hipótese de co-propriedade, a prescrição da ação é de cinco anos, contados do vencimento de cada prestação (na falta de estipulação contratual, o vencimento deverá ocorrer em períodos anuais) — Código Civil, art. 178, § 10, II.

Na hipótese de cessão, a prescrição é de vinte anos, contados da expedição da carta patente (ou do início da utilização da invenção, se esta não for patenteável ou patenteada) — Código Civil, art. 177.

150. Aplica-se às invenções mistas o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 40.

151. A invenção mista é uma reminiscência das construções doutrinária e jurisprudencial francesas que, presentemente, foi afastada da grande maioria das legislações.

Com efeito, a fórmula da co-propriedade, embora aparentemente justa, não tem qualquer viabilidade prática. Como consequência disso, os empregadores geralmente desrespeitam os direitos dos autores de invenções mistas ou, então, como tem ocorrido com frequência, estipulam a cessão futura no ato de admissão do empregado, mediante inserção de cláusula no contrato de trabalho.

Art. 43 — Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber, às entidades da Administração Pública, Direta ou Indireta, federal, estadual ou municipal.

JURISPRUDÊNCIA (relativa ao Capítulo XIV):

I — “Competência da Justiça do Trabalho — Inventos do empregado.

— É a Justiça do Trabalho a competente para julgar os dissídios em que o empregado pede participação nos lucros obtidos pelo empregador com a exploração de invento seu, realizado no curso do contrato de trabalho, e que pertence a ambos por força de lei.”

TRT 3ª Região — RO 1.940/72 — Rel. Juiz Alfio Amaury dos Santos — 2ª T., em 6-12-72 — *LTr* 37/353.

II — “Invenção de empregado no curso do contrato de trabalho. O direito do obreiro a haver da empresa participação nos proveitos decorrentes da utilização do invento por parte da empresa independe da concessão de patente por parte do órgão administrativo correspondente.”

TST — RR 1.518/74 — Rel. Min. Renato Machado — 2ª T., em 17-9-74 — *DJU*, de 16-10-74.

III — “Competência jurisdicional. A Justiça do Trabalho é competente para decidir litígio, entre empregado e patrão, sobre proveitos resultantes da utilização do invento por uma das partes. Embargos não conhecidos.”

TST — E-RR 1.518/74 — Rel. Min. Ary Campista — T. P., em 23-6-75 — *DJU*, de 9-9-75.

IV — “Invenção do Obreiro — Deve integrar a sua remuneração a utilização pela empresa de invento do obreiro, que foi realizado sem qualquer participação da empresa, sem relação com o contrato de trabalho, embora associado à natureza da atividade empresarial.”

TRT 3ª Região — RO 977/79 — Rel. Juiz José Nestor Vieira — 2ª T., em 23-8-79 — *DJMG*, de 24-10-79.

CAPÍTULO XV

Da Invenção de Interesse da Segurança Nacional

Art. 44 — O pedido de privilégio, cujo objeto for julgado de interesse da segurança nacional, será processado em caráter sigiloso, não sendo promovidas as publicações de que trata este Código.

§ 1º — *Para os fins deste artigo, o pedido será submetido à Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.*

§ 2º — *Ao Estado-Maior das Forças Armadas caberá emitir parecer técnico conclusivo sobre os requisitos exigidos para a concessão do privilégio em assuntos de natureza militar, podendo o exame técnico ser delegado aos Ministérios militares.*

§ 3º — *Não sendo reconhecido o interesse da segurança nacional, o pedido perderá o caráter sigiloso.*

Art. 45 — Da patente resultante do pedido a que se refere o art. 44, que será também conservada em sigilo, será enviada cópia à

Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional e ao Estado-Maior das Forças Armadas.

Art. 46 – A invenção considerada de interesse da segurança nacional poderá ser desapropriada na forma do art. 39, após resolução da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 47 – A violação do sigilo de invenção que interessar à segurança nacional, nos termos do art. 44, será punida como crime contra a segurança nacional.

ANOTAÇÃO:

152. Ver DOMINGUES, Douglas Gabriel, *Direito Industrial – Patentes*, ob. cit., págs. 220-225.

153. Uma vez que esses processos tramitam em sigilo, em caso de conflito de um pedido de patente com uma patente já concedida – e igualmente mantida em sigilo (art. 45) – ou com outro pedido em andamento, o requisito da novidade deverá ser apurado através do critério da interferência (v. nota 34).

CAPÍTULO XVI

Da Extinção e da Caducidade do Privilégio

Art. 48 – O privilégio extingue-se:

- a) pela expiração do prazo de proteção legal;*
- b) pela renúncia do respectivo titular ou seus sucessores, mediante documentação hábil;*
- c) pela caducidade.*

Art. 49 – Salvo motivo de força maior comprovado, caducará o privilégio, ex officio ou mediante requerimento de qualquer interessado, quando:

- a) não tenha sido iniciada a sua exploração no País de modo efetivo, dentro de quatro anos, ou dentro de cinco anos, se concedida licença para sua exploração, sempre contados da data da expedição da patente;*
- b) a sua exploração for interrompida por mais de dois anos consecutivos.*

Parágrafo único – Ao titular do privilégio, notificado de acordo com o art. 53, caberá provar não terem ocorrido as hipóteses previstas neste artigo ou a existência de motivo de força maior.

ANOTAÇÃO:

154. Sobre os fundamentos da imposição do ônus da exploração, v. notas 127-130. Sobre o conceito de exploração e de força maior, v. notas 131 e 132.

Sobre o conceito de abuso de direito em matéria de não-exploração de patentes, v. nota 132.

155. “O Código da Propriedade Industrial apresenta a licença obrigatória e a caducidade como meios paralelos para punir o titular que não explora o objeto da patente. O terceiro interessado teria assim, passados quatro anos da expedição da carta patente, a opção: ou requerer a licença obrigatória ou requerer a caducidade.

A Convenção da União de Paris, texto de Haia, em seu art. 5º, dispõe que (alínea 2ª): “(...) cada um dos países terá a faculdade de adotar as medidas legislativas necessárias à prevenção dos abusos que puderem resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, por exemplo, por falta de uso efetivo”. (Alínea 3ª): “Essas medidas não poderão prever a caducidade da patente, a não ser que a concessão de licenças obrigatórias não seja suficiente para prevenir esses abusos”.

Segundo notícia que nos dá ROUBIER (*Traité de la Propriété Industrielle*, Recueil Sirey, Paris, 1954, 2º vol., págs. 322 e ss.), no texto primitivo da Convenção e nas conferências de revisão foi mantida a regra que permitia aos países da União admitirem em suas legislações a caducidade por falta de exploração da patente, e as regras introduzidas pelo direito unionista (prazo concedido ao titular, ausência de causas legítimas de inação) não contrariavam o funcionamento do sistema e, aliás, tinham sido adotadas espontaneamente num expressivo número de leis nacionais.

Na Conferência de Haia (1925) a situação mudou. O *Bureau* de Berna propôs um novo texto para o art. 5º, em cuja redação a caducidade cedia definitivamente o passo em favor da licença obrigatória.

Atendendo-se a reivindicação da delegação dos Estados Unidos, cuja legislação não estipula sequer o ônus de explorar, a Conferência, invocando o exemplo da lei britânica, chegou a uma redação conciliatória.

Passamos a citar ROUBIER:

“Por um lado, suprimiu-se, no art. 5º, a 2ª alínea que vigorava desde a criação da União, e em virtude da qual “o titular da patente ficava sujeito à obrigação de explorar a patente” nos países da União que impunham essa obrigação, sob pena de caducidade após três anos de não-exploração, sem motivos legítimos para essa inação. A 2ª alínea passava a ter a seguinte redação (já transcrita acima). Assim, o direito unionista, inspirando-se no sistema anglo-saxão dos abusos do direito de monopólio, orientava os legisladores dos países da União, se quisessem atribuir a este sistema toda a sua amplitude, a tomar medidas do gênero daquelas que o direito inglês previra, e vale dizer, condenando este ou aquele caso particular de abuso; ele limitava-se a enunciar o único caso então tradicionalmente visado, o caso de falta de exploração da patente, o qual era expressamente indicado como o mais típico desses abusos.

A 3ª alínea do texto do art. 5º prosseguiu da mesma maneira (já transcrito). Esta alínea é mais complexa do que a precedente, pois ela contém na realidade duas propostas distintas: uma, segundo a qual a licença obrigatória é

a sanção normal do abuso, outra, segundo a qual a lei nacional não poderia admitir a caducidade da patente a não ser no caso em que a concessão de licença obrigatória seja arma insuficiente contra os abusos (*idem*, pág. 327).

Mais à frente o insigne tratadista francês lembra que o texto da revisão de Londres (à qual o Brasil não aderiu), de 1934, veio esclarecer e precisar o sentido do texto da Conferência de Haia. Estipulava o texto de Londres que nenhuma ação de caducidade ou revogação de uma patente poderia ser interposta antes de expirado o prazo de dois anos contados da concessão da primeira licença obrigatória.

MATHELY afirma, a respeito, que, independentemente da questão de prazo, os dois textos convencionais têm o mesmo sentido: "O *Bureau* Internacional, na época, propunha a supressão pura e simples da sanção da caducidade. Não se conseguiu nunca obter um acordo sobre este ponto. Então, em Haia e em Londres, chegou-se, como sempre, a uma solução conciliatória que é a seguinte: a caducidade não é suprimida, mas ela não passa de uma sanção subsidiária. A sanção principal será a licença obrigatória, e a caducidade não poderá ser decretada a não ser que, em primeiro lugar, uma licença obrigatória tenha sido já concedida e, em segundo lugar, essa licença obrigatória se revele insuficiente para remediar os abusos decorrentes da falta de exploração" (MATHELY, Paul, "Convention de Paris — Questions particulières concernant les brevets et les marques", *Cours des BIRPI de Propriété Industrielle*, Genebra, 1965, Ed. BIRPI, pág. 30).

Segundo o texto convencional, a licença obrigatória e a caducidade são complementares, não paralelas, só podendo esta ser decretada se aquela for insuficiente — por exemplo, quando também o licenciado não explora a patente.

O Código, por conseguinte, viola o texto da Convenção.

Tem o INPI aplicado a lei interna por entender, primeiro, que a Convenção permite que os países adotem as medidas legislativas que acharem necessárias e, depois, que não é suficiente a concessão de licenças obrigatórias para prevenir a falta de exploração.

Na realidade, a Convenção limita a faculdade de adoção de medidas tendentes a prevenir os abusos. Os países poderão, por exemplo, exigir do titular que comprove de dois em dois anos o uso da patente, sob pena de ser progressivamente aumentada a respectiva anuidade. Mas, especificamente quanto à caducidade, ela fica condicionada a uma prévia (e insuficiente) concessão de licença compulsória.

É regra de interpretação dos tratados a análise em conjunto de suas partes, de vez que elas se completam. O INPI deixou de cumprir essa regra ao extrair isoladamente a 2ª alínea do art. 5º da Convenção da União de Paris, omitindo a 3ª alínea. Por outro lado, ao invocar o segundo argumento, o INPI está, *a priori*, condenando ao fracasso o sistema de licenças obrigatórias e facilitando a caducidade, o que ofende o espírito e a letra do texto convencional que dava então seus primeiros passos num sentido liberalizante.

A nosso ver, a alínea 3ª do art. 5.º da CUP significa que a sanção básica a ser cominada ao titular que não dá um fim socialmente econômico à patente é a licença obrigatória; a caducidade é sanção secundária, só aplicável no caso de aquela falhar (quando, noutro exemplo, o titular se recusa a fornecer o *know-how* complementar ao requerente da licença obrigatória) (CARVALHO, Nuno T. Pires de, "Aquisição e perda dos direitos de patente", cit., págs., 25/27).

156. Mas será que está vedada a aplicação do art. 49, dentro do sistema jurídico brasileiro?

A análise que eu fazia no texto transcrito, e que sustentava a resposta afirmativa a essa questão — e eu penitencio-me hoje por isso —, peca pela sua restrita perspectiva, pois limita-se ao cotejo da norma legal com a convencional. Entretanto — e foi nisso que errei —, esqueci-me de ir procurar o embasamento ideológico do art. 49 e que, como não poderia deixar de ser, está na Constituição Federal.

Qual é o tratamento ideológico da patente?

Por um lado, assegura-se o favor legal ao inventor, no capítulo referente aos Direitos e Garantias Individuais. Mas, por outro lado, a patente, enquanto fator monopolizante, integra a ordem econômica e esta "tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social" (*caput* do art. 160). Os princípios ideológicos específicos aplicáveis à patente estão também expressos no art. 160: função social da propriedade (inciso III) e repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (inciso V).

Ora, viu-se que a patente não se limita ao reconhecimento de um direito individual. Essa era a perspectiva das revoluções americana e francesa, e que não tem hoje qualquer correspondência na realidade sócio-econômica. A patente, pelo menos para os países subdesenvolvidos, voltou às origens medievais e tornou-se um instrumento de introdução de técnicas estrangeiras — v. notas 127 e 128 (só que na Idade Média se outorgava a patente ao artesão estrangeiro, como um privilégio pessoal, e hoje ela é concedida à invenção; isto é, à patente não interessa o fluxo de pessoas, mas sim o fluxo da tecnologia desincorporada; a rigor, o privilégio medieval referia-se ao conhecimento específico do artesão — ao seu *know-how* —, enquanto que, hoje, *know-how* e invenção patenteada são conceitos legalmente distintos, quando não opostos e até incompatíveis entre si).

E por que esse regresso às origens? É que, com a evolução dos sistemas de patentes, percebeu-se que essa é a forma de a patente atender à ideologia constitucional do desenvolvimento. O texto de PENROSE, citado na nota 130, é bem elucidativo a esse respeito: as patentes concedidas aos titulares estrangeiros não têm servido senão à formação de sólidas reservas de mercado.

Haveria, pois, que tomar medidas legais que efetivasse a norma constitucional. E essas medidas, constantes do Código, são a licença obrigatória e a caducidade.

Ressalte-se, entretanto, um aspecto fundamental: a licença obrigatória, enquanto medida de política econômica, tem pouca economicidade, pois, por um lado, não tem sido utilizada (v. nota 135) e, por outro, não tem evitado a não-exploração. Prevalece, então, a medida drástica da caducidade, a qual, para os fins propostos, oferece muito mais vantagens. Por outras palavras, a caducidade realiza mais cabalmente o preceito constitucional do que a licença obrigatória.

Com isso não se nega a validade da licença obrigatória (enquanto *ameaça*, ela não deixa de apresentar vantagens); mas ela passa a ter muito mais economicidade (aqui o sentido do termo é o de eficácia na atuação da norma constitucional), se for secundada pelo instituto da caducidade.

A regra, por ter caráter genérico, aplica-se também aos inventores nacionais. Também para eles é imperativa a contribuição ao desenvolvimento, por meio da introdução de suas invenções no processo produtivo.

Que existe conflito entre o art. 49 do Código e o texto da CUP, revisão de Haia, isso não deixa margem para dúvidas. Mas o art. 49 é medida legislativa de atuação do princípio constitucional que subordina o sistema de patentes ao objetivo máximo do desenvolvimento. O instituto da caducidade está, pois, autorizado pela Constituição.

Portanto, o conflito é remetido para o confronto entre o art. 5º da CUP e o art. 160 da Constituição federal — e, entre os dois dispositivos, este é, sem dúvida, o que prevalece.

JURISPRUDÊNCIA:

I — “Os efeitos da declaração de caducidade da patente de invenção não retroagem, são para o futuro.”

STF — RE 18.639 — Rel. Min. Orozimbo Nonato — Unânime — 2ª T., em 24-7-51 — RF 141/137.

II — “Patente. Falta de prova de sua exploração. Caducidade. Denegação da ‘segurança’ requerida.

A falta de comprovação do uso ou exploração da patente no País importa em caducidade. O processo titulado significa fabricação, não podendo ser substituído por simples aplicação de produtos importados.

De qualquer modo não há direito líquido e certo a ser protegido. Para apurar-se, realmente, se a versão defendida pela impetrante é a certa, por sua exata correspondência ao que consta do memorial, que instruiu o processo administrativo, na necessidade de exame aprofundado e confronto de fatos, o que, no entanto, não se ajusta à sistemática do mandado de segurança. Ademais, a empresa denunciante, sendo interessada legítima no desfecho da causa, não foi notificada devidamente.

Mantém-se assim a decisão de primeira instância, que indeferiu o pedido, ressaltando embora as vias ordinárias à impetrante.

TFR — AMS 77.879-RJ — Rel. Min. Amarílio Benjamim — Unânime — 2ª T., em 13-8-76 — RTFR 55/184.

III — “INPI — Patente — Caducidade.

A exigência de averbação do contrato de licença para exploração de patente, prevista no art. 30 do Código da Propriedade Industrial, cinge-se à necessidade de se saber o que está sendo contratado e o que deve ser transferido para o País em matéria de tecnologia

A alegação da firma detentora da patente, de estar a mesma sendo explorada por outra empresa, sem licença averbada, não afasta a declaração de caducidade prevista no art. 49 do mesmo Código.

O ato impugnado não constitui violação do art. 5º da Convenção de Paris, uma vez que o decreto que a aprovou prevê a faculdade dos países contratantes de adotar as medidas legislativas necessárias.

Apelo improvido, ressalvadas as vias ordinárias."

TFR — AMS 81.681-RJ — Rel. Min. Otto Rocha — Unânime — 1ª T., em 3-9-79 — DJU, de 19-3-80.

IV — "Propriedade Industrial. Ato do INPI que decretou a caducidade de patente, a requerimento de terceiro interessado, por alegado motivo de desuso. Aplicação à espécie do art. 5º da Convenção da União de Paris, aprovada pelo Decreto nº 19.058, de 1929, reproduzido o respectivo texto no art. 33 do Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71). Mandado de segurança concedido em primeira instância, por sentença que se reforma."

TFR — AMS 81.111-RJ — Rel. Min. Américo Luz — Unânime — 6ª T., em 18-8-80 — DJU, de 18-9-80.

V — "Propriedade Industrial. Administrativo. Patente para a produção de máquina de fabricar tubos. Caducidade, por falta de utilização da patente em escala industrial. Caso em que não se configura; ato administrativo meramente arbitrário. Se a patente foi concedida sem qualquer especificação quanto à escala em que deva ser explorada a produção do invento, resulta meramente arbitrário o ato administrativo que decretou a respectiva caducidade."

TFR — AC 55.003-RJ — Rel. Min. Romildo Bueno de Souza — Por maioria — DJU, de 1º-10-81 — EJTFR 28/21.

VI — "Administrativo. Propriedade Industrial. Convenção de Paris. Caducidade. Licença Obrigatória. Contrato.

O CPI vigente, ao estabelecer a licença obrigatória, no seu art. 33, e disciplinar a caducidade da patente, no art. 49, comportou-se de acordo com a faculdade de estabelecer medidas legislativas tendentes a evitar o abuso do direito de exclusividade do invento, estabelecida no art. 5º da Convenção de Paris; outrossim, a proibição da caducidade, a não ser que a licença obrigatória se mostre insuficiente para aquele fim, ali estatuído, não significa que o Estado esteja obrigado a manter intocada uma patente sem uso, até que expire seu prazo, impedindo-o de declarar-lhe a caducidade caso nenhum interessado viesse a requerer licença obrigatória para sua exploração, vale dizer, a concessão de licença, para ser eficaz, deve processar-se no prazo legal, antes que perca a caducidade do privilégio do titular. No caso concreto, medeia, entre a declaração de caducidade e o contrato de licenciamento, prazo superior ao do art. 49, *a*. Ineficácia do contrato não escrito, na forma do art. 29 do CPI. Compatibilidade dos arts. 33 e 49 com a Convenção de Paris bem como da legitimidade da exigência de averbação, precedentes deste Tribunal e do Alto Pretório. Desprezada a averbação apresentada. Negou-se provimento ao recurso voluntário."

TFR — AMS 87.502-RJ — Rel. Min. Sebastião Alves dos Reis — Unânime — 5ª T. em 7-6-82 — DJU, de 26-8-82, pág. 8134.

VII — "Administrativo. Propriedade Industrial. Privilégio. Caducidade da Lei nº 5.772/71, arts. 33 e 49; Convenção de Paris, art. 5º 1 — Não tendo sido, no País, iniciada a exploração, de modo efetivo, no prazo de quatro anos, contados da data da expedição da patente, opera-se a caducidade do privilégio. A consumação desse fenômeno, na hipótese que tal, não depende de concessão prévia de licença obrigatória. A existência dessa apenas desloca para cinco anos o prazo de caducidade. Ausência de negativa de vigência do art. 5º da Convenção de Paris, reproduzido pelo art. 33 do Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71). 2 — Providos os recursos, inclusive a remessa *ex officio*."

TFR — AMS 86.426-RJ — Rel. Min. Pedro da Rocha Acioli — Unânime — 5ª T., em 7-6-82 — DJU, de 16-9-82, pág. 9059.

Art. 50 — Caducará automaticamente a patente se não for comprovado o pagamento da respectiva anuidade no prazo estabelecido no art. 25, ressalvado o caso de restauração, ou quando não for observado o disposto no art. 116.

JURISPRUDÊNCIA:

— “Administrativo — Registro de Patente — Caducidade — Descumprimento de obrigação legal.

A exigência, para o estrangeiro, de manutenção de procurador, devidamente qualificado e domiciliado no Brasil, com vistas a assuntos pertinentes à Propriedade Industrial, constitui regra legislativa, para cujo cumprimento não há necessidade de ciência, através de publicação de ato administrativo neste sentido. Aplica-se à espécie o princípio do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil. Demais disso, há provas circunstanciais que atestam o conhecimento da impetrante de toda legislação a que se sujeita. Segurança cassada.”

TFR — AMS 81.733-RJ — Rel. Min. William Patterson — Unânime — 2ª T. — DJU, de 21-5-80 — EJFR 12/16.

Art. 51 — Até o máximo de trinta dias após a data da ocorrência da caducidade por falta de comprovação tempestiva do pagamento da anuidade e, independentemente de qualquer notificação, poderá ser requerida a restauração da patente.

ANOTAÇÃO:

157. Durante muito tempo discutiu-se se a possibilidade de restauração se estendia também aos pedidos de patente. A questão já foi superada pelo TFR, mediante a Súmula nº 7, abaixo transcrita. Acredito que o STF, que, em decisões anteriores, tomou posições contraditórias, manterá a orientação sumulada do TFR.

JURISPRUDÊNCIA:

I — “Código da Propriedade Industrial. Arquivamento de pedido de privilégio de invenção, por falta de pagamento de anuidade. Pedido de restauração tempestivamente apresentado. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

STF — RE 87.815-RJ — Rel. Min. Rodrigues Alckmin — Unânime — 1ª T., em 6-12-77 — LEXJSTF 8/134.

II — “Código da Propriedade Industrial. Arquivamento do pedido de privilégio de invenção por falta de pagamento de anuidade. Inaplicação das normas relativas à caducidade de patente já concedida. Segurança denegada. Não conhecimento do recurso extraordinário.”

STF — RE 87.533-RJ — Rel. Min. Djaci Falcão — Unânime — 2ª T., em 13-12-77 — LEXJSTF 10/191.

III — “O art. 51 do Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21-12-71) também se aplica aos pedidos de privilégio.”

TFR — Incidente de uniformização de Jurisprudência na AMS 76.580, T.P. em 6-11-79.

IV — “Propriedade industrial. Contagem dos prazos para pagamento das anuidades do privilégio (art. 25, Lei nº 5.772/71) e também para restauração do que já tiver caducado (arts. 50 e 51). Faz-se de acordo com os prazos normais e de tolerância

estipulados no Código, que não se somam aos da Convenção da União de Paris, com a redação de Haia, art. 5º bis, que somente atua na outorga de prazos não previstos na lei local ou cujos aumentos se façam necessários. Precedentes do TFR (AMS n.os 75.092/GB e 75.006/GB, 2ª Turma).”

TFR — AMS 84.450-RJ — Rel. Min. Evandro Gueiros — Unânime — 4ª T. — DJU, de 11-2-80 — EJTFR 9/17.

Art. 52 — Considera-se uso efetivo a exploração comprovada, contínua e regular da invenção em escala industrial, seja através de produção pelo titular da patente, seja por produção através de concessão de licenças de exploração a terceiros, observado o disposto no § 3º do art. 33.

Art. 53 — A decisão sobre a caducidade por falta de uso efetivo será proferida após decorrido o prazo de sessenta dias da notificação feita ao titular do privilégio.

Art. 54 — Do despacho que declarar ou denegar a caducidade da patente por falta de uso efetivo caberá recurso, no prazo de sessenta dias.

Parágrafo único — A patente cairá em domínio público quando o ato que declarou a caducidade ficar irrecorrido ou for mantido em grau de recurso.

CAPÍTULO XVII

Da Nulidade e do Cancelamento do Privilégio

Art. 55 — É nulo o privilégio quando:

- a) seu objeto não observou as condições dos arts. 6º, 10, 11 e 12;*
- b) tiver sido concedido contrariando os arts. 9º e 13;*
- c) tiver sido concedido contrariando direitos de terceiros;*
- d) o título não corresponder ao seu verdadeiro objeto;*
- e) no seu processamento, tiver sido omitida qualquer das providências determinadas por este Código, necessárias à apreciação e expedição da respectiva carta patente;*
- f) não tiver sido observado o disposto no § 3º do art. 40.*

Parágrafo único — A nulidade poderá não incidir sobre todas as reivindicações do privilégio.

ANOTAÇÃO:

158. Ver GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, vol. II, tomo I, parte II, págs. 278-296.

Art. 56 — Ressalvado o disposto no art. 58, a arguição de nulidade só será apreciada judicialmente, podendo a competente ação ser proposta em qualquer tempo de vigência do privilégio.

ANOTAÇÃO:

159. Apesar da redação do dispositivo, note-se que, a rigor, não existe “vigência do privilégio” nulo. Isto, porque a declaração de nulidade produz efeitos *ex tunc*.

160. Precisamente porque a nulidade produz esse efeito, indaga-se da possibilidade de sua alegação como matéria de defesa em ação de contrafação.

Em se tratando de ação criminal, essa possibilidade é expressamente admitida pelo art. 188 do Decreto-Lei nº 7.903/45.

Mas em se tratando de ação cível, e porque não há previsão legal expressa, a jurisprudência a esse respeito está longe da uniformidade.

A meu ver, a alegação da nulidade em defesa deve ser também admitida na ação cível de contrafação. E isso porque, para que o titular possa fazer prevalecer os seus direitos, é preciso, antes de tudo, que eles decorram de um título válido. Aliás, as condições específicas da ação cominatória em matéria de patentes são idênticas às da ação criminal: a existência de uma patente válida e a ocorrência da contrafação. É o próprio Código de Processo Civil que, no art. 301, dispõe que, antes de discutir o mérito, deve o réu arguir a carência de ação, a qual se consubstancia na inexistência de pelo menos uma das condições da ação (art. 267, VI).

Se a patente é nula, falta ao seu titular a *legitimatio ad causam* — defesa essa que, segundo o CPC, deve ser alegada em preliminar.

161. Apesar de o CPC não conter norma expressa prevendo a possibilidade da suspensão cautelar dos efeitos da patente — norma essa que constava do CPC de 1939, art. 333 —, apesar disso, dizia, a suspensão ainda hoje é possível, como medida cautelar inominada (v. Jurisprudência, V).

JURISPRUDÊNCIA:

I — “Não é oportuna a propositura de ação de nulidade de patente de modelo de utilidade, quando ainda em curso procedimento administrativo com vistas ao cancelamento *ex officio* da patente. Ainda há de se provar a existência de anterioridade impeditiva — falta de novidade — para a decretação de nulidade.”

STF — RE 68.137 — MG — 13-8-70 — RTJ 55/500.

II — “Propriedade Industrial. Ação de nulidade de patente. Julgada procedente, em primeiro grau, vieram os autos ao TFR, por força de recurso de ofício.

— Pedido formulado pelo réu, já em segunda instância, de decretação de nulidade do processo, a partir da contestação, visto não ter sido seu procurador intimado dos atos processuais subsequentes, o mesmo ocorrendo com o INPI, litisconsorte passivo.

— Intimado regularmente da sentença desfavorável, o réu não recorreu. Não cabe, na instância superior, vir alegar vício de intimação, quanto a fase anterior do processo. Pela natureza do pedido, dele não se conhece.

— É, entretanto, suscetível de conhecimento, no âmbito do recurso de ofício, a questão relativa à nulidade do processo, porque o INPI não fora intimado para atos processuais seguintes ao despacho saneador, nem inclusive deste e da sentença.

— Em linha de princípio, há de entender-se necessária a intimação do INPI, para os atos do processo, em cargos de anulação de patente por ele expedida. O INPI, todavia, nesses processos, não defende o ato administrativo, senão na sua forma, isto é, quanto à regularidade do processo de concessão da patente. Não cabe ver qualquer interesse da Autarquia no sentido de defender a patente, no seu conteúdo.

— No caso, o INPI, em realidade, recebeu comunicação oficial da sentença, inexistindo recurso voluntário, ou qualquer manifestação sua.

— Nenhuma alegação de prejuízo ou de nulidade do INPI ou da União federal, em ambas as instâncias.

— CPC, de 1939, art. 273, II. Não possuía o estatuto processual anterior norma semelhante à do art. 247 do atual Código de Processo Civil.

— Lei nº 5.772/1971, art. 21, § 2º, parte final. Ressalva-se, aí, ao ser expedida a patente, qualquer responsabilidade do governo quanto à novidade ou à utilidade do invento. Ora, na demanda em exame, discute-se a falta do requisito essencial da novidade.

— Recusada a segunda nulidade, nega-se provimento ao recurso de ofício para manter a sentença."

TFR — AC 36.089-RS — Rel. Min. José Néri da Silveira — Unânime — 3º T., em 19-4-76 — DJU, de 19-9-79, pág. 6971 (replicação do DJU, de 24-5-79).

III — "Agravo de instrumento. Problema de competência em ação ordinária contra o INPI. Aplica-se à espécie o critério territorial, aliado ao domicílio do ente jurídico (arts. 35, IV, Cód. Civil; e 100, IV, a, do CPC), correspondente à sede ou mesmo ao local onde exerça, de fato, as suas atividades. O INPI, embora tenha sua sede no DF (Lei nº 5.648/70), funciona na cidade do Rio de Janeiro (AC nº 19.178. DJ de 28-5-74; pág. 3856; AI nº 38.553/SP, DJ de 1º-8-77, pág. 5156; AI nº 36.089-AL, em 21-6-76). Agravo a que se dá provimento."

TFR — Agr. Instr. 40.533-RJ — Rel. Min. Evandro Gueiros Leite — Unânime — 4º T., em 11-4-80 — RTFR 83/19.

IV — "(...)"

III — Embora já expirado o prazo de vigência da patente, pode a sentença declarar a sua nulidade, negando efeito às pretensões dela irradiadas. IV — O exercício regular da pretensão legitimada pela patente concedida não importa em abuso de direito não dando margem a perdas e danos em favor da ré."

TFR — AC 59.078-RJ — Rel. Min. Carlos Madeira — Unânime — 4º T., em 28-5-80 — DJU de 1º-7-80, pág. 5006.

V — "Propriedade Industrial. Ação Ordinária de Nulidade de Patente.

I — Julgamento antecipado da lide, a constituir cerceamento à defesa da ré.

Agravo desta, de que não se conhece, por não haver sido lançado nos respectivos autos o despacho de manutenção ou reforma da decisão agravada (art. 527, §§ 4º e 5º, do CPC). Matéria argüida, também, como preliminar da apelação. Cabimento, por não se configurar preclusão (arts. 515, § 1º, e 516, da lei adjetiva).

II — Medida cautelar deferida em primeira instância, para a suspensão dos efeitos do privilégio até final julgamento da ação principal (arts. 796, 798, 801 e 804 do estatuto processual). Sentença mantida, no particular, à luz de seus próprios e jurídicos fundamentos.

III — Provê-se o apelo da ré nos autos principais, para reconhecer-lhe o direito de produzir as provas por que protestou, anulando-se a decisão recorrida."

TFR — Agr. Instr. 42.478-SP — Rel. Min. Américo Luz — Unânime — 6º T., em 26-5-82 — DJU, de 19-8-82, págs. 7825/6. (Com ementa idêntica, v. AC 70.183-SP e AC 73.980-SP, *idem*, págs. 7827 e 7828, respectivamente).

VI — “Propriedade Industrial. Ação de Nulidade de Patente (CPI, arts. 56 e 57). A prescrição do direito de ação, na espécie, não é a regulada pelo Decreto nº 20.910/32 e pelo Decreto-Lei nº 4.597/42, de vez que o pleito se fere entre autora e ré, figurando o INPI na relação processual como assistente, *ex vi legis*. Sentença reformada. Apelação provida, para afastar a preliminar e determinar o julgamento do mérito da causa.”

TFR — AC 73.690-RJ — Rel. Min. Américo Luz — Unânime — 6ª T., em 16-8-82 — DJU, de 30-9-82, pág. 9777.

VII — “Competência. Ação anulatória de ato do INPI — É competente o foro da Seção do Rio de Janeiro onde o ato foi praticado e a autarquia efetivamente se acha sediada. Antecedentes do Tribunal (CC nºs 3.196, 3.500 e outros).”

TFR — Agr. Instr. 43.073-SP — Rel. Min. Moacir Catunda — Unânime — 5ª T., em 30-8-82 — DJU, de 21-10-82, pág. 10692.

Sobre a possibilidade de se argüir a nulidade em defesa, no Juízo Cível:

I — “Patente de Invenção — Valor — Efeitos — Conseqüências.

A patente é expedida com presunção “*juris tantum*” de sua legitimidade. Se o seu portador age contra contrafatores podem estes repelir a ação mediante a afirmativa de não ser novo o invento, nem patenteável.”

TJSP — AC 201.969 — Rel. Des. Costa Leite — Unânime — 3ª Câm. Civil, em 30-9-71 — RT 442/95.

II — “Patente de Invenção — Nulidade — Arguição em defesa, no Juízo Cível — Inadmissibilidade. Em defesa, no Juízo Cível, não se pode argüir nulidade de patente de invenção.”

TJSP — AC 218.995 — Rel. Des. Sydney Sanches — Unânime — 3ª Câm. Civil, em 22-11-73 — RT 463/78 (Este mesmo acórdão foi publicado também pela *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro* 17/71, com excelente comentário de Waldemar Álvaro Pinheiro, onde se faz referência à jurisprudência em sentido contrário, inclusive do STF).

III — “(...)

Patente — Nulidade — Debate em ação de contrafação — Admissibilidade Agravo não provido (...)

Cabe a formulação de quesito sobre a nulidade de patente em ação de contrafação.”

TJSP — Agr. Instr. 10.260-1 — Rel. Des. Nogueira Garcez — Unânime — RT 550/85.

Art. 57 — São competentes para promover a ação de nulidade o Instituto Nacional da Propriedade Industrial ou qualquer pessoa com legítimo interesse.

JURISPRUDÊNCIA:

— “Administrativo. Propriedade Industrial. Ação ordinária de nulidade de patente. Legitimidade de agir. Simples comerciante não tem legitimidade para requerer nulidade de patente, somente podendo fazê-lo quem detenha a condição de concorrente da empresa detentora do privilégio ou o INPI, ou qualquer outra pessoa com legítimo interesse. Autor carecedor da ação. Confirmação da sentença. Improvimento do recurso.”

TFR — AC 52.277-SP — Rel. Min. Pedro da Rocha — Unânime — 5ª T., em 21-6-82 — DJU, de 12-8-82, pág. 7556.

Art. 58 — O privilégio poderá ser cancelado administrativamente quando tenha sido concedido contrariando o disposto nos arts. 6º, 9º e 13, quando não tenha sido observado o disposto no § 3º do art. 40, ou quando, no seu processamento, tiver sido omitida qualquer das providências determinadas por este Código, necessária à apreciação e expedição da respectiva carta patente.

§ 1º — O processo de cancelamento só poderá ser iniciado dentro do prazo de um ano, contado da concessão do privilégio.

§ 2º — Da notificação do início do processo de cancelamento, o interessado terá o prazo de sessenta dias para contestação.

§ 3º — A decisão do pedido de cancelamento será proferida dentro de cento e oitenta dias contados da sua apresentação.

§ 4º — Do despacho que conceder ou denegar o cancelamento caberá recurso, no prazo de sessenta dias.

ANOTAÇÃO:

162. O prazo estabelecido no § 1º deve ser contado a partir da notificação ao titular de que a patente já foi expedida. Com efeito, antes da expedição, não existem direitos de propriedade industrial; e, antes da notificação, não podem os terceiros tomar conhecimento da expedição. V. notas 86 e 87.

JURISPRUDENCIA:

I — "Propriedade Industrial. Pedido administrativo de cancelamento de patente. Ultrapassado o prazo de 180 dias dentro do qual o pedido de cancelamento, a partir da sua apresentação, deve ser decidido, nasce para o titular da patente o direito de não sofrer o cancelamento administrativo, devendo o impugnante procurar a via judicial. Interpretação, nesse sentido, do § 3º do art. 58 do Código da Propriedade Industrial, Lei nº 5.772, de 21-12-71."

TFR — AMS 74.554-RJ — Rel. Min. Décio Miranda — Unânime — 2ª T., em 15-8-75 — *Vox Legis* 89/27.

II — "Propriedade Industrial — Cancelamento de Patente — Existência de Interesse Público — Procedimento.

A alegação de existência de interesse público não justifica preterição do processo previsto no art. 58 da Lei nº 5.772, de 1971, porque esta, no art. 56, assegura em qualquer tempo o recurso ao Judiciário, uma vez preclusa a questão na esfera administrativa."

TFR — AMS 85.092-RJ — Rel. Min. Justino Ribeiro — Unânime — 2ª T., em 22-8-79 — *Boletim de Jurisprudência ADCOAS*, 1980, Emenda nº 70.043.

III — "Propriedade Industrial. Cancelamento de Patente. Pedido Julgado Prejudicado pelo INPI. Tendo o impetrante cumprido rigorosamente os prazos que lhe competia observar, não é justo nem razoável que seu pedido de cancelamento venha a ser prejudicado por erro confessado do INPI na contagem do prazo. Improvimento do recurso."

TFR — AMS 82.627-RJ — Rel. Min. Wilson Gonçalves — Unânime — 1ª T., — *DJU*, de 22-2-80 — *EJTR* 9/17.

BIBLIOGRAFIA

— *Anais da Comissão Especial que apreciou o projeto de lei que deu nova redação ao Código da Propriedade Industrial, Câmara dos Deputados, Brasília, 1971.*

— ALMEIDA, Carlos Guimarães — "O novo Código da Propriedade Industrial", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro (RDM)* nº 6, ano XI, nova série, 1972, págs. 75-86.

——— — “Aspectos da execução do Código da Propriedade Industrial”, *RDM* nº 13, ano XIII, nova série, 1974, págs. 41-54.

— BARRETO FILHO, Oscar — “A reforma do Código da Propriedade Industrial”, *RDM* nº 4, ano X, nova série, 1971, págs. 75-86.

——— — “Proteção do inventor nacional”, *RDM* nº 40, ano XIX, nova série, 1980, págs. 147-153.

— BITTAR, Carlos Alberto — “Enquadramento jurídico do “hardware” e do “software” no plano dos direitos intelectuais”, *Revista de Informação Legislativa* nº 73, ano 19, jan./mar./1982, págs. 307-326.

— BUSH, Vannevar — “Of inventions and inventors”, *Research Management*, vol. XIV, nº 4, julho/1971, págs. 27-36.

— CARVALHO, Nuno T. Pires de — “Aquisição e perda dos direitos de patente”, *LEMI* nº 159, fev./1981, págs. 3-30.

——— — “O sistema de patentes: um instrumento para o processo dos países em vias de desenvolvimento”, *Revista de Informação Legislativa* nº 76, ano 19, out./dez./1982, págs. 213-258.

— CASTRO FILHO, José Olympio — *Abuso do Direito no Processo Civil*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, 2ª ed.

— CHAVES, Antônio — “Os direitos do inventor”, *Revista de Informação Legislativa* nº 65, ano 17, jan.-mar./1980, págs. 229-248.

——— — “Patente de invenção — Um problema... de palavras cruzadas”, *Revista dos Tribunais* nº 443, págs. 85-103.

— COMPARATO, Fábio Konder — “A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso de inadequação dos meios aos fins”, conferência pronunciada no II Seminário Nacional de Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, em 10-8-82.

— DOMINGUES, Douglas Gabriel — *Direito Industrial — Patentes*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980.

——— — “As patentes vegetais e o Direito Industrial Brasileiro”, *Revista Forense* nº 261, págs. 157-161.

— EWING, Arthur F. e KOCH, Gloria-Veronica — “Le transfert de technologie vers les pays en développement”, *Problèmes Politiques et Sociaux* nº 368, 3º Trim., 1979.

— FRANCESCHELLI, Remo — *Trattato di Diritto Industriale*. Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1973.

— FRÓES, Carlos Henrique de C. — “Contratos de tecnologia”, *Revista Forense* nº 253, págs. 123-132.

— GAMA CERQUEIRA, João da — *Tratado da Propriedade Industrial*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1956, vol. II, tomo II, parte III.

— KINDLEBERGER, Charles P. — *Desenvolvimento Econômico*, trad. de Sônia Schwartz, revisão técnica de Luiz Roberto Azevedo Cunha. Ed. McGraw-Hill do Brasil, São Paulo, 1976.

— KUNZ-HALLSTEIN, Hans Peter — “The revision of the international system of patent protection in the interest of developing countries”. *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 10, nº 6, 1979, págs. 649-670.

— *Legal Training Course on Patents*, publicação OMPI (Organização Mundial da Propriedade Industrial) nº 626, Genebra, 1981.

- LEONARDOS, Luiz — *Aspectos econômicos do sistema de patentes*, Tecnologia — Importação — Exportação, Ed. CTE, São Paulo, s/d, págs. 143-168.
- — “O contrato de licença para exploração de privilégio de invenção e para uso de marca”, *Revista dos Tribunais* nº 509, págs. 11-29.
- MANDEL, Ernest — *O Capitalismo Tardio*, trad. de Carlos Eduardo Silveira Matos *et alii*, introd. de Paul Singer. Ed. Abril Cultural, São Paulo, 1982.
- MATHELY, Paul — “Convention de Paris — Questions particulières concernant les brevets et les marques”, *Cours des BIRPI de Propriété Industrielle*, Ed. BIRPI, Genebra, 1965.
- — “Octroi d'un délai de grâce pour la divulgation de l'invention par l'inventeur avant le dépôt d'une demande de brevet”, *La Propriété Industrielle* (revista da OMPI) out./1982.
- MIRANDA, Pontes de — “Propriedade industrial — Léis que infringem regras jurídicas da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, art. 153, §§ 3º, e 24, e eficácia do depósito de invenção industrial”, *Revista dos Tribunais* nº 511, págs. 50-55.
- PENROSE, Edith Tilton — “El patentamiento extranjero y la transferencia de tecnología a los países en desarrollo”, *Comercio de Tecnología y Subdesarrollo Económico*, seleção de Miguel Wionozek, México, Coordinación de Ciencias, Universidad Autónoma de México, 1973, ed. mimeografada, Fund. Getúlio Vargas, RJ.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva — “Codificação”, verbete da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1977, vol. 15.
- PINHEIRO, Waldemar Álvaro — comentário a acórdão do TJSP na RDM nº 17, ano XIV, nova série, 1975, págs. 73-79.
- PIRENNE, Henri — *História Econômica e Social da Idade Média*, trad. de Lycurgo Gomes da Motta, Ed. Mestre Jou, 5ª ed., São Paulo, 1978.
- PRATNER, S. — “La protection de la propriété industrielle et l'ordre sociale”, *La Propriété Industrielle* (revista da OMPI) 1981, págs. 129-149.
- RAO, Vicente e MARQUES, José Frederico — “Propriedade industrial — Patentes para produtos farmacêuticos e alimentícios e para os respectivos processos de fabricação — Proibição contida no art. 7º, d e c, do Decreto-Lei nº 254, de 1967, e inconstitucionalidade face ao art. 150, § 24, da Constituição do Brasil”, *Revista dos Tribunais* nº 511, págs. 47-49.
- ROUBIER, Paul — *Traité de la Propriété Industrielle*, Ed. Recueil Sirey, Paris, 1954, 2º vol.
- SAMUELSON, Paul — *Introdução à Análise Econômica*, trad. de LUIZ CARLOS DO NASCIMENTO SILVA. Ed. Agir, 8ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro.
- SILVEIRA, Newton — “Natureza e fundamento do direito do inventor”, *Tecnologia — Importação — Exportação*, ed. CTE, São Paulo, s/d, págs. 43-61.
- TINOCO SOARES, José Carlos — *Código da Propriedade Industrial — Comentários à Lei nº 5.772, de 21-12-71, e ao Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945*, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1974.
- Fonte de consulta da legislação brasileira: *Legislação da Propriedade Industrial e do Comércio de Tecnologia*, INPI, seleção, compilação e notas por Denis Borges Barbosa, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982.
- Fonte de consulta da legislação estrangeira: *Lois et Traités de la Propriété Industrielle*, Ed. OMPI, Genebra.

O direito penal econômico e os crimes contra a propriedade industrial

ELEONORA DE SOUZA LUNA
Assessora da Presidência do Tribunal
de Justiça de Pernambuco.

SUMÁRIO

- 1 — Direito econômico. Direito penal econômico. Conceito
- 2 — Dependência entre o direito penal econômico e a política ou planejamento econômico
- 3 — Finalidade da política ou planejamento econômico nos países desenvolvidos e nos países subdesenvolvidos
- 4 — Diferença entre o direito penal econômico e o direito penal dos negócios
- 5 — Crime de "colarinho branco" no âmbito do direito penal econômico
- 6 — Diferença entre o direito penal econômico, direito penal financeiro e direito penal tributário
- 7 — Delitos-massa ou sujeito passivo-massa
- 8 — Princípios do direito penal econômico
- 9 — Crimes contra a propriedade industrial como crimes econômicos
- 10 — Evolução histórica da legislação dos crimes contra a propriedade industrial. Problemas
- 11 — Título de estabelecimento e insígnias
- 12 — Nome comercial
- 13 — Marcas de serviço
- 14 — Privilégio de invenção. Modelo de utilidade. Modelo e desenho industrial
- 15 — Ação penal. Prazo de decadência
- 16 — Conclusão
- 17 — Notas

1 — Direito econômico. Direito penal econômico. Conceito

O fenômeno da intervenção do Estado na economia dos países ocidentais data da 1ª Grande Guerra, tendo como finalidade a solução imediata dos sérios problemas econômicos e sociais surgidos em decorrência do conflito. A partir de tal fato, a intervenção estatal na economia, entendida até então como própria dos sistemas socialistas, tornou-se, gradativamente, prática corrente também nos sistemas de economia capitalista.

O direito econômico teve origem em tais circunstâncias, e é de grande importância entender os seus fundamentos, para se chegar, também, a um conceito preciso do direito penal econômico, segundo NOVOA MONREAL (1).

Assim, o citado jurista define o direito econômico como “aquella rama del derecho que reúne e sistematiza un conjunto de reglas jurídicas de interés público, destinadas a proteger y mantener una cierta ordenación y organización de la economía nacional con miras al bienestar de toda la colectividad” (2).

Para MIGUEL BAJO FERNANDEZ, é o direito econômico “el derecho de la economía dirigida por el Estado” (3).

Desses conceitos apresentados, podemos estabelecer duas características do direito econômico, quais sejam:

- a) a tutela da intervenção estatal na economia, e
- b) a tutela de determinada política econômica ou programa, ou plano econômico.

Partindo do direito econômico, tentemos definir o direito penal econômico.

ENRIQUE BACIGALUPO define o direito penal econômico como “toda la legislación que, en sentido amplio, protege mediante el uso de los medios penales la intervención del Estado en la economía” (4).

MIGUEL BAJO FERNANDEZ dá um conceito restrito e um conceito amplo do direito penal econômico. Em sentido restrito entende como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”. No sentido amplo, “es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (5).

(1) EDUARDO NOVOA MONREAL — *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*. Trabalho apresentado no Colóquio de Direito Penal, promovido pelo Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro e Associação Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro de 20 a 22 de outubro de 1982. “... no hay posibilidad alguna de precisar el concepto de delito económico sin llegar antes a un esclarecimiento de los fundamentos, alcances y objeto del Derecho Económico”.

(2) *Op. cit.* na nota 1.

(3) MIGUEL BAJO FERNANDEZ — *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Editora Civitas, S.A., 1978, Madrid, pág. 37.

(4) ENRIQUE BACIGALUPO — *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Económico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 60.

(5) *Op. cit.* na nota 3, págs. 37 e 40.

KLAUS TIEDEMANN também conceitua o direito penal econômico à maneira de BAJO FERNANDEZ, utilizando um conceito restrito e um conceito amplo (6).

Entendemos desnecessário conceituar o direito penal econômico em sentido amplo e em sentido restrito, pois, a produção, a circulação e o consumo são setores da vida econômica, nos quais o Estado pode intervir e através dos quais o Estado pode cumprir os objetivos da política, programa ou plano econômico que se propôs, sem excluir outros setores da economia, como, por exemplo, o setor cambiário, no qual o Estado intervém.

De modo que tem prevalência, no direito penal econômico, não o setor econômico que sofre a intervenção estatal, e sim a política econômica ou o programa ou plano econômico de determinado Estado. Fica, assim, implícito que qualquer setor da vida econômica pode sofrer intervenção estatal e ser um meio de alcançar determinada política, programa ou plano econômico.

Distingue-se, em economia, a política econômica do programa econômico e do plano econômico. Todos são formas de orientação da economia, constituindo o programa e o plano econômico formas mais específicas de orientação.

O programa econômico é mais usado para orientação da economia em sistemas capitalistas e o plano econômico para orientação da economia em sistemas socialistas.

Assim, pode haver uma política econômica sem que haja um programa ou plano econômico, mas havendo programa ou plano econômico há necessariamente uma política econômica (7).

Diante do exposto, concluímos que o crime diz-se econômico quando atinge interesses protegidos por normas jurídico-penais, interesses estes previstos na política econômica ou no programa, ou plano econômico.

2 — Dependência entre o direito penal econômico e a política ou planejamento econômico

ESTEBAN RIGHI afirma: "Existe, pues, paralelismo entre planificación económica y derecho penal, lo que es verificable examinando la historia de cada país" (8).

Entendemos haver o autor limitado tal definição, pois há países onde não há um programa ou plano econômico, ou em outras palavras, onde não

(6) KLAUS TIEDEMANN — "El concepto de delito económico", in *Nuevo Pensamiento Penal, Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 1975, Buenos Aires, pág. 471. "De lo dicho se extrae, en primer término, un concepto limitado del derecho penal económico. Tal concepto abarca aquellas partes del derecho penal que tutelan primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto, y, en consecuencia, el flujo de la economía en su organicidad, en una palabra, la economía nacional". ... "Se obtiene un ámbito mayor para el concepto de los delitos económicos si se aplica la idea de que el derecho económico está formado por la suma de aquellas normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos."

(7) JORGE MIGLIOLI — *Introdução ao planejamento econômico*. Editora Brasiliense S.A., 1982, pág. 10.

(8) ESTEBAN J. A. RIGHI — *Derecho Penal Económico*, in *Estudios de Derecho Económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. I, pág. 131.

há planejamento econômico, mas sempre há uma política econômica, através da qual os Estados intervêm na economia.

Assim, há dependência entre o direito penal econômico e o planejamento econômico, quer formulado como programa, quer como plano, como também, à falta de um planejamento econômico, tal dependência existe entre o direito penal econômico e a política econômica.

3 — Finalidade da política ou planejamento econômico nos países desenvolvidos e nos países subdesenvolvidos

Quanto à finalidade da política econômica, bem como do planejamento econômico, RIGHI afirma que há diferenças entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos. Enquanto os primeiros limitam a ação dos particulares, visando a proteger a ordem econômica nacional, com o fim de manter a economia ali dominante, os segundos visam a modificar a economia, com o fim de conseguir um desenvolvimento independente (9).

Entende o mesmo autor que, devido ao fato de o direito penal econômico reprimir atos que atinjam a intervenção do Estado na economia, os tipos penais devem proteger interesses da comunidade e não interesses individuais. Admite, no entanto, que a proteção a interesses individuais pode ser possível nos países de economia desenvolvida, mas jamais nos países de economia subdesenvolvida (10).

Achamos possível haver proteção a interesses individuais, mesmo na economia de países subdesenvolvidos, subdesenvolvimento empregado no sentido utilizado pelo autor, ou seja, países que tentam atingir um desenvolvimento independente, pois não há incompatibilidade entre os interesses individuais e interesses coletivos. Assim, expressou-se MIREILLE DELMAS-MARTY a esse respeito: "... l'intérêt général et les intérêts particuliers ne sont pas nécessairement incompatibles, et mieux vaudrait parler d'une proportion inversée: le plus souvent le droit pénal prend en charge la protection d'intérêts particuliers en raison de la valeur générale qui s'y attache (vie, propriété ou intégrité physique des personnes, par exemple); au contraire, en cas d'infraction économique, la valeur première à protéger est le système économique. Mais cette valeur d'intérêt général n'exclut pas la mise en cause d'intérêts particuliers (un délit d'entente illicite, par exemple, peut nuire, non seulement à l'économie de marché, mais encore à l'intérêt de tel commerçant déterminé). On peut donc retenir que la référence prédominante — mais non exclusive — à l'intérêt général est l'un des traits spécifiques de l'infraction économique" (11).

Tomemos, como exemplo, a Lei de Proteção à Propriedade Industrial brasileira. Nela, há proteção a interesses individuais, como exemplo marcante temos a proteção às invenções. No entanto, na Exposição de Motivos do

(9) Op. cit., nota 8, pág. 131.

(10) Op. cit., nota 8, pág. 131.

(11) MIREILLE DELMAS-MARTY, Introduction: définition et domaine de la criminalité d'affaires, tendances contemporaines, in *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 53, n.ºs 1-2, 1982, págs. 25 e 26.

Ministro de Indústria e do Comércio, sentem-se, claramente, os objetivos da política econômica brasileira. Em certa parte, assim afirma:

“A propriedade industrial, no quadro global da transferência de tecnologia, assume papel de grande significado e, portanto, requer tratamento eficiente e dinâmico, **com o objetivo de transformá-la em fator de promoção do desenvolvimento econômico**” (grifo nosso).

Adiante, afirma:

“A política de propriedade industrial adotada prevê, no âmbito externo, a participação no sistema mundial, de forma a permitir o acesso às informações necessárias ao conhecimento das alternativas tecnológicas. No âmbito interno, o reaparelhamento legal e administrativo do sistema, mediante a criação de um mecanismo de informações, análise, orientação e controle, com o objetivo de proporcionar melhores condições de absorção e adaptação da tecnologia importada, assim como o desenvolvimento de tecnologia própria” (12).

Assim, tendo em vista o fim a que o Código da Propriedade Industrial tenta atingir, entendemos que os crimes contra a propriedade industrial, no Brasil, são crimes econômicos.

4 — Diferença entre o direito penal econômico e o direito penal dos negócios

O direito penal econômico distingue-se do direito penal dos negócios. Apesar de haver tal distinção, confunde-se muito um ramo com o outro, principalmente nas traduções de uma língua para outra. Na língua francesa, há termos que os distingue, **Droit Pénal des Affaires** e **Droit Pénal Économique** e, na língua inglesa, há as expressões **Business Crime** e **Economic Crime**.

DELMAS-MARTY define a criminalidade nos negócios como “toute atteinte, d’une part, à l’ordre financier, économique, social ou à la qualité de la vie, d’autre part à la propriété, la foi publique ou l’intégrité physique des personnes, mais seulement lorsque l’auteur a agi dans le cadre d’une entreprise, soit pour le compte de celle-ci, soit pour son propre compte si le mécanisme de l’infraction est lié à l’existence de pouvoirs de décision essentiels à la vie de l’entreprise” (13).

Da definição apresentada, vê-se que o direito penal dos negócios distingue-se do direito penal econômico, sendo este mais amplo que o primeiro, pois enquanto o primeiro reprime certos atos praticados tão-somente no âmbito das atividades dos negócios, o direito penal econômico reprime quaisquer atos que atinjam a ordem econômica de determinado Estado, inclusive certos atos praticados no âmbito das atividades dos negócios.

(12) Mensagem n.º 314, de 1971, do Poder Executivo, in **Legislação da Propriedade Industrial e do Comércio de Tecnologia**, págs. 22 e 23, Editora Forense, 1981.

(13) *Op. cit.*, nota 11, págs. 27 e 28.

5 — Crime de “colarinho branco” no âmbito do direito penal econômico

Atualmente, muito se fala de “crime de colarinho branco”, definido por SUTHERLAND como “delito que es cometido por una persona de consideración y elevado status social en el marco de su profesión” (14).

Quando se fala de tal crime de “colarinho branco”, faz-se, de imediato, relação com os crimes econômicos e fala-se em vultosos lucros e prejuízos causados com tais atos antijurídicos e contrários à ordem econômica de determinado Estado.

Acontece que o crime de “colarinho branco” pode atingir a ordem econômica de um país, sendo considerado neste caso um crime econômico, como também pode não atingir tal ordem econômica, constituindo-se, assim, num crime praticado no âmbito dos negócios, sancionado pelo direito penal dos negócios e não pelo direito penal econômico.

Concluindo, os crimes de “colarinho branco” podem se constituir ou não em crimes econômicos, conforme estejam os interesses previstos ou não na política ou planejamento econômico do país.

6 — Diferença entre o direito penal econômico, direito penal financeiro e direito penal tributário

O direito penal econômico difere do direito penal financeiro e do direito penal tributário, havendo, também, distinção entre os dois últimos ramos citados.

DELMAS-MARTY, ao distinguir a infração econômica da financeira, assim se expressa: “L’**infraction financière** est celle qui tend à protéger les **finances**, c’est-à-dire les ressources pécuniaires, l’argent des victimes, ces victimes pouvant être privés (abus des biens sociaux) ou publiques (infractions fiscales). L’**infraction économique** peut avoir des incidences pécuniaires — elle en aura même les plus souvent; cependant la principale valeur de référence n’est pas l’argent, c’est l’**économie**, c’est-à-dire les structures relatives à la production, circulation, consommation des richesses dans un État donné; l’infraction économique étant celle qui met en cause ces structures” (15).

No conceito acima apresentado, a autora não distingue o direito penal financeiro do direito penal tributário.

O direito penal financeiro estuda os problemas relativos à receita, despesa, crédito e orçamento, enquanto, para alguns autores, o direito tributário é uma parte do direito financeiro, por estudar especificamente uma das formas de receita do Estado.

No entanto, há quem considere o direito tributário como um ramo autônomo do direito financeiro, por possuir princípios específicos. Esta é a opinião, por exemplo, do Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA (16).

(14) Op. cit., nota 6, pág. 462.

(15) Op. cit., nota 11, pág. 25.

(16) RUY BARBOSA NOGUEIRA — Curso de Direito Tributário, Saraiva S. A. — Livreiros, 1980, pág. 32.

A infração financeira, como a infração tributária, podem ser consideradas como uma infração econômica.

De princípio, as normas penais financeiras e tributárias protegem interesses, respectivamente, relativos às finanças do Estado e do fisco.

Se as normas relativas às finanças ou aos tributos forem criadas com o fim de intervir na ordem econômica, trata-se de um delito econômico.

NOVOA MONREAL assim se expressa a respeito do direito tributário ou fiscal: "... podría ocurrir que ciertos impuestos o ciertas tasas aduaneras fueran establecidas por la ley, no tanto con el fin de dar al fisco una fuente de ingresos, sino con él ánimo preponderante de influir en los procesos económicos nacionales y de lograr por esta vía un mejoramiento general del sistema económico vigente. En tal caso, lo que aparecía como delito fiscal o aduanero podría pasar a ser un delito económico, con tal que la particularidad indicada fuera prevista o admitida en forma clara e distinta" (17).

Ainda quanto à indicação da diferença existente entre o delito econômico e o delito financeiro, a definição dada, pela autora, de direito penal econômico, difere da posição que tomamos. Nessa definição, a autora dá prevalência a setores da economia no qual o Estado intervém, e não à política ou planejamento econômico.

7 — *Delitos-massa ou sujeito passivo-massa*

Há autores, como NOVOA MONREAL, ESTEBAN RIGHI e KLAUS TIEDEMANN, que entendem não ser os chamados delitos-massa um crime econômico (18). Como exemplo de um delito-massa, temos as fraudes que ocorrem em venda de imóveis.

Na verdade, só pelo fato de atingir inúmeros sujeitos passivos, não se pode considerar tais infrações como infrações econômicas.

Da mesma forma que discordamos acima da afirmativa de que os tipos penais do direito penal econômico são incompatíveis com a proteção a interesses individuais, também entendemos que o grande número de pessoas atingidas não constitui um elemento que, por si só, transforme tal infração em um crime econômico.

Entendemos que se distingue uma infração econômica, não pelo fato dos tipos penais protegerem interesses individuais ou coletivos, ou, ainda, pela grande quantidade de sujeitos passivos, e, sim, pelo fato da infração atingir a orientação da política ou planejamento econômico.

(17) *Op. cit.*, nota 1.

(18) *Op. cit.*, nota 1: "Es difícil admitir que la concurrencia de una gran cantidad de sujetos pasivos pueda alterar, sin más, el bien jurídico protegido y, por ende, la clasificación misma de los tipos legales. Ellos seguirán siendo delitos de estafa o de fraude, cuando así corresponda, aunque afecten a cientos o a miles de víctimas, o se mantendrán como delitos económicos de bien jurídico múltiple, en otros casos": *Op. cit.*, nota 6; *Op. cit.*, nota 8.

8 — Princípios do direito penal econômico

O direito penal econômico não é um ramo autônomo do direito penal, pois obedece aos mesmos princípios deste último.

Assim, o crime econômico obedece aos princípios da reserva legal, culpabilidade, bem jurídico e o princípio da ação, princípios estes próprios do direito penal.

Os crimes econômicos, à semelhança dos demais crimes, têm de ser previstos expressamente nos tipos penais, não alcançando os atos já praticados. Tal é o **princípio da reserva legal**.

Quando o delito econômico é praticado através de uma pessoa jurídica, vigora o princípio “*societas delinquere non potest*”, respondendo pela infração o agente que praticou o ato antijurídico, e não a pessoa jurídica. Dessa forma, vigora o **princípio da culpabilidade**, também no direito penal econômico, o que implica o princípio da atipicidade penal dos atos da pessoa jurídica.

O bem jurídico protegido pelo direito penal econômico é a ordem econômica, entendido bem jurídico como um bem ou interesse tutelado pelo direito.

Finalmente, vigora também, no direito penal econômico, o princípio da ação, entendida esta como manifestação da vontade, quer esta vontade seja manifestada na forma de um “fazer” (ação), quer na forma de um “não-fazer” ou “deixar de fazer” (omissão imprópria e própria, respectivamente).

9 — Crimes contra a propriedade industrial como crimes econômicos

A seguir, falaremos sobre os crimes contra a propriedade industrial, entendendo estes como crimes econômicos, por infringir a política econômica adotada pelo Estado, no caso, o Brasil.

Os crimes contra a propriedade industrial podem não ser entendidos como crimes econômicos em outros Estados, pois não há princípios universais que se apliquem ao direito econômico, sendo este variável no tempo e de acordo com a forma de economia adotada, seja em países desenvolvidos, seja em países subdesenvolvidos⁽¹⁹⁾.

No presente trabalho, trataremos de analisar, tão-somente, matérias que suscitem dúvidas quando da aplicação, não sendo examinados, portanto, artigo por artigo, os crimes contra a propriedade industrial.

(19) JORGE DE LA RÚA — *Los delitos económicos*, Doctrina Penal, 1980, pág. 13: “El condicionamiento del régimen legislativo penal económico a la estructura político-económica de cada Estado impide, como se advierte, una Integral generalización.”

10 — Evolução histórica da legislação dos crimes contra a propriedade industrial. Problemas

A propriedade industrial tem recebido tratamento legislativo desde a época do Brasil-Colônia, com o Alvará de 28 de abril de 1809, segundo informação de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. Acrescenta, ainda, que em tal Alvará, não se regulou a contrafação ⁽²⁰⁾.

Só em 23 de novembro de 1875, com a lei dos registros de marcas de fábrica e comércio, é que surgiram os tipos de usurpação ou imitação fraudulenta ⁽²¹⁾.

A partir da 1ª Constituição brasileira de 1824, passou a propriedade industrial a receber proteção constitucional ⁽²²⁾, proteção esta que persiste, inclusive, na atual Constituição brasileira (art. 153, § 24).

O primeiro Código da Propriedade Industrial foi instituído pelo Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, o qual foi revogado pelo Decreto-Lei nº 254 e este pelo de nº 1.005, respectivamente, de 28 de fevereiro de 1967, e 21 de outubro de 1969. Atualmente, encontra-se em vigor a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971.

No que se refere aos crimes contra a propriedade industrial, pouca variação houve de 1940 até os nossos dias. O Código Penal de 1940 regulava tal matéria no Título III, Capítulo II, dos arts. 187 a 196. Tais artigos foram revogados pelos arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903, de 1945, artigos estes vigentes, por força do art. 128 da Lei nº 5.772/71.

A matéria tratada pelo Código Penal de 1940 foi seguida quase que por completo pelos arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903/45. Os dois decretos-leis posteriores, o de nº 254 e nº 1.005 omitiram-se em regular a parte referente à matéria penal, gerando polêmicas se existiam ou não normas penais sancionadoras de crimes contra a propriedade industrial.

Afirma CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES, em artigo intitulado "Os crimes contra a propriedade industrial no novo Código Penal" ⁽²³⁾, que com o advento do Decreto-Lei nº 254/67, inexistiam normas penais que regulassem tais crimes contra a propriedade industrial.

Entendeu o autor que os dispositivos penais do Decreto-Lei nº 7.903/45 não continuavam em vigor, ao lado do Decreto-Lei nº 254/67, que se omitiu em regular a matéria penal.

(20) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, 1.ª parte, págs. 116 e 117.

(21) JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES — *Crimes contra a propriedade industrial e de concorrência desleal*, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 26.

(22) ROBERTO ROSAS — "A Constituição de 1824 e a propriedade industrial", in *Revista de Informação Legislativa*, a. 11, n. 41, janeiro/março de 1974, pág. 51.

(23) CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES — "Os Crimes Contra a Propriedade Industrial no Novo Código Penal", in *Revista de Informação Legislativa*, a. 7, n. 27, julho/setembro de 1970, págs. 184 e 185.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdãos apresentados pelo próprio autor⁽²⁴⁾, entendeu que os dispositivos penais do Código de 1945 continuavam vigentes.

Alega, mais adiante, no mesmo trabalho citado, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 66.483, em que foi Relator o Ministro Luiz Gallotti, entendeu que os tipos penais do Decreto-Lei nº 7.903/45 não permaneciam vigentes, por ser impossível formar-se “uma terceira lei, aproveitando parte da antiga e parte da nova”. Acontece que tal recurso extraordinário não trata de problema relativo a crime contra a propriedade industrial, e sim, de questão de acidente de trabalho, entre o Instituto Nacional da Previdência Social e um segurado⁽²⁵⁾.

Conclui-se que não houve o alegado dissídio jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como afirmou o autor.

Na nossa opinião, os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903/45 continuaram em vigor, pois, de acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Para pôr fim às dúvidas, a Lei nº 5.772/71 declarou expressamente que os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903/45 continuavam em vigor.

Como é de esperar, a tipificação dos crimes contra a propriedade industrial, na lei de 1945, não satisfaz ao novo Código da Propriedade Industrial de 1971.

A matéria penal não acompanhou as inovações e modificações introduzidas pelo Código de 1971. Senão vejamos.

Encontram-se tipificados como crimes contra a propriedade industrial os seguintes:

- 1 — crimes contra privilégio de invenção;
- 2 — crimes contra patente de modelo de utilidade, desenho ou modelo industrial;
- 3 — crimes contra marca de indústria e comércio;

(24) Relator Ministro Evandro Lins e Silva — Acórdãos: a) *Habeas Corpus*. 1) *Propriedade Industrial*. O DL n.º 254, de 28-2-67, não revogou as disposições de natureza penal do DL n.º 7.903, de 27-8-45 (in *Revista Trimestral de Jurisprudência* n.º 43, pág. 386); b) Relator Ministro Amaral Santos — RHC 46.875 — Ementa: *Queixa privada por crime contra a propriedade industrial (violação e reprodução de marca)*. Competência da Justiça comum estadual. O Decreto-Lei n.º 254/67 não revogou as disposições de natureza penal do Decreto-Lei n.º 7.903/45. Falta de justa causa repelida, pois os fatos articulados na queixa, ao menos em tese, constituem crime. Recurso em *Habeas Corpus* desprovido. *Diário da Justiça*, de 19 de setembro de 1969, pág. 4237 e *Revista Trimestral de Jurisprudência* 51/424).

(25) Relator Ministro Luiz Gallotti — “ACÓRDÃO: Recurso Extraordinário n.º 66.483. EMENTA: *Acidente de Trabalho*. Condenação ainda com base na velha lei. O acórdão recorrido não negou vigência à nova lei de acidentes, que adota sistema indenizatório geral de manutenção do salário ou de pagamento de pensão mensal, com o qual não se coaduna o depósito exigido pela lei antiga para que possa recorrer da sentença o responsável pela indenização. O erro está em confundir-se o fato da revogação da lei com o problema de direito intertemporal, que surge precisamente quando, por efeito da revogação, cumpre distinguir entre os casos em que ainda se aplica a lei antiga pela chamada sobrevivência (a “survie”, de que fala ROUBIER), e aqueles já sujeitos à lei nova. O que pretende o Instituto recorrente é fazer, para se beneficiar, em detrimento do empregado, livrando-se do referido depósito, uma terceira lei, aproveitando parte da antiga e parte da nova, coisa inadmissível, segundo a lição dos mestres de direito intertemporal!” (*Diário da Justiça*, de 24 de outubro de 1969, pág. 5022).

4 — crimes contra nome comercial, título de estabelecimento e insígnia;

5 — crimes contra expressão ou sinal de propaganda;

6 — crimes de concorrência desleal; e

7 — crimes cometidos por meio de marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinais de propaganda.

Os crimes contra a propriedade industrial são constituídos de normas penais em branco, com exceção dos crimes de concorrência desleal. Segundo NÉLSON HUNGRIA, genericamente, todos os crimes contra a propriedade industrial são crimes de concorrência desleal⁽²⁶⁾. O bem jurídico protegido é a propriedade industrial, e, no dizer de CELSO DELMANTO, há “um bem jurídico, comum a todos os delitos de concorrência desleal: a liberdade de competir”⁽²⁷⁾.

A lei tem como finalidade primordial, no caso dos crimes de concorrência desleal, no dizer de NÉLSON HUNGRIA, “assegurar ao estabelecimento industrial ou comercial, independentemente do direito ao uso exclusivo de patentes concedidas ou sinais distintivos registrados, a normalidade da sua função produtiva e lucrativa e a estabilidade de sua clientela”⁽²⁸⁾.

Os crimes de concorrência desleal são previstos expressamente, não podendo ser considerado crime qualquer fato não previsto nos incisos do referido tipo penal.

Dessa maneira, sendo os crimes contra a propriedade industrial constituídos de normas penais em branco, estas compõem-se de preceito e sanção, no entanto o preceito apresenta lacunas que precisam ser completadas por uma lei ou ato legislativo ou por um ato administrativo, decreto ou portaria⁽²⁹⁾.

Assim, é pressuposto de qualquer dos crimes contra a propriedade industrial a concessão de privilégio ou registro pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Sem que haja uma lei ou ato administrativo que defina o objeto da proteção penal e regule o procedimento e concessão de tais pedidos de privilégio e registro, a lei penal não possui eficácia jurídica, entendida esta como “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”⁽³⁰⁾.

11 — Título de estabelecimento e insígnias

Há normas jurídico-penais que sancionam as violações à propriedade industrial, atualmente vigentes, que não possuem eficácia jurídica. É o caso, por exemplo, das violações ao título de estabelecimento e às indústrias.

(26) NELSON HUNGRIA — *Comentários ao Código Penal*, vol. 7, pág. 372.

(27) CELSO DELMANTO, *Crimes de concorrência desleal*, José Bushatsky Editor, Editora da Universidade de São Paulo, 1975, pág. 19.

(28) *Op. cit.*, nota 26, pág. 372.

(29) HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 4.^a edição — Forense, 1980, pág. 76.

(30) JOSÉ AFONSO DA SILVA — *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2.^a edição — Editora Revista dos Tribunais — 1982, págs. 55 e 56.

A legislação brasileira distinguia o nome comercial do título de estabelecimento e este, da insígnia, no Decreto-Lei nº 7.903/45. O nome comercial era definido legalmente como “a firma ou denominação adotada pela pessoa física ou jurídica, para o exercício de atividades comerciais, industriais ou agrícolas”. O título de estabelecimento e a insígnia eram definidos legalmente como, “respectivamente, as denominações, os emblemas ou quaisquer outros sinais que sirvam para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola”.

O Decreto-Lei nº 254/67 continuou a regular o nome comercial, título de estabelecimento e a insígnia, distinguindo-os como fazia o Decreto-Lei nº 7.903/45. Houve apenas modificações terminológicas, mas a definição legal, em si, não se modificou.

O Decreto-Lei nº 1.005/69 passou a definir o título de estabelecimento, em seu art. 86, como “as designações deste, acompanhadas ou não de siglas, emblemas ou figuras características”. Assim, não se passou mais a distinguir o título de estabelecimento da insígnia. Ainda esse mesmo decreto-lei, em seu art. 166, declarou expressamente que a proteção ao nome comercial far-se-ia através do Registro do Comércio ou no Registro Civil das pessoas jurídicas. No § 3º desse mesmo artigo, declarou que os pedidos de registro de insígnias seriam automaticamente transformados em pedido de registro de marca de serviço.

O art. 119 e seus parágrafos da Lei nº 5.772/71 também declarou expressamente que a proteção ao nome comercial far-se-ia através da legislação própria, bem como a título de estabelecimento.

Diante de tal evolução legislativa, vê-se que com o Decreto-Lei nº 1.005/69, passou-se a utilizar a expressão título de estabelecimento como sinônima da expressão insígnia. Assim, o título de estabelecimento é constituído de uma designação, quer esteja acompanhada, quer não, por siglas, emblemas ou figuras características. Vem a fortalecer tal entendimento o art. 119 da Lei nº 5.772/71 quando afirma que a proteção ao nome comercial e ao título de estabelecimento far-se-á através de legislação específica, sem contudo mencionar a expressão insígnia.

Atualmente, não existe qualquer lei ou ato administrativo que regule o pedido de registro de título de estabelecimento, o que não acontece com o nome comercial, que é regulado pela Lei nº 4.726/65, pelo Decreto nº 916/1890 e pela Lei nº 6.404/76.

Dessa maneira, qualquer violação ao título de estabelecimento será protegida pelo tipo penal de concorrência desleal, pois, como se afirmou anteriormente, o tipo penal de concorrência desleal protege a liberdade de competir, não sendo, portanto, o título de estabelecimento protegido pelo tipo do art. 176 do Decreto-Lei nº 7.903/45.

12 — Nome comercial

A proteção penal do nome comercial continua a ser feita através do art. 176 do Decreto-Lei nº 7.903/45. A principal polêmica causada pela

exclusão da concessão do registro pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial baseou-se, principalmente, em dois aspectos.

O primeiro problema consiste no seguinte: a concessão do registro do nome comercial, pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, dava proteção ao nome comercial em todo o território nacional.

O art. 119, § 1º, da Lei nº 5.772/71 preceitua que os pedidos de registro de nome comercial e de título de estabelecimento serão encaminhados ao Departamento Nacional do Registro de Comércio.

Ocorre que a Lei nº 4.726/65, que dispõe sobre os Serviços do Registro do Comércio, não apresenta, no elenco das atribuições do Departamento Nacional do Registro de Comércio, a concessão do registro do nome de comércio. Tal atribuição é da competência das Juntas Comerciais.

Assim, gozava o nome de comércio de dupla proteção: nas Juntas Comerciais e no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Atualmente, o registro do nome de comércio é realizado nas Juntas Comerciais, que conferem proteção local.

O segundo problema apresentado foi que a supracitada Lei nº 4.726/65, em seu art. 37, inciso III, § 7º, declara expressamente que o registro de nomes comerciais das sociedades mercantis é feito perante as Juntas Comerciais, exceto o nome comercial das sociedades anônimas.

À primeira vista, pareceu estar o nome comercial das sociedades anônimas sem proteção legal, pois, se por um lado a Lei nº 5.772/71 remetia tal registro para o Departamento Nacional do Registro de Comércio, por outro lado a Lei nº 4.726/65 excluía, expressamente, o registro do nome comercial das sociedades anônimas da competência das Juntas Comerciais.

Achamos que, para solução de tal problema, deve-se analisar tais dispositivos à luz do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Quando surgiu a Lei nº 4.726/65, o nome comercial gozava da proteção do Decreto-Lei nº 7.903/45 e, posteriormente, do Decreto-Lei nº 254/67. Tal duplicidade de proteção não era incompatível, e o nome comercial das sociedades anônimas, se não gozava de tal duplicidade de proteção, gozava da proteção do INPI.

Ora, com o advento do Decreto-Lei nº 1.005/69 e, posteriormente, da vigente Lei nº 5.772/71, transferiu-se a competência do registro do nome de comércio, qualquer que seja o tipo da sociedade, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial para o Departamento Nacional do Registro de Comércio.

Assim, concluímos que o art. 119 da Lei nº 5.772/71 revogou a limitação imposta pelo art. 37, inciso III, § 7º, por haver a lei posterior regulado diversamente a matéria, conforme o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, gozando, assim, o nome comercial das sociedades anônimas da mesma proteção conferida às demais sociedades.

13 — Marcas de serviço

Outro problema que surge pela variada legislação sobre a propriedade industrial e a antiga lei penal que protege tal bem jurídico, é o que se refere à marca de serviço.

A marca de serviço não foi prevista no Decreto-Lei nº 7.903/45, passando a ser definida nos decretos-leis posteriores, quais sejam os de nºs 254/67 e 1.005/69. É, também, regulada na vigente Lei nº 5.772/71.

A legislação penal, como data do Decreto-Lei nº 7.903/45, previu, tão-somente, as violações à marca de comércio e de indústria.

A Lei nº 5.772/71 define legalmente a marca de indústria como “a usada pelo fabricante, industrial ou artífice para distinguir os seus produtos”; a marca de comércio como “a usada pelo comerciante para assinalar os artigos ou mercadorias do seu negócio”; e, finalmente, a marca de serviço como “a usada por profissional autônomo, entidade ou empresa para distinguir os seus serviços ou atividades”.

Havendo violação à marca de comércio ou de indústria, aplicar-se-á o art. 175 do Decreto-Lei nº 7.903/45. Agora, havendo violação à marca de serviço, não existe tipo penal que tutele tal situação.

No nosso entender, por esse fato, a marca de serviço não deixará de gozar de proteção penal. Senão vejamos.

O Código Penal, no seu art. 1º, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Nesse dispositivo, encontra-se consagrado o princípio da reserva legal e o da anterioridade da lei.

Vê-se, de imediato, que, ao contrário do Código de Processo Penal, a lei penal não admite a analogia, admitindo certos autores, como NÉLSON HUNGRIA, por exemplo, tão-somente a interpretação extensiva.

Segundo FERRARA, “a analogia distingue-se da interpretação extensiva. De fato, uma aplica-se quando um caso não é contemplado por uma disposição de lei, enquanto a outra pressupõe que o caso já está compreendido na regulamentação jurídica, entrando no sentido de uma disposição, se bem que fuja à sua letra.

A interpretação extensiva não faz mais do que reconstruir a vontade legislativa já existente, para uma relação que só por inexata formulação dessa vontade parece excluída; a analogia, pelo contrário, está em presença de uma lacuna de um caso não prevenido, para o qual não existe uma vontade legislativa, e procura tirá-la de casos afins correspondentes”⁽³¹⁾.

NÉLSON HUNGRIA admite a interpretação extensiva no direito penal “nos casos estritamente necessários, isto é, quando os casos não previstos expressamente devem ser **a fortiori** (ou por força de compreensão) abran-

(31) FERRARA, in ALÍPIO SILVEIRA — *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. I, Editora Revista dos Tribunais, 1968, pág. 225.

gidos pelo dispositivo. Assim, o que é proibido *in genere* também o é *in specie*, desde que a lei não faça explicitamente distinções” (32).

Assim, entendemos que a violação à marca de serviço gozará de proteção jurídico-penal, através de interpretação extensiva do art. 175 do Decreto-Lei nº 7.903/45, que sanciona as violações às marcas de comércio ou de indústria.

14 — Privilégio de invenção. Modelo de utilidade. Modelo e desenho industrial

Outro aspecto que se deve analisar na atual Lei nº 5.772/71 é o que se refere à duração do privilégio das invenções, modelo de utilidade, modelo e desenho industrial. Estabelece a Lei nº 5.772/71, em seu art. 24, que o período de duração do privilégio de invenção, modelo de utilidade, modelo e desenho industrial contar-se-á a partir do depósito do pedido de privilégio. Feito o depósito, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial terá que obedecer a um determinado procedimento previsto em lei, antes de conceder ou não o referido privilégio.

De acordo com a atual legislação, o prazo de duração do privilégio começa a contar antes da concessão do mesmo.

Assim, havendo qualquer violação a um privilégio de invenção, modelo de utilidade, modelo e desenho industrial, antes da concessão do respectivo privilégio, não haverá a proteção dos tipos penais dos arts. 169, 170 e 171 da Lei nº 7.903/45, embora o prazo de duração do privilégio já esteja sendo computado.

Desse modo, entendemos que, antes da concessão do privilégio, as invenções, os modelos de utilidade e os modelos e desenhos industriais, gozarão, tão-somente, da proteção do tipo de concorrência desleal, quando couber, e não dos tipos penais que protegem o privilégio de invenção, modelo de utilidade, modelo e desenho industrial.

Conclui-se, diante do exposto, que a proteção jurídico-penal às invenções, modelo de utilidade, modelo e desenho industrial, não se realiza durante o total período de duração do privilégio, a menos que o caso se enquadre em qualquer dos incisos do tipo de concorrência desleal.

Tal fato não acontece com as marcas de indústria e comércio e com a expressão ou sinal de propaganda, pois, segundo o art. 85 da Lei nº 5.772/71, o prazo de duração contar-se-á a partir da concessão do registro, e não do depósito do pedido de registro.

O nome comercial também não possui tal problema, pois, registrado na Junta Comercial, enquanto não for cancelado, gozará da proteção do tipo do artigo 176 da Lei nº 7.903/45.

Quanto, ainda, às invenções, modelo de utilidade, modelo e desenho industrial, prevêem os arts. 169, 170 e 171 da Lei nº 7.903/45, em seu

(32) *Op. cit.*, nota 26, vol. I, pág. 70.

inciso I, a fabricação de invenção, modelo de utilidade, desenho ou modelo industrial, que sejam objeto de patente, sem a devida autorização do concessionário ou cessionário.

CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES, em artigo já citado no presente trabalho, entende que a lei, ao falar apenas em concessionário e cessionário, não previu os casos em que o titular da patente não houvesse licenciado o uso do privilégio a terceiro, nem houvesse cedido tal uso⁽³³⁾.

Entendemos que, quando a lei utilizou a expressão concessionário, empregou tal expressão em sentido amplo, querendo significar o titular que recebeu a concessão da exploração do privilégio do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, como também o terceiro que, através de contrato averbado no INPI, recebeu autorização para explorar tal privilégio, autorização esta dada pelo titular da patente.

15 — Ação penal. Prazo de decadência

Quanto à ação penal dos crimes contra a propriedade industrial, encontra-se regulada pelos arts. 181 a 189 da Lei nº 5.772/71 e pelos arts. 524 a 530 do Código de Processo Penal.

Um dos aspectos processuais, que suscitou muitas dúvidas, é o relativo ao prazo de decadência para oferecimento da queixa, no caso dos crimes de ação privada.

O art. 38 do Código de Processo Penal estabelece o prazo de decadência em 6 (seis) meses, a partir do conhecimento do fato pelo interessado, para oferecimento da queixa.

No entanto, o art. 529 do mesmo Código estabelece o prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da intimação ou conhecimento da homologação do laudo de apreensão e perícia.

Acontece que, segundo HÉLIO TORNAGHI⁽³⁴⁾, o prazo de decadência em 30 (trinta) dias refere-se à queixa fundamentada em determinado laudo de perícia ou apreensão, decaindo do direito de queixa quem não o fizer no prazo indicado.

No entanto, nada impede que nova perícia e apreensão seja requerida para oferecimento de nova queixa com fundamento no novo laudo, dentro do mesmo prazo de 30 dias, desde que obedecido o prazo de decadência do art. 38 do Código de Processo Penal, fixado em 6 (seis) meses.

Tal não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Este, no julgamento do Recurso de **Habeas Corpus** nº 55.765 em que foi Relator o Ministro SOARES MUÑOZ, publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 84/454, assim entendeu:

“Crime contra a propriedade industrial. Decadência. O art. 529 do Código de Processo Penal, por ser específico dos procedimentos

(33) *Op. cit.*, nota 23, pág. 189.

(34) HÉLIO TORNAGHI — *Curso de Processo Penal*, Edição Saraiva, 1980, pág. 255.

referentes aos crimes de ação privada contra a propriedade industrial, afasta deles a incidência do art. 38 do mesmo diploma e do art. 105 do Código Penal, os quais, como normas gerais, se aplicam às hipóteses não abrangidas pela regra especial.

Negado provimento do recurso.”

Quanto a esse aspecto, concordamos com a posição do Professor TOR-NAGHI. No entanto, entendemos que novo laudo de apreensão e perícia possa ser requerido quando estiver esgotado o prazo de 30 (trinta) dias, para fundamentar a queixa, desde que algo de novo seja requerido para a elaboração do novo laudo de apreensão e perícia, não se limitando o querelante a repetir o pedido que fundamentou o laudo anterior.

Se assim não for entendido, haverá abuso no exercício do direito por parte do queixoso, uma vez que tal prazo poderá ser perdido por falta de diligência do autor da queixa, e o querelado, durante o prazo de 6 (seis) meses, poderá sofrer várias apreensões, sem que tais apreensões nada de novo acrescentem a um melhor esclarecimento do fato.

16 — Conclusões

1 — O direito econômico, através de suas normas, tutela a intervenção do Estado na economia, protegendo, conseqüentemente, a política ou planejamento econômico do Estado.

2 — O direito penal econômico pode ser conceituado como a proteção jurídico-penal da intervenção do Estado na economia, protegendo à semelhança do direito econômico, a política ou planejamento econômico do Estado.

3 — É desnecessário conceituar o direito penal econômico em sentido amplo e em sentido restrito, uma vez que a intervenção do Estado na economia pode atingir qualquer setor da vida econômica do Estado: daí ser irrelevante apontar os setores da vida econômica que sofrerão tal intervenção.

4 — Há dependência entre o direito penal econômico e o planejamento econômico, quer formulado como programa, quer como plano e, à falta de um planejamento, há dependência entre o direito penal econômico e a política econômica.

5 — É irrelevante a discussão se o direito penal econômico protege tão-somente interesses coletivos ou se é possível haver proteção a interesses individuais. O direito penal econômico tutela a intervenção do Estado na economia, podendo as normas jurídico-penais proteger tanto interesses individuais quanto coletivos, não só em economias desenvolvidas como subdesenvolvidas.

6 — O direito penal econômico difere do direito penal dos negócios. Enquanto este reprime certos atos praticados no âmbito dos negócios, aquele

reprime qualquer ato que atinja a ordem econômica de determinado Estado, inclusive certos atos praticados no âmbito dos negócios.

7 — Os crimes de “colarinho branco” podem-se constituir ou não em crimes econômicos, conforme estejam os interesses previstos ou não na política ou planejamento econômico.

8 — Os delitos financeiros ou tributários podem, também, ser considerados uma infração econômica, à semelhança dos delitos praticados no âmbito dos negócios.

9 — Os delitos-massa não são delitos econômicos, pois o simples fato de existir uma grande quantidade de sujeitos passivos não autoriza, por si só, a inclusão de determinada infração como delito econômico.

10 — O direito penal econômico é um ramo do direito penal, uma vez que obedece aos mesmos princípios deste, quais sejam: princípio da reserva legal, culpabilidade, bem jurídico e princípio da ação.

11 — Os crimes contra a propriedade industrial, no Brasil, são crimes econômicos, uma vez que através da propriedade industrial tenta-se atingir o desenvolvimento econômico do País, constituindo, tal fim, a política econômica do Estado.

12 — Os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903 regulam os crimes contra a propriedade industrial, havendo os mesmos artigos estado em vigor ao tempo dos Decretos-Leis n.ºs 254/67 e 1.005/69 e até o presente momento, regulando assim a matéria jurídico-penal da Lei nº 5.772/71.

13 — O título de estabelecimento, incluindo neste a insígnia, será protegido contra as violações pelo tipo penal de concorrência desleal e não pelo tipo penal do art. 176 do Decreto-Lei nº 7.903/45.

14 — O nome comercial continua a receber a proteção penal do art. 176 do Decreto-Lei nº 7.903/45, inclusive o nome comercial das sociedades anônimas, uma vez que a limitação do art. 37, inciso III, § 7º, da Lei nº 4.726/65, foi revogado pelo art. 119 da Lei nº 5.772/71.

15 — A marca de serviço receberá a proteção penal do art. 175 do Decreto-Lei nº 7.903/45, que sanciona as violações às marcas de comércio ou de indústria, através de interpretação extensiva.

16 — Antes da concessão do privilégio, as invenções, os modelos de utilidade e os modelos e desenhos industriais gozarão, quando couber, da proteção do tipo penal de concorrência desleal, só gozando da proteção jurídico-penal dos arts. 169, 170 e 171 da Lei nº 7.903/45 após a concessão do privilégio.

17 — O prazo de decadência do art. 529 do Código de Processo Penal refere-se à queixa fundamentada em determinado laudo de apreensão e perícia. No entanto, novo laudo de apreensão e perícia pode ser requerido, baseado no mesmo fato, objeto da perícia anterior, obedecendo ao prazo de decadência do art. 38 do Código de Processo Penal, desde que haja algo de novo a ser requerido pelo querelante.

Titularidade da obra Intelectual

ANTÔNIO CHAVES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA). Vice-Presidente do Conselho Nacional do Direito Autoral.

SUMÁRIO

- 1 — *Titular originário da obra: o autor*
- 2 — *Prova e presunção de autores*
- 3 — *É diferente a capacidade de produzir obras da de exercer os direitos correspondentes. Direito de autor de incapaz*
- 4 — *Da mulher casada*
- 5 — *O trabalho do taquígrafo e do revisor*
- 6 — *As obras "psicografadas"*
- 7 — *Obras pseudônimas e obras anônimas*
- 8 — *Folclore*

1. *Titular originário da obra: o autor*

Os direitos de autor são adquiridos a títulos *originário* ou *derivado* (traduções, adaptações, dramatizações, reduções etc.).

O único título *originário* é o decorrente da própria criação da obra.

Lapidar é o Código Civil italiano:

2576. *Acquisto del diritto.* Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale."

Autoria é a qualidade de autor: de um filho, de um pleito, de um crime, de uma obra literária, científica ou artística.

Teve ocasião de dizer MAURICE BEDEL:

“Foram criadores do espírito todos aqueles que, por meio das palavras da linguagem, das notas da música, das cores da pintura, das mordeduras do buril, dos movimentos do cinzel ou das linhas de desenho de um plano de arquiteto, fizeram sair do nada uma obra à qual se aferrava sua personalidade, à qual abriram as portas do real e que tornaram pública. O autor lança-se à inércia das palavras, das linhas e das cores, que nada retiraria de sua vã letargia se não as tomasse e as arrancasse de seu sono, e, tendo-as arrebatado, as agrupa, lhes dá forma, as engrandece.”

Acrescenta VALERIO DE SANCTIS, num estudo consagrado à Carta do Direito de Autor, fundar-se essencialmente a evolução do mundo do espírito, que acompanha a do mundo físico, sobre a atividade dos autores, que não é só um desdobramento de trabalho intelectual, concebido como esforço psíquico, da mesma ordem do trabalho manual, mas igualmente uma elaboração misteriosa de uma carga efetiva em que a inspiração e a intuição ficam associadas numa criação imaterial, consciente e voluntária, determinada e concreta, dos fatos e dos sentimentos.

“Os autores, em sua mensagem de ordem artística ou científica, são os artesões desse labor criador, e o benefício de semelhante atividade estende-se a toda a humanidade no tempo e no espaço. A coletividade organizada no Estado deve, portanto, honrar os autores, afirma a Carta, e facilitar sua tarefa cultural e social durante a fase da elaboração da obra e no decorrer da de sua difusão.”

Depois de citá-los, adita NDÉNÉ NDIAYE que, em nossos dias, a literatura e as artes deixaram de ser os produtos de uma minoria: tornaram-se uma preocupação de massa:

“E graças aos meios modernos de comunicação, tomam progressivamente lugar em nossa vida quotidiana. Mais e mais o homem sente necessidade do Belo para se realizar. A divisa “nem só de pão vive o homem” encontra hoje toda a sua significação na imensa precisão da humanidade de ter acesso aos frutos do conhecimento. Esta necessidade afirmada solenemente pelos arts. 17, 27 e 29 da Declaração dos Direitos do Homem assinala, uma vez mais, a tomada de consciência de nossos Estados do papel social dos criadores de obras do espírito, se se considera que a quase totalidade dos Estados do mundo subscreveu a Declaração Universal.”

A lei básica brasileira na matéria, nº 5.988, de 14-12-1973, proclama:

“Art. 21 — O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu.”

Atendo-nos à última das significações apontadas, é evidente a importância da verificação da autoria de uma obra intelectual, em virtude dos efeitos de toda ordem que pode proporcionar: glória, fama, posições sociais, políticas, administrativas, e mesmo, o que não é de desprezar, muito dinheiro, quando bem acolhida pelo público.

Mas a criatividade não tem relevo apenas em termos individuais: é patrimônio da Nação inteira. A riqueza de uma Nação mede-se não pela sua extensão territorial, pelos seus recursos hídricos ou minerários, e sim pela criatividade de seus filhos, que pode fazer de uma terra de abrolhos uma potência.

Bem se compreende, pois, a preocupação de todos os países do mundo em garantir, através de uma legislação bem elaborada, as vantagens que possa proporcionar.

A exemplo das demais, também a brasileira, pelos arts. 153, § 25, da Constituição federal, 649, do Código Civil, e 29, da Lei nº 5.988, reconhece ao autor da obra literária, científica ou artística o direito exclusivo de utilizá-la ou reproduzi-la.

Ou, como diz com mais precisão o art. 2º da Convenção de Washington: “de usar e autorizar seu uso, no todo ou em parte: dispor desse direito a qualquer título, total ou parcialmente, e transmiti-lo por sucessão”.

Quem seja o titular originário do direito de autor facilmente se compreende: aquele que idealiza, concebe, realiza e faz vir a lume uma obra intelectual.

Não basta, pois, estruturá-la mentalmente nem mesmo memorizá-la. É preciso dar-lhe um sustentáculo exterior, compreensível, mesmo transitório, a fim de que sobre o mesmo possa manifestar-se a proteção da lei.

Os sonetos de ANCHIETA escritos com um graveto nas praias de Iperoig teriam sido levados pela primeira maré, se não tivessem sido memorizados.

Um exemplo doloroso é o do Projeto de Código Civil que NABUCO DE ARAÚJO, segundo referiu seu filho a SPENCER VAMPRE, possuía inteiro na memória. Tendo, porém, tomado por notas apenas siglas e sinais cuja significação somente ele conhecia, não deixou senão fragmentos, embora brilhantes, do seu intenso labor.

É essa a razão por que o art. 6º da Lei nº 5.988 só considera como obras intelectuais as criações do espírito *de qualquer modo exteriorizadas*.

Mas não faz, de resto, senão acompanhar o que dispõe a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9-9-1886, revista em Paris, a 24-7-1971, que, depois de enumerar o que é que abrangem as expressões “obras literárias e artísticas”, no art. 2º, 1, reserva, na 2ª alínea, aos países da União, entretanto, a faculdade de determinar, nas suas legislações respectivas, que as obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, não são protegidas enquanto não tiverem sido fixadas num suporte material.

É curioso verificar que a Conferência de Estocolmo, de 1967, introduziu, na Convenção de Berna, art. 2º, al. 2, a faculdade de prescrever que as obras artísticas e, em particular, as fotografias, não são protegidas se não forem fixadas num suporte material.

E com efeito, como protegê-las? Que fotografia seria essa, que não estivesse fixada?

A autoria, em princípio, não pode ser atribuída senão a quem criou uma obra, ressaltando-lhe esse simples fato todos os direitos morais (de inédito, de reivindicar a paternidade da obra, à integridade da mesma, de arrependimento, de retirada da circulação, de destruição, de modificar a obra, de acabá-la, de considerá-la acabada, de opor-se a que outrem a modifique ou acabe, direitos morais atinentes à tradução, à adaptação etc.), e *pecuniários*.

Mas esta aparente simplicidade, que caracteriza realmente a grande maioria dos casos, não deixa de apresentar numerosas facetas que devem ser bem determinadas.

JEAN MATHYSSENS, na reunião do Conselho Internacional dos Autores e Compositores Dramáticos, que teve lugar em Viena, em junho de 1968, apresentou relatório em que tenta definir o que é autor e o que é uma obra, empresa que reconhece não ser fácil.

Oferece numerosos exemplos, que vão desde o domador de animais de circo até aos técnicos, como o roteirista de teatro ou o realizador de cinema, o roteirista de televisão, o organizador dos espetáculos de "som e luz", os atores e intérpretes, os coreógrafos etc., demonstrando a invasão a que está sujeito o autor da obra original.

Sem dúvida que alguns casos foram apreciados e resolvidos pelos tribunais, embora de formas diversas consoante a jurisprudência dos respectivos países, mas em hipóteses cada vez mais frequentes, em virtude da multiplicidade dos novos meios de comunicação ao público das obras de espírito, a situação ameaça tornar-se gradualmente mais imprecisa e perigosa para os autores que se poderiam chamar "tradicionais", empregando a expressão criada quando da Conferência de Estocolmo.

Sem pretender esgotar um assunto tão vasto quão delicado, sugere a seguinte distinção entre duas categorias de autores:

"A primeira visaria os autores da obra elaborada, escrita.

A segunda visaria os autores das transformações, em função das quais a obra escrita e permanente se torna numa obra representada."

Existem, pois, conclui, duas categorias de autores:

"Uns que o são permanentemente; outros que o são apenas por períodos determinados, qualquer que seja o valor da sua contribuição, e independentemente deste.

Finalmente, além destes autores, há ainda os intérpretes e os técnicos, cuja contribuição não é nem criação permanente nem temporária. O encenador de teatro faz parte dos técnicos.”

Sustenta HECTOR DELLA COSTA que a peculiar significação de “sujeito” em direito de autor encontra-se antes de mais nada em que somente pode ser tal a pessoa física.

Não reside, porém, num conteúdo especial quanto à “capacidade”, isto é, o gozo ou exercício de direitos subjetivos, e sim em sua aptidão para produzir ele, e somente ele, os “objetos” deste direito, que são as obras.

Assinala não acabar nessa “produção de objetos de direito” a função do sujeito, antes, nela começa:

“Porque esse ato genético, criativo, fundamento do direito subjetivo originário de autor, determina, daí em diante, a relação puramente de autores, com todas as suas ulteriores conseqüências.”

Adita que a caracterização de um *sujeito* do direito de autor não tem o mesmo sentido que quando falamos de um *sujeito* do direito comercial ou dos regulamentos militares:

“Um comerciante, por exemplo, está habilitado com exclusividade pela lei para certos fatos e atos, para gozar de determinados benefícios; carrega também com específicos deveres. O autor, por outro lado, não está habilitado pela lei *para criar*, constituindo essa criação um puro fato.

O sujeito do direito de autor é o mesmo sujeito do direito comum que, quando cria uma obra, é alcançado pelas normas da nossa matéria.”

Aponta, então, os três aspectos da subjetividade do autor:

- a) capacidade genérica como sujeito (regida pelo direito comum);
- b) “direito à autoria”, ou liberdade de criação (regida pelo direito constitucional);
- c) “direito de autoria”, que toma em princípio como “direito sobre a obra” (regido pelo direito de autor).

2 — Prova e presunção de autoria

Como é que se identifica o autor de uma obra?

Contém a Lei nº 5.988 dois dispositivos fundamentais com relação à matéria.

O primeiro é o art. 12, possibilitando ao criador da obra intelectual, para identificar-se como autor, usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou de qualquer sinal convencional.

Pelo segundo, o art. 13, considera autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma dessas modalidades de identificação, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Na falta de indicação ou anúncio, presume-se autor da obra intelectual aquele que a tiver utilizado publicamente (art. 13 e seu parágrafo).

Mais completa a Convenção de Berna, promulgada pelo Decreto nº 75.699, de 6-5-1975:

“Art. 15. 1 — Para que os autores das obras literárias e artísticas protegidos pela presente Convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e admitidos em consequência, perante os tribunais dos países da União, a proceder judicialmente contra os contrafactores, basta que os seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual. O presente parágrafo é aplicável mesmo quando os nomes são pseudônimos, desde que os pseudônimos adotados não deixem quaisquer dúvidas acerca da identidade dos autores.

2 — Presume-se produtor da obra cinematográfica, salvo prova em contrário, a pessoa física ou jurídica cujo nome é indicado na referida obra na forma habitual.

3 — Quanto às obras anônimas, e às pseudônimas que não sejam as mencionadas no § 1º, anterior, o editor cujo nome vem indicado na obra é, sem necessidade de outra prova, considerado representante do autor; nesta qualidade tem poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos deste. A disposição do presente parágrafo deixa de aplicar-se quando o autor revelou a sua identidade e justificou a sua qualidade.”

Trata-se, pois, de meras presunções *juris tantum*, podendo ser destruídas por eventual prova contrária.

Tal *prova*, por se tratar de ato jurídico a que se não impõe forma especial, poderá ser feita por um dos modos indicados no art. 136 do Código Civil: confissão, atos processados em juízo, documentos públicos ou particulares, testemunhas, presunção, exames e vistorias, arbitramento.

Pode a prova, em certas circunstâncias, tornar-se difícil, circunstância que, no entanto, não justifica negar o direito, demonstra BRUNO JORGE HAMMES:

“A presença de certos indícios pode levar a se tomar por provado o que deveria ser provado. Exime-se do ônus da prova a quem as circunstâncias indicam como verdadeiro.”

Tem o art. 20 como autor, salvo prova em contrário, aquele em cujo nome foi registrada a obra intelectual, ou conste do pedido de licenciamento para a obra de engenharia ou arquitetura.

Reduz-se, portanto, adita o mesmo especialista, a tão debatida questão do registro da obra intelectual a um meio de prova. Quem fizer o registro será

tido por autor até que o contrário se prove, o que é uma vantagem e uma facilidade. Exigi-lo como elemento essencial, como no passado se pretendeu, limita os meios de que o autor se poderia valer para provar o seu direito. O registro não firma um direito inabalável; não cria o direito: exonera o autor do ônus da prova, mas o seu direito pode ser posto em dúvida desde que se prove o contrário.

Quanto à obra em colaboração, atribui o art. 14, *caput*, a autoria àquele ou àqueles colaboradores em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

3 — É diferente a capacidade de produzir obras da de exercer os direitos correspondentes. Direito de autor de incapaz

Será necessário ser capaz para que o autor seja como tal reconhecido?

É claro que não. A literatura mundial registra numerosos casos de criações intelectuais, às vezes notáveis, produzidas por jovens mal saídos da puberdade, como o famoso *Diário de Anne Frank*.

A demonstração mais comovente, todavia, de que as belezas da inteligência e da criação independem das circunstâncias materiais que rodeiam o seu autor, de que a capacidade artística é completamente diferente da capacidade jurídica, foi noticiada pela imprensa de 4-2-1970: um irlandês, considerado retardado mental, incapaz de controlar qualquer parte de seu corpo, exceto seu pé esquerdo, conseguiu, utilizando-se deste, escrever um livro que, segundo alguns especialistas, é uma das mais belas obras de literatura contemporânea.

CRISTY BROWN nasceu com o cérebro tão gravemente lesado que, naquela ocasião, aos 37 anos, era incapaz de caminhar e de pôr-se de pé. Não pode alimentar-se por si mesmo e se expressa por grunhidos que somente as pessoas de sua família são capazes de compreender. Treme como um epilético, mas em seu interior agita-se — segundo os críticos — a força criadora e a sensibilidade de um gênio.

Sua novela *Down all the Way* trata da vida nos bairros pobres de Londres, e foi qualificada por um dos colaboradores da editora de “maravilhosa”: a leitura do manuscrito fê-lo chorar como uma criança.

A “Revista de Teatro” SBAT, que se edita no Rio, publicou, no nº 363, de 1968, interessantíssimos artigos de Clóvis Levi e Luiz Carlos Maciel, a respeito de *Qorpo-Santo*, pseudônimo do escritor gaúcho José Joaquim de Campos Leão que, de 10 a 14-5-1866, escreveu três peças teatrais: “Eu Sou Vida: Eu Não Sou Morte”, “Matheus e Matheusa” e “As Relações Naturais”, redescoberto por um professor de literatura da Universidade do Rio Grande do Sul.

Qualificado por seus contemporâneos como esquizofrênico, ou, pelos mais benevolentes, como um esquizóide fronteiriço, é apresentado como um dos precursores da moderna “avant-garde” teatral.

“Qorpo-Santo” — acentua LUIZ CARLOS MACIEL — “era um louco, era um esquizofrênico perfeitamente caracterizado, segundo os mais

corretos critérios clínicos, ou apenas um esquizóide fronteiro, pouco importa. Louco é o homem que os outros consideram louco. Durante longos anos, Qorpo-Santo viveu integralmente a situação existencial do louco: a família enviou-o a insistentes tratamentos psiquiátricos, os contemporâneos o tratavam com o desprezo e a zombaria que julgavam adequados a um desequilibrado. Acho que é importante manter esse fato em mente porque a redescoberta de Qorpo-Santo determinou nos pósteros uma reação diametralmente oposta à de seus contemporâneos, mas, como a destes, igualmente injusta. O ex-pobre diabo passou a ser pensado como um gênio, um sábio, um profeta.”

Numa explosão de ufanismo:

“O que fazem, em suma, Samuel Beckett, Ionesco e Arrobal? Criam imagens teatrais que traduzem suas idéias e sentimentos do absurdo da existência, a incomunicabilidade entre os seres, a impotência humana e a opressão com que o Universo nos afoga. Fundamentalmente, Qorpo-Santo faz a mesma coisa: cria imagens diretas. Mas para quê?”

Aqui, o precursor diferencia-se dos absurdistas. Ainda não se refletiu bastante sobre o fato de que Ionesco, por exemplo, não é um louco: faz-se, apenas, de louco como um método deliberado de composição artística. Em Qorpo-Santo, ao contrário, temos o produto genuíno.

Suas frases doidas e engraçadas não são, como as de Ionesco, intelectualizações sofisticadas do sentimento de insuperável incomunicabilidade entre as pessoas. Pelo contrário: expressam uma crença exacerbada num máximo de comunicabilidade. Sua indisciplina reflete apenas a indisciplina da mente do autor.”

Tem, pois, razão ZARA ALGARDI (*Il Plagio Letterario e il Carattere Creativo dell'Opera*, Milão, Giuffrè, 1966, pág. 559), ao dizer que do fundamento da proteção do autor no trabalho intelectual criativo decorrem as normas sobre a capacidade jurídica e sobre a capacidade de agir.

Adquire-se a capacidade de ser titular do direito de autor em decorrência do fato material da criação. Daí resulta que o autor aquisita a capacidade jurídica, com relação à obra intelectual por ele criada, em qualquer idade.

Apenas no que diz respeito ao *exercício pessoal* dos atos da vida civil, considera o art. 5º do Código Civil absolutamente incapazes os menores de 16 anos, e o art. 6º relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 21.

4 — Da mulher casada

A Lei nº 4.121, de 27-8-1962, eliminou a mulher casada do rol dos relativamente incapazes, em que havia sido colocada pelo art. 6º do Código Civil.

Tem ela, pois, plena capacidade de produzir, independentemente de necessidade de autorização marital, obras literárias, artísticas ou científicas.

Antes mesmo do advento dessa lei, defendia BATISTA DE MELLO (*Direito Marital*, Rev. dos Tribunais, São Paulo, vol. 114, 1938, pág. 479), a tese da dispensabilidade do consentimento do marido à publicação, pela mulher, de um livro que tenha escrito, pois, do contrário, afirmaríamos que as produções intelectuais não pertenceriam exclusivamente ao seu autor.

A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º-5-1943, presume, no genérico e superado art. 446, autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente, sendo ao marido ou pai facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.

Serão comunicáveis proventos decorrentes dos direitos de autor?

A Lei nº 5.988 dispõe em sentido negativo no art. 40, mas ao mesmo tempo, excetua os rendimentos resultantes de sua exploração, salvo se o contrário dispuser o pacto antenupcial.

Ressalvados, no entanto, os rendimentos resultantes de sua exploração, não dá para perceber que direitos patrimoniais possam remanescer ao autor.

Estabeleça-se distinção entre obra não concluída, pertencente inteiramente ao seu criador, que tem o direito de modificá-la como bem entender, e até mesmo de arrependimento, e pois, possibilidade de destruí-la, o que não deixa margem a dúvidas sobre a exclusividade da sua titularidade, e a obra terminada, pronta para ser divulgada, e, portanto, proporcionar provento.

É com relação às obras concluídas, e, o que é mais importante, divulgadas ou comercializadas que o problema se apresenta com maior premência.

Cumprirá, então, verificar se a comercialização ocorreu *antes* da modificação decorrente da aludida Lei nº 4.121, hipótese em que, se o regime fosse o da participação de bens, entraria aquele produto, sem dúvida, para o patrimônio comum.

Se sobreveio depois, ficarão excluídos, uma vez que a atividade da escritora, da artista, da cientista, sob o ponto de vista do direito de autor, não pode, ao menos em tese, deixar de ser considerada "profissão lucrativa".

Prevalecerá, então, o reconhecimento do art. 246, primeira frase, do Código Civil em sua nova redação, à mulher que exercer atividade distinta da do marido, praticar todos os atos inerentes ao seu direito e à sua defesa.

Grifemos essas expressões "distinta da do marido".

Se marido e esposa forem co-autores numa obra, ou mesmo, se ela for sua colaboradora, não prevalecerá o princípio: caberá, então, ao cônjuge, na qualidade de chefe do casal, assumir a prerrogativa, mesmo porque participa da comunhão especial já estudada.

O produto do trabalho da mulher, assim auferido, prossegue o dispositivo, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 340 (que lhe impõe a condição de colaboradora dos encargos da família e o encargo de velar pela direção material e moral desta). No caso, não tem cabimento a remissão final do *caput* do art. 24 à observância dos nºs II e III do art. 242, que dizem respeito a direitos e ônus reais sobre bens imóveis, sabido como é que os direitos de autor são considerados pelo art. 48, III, bens móveis para os efeitos legais.

Também CELSO AGRÍCOLA BARBI dá interpretação restritiva à expressão “fruto civil do trabalho ou da indústria” da mulher, para atender à finalidade que é beneficiar a mulher e não prejudicá-la gravemente, ficando excluído da comunhão, pois constitui produto da sua indústria ou trabalho.

A lei francesa de 11-3-1957 não só estabeleceu nítida distinção entre os direitos morais e os direitos pecuniários, como ainda determinou a mais completa e total incomunicabilidade dos proventos decorrentes dessas prerrogativas, dispondo:

“Art. 25 — Em todos os regimes matrimoniais e sob pena de nulidade de todas as cláusulas contrárias inseridas no contrato de casamento, o direito de divulgar a obra, de fixar as condições de seu aproveitamento e de defender sua integridade permanece pessoal ao esposo autor ou àquele dos esposos a quem tais direitos tenham sido transmitidos. Este direito não pode ser levado em dote, nem adquirido pela comunidade ou por uma sociedade de aqüestos.

Os produtos pecuniários provenientes do aproveitamento de uma obra do espírito ou da cessão total ou parcial do direito de aproveitamento ficam submetidos às regras aplicáveis aos móveis, na conformidade do regime matrimonial adotado, unicamente quando tenham sido adquiridos durante o casamento; o mesmo ocorre quanto às economias realizadas em obediência ao mesmo princípio.

As disposições previstas na alínea anterior não se aplicam quando o casamento tenha sido celebrado anteriormente à entrada em vigor da presente lei.

As disposições legislativas referentes à contribuição dos cônjuges aos encargos do lar e aos bens reservados da mulher casada são aplicáveis aos produtos considerados na alínea 2 do presente artigo.”

Assim, comenta R. PLAISANT (*Sujet du Droit d'Auteur*, Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique, Paris, Éditions Techniques, fasc. 7, 1966, nº 3), o direito moral permanece sempre próprio. Além disso, o direito pecuniário fica ligado parcialmente ao direito moral por uma regra de ordem pública e sob todos os regimes.

“Com efeito, os direitos pessoais (propres) compreendem não somente o direito de divulgar a obra e de defender sua integridade, prerrogativas referentes ao direito moral, mas outrossim o direito “de

fixar suas condições de aproveitamento (alínea 1^a), que se relaciona ao direito pecuniário; é assim seja qual for a data da criação da obra.”

A diferença fundamental entre tal dispositivo e o já transcrito art. 246, *caput*, do Código Civil pátrio reside em que este admite “estipulação diversa” em pacto antenupcial, que aquele veda expressamente, sob pena de nulidade, para reservar todas as condições de aproveitamento da obra à mulher.

Finalmente, pela nossa lei, em virtude do parágrafo único, não responde o produto do trabalho da mulher, nem os bens adquiridos com ele, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.

A autora casada deverá, no entanto, dar a sua contribuição também pecuniária para a manutenção da família e para educação dos filhos, como colaboradora dos encargos, condição imposta pelo art. 240, do Código Civil, seja qual for o regime de bens, e não admitida disposição contratual em contrário, que será tida por não escrita, em virtude do disposto no art. 257.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT (*Família*, Rio, Alba, sem data) alude à discrepante jurisprudência francesa relativa à disputa de diversos quadros não concluídos, encontrados no acervo de famoso pintor falecido.

“O Tribunal do Sena afirma que os quadros fazem parte da comunhão e devem ser partilhados também entre a mulher ou seus herdeiros. Por seu turno, a Corte de Paris entende ser necessário considerar as obras que apresentam certo grau de acabamento, de modo a se lhes dar valor venal, com o suficiente destaque do patrimônio intelectual exclusivo de seu autor, distinguindo-as dos ensaios que não podem ser tidos como bens suscetíveis de comunhão, pois não seriam senão instrumentos de trabalho ou de estudo.”

De acordo com a Corte de Cassação, todas as obras de um pintor, produzidas durante a sociedade conjugal, são comuns e devem ser partilhadas. Se o autor não usa o direito de alterar sua obra, seu cônjuge ou seus representantes podem dela dispor, desde que não seja com o propósito de depreciar o artista.

A Corte de Orleães finalmente manifestou-se pela comunicabilidade das obras inacabadas:

“A comunicabilidade não é senão de interesses. Estão fora de seu âmbito os direitos estritamente relacionados à pessoa e em particular os direitos intelectuais e morais que garantem a liberdade da criação artística. A obra de arte não divulgada, porque ainda não se desligou do artista, está fora do comércio, embora possa ter valor venal.”

E se a obra intelectual fizer parte do dote, cuja administração e percepção dos frutos o art. 289 do Código Civil pátrio reconhece caber ao marido na vigência da sociedade conjugal?

Acentua ZARA ALGARDI que semelhante direito relativo à utilização patrimonial da obra intelectual não compreende o poder de decidir a oportunidade,

o modo, a forma e qualquer outra modalidade da primeira publicação da obra. Muito menos o fato da mesma publicação, de vez que semelhante direito é atinente estritamente à pessoa do autor e ninguém pode exercitá-lo por ele ou representando-o.

“Contra a vontade da mulher, o marido não poderá publicar a obra, nem revelar a sua paternidade se a obra é anônima, nem retirá-la do comércio, nem cumprir algum dos atos que são atinentes ao exercício de direitos pessoais.

Contra a vontade do menor não poderá publicá-la quem exerce o pátrio poder ou a tutela, a menos que o diferente comportamento do pai ou do tutor seja justificado por motivos atinentes aos interesses do filho no quadro da concepção do pátrio poder como poder-dever. A ação contra o plágio em prejuízo de um menor é exercida pelo representante legal: o pátrio poder apresenta-se, então, como o dever de tutelar o nome e a reputação do filho, no setor da produção intelectual.”

Remata salientando que a eventual constituição em dote da obra intelectual pode dizer respeito somente à obra como bem econômico, nunca à obra como bem em si. Se os direitos patrimoniais de uma autora não foram constituídos em dote, não tem o marido direito algum sobre os proventos da utilização da obra. A ação por plágio deverá ser exercida pessoalmente pela mulher, ao passo que para a contrafação poderá agir também o marido.

Advirta-se, no entanto, com o mesmo BATISTA DE MELO, poder o marido opor-se à publicação por motivos justos ou justificáveis, desde que a publicação traga à sociedade conjugal e à família algum resultado grave, como se o livro for imoral, contrário à lei e aos bons costumes.

5 – O trabalho do taquígrafo e do revisor

Terá o estenógrafo direito de autor sobre as obras orais que apanha?

Estabelece STOLFLI distinção entre a atividade do taquígrafo como taquígrafo e a do mesmo profissional quando implica numa contribuição de alto valor pessoal, de aperfeiçoamento e de melhoria. A doutrina não nega um direito de autor às publicações de relatos taquigráficos que pela organização da matéria, pela escolha de trechos, pelo acréscimo de notas, constituam verdadeiras elaborações. Manifesta-se, porém, nitidamente contrária ao reconhecimento de qualquer privilégio no setor do direito de autor dadas as características técnicas dessa elaboração que constitui uma reprodução *interpretada* de uma obra intelectual já realizada. Além disso, a proteção da obra taquigrafada viria a embaraçar o exercício do direito de autor de obras orais.

Poderá ser atribuída alguma espécie de autoria ao *revisor*?

PHILIP WITTERBERG (*The Protection and Marketing of Literary Property*, Nova Iorque, Messner, 1937), ressalta, à pág. 198, a extrema dificuldade de determinar quais são os erros de impressão e quais as correções do autor.

A revisão, aduz PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, Parte Especial, tomo XVI, 1956, pág. 55), não determina co-autoria.

Um dos raros casos julgados pela 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, no Rec. Extraordinário, nº 37.045, do Distrito Federal, em data de 11-12-1958, relativo ao "Pequeno Dicionário", em ação movida por GUSTAVO BARROSO contra a Editora Civilização Brasileira S/A, liquidada de uma vez qualquer pretensão de imaginários direitos autorais de um simples revisor, como se deduz de trecho do voto do Relator, Ministro Henrique D'Ávila:

"O julgado *subcensura*, não podendo obscurecer a evidência do direito propugnado pelo recorrente, procurou, todavia, atenuá-lo, atribuindo, indevidamente, aos revisores do Dicionário, contratados por conta e risco da ré, participação na cota relativa aos direitos autorais.

Tais revisores haviam percebido a remuneração que lhes tocou pela tarefa realizada. E essa era a única paga que lhes era devida" (*Diário da Justiça* da União, apenso ao nº 279, 7-12-1959, pág. 3.903).

6 - As obras "psicografadas"

Bem mais complexa a questão das obras "psicografadas".

A lei não contempla a hipótese para regulamentar a quem competem os respectivos direitos autorais.

No que, sem dúvida, anda com muito acerto: não se trata de uma sua lacuna, mas de uma omissão intencional, pois não é matéria de direito, e sim assunto de convicção íntima, de crer ou de não crer.

Talvez tenha sido o nosso, o primeiro país a tentar legislar sobre o assunto, procurando enfrentar o dilema: a quem caberiam os direitos autorais? Ao espírito impalpável? Ao "médium"? Aos herdeiros do autor?

Pela primeira solução optou a Federação das Academias. Certamente por considerar-se competente para "suscitar problemas sobre a imortalidade", com o intuito de preencher o que lhe terá parecido uma omissão, encaminhou à Câmara dos Deputados um projeto de lei naquele sentido.

Ponderou, porém, a Comissão local de Direitos Autorais, no II Congresso de Escritores de Belo Horizonte (*Diário do Congresso Nacional*, de 18-11-1947, pág. 8.154), que embora o trabalho fosse do "aparelho", a aposição do nome do autor à obra afetava-lhe o direito moral, de evidente importância também para o editor e para o "médium". O certo seria a celebração de um contrato entre as três partes interessadas, no qual se estipulassem a divisão dos direitos de autor em partes iguais entre o médium e os herdeiros do nome do escritor que figura no frontispício, declarando-se também, por força de lei, a natureza psicográfica da obra.

JORGE AMADO apresentou substitutivo outorgando exclusivamente ao "médium" os direitos autorais das obras psicografadas, dispensada mesmo, para

evitar dificuldades ao aparecimento da obra, a autorização dos herdeiros do respectivo autor:

“Acreditar ou não na autoria da obra psicografada é matéria de fé... Basta que o herdeiro seja incrêdo para que negue a autorização... O que se deve exigir é que, no caso das obras psicografadas, conste sempre, na capa e nas páginas de rosto do livro impresso, o caráter psicográfico da obra e o nome do “médium” que a psicografou. Assim fica o público de logo esclarecido que não se trata de obra original do autor quando vivo, e nenhum engano poderá se verificar que viesse redundar num abuso de credulidade” (*Diário referido*, 9-9-1947, pág. 5.498).

Ora, não resta dúvida que, do ponto de vista jurídico, está tudo errado.

CLÓVIS RAMALHETE, num irônico e irreverente estudo, pôs à calva a inconstitucionalidade do texto proposto, que contém um pressuposto religioso, dá por verdadeiro o fenômeno da psicografia, assente em postulado de fé, que é a sobrevivência da alma e fere a laicidade do Estado.

“A lei não pode versar a psicografia, como não o faria sobre a virgindade de Maria.”

Tudo e todos deveriam limitar-se aos acanhados recintos da vida terrena, abdicando de legislar ou sentenciar sobre a metafísica, o imortal, o misterioso, o sobrenatural.

Essa intervenção de fantasmas no direito privado traria conseqüências mais graves ainda. Reconhecida a personalidade jurídica de duendes literatos, que ao produzirem obra artística ou literária trariam benefício aos herdeiros, que poderiam assim contratar o trabalho deles, poderíamos vir a conhecer parcerias entre vivos e mortos, produzindo, editando, expondo em livrarias, vendendo ingressos de conferências, cobrando matrículas em cursos, praticando todo o comércio da atividade intelectual.

O vivo no guichê, o “médium” na tribuna ou no palco de trabalho e a assombração letrada no astral, no impalpável, no invisível, criando belezas, ensinamentos e confusões.

Ninguém podia saber até onde a exceção poderia dar. Espírito de homem culto podendo gerar direitos, ou “médiuns” declarados tais em lei, é um rombo na ordem natural das coisas, por onde podem passar todas as mistificações, todas as trapaças da malandragem vigilante.

Não se poderia obstar o direito dos “médiuns” de fazerem sua literatura psicográfica, pois é prática atrás da qual se esconde matéria religiosa, nem a favor deles se poderia declarar em lei o fenômeno e regulamentar o direito daí emergente.

Restava a situação do direito do autor e dos herdeiros.

As opiniões a respeito divergem radicalmente.

Depõe PEDRO ORLANDO que alguns, como PAULO HECKER, advertem que “sob o prisma jurídico, o caso é de uma simplicidade inequívoca: a família do escritor não pode reclamar os direitos autorais de um defunto, mormente nas circunstâncias que revestem a espécie, pois ela alega a impossibilidade do fenômeno espírico”.

Não era possível pretender-se uma indenização conseqüente a acontecimentos em que não se acredita. A família tinha direito positivo e líquido sobre o cadáver e não sobre o prosseguimento da vida subjetiva dos parentes premortos.

Já em sentido contrário NESTOR MASSENA:

A vista do direito positivo, não seria mister estabelecer se os trabalhos são ou não espíritas.

Desde que o editor desses trabalhos lhe reconhece a autoria deles, não importa saber como os recebeu para que se reconheça o direito de autor, desde que esse é falecido e ainda não o é há mais de sessenta anos. Ao autor da obra literária, publicada com o seu nome a lei assegura, a ele, ou, na sua falta, aos seus herdeiros, direitos que não podem ser usurpados por outrem. Isso não afirma, nem infirma, a verdade do fenômeno espírita do caso, nem ao poder judiciário compete defrontar esse aspecto do problema; o que lhe compete é, apenas, garantir, assegurar direitos que decorrem dos textos legais. E esses direitos, no caso, são inequívocos, quaisquer que possam ser os aspectos sobrenaturais da questão, discutíveis pelos crentes e pelos cientistas, mas que não são da alçada da justiça humana.”

Pondera, porém, CLÓVIS RAMALHETE que no caso haveria a pesquisar uma lesão de ordem patrimonial.

Do ponto de vista dos que não são espíritas, o direito moral do escritor falecido, ou, pelo menos, o direito ao nome, cujo uso acabou com ele, estará sofrendo lesão também no fato das edições de obra nova, de lançamento seriado e sensacional, numa substituição de pessoas perante o mercado livreiro.

“Mas esse é aspecto já versado pela legislação vigente e não demanda acréscimos. Por aí, quanto ao uso e abuso do direito de prática e propaganda religiosa e quanto ao uso legítimo ou ilegítimo de nome literário é que a questão deve ser encarada.

As outras feições, propriamente sobrenaturais do fenômeno, não podem nem devem entrar na cogitação do legislador.”

Tivemos a esse respeito um pleito curiosíssimo na questão relativa à autenticidade ou falsidade das obras atribuídas ao espírito de Humberto de Campos, editadas pela Livraria Editora da Federação Espírita.

A viúva do saudoso escritor, um tanto contraditória, desejava fazer cessar a publicação, ou então, que lhe fosse reconhecido o direito de participar de possíveis proventos materiais da venda daqueles livros. De braços com a con-

trovêrsia viu-se o então Juiz de Direito do Distrito Federal, João Frederico Mourão Russel, que, em sentença de 23-8-1944, salientou que, nos termos do art. 10 do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a morte. Conseqüentemente, com a morte se extinguem todos os direitos, bem assim a capacidade jurídica de os adquirir. É absoluto o alcance da máxima *mors omnia solvit*.

“Assim, o grande escritor Humberto de Campos, depois da sua morte, não poderia ter adquirido direitos de espécie alguma, e, conseqüentemente, nenhum direito autoral da pessoa dele deve ser transmitido para seus herdeiros e sucessores. Nossa legislação protege a propriedade intelectual em favor dos herdeiros até certo limite de tempo, após a morte, mas o que considera para esse fim como propriedade intelectual são as obras produzidas pelo *de cuius* em vida, o direito a essas é que se transmite aos herdeiros. Não pode, portanto, a suplicante pretender direitos autorais sobre supostas produções literárias atribuídas ao “espírito” do autor. Como aparente proteção jurídica ao nome, reputação ou despojos, de pessoas falecidas, só se encontra em nossa legislação penal a incriminação da calúnia contra os mortos (art. 138, § 2º, do Código Penal) e dos fatos que envolvam desrespeito aos mortos definidos nos arts. 209 a 212 do mencionado Código. A razão da incriminação não está, entretanto, na proteção de quaisquer direitos acaso reconhecidos aos mortos e sim por serem tais fatos violência de direito de próximos parentes ou da ordem e tranqüilidade públicas...”

Chega-se assim à conclusão de que, terminando com a vida terrena a personalidade jurídica, não podem os herdeiros, *que acreditam no fenômeno* das obras ditas psicografadas, ou inspiradas, ou ditadas por ente superior extraterreno, vindicar direitos sobre as mesmas, não cabendo assim nenhuma titularidade às subscritoras da inicial.

Os que *não acreditam* terão ainda menor base: deverão, por outra forma, fazer cessar aquilo que lhes parecerá um abuso do nome do parente falecido.

7 — Obras pseudônimas e obras anônimas

Pseudônima é a obra cujo autor dissimula sua identidade sob um nome fictício, iniciais, letras, ou qualquer outro sinal, definida na letra c do art. 2º, nº VI da lei: “quando o autor se oculta sob nome suposto que lhe não possibilita a identificação”.

Distingue FRANCESCO FERRARA (“Nome d’arte e pseudonimo nella tutela del diritto d’autore”, *Riv. di Diritto Commerciale*, vol. 37, 1939, págs. 159-178) duas espécies de pseudônimos, ou melhor, instrui que o termo pseudônimo usa-se promiscuamente para duas manifestações diversas, até mesmo com finalidades nitidamente opostas: o *nome-máscara*, com objetivo de ocultação da personalidade, e o *nome de batalha ou de arte* para exaltar, individualizar, o autor ou o artista, com a senha de um nome especial, fantástico.

Enquanto que no pseudônimo a pessoa quer esconder a sua personalidade, permanecer, na sombra, ocultar-se, com o nome de arte, o autor, para individualizar melhor a sua personalidade, escolhe um nome de fantasia, como um símbolo ou marca nominal da sua personalidade.

“Como o *nome civil* particulariza a identidade física da pessoa, assim o *nome de arte* individualiza a personalidade artística do escritor, do pintor, do músico. Longe de qualquer *ânimo de segredo*, porque o nome de arte serve de certo modo para atiçar a curiosidade do público, para despertar a notoriedade, para intensificar e potencializar a fama do autor. O artista escolhe um *nome literário*, por capricho ou por fantasia, para usar uma indicação *mais elegante, mais atraente para o público.*”

No pseudônimo usado para esconder a personalidade, o autor permanece desconhecido, ou porque falta qualquer *indicação* a seu respeito, ou porque há uma *indicação fictícia*, que equivale à primeira.

Nas obras publicadas *sob um nome de arte*, ao contrário, o autor é *conhecido de todos*, e seria uma *ficção* ignorar o que todos sabem, e falar de uma personalidade *escondida*, que, ao invés, brilha na sua notoriedade *sob uma etiqueta de batalha*.

“O *direito de se revelar* contrapõe-se todavia à *intenção de se esconder*. O próprio fato de falar-se em vontade de se revelar mostra que houve antes a intenção de se esconder. Mas quem adota um nome de batalha ou de arte não faz dele um mistério, porque aquele é um *meio de individuação* da sua personalidade. O autor assume um nome mais gracioso ou bizarro e às vezes a diferença do verdadeiro nome é tão tênue e transparente, que ninguém pode duvidar da identidade do autor. O pseudônimo não é uma *máscara* para o autor, mas é uma *bandeira* para difundir a sua personalidade, ou para aumentar a sua fama.”

Reconhecido ao pseudônimo (como ao anônimo), o direito de autor, surge algumas dificuldades.

A primeira diz respeito a quem irá exercer semelhantes prerrogativas, principalmente sob o ponto de vista econômico.

Não é necessário que o autor confie a um *editor* a administração de seus interesses; assim, um compositor, para organizar concertos, escolherá de preferência um *empresário*.

Nem é indispensável que o intermediário seja um *usuário*; a representação pode ser confiada a um particular, que negociará com quem lhe for indicado ou julgar conveniente.

A lei simplifica o problema atribuindo a incumbência a quem publicar a obra (art. 41, *caput*), que tanto pode ser um amigo, um conhecido, um representante, um procurador, que vai levá-la ao editor, como o próprio editor. Se não puder desde logo efetuar o pagamento, conservará as importâncias,

aplicando-as como um gestor ou um administrador, de modo a poder, a qualquer momento, prestar contas.

É nesse sentido o art. 11 da lei francesa, de 11-3-1957, atribuindo aos autores das obras pseudônimas e anônimas o gozo sobre estas dos direitos respectivos.

São representados no exercício destes direitos pelo editor ou o publicador originário, desde que não tenham revelado sua identidade civil ou justificado sua qualidade, podendo a declaração ser feita por testamento; todavia, serão mantidos os direitos que tenham podido adquirir anteriormente.

Tais disposições não são todavia aplicáveis quando o pseudônimo adotado pelo autor não deixe dúvida alguma sobre a identidade.

Enquanto que o Código Civil, art. 651, em caso de obra anônima ou pseudônima se referia apenas ao "editor", a Lei nº 5.988 amplia o conceito ao se referir (art. 41) "a quem publicá-la" (a obra).

Com efeito, quem pretenda permanecer no anonimato não poderá salvar seus interesses pecuniários a não ser por meio de um intermediário que o relacione com o público, alguém de sua confiança que assuma a gestão da obra, e que não precisará, efetivamente, ser editor.

Qual será o desempenho jurídico dessa pessoa frente ao anônimo?

Na concepção do Código Civil, era tido como se fosse o próprio autor, colocando-se, na observação de E. PIOLA CASELLI, juridicamente como tal, podendo por isso, não somente dispor livremente do direito e agir em defesa do mesmo, sem provar o seu título de aquisição, mas, dispor e agir durante o prazo de proteção medido não pela vida do autor, mas pela do mesmo publicador ou editor, que teria assim, embora somente por uma *fictio iuris*, a qualidade jurídica de um sujeito originário do direito.

É o princípio da lei belga, da espanhola e da de diversos Estados da América Latina, em contraste com as de numerosos outros, que mantêm diferença entre os dois pontos da construção jurídica.

Elas estabelecem, antes de mais nada, para essas obras um especial e determinado prazo de tutela, que, no mais das vezes, é igual ao que cobre as obras póstumas e definem, em seguida, a posição do editor ou publicador, como aquela não de um fictício autor, mas de um cessionário presumido do autor verdadeiro, isto é, concedendo-lhe o exercício do direito durante o prazo da proteção, sem pedir-lhe a prova do seu título de aquisição."

Prevalece na Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, revista em Paris a 24-7-1971, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 94, de 5-12-1974, art. 15, 3:

"Quanto às obras anônimas... o editor cujo nome vem indicado na obra é, sem necessidade de outra prova, considerado representante do autor; nesta qualidade tem poderes para salvaguardar e fazer valer

os direitos deste. A disposição do presente parágrafo deixa de aplicar-se quando o autor revelou a sua identidade e justificou a sua qualidade.”

Atente-se, porém, a que nem todas as obras cujo autor não é claramente indicado — no frontispício ou na parte interna, para as obras gráficas; nos prospectos e nas propagandas, para as obras de espetáculos públicos, em lugar visível, nas obras de arte plástica e de arquitetura — são anônimas.

Demonstra, na verdade, PIOLA CASELLI que semelhante sinalização não pode ser considerada de rigor, de modo que o nome e o sobrenome poderão resultar de maneira eficaz de outros modos, desde que sejam bastantes para levá-lo ao conhecimento do público, sem necessidade de verificações especiais. Poderá ser considerado como suficientemente conhecido quando seja encontrado em outra parte do livro, como na dedicatória, no prefácio ou no fim. Não, porém, certamente, se confundido no próprio corpo do livro, não se podendo exigir dos interessados no comércio livreiro que estudem o conteúdo da obra para descobrir o autor.

Embora o nome e o sobrenome representem o modo comum de identificação do autor, como para a do titular de qualquer outra relação jurídica, não se devem excluir substantivos equivalentes, desde que suficientes para alcançar a mesma finalidade. Assim, não será considerada anônima a obra em que o autor se identifique como o mesmo de uma outra obra anterior, que foi bem acolhida pelo público, e na qual estão apontados seu nome e sobrenome, sistema bastante em uso da literatura inglesa para indicar indiretamente o nome do autor.

Anônima é a obra que aparece sem qualquer indicação de quem tenha sido seu autor, ou como quer o art. 4º, VI, *b*, da Lei nº 5.988, “quando não se indica o nome do autor, por sua determinação, ou por ser desconhecido”.

Na linguagem jurídica e na acepção que aqui interessa, anônimo é aquele que não declina o seu nome, que não assina o que escreve. É também o escrito sem indicação do nome, pseudônimo ou sinal indicativo do autor. Serão anônimas as obras intelectuais divulgadas sem essas indicações, significando que ele permanece desconhecido enquanto não manifestar ou for descoberta a sua identidade.

Anonimato é, pois, a condição de ser anônimo, isto é, a condição de, tendo nome, ocultá-lo.

Embora possa apresentar aspectos relacionados com o direito penal, atinentes principalmente aos crimes de ameaça, de calúnia, de injúria e delitos de imprensa, o interesse da matéria diz principalmente respeito ao direito de autor.

A proibição do anonimato, consignada na Constituição de 1946, art. 141, § 5º, foi eliminada nos textos posteriores.

A matéria, regulada pelo art. 651 do Código Civil, recebeu apenas pequenas modificações de redação em sua passagem para a Lei nº 5.988:

“Art. 41 — Em se tratando de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor.

Parágrafo único — Se, porém, o autor se der a conhecer, assumirá ele o exercício desses direitos, ressalvados, porém, os adquiridos por terceiros.”

Não há que confundir o anonimato relativo à paternidade de uma obra literária ou artística, amplamente aceito e praticado no mundo inteiro, com o relativo ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Neste caso ele não é permitido.

No que diz respeito aos jornais, revistas, rádios e televisão, a Lei nº 5.250, de 9-2-1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações, o art. 7º, assegurando e mandando respeitar o sigilo quanto às fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, radiorepórteres ou comentaristas, determina no § 4º mantenha o respectivo diretor ou principal responsável num livro próprio, que abrirá e rubricará em todas as folhas, para exibir em Juízo, quando para isso for intimado, o registro dos pseudônimos, seguidos da assinatura dos seus utilizantes, cujos trabalhos sejam ali divulgados.

A Lei nº 5.988 ocupa-se um pouco mais pormenorizadamente do assunto.

Começa por considerar, para os efeitos da mesma lei, art. 4º, VI, b, a obra anônima “quando não se indica o nome do autor, por sua determinação, ou por ser desconhecido”.

Pode surgir o problema de se saber desde quando a obra assume o caráter de anônima. A resposta só pode ser: desde que é posta à disposição do público sem qualquer indicação de sua autoria.

Seja a obra anônima ou pseudônima, pouco importa aos fins da titularidade originária dos direitos relativos. Todavia, quem tenha representado, executado ou, de qualquer modo, publicado uma obra anônima ou pseudônima — observa VALÉRIO DE SANCTIS — é admitido a fazer valer os direitos do autor, enquanto este não se tenha revelado.

“A lei confere, portanto, nesta hipótese, ao publicador da obra a representação do autor, mas não o investe dos direitos deste. Não se trata, pois, de uma sub-rogação fictícia na qualidade de autor, mas somente de um mandato *ex lege* para a proteção dos direitos sobre a obra, que comporta, antes de mais nada, a legitimação ativa, como condição da ação. Evidentemente, o publicador, freqüentemente (por exemplo o editor, o empresário), age (para os direitos patrimoniais) também por conta própria, como titular, a título derivado, dos próprios direitos, ou seja, mesmo, do seu exercício.”

Numa página inspirada, relativa ao escritor ou ao artista que deseja permanecer na sombra, embora gozando dos seus direitos patrimoniais e salvaguardando seus interesses espirituais, por meio de um homem de confiança, que por sua conta realizará a gestão da obra, pondera HENRI DESBOIS, as decisões, apa-

rentemente tomadas pelo intermediário, serão, na verdade, sugeridas ou aprovadas por aquele que ele esconde; as rendas de autor, devidas aparentemente ao intermediário, serão, na realidade, pagas ao autor desconhecido, que poderá exigir uma prestação de contas periódica, como de parte de um mandatário.

“Quer dizer que, se o representante se desincumbe mal das funções que lhe foram confiadas, o autor, descontente e decepcionado, poderá decliná-lo e colocar em outra parte a sua confiança; poderá renovar a mudança, tantas vezes quantas suas escolhas sucessivas não lhe tiverem dado satisfação. Esse é o esquema de um regime de natureza a conciliar o desejo que sente o criador, de confinar-se na sombra, com a vontade de conservar seus interesses de ordem pecuniária e moral.”

Duvida, no entanto, o professor parisiense tenha o legislador recorrido a esse esquema no referido art. 11, por não lhe parecer ter sido estabelecido o equilíbrio entre as duas preocupações que dividem os pensamentos do autor. *O fato do anonimato ou aquele de uso de um pseudônimo recalçou a noção de representação.* Entende encontrar-se a prova dessa verificação no contexto da segunda alínea: os autores “são representados no exercício destes direitos pelo editor ou o publicador originário, desde que não tenham revelado sua identidade e justificado sua qualidade”.

Vê aí a designação do testa-de-ferro, e dá razão ao Parlamento de não reservar essa qualidade aos editores, estendendo-a aos publicadores... por mais feio que seja o neologismo.

Ulterior dificuldade resulta da hipótese de ter o anônimo de mover alguma ação judicial para a defesa dos seus direitos.

Quanto ao ponto de vista do direito moral, o mais relevante é o relativo à paternidade da obra, sempre fácil presa dos inescrupulosos.

Se o autor, observa ROBERT PLAISANT, não é obrigado a exercer o direito de usar o seu nome, não pode, por outro lado, ser dele privado. A pessoa escolhida, editor ou não, terá plenos poderes para perseguir, tanto no âmbito cível, como no criminal, cumpridas as formalidades legais, os responsáveis por qualquer abuso. Isso, sem embargo de poder a qualquer momento revelar o autor a sua identidade e iniciar ou retomar pessoalmente a direção das ações.

Mas o anônimo também pode cometer abusos: invertidas as posições, citado o gestor do autor para responder, o processo será idêntico.

Dando-se o autor a conhecer, retirando, assim a obra do anonimato, a maior consequência, *para o futuro*, na observação de HENRI DESBOIS, é colocar as coisas no mesmo estado que resultaria se o autor tivesse desde a origem indicado o seu nome: retirar-se-á o representante, e daí por diante aquele que ele substituíra gozará pessoalmente seus direitos relativos às suas obras, abandonando-se o critério da data da publicação para cálculo da duração do monopólio para seguir-se o critério comum.

Considera ainda o tratadista o caso em que a obra seja resultante da colaboração de vários autores: se um deles declina sua identidade, é frente a este

unicamente que intervirá o procedimento do cálculo ordinário. Mas à medida que os demais forem revelando sua identidade, será necessário levar em conta o disposto no art. 21, § 3º, da lei francesa: "para as obras em colaboração, o ano civil tomado em consideração é o da morte do último sobrevivente dos colaboradores".

8 – Folclore

O conceito de folclore não é jurídico, e sim da linguagem comum.

Define-o FRANCISCO DA SILVEIRA BUENO, em seu *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa* (Rio, Fename, 11ª ed., 1979):

"Conjunto das tradições, conhecimentos ou crenças populares expressas em provérbios, contos ou canções; conjunto das canções populares de uma época ou região; estudo e conhecimento das tradições de um povo, expressas em suas lendas, crenças, canções e costumes (Do ingl. *folk*, povo, e *lore*, conhecimento)."

Em consequência de comunicação enviada, pela Comissão Paulista de Folclore, tendo como relatores ORACI NOGUEIRA e ROSSINI TAVARES DE LIMA, ao I Congresso Brasileiro de Folclore, realizado no Rio de Janeiro em 1951, e das sugestões de LUÍS DA CÂMARA CASCUDO, foi aprovado e inserido na Carta do Folclore Brasileiro, o seguinte conceito:

"Constituem o fato folclórico as maneiras de pensar, sentir e agir de um povo, preservadas pela tradição popular ou pela imitação, e que não sejam diretamente influenciadas pelos círculos eruditos e instituições que se dedicam, ou à renovação e conservação do patrimônio científico e artístico humano, ou à fixação de uma orientação religiosa e filosófica."

ROSSINI TAVARES DE LIMA (*Abecê do Folclore*, São Paulo, Ricordi, 5ª edição, 1972), a esses e outros elementos complementa com a sua *definição*: "tudo o que resulta do pensamento, sentimento e da ação do povo, cujo *habitat* preferencial é constituído pelo meio popular, isto é, o espaço em que vivem os grupos sociais do campo e da cidade, menos influenciados pela ciência oficial, pela intelectualidade de um país civilizado".

Admite possa ser criado ou aceito e adaptado, recriado pela simples imitação, não possua o fundamento tradicional, no sentido de algo que se herda dos antepassados, e prescindia do anonimato, além de poder subsistir na grande burguesia e entre os homens do mais alto nível de instrução e pensamento.

A lei-tipo de Túnis sobre o direito de autor define-o no art. 18, IV, como "o conjunto de obras literárias, artísticas e científicas criadas dentro do território nacional por autores presumidos da jurisdição deste país ou de comunidades étnicas, transmitidos de geração em geração e constituindo um dos elementos fundamentais do patrimônio cultural tradicional".

A lei-tipo prevê que o direito patrimonial e o direito moral de reclamar a paternidade e o de opor-se à deformação, mutilação ou modificação seja exer-

cido por uma autoridade competente. O que seja esta autoridade competente está definido no art. 18, IX.

O folclore deverá ter uma proteção sem limite de tempo, e todos os arranjos, adaptações, traduções e outras transformações feitas no exterior sem a autorização da autoridade competente não poderão nem ser importadas nem divulgadas (art. 6º).

Entre as poucas leis que contêm referência expressa à matéria está a peruana nº 13.714, de 31-10-1961, incluindo no âmbito da sua proteção, art. 7º, g, "las versiones escritas del folklore, cuyos motivos o temas son, no obstante, del dominio público".

O art. 14 esclarece que os que transformem, arranjem ou traduzam uma obra, com a autorização dessa mesma lei, e respeitando a participação do autor da obra originária, serão considerados titulares da nova obra derivada.

Acrescenta a segunda alínea: "Se a obra originária pertencer ao domínio público, o titular da nova obra derivada não poderá opor-se a que outros por sua vez transformem, arranjem ou traduzam a obra originária e adquiram assim a qualidade de titulares de sua própria versão".

No mesmo sentido o art. 2º do respectivo Regulamento coloca nesse domínio público, podendo, conseqüentemente, ser licitamente utilizadas por qualquer pessoa, sem pagamento de retribuição, respeitadas as formalidades do direito moral (art. 62, letra a), "as obras de autor desconhecido, compreendendo-se as canções, lendas e demais expressões do acervo folclórico".

EDMUNDO PIZZARRO DAVILA, (*Los Bienes y Derechos Intelectuales*, Lima, Arica, sem data), depois de encarecer a rica e ampla gama de tradições e lendas do Peru, sua música, seus contos, seu vestuário e mesmo sua comida, expressão cuja origem se perde na obscuridade do tempo, define o folclore como "o conjunto de tradições, lendas, costumes e manifestações culturais de um povo, cuja fonte é desconhecida".

Reproduz conceito do especialista argentino, VÍCTOR JAIMES FREYRE, segundo o qual deve ser de origem tradicional e popular, empírico, de transmissão oral, anônimo, localizável geograficamente e vigente.

Mas ROSSINI TAVARES DE LIMA chega a ser veemente na repulsa aos requisitos do anonimato e da exigência da transmissão oral, "como muita gente diz e repete".

"Anonimato é uma expressão que, conforme RENATO ALMEIDA, cheira a ranço do século XIX, ao tempo em que se admitia a autoria coletiva dos fenômenos folclóricos ou que estes eram obra de todo um povo. Não há obra coletiva no folclore: tudo tem um único e exclusivo pai, que é determinado homem, um poeta, cantor, artista, artesão etc. Os nomes de muitos, porém, ficaram perdidos, esquecidos. Como aliás ocorre na própria criação erudita, onde há produções cujos nomes dos autores se perderam.

Também não se deve considerar a transmissão oral como característica do fenômeno folclórico.”

Recorda, a propósito, a literatura “de cordel”, as receitas de cozinha, doces e bebidas inscritas nos cadernos das donas-de-casa; os pasquins registrados em folhas de papel de embrulho, o entrecho dramático de Congadas e Cavalhadas também anotado em cadernos.

Haveria que reconhecer que elementos do folclore não são de propriedade exclusiva de quem quer que seja, muito menos para finalidades comerciais.

“Por não ser conhecido o seu ator” — indica BRUNO JORGE HAMMES —, “tem-se entendido que pertence a todos, que pertence ao domínio público. Assim o entendeu o nosso legislador quando diz serem do domínio público as obras de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral (art. 48, II). Nada a objetar quando se trata de obra cuja origem é completamente desconhecida. Mas há toda uma riqueza cultural que é de origem conhecida, embora seja desconhecida a pessoa que o criou.

Há uma comunidade que o considera o seu patrimônio e o cultiva com amor todo especial. As empresas de espetáculos, cinema, empresas de televisão, exploram o folclore em proporções gigantescas, enquanto a comunidade de origem é utilizada sem participar dos sucessos econômicos de sua arte. Embora o folclore apresente aspectos um tanto novos para os padrões estabelecidos à proteção autoral, há hoje da parte de muitos países africanos e sul-americanos (entre estes especialmente a Bolívia) uma forte tendência de se criar uma proteção autoral ou ao menos semelhante para a comunidade de origem do folclore.”

O assunto do folclore já assumiu uma importância que transcende, de muito, os estreitos limites do território de cada país.

Compreenderam-no bem a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e a Unesco, reunindo em Genebra de 7 a 9-1-1980 um Grupo de Trabalho de peritos na matéria, a que deram a incumbência de elaborar “disposições-Tipo de Legislação Nacional sobre a Proteção da Criação do Folclore”, que concluiu seus trabalhos de 9 a 13-2-1981, em Paris, na sede da Unesco, publicados no *Bulletin du Droit d'Auteur*, da Unesco, vol. XV, nº 2, 1981, págs. 20-30 e na *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 108, abril de 1981, págs. 188-192.

“Considerando que o folclore constitui uma parte essencial do patrimônio vivo da Nação, desenvolvido e perpetuado pelas comunidades no seio da Nação;

Considerando que a disseminação das diversas expressões do folclore pode conduzir a um aproveitamento indevido do patrimônio cultural da Nação;

Considerando que todo abuso de natureza comercial ou outra ou toda desnaturação do folclore é prejudicial aos interesses culturais e econômicos da Nação;

Considerando que as expressões do folclore, enquanto constituem uma manifestação da criatividade intelectual, merecem beneficiar-se de uma proteção que se inspira da que é concedida às obras literárias e artísticas. . .”

O art. 1º estabelece o *princípio da proteção*, que alcança as expressões do folclore contra seu aproveitamento ilícito e qualquer outra ação prejudicial.

O 2º, *expressões protegidas do folclore*, define como folclore o conjunto do patrimônio artístico tradicional desenvolvido e perpetuado por uma comunidade do país.

Entende como “expressões do folclore” as criações que compõem elementos característicos do folclore, notadamente:

I – as expressões verbais, tais como os contos populares, a poesia popular e os enigmas;

II – as expressões musicais tais como as canções e a música instrumental populares;

III – as expressões corporais, tais como as danças e espetáculos populares, bem como as expressões artísticas dos rituais sejam ou não estas expressões fixadas num suporte; e

IV – as expressões materiais tais como:

a) as obras de arte popular, aí compreendidos notadamente os desenhos, pinturas, cinzeladuras, esculturas, louças, terracotas, mosaicos, trabalhos em madeira, objetos metálicos, jóias, obras de cesteiro, trabalhos de agulha, têxteis, tapetes, vestuário;

b) os instrumentos de música;

c) as obras de arquitetura.

O art. 3º diz respeito às *utilizações submetidas a autorização*: sob reserva das disposições do art. 4º, quando feitas com intenção de lucro fora de seu contexto tradicional ou habitual:

I – toda publicação, reprodução e toda distribuição de exemplares de expressões do folclore;

II – toda recitação, representação ou execução pública, toda transmissão por fio ou sem fio e qualquer outra forma de comunicação ao público de expressões do folclore.

Indica o art. 4º as *exceções* às disposições do artigo anterior:

I – utilização a título de ensino;

II – utilização a título de ilustração de uma obra original de um autor desde que a extensão dessa utilização seja compatível com os bons costumes;

III — empréstimos de elementos de expressão do folclore para a criação de uma obra original de um autor, desde que esta utilização seja compatível com os bons costumes.

As disposições do art. 3º não se aplicam outrossim no caso de a utilização das expressões do folclore ser fortuita, como no caso de reportagem de acontecimento de atualidade por meio da fotografia, da radiodifusão ou da gravação sonora ou visual, desde que a extensão seja justificada pela finalidade da informação; utilização de objetos situados em permanência em local onde possam ser vistos pelo público, se esta utilização consistir em fazer aparecer sua imagem numa fotografia, num filme ou numa emissão televisual.

Seguem-se disposições relativas à menção da fonte, infrações, busca e apreensão e outros meios, prescrição, sanções civis, autoridades, autorização, jurisdição competente, relações com outras formas de proteção, interpretação e proteção das expressões do folclore estrangeiro.

Verifica-se, pelo exposto, que, por consenso unânime dos especialistas, juristas ou não, nacionais ou alienígenas, uma figura incorporada ao folclore não é exclusividade de quem quer que seja, pouco importando o fato de ser conhecido ou não o seu criador.

BIBLIOGRAFIA

CANDIAN, Aurélio — "Anonimato (Diritto al)", *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, vol. II, 1958, págs. 499-502.

COSTA, Hector Della — *Sujeto y Objeto del Derecho de Autor*, tese apresentada na II Conferencia Continental de Derecho de Autor e I Conferencia Argentina de Derecho de Autor, Buenos Aires, del 6 al 10-4-1981.

DESBOIS, Henri — *Le Droit d'Auteur en France*. Paris, Dalloz, 2ª edição, 1966, págs. 469-478.

HAMMES, Bruno Jorge — "O Autor de Obra Intelectual", *Estudos Jurídicos*, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, vol. VIII, nº 23, 1978, págs. 5-19.

FORTÓN, Julia Elena — *Folklore y Artesania*. La Paz, Critica, 1976, 62 págs.

NDIAYE, Ndéné — *La profession d'auteur en 1980: Mythe ou réalité? Cas du Sénégal*, Rapport apresentado ao XXXII Congresso da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC), Dakar, novembro, 1980, mimeografia, 13 págs.

PARILLI, Ricardo Antequera — *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*. Buenos Aires, Leonardo, 1977, págs. 69-95.

PIOLA CASELLI, E. — *Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione*. Nápoles, Marghieri e Turim, Utet, 2ª edição, 1927, págs. 254-266.

PLAISANT, R. — "L'Auteur. L'Auteur dans les différentes Espèces d'œuvres Littéraires et Artistiques", *Juris-Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique*, fasc. 6, 1963, págs. 15-16.

Direito de autor e interesse público nos países em desenvolvimento

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela Universidade
de São Paulo. Professor Livre Docen-
te na Faculdade de Direito da USP.

SUMÁRIO

- I — DIREITO DE AUTOR: NOÇÕES BÁSICAS
 - 1 — **Observações preliminares**
 - 2 — **Direito de autor: conceito e posição**
 - 3 — **Direitos inseridos em seu contexto**
 - 4 — **Obras protegidas**
 - 5 — **Evolução**
 - 6 — **Essência e alcance**
- II — DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO
 - 7 — **O conflito entre o interesse público e o privado no direito de autor**
 - 8 — **Limitações comuns decorrentes desse conflito**
 - 9 — **As limitações nas convenções internacionais e no direito interno dos países em geral**
- III — A SITUAÇÃO NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO
 - 10 — **A concepção "países em desenvolvimento" no contexto da comunidade internacional**
 - 11 — **Problemas peculiares a esses países: alcance do interesse público**
 - 12 — **A situação do conflito no plano do direito de autor**
 - 13 — **Conseqüências específicas desse conflito no plano internacional**
 - 14 — **O regime especial instituído nas convenções para esses países: limitações e licenças legais**
 - 15 — **A lei-tipo proposta pelas organizações internacionais**
 - 16 — **Reflexos no direito interno dos países em desenvolvimento**
 - 17 — **Conclusões**

I — DIREITO DE AUTOR: NOÇÕES BÁSICAS

1 — Observações preliminares

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

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

Para esse efeito, partiremos de noções conceituais sobre o direito de autor, acentuando, ao depois, o conflito que nele se instala entre os interesses público e privado, o qual se traduz em limitações aos direitos de autor, acentuando, ao depois, o conflito que nele se instala entre os diferentes países.

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

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

2 — Direito de autor: conceito e posição

Conforme salientamos em nosso livro **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda** (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 1), o direito de autor é o ramo da ciência jurídica em que se protege, sob os aspectos moral e patrimonial, o criador de obra literária, artística ou científica.

Acompanhando a própria evolução experimentada nas comunicações, o direito de autor tem-se afirmado, em concreto, nos tempos atuais, mostrando-se sensível às conquistas do pensamento, da ciência e da arte. Insere-se, consoante a doutrina moderna, no contexto dos denominados **direitos intelectuais**, ao lado do **direito de propriedade industrial** (v. EDMOND PICARD: **Le Droit Pur**, Bruxelles, F. Larquier, 1899, pp. 98 e segs., espec. p. 100; ARMINJON, NOLDE e WOLFF: **Traité de Droit Comparé**, Paris,

Librairie Générale, 1950, vol. I, pp. 98 e segs.; JEAN ESCARRA: **Droits Intellectuels**, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 230 e segs.; CARLOS MOUCHET e SIGFRIDO RADAELLI: **Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas**, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, pp. 71 e segs.; MARIO ARE: **L'Oggetto del Diritto di Autore**, Milano, Giuffrè, 1963, p. 17; ISIDRO SATANOWSKY: **Derecho Intelectual**, Buenos Aires, Tipografia Argentina, 1954, v. I, p. 113; MARCEL CRIONNET: **Les Droits Intellectuels et les Régimes Matrimoniaux en Droit Français**, Paris, Librairie Générale, 1975, p. 1; FILADELFO AZEVEDO: **Direito Moral dos Escritores**, Rio, Alba, 1930, p. 10, dentre inúmeros outros autores).

Vislumbrado, sob certo aspecto, no mundo antigo, esse direito passou, com a invenção da imprensa e a conseqüente possibilidade de reprodução em série de obras, a traduzir-se em um sistema de privilégios concedidos a editores para a exploração econômica de criações literárias. (V., dentre outros autores, EUGÈNE POUILLET: **Traité de la Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, Librairie Générale, 1908, pp. 1 e segs.; EDOUARD LABOULAYÉ: **Études sur la Propriété Littéraire en France et en Angleterre**, Paris, F. Durand, 1858, pp. 8 e segs.; LUIGI DI FRANCO: **Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica**, Milano, Società Editrice Libreria, 1936, pp. 527 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE: **I Diritti sulle Opere dell'Ingegno**, Torino, Torinese, 1974, pp. 1 e segs.; CARLO CRISTOFARO: **T Trattato del Diritto di Autore e d'Inventore**, Torino, Bocca, 1931, pp. 8 e segs.; SAMUEL MARTINS: **Direito Autoral, seu Conceito, sua História e sua Legislação entre Nós**, Recife, Livraria Francesa, 1906, pp. 6 e 7; ODDO BUCCI: **Interesse Pubblico e Diritto d'Autore**, Padova, Cedam, 1976, pp. 13 e segs.; K. STOYANOWITCH: **Le Droit d'Auteur dans les Rapports entre la France et les Pays Socialistes**, Paris, Librairie Générale, 1959, pp. 21 e segs.).

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

3 — Direitos inseridos em seu contexto

O direito de autor compreende prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, aquelas relativas ao vínculo pessoal e eterno que une o criador à sua obra e, estas, referentes ao aproveitamento econômico da obra, mediante a participação do autor em todos os processos de utilização possíveis (como, dentre outras, consigna a lei brasileira especial: Lei nº 5.988, de 14-12-73: arts. 25 e segs.; e 29 e segs.).

Defluem dessa noção vários e distintos direitos, conhecidos por direitos morais e direitos patrimoniais. Os direitos morais estendem-se desde o direito de inédito até os de defesa da paternidade, de correção, de modificação e outros. Os direitos patrimoniais consubstanciam-se na faculdade de o autor usar ou autorizar a utilização da obra no todo ou em parte,

dispor desses direitos a qualquer título e transmitir esses direitos a outrem, no todo ou em parte, entre vivos ou por sucessão (fórmula da Convenção de Washington de 1946, art. II). (V. a respeito, dentre inúmeros outros autores: VALÉRIO DE SANCTIS: "Diritto di Autore", in **Enciclopedia del Diritto**, vol. IV, pp. 378 e segs. e **Contratto di Edizione**, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 10 e segs.; GIUSEPPE PADELLARO: **I Diritto di Autore (la disciplina giuridica di strumenti di comunicazione sociale)**, Milano, Vallardi, 1972, pp. 7 e segs.; GRECO e VERCELLONE: ob. cit., pp. 103 e segs.; ANDRÉ FRANÇON: **La propriété Littéraire et Artistique**, Paris, PUF, 1970, pp. 45 e segs.; STIG STROMHOLM: **Le Droit Moral de l'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave**, Stockholm, P. A. Norstedt & Soners, 1966, v. I, pp. 1 e segs.; STOYANOWITCH: ob. cit., pp. 30 e segs.; F. C. PONTES DE MIRANDA: **Tratado de Direito Privado**, S. P., RT, 1977, v. XVI, pp. 10 e segs.; J. M. CARVALHO SANTOS: **Código Civil Brasileiro Interpretado**, Rio, Freitas Bastos, 1963, vol. VIII, pp. 403 e segs.).

Esses direitos são independentes entre si, fazendo nascer para o autor, cada qual, a remuneração correspondente; p. ex., os direitos de gravação e de execução pública, para as composições musicais; as edições gráficas e as representações para as obras teatrais; os direitos de adaptação, para cinema e para televisão, para as obras literárias, e assim por diante.

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

4 — Obras protegidas

As obras protegidas pelo direito de autor são as criações intelectuais de feição estética, dos domínios literário, artístico e científico (ARE: ob. cit., pp. 29 e segs.; GRECO e VERCELLONE: ob. cit., p. 36; TULLIO ASCARELLI: **Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**, trad., Barcelona, Bosch, 1970, pp. 634 e segs. V. tb. Lei brasileira — 5.988/73: art. 6º).

Ampara esse direito a forma original criada pelo autor, desde que o substrato ideológico é comum a todos (v., dentre outros autores: EDUARDO PIOLA CASELLI: **Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione**, Torino, Torinese, 1927, pp. 205 e segs.; DE SANCTIS: ob. cit., p. 7; RENÉE — PIERRE LEPAULLE: **Le Droit d'Auteur sur son Œuvre**, Paris, Dalloz, p. 21; ALAIN LE TARNEC: **Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, Dalloz, 1966, p. 177; ANDRÉ FRANÇON: ob. cit., p. 9; HENRI DESBOIS: **Le Droit d'Auteur en France**, Paris, Dalloz, 1966, pp. 20 e segs.; CLOVIS BEVILAQUA: **Código Civil Comentado**, Rio, Editora Rio, 1978, v. I, p. 1.115 e PEDRO VICENTE BOBBIO: **O Direito de Autor na Criação Musical**, S. P., Lex, 1951, pp. 13 e segs.).

As obras são protegidas independentemente do mérito ou da destinação (POUILLET: ob. cit., p. 47; LEPAULLE: ob. e loc. cit.; CASELLI: ob. cit., pp. 62 e segs.; LE TARNEC: ob. cit., p. 183; ARE: ob. cit., pp. 163 e segs., dentre outros escritores).

5 — Evolução

Fruto, para o autor, do liberalismo — que o descartou do editor, conferindo-lhe, ademais, foros de direito positivo — apresenta o direito de autor uma **ratio** especial: a da proteção do criador intelectual. Volta-se, desde então, essencialmente, para o amparo ao criador intelectual. Tem por meta específica o autor de obra de engenho (v. o nosso artigo “O Direito de Autor no plano das liberdades públicas”, na Revista **Justitia**, do Ministério Público do Estado de São Paulo, nº 98, pp. 165 e segs., em que analisamos, em profundidade, a essência e a evolução do direito de autor. V. tb. ÉDOUARD SILZ: “La notion juridique de droit moral de l’auteur”, in **Rev. Trim. de Droit Civil**, XXXII, p. 394; GEORGE MICHAÉLIDÈS NOUAROS: **Le Droit Moral de l’Auteur**, Paris, Arthur Rousseau, 1935, p. 50; ISIDRO SATANOWSKY: ob. cit., pp. 14 e segs.; HERMANO DUVAL: **Direitos Autorais nas Invenções Modernas**, Rio, Andes, 1956, pp. 11 e 12).

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

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

Atingiu, também, a constitucionalização, em vários sistemas, alcançando depois o plano internacional, em que tem merecido várias Convenções — a primeira em Berna (formalizada em 1886), em que se fixaram os princípios fundamentais de sua estruturação com sucessivas revisões periódicas, por meio das quais tem acompanhado, em sua estruturação, a evolução cultural e científica e o progresso das técnicas de comunicação — (v. HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON e ANDRÉ KEREVER: **Les Conventions Internationales du Droit d’Auteur et des Droits Voisins**, Paris, Dalloz, 1976, pp. 9 e segs.; NICOLA STOLFI: **Il Diritto di Autore**, Milano, Società Editrice Libreria, 1932 v. I, pp. 71 e segs. e 129 e segs.; CASELLI: ob. cit., pp. 13 e segs.; DESBOIS: ob. cit., pp. 872 e segs.; SATANOWSKY: ob. cit., pp. 17 e segs. STOYANOWITCH: ob. cit., pp. 41 e segs.; DOCK: ob. cit., pp. 116 e segs.; ANTONIO CHAVES: **Direito Autoral de Radiodifusão**, São Paulo, RT, 1952, pp. 15 e segs., entre inúmeros outros autores).

Penetrou, depois, por força da projeção internacional e do impulso da doutrina e da jurisprudência, no direito interno dos países civilizados — inclusive dos ora denominados **países em desenvolvimento** — universalizando-se a sua regulação, por via de leis especiais, sempre impregnadas, no mundo ocidental, do subjetivismo apontado, por influência da União de Berna.

6 — Essência e alcance

Consiste o direito de autor, em essência, em uma exclusividade concedida ao autor — ou a seus sucessores — pelo prazo da lei, para a utilização

econômica da obra, sujeitando-se, pois, à sua autorização toda e qualquer forma possível de aproveitamento, aliás, desde a concepção do mecanismo dos privilégios (v., dentre outros doutrinadores: STOLFI: ob. cit., pp. 10 e segs. e 55 e segs.; DI FRANCO: ob. cit., pp. 593 e segs.; CASELLI: ob. cit., pp. 1 e segs.; SATANOWSKY: ob. cit., pp. 10 e segs.).

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

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

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

Essa problemática colocou-se, desde logo, entre os seus fautores, gerando uma configuração toda especial para esse direito — e que se universalizou — na qual se procurou fazer uma síntese entre os interesses em questão (v. CASELLI: verbete "Diritti di Autore", in **Novissimo Digesto Italiano**, vol. V, p. 676; POUILLET: ob. cit., pp. 169 e segs.; DOCK: ob. cit., p. 150; MARTINS: ob. cit., pp. 3 e segs.; AZÉVEDO: ob. cit., p. 89).

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

Daí, a textura toda própria que recebeu o direito de autor — em que se identificam os traços privatísticos e publicísticos referidos — e cuja cristalização obedeceu, exatamente em função dos pressupostos enunciados, a um longo processo evolutivo, que somente a partir da segunda metade do nosso século tem atingido a necessária concretização (v. MARTINS: ob. cit., pp. 22 e segs., em que narra as vicissitudes da introdução legislativa desse direito entre nós; v. tb. CASELLI: **Trattato**, cit., pp. 62 e segs.; STOLFI: ob. cit., pp. 184 e segs.; DI FRANCO: ob. cit., pp. 594 e segs.; DESBOIS: ob. cit., pp. 21 e segs.; SATANOWSKY: ob. cit., pp. 17 e segs. e 32 e segs.; BEVILAQUA: ob. cit., pp. 1.114 e segs.; HUGO WISTRAND: **Les Exceptions Apportées aux Droits de l'Auteur sur ses Œuvres**, Paris, Ed. Montchrestien, 1968, pp. 13 e segs.; BUCCI: ob. cit., pp. 38 e segs. e 55 e segs.; PADELLARO: ob. cit., pp. 3 e segs.; BOBBIO: ob. cit., pp. 7 e segs. dentre outros autores).

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

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

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

II — DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

7 — O conflito entre o interesse público e o privado no direito de autor

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

Nesse passo, aliás, o direito de autor reflete o mesmo posicionamento de outros direitos privados, que têm sofrido o influxo do interesse coletivo, o qual, paulatinamente, vem traçando balizas ao espírito essencialmente liberal que o estruturou e o estratificou em norma, inobstante as manifestações legais protecionistas que, com razão, cercam os interesses individuais do autor em seu relacionamento com as pessoas e as empresas em cuja atividade a matéria-prima básica é a obra intelectual (v. os nossos artigos “Interpretação no Direito de Autor”, in **Revista de Informação Legislativa** a. 16, n. 62, pp. 219 e segs., e “O Dirigismo econômico e o Direito contratual”, in **Revista dos Tribunais**, nº 526, pp. 20 e segs.; e EDWYN S. HARVEY: **Derechos de Autor, de la Cultura y de la Información**, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 30 e 31).

Com efeito, a própria evolução doutrinária por que tem passado a humanidade — após a admissão da intervenção do Estado na economia,

para suprir as deficiências da iniciativa privada, vem sobrepondo o interesse coletivo ao individual, com o estreitamento, cada vez maior, de seu campo de ação, por meio de normas inspiradas por exigências públicas.

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

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

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

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

Nos sistemas de inspiração anglo-norte-americana, o núcleo de proteção é a própria obra intelectual, revestindo-se, pois, de cunho essencialmente econômico os mecanismos de defesa do autor previstos na legislação do **copyright**, que ademais impõe formalidades para a sua concretização. A preocupação específica na matéria é, portanto, o aspecto patrimonial.

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

Com efeito, há o incontestável interesse coletivo na difusão de obras intelectuais; existe a necessidade de acesso de diferentes camadas populacionais — principalmente professores, estudantes e pesquisadores — aos textos e obras públicas; e impõe-se a expansão da cultura como esteio do desenvolvimento geral da nação, conforme acentuamos em nossa tese “Reprografia e Direito de Autor: uma proposta para a regulamentação legal da matéria” in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, nº 10, pp.

459 e segs.; e *Revista Il Diritto di Autore*, 1981, pp. 502 e segs., con o título "Reprographie et Droit d'auteur: une proposition pour la réglementation légale de la matière").

Nesse sentido, anotam GRECO e VERCELLONE:

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

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

Lembrando, ademais, que as limitações são comuns a todos os direitos privados, acentua adiante que: "tali temperamenti del diritto di autore hanno natura logica e giuridica, diversa da quelli compresi nella rubrica della libera utilizzazione" (que também importam em exceções ao citado direito). E argumenta:

"Essi, infatti, non sono come questi secondi immanenti nella natura del diritto, si da venire necessariamente in considerazione nella sua costruzione giuridica, bensì discendono da regioni estranee alla basi fondamentale dell'istituto, le quali agiscono, spesso, in modo speciale per talune opere o per talune categorie di autori. Perciò, mentre la libera utilizzazione, temperata con i diritti esclusivi, dà origine alle regole normali del loro esercizio, questi temperamenti speciali di interesse pubblico intervengono a modificare in linea di eccezione le regole stesse" (ob. cit., pp. 36 e 37).

Rematando, observa:

"Detta diversità ha una pratica importanza giuridica, perchè rederiva che le limitazioni che vanno sotto la rubrica della libera utilizzazione, sicome necessarie e normali, possano essere argomentate con larghezza estensiva di concetti dai principi generali dell'istituto, ed invece, quest'altre modificazioni, straordinarie ed eccezionali, non devono ammettersi che in stretta e vigile misura, vuoi sulla base di un'espressa disposizione dalla quale risulti la volontà dello stato, come rappresentante gli interessi collettivi,

di derogare, per speciali esigenze di datti interessi, al diritto privato dell'autore; vuoi sulla base di indiscutibili esigenze della vita sociale" (ob. cit., p. 504).

8 — Limitações comuns decorrentes desse conflito

Por essa razão é que certos interesses de caráter público têm imposto balizas aos direitos autorais ao longo dos tempos, em todos os países, as quais se refletem no direito positivo, por meio de formulação de regras de exceção, que vêm a mitigar o caráter absoluto da exclusividade conferida ao autor (v. o nosso "Limitações aos direitos autorais", verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 50, p. 101; SATANOWSKY: ob. cit., pp. 32 e 33; BUCCI: ob. cit., pp. 55 e segs.; WISTRAND: ob. cit., pp. 37 e segs.; BEVILAQUA: ob. cit., p. 1.116; STOLFI: ob. cit., v. II, pp. 622 e segs., dentre outros autores).

Por isso, registra ROBERT PLAISANT que, de um lado, o direito de autor "interdit toute reproduction ou toute représentation de l'oeuvre sans l'autorisation de l'auteur", mas, de outro, "ce droit, exclusif et absolu, dans son principe, comporte certaines exceptions" (**Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants**, Paris, J. Dalmas, 1970, p. 24).

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

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

Assim, MOUCHET e RADAELLI, depois de assinalar que são ditas por "razones superiores a las conveniencias de los particulares", registram que essas restrições "pueden clasificarse en dos grupos". E frisam:

"En uno están los impuestos en las mismas leyes regulamentarias de los derechos del autor y que se fundan en exigencia de interés cultural o informativo. En otro, los derivados de exigencias del orden público, como son las que impone la policía de costumbres y las que resultan del control gubernativo sobre determinados aspectos de la actividad intelectual, por razones de gobierno o de administración" (**Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas**, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, v. II, pp. 131 e 132).

Anota ALAIN LE TARNEC, em tentativa de síntese, referindo-se à atual lei francesa (art. 41), que:

"Le droit exclusif de reproduction dont est titulaire l'auteur cède devant un certain nombre d'impératifs, soit qu'ils tiennent un caractère strictement privé de la reproduction, soit qu'ils résultent des nécessités de l'instruction ou de l'information, soit qu'ils se trouvent commandés par la nature des choses" (ob. cit., p. 85).

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

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

Essas limitações variam, em concreto, conforme as legislações, que, como acentua WISTRAND, procuram “faciliter au créateur l'épanouissement de ses dons et met à sa disposition les moyens d'en tirer les bénéfices”. Mas ressalta que “comme tous les droits privés, le droit d'auteur a des exceptions” e que dos princípios “qui les fixent depend, pour chaque législation, l'extension de la sphère des droits du créateur”, sempre em função de exigências da comunidade (ob. cit., p. 40).

Mas, de um modo geral, conforme observa SATANOWSKY, a obra intelectual cumpre finalidades benéficas a “las costumbres sociales y la cultura estética” especialmente, “la educación de los niños, infantes y adolescentes, mediante el material pedagógico — destinado a la escuela — y el ético — factor de la educación moral (ob. cit., p. 33).

Discorrendo sobre os fundamentos desse posicionamento, BUCCI registra a discussão sobre o alcance do interesse público e anota duas posições: uma, que: “ravvisa proprio nell'interesse pubblico al progresso culturale della collettività le ragioni giustificative della tutela”, outra que “il pubblico interesse interverrebbe soltanto per giustificare le limitazioni legali del diritto di autore” (ob. cit., p. 58).

Discutindo depois as várias hipóteses da lei italiana (ob. cit., p. 64), realça que “tutte queste disposizioni impongono vere e proprie restrizioni al diritto di autore; esse rispondono, come si è dato, a finalità di pubblico interesse, quali la diffusione della cultura, la libera circolazione delle idee e l'apprendimento di esse da parte di tutti i consociati, sul presupposto che le opere dell'ingegno individuale sono parte del patrimonio culturale comune, che deve essere reso accessibile a tutti” (p. 65).

De nossa parte, temos acentuado, com base na legislação brasileira (Lei nº 5.988/73, art. 49), que, das limitações, a) uma reveste-se de caráter institucional, decorrente da própria conceituação desse direito e b) outras se aliam a exigências da cultura, da censura, do ensino e de outras considerações de ordem pública (v. o nosso verbete citado), presentes, aliás, nas Convenções internacionais e, praticamente, em todas as legislações do mundo civilizado.

Assim, de início, a partir da noção de que o autor retira elementos do acervo cultural preexistente, tem sido sufragada, à unanimidade, como institucional, a limitação no tempo dos direitos patrimoniais de autor, para

efeito de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade (como ínsita em sua própria essência). Retira-se ao autor — ou a seus sucessores — a exclusividade de exploração após certo prazo, e a obra cai no domínio público.

Exigências da coletividade impõem, ainda, outras limitações aos direitos autorais, inclusive quanto a obras que poderiam ser consideradas em seu contexto como discursos e outras criações dessa ordem, notícias de jornais, cartas e certas inserções em publicações periódicas.

Da vida pública decorrem, aliás, limitações concernentes à censura e ao controle de comunicações. De ordem didática são as relativas a coletâneas e antologias. De cunho científico, as citações e as críticas e assim por diante.

Todas essas limitações se relacionam, pois, em última análise, com os objetivos maiores de difusão de conhecimentos e de disseminação de cultura, como verdadeiros tributos a que se sujeita o autor em favor da coletividade, de cujo acervo geral retira elementos para as criações de seu intelecto.

Subsistem, nesse elenco, a referida limitação institucional — que diz respeito ao prazo de duração do direito de exclusividade de exploração, variável nas legislações nacionais (entre nós: lei cit., arts. 42 e segs.) — e as especiais, referentes a aspectos particulares de utilização da obra pelo público em geral ou por certas categorias, previstas, sempre, de modo expresso e com interpretação restrita, nas legislações nacionais, como limitações que a coletividade põe ao exercício dos direitos de autor, como registra CASELLI (ob. cit., pp. 503 e segs.) (v. tb. DESBOIS: ob. cit., pp. 280 e segs. e 311 e segs.; DONALD F. JOHNSTON: *Copyright Handbook*, New York and London, R. R. Bowner Co., 1982, pp. 30 e segs.; PEDRO ORLANDO: *Direitos Autorais*, S. Paulo, Nova Jurisprudência, s/data, pp. 19 e segs.; K. STOYANOWITCH: ob. cit., pp. 117 e segs.; dentre outros autores).

Mas, de qualquer sorte, não se revestem de caráter econômico — mesmo que possam advir, e por via de reflexo, resultados da utilização — destinando-se, ao revés, a objetivos sociais definidos e relacionados à idéia geral de interesse coletivo, na divulgação e na absorção de conhecimentos que da obra defluam.

Por essa razão básica é que escapam ao âmbito de incidência do direito de autor, que, como assinala MARIO FABIANI, alcança somente as situações em que exista aproveitamento econômico da obra (“Note in tema di Diritto di Autore, interesse sociale e tutela della personalità”, in *Diritto di Autore*, 1975, p. 164; v. tb. CASELLI: ob. cit., p. 503).

Sua justificação encontra razões várias na doutrina, inclusive em posições sociais adotadas por alguns escritores na análise da natureza do direito de autor (v. dentre inúmeros outros autores: STROMHOLM: ob. cit., I, pp. 102 e segs.; STOLFI: ob. cit., I, pp. 71 e segs. e II, pp. 246 e segs.; DI FRANCO: ob. cit., pp. 677 e segs., e 726 e segs.; POUILLET: ob. cit., pp. 169 e segs.; e 211 e segs.; ANTONIO DE ALMEIDA SANTOS: “Ensaio sobre o Direito de Autor”, Coimbra, Coimbra Ed., pp. 6 e segs.; MILTON FERNANDES: “Presupostos do Direito Autoral de Execução Pública”, Belo Horizonte, 1968, tese, pp. 48 e segs.; J. MOLAS VALVERDE: “Normas Procesales de Especializa-

ción en Propiedad Intelectual”, Barcelona, Nauta, 1968, p. 13), relacionando-se, basicamente, com a reciprocidade de interesses na interação autor-comunidade, apontada por WISTRAND, que salienta que “en même temps que sera satisfaite une prétension juste du créateur, l’appui qui lui est prêté de la part de la communauté est avantageux pour celle-ci” (ob. cit., p. 51).

Por isso, anota o mesmo autor que “rien n’empêche en effet qu’une règle comportant des conséquences positives pour l’une des parties ne puisse également être avantageuse pour l’autre. C’est ainsi que certaines restrictions au droit du créateur, par exemple en faveur de l’éducation populaire, peuvent, en fin de compte, se montrer avantageuses pour celui-ci” (ob. cit., p. 52).

Aliás, desde o início da internacionalização do direito de autor e na própria realização da Convenção de Berna, já se reclamavam limites à proteção absoluta do autor, justificados pelo interesse público, conforme relata NUMA DROZ (na “Ata da Conferência de Berna”, 1885, p. 29, sessão de 18-9-1884 (sobre a internacionalização, v. dentre outros: STOLFI: ob. cit., II, p. 780 e segs.; DI FRANCO: ob. e loc. cit.; POUILLET: ob. cit., pp. 905 e segs.; STROMHOLM: ob. cit., I, pp. 73 e segs.; DESBOIS, FRANÇON e KEREVER: ob. cit., pp. 10 e segs.).

Não se pode, por fim, esquecer das fendas que, na prática, vêm sendo abertas na muralha protetora do direito de autor — estudadas por diferentes autores, como BUCCI (ob. cit.) e PADELLARO (ob. cit.) — face aos diferentes processos de comunicação da obra ao público que a tecnologia vem introduzindo sucessivamente, com reflexos diretos nos direitos patrimoniais do autor (de que cogitamos, oferecendo sugestões para o seu equacionamento, na tese “Os Processos Modernos de Comunicação e Direito de Autor”, no “X Congresso Mundial de Direito”, S. Paulo, 1981, publicada depois em várias revistas especializadas).

9 — As limitações nas convenções internacionais e no direito interno dos países em geral

As limitações ao direito de autor encontram-se, ou inscritas nas próprias Convenções internacionais (no denominado *jure conventionis*), ou decorrem de seu sistema, ou, ainda, estão sufragadas no direito interno dos países em geral, tanto desenvolvidos, quanto em desenvolvimento (v. WISTRAND: ob. cit., pp. 52 e segs.).

Assim, de início, a própria Convenção de Berna abre espaço para essas limitações — respeitados sempre os direitos morais — possibilitando, por exemplo, a que os Estados convenientes permitam reproduções que não entrem, em concreto, a utilização normal da obra por seu titular, nem causem prejuízos injustificados a seus legítimos interesses (v. a respeito, a Convenção de Berna, com a redação da revisão de Paris, de 1971: art. 9º, alínea 2; v. tb.: DESBOIS, KEREVER e FRANÇON: ob. cit., p. 185; e ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: “Guia da Convenção de Berna”, trad., Genebra, 1980, p. 63).

Cuidando da livre utilização da obra intelectual em certos casos (art. 10), a Convenção assegura o direito de citação, desde que conforme aos bons costumes e se faça na medida justificada (alínea 1), facultando, outrossim, que as leis nacionais regulem as condições em que obras literárias ou artísticas possam ser licitamente utilizadas, a título de ilustração de ensino por meio de publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, desde que conforme aos bons costumes (alínea 2).

Admite, ainda, a par de outras, que os Estados convenientes regulem as condições de utilização de obras vistas ou ouvidas em artigos de atualidade, de cunho econômico, político, ou religioso, transmitidos por jornais e por meio de radiodifusão (art. 10, **bis**, alínea 1), bem como as atualidades divulgadas pela fotografia e pela cinematografia (alínea 2).

Possibilita, ademais, depois de assegurar ao autor os direitos referentes à comunicação pública da obra pela radiodifusão, que possa a seu exercício ser substituído por licenças obrigatórias, garantindo-se, no entanto, os direitos morais e remuneração equitativa ao criador (art. 11, **bis**, alínea 2).

Reserva, ainda, às legislações nacionais a disciplinação das gravações efêmeras feitas por organismos de radiodifusão (alínea 3).

Prevê, quanto a obras musicais, a possibilidade de licenças obrigatórias, para gravação sobre obras já gravadas, com ou sem palavras, preservada a faculdade do autor de obter remuneração (art. 13, alínea 1).

Dentre as leis nacionais, em que se inscrevem as limitações referidas, basta que se citem as de: Estados Unidos da América, de 19-10-76, §§ 107 e segs.; Alemanha, de 9-8-65, arts. 46 e 51; Inglaterra, lei de 5-11-56, §§ 6 e segs.; Itália, de 22-4-41, arts. 3, 4, 65 e segs.; França, de 11-3-67, art. 41; Japão, de 28-4-56, arts. 30 e segs.; Suécia, de 30-12-60, arts. 11 e segs.

De países considerados em desenvolvimento, mencionem-se, dentre as de inúmeros outros, as leis: do Brasil, lei cit., art. 49 (que reproduz enumeração antes contida no Código Civil: art. 666); do México, lei de 4-11-63, arts. 18 e 62; da Argentina, de 2-10-57, art. 10; da Venezuela, lei de 12-12-62, arts. 43 a 49; do Chile, de 28-8-70, arts. 38 a 47; da Austrália, de 27-6-68 (modificada em 1977), arts. 40 a 73; do Egito, de 24-6-54, arts. 11 a 17; do Senegal, de 4-12-73, arts. 10 a 14; da África do Sul, de 1965, seções 7 a 11 e 40 a 42; da Argélia, de 3-4-73, arts. 24 e segs.; de Cuba, de 8-12-77, art. 38; de Quênia, de 1-4-66, seções 7, 9 e 10; do Uruguai, de 15-12-37, art. 45; da Tunísia, de 14-2-66, arts. 8 e segs. (v., a respeito, a resenha publicada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual: **Copyright Law Survey**, Genebra, 1979; e a da UNESCO: **Repertório Universal de Derecho de Autor**, Paris, 1968. V. tb. ARPAD L. BOGSCH JR. e WILLIAM S. ROACH: **Diritto di Autore Internazionale**, Milano. Giuffrè, 1956).

Com isso, dentro do espírito mencionado e sob a égide de intensa elaboração, de ordem internacional e mesmo nacional, estão sendo sufragados, até legislativamente, regimes especiais de licenças, outorgadas pelo Poder Público a interessados, para a utilização de obras protegidas, principalmente em países em desenvolvimento, mas também nos desenvolvidos e, nestes,

sob pressão dos diferentes mecanismos de reprodução e de representação de obras intelectuais, que a técnica de comunicações vem introduzindo e aperfeiçoando continuamente.

São as denominadas **licenças legais** ou **obrigatórias**, ou **compulsórias**, que ante a fatores vários ditados pelo interesse público, acabam por institucionalizar-se, vertendo-se o produto da arrecadação para os autores, por meio de mecanismos estatais de distribuição e, com isso, abrindo-se mais exceções ao regime de exclusividade.

Nesse sentido, já se encontram posicionadas certas leis, tanto de países desenvolvidos, como, principalmente, nos em desenvolvimento e, em particular, do continente africano.

Assim, ocorre por exemplo com as legislações de: Estados Unidos, lei de 19-10-76, seções 111, 115, 116 e 118; Alemanha, lei de 9-9-65, arts. 46, 49, 53 e 61; Suíça, lei de 7-12-22 (modificada em 24-6-55), arts. 17 a 20; Itália, lei de 22-4-41, arts. 52, 55, 56 e 58; Japão, lei de 6-5-70, arts. 33 e 67 e segs., e nos em desenvolvimento, as de: Turquia, lei de 10-12-51, arts. 41, 43 e 44; Bangladesh, "Copyright Ordinance" de 1962 e "Copyright Act" de 1974, seções 36 e 37; Zâmbia, "Copyright Act" de 1965, seção 7; Egito, lei de 1954, art. 35; Índia, "Copyright Act" de 4-6-57, seções 31 e 52; México, lei de 1963, arts. 33 a 39; Tunísia, lei de 14-2-66, arts. 11 e 16; El Salvador, lei de 6-9-63, arts. 45 a 47; e Cuba, lei de 28-12-77, arts. 36 e 37.

Com essas licenças, retira-se ao autor a outorga da autorização, que passa à entidade estatal designada na lei, como forma de conciliação entre os interesses em causa, ficando, em princípio, qualquer interessado habilitado a promover a utilização da obra, mediante requerimento, ou não, conforme o caso, mas sempre sujeito ao pagamento do valor nela estipulado como contrapartida.

Quando prevista na legislação a respectiva fórmula, à entidade competente caberá definir a licença, com o caráter de não-exclusividade, aos requerentes, que ficam com o direito de utilizar a obra, nos termos ajustados, recebendo o autor a remuneração obtida, deduzidas as despesas de administração.

Por isso é que há autores — como GRECO e VERCELLONE — que distinguem licença **legal** de licença **obrigatória**, divisando a existência da primeira quando baste a permissão legal para a utilização, e caracterizando a segunda quando esta dependa de decisão administrativa ou de ato de negociação (ob. cit., p. 167).

Mas, especificamente para os países em desenvolvimento, têm sido adotadas, ainda, a nível internacional e mesmo nacional, certas orientações mitigadoras do rigor do direito de autor, em função das mesmas condições de conflito e também da situação peculiar de que esses países desfrutam no cenário mundial.

Deter-nos-emos, em seguida, nessa matéria, para penetrar em seus meandros e discutir o respectivo significado, à luz da experiência jurídica

e da realidade fática, assinalando, desde logo, que tem sido objeto de indagações e de estudos, por parte de juristas, administradores e interessados na temática do desenvolvimento, de que é pressuposto necessário a expansão da cultura.

III — A SITUAÇÃO NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

10 — A concepção “países em desenvolvimento” no contexto da comunidade internacional

Para esse efeito, cumpre-nos, de início, indagar do próprio sentido e do alcance da noção **países em desenvolvimento**.

Emergida com a inserção da problemática do desenvolvimento no Estado moderno e, em particular, com a obtenção de independência política das antigas colônias africanas, firmou-se a expressão como designativa dos países ainda dependentes de tecnologia externa.

No seio das Nações Unidas, e consoante declaração adotada por sua Assembléia Geral em sessão de 13-11-63 (nº 1.897), recebem essa conceituação os países cuja renda **per capita** seja inferior a 300 dólares por ano, e nos quais sessenta por cento da população se dedique à agricultura e viva na zona rural, e ainda com acentuado grau de analfabetismo.

Embora criticada por doutrinadores, essa conceituação tem sido adotada no âmbito do direito de autor internacional, inclusive na última revisão das Convenções de Berna e de Genebra, realizada em Paris, em 1971 (v. VALERIO DE SANCTIS: “Le revisioni di Parigi (Luglio 1971) della Convenzione Universale sul diritto d’autore e della Convenzione di Berna, Atto di Stoccolma”, in *Il Diritto di Autore*, 1972, p. 179, nota 38; PAOLA CRUGNOLA: “Il Diritto d’autore nei paesi in via di sviluppo”, in *Il Diritto di Autore*, 1976, p. 219, nota 1; CARLOS MOUCHET: “Notes sur le Droit d’auteur en Amérique Latine”, in *Le Droit d’Auteur*, 1971, p. 224), em que se remeteu a noção à prática estabelecida pela Assembléia Geral da ONU (o caráter vago do conceito tem sido estigmatizado pela doutrina: v. DE SANCTIS: ob. cit., pp. 179 e segs.; e N’DÉNÉ N’DIAYNE: “L’influence du droit d’auteur sur le développement de la culture dans les pays en voie de développement”, in *Il Diritto di Autore*, 1975, p. 275).

Por isso é que, de um modo geral, tem sido estendida a conceituação a países outros que, inobstante se não encontrem, rigorosamente, dentro dos parâmetros traçados, ainda não alcançaram desenvolvimento econômico suficiente, razão pela qual adotaremos a expressão **países em desenvolvimento** em consonância com o senso comum e em face da realidade presente.

Registre-se que o conceito se aplica, com mais propriedade, aos novos Estados africanos, nascidos do processo de descolonização que se deflagrou especialmente na segunda metade do século atual, como assinala CLAUDE MASOUYÉ (“L’Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle”, in *Hommage a Henri Desbois*, Paris, Dalloz, 1974, p. 323).

Contudo, tem-se como assente que nele se encartam também os países latino-americanos, e certos países da Ásia, da Índia e da Austrália, a saber aqueles que dependem de tecnologia alienígena para o desenvolvimento (denominados ainda de países do **Terceiro Mundo**. E essa última acepção que adotaremos no presente estudo.

11 — Problemas peculiares a esses países: alcance do interesse público

Os países em desenvolvimento têm, em verdade, problemas próprios, principalmente os de independência política mais recente, os quais lhes conferem situação peculiar no contexto das Nações.

Oriundos de antigos impérios coloniais europeus, defrontam-se com dificuldades de ordem econômica que — a par de outros fatores — a insuficiência de tecnologia própria lhes impõe e, mesmo de afirmação cultural, que a longa influência alienígena lhes impinge.

Daí, as preocupações básicas, afloradas logo após a sua independência, de desenvolvimento econômico e de formação (preservação, ou afirmação) de cultura autóctone, na salvaguarda dos valores nacionais e na obtenção do almejado progresso geral, que dissipe, em definitivo, as sombras de dependência que ainda possam pairar sobre os seus horizontes.

Assim, as necessidades de desenvolvimento e de afirmação cultural — esta, mesmo, como premissa fundamental — têm lançado desafios profundos a essas nações e a seus governantes, dando origem a posicionamentos especiais no âmbito do direito de autor.

Evidencia-se, desde logo, nesses países — e com ênfase maior — o citado entrechoque de interesses, eis que, de um lado, existe a preocupação geral de difusão de conhecimentos e de aperfeiçoamento da ciência e da técnica como condicionantes do desenvolvimento e, de outro, a necessidade de amparar-se juridicamente o criador intelectual, a fim de que se sinta motivado a produzir, contribuindo, portanto, com seus dotes de engenho, para o alcance das metas assinaladas e para o próprio progresso cultural da nação.

De uma parte, esses países são obrigados a tomar medidas que favoreçam a disseminação de conhecimentos — inclusive a importação de textos e, precipuamente, dos países desenvolvidos — e, de outro, a proteger os seus autores eficientemente para que encontrem estímulos para a criação intelectual, e, ainda, instituir política adequada ao desenvolvimento do setor empresarial correspondente.

Ora, essa problemática eclode, exatamente, no campo do direito de autor, cujos esquemas se destinam a atender, como assinalamos, os direitos que defluem do trabalho intelectual.

Essas questões têm sido apontadas e discutidas, em especial, pelas organizações internacionais e pelos estudiosos de matéria, na busca de orientações e de soluções para os países interessados.

Não se pode, outrossim, em contraponto, deixar de consignar, nesse contexto, o interesse das grandes potências, preocupadas em assegurar às suas produções intelectuais os vastos mercados representados pelo expressivo contingente de países ainda em fase de desenvolvimento.

De fato, especialmente em relação ao continente africano, quando os países desenvolvidos dispunham de mercados certos à época da dominação política, esse interesse de tal sorte ganhou vulto que acabou por gerar movimento internacional tendente a manutenção do citado manancial, mesmo depois de obtida a independência das antigas colônias, traduzido, principalmente, por normas de exceção inseridas no plano do direito de autor, que adiante estudaremos.

E é com respeito a esses países que se cristalizaram, na definição de política própria para o setor cultural, orientações especiais tendentes a buscar o equilíbrio entre os interesses em questão, a partir dos anos setenta, como salienta HARVEY (ob. cit., p. 7), e após a inserção da problemática desenvolvimentista como básica do Estado moderno.

Com efeito, acentua o citado autor:

“El concepto de desarrollo nace como objetivo de una política en la década de los años cincuenta, identificado con los problemas de los países subdesarrollados desde el punto de vista económico y en términos de un crecimiento de igual carácter” (ob. cit., p. 6).

Anota, a seguir, que, nos anos setenta, “la idea de considerar el desarrollo cultural de la comunidad como elemento integrante y parte vital del proceso de desarrollo general accede entonces rápidamente a su consagración como principio de la acción internacional” (conforme conclusão da conferência intergovernamental sobre os aspectos institucionais administrativos e financeiros das políticas culturais, promovida pela UNESCO: v. “Informe final”, Paris, 1970).

Nesse sentido é que, nos Estados modernos, a cultura vem sendo vista como um dos direitos fundamentais do homem — inscrito na Constituição e previsto em leis de planejamento — que ao Poder Central cabe garantir, enfatizando-se nesse contexto o papel relevante do direito de autor, como, dentre outros, ressaltam JOSÉ MARIA DESANTES: **La Información como Derecho**, Madrid, Ed. Nacional, 1974, espec. p. 32; M. MOREIRA DA SILVA: **Código de Direito de Autor**, Coimbra, Atlântica, 1955, p. 12; SATANOWSKY: ob. cit., I, p. 17 e II, p. 253; VITTORIO M. DE SANCTIS: **Il Carattere Creativo delle Opere dell'Ingegno**, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 211 e segs.; BUCCI: ob. cit., p. 55; LUIGI SORDELLI: “Diritto di autore, riproduzione di opere mediante la c. d. reprografia ed interessi personali e collettivi alla cultura”, in **Il Diritto di Autore**, 1975, pp. 496 e segs.; GIOVANI GIACOBBE: “Interesse pubblico e interesse privato nella tutela del diritto di autore”, mesma Revista, pp. 520 e segs.; MASOUYÉ: ob. cit., p. 323; ALFREDO ARIENZO: “Diritto di autore e problemi dell'informazione e della cultura di fronte alle nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellettuali”, in **Il Diritto di Autore**, 1975, pp. 467 e segs. (sobre essa problemática, no plano internacional, v., dentre outros: MANUEL VALLEJO DIEZ DE VE-

LASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1977, e P. F. GONIDEC: *Relations Internationales*, Paris, Ed. Montchrestien, 1974).

Logo se percebe, pois, que, nesses países, mais exacerbado se mostra o conflito entre os interesses público e privado, que acaba por originar a **ideação e a consecução de mecanismos de compressão do direito de autor**, tanto a nível internacional, como interno, ante as pressões existentes nos planos citados.

12 — A situação do conflito no plano do direito de autor

Diferentes situações são detectadas na análise do direito de autor nos países considerados em desenvolvimento. exatamente em função de características próprias das diversas nações assim conceituadas.

Em perspectiva ampla, encontram-se mesclados, sob a mesma rubrica, países de todos os continentes, raças, costumes, convicções religiosas e ideologias diversas, tornando-se difícil encontrar um denominador comum na identificação de sua posição e de seus problemas próprios com respeito à cultura, embora nela se apresente sempre o debate sobre a absorção, ou não, da experiência estrangeira e, na respectiva aceitação, o grau correspondente de saturação.

Com efeito, apartadas manifestações radicais, tem-se aceito, de um modo geral, o aproveitamento de conhecimentos externos no desenvolvimento do país, pois, como anota SATANOWSKY, a cultura nacional não deve descartar essa possibilidade (ob. cit., v. I, p. 33).

Mas, no plano do direito de autor, podem-se alcançar certas orientações básicas, com referência à existência, à extensão, às limitações e ao prazo de duração dos direitos nesses países.

Assim, de um lado, alguns países. muito antes até da eclosão dessa problemática no plano internacional, já possuíam legislação própria sobre direito de autor, antecedendo, mesmo, a países ora definidos como desenvolvidos, como o nosso Brasil, que, inicialmente, na lei que criou os cursos jurídicos em São Paulo e em Olinda, de 1827, inseriu norma protetiva das lições proferidas pelos mestres, chegando, mais tarde, a normas penais no Código Criminal e a uma lei específica sobre esse direito, em 1-8-1898, Lei nº 496, até a inclusão da matéria no Código Civil, de 1916. Daí para cá, longo caminho percorreu o nosso legislador, editando normas em sucessivos e diversos diplomas legais, inclusive sobre os meios de comunicação, até chegar à atual lei central.

Outros países só bem mais tarde alcançaram a normatização na matéria (países das Américas, da Ásia, da Índia, e alguns da África) e outros nem sequer contavam com um texto-base de regência, continuando, nesse passo, sob a égide do país de dominação (países do continente africano).

Outros, ainda, vieram a atentar para a problemática do direito de autor apenas com a independência política (países africanos), lançando então legislação própria a respeito.

Obnubilados pela política de dominação, inclusive intelectual, exercida pelas potências colonizadoras, não tiveram esses países, com poucas exceções, condições de desenvolver suas próprias letras, suas artes e sua ciência. É que, de um modo geral, não favoreciam a manifestações de nacionalidade as ações nesses países levadas a efeito pelos colonizadores "introducendo nei paesi dominati, insieme con la propria cultura, le loro legislazioni in materia di diritto d'autore", como anota CRUGNOLA (ob. cit., p. 220).

Com efeito, conforme assinala ZARA OLIVIA ALGARDI, nos referidos países, "Le opere dell'ingegno non sono così numerose, né destinate a una riproduzione così intensa tale da richiamare l'attenzione del legislatore per un progresso giuridico ovvero addirittura per una legislazione in materia" **Il Plagio Letterario e il Carattere Creativo dell'Opera** Milano, Giuffrè, 1966, p. 280).

E, adiante, acentua que "le potenze coloniali dalle quali alcuni di questi paesi hanno ereditado norme intese più che altro a tutelare i diritti dei colonizadores, non hanno certo contribuido ad accelerare presso quastesi populi una "consciencia" del diritto di autore anche che hanno esteso ad alcuni paesi colonizzati le norme della Convenzione de Berna o alcune delle loro norme nacionais" (ob. e loc. cit.).

Aperceberam-se logo de que necessária seria a adoção de lei sobre direito de autor, como forma de obter a sua afirmação como nação verdadeiramente assentada, por meio da proteção das criações intelectuais de seus nacionais.

Com efeito, conforme acentua CRUGNOLA — ao analisar a posição desse direito nos países em desenvolvimento, enfocando a origem do referido movimento — com a sua independência "è avvenuto un profondo mutamento: il desiderio di un rapido e radicale rinnovamento si è diffuso in tutti i campi. Com isso, "i nuovi stati, consapevoli che questo scopo poteva essere raggiunto confidando, più ancora che nell'aiuto straniero, nelle proprie forze e quindi, in campo culturale, attraverso una produzione letteraria e artistica nazionale, si sono resi conto che per incoraggiarla era necessaria una regolamentazione del diritto d'autore" (ob. cit., p. 220).

Assim, simultânea ou sucessivamente, foram sendo baixadas, nos países africanos, leis especiais sobre a matéria, muito antes até de o direito legislado cobrir outros aspectos básicos de convivência humana (como as de: Zâmbia, 1965; África do Sul, 1965; Tunísia, 1966; Quênia, 1966; Argélia, 1973; Senegal, 1973, e outras).

A par disso e em consonância com a citada legislação — para efeito de obter a efetiva afirmação prática — começaram a ser edificados os respectivos sistemas administrativos próprios para a gestão dos direitos autorais e incluídos na estrutura central do Poder Executivo, sob a égide de um órgão especializado do Ministério correspondente (Educação e/ou Cultura), a saber, os Conselhos Nacionais ou Oficinas centrais, encarregados de coordenar e fiscalizar as atividades do setor, em consonância com a política definida pelo governo para a área (v., dentre outros autores: N'DIAYNE: ob. cit.,

p. 277; E. NANA KOUANANG: "Réflexions sur le droit d'auteur et la protection du patrimoine culturel en Afrique", in **Le Droit d'Auteur**, 1976, pp. 239 e segs.; ALI BENCHENEB: "Lettre d'Algérie", in **Le Droit d'Auteur**, 1976, pp. 242 e segs.; HARVEY ob. cit., pp. 46 e segs. e FRED R. VON DER MEHDEN: **Política de las naciones en vías de desarrollo**, Madrid, Tecnos, 1970).

Ademais, puseram-se a estimular as criações nacionais no sentido de obter a sua expansão, procurando obter resultados favoráveis no combate ao analfabetismo.

Como registra ALGARDÍ:

"Nell'epoca contemporanea, che assiste al rapido risveglio di quei populi e alla loro ansia di rinnovamento e di rapida evoluzione, diverse esigenze sono invece tenute presenti, come quella di favorire l'istruzione e la cultura, di offrire ai cittadini senza alcun intralcio il massimo, come quantità e qualità, di opere dell'ingegno, scientifiche e letterarie..." (ob. e loc. cit.).

Nas legislações editadas, tanto nas surgidas no começo do século, como nas advindas mais recentemente, nota-se sempre a preocupação de proteção do criador como idéia-matriz, com limitações definidas por expresse em cada qual, em função dos interesses assinalados, reconhecendo-se, nas leis mais modernas, os direitos morais do autor e especificando-se, em cada uma, prazos diferentes de duração dos direitos patrimoniais.

A tônica nas limitações é a da prevalência, nos pontos conflitantes, do interesse público, que ainda sustenta, em alguns regimes, as referidas licenças legais.

Nas leis mais atuais, sente-se forte influência da cultura e da experiência dos países antes dominantes, traduzida, inclusive, pela adoção das respectivas filosofias e terminologias na esquematização do texto: assim, por exemplo, as nações africanas de dominação inglesa aproximam-se do sistema do **copyright**, adotando, inclusive, o sentido patrimonial e a técnica de definições que o caracterizam; já os de influência latina, seguem a tradição ocidental, com fortes traços de subsunção ao sistema convencional de Berna, reconhecendo, por expresse, os direitos morais de autor, não prevendo formalidades para o reconhecimento e manifestando, ao longo de seus textos, a larga dose de subjetividade que o distingue.

Com efeito, a par de responder a exigências de suas estruturas social, econômica e política, como registra VALERIO DE SANCTIS ("I bisogni dei Paesi in via di sviluppo nel campo della protezione internazionale del diritto di autore", in **Il Diritto di Autore**, 1966, p. 549, e "L'évolution du droit d'auteur sur le plan international", mesma Revista, 1970), as leis editadas nos países em desenvolvimento acatam, de um modo geral, os princípios fundamentais assentados no campo de direito de autor nas convenções e nas leis dos países desenvolvidos, e, inobstante desatados os laços

de dominação política, a verdade é que se ressentem, fortemente, da influência da tradição cultural dos ex-dominadores, enraizada pelo longo contato havido (v., no mesmo sentido, CRUGNOLA: ob. cit., p. 221).

Assim é que, nos países africanos de independência mais recente, a par das disposições tradicionais, costumam aparecer, por expresso, normas tendentes a proteção do folclore, como nas leis da Tunísia, do Marrocos e da Argélia (sobre a matéria, v., GINO GALTIERI; "Folclore e diritto d'autore", in *Il Diritto di Autore*, 1973, pp. 391 e segs.).

Mas, o movimento não se restringe a países daquela região, vindo a atingir também outras nações, consideradas em desenvolvimento, dos continentes americano, asiático e australiano, gerando, ou a reformulação de textos já existentes, sempre no sentido de aperfeiçoamento do direito de autor e de adaptação do direito interno às conquistas internacionais que a evolução da matéria tem propiciado (como as leis de: Venezuela, 1963; México, 1963; Austrália, 1968; Chile, 1970; Brasil, 1973 e outras).

13 — Conseqüências específicas desse conflito no plano internacional

No plano das relações internacionais, os movimentos de independência das antigas colônias européias na África geraram a preocupação dos organismos internacionais em obter a adesão do enorme contingente de novos Estados que surgia, para integrá-los aos respectivos mecanismos e, com isso, alcançar a sua expansão, a par de intentar-se, como de seu objetivo precípua, a preservação do equilíbrio entre as diferentes nações do mundo.

No âmbito do direito de autor, essa tendência foi logo detectada nas organizações correspondentes — no início, a UNESCO e, depois, a OMPI — dando azo a diferentes estudos, congressos e trabalhos, desde o início da década de sessenta, os quais culminaram com a insinuação de normas abrandadas no próprio contexto da Convenção de Berna, em favor dos países do denominado **Terceiro Mundo**, a par da adoção de outras medidas tendentes a favorecê-los, inclusive a nível de definição de contornos para a respectiva legislação (elaboração de lei-tipo) e de assistência para a sua consecução.

Essas orientações conformam-se, aliás, aos objetivos mesmos das organizações internacionais existentes no plano do direito de autor, que, desde o início, se têm empenhado — como frisa MASOUYÉ — em "faciliter l'adoption par les législations de ces pays des lois régissant la propriété intellectuelle et leur permettant d'obtenir la technologie moderne dans les meilleures conditions possibles, de participer de façon plus importante au commerce international et d'avoir accès de façon rapide et peu onéreuse à la production littéraire et artistique qui est nécessaire à l'éducation de leurs populations" (ob. cit., p. 323).

Tal influência exerceu essa problemática sobre os Estados da União, como acentua HENRI DESBOIS, ao deter-se sobre a matéria, que na situação

dos países em desenvolvimento se encontra a gênese das duas últimas revisões da Convenção de Berna, de Estocolmo (1967 e de Paris (1971) (*Le Droit d'Auteur en France — Mise à Jour 1973*, Paris, Dalloz(1973, pp. 79 e segs., em que analisa as disposições nelas estampadas para esses países).

Essas normas, tendentes a contribuir para a expansão dos países em tela, vinham sendo reclamadas desde 1963, principalmente por nações da África (e defendidas, com ênfase, pela Índia), já nos trabalhos preparatórios da revisão da Convenção de Berna efetuada em Estocolmo, em 1967.

Isso porque se encontravam essas nações, com a obtenção da independência, na ânsia, de um lado, de importar textos do exterior para o intercâmbio de idéias e, de outro, empenhadas em produzir seus próprios, para o alcance dos objetivos propostos.

O movimento foi assentado na reunião de Brazzaville, promovida pelas organizações internacionais interessadas nessa problemática, sob o pressuposto de que as Convenções existentes eram aptas a responder, apenas, a interesses dos países exportadores de obras de espírito, devendo, pois, ser revistas, para preservar as dos países africanos, como concluíram os especialistas ali reunidos (v., a recomendação no *Bulletin du droit d'auteur de l'Unesco*, 1963, XVI, nº 2, p. 213).

Realça-se, nesse contexto, a proposta da Índia, formulada para a introdução, na Convenção de Berna — conforme resolução tomada em reunião efetivada em Nova Delhi, em 1963 —, de licenças obrigatórias para reprodução e normas sobre tradução, a exemplo das existentes na Convenção Universal (v. *Bulletin*, cit., 1964, vol. XVII, p. 93).

As idéias básicas, que presidiam essas formulações, eram as de que o caráter rigoroso das legislações poderia levar **a)** a seu desrespeito e **b)** a fazer-se traduções e adaptações sem observância dos direitos protegidos; daí, a concepção de que normas mais brandas deveriam ser introduzidas nas Convenções.

Dentro desse espírito, ao longo dos anos, têm sido formuladas e, mesmo, concretizadas, no plano internacional, propostas tendentes a habilitar-se os Estados em desenvolvimento a, **a)** por meio de legislação interna mais amena, adotar política maciça de difusão cultural, com sacrifícios para os direitos de autor; e **b)** editar, consoante modelo oferecido (lei-tipo), legislação interna uniforme sobre esses direitos, inspirada em princípios já sedimentados nos países desenvolvidos — cujos interesses sempre nortearam também essas orientações — mas para melhor atender à sua situação peculiar.

Assim é que, de uma parte, normas especiais para países em desenvolvimento têm sido inseridas nas convenções internacionais, em que se reduz o nível de proteção dos direitos de autor — por meio das licenças referidas — para facilitar-se a ação do Estado no interesse público de acesso aos textos e de difusão da cultura.

De outra parte, chegou-se à formulação de lei-tipo sobre direito de autor, que tem sido proposta como paradigma para as legislações nacionais dos países em questão, dentro da filosofia citada.

14 — O regime especial instituído nas Convenções para esses países: limitações e licenças legais

O passo inicial concreto, para a integração dos interesses desses países na Convenção, deu-se no Ato de Estocolmo (1967), sob o nome **Protocolo relativo aos Países em via de desenvolvimento**, editado à época da revisão da Convenção de Berna realizada naquela cidade.

Esse Protocolo, agregado ao texto da Convenção de Berna, inseriu, no direito convencional, normas excepcionais, limitativas dos direitos de autor em vários de seus aspectos patrimoniais.

Consistia em reservas que podiam opor os países em desenvolvimento a diferentes pontos, de sorte a permitir-lhes o gozo de regime especial sobre direito de autor, com a supressão, ou, pelo menos, a redução dos gravames mais sensíveis — a que se sujeitavam os Estados contratantes — que a sua situação econômica ou razões de ordem social e cultural não lhes possibilitassem manter (cf. GINO GALTIERI: “Il progetto di Atto Addizionale alla Convenzione di Berna”, in *Il Diritto di Autore*, 1970, p. 408; v. tb. CRUGNOLA: ob. cit., p. 231; e, sobre os debates em Estocolmo, WISTRAND: ob. cit., pp. 123 e segs.; 140 e segs.; e 164 e segs.).

As regras básicas do novo sistema giravam em torno: a) da duração da proteção, em que se previu prazo geral de cinquenta a vinte e cinco anos; b) do direito de tradução, para o qual se instituiu licença legal remunerada; c) do direito de reprodução, com o tratamento semelhante; d) do direito de radiodifusão, respeitados os direitos morais e o pagamento de remuneração eqüitativa fixada por autoridade competente; e) utilização para ensino, estudos e pesquisas em todos os planos da educação, em que se conferiu às legislações nacionais a respectiva disciplina.

Como se observa, sensível redução no campo de abrangência dos direitos patrimoniais de autor representava a nova disciplinação, e, em face da integração do Protocolo à Convenção, criou-se óbice intransponível à aceitação da revisão, que acabou por não merecer acolhida, pondo-se por terra todo o esforço desenvolvido no Ato de Estocolmo.

Com efeito, conforme salientam DESBOIS, FRANÇON e KEREVER:

“L’Acte de Stockholm, en effet, tout en ayant été signé par de nombreux États, n’a pas, en définitive, reçu bon accueil parce que les dispositions générales de fond étaient liées à un Protocole, dit “intégré”, qui avait été établi en faveur des seuls pays en voie de développement” (ob. cit., p. 9.

Observou-se, então, que não se mostrava adequado para os fins desejados, como atesta DOCK, **verbis**:

“L'expérience et le temps ayant démontré que le Protocole en restreignant trop systématiquement, le niveau de protection ne représentait pas une bonne politique de développement” (“Radioscopie du droit d'auteur contemporain”, cit. p. 425).

De um lado, especialmente em face das razões econômicas e na defesa de seus autores, os países desenvolvidos não o ratificaram, enfatizando DESBOIS que:

“Les pays développés n'ont pas ratifié l'Acte de Stockholm (1967) parce que les mesures prises en faveur des pays en voie de développement leur ont paru à la réflexion porter de trop profondes atteintes aux intérêts fondamentaux des auteurs” (ob. ult. cit., p. 79).

Também os países em desenvolvimento não aderiram à revisão de Estocolmo, especialmente em face da constatação de que as regras do Protocolo, no fundo, escondiam o intento maior de obtenção ou de manutenção dos mercados que aqueles Estados representavam.

Com isso, ruiu-se o sistema edificado em Estocolmo, permanecendo, no plano convencional, intacta a regulamentação anterior, obtida em Bruxelas, em 1948.

Persistindo, no entanto, o citado movimento, com as premissas de que **a)** imprescindível se fazia a difusão cultural nos países em desenvolvimento e **b)** necessária era a compatibilização entre as disposições da Convenção de Berna e as da Convenção Universal de Genebra, de 1952, adotou-se, nos trabalhos das organizações internacionais, a orientação de proceder-se à revisão dos textos dos dois diplomas em questão .

Assim é que, em Paris, em 1971, na efetivação da mencionada revisão, foi aprovado um Anexo à Convenção de Berna, integrado às suas normas, para substituir o citado Protocolo, o qual está em vigor desde 10-10-74, depois de inseridas, no corpo da Convenção Universal — que já contemplava regras sobre tradução — normas abrandadas para os países em desenvolvimento (v. DE SANCTIS: “Le revisioni” cit., pp. 131 e segs.; dentre outros textos).

Com efeito, conforme explicam DESBOIS, FRANÇON e KEREVER, convenceram-se os convencionais de que o Ato de Estocolmo “a paru à la réflexion imposer des sacrifices excessifs aux pays développés, de sorte qu'il a fallu mettre de nouveau la toile sur le métier à Paris en juillet 1971: le Protocole a cédé la place à une Annexe, moins audacieuse, mais les dispositions générales de fond, applicables aux pays développés, sont demeurées telles qu'elles avaient été élaborées à Stockholm quatre ans plus tôt” (ob. e loc. cit.).

Objetivava-se, de um lado, quanto à Convenção Universal, a introdução, em seu corpo, de normas atenuadoras dos direitos de reprodução, de radio-difusão e de tradução para os países em desenvolvimento, sem necessidade de reciprocidade material.

De outro lado, quanto à Convenção de Berna, pretendia-se, basicamente, desvincular de seu conjunto o texto do Protocolo referido, bem como a inserção de norma tendente a permitir a aplicação, pelos países em desenvolvimento, da Convenção Universal revista.

Na reunião de Paris, chegou-se à dupla revisão — cujas regras vigem até o momento —, na qual se obteve, de um modo geral, o reconhecimento das idéias assinaladas, para cujo êxito contribuiu a premissa básica, assentada no plano do direito de autor internacional, da necessidade de re-exame periódico de suas Convenções, para o ajuste às novas realidades econômicas, políticas e sociais, de um lado, e ao progresso das técnicas de comunicação, de outro (sobre a reunião de Paris e seus reflexos, v. DESBOIS, FRANÇON e KEREVER: ob. cit.; DE SANCTIS: ob. ult. cit.; GALTIERI: ob. ult. cit.; DESBOIS: ob. ult. cit.; DOCK: ob. ult. cit. e tb. “La Convention Universelle sur le droit d’auteur révisée à Paris le 24 juillet 1971”, in *Hommage a Henri Desbois*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 3 e segs.).

Assim é que, na Convenção Universal, as disposições sobre países em desenvolvimento foram inseridas nos arts. **V bis**, **V ter** e **V quater**, que cuidam, respectivamente: **a)** da noção, adotando a da Assembléia Geral das Nações Unidas; **b)** de licenças obrigatórias concernentes a tradução, estabelecendo condições, procedimento e regime, no qual se exige a autorização simultânea do autor, de organismo internacional e de centro nacional, e o pagamento da remuneração fixada; **c)** de licenças obrigatórias quanto a reprodução de obras, com a mesma disciplinação.

As normas em questão constituem regime unilateral, não dependendo, portanto, de reciprocidade, presente nas relações entre os países da Convenção.

Observa-se, de início, em comparação com o texto anterior, que mais restrito se apresenta o campo das limitações e delimitado com mais técnica, a par de estabelecer condições e formalidades múltiplas tendentes a, de uma parte, garantir um certo rigor na sua concessão e, de outra, assegurar ao autor (ou a seu editor) a participação no procedimento de aprovação, com a conseqüente percepção da remuneração cabível.

Com respeito à revisão da Convenção de Berna, efetivou-se a transposição dessas disposições, sob a forma de “Anexo” a seu texto.

Adotou-se, em sua esquematização, a seguinte ordem: **a)** norma geral de conceito (art. I); **b)** regras particulares à tradução, (art. II); **c)** à reprodução (art. III); e **d)** regras comuns às duas situações (art. IV: com diligências impostas ao requerente; prerrogativas do direito moral; proibição de exportação; fixação e regulação do montante da remuneração).

A par disso, foram incluídas disposições próprias, referentes a: a) opção por um regime especial de tradução, irreversível, pelo qual se prevê a cessação do direito em caso de não-utilização em dez anos da primeira publicação (art. V) e b) aplicação antecipada (art. VI), pela qual, mesmo antes da ratificação do Ato de Paris, permite-se ao país interessado adotar as duas licenças ou a referida opção, nas condições previstas.

Verifica-se que, de um lado, foram absorvidas, em sua essência, as regras da Convenção Universal, apenas sob nova formulação, mais técnica, na separação entre as licenças de reprodução e de tradução e o posterior englobamento das condições comuns em uma só disposição. De outro lado, instituiu-se a alternativa citada e abriu-se importante válvula de integração, por meio da aplicação antecipada, que introduziu na matéria.

Outrossim, na análise geral dessas limitações, constata-se que se concentram, principalmente, no sacrifício de direitos patrimoniais de autores de países desenvolvidos, sobre os quais se pretende fazer recair os ônus para o almejado desenvolvimento.

15 — A lei-tipo proposta pelas organizações internacionais

Ao lado das limitações expostas, cristalizou-se, a nível internacional, orientação de definir-se certas normas-padrões como diretrizes para a normatização da matéria no direito interno dos países em destaque: a denominada **lei-tipo**, para os países em desenvolvimento.

Esse outro movimento, defluente do conflito que vimos analisando, encontra raízes também nos países africanos de independência recente, motivados pela intenção de alcançar, pela cooperação, denominadores comuns na instituição de legislação sobre direito de autor, valendo-se, inclusive, da experiência haurida pelos países desenvolvidos.

A idéia de lei-tipo surgiu, não como a de um figurino, que se procurava impor aos países em questão, mas como sugestões, que seriam adaptadas, a cada um, em consonância com as respectivas necessidades.

Funcionaria como um repositório dos direitos mínimos previstos nas Convenções, que seria, depois, ajustado à situação de cada Estado interessado, em função de suas condições sociais, políticas e econômicas.

Nesses textos — como salienta MASOUYÉ — a organização internacional “élabore, avec des experts venant des États en voie de développement, des lois-types à l'intention de ces États sur divers aspects de la propriété intellectuelle” (ob. cit., pp. 323 e 324).

E adiante, quanto à sua natureza, acentua:

“Il s'agit évidemment de modèles dont les législateurs peuvent s'inspirer et qu'ils ont la faculté, le cas échéant, de modifier pour tenir compte du régime juridique en vigueur ou des impératifs économiques qui sont propres à de tels États” (ob. cit., p.

324; v. tb. do mesmo autor, no mesmo sentido: "Le Droit d'auteur et le développement", in **II Diritto di Autore**, 1977, p. 112).

Seus defensores consideravam limitadas as disposições da Convenção, convencendo-se de que não são de molde a resolver o problema da melhoria rápida de suas condições culturais.

Conscientizaram-se, então, da necessidade de conhecer-se com clareza os problemas comuns e, vencida essa etapa, a de alcançar, com uma legislação uniforme, os seus desideratos. Daí, puseram-se a trabalhar a idéia de uma lei-tipo, para uso comum dos países africanos.

Em diferentes reuniões internacionais foi discutida e recomendada a sua adoção, destacando-se, nesse contexto: **a)** a recomendação da União Africana: Brazzaville, de 5 a 10-8-63; **b)** o projeto preparado pelo Comitê de especialistas africanos: Genebra, de 30-11 a 4-12-64; **c)** as conclusões do Seminário sobre direito de autor da Ásia Oriental: Nova Delhi, 23 a 30-1-1967; **d)** as do Seminário africano sobre propriedade intelectual: Nairóbi, 16 a 20-10-71; **e)** o projeto do Comitê de especialistas: Abidjan, 8 a 12-10-73, este apresentado à OMPI e à UNESCO; **f)** o de outro Comitê de representantes de países em desenvolvimento, aprovado em Túnis: 23-2 a 2-3-1976, dando azo à **lei-tipo de Túnis**, modelo hoje adotado pelas organizações internacionais na matéria (OMPI e UNESCO).

Para a formulação da lei-tipo, duas premissas básicas foram fixadas: **a)** da necessidade de compatibilização de seu texto com o das convenções internacionais; **b)** o da adaptabilidade de seu texto aos diferentes sistemas legislativos vigentes, de origem romana e de origem anglo-saxônica.

Na consecução da lei-tipo que veio a ser aprovada (de Túnis), adotaram-se como diretrizes gerais: **a)** a observância da terminologia da Convenção de Berna; **b)** a técnica de definições, sobre as principais figuras jurídicas previstas em seu contexto; **c)** a incorporação dos sistemas de licenças de reprodução e de tradução previstos na revisão de Paris (v. **Tunis Model Law of Copyright**, UNESCO e OMPI, Paris e Genebra, 1976).

Na esquematização da lei-tipo de Túnis, que se compõe de dezoito seções, incluem-se, de início, normas de caráter geral e, depois, as de cunho específico, completando o seu contexto dois apêndices, "A" e "B", sobre as licenças para tradução e para reprodução.

Começa por definir as obras protegidas (seção I), inclusive as derivadas (Seção II), indicando as que não recebem amparo (seção III).

Versa, ao depois, os direitos pecuniários (seção IV) inclusive o direito de seqüência (seção IV-bis) e os direitos morais (seção V), com disposição especial sobre obras de folclore (seção VI).

Cuida, em seguida, do uso comum (seção VII); das produções efêmeras (seção VIII); das limitações para tradução (seção IX) e para reprodução (seção X).

Seguem-se: a indicação dos titulares dos direitos (seção XI); a transferência dos direitos (seção XII); a duração dos direitos patrimoniais (seção XIII, em que fica entre os limites de 50 a 25 anos depois da morte do autor); e as organizações de autores (seção XIV).

Regula, adiante, as infrações e as penalidades (seção XV, delimita o seu campo de aplicação (seção XVI), versa sobre o domínio público remunerado (seção XVII), terminando por lançar as definições dos principais conceitos utilizados (seção XVIII).

Os anexos disciplinam as licenças referidas.

Da análise de seu contexto, depreende-se a real influência das Convenções, especialmente a de Berna; a prevalência da técnica do direito anglo-saxão na disposição e na redação dos textos e, na matéria de fundo, a preocupação em fixar-se os direitos mínimos previstos no *ius conventionis*.

Na substância, ainda, tende para a orientação latina, prevendo, por expresse, os direitos morais, com os reflexos naturais na problemática da transferência de direitos.

Outrossim, ainda no plano das organizações internacionais, não se pode deixar de registrar os seus programas de assistência, de intercâmbio e de divulgação dos direitos de autor em todo o mundo, nos quais empresta ênfase especial aos países em desenvolvimento, dentro do espírito apontado.

16 — Reflexos no direito interno dos países em desenvolvimento

Face aos pressupostos já enunciados, diferentes reflexos têm produzido, nos países em desenvolvimento, o movimento internacional em prol de sua expansão cultural.

Desde a indiferença legislativa à aceitação dos mecanismos de licença, e da preservação de sua legislação à aceitação das fórmulas definidas na lei-tipo, posições várias são detectadas na análise de sua situação.

Com efeito, a maioria dos países em desenvolvimento, especialmente do continente africano, editou legislação específica para os direitos de autor e logo em seguida à sua libertação política (à relação citada, podem-se ainda acrescentar, as leis de Burundi, de 4-5-78; Mali, de 12-7-77; Nigéria, de 24-12-70; Guiné, de 9-8-80; Tanzânia, de 14-12-66; Uganda, de 22-6-64).

De outras partes do denominado **Terceiro Mundo** também surgiram, a par das citadas, leis próprias sobre a matéria (como as: do Irã, de 1969; Malásia, de 1969; Nepal, de 1966; Paquistão, de 1962 (com alterações de 1972); Filipinas; de 1972; Sri Lanka, de 1979; Nova Zelândia, de 1962; Haiti, de 1968).

Outros, no entanto, nem sequer a esse passo chegaram, mantendo textos normativos sobre a matéria em velhos Códigos e em leis ainda do século passado (como: Costa Rica, de 27-6-1896; Nicarágua, Código Civil; Panamá,

Código Administrativo; Honduras, lei sobre patente de invenção; Etiópia, Código Civil; Síria e Camboja, Código Penal).

Dos países que lançaram legislação própria para o direito de autor, aqueles que mais se aproximam do sistema convencional são os africanos, tendo poucos abraçado, legislativamente, os regimes de licença de tradução e de reprodução, e absorvendo outros a técnica e mesmo a substância da citada lei-tipo.

Dos países que introduziram a licença compulsória para tradução, publicação e radiodifusão de obras, de modo frontal, se encontra a Argélia, cuja lei manda observar, no caso, as condições fixadas nas Convenções (arts. 30 a 34).

Também o México permite restrições aos direitos autorais quanto a obras necessárias à difusão da cultura, declaradas como tal pelo governo central e observadas as condições previstas (arts. 62 a 71). Na Malásia (lei de 1969, art. 18, nº 2) se consigna essa autorização para tradução.

Da mesma forma, a Tunísia admite que, para fins culturais, a autoridade competente autorize a reprodução de obras necessárias às suas atividades (art. 11), observadas as condições fixadas (arts. 16 e 32).

Reforma feita no Paquistão prevê a declaração, pela autoridade competente, de não incidência dos direitos na reprodução, tradução ou adaptação de obras para ensino em entidades oficiais (Emenda de 1972, seção 37). Assim também é a posição do Nepal (art. 12).

Por fim, a lei de Cuba, muito mais em função da ideologia abraçada, contempla, por expresse, a licença para reprodução de obras de interesse social (art. 37).

De outro lado, contêm restrições a obras estrangeiras em caso de não existência de reciprocidade — e isso já em função do próprio mecanismo geral das convenções — as leis de: Bangladesh (seç. 55); Equador (art. 5º); Egito (art. 49); Índia (seç. 40 e 41); e Marrocos (art. 63), dentre outras.

Outros países, ao revés, permaneceram fiéis ao sistema tradicional, tanto de influência latina, quanto anglo-saxã, portanto, mantendo seu direito positivo no mesmo nível das legislações dos países desenvolvidos. E essas nações constituem a sensível maioria no elenco das incluídas no citado conceito.

Por fim, em incursão pela respectiva legislação, colhe-se que, quanto ao prazo de duração, é que as convenções mais obtiveram a adesão desses países, tendo grande parte acolhido os limites nelas propostas (como, dentre outras, as leis de Senegal; Egito; Zâmbia; África do Sul; Índia; Venezuela; Argélia; Austrália).

Na verdade, como se observa, de pequeno alcance prático tem sido o movimento em questão, de modo que os países em desenvolvimento permanecem, de uma forma geral, admitindo apenas as limitações clássicas e na função de balizas ao exercício dos direitos de autor — que o interesse da

coletividade suscita — e como frisa FABIANI, “per la sua fruizione come strumento di comunicazione e di partecipazione al colloquio tra il creatore dell’opera ed il pubblico che la apprende”, o qual “se realizza, paradossalmente, sia attraverso il riconoscimento del diritto dell’autore sia attraverso le norme limitative di questo stesso diritto” (ob. cit., pp. 163 e 164).

Os resultados previstos não foram, portanto, de alcance pragmático considerável, face aos esforços levados a efeito nos conclave e estudos realizados, mas, de qualquer sorte, não se podem olvidar os reflexos indiretos decorrentes, especialmente os de divulgação e de sedimentação dos princípios básicos que inspiram o direito de autor.

Inferese, pois, do posicionamento citado, que os países em questão, na busca do equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado, chegaram à conclusão de que atende melhor à respectiva situação uma proteção eficaz às criações intelectuais de seus nacionais do que as atenuações e exceções propugnadas.

Assim é que, nos países sul-americanos que mais recentemente editaram leis especiais sobre a matéria, como o Chile (lei de 28-8-70), o Brasil (lei de 14-12-73) e o Equador (lei de 13-8-76), a tônica foi a da conformação aos princípios e às regras básicas consagrados nas legislações européias de maior nível de amparo aos criadores, em especial à lei francesa de 1957, inegavelmente, a de mais amplo espectro na defesa dos direitos dos autores.

Ressalte-se, aliás, que em nosso País, doutrina, legislação e jurisprudência — como temos apontado — são uníssonas na preservação dos prerrogativos dos criadores intelectuais, que encontram respaldo também na ação do órgão máximo de fiscalização, consulta e assistência no setor, o Conselho Nacional de Direito Autoral (Lei nº 5.988/73: art. 116), que tem desenvolvido profícuo labor pela realização prática desses direitos, dentro da orientação geral enunciada.

17 — Conclusões

Ante ao exposto, as reflexões sobre o tema levam-nos a algumas conclusões que nos parecem inquestionáveis no estágio atual.

De início, a) o direito de autor segue sendo reconhecido, nos dois sistemas básicos existentes (latino e anglo-saxão), tanto doutrinária, quanto legislativamente, dentro das características com que neles ingressou. Assim, subjetivista e privatístico, mostra-se no sistema latino, com as concessões delineadas; e objetivista, mas privatístico, no sistema anglo-saxão, admitidas as limitações clássicas. A proteção ao autor, em um, e à obra, em outro, são os pontos essenciais dos sistemas.

Com isso, o pensamento liberal — de que se gerou — continua prevalecendo nessa matéria, exatamente em função da necessidade de proteger-se o homem-criador. Assim acontece na Europa, como o demonstra, com respeito à parte ocidental, ANDRÉ KEREVER, que examina a situação desse

direito na Alemanha, na França, na Inglaterra e em Portugal (“Le droit d’auteur en Europe Occidentale”, in **Hommage a Henri Desbois**, Paris, Dalloz, 1974, p. 36).

Esse mesmo quadro prospera nas Américas, com as poucas exceções apontadas, nas leis de todos os países integrantes, conforme observamos na respectiva análise. Assim ocorre, por exemplo, dentre outras, nas leis do Brasil (citada), Argentina (Lei nº 11.723, de 2-10-57); Venezuela (lei de 29-11-62); Chile (lei de 28-8-76); México (lei de 29-12-56); Uruguai (lei de 17-12-37).

Dando mostra dessa orientação, assinala, na Argentina, MIGUEL ANGEL EMERY — na conclusão de seu estudo sobre rumos atuais desse direito nas Américas, com destaque para as leis do Chile, do Brasil e do Equador — que as leis sul-americanas “restringen las limitaciones y no conceden licencias para la utilización compulsiva de las obras”, sob a premissa básica da “ratificación del reconocimiento pleno al autor de un derecho *erga omnes* para la utilización de su obra. . .” (“Rumbos actuales de la legislación autoral en las Américas”, in **Revista Internamericana de Direito Intelectual**, 1978, nº 2, p. 1).

Na doutrina, uníssona é, tanto na América do Sul, como na do Norte, a tendência dos respectivos escritores em prol da preservação do direito de autor nos níveis tradicionais.

Com efeito, conforme assinala, na Argentina, HECTOR DELLA COSTA, o direito de autor nas Américas se lastreia em “principios de doctrina e la legislación europea”, “a los cuales se adaptan más cómodamente los sistemas latinoamericanos y los del mundo de las ex-colonias” (**El Derecho de Autor y su Novedad**, Buenos Aires, Cathedra, 1971, p. 163).

Nesse sentido, é que, na Venezuela, FRANCISCO HUNG VAILLANT salienta que a lei autoral foi baixada “aprovechando principios y soluciones sometidos a prueba en países con su tradición y experiencia compatibilizados con las convenciones internacionales en la materia” (**Algunos Aspectos de la Protección del Derecho de Autor en Venezuela**, Caracas, Instituto de Derecho Privado, 1965, p. 8).

É que, nesse campo, se deve prever sistema adequado para a proteção do criador, pois como pondera RICARDO ANTEQUERA PARILLI — que também estuda esse direito na Venezuela — (pp. 17 e segs.) — seu objeto “es la tutela del hombre en lo que después de su vida, constituye lo más sagrado: su capacidad de pensar y de sentir” (**Consideraciones sobre el Derecho de Autor**, Buenos Aires, ed. do autor, 1977, p. 16).

Assim é que, b) respeitadas as considerações em prol do desenvolvimento cultural — necessário nos países em causa —, a verdade é que não se pode sustentar essa expansão lastreada apenas no sacrifício de um setor da coletividade, o intelectual, mas deve, ao revés, existir um planejamento adequado e que leve em conta todos os aspectos globais do problema.

Deve haver c) uma conciliação entre os interesses em causa, mas de sorte que a carga não recaia somente sobre os criadores intelectuais, cumprindo engendrar-se fórmulas que repartam esses ônus pela coletividade em geral, e aproveitando-se, nessa tarefa, das diretrizes oferecidas pelas organizações internacionais, enquanto norteadoras de ação eficaz nessa área.

Cumpra seja efetuado d) planejamento adequado no campo cultural, desenvolvendo-se política própria, mediante a estimulação das artes, das letras e das ciências, consoante instrumental e técnicas disponíveis em cada país, e atendendo-se sempre, nesse mister, para a tradição e as condições específicas de cada qual.

Por isso é que alguns especialistas criticam a orientação convencional, como CARLOS ALBERTO VILLALBA, da Argentina, quanto à política adotada para os países em desenvolvimento, acentuando que assenta sobre premissa errada — ou seja, o sacrifício dos autores para obter-se o desenvolvimento — acrescentando, ademais, que pouco serviriam as licenças previstas, dadas as formalidades exigidas e que “distraeran a dichos países de sus verdaderos objetivos en el ámbito de la cultura y en el desarrollo de sus propios recursos humanos y industriales” (“La protección universal del Derecho de autor en lo que atañe a las Convenciones de Berna y Washington”, in **Revista Interamericana de Direito Intelectual**, 1978, nº 2, pp. 93 e 94).

Outros autores apontam a necessidade de compatibilização, sentida nos países em questão — como bem anota ALGARDI (ob. cit., p. 279) — os quais procuraram regular de maneira orgânica a matéria na busca de posicionamento adequado.

Assim, J. RAMON OBON LEON, do México, salienta que, nesse campo, se deve buscar melhores benefícios econômicos para os autores e garantir-lhes segurança social, enfatizando que é “de vital importancia adecuar debidamente los derechos patrimoniales del autor conforme a ese espíritu social” (**Los Derechos de Autor en México**, Buenos Aires, CISAC, 1974, p. 121).

KOUANANG, de Camarões, também realça a importância do reconhecimento dos direitos de autor, salientando que “compte tenu de l'importance de la création dans le processus de développement” . . . , “il est incontestable que la reconnaissance d'un droit exclusif au profit du créateur est une consécration de l'effort créatif et par voie de conséquence, un facteur essentiel de progrès social” (ob. cit., p. 240).

Mas, em contrapartida, para os países da África, a respectiva legislação deve conter normas “permettant d'assurer une protection adéquate et efficace de leur patrimoine culturel” (ob. cit., p. 242).

No mesmo sentido, BENCHENEB, da Argélia, após indicar as limitações e as exceções em seu país fixadas para os direitos de autor, realça que “l'application de ces dispositions peut être une contribution de plus intéressante à la lutte pour le développement culturel, car leur fondement est incontestablement leur utilité pédagogique ou scientifique” (ob. cit., p. 246).

Mas, como bem anota, no Uruguai, ROMEO GROMPONE, “problema esencial en esta materia es determinar hasta que punto es conciliable la asistencia cultural, en esos países, con los derechos de los autores a percibir una justa compensación por su creación” e que, com a harmonização seria dado passo fundamental para o progresso da humanidade.

Adverte, então, que, se prejudicial aos autores a opção, “cortaríamos todo estímulo de futuro y ese ideal se frustraría al cabo de los años” (**El Derecho de Autor en Uruguay**, Montevideo, AGADU, 1977, p. 35).

Com efeito, e) imprescindível é garantir-se aos autores uma proteção eficaz, de sorte a assegurar-lhes os direitos que a tradição e a prática lhes têm consagrado — e as organizações internacionais divulgado, adequadamente — não se esquecendo do relevante papel que desempenham no desenvolvimento das nações, e que lhes valeu a inserção, como um dos direitos fundamentais, nas Declarações Universais de Direitos do Homem e nas Constituições de vários países modernos.

Como bem afirma MASOUYÉ, da OMPI, esse direito “constitue, dans le monde contemporain, un élément important du processus du développement”.

Por essa razão é que, desanuviando horizontes, arremata: “Si parfois des inquiétudes s’expriment quant à l’avenir du droit d’auteur face à la technologie moderne qui bouleverse les conditions d’utilisation des oeuvres, il faut néanmoins rester optimiste car l’encouragement est la condition première de toute promotion sociale, économique et culturelle” (**Le Droit d’auteur et le développement**”, cit., p. 118).

Nas reuniões e conclaves levados a efeito nas Américas essa tem sido a tônica.

Assim, na I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, realizada em São Paulo, em 1977 — de que participamos —, dentre as recomendações aprovadas, foi inserida a da uniformização desse direito na América, sugerindo-se a compatibilização dos sistemas, na medida em que as orientações “tendam ao desenvolvimento do direito de autor e respeitem os mais altos níveis de proteção logrados na área” (v. Ata final dos trabalhos; c. tb. **La Propiedad Intelectual**, OMPI, 1977, 3º trim., p. 143).

Patenteou-se, à ocasião, o alto grau de subjetividade que animava os convencionais, preocupados sobremaneira com a proteção do autor, como criador intelectual.

Na II Conferência Continental do referido Instituto — de que também participamos e na mesma diretriz apontada —, dentre as recomendações aprovadas, figuram também as de unificação da legislação americana e a de ampliação da proteção do direito de autor pelo máximo de prazo nelas existente (v. Ata dos Trabalhos e o compêndio **Los Ilícitos Civiles y Penales en Derecho de Autor**, editado pelo Centro Argentino do IIDA, 1981).

Por esses motivos é que, f) inobstante a crise que enfrenta esse direito — em especial frente a utilização indiscriminada de processos modernos de reprodução e de representação de obras intelectuais, que temos acentuado em vários trabalhos — a verdade é que subsistirá, em todo o seu esplendor, enquanto houver preocupação pelos valores básicos do homem.

Com razão é que DESANTES, na Espanha, enfocando a crise do direito de autor (ob. cit., p. 94), assinala que no presente é ela “una inflexión angular entre su pretérito y su futuro”, e depois de examinar essa problemática com relação aos diferentes meios de comunicação da obra, acentua depois que esse direito é “el potenciador jurídico de todo el progreso técnico de los medios de comunicación” e se encontra “unido indisolublemente a cualquier proceso de comunicación de masas” (ob. cit., p. 108).

No mesmo sentido BARBARA RINGER — que se detém sobre as modificações impostas nas comunicações pelo avanço das técnicas — salienta, nos EEUU, que a sua situação atual faz redobrar a necessidade de assegurar-se remuneração condigna aos criadores, enfatizando que o direito de autor, “comme la condition juridique de la création intellectuelle”, “subsistiera tant que l’homme continuera à faire preuve d’activité créatrice”. E concluindo, profetiza: “au sens large du régime qu’une société choisit d’appliquer à ses éléments, le créateur existera toujours. quoi qu’il advienne”. (“Le Droit d’auteur et l’avenir de la création intellectuelle”, in **Le Droit d’Auteur**, 1976, junho, pp. 158 e segs.).

Dentro desse contexto, é que, na Argentina, CARLOS MOUCHET assinala que, embora institucionalizada a sua limitação no tempo, ainda se deduzem argumentos a favor da perpetuidade (**El Dominio Público Pagante en Materia de Uso de Obras Intelectuales**, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970, p. 17).

Isso significa que tem imperado a necessidade de “reconhecimento absoluto, completo e perpétuo”, de que falava, no Brasil, no começo do século, SAMUEL MARTINS (ob. cit., p. 16).

E essa tendência g) deve acentuar-se, porque, de um lado, o direito de autor é direito natural do homem, e, de outro, o progresso intelectual depende de criações do espírito e essas somente são possíveis — como é intuitivo — em um sistema que garanta ao autor os proventos dela defluentes, cumprindo, pois, aos interessados — governantes, legisladores, estudiosos e outros — assegurar que as técnicas introduzidas para a reprodução e a representação de obras intelectuais não prejudiquem os direitos em causa, como temos alertado em vários estudos.

Já vaticinava, entre nós, OSVALDO SANTIAGO, que, “com o avançar dos anos e o progresso da humanidade, o direito autoral será, decerto, cada vez mais incentivado e respeitado, em todos os quadrantes do globo, quaisquer que sejam as raças, religiões, costumes e ideologias dos povos da Terra” (**Aquarela do Direito Autoral**, Rio, 1948, p. 22).

De outro lado, apercebendo-se da relevância da problemática da remuneração autoral, registra MASOUYÉ:

“L'expérience récente a en effet montré que l'enrichissement du patrimoine culturel national dépendait directement du niveau de la protection accordée au droit d'auteur: plus ce niveau est élevé, plus les auteurs sont encouragés à faire oeuvre de création; plus il y a de créations intellectuelles, plus s'élargit le rayonnement culturel du pays considéré. . .” (ob. cit., p. 117).

Dissipa-se, com isso, a preocupação manifestada quando de decisão proferida por sua Corte Suprema sobre transmissão por satélite — por MICHEL F. MAYER, nos EEUU em que pugnava pela necessidade de remuneração aos criadores na veiculação de suas obras feita por aquele meio (“A decline of protection for creative rights?”, in **RIDA**, 1971, LXX, pp. 87 e segs.).

Nesse sentido, é que, na Inglaterra, STEPHEN STEWART, ao estudar a evolução da legislação britânica sobre a matéria, alcança, dentre outras, as conclusões de que se deve “continuer de concevoir avec souplesse les notions d'auteur et d'oeuvre”, “étendre le droit d'auteur aux nouvelles formes de communication par lesquelles les auteurs atteignent le grand public” e “améliorer encore la perception des redevances” (**Deux Cents Ans**, cit., p. 225).

Razão assistia a LAMARTINE — uma das principais expressões da literatura francesa — que, nos longínquos anos em que vivia, pré-revolucionário, profetizava:

“En vertu d'une induction naturelle et juste, le jour devait arriver où l'oeuvre de l'intelligence servait reconnue un travail utile, et les fruits de ce travail une propriété.”

Com efeito, o direito de autor constitui direito de cunho personalíssimo, sob o seu aspecto subjetivo, representando verdadeiro “princípio de direito moral”, como afirma na França STANISLAS DE GORGUETTE D'ARGO-EUVES (**Du Droit Moral de l'Auteur sur son Œuvre Artistique ou Littéraire**, Lille, Camille Robbe, 1924, p. 38).

Não devem, em nosso entender, h) existir limitações à circulação da criação intelectual e à participação do autor em todos os processos de utilização, para que a obra realize a sua vocação universalista, como bem acentua, no mesmo país, STOYANOWITCH, **verbis**:

“Une oeuvre de l'esprit possède bien une nationalité, celle de son auteur ou celle du pays où elle a vu le jour, mais elle ne connaît point de frontière, elle aspire à l'universalité” (ob. cit., p. 41) (v. tb. ALGARDI: ob. cit., p. 272).

Ante todo o exposto, permitimo-nos repetir aqui as observações, feitas alhures, de que “quanto mais se insere a cultura como objetivo constitucio-

nal dos Estados modernos e mais aparatos e dispositivos de reprodução e de representação de obras intelectuais são introduzidos na prática, mais se exalça a preocupação pelos valores individuais que esse direito protege e mais se reafirma ele como direito vivo, atuante e dinâmico” (**Direito de Autor na Obra Publicitária**, S. Paulo, R.T., 1981, p. 16).

Respeitadas as ponderações feitas, o direito de autor poderá i) desempenhar o verdadeiro papel de sustentáculo da evolução cultural do país, na proteção de sua expressão mais nobre e mais enaltecadora, que é a criação intelectual.

Por outras palavras, é pela manutenção do **status** protecionista e pela ampliação dos mecanismos práticos de percepção de direitos que se poderá obter o progresso cultural dos países em desenvolvimento, apoiado — é intuito — por política adequada para o setor.

Por todas as razões expostas, é que, com as conotações acentuadas, acreditamos venha o direito de autor a sobreviver, atravessando diferentes épocas, como o único instrumento jurídico eficaz para o efetivo amparo às criações intelectuais e para o real estímulo ao desenvolvimento cultural dos povos, quaisquer que sejam os respectivos índices, o grau tecnológico correspondente e o nível de maturação intelectual alcançado.

BIBLIOGRAFIA

ALGARDI, Zara Olivia — **Il Plagio Letterario e il Carattere Creativo dell'Opera**. Milano, Giuffrè, 1966.

ARE, Marlo — **L'Oggetto del Diritto di Autore**. Milano, Giuffrè, 1963.

ARIENZO, Alfredo — “Diritto di autore e problemi dell'informazione e della cultura di fronte alle nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellettuali”, in **Il Diritto di Autore**, 1975, pp. 467 e segs.

ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris; e WOLFF, Martin — **Traité de Droit Comparé**. Paris, Librairie Générale, 1950.

ASCARELLI, Tullio — **Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**, trad., Barcelona, Bosch, 1970.

AZEVEDO, Filadelfo — **Direito Moral dos Escritores**. Rio, Alba, 1930.

BENCHENEB, Ali — “Lettre d'Algérie”, in **Le Droit d'Auteur**, 1976, pp. 242 e segs.

BEVILAQUA, Clovis — **Código Civil Comentado**. Rio, Editora Rio, 1978, v. I.

BITTAR, Carlos Alberto — **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**. SP, RT, 1977.

— **Direito de Autor na Obra Publicitária**. SP, RT, 1981.

— “O direito de autor no plano das liberdades públicas”, in **Justitia**, nº 98, pp. 165 e segs.

— “Reprografia e Direito de Autor: uma proposta para a regulamentação legal da matéria”, in **RP. GE** nº 10, pp. 459 e segs.

— “Limitações aos direitos autorais”, verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 50, p. 101.

— "Os processos modernos de comunicação e o Direito de Autor" (tese), SP, X Congresso Mundial de Direito, 1981.

BOBBIO, Pedro Vicente — **O Direito de Autor na Criação Musical**. SP, Lex, 1952.

BOGSCH, Arpad L. e ROACH, William S. — **Diritto di Autore Internazionale**. Milano, Giuffrè, 1956.

BUCCI, Oddo — **Interesse Pubblico e Diritto d'Autore**. Padova, Cedam, 1976.

CASELLI, Eduardo Piola — **Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione**. Torino, Torinese, 1927.

— "Diritti di autore", in **Novissimo Digesto Italiano**, V. pp. 676 e segs.

CHAVES, Antonio — **Diritto Autoral de Radiodifusão**. SP, RT, 1952.

CRIRONNET, Marcel — **Les Droits Intellectuels et les Régimes Matrimoniaux en Droit Français**. Paris, Librairie Générale, 1975.

CRISTOFARO, Carlo — **Trattato del Diritto di Autore e d'Inventore**. Torino, Bocca, 1931.

CRUGNOLA, Paola — "Il Diritto d'autore nei paesi in via di sviluppo", in **Il Diritto di Autore**, 1976, pp. 219 e segs.

D'ARGOUEVES, Stanislas de Gorguette — **Du Droit Moral de l'Auteur sur son Œuvre Artistique ou Littéraire**. Lille, Camille Robbe, 1924.

DELLA COSTA, Hector — **El Derecho de Autor y su Novedad**. Buenos Aires, Cathedra, 1971.

DESANTES, José Maria — **La Información como Derecho**. Madrid, Ed. Nacional, 1974.

DESBOIS, Henri — **Le Droit d'Auteur en France**. Paris, Dalloz, 1966 e **Mise à Jour 1973**, Id., Ib., 1973.

DESBOIS, Henri. FRANÇON, André e KEREVER, André — **Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins**. Paris, Dalloz, 1976.

DOCK, Marie Claude — **Étude sur le Droit d'Auteur**. Paris, Librairie Générale, 1963.

— "Radioscopie du droit d'auteur contemporain", in **Il Diritto di Autore**, 1974, pp. 424 e segs.

— "La convention universelle sur le droit d'auteur, révisée à Paris", in **Hommage a Henri Desbois**, Paris, Dalloz, 1974, pp. 3 e segs.

DUVAL, Hermano — **Direitos Autorais nas Invenções Modernas**. Rio, Andes, 1956.

DE SANCTIS, Valerio — "I bisogni dei paesi in via di sviluppo nel campo della protezione internazionale del diritto di autore", in **Il Diritto di Autore**, 1966, pp. 549 e segs.

— "Diritto di Autore", in **Enciclopedia del Diritto**, v. IV, pp. 379 e segs.

— **Contratto di Edizione**. Milano, Giuffrè, 1965.

— "Le revisioni di Parigi della Convenzione Universale e della Convenzione di Berna", in **Il Diritto di Autore**, 1972, pp. 179 e segs.

DE SANCTIS, Vittorio M. — **Il Carattere Creativo delle Opere dell'Ingegno**. Milano, Giuffrè, 1963.

DI FRANCO, Luigi — **Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica**. Milano, Società Editrice Lib., 1936.

EMERY, Miguel Angel — "Rumbos actuales de la legislación autoral en las Américas", in **RIDI**, 1978, pp. 2, 81 e segs.

ESCARRA, Jean — **Droits Intellectuels**. Paris, Librairie Delagrave, 1933.

FABIANI, Mario — "Note in tema di Diritto di Autore, interesse sociale e tutela della personalità", in **Il Diritto di Autore**, 1975, pp. 164 e segs.

FERNANDES, Milton — **Pressupostos do Direito Autoral de Execução Pública**. Belo Horizonte, 1978 (tese).

FRANÇON, André — **La Propriété Littéraire et Artistique**. Paris PUF, 1970.

GALTIERI, Gino — "Folclore e diritto d'autore", in **Il Diritto di Autore**, 1973, pp. 391 e segs.

— "Il progetto di Ato Adizionale", in **Il Diritto di Autore**, 1970, pp. 408 e segs.

GIACOBBE, Giovanni — "Interesse pubblico e interesse privato nella tutela del diritto di autore", in **Il Diritto di Autore**, 1975, pp. 520 e segs.

GRECO, Paolo e VERCELLONE, Paolo — "I Diritti sulle Opere dell'Ingegno". Torino, Torinese, 1974.

PROMPONE, Romeo — **El Derecho de Autor en Uruguay**. Montevideo, AGADU, 1977.

HARVEY, Edwyn S. — **Derechos de Autor, de la Cultura y de la Información**. Buenos Aires, Depalma, 1975.

JOHNSTON, Donald F. — **Copyright Handbook**. New York and London, R. R. Bowner Co., 1982.

KEREVER, André — "Le droit d'auteur en Europe Occidentale", in **Hommage a Henri Desbois**, Paris, Dalloz, 1974, pp. 36 e segs.

KOUANANG, E. Nana — "Réflexions sur le droit d'auteur et la protection du patrimoine culturel en Afrique", in **Le Droit d'Auteur**, 1976, pp. 239 e segs.

LABOULAYÉ, Edouard — **Études sur la Propriété Littéraire en France et en Angleterre**. Paris, F. Durand, 1858.

LEON, J. Ramon Obon — **Los Derechos de Autor en México**. Buenos Aires, CISAC, 1974.

LEPAULLE, Renée-Pierre — **Le Droit d'Auteur sur son Œuvre**. Paris, Dalloz, 1927.

MARTINS, Samuel — **Direito Autoral, seu Conceito, sua História e sua Legislação entre Nós**. Recife, Livraria Francesa, 1906.

MASOUYÉ, Claude — "L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle", in **Hommage a Henri Desbois**. Paris, Dalloz, 1974, pp. 323 e segs.

— "Le Droit d'auteur et le développement", in **Il Diritto di Autore**, 1977, pp. 112 e segs.

MAYER, Michel, F. — "A decline of protection for creative rights", in **RIDA**, 1971, LXX, pp. 87 e segs.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — **Tratado de Direito Privado**. SP, RT, 1977, v. XVI.

MOUCHET, Carlos — "Notes sur le droit d'auteur en Amérique Latine", in **Le Droit d'Auteur**, 1971, pp. 224 e segs.

MOUCHET, Carlos e RADAELLI, Sigfrido — **Derechos Intellectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas**. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.

N'DIAYNE, N'Déné — "L'influence du droit d'auteur sur le développement de la culture dans les pays en voie de développement", in *Il Diritto di Autore*, 1975, pp. 275 e segs.

NOUAROS, George Micháelidès — *Le Droit Moral de l'Auteur*. Paris, Arthur Rousseau, 1935.

ORLANDO, Pedro — *Direitos Autorais*. S. Paulo, Nova Jurisprudência, s/d.

PADELLARO, Giuseppe — *Il Diritto di Autore (la disciplina giuridica di strumenti di comunicazione sociale)*. Milano, Vallardi, 1972.

PARILLI, Ricardo Antequera — *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*. Buenos Aires, ed. do autor, 1977.

PICARD, Edmond — *Le Droit Pure*. Bruxelles, F. Larcier, 1899.

PLAISANT, Robert — *Les Droits des Auteurs et des Artistes Exécutants*. Paris, J. Delmas, 1970.

POUILLET, Eugène — *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. Librairie Générale, 1908.

RENAULD, J. G. — *Droit d'Auteur et Contrat d'Adaptation*. Bruxelles, F. Larcier, 1955.

RINGER, Barbara — "Le droit d'auteur et l'avenir de la création intellectuelle", in *Le Droit d'Auteur*, 1976, pp. 158 e segs.

SANTIAGO, Osvaldo — *Aquarela do Direito Autoral*. Rio, 1948.

SANTOS, J. M. Carvalho — *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio, Freitas Bastos, 1963, v. VIII.

SATANOWSKY, Isidro — *Derecho Intelectual*. Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1954.

SILVA, M. Moreira da — *Código de Direito de Autor*. Coimbra, Atlântica, 1955.

SILZ, Edouard — "La notion juridique de droit moral de l'auteur", in *Rev. Trim. de D. Civil*, XXXII, pp. 394 e segs.

SORDELLI, Luigi — "Diritto di autore, riproduzione di opere mediante la c.d. reprografia ed interessi personali e collettivi alla cultura", in *Il Diritto di Autore*, 1975, pp. 416 e segs.

STOLFI, Nicola — *Il Diritto di Autore*. Milano, Società Editrice Libreria, 1932.

STOYANOWITCH, K. — *Le Droit d'Auteur dans les Rapports entre la France et les Pays Socialistes*. Paris, Librairie Générale, 1959.

STROMHOLM, Stig — *Le Droit Moral de l'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave*. Stockholm, P. A. Norstedt & Soners, 1966, v. I.

TARNEC, Alain le — *Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*. Paris, Dalloz, 1966.

VAILLANT, Francisco Hung — *Algunos Aspectos de la Protección del Derecho de Autor en Venezuela*. Caracas, Instituto de Derecho Privado, 1965.

VALVERDE, J. Molas — *Normas Procesales de Especialización, en Propiedad Intelectual*. Barcelona, Nantes, 1968.

VILLALBA, Carlos Alberto — "La protección universal del Derecho de Autor en lo que atañe a las convenciones de Berna y Washington", in *RIDI*, 1978, n.º 2, pp. 93 e segs.

WISTRAND, Hugo — *Les Exceptions Apportées aux Droits de l'Auteur sur ses Œuvres*. Paris, Ed. Montchrestlen, 1968.

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 81.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (edição de novembro de 1979)

- Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT — Legislação trabalhista vigente
- Exposição de Motivos do Anteprojeto

“CÓDIGO DE MENORES” (ed. 1982)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa)

“CÓDIGO PENAL” (edição 1982)

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 — texto atualizado e anotado
- Índice temático

“PROCESSO LEGISLATIVO” (3ª ed. atualizada e ampliada — 1982)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

- 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 PARTIDARIA” (4ª edição – 1982)

Leis e Instruções que regulam 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 de 1978 comparada à legislação anterior
- Anotações (opiniões e legislação correlata)
- Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato bolso) (9ª edição – março de 1984)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 24/83.

Notas explicativas, com as redações originais dos dispositivos alterados.

Minucioso índice temático.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

Quadro Comparativo

(4ª edição – 1982)

Texto constitucional vigente (incluindo a Emenda Constitucional nº 22/82) comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Em adendo: Emendas Constitucionais nºs 23 e 24, de 1983.

152 notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

“LEI DE EXECUÇÃO PENAL”

– Projeto de Lei nº 1.657, de 1983

Quadro Comparativo:

- Projeto de Lei nº 1.657/83
- Anteprojeto Benjamin Moraes
- Legislação vigente
- Exposição de Motivos do Projeto nº 1.657/83
- ONU – Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (Resolução de 30-8-55)
- Notas

“REFORMA ADMINISTRATIVA – Organização da Administração Federal”

(4ª edição – 1984)

- Decreto-Lei nº 200/67 – texto atualizado e anotado
- Legislação alteradora e correlata

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: n.ºs 81 (janeiro/março de 1984) a 84 (outubro/dezembro de 1984).

Preço: Cr\$ 8.000,00

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