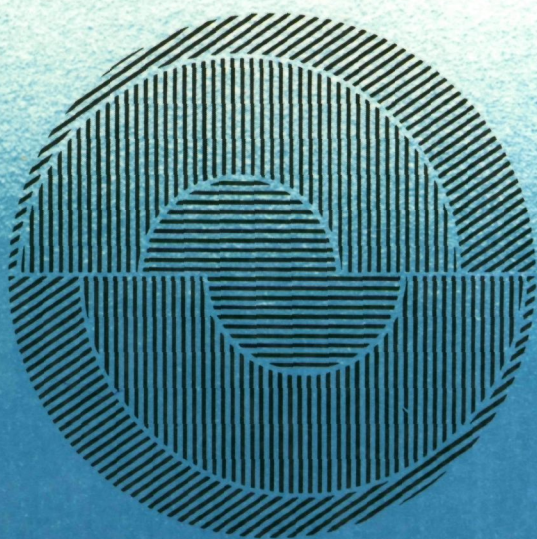


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1982

ANO 19 • NÚMERO 73

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 19 n. 73 — janeiro/março 1982

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

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

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

---

---

**Direção:**

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

---

---

**Redação:**

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

---

---

Capa de GAETANO RÉ

**Composição e Impressão:**

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 19	n. 73	jan./mar. 1982
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 240,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria  
de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>COLABORAÇÃO</b>	
Poder e representação (algumas considerações) — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	5
Pelo Senado misto — <i>Paulino Jacques</i> .....	41
Imunidades parlamentares — <i>Antonio Edving Caccuri</i> .....	45
As prerrogativas do Poder Legislativo e a aprovação de leis por decurso de prazo — <i>Inocêncio Mártires Coelho</i> .....	75
Competência legislativa supletiva estadual — <i>Geraldo Ataliba</i> .....	81
Do controle de constitucionalidade das leis. Sistemas de controle — <i>Edylcéa Tavares Nogueira</i> .....	95
A positivação das normas de conduta como demonstração da subjetividade dos valores — <i>Nelson de Sousa Sampaio</i> .....	101
A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: ava- liação crítica — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i> .....	107
Política de endividamento externo do Império — <i>Mircea Buescu</i> .....	121
A unificação da justiça brasileira — <i>Joaquim Lustosa Sobrinho</i> .....	127
O compromisso de compra e venda, as Súmulas do STF de n.os 166, 167 e 412 e jurisprudência da Suprema Corte — <i>Fábio Maria de Mattia</i> .....	147
O art. 29 da lei do divórcio — <i>José Maurício Pinto de Almeida</i> .....	169
Do testamento público em video-cassete — <i>Derek Knight</i> .....	175
A reintegração familiar em face do novo Código de Menores brasileiro — <i>Jessé Torres Pereira Júnior</i> .....	179
Aspectos jurídicos da publicidade nos uniformes desportivos de competição — <i>Alvaro Melo Filho</i> .....	199
Greve e atividade essencial (evolução conceitual) — <i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i> .....	205
O instituto da greve — <i>Ney da Fontoura Boccanera</i> .....	213
La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad — <i>Antonio Beristain</i> .....	227
Investimentos internacionais para o controle do crime — <i>William Clifford e J. Marjoram</i> .....	253
Intercambio de presos — <i>Luis Marcó del Pont</i> .....	261
Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública — <i>Ruy Barbosa Nogueira</i>	267



**INFORMÁTICA JURÍDICA**

Aspectos jurídicos da juscibernética. Direito de autor do programador — <i>Antônio Chaves</i> .....	279
Enquadramento jurídico do "hardware" e do "software" no plano dos direitos intelectuais — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	307

**DOCUMENTAÇÃO**

Histórico da Emenda Constitucional nº 20, de 20 de outubro de 1981 (tramitação legislativa) .....	327
Histórico da Emenda Constitucional nº 21, de 27 de outubro de 1981 (tramitação legislativa) .....	341

**PUBLICAÇÕES**

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	349
---	-----

# Poder e representação (algumas considerações)

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA  
Professor Titular da Faculdade de Di-  
reito da UERJ

## SUMÁRIO

- I — *As bases sócio-axiológicas do poder*
- II — *O caráter exemplificativo das funções políticas*
- III — *Poder e representação*
- IV — *Mandato imperativo e direito privado*
- V — *Organicismo cultural do Estado*

### *I — As bases sócio-axiológicas do poder*

Em clássico livro BERTRAND RUSSEL considera o poder a manifestação mais importante da vida social, como a energia o é do mundo físico.

Na verdade, a *cupido dominandi* surge, concomitantemente, com a coexistência e o interrelacionamento, como inevitável conseqüência da construção política e indefectível “control de las representaciones jurídicas de una comunidad global”, na expressão de HUGO PALACIOS MEJÍA. Surge assim esse, com uma conotação individual e uma conotação coletiva, sendo, ontologicamente, como diz HOBBS, o “excesso da autoridade de um sobre a de outro”, porque, é evidente, forças iguais se neutralizam. Mas, como observa HAURIUO, deve ele tender sempre para a constante criação da ordem e do direito, em benefício de todos.

Embora produto social, o poder, não o estudam a Teoria do Estado ou a Ciência Política, quando na ordem privada, a não ser por suas repercussões na ordem pública, sendo singular, a respeito, a posição de DOLLERA JOFRE.

Síntese do diálogo entre a liberdade e o comando, entre o homem e o Estado, o direito-norma se origina do poder, que se autolimita, como

uma das mais importantes superestruturas sociais, poder que, como lembra PRADO KELLY, com sua força "dirigée et limitée par le droit" (DUGUIT), "não é uma noção metafísica, mas uma realidade social", apesar de buscar sua legitimidade em potências abstratas. Antes que o poder se incorpore, decisivamente, nas instituições, apenas se pode falar em sociedades pré-estatais.

Todo agrupamento, mesmo o que é estudado pela Zoo-Sociologia, pela Fitossociologia e pela Geografia Biológica, fontes indiretas da Teoria do Estado, suscita o problema da liderança e da chefia, mormente quando transcende a órbita familiar, para constituir senão uma *Gessellschaft*, ao menos uma *Gemeinschaft*, para utilizar a terminologia de TOENNIES.

O líder, fruto das circunstâncias, é o indivíduo que "conseguiu apreender os desejos e necessidades do grupo e soube, melhor do que os outros, resolvê-los e orientá-los". Não se confundem, tecnicamente, as figuras do chefe e do líder, embora possam coabitar, no mesmo indivíduo, porque o primeiro é mais um coordenador do trabalho do agrupamento, enquanto que o segundo exerce um magistério, mais de ordem subjetiva, ressaltando J. MAISENNEUVE que ele poderia ser explicado, "na medida em que simbolizasse ou substituísse o ideal do *ego* de uma multidão de pessoas".

Segundo a conhecida classificação de MAX WEBER, o poder tem origem tradicional, legal ou carismática.

O primeiro sucede, segundo o notável pensador, que influenciou gerações de "scholars", quando a autoridade repousa "na fé geral e permanente na sacralidade das tradições firmadas e na legitimidade de pessoas chamadas a exercer a autoridade por essas tradições", opinando CARL FRIEDRICH que a "tradição é um fator vital na eficácia da autoridade"; o segundo, quando fundado em regra jurídica e, enfim, o terceiro, quando se crê seu detentor dono de qualidades sobrenaturais (dotes de força, coragem ou inteligência) estimuladoras de sentimento messiânico. Todavia, como pondera ROMANO GUARDINI, "el sentimiento de poder puede vincularse incluso a situaciones que parecen cotradecirlo: el sufrimiento, la privación, la inferioridad".

O carisma, freqüentemente, se faz notar em movimentos revolucionários que, por natureza, são desencadeados por "minorias educadoras e atuantes (INGENIEROS), que, aliciando as multidões, almejam a substituição da ordem política existente por outra mais adequada, impondo uma troca de sujeitos públicos. Essa forma de ação violenta contrasta claramente com a teoria da *civil disobedience*, como escreve ABE FORTAS, porque, mesmo "quando envolve o repúdio total ou parcial do princípio de que o indivíduo deve obediência à lei", repudia o emprego de força.

Pondera DUVERGER que "na base de todo regime político se encontra o problema essencial da autoridade, do poder, da distinção de governantes e governados".

Tal ocorre, em verdade, desde o embrião da classe dirigente, com o advento do chefe, em contraposição com a grande maioria dirigida. E PAUL CLAVAL entende que “poder não é apenas estar em condições de realizar por si mesmo as coisas, é também ser capaz de fazer com que sejam realizadas por outros”.

MIGUEL REALE define o poder como uma “decisão para outrem”, “a capacidade de comandar os serviços de outros indivíduos” dizia HOBBS e BODENHEIMER, como “a capacidade de um indivíduo ou grupo de levar a praticar sua vontade, inclusive apesar da resistência de outros indivíduos ou grupos”. Prerrogativa de estabelecer condutas, conceituou-a MARITAIN, como “a força por meio da qual podemos obrigar os outros a nos obedecerem”, distinguindo-a da autoridade que é “o direito de dirigir e comandar, de ser atendido e obedecido por outros”, sendo a base ética do poder, que sem ela resvalaria para o materialismo da mera coação, o “*pottere ritenuto legittimo*”, de que fala MARIO STOPPINO. NIETZSCHE, que censurava o Estado de seu tempo e o caráter arbitrário do direito, reclamava para esse, e para o poder, um fundamento moral. Toda crise da autoridade (“a capacidade de obter o assentimento de outrem”, no sentir de BERTRAND DE JOUVENEL) implicará num perigoso robustecimento do poder. Ensina GARCIA PELAYO que “*la potestas es impuesta; la auctoritas es reconocida*”, repousando, pois, no consentimento coletivo. MAX WEBER vê, na dominação, uma relação de poder.

JOSÉ HERMANO SARAIVA opina que, enquanto a “autoridade é um estado de direito, o autoritarismo é um estado de capricho. Aquele se apóia na força da lei, este no arbítrio dos homens. A autoridade resulta do princípio legítimo de eficácia do poder”. Façam-se ou não essas distinções, o certo é que o poder deve enraizar-se no *consensus*. Referindo-se a HANNAH ARENDT, reparou CELSO LAFER que “para ela o poder nunca é atribuído de um indivíduo no singular, mas sim o resultado da capacidade de agir pluralmente, em conjunto”. A destinação social do poder é posta em destaque, igualmente, por JELLINEK, que frisa ser ele “a vontade que há de cuidar dos fins comuns da associação, que há de ordenar e há de dirigir a execução de suas ordenações”.

Não há dúvida, conseqüentemente, que o poder é a substância não só da vida política, como do próprio Estado, confundindo-se com o direito-regra desde o instante em que o cria, mas não se identificando com ele *ab ovo*, como quer HANS KELSEN, que razão tem, contudo, quando assevera que, se o Estado é, por essência, um aparato de coação, pelo conteúdo da lei e não propriamente por sua eficácia, “o é precisamente por ser, em substância, uma ordem jurídica, e todas as suas manifestações não podem ser mais que atos jurídicos”.

É certo que o admirável jusfilósofo tcheco veio a atenuar o rigorismo do seu asséptico binômio Direito-Estado, mas é inegável que sua abordagem da ciência jurídica era baseada em “*systematic logical analysis, with profound philosophical underpinnings*”, como sublinhou seu independente discípulo BENJAMIN HAKZIN, que se chocava com o prag-

matismo americano e que dificultou sua adaptação ao magistério superior estadunidense.

A "tendência da racionalização do poder", de que falava MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, expressa em Constituições analíticas do primeiro pós-guerra, e que se esforçava por encerrar nas redes do direito positivo o conjunto da vida política, com sabor kelseniano, nem sempre conseguiu evitar os governos de fato, assim chamados por que não se originam no direito. "Convienes notar que la circunstancia de ser legítima la revolución que sirve de fundamento a un gobierno de fato no varia el carácter de éste", anota BIDART CAMPOS. A competência do governo de fato decorre de sua investidura, não se podendo, em tese, medi-la ou limitá-la, mormente quando ele é legítimo, restaurando garantias fundamentais desprezadas pelo regime anterior e a *Staatschutz* (cujo objeto de proteção constitucional são os embasamentos políticos da *Verfassungsleben* e, globalmente, os valores materiais da Constituição), tratada por THEODOR MAUNZ que assevera: "Das GG umschreibt die Grundlagen des materiellen verfassungswesens zunächst ganz allgemein als die, freiheitliche und demokratische Grundordnung".

Discordamos de GONZALES ARZAC quando declara que "solamente un gobierno de facto tiene poder constituyente originario", pelo simples fato de poder ser convocada, normalmente, uma Constituinte. Arduamente defendeu DUGURR o ponto de vista de que o poder público é uma *fictio*, porque não é um poder de direito, mas de fato. Todavia, há nele uma contradição, porque afirma que "as declarações de vontade dos governantes só possuem valor, na medida em que estão conforme às regras jurídicas".

Com o fenômeno que denominou de "institucionalização do poder", pelo qual o poder político "é transferido das pessoas dos governantes para uma pessoa abstrata que é o Estado", procurou BURDEAU dar maior estabilidade aos regimes, obstaculizando a ambição pessoal.

JELLINEK concebe duas ordens de poder: o *dominante* e o *não-dominante*, caracterizando-se o segundo por "ser-lhe possível dar ordens à associação, mas carece de força bastante para obrigar com seus próprios meios a execução de suas ordens". É quando muito um poder disciplinar, não um poder de dominação (*Herrschergewalt*), irresistível, como o do primeiro e que caracteriza o Estado, cujo pleno conhecimento depende do "conhecimento de seu direito".

FREDERICO RAYCES considera, da mesma forma, duas espécies de poder: o *pessoal* (uma relação entre indivíduos em que uns, por seus atos de vontade concretos, determinam a conduta dos outros) e *impessoal*, fruto da "pressão psicológica exercida pelos costumes tradicionais e pelos usos coletivos, pelos *tabus*". Ao contrário do segundo, impregnado de inércia, o primeiro é para RAYCES, "um poder para a invenção".

NICOLAU DOS SANTOS adota, igualmente, classificação dupla: o *poder organizado*, que se realiza coativamente, e o *poder difuso*, que se realiza

por uma “coerção moral ou psicológica também de caráter difuso, ou seja, não organizada, imponderável ou impreciso”.

HAURIU aceita um poder *minoritário*, “a quem cabe a iniciativa, concentrado nas mãos das elites governantes, outro *majoritário*, que não está na origem histórica do Estado”. O primeiro tem o poder de governo, o segundo, de dominação.

Como refere HERMES LIMA, coexistem, no poder, a *credenda* e a *miranda*, sendo a primeira a soma de razões que nos levam a dar consentimento a ele e a optar por uma de suas formas, e a segunda, a simbólica que o consagra junto ao povo.

A noção de poder é estática e dinâmica, ao mesmo tempo, evoluindo, dialeticamente, tornando o Estado “efficace, protegé, organisé”, como está em DONNEDIEU DE VABRES, e subordinando, como é óbvio, “os interesses particulares ao interesse geral”, no exprimir de MARCELO CAETANO.

“Le pouvoir n’a d’autre raison d’être que le bien de la nation”, concorda MASSABIAU. O poder “amène des individus a des buts collectifs ou communs de l’ordre temporel et historique”, acrescenta FRANÇOIS PERREUX.

Por isso, a *liberdade* não pode caracterizar-se por uma batalha surda contra o *poder* que a complementa e garante (o que só agrada ao individualismo delirante e a outros inimigos do Estado), possibilitando à coletividade atingir seus objetivos inadiáveis, porque *in esse* provém dela, como repisa HERMAN HELLER: “lo que crea el Estado y el poder del Estado es la conexión sistemática de actividades socialmente efectivas”.

A questão da transcendência do poder deve preocupar-nos tanto quanto a de sua prática, porque ambas integram uma síntese indivisível.

LABAND e JELLINEK, entre outros, não aceitam a soberania como sinal característico do Estado, certamente impressionados, como adverte ANTÔNIO ASSUMPTÃO, com a “organização algo especial do Império Federal Alemão de 1871, em que os chamados Estados-Membros, tendo até reis, gozavam ademais ativa e passivamente do direito de legação”, podendo, ainda, como se sabe, optar, entre os regimes republicano e monárquico, sendo curioso que até hoje a Baviera se considera “Estado Livre”, dentro da Alemanha Federal, assim como Hamburgo, Bremen e Hessen.

Embora entendamos, juntamente com LE FUR e MIGUEL REALE, que o Estado não-soberano é uma “fictio juris”, integrando união não paritária com o Estado soberano, aceitamos a desclassificação da soberania de elemento do Estado para tonalidade do poder político, sendo, pois, tecnicamente insatisfatórias definições como a de LUIZ G. ROA, que situa o Estado como “la organización social políticamente soberana”. Na verdade, ele é o “poder organizado”, como elucida JURGEN VON KEMPSKI, que tem o monopólio da coercibilidade. Quer o chamemos de poder po-



lítico, poder público, poder do Estado, poder de dominação, poder nacional (num sentido mais amplo do que lhe é atribuído pela Escola Superior de Guerra), estamos diante do mesmo perturbador fenômeno sócio-político-jurídico axiológico, que permite ao Estado, titular único da autoridade, colimar seus objetivos, sendo, ainda, objeto de estudo de uma ciência: a Cratopolítica.

Fenômeno contemporâneo é o *Estado Satélite* "dominated through a puppet regime, with no regard to the issue of its ability to govern itself", como explanam DILLON, LEIDEN e STEWART.

Cabe aqui, apenas, uma chamada para a relação espaço-poder, estabelecida pela Geopolítica, que é a "doutrina do Estado considerado como um organismo geográfico ou fenômeno no espaço" (KJELLEN), mostrando a dependência da Política à Geografia.

EVERARDO BACKHEUSER menciona a "política feita em decorrência das condições geográficas", já referida por Napoleão.

Enquanto a Geografia Política tem caráter estático e pertence à Geografia Humana, a Geopolítica (ou Geocinética, na preferência de GOYTIA) tem conteúdo dinâmico e integra a Ciência Política, como a "consciência geográfica do Estado".

AGUSTIN GORDILLO mencionando as "pautas axiológico-políticas de controle do poder do Estado, que devem estar presentes em toda a análise de direito público", demonstra a importância da teoria de valores, na abordagem dos temas político-jurídicos.

O conhecimento filosófico não se atém à análise dos valores, mas eles estão em seu núcleo, demonstrando a indissociável relação entre Epistemologia e Axiologia, vale dizer entre Filosofia e Valor.

Doutrina MIGUEL REALE que, se toda especulação crítica é valorativa, chega-se à conclusão de que, sob "essa luz, Filosofia é Axiologia".

Registra GUY ROCHER que o valor antecede ao julgamento, como "os fins existem antes da ação humana", conforme ANÍSIO TEIXEIRA, daí provindo o acerto da observação de COSSIO de que "toda compreensão de valores es emocional", mas, se ele não existe independente do sujeito pensante, não deixa, vê-se logo, como anota MACHADO PAUPÉRIO, de constituir "uma essência realizável pela ação espiritual da pessoa humana", vibrando no campo do *dever ser*.

O fato axiológico é assim completado ou dinamizado pelo ato axiológico que o *valoriza*, segundo certas conotações. O valor é intemporal, mas sua manifestação e descobrimento estão profundamente inseridos nos processos históricos, não atuando o ser que o capta, desvinculado de contexto social em que ele atua. Temporalidade e existência eram identificadas por HEIDEGGER, salientando LORENZO CARNELLI que, somente pelo tempo, que necessariamente se temporaliza, "efetiva-se a transcendência e, decorrentemente, toda expansão de que é susceptível o ser humano".

Direito e política são valores antes de tudo, expondo RADBRUCH que a elaboração jurídica, como fenômeno cultural, só poder ser entendida “no círculo da conduta impregnada de valor”.

Resultam disso os inocultáveis binômios Estado-valor e poder-valor, que nos circundam e nos absorvem.

Em síntese, como se percebe, existem dois juízos: o de existência ou realidade (aquilo que as coisas são) e o de valor (aquilo que as coisas “valem em relação a um sujeito consciente, o valor que este último a eles atribui”, na fórmula de DURKHEIM).

DEMICHEL e LALUMIÈRE consideram que “la science politique décrit ce qui est, le droit constitutionnel ce qui devrait être; l'une, descriptive, se situe au plan des faits, l'autre, normatif, se place au niveau des valeurs”.

“L'autorité nous baigne et nous imprègne, elle circule autour de nous et en nous, comme l'air qui nous entoure et que nous respirons, l'air qui nous suffoque parfois et sans lequel nous ne saurions vivre”, ardorosamente se manifestou MAURICE MARCHAL.

O poder vale por sua utilidade social; o julgamento de valor tem, pois, uma origem social, pelo fato de a coletividade conferir ao comando substância ética, traduzida pelo princípio da legitimidade.

TALLEYRAND o expôs, com objetivos claros, no Congresso de Viena, permitindo a restauração do poder real e sua manutenção, na Europa, agitada pela Grande Revolução e pela epopéia napoleônica, mitigando a difícil situação de sua pátria, após a batalha de Waterloo. O princípio, adotado por FABRE d'OLIVET, fora já pressentido, em essência, por SANTO AGOSTINHO e por ROUSSEAU, mas confundia-se, circunstancialmente, com o legitimismo, mesmo porque o Conclave de 1815, como sublinhou ANTONIO TRUYOL, “olhava mais o passado que para o futuro”.

A legalidade (potestas) é mera adequação de comportamento à lei que deve regê-lo, mas a legitimidade (auctoritas), cuja patologia pode provocar uma autocracia, exige, antes de tudo, que ele se apóie nos próprios objetivos sociais, em seus costumes e tradições caldeados pela vida em comum (o Direito Canônico, por motivos óbvios, é alheio a essa distinção). Para FRANCISCO TRUSSO, a legalidade encerra “un concepto puramente formal, referente a la aplicación de un derecho positivo determinado”, enquanto a legitimidade “abarca un conjunto de creencias comunes de aceptación popular”, podendo ser tanto revolucionária como constitucional.

Adverte RADBRUCH que o sentido do princípio, que estamos tratando, consiste em uma continuidade histórica, permitindo que uma nova situação jurídica se desenvolva, naturalmente, da anterior. É no *valor legítimo*, que encerra uma anuência popular ao poder, que deve embasar-se a positividade do direito, dependente ela mesma do consentimento geral.

Repara WELZEL “a recepção que a legislação do governante deve encontrar, na consciência jurídica do povo, para converter-se em direito positivo”. A questão poderia envolver uma reação jusnaturalística contra o positivismo, partindo da idéia, como diz RADBRUCH, “de que há leis que não são direito e há direito acima das leis”.

Contudo, legitimidade e direito natural não são sinônimos, nem esse integra obrigatoriamente aquela, que é, *in esse*, a “legalidade acrescida de sua valorização” (PAULO BONAVIDES), a fé na legalidade (MAX WEBER), o *jus ad auctoritatem*, a crença na lei (LACAMBRA). DOLF STERNBERGER lembra que o poder legítimo é aquele emanado de eleições livres, contando, em decorrência, com a solidariedade dos cidadãos. Podem existir governos legais e legítimos, governos legais e ilegítimos e governos, momentaneamente, legítimos e ilegais, porque a nova ordem de coisas criará sua própria legalidade. Os demais Estados, ordinariamente, não manifestam opinião sobre a legitimidade do poder de um Estado, limitando-se a observar a sua legalidade formal, se domina o país e se cumprirá os compromissos internacionais.

A Santa Sé (Bula Solicitudo Ecclesiarum) entende que, pelo fato de manter relações com um poder, isso não implica em reconhecer sua legitimidade, que deveria ser a fonte dos dispositivos constitucionais, sob pena de um antagonismo pernicioso entre um direito público, arbitrariamente elaborado, abstrato e “alienado”, e outro, historicamente produzido, deixando clara uma oposição condenável entre o “país legal” e o “país real”, como, entre nós, entre outros observaram ALBERTO TORRES, OLIVEIRA VIANA e J. P. GALVÃO DE SOUZA.

É irrefutável a denúncia de MATIENZO: “no basta copiar la letra de una Constitución extranjera, si no se puede contar con las mismas circunstancias sociales en que ella funciona en el país de origen”.

A legalidade esvaziada de conteúdo histórico, sem visão da problemática social, portanto, se poderia aplicar a expressão de ODILON BARRET: “la légalité nous tue”.

A legitimidade do poder constituinte, que repousa, conforme CARL SCHMITT, “no reconhecimento da força e autoridade em que descansa a sua decisão”, sendo ele sócio-político-jurídico, acarreta, obrigatoriamente, a legitimidade do poder constituído, força codificada na Constituição, na frase do saudoso FERNANDO NOBRE.

Ninguém melhor do que FERRERO analisou o princípio da legitimidade, distinguindo-o da ilegitimidade, da pré-legitimidade, e da quase-legitimidade. Ele, para FERRERO, justifica o poder, o “direito de mandar”, e pode subdividir-se em quatro: o eletivo, o hereditário, o aristo-monárquico e o democrático, que se entremisturaram através dos séculos, combatendo-se ou colaborando uns com os outros. Como assevera o notável historiador, cada fase tem um só princípio de legitimidade, que se “harmoniza sempre com os costumes, a cultura, a ciência, a religião, os interesses econômicos de uma época”.

A pré-legitimidade é, para FERRERO, a mais árdua prova a que pode ser submetido um Estado, porque nela “o princípio da legitimidade, em vez de sustentar o poder, tem necessidade de ser amparado por ele, contra as oposições abertas ou ocultas com que tropeça”.

O governo pré-legítimo não é ainda, como o nome diz, legítimo. FERRERO exemplifica-o com a República Espanhola de 1931 e com a de Weimar, uma vez que, nessa última, parte consideravelmente grande da Alemanha se negava a aceitar “as instituições republicanas e a fórmula democrática de legitimidade que as justifica: sufrágio universal e soberania do povo”.

GUIZOT criou a expressão “quase-legitimidade”, com que foi batizada a Monarquia de julho, na França. “Não há governos legítimos e governos ilegítimos: entre uns e outros há governos que, sem serem legítimos, podem contar com consentimentos bastante largos para não serem obrigados a impor-se como os governos ilegítimos, só por meio da força, da corrupção e da mistificação”, considera FERRERO.

O problema da legitimidade é nuclear no Direito e na Ciência Política, uma vez que sem ela as instituições não teriam consistência nem estabilidade, lembrando VICENZO GUELLI que ela é conteúdo da norma-ção constitucional, recebendo dessa valor jurídico e operatividade.

## II — O caráter exemplificativo das funções políticas

“Os tiranos dividem o povo para reinar; dividi o poder se quiserdes que a liberdade reine por sua vez” (SAINT-JUST).

Em sagaz apontamento, ARRUDA ALVIM NETO deixa claro que “a tripartição dos poderes foi o instrumento de que se serviu a burguesia para garantir-se contra os poderes do Estado, o que vale dizer, contra a sua soberania e, poderíamos acrescentar, para a fundação da monarquia constitucional. Já apreciamos a questão, sob o aspecto ontológico, e é certo que esse expediente liberal não pode mais ser aceito, na maneira com que foi formulado, em vista da indivisibilidade do poder estatal, que é íntegro e coeso, permitindo, no entanto, ramificações, separação de departamentos e de funções, das atribuições específicas de seus órgãos, em dinamismo político-jurídico, sobre a qual não é pacífica a doutrina e da qual discordava BENTHAM, por considerá-la incompatível com os ideais democráticos. “Tem sido escassa, quase omissa, a elaboração da doutrina brasileira sobre o assunto”, nota ALCINO SALAZAR.

“Divisão do poder, imprópria, mas tradicionalmente chamada de separação dos poderes, não merece a reverência quase religiosa que por vezes recebe”, corrobora M. G. FERREIRA FILHO.

Mas, se a classificação didática dos setores do poder é altamente discutível, não o é a indivisibilidade do poder, que vem do “reconhe-

cimento deste como uma unidade”, como obtempera JELLINEK (em sua *Teoria Geral do Estado*, pág. 405). É, também, a orientação de seu discípulo KELSEN.

PUTNEY, referindo-se aos “poderes”, consigna: “this division has been recognized by jurists from the earliest times”.

A origem burguesa da separação das funções, discriminação que não deve “ser encarada com rigor pedante, mas com elasticidade de julgamento”, como argumenta BENJAMIN CARDOZO, todavia, não dissimula a sua capital importância, para que o poder político possa, eficazmente, atuar. Embora já pressentida por ARISTÓTELES, em sua *Política (função deliberativa*, porquanto, relata BLUNTSCHLI, o povo mais propriamente deliberava que legislava; *autoridade*, correspondendo ao poder de comando, e *Juiz*), esboçada, na China, pelos TANG, no século VII, e esquematizada por SANTO TOMÁS, a teoria da separação foi elaborada, modernamente, por MONTESQUIEU, estudando a prática inglesa — onde BOLINGBROKE já havia planejado a idéia do equilíbrio e controle recíproco dos poderes — e interpretando-a, por “glorioso equívoco”, segundo as conveniências de seu tempo e de sua formação liberal (impressionado com a segurança e a estabilidade da Inglaterra, em contraste flagrante com o resto da Europa), em *Do Espírito das Leis*, obra publicada em 1748, que fundou o direito constitucional moderno, que lhe ocupou grande parte da vida e que, laboriosamente refletida, possibilitou montar “les constitutions comme des machines”, como enfatizou LANSON, procurando estabelecer a relação entre as instituições e os climas.

Declara ABEL GRENIER que MONTESQUIEU será sempre “o mestre dos que creiam que o governo dos homens é obra não de lógica, nem de imaginação, mas sim de observação e de experiência”.

FAGUET lembrou que ele se deixara impregnar por um “fatalismo científico”, desenvolvido por MADAME DE STAEL e RATZEL, entre outros, que plantaram as raízes da Geopolítica.

A tese de MONTESQUIEU, entretanto, como adiantamos, foi arquitetada em forma ideal e sem rigorosa base histórica, asseverando LÉON FAUCHER que ele havia feito o romance e não a crônica das leis inglesas.

Como escreveu MADISON, o “exame mais ligeiro da Constituição britânica nos obriga a perceber que os departamentos legislativo, executivo e judicial de nenhum modo se acham totalmente separados e diferenciados entre si”.

Robora RODOLFO BLEDEL: “El lord Canciller era al mismo tiempo juez en la jurisdicción de Equidad y principal ministro del Rey en el Consejo ejecutivo; existían dos tribunales superiores de apelación: la Cámara de los Lordes, para las causas provenientes de los Dominios y Colonias, los cuales formaban parte, uno del Poder Legislativo, y el otro, del Ejecutivo.” Os membros do Gabinete integram, ainda, o Conselho Privado, que é órgão de funções protocolares e judiciárias.

O Rei compõe, também, o processo legislativo, intimamente ligado ao Parlamento.

“Não havia na Inglaterra equilíbrio de poder nem separação de poderes”, constatou FRANZ NEUMANN, a qual foi pela primeira vez adotada na Constituição da Virgínia, de 1776, obra admirável de GEORGE MASON — a da Carolina foi redigida por LOCKE e a de Massachussets por JOHN ADAMS —, passando, “depois, para as Constituições de todos os países”, no parecer de HENOCH REIS. “Britain had a fusion rather than a separation of powers”, ratifica CHARLES DILLON. Apesar de tudo isso, o amadurecimento histórico justificou o juízo de BAGEHOT: “the peculiar excellence of the British Constitution lies in a balanced union of three powers”, mas, precipuamente, na “complete fusion of the executive and legislative powers”. A interpretação das idéias do castelão de Brède jamais foi pacífica, explicando DUGUIT que não era escopo de seu patricio dividir a soberania e sim repartir as funções, aduzindo: “A expressão *separação de poderes* não foi empregada uma só vez por MONTESQUIEU, e nunca pensou ele em órgãos investidos nas três funções do Estado, absolutamente independentes um do outro e sem ação um sobre o outro”. Estamos, como é perceptível, em pleno mistério teológico do direito público, em que o poder se identifica com os três poderes e esses com aquele.

A Constituição de Malta (art. 52), de nítida influência britânica, estabelece que o Parlamento é constituído do Presidente da República e da Casa dos Representantes.

Realizando *uma divisão subjetiva dos órgãos, correspondente a uma distinção objetiva das funções*, concebia MONTESQUIEU (que viu, na Roma antiga, o germe da teoria da divisão e equilíbrio dos poderes, afirmando, em *Grandeza e Decadência dos Romanos*: “as leis de Roma haviam dividido sabiamente o poder público em um grande número de magistraturas que se sustentavam, se continham e se modelavam umas às outras e como cada uma delas tinha um poder limitado, todos os cidadãos eram aptos para desempenhá-las e o povo, vendo desfilar um depois do outro, muitos personagens, não se acostumava a nenhum”) três espécies de poderes constituídos: “la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.” O segundo seria o Poder Executivo, *tout court*, e o terceiro constituiria a função de julgar, propriamente dita. Todavia, é forçoso reconhecer que, em essência, o eminente autor de *Cartas Persas* apenas reconhecia duas esferas de poder, subdividindo a do Executivo. Em sua esteira, SAINT GIRONS, em compêndio clássico, reconhecia dois tipos de poderes constituídos, de divisão de competência, prefere dizer JELINEK: o Legislativo e o Executivo, sentenciando a seguir: “ces deux pouvoirs ainsi définis épuisent la série des fonctions possibles dans l'État”. Sabe-se como, já em seu tempo, esse entendimento era altamente discutido. ROUSSEAU, que recebeu o legado de HOBBS, como nenhum outro, adepto, igualmente, da indivisibilidade do poder, não encontrava razão para qualquer fragmentação dele. A Assembleia Nacional francesa de 1789 quis realizar, mais que uma separação



de funções, uma separação de poderes; “en créant”, sustenta DUGUIT, “trois entités représentatives investies chacune d’un des éléments de la souveraineté morcelée, établissait un système contraire au principe de la souveraineté une et indivisible” (o princípio foi aceito pela Constituição brasileira de 1824, art. 9º, que mencionava “a divisão e harmonia dos poderes políticos”, atenuado, a seguir, por nossas Constituições posteriores: a de 1891, art. 15, referindo-se a “poderes harmônicos e independentes entre si”; a de 1934, art. 3º, a “poderes independentes e coordenados entre si”; a de 1946, art. 7º, VII, b, a “independência e harmonia dos poderes”; e a de 1967-1969, art. 6º, a “poderes independentes e harmônicos”, refletindo a evolução da doutrina), o que vem de encontro à opinião daqueles que sustentam ter sido a presença rousseauiana, na Grande Revolução, menor do que a princípio se pensou, sequer propiciando ela a elaboração de declarações de direitos, devidas, principalmente, a LOCKE, através da iniludível experiência americana. Esse pensador político, impregnado de HOBBS, HOOKER e BUCHANAN, entre outros, esquematizara, antes de MONTESQUIEU, com inegável personalidade, a teoria da separação dos poderes, encontrando precedentes no *Instrument of Government* (1653), primeiro ensaio inglês de constituição escrita, e em algumas cidades medievais alemãs, como Estrasburgo.

Facilitar ao homem a proteção da lei foi a razão da doutrina lockeana sobre os poderes, assim concebidos: Legislativo, Executivo (que, como na construção montesquieuniana, abrangia o Judiciário), Federação e Prerrogativa. O terceiro é tido pelo filósofo como o que encerra “o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade”, e o quarto, como o “poder de agir de acordo com a discrição do bem público, sem a prescrição da lei e, muitas vezes, mesmo contra ela (ainda hoje, Presidentes americanos utilizam-no, na ausência de legislação sobre a matéria, não podendo vulnerar direitos individuais). Essa concepção, que antecipa o poder moderador, “direito livre” de KANTOROWIZ, e o regulamento autônomo, consistia mesmo em “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”. A *Prerrogativa* era atribuída ao Executivo, para evitar as delongas do processo legislativo, armando-o de uma superfaculdade, uma vez que admitia LOCKE ser ele permanente, ao passo que o poder legiferante poderia não estar sempre reunido. Para nós, isso constitui um paradoxo, dentro da sistemática lockeana, uma vez que ela considera que o poder que dá as leis é necessariamente superior, havendo, apenas, “um poder supremo, que é o Legislativo, ao qual tudo o mais deve ficar subordinado”, alertando, por isso, LASKI, que “he announced the advent of the modern system of parliamentary government”. A doutrina chegou até a WILSON, para quem o Congresso era uma função predominante, na engrenagem política americana, e que entendia que “the most striking contrast in modern politics is not between presidential and monarchical governments, but between Congressional and Parliamentary governments”.

LOCKE era, na realidade, um defensor do Estado forte, enaltecendo o interesse comum e a autoridade civil, que “tem poder absoluto dentro da lei da natureza”, no dizer de C. B. MAC PHERSON.

A efetiva autonomia do Judiciário é produto da prática americana, que não tinha motivos, como a francesa, para pôr em suspeição os juizes, que foram instrumento dos reis absolutistas, e necessitava estabelecer um eficaz equipamento de controle. O medo da tirania fê-la, ao contrário, consagrar a independência da toga. “Na verdade, a idéia de um Judiciário, como ramo separado do governo, é relativamente moderna, pelo menos em teoria, embora se desenvolvesse na prática muito antes”, depõe FIELD.

A divisão dos poderes — “en quoi peut bien consister la séparation des pouvoirs si ce n'est pas une séparation des fonctions?”, indagava ARTHUR — foi, como exposto, uma técnica da burguesia, objetivando o dessoramento do Estado, em seu próprio benefício. CONDORCET referiu-se à volúpia de se criarem poderes para opô-los uns aos outros, numa formidável gangorra política.

CHERBULIEZ, reputado autor suíço novecentista, declarava que só aplicava a palavra *poder* ao conjunto “des moyens d'action qui sont confiés au gouvernement par l'association politique”, designando “les fractions du gouvernement qui en exercent les diverses fonctions sous les noms de corps législatifs, corps exécutifs, corps judiciaires”.

A Constituição dos Estados Unidos adotou a distribuição de competências, influenciada, diretamente, pelo “Plano de Virgínia”, elaborado por RANDOLPH, mas sensível, também, às grandes vertentes do pensamento político de seu tempo, mostrando a presença das idéias de COKE, MILTON, LOCKE, BOLINGBROKE, HARRIGTON e MONTESQUIEU, entre outros.

Muitos escritores não consideram exaustiva a separação de funções ou a interpretam sob novas luzes.

KANT estimava o Legislativo *irrepreensível*, o Executivo, *irresistível* e o Judiciário, *inapelável*. “Partidario de una democracia, proclama, no obstante, la potestad absoluta del Estado, frente al cual el individuo renunció a todos sus derechos desde que celebró el *pacto social*”, manifesta-se, a seu respeito, G. MELLO GUEVARA. É fácil perceber a influência de ROUSSEAU no pensamento político kantiano, o qual, por sua vez, ensejou o pan-estatismo que surgiu, posteriormente, na doutrina alemã.

HEGEL admite a separação de atribuições, mas de forma a não causar a desagregação do Estado, subordinando, ao Poder Real, o Legislativo e o Executivo, que compreendia o Judicial e o Policial, de maneira orgânica, de molde a manter a unidade do poder. EDUARDO VASQUEZ reparou que “la forma de Estado que HEGEL propugna no es la del absolutismo prusiano, sino una monarquía constitucional calcada sobre el modelo inglés”. A estrutura estatal germânica marcou-o profundamente, mas não pode ele olvidar o modelo britânico. Na teoria hegeliana, a Câmara

dos Pares, integrada pelos grandes proprietários, legisladores hereditários, era o supremo instrumento da ação política. Todavia, GALVANO DELLA VOLPE, que apontou o fato de ser o discípulo de SCHELLING um conservador, acrescenta: “llegamos a la idealización del tipo de Estado definido como de la época de la Restauración, y no a la del tipo representado por la monarquía constitucional inglesa de entonces”.

Entende PAULO BONAVIDES que HEGEL “reelaborou as bases do princípio da separação dos poderes, fundou-o nas idéias organicistas de interdependência”, dando, por último, ao poder “a base ética necessária que o liberalismo extremado do século XVIII lhe solapara”.

SABATINI, aceitando a distinção tradicional de funções (que HANS KELSEN rotula de *ordinárias*, para distingui-las das *extraordinárias*, como a guerra), subdivide o Poder de Justiça em função jurisdicional e função judiciária, incumbindo a essa a execução penal ou cível.

JORGE SALOMÃO distingue-as bem: “a primeira se reserva às hipóteses de exercício da verdadeira e própria jurisdição. A segunda seria a denominação genérica das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário, se forem ou não jurisdicionais”.

Para RENARD, o poder se divide em jurídico e político, e esse em Executivo, Legislativo e Eleitoral; para HAURIUO, em Executivo, Deliberativo (é, também, a terminologia de DUBOIS-RICHARD, em *Le Regime Directorial*, pág. 13, Sirey, 1957) e de Sufrágio. BURDEAU separa a função governamental da função administrativa (anunciada, como quarto compartimento, por RODEE, ANDERSON e CHRISTOL) e LOEWENSTEIN, a *policy determination* da *policy execution* e da *policy control*. GROPPALI aceita quatro poderes (o Chefe do Estado, o Governo, o Parlamento e a Magistratura), como BORTOLOTTO (o Político seria o quarto) e como (anteriormente) BENJAMIN CONSTANT. A quarta função foi concebida, outrossim, por PLATÃO (apud GEORGES DAVID), BOLÍVAR (Poder Moral), ALBERTO TORRES (Coordenador, que, na República, foi o Senado, conforme a Constituição de 1934 e, com a restauração do parlamentarismo, pela Emenda nº 4 à Constituição de 1946) e ALFREDO VALADÃO (Ministério Público). A Constituição de Weimar, teoricamente, aceitava uma bipartição de poderes.

HOPFNER (como o havia feito SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA) distinguia cinco poderes, e também PALMA, referindo-se ao eleitoral, ao representativo (Câmara), ao moderador (Senado), ao ministerial (governo, administração) e judiciário (que dá unidade à ação dos outros poderes), e WILLOUGHBY, que acrescenta aos poderes clássicos o eleitoral e o administrativo; GONNER, como BENTHAM (sobre as pessoas, sobre as coisas, sobre as coisas públicas, sobre os indivíduos, sobre as pessoas tomadas como classe, de especificação e atrativo) prega sete funções, concordando na autonomia de um poder de polícia. O ilustre FERNANDO NOBRE, que seguia o roteiro de SAINT-GIRONS, sobre a unidade do poder e a separação de competências, arrolava, além das três tradicionais,

o poder pecuniário, o militar, o publicitário e o universitário, acrescentando SAUVY, aos setores clássicos, o poder de ensinar e o poder de informar. ROMAGNOSI propunha oito poderes (determinante, operante, moderatore, postulante, sindicante, costringente, certificante, predominante) e SOUZA LOBO, nove: o opinativo, o senatorial, o judiciário, o ministério público, o de segurança nacional, o educativo, o provedor, o tributivo e o fiscal.

O Fascismo considerava uma quarta função do Estado, a corporativa, como a doutrina da Escola Superior de Guerra acolhe o poder partidário.

DILLON sustenta que "in recent American history the creation of the independent regulatory Comissions also represents a modification of the separation of powers". O mesmo dizem publicistas da Polónia sobre seu Conselho de Estado.

A Constituição da China (1928) apresentava um sistema de cinco poderes (além dos clássicos, o de exame e o de controle) e a Constituição da Colômbia, praticamente, mostra uma divisão quadripartida (como a francesa de 1791, admitia, também, um poder administrativo), afirmando JORGE GNECO MOZO que ela acolhe o controle, exercido, de um lado, pela Controloria Geral e, do outro, pelo Ministério Público, que "constituyen la rama del Control".

Digressiona SAINT-GIRONS que, além "des trois pouvoirs ordinaires beaucoup admettent un pouvoir électoral, un pouvoir conservateur, un pouvoir militaire, un pouvoir national, un pouvoir provincial, un pouvoir communal".

Hoje fala-se, também, de poder econômico e da opinião pública, como um poder. O primeiro, já previsto nas classificações de FERNANDO NOBRE e SOUZA LOBO, ganhou, modernamente, projeção ainda maior com o desenvolvimento do direito econômico, um *tertium genus*, na árvore jurídica, cuja bipartição é meramente didática (não só pelo caráter público do direito, que é uno, afirmando GARCIA MÁYNEZ não ter fundamento científico a divisão do direito), como porque "existen ramas del mundo jurídico especialmente caracterizadas por tensión entre el derecho público y el derecho privado", como frisa M. A. CIURO CALDANI em estudo publicado, em *La Ley*, nº 224), e, na verdade, havia sido determinado por MARX, como um poder infra-estrutural.

FRANCISCO SÁ FILHO pondera, muito bem, que "as forças econômicas devem manter-se efetivamente sujeitas à autoridade pública, em tudo que for da competência dessa, cabendo ao Estado orientá-las para o serviço do bem comum".

Entendemos que apenas deve-se aceitar o poder econômico, como um poder tributário voltado às necessidades coletivas e não como função autônoma da Administração, como pretende MAURICE BYÉ, em sua comunicação *Vers un Quatrième Pouvoir?*

A opinião pública, fundamento do governo representativo, que sem ela não pode manter-se (COSSIO), e, por conseguinte, do poder representativo e da democracia, como setor de competência do Estado, foi assinalada por ROMAGNOSI (poder dominante) por FERNANDO NOBRE e por SOUZA LOBO. Enquanto a opinião da multidão se plasma entre indivíduos unidos por vínculos de contigüidade física, a opinião pública se forma da multidão dispersa, graças às influências recíprocas dos espíritos, numa dimensão axiológica, e à atuação de líderes, caracterizando um modo de ser, sendo, em decorrência, “o conjunto das influências dominantes, expresso pela consciência solidária e geral de um grupo humano, mais ou menos extenso”, no dizer de BAKUNIN, tornando-se “um parecer sobre o que é conveniente fazer, particularmente no que respeita aos negócios públicos” e ingressando na teoria política, com a Revolução Francesa. Não se pode asseverar, todavia, que ela já se tenha tornado uma função estatal autônoma, mesmo se a aproximarmos da atividade eleitoral, enfocada por PALMA, SAINT-GIRONS, RENARD e HAURIU.

A atividade universitária e educativa (FERNANDO NOBRE e SOUZA LOBO) não é ainda, igualmente, uma *divisão* de competência, apesar do relevante papel dos estudantes de teologia, na revolução iraniana (onde se manifestou, ainda, um poder religioso), da rebelião estudantil, na França e na Alemanha, estimulada pela obra de MARCUSE, através dos líderes COHN-BENDIT e RUDY DUTCHKE, respectivamente, e a que ocorreu, na Venezuela e em Cuba, contra os governos de Perez Gimenez e Fulgêncio Batista.

Entre nós, heróica foi a participação de universitários na Revolução Constitucionalista, de 1932, e contra o Estado Novo. Constatou, muito bem, NELSON SAMPAIO: “Mais organizados do que os de ontem, os estudantes de hoje exercem ponderável influência na opinião pública.”

Esboça-se, entre nós, um poder de segurança (SOUZA LOBO) em virtude da gestação de um direito de segurança nacional, de tonalidade constitucional-penal, que não é, ainda, ramo específico do direito público. O conceito de segurança nacional, que deve ser extraído do texto constitucional, onde está difuso e indefinido, é o mais importante da Constituição, vinculando-se ao de desenvolvimento e de estratégia, sendo por ela responsável qualquer pessoa natural ou jurídica (art. 86 da CF).

A formulação e execução de sua política é feita pelo Conselho de Segurança Nacional, órgão de mais alto nível do Presidente da República, no assunto, e que tem a ampla competência do art. 87 da Constituição.

Sendo as Forças Armadas essenciais à política de segurança nacional, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Poder Executivo, não constituem, juridicamente, elas um poder militar, como desdobramento do poder político (com exceção, talvez, de no Panamá, cuja Constituição, art. 2º, mencionando

a distribuição de funções aos órgãos, arremata: “los cuales actúan en armónica colaboración entre si con la Fuerza Pública”), o que só acontecer em regimes totalitários, onde elas se tornam, a bem dizer, partido político, como queria CROMWELL. Todavia, o binômio soldado-cidadão, pregado pelo Positivismo, não pode ser olvidado.

Em vigoroso Estado de partidos (*Parteeinstaat*), em que os partidos políticos são reconhecidos, na legislação, como instrumento da ação governamental, talvez se pudesse reconhecer um poder partidário, indistarcável, contudo, na União Soviética, em outros países comunistas, na Alemanha nazista e na Itália fascista. Vejam-se, a propósito, as Constituições da China (art. 2º), da Bulgária (arts. 1º e 2º) e de Angola (art. 2º).

Defendendo interesses indisponíveis, zelando pela defesa social, o Ministério Público é órgão crítico dos poderes constituídos, na salvaguarda da ordem pública. ALFREDO VALADÃO, considerando a sua importância no Estado contemporâneo, proclamou que, “se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o *Do Espírito das Leis*, por certo não seria triplice, mas quádrupla, a divisão dos poderes”. Realmente, o *parquet* tende, e somos favoráveis a isso, a se tornar função do poder do Estado, como, outrossim, já o havia percebido SOUZA LOBO, necessário para a defesa dos direitos impostergáveis da coletividade. Na União Soviética (artigos 164-168 da Constituição), a *Prokuratoura* chega a ser órgão da soberania, com relevantes funções, destinando-se a “assegurar uma aplicação uniforme da lei”. De modo geral, ele, ainda, é apêndice do Executivo, atuando junto ao Judiciário, apesar de, equivocadamente, a Constituição brasileira de 1967, em seu texto original, tê-lo colocado no capítulo dedicado a esse último poder. Também o *Ombudsman*, criado pela Constituição sueca, para fiscalizar a administração, embora comissário parlamentar (“receives complaints from aggrieved persons and thus has as its basic purpose the protection of the human rights of the citizen”, lembra BERNARD FRANK), pode, da mesma forma, vir a constituir departamento do poder. Adotado por grande número de países, nossa Constituição (art. 45) permite sua recepção.

A dinâmica peculiar do Estado, acompanhando a evolução sócio-política e ampliando a sua estrutura e campo de ação, pode reconhecer a existência de outros setores do poder, dos quais os ministérios podem ser a semente, como tem reconhecido a presença de novos ramos do direito. A enumeração de MONTESQUIEU não tem, pois, caráter taxativo, mas exemplificativo, mesmo porque a divisão *qualitativa* dos poderes que perfilhou não era pura, ensejando o sistema de “checks and balances”, onde as funções têm indefectível natureza híbrida, sistema que persistiria numa poli, penta, ou hexa repartição de funções.

“O direito constitucional soviético desde logo se filiou a uma chamada teoria da *dimensão dos poderes* — ver SÉRTOLI, *Costituzione Russa*, pág. 392, edição de 1928 —, em que a separação será *quantitativa* e, afinal, absorvida em todos os órgãos, embora um deles, fatalmente, acabe, de fato, e inevitavelmente, obtendo a supremacia”, escreve



ALCINO PINTO FALCÃO, manifestando juízo expresso, igualmente, por VIRGILIO FEROCI: "Nela Costituzione della Russia attuale, alla teoria della separazione dei poteri si contrappone quella che i giuristi russi chiamano *della dimensione dei poteri*, o repartizione quantitativa dell' esercizio di tutti i poteri, la serie dei consigli popolari (soviet) gerarchicamente sovraposti."

A divisão qualitativa dos poderes é eminentemente material e a quantitativa, formal, mas ambas admitem em grau menor ou maior a interpenetração de funções, que de resto existiu sempre, bastando lembrar, por exemplo, que, no Brasil-Colônia, os governadores presidiam as Relações, juizes integravam as Câmaras Municipais e, já no Império, os magistrados podiam ser membros do Legislativo. "Em New York, os membros do Senado estadual sentavam-se com os juizes no mais alto tribunal de apelação", depõe GRANT GILMORE.

A divisão ortodoxa dos poderes não tem mais defensores. A colaboração entre eles, mais íntima no parlamentarismo, prepondera, mas não se pode excluir o princípio de confusão de poderes, atuante no sistema convencional ou de assembléia.

Igualmente, a tese da unidade do poder é irrefutável, sendo poucos os que, como MARTINHO GARCEZ NETO, declaram: "não há um só poder, mas muitos poderes, não só em razão de seu conteúdo específico, de sua natureza intrínseca, como também pelo que concerne aos seus titulares e à maneira pela qual eles o exercem".

Não se deve, entretanto, criar artificialmente função nova no poder, sem que venha de uma exigência histórica e cultural, o que não ocorreu com o Poder Moderador, entre nós. Inspirado por LOCKE (o "poder real formou-se conforme o modelo da prerrogativa inglesa", assentou JELLINEK) e pela experiência britânica (tendo mesmo estudado em Oxford e Edinburgo) e, mais diretamente, pelo Conde de CLERMONT-TONNERRE (via, no poder monárquico, "dois poderes distintos", o *executivo*, "investido de prerrogativas positivas", e o *real*, "sustentado por lembranças e tradições religiosas", rememorando-se, também, que o Conde de SAINT-SIMON fala de um "terceiro poder que podemos chamar Poder Regulador ou Moderador"), BENJAMIN CONSTANT, que, "escrivendo a sua teoria constitucional, tinha os olhos fixos na Inglaterra", pensador elitista e admirador da nobreza, admitindo, ao lado da Câmara eletiva, uma hereditária (*pairia*), elaborou sua construção doutrinária que acolhia, juntamente com os poderes tradicionais, o poder real ou neutro, que deveria ser "le Pouvoir Judiciaire des autres pouvoirs", mas, na verdade, era um resquício do absolutismo, tentando conciliar, com inequívoca destinação política, o direito divino dos reis com as tendências liberais. Nossa Carta de 1824 consagrou-o, e o Brasil foi, ao que tudo indica, o único Estado a praticá-lo, apesar de o haverem acolhido, igualmente, as Constituições da França (1791), de Cadis (1812), de Costa Rica (1825), de Portugal (1826, art. 71) e, tacitamente, a da França, de 1814 (l'autorité tout entière réside en France dans la personne du Roi), influenciada pelo modelo inglês e preparada por

Luís XVIII e uma comissão. O projeto da Constituição espanhola de 1873 também o adotava.

O Poder Moderador, “argos político que com cem olhos tudo vigia”, não era, como na obra de CONSTANT (e na de ROMAGNOSI), um poder neutro e de equilíbrio, mas ostensivamente atuante e apaixonado, tendo sido considerado por FREI CANECA “a chave mestra da opressão da Nação brasileira”.

Embora fosse ele, na expressão de BRAZ FLORENTINO, “a mais alta expressão da soberania nacional” e, na de PIMENTA BUENO, “a mais elevada força social; o órgão político mais ativo, a mais influente de todas as instituições fundamentais da nação”, exercendo, na lição de Visconde do Uruguai, “a suprema inspeção sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”, não possuía raízes culturais em nosso meio, tendo sido mais uma instituição transplantada.

A sua função de “chave de toda a organização política”, moderando os demais poderes, poderia ter sido exercida por qualquer um desses (tanto que MONTESQUIEU a confiava a uma câmara aristocrática e hereditária), como ocorre atualmente, sem que, efetivamente, fosse uma ramificação necessária do poder, sendo, pelo contrário, intolerável concessão aos reis que, apenas, suportavam as constituições, num mundo definitivamente transformado pela Revolução Francesa.

### III — Poder e representação

Já observamos que o poder público é poder representativo, por sua própria natureza (“le pouvoir, dans tout regime, ne peut être que *représentatif*”, reforça MAURICE BYÉ), independentemente mesmo do fato de que um de seus compartimentos, o Judiciário, não seja, na maioria dos países, eleito, em certos Estados americanos, em cantões da Suíça, na União Soviética, e em seus satélites. “Tous les juges de Louisiana, sans exception, sont maintenant élus. Le président de la Cour Suprême et ses collègues sont élus dans le cadre d’un district de l’État”, exemplifica MACK BARHAM, sendo certo que esses ministros são membros do Partido Democrata.

Todavia, num sentido restrito, o poder representativo se identifica com a função legislativa (que, na verdade, exerce, também, outras funções), desde os primórdios dessa, ponderando ALBERICO FRAGA, que se verifica “a existência de corpos deliberantes nas mais rudimentares organizações sociais”. Por outro lado, FISCHBACH frisou que a idéia representativa “já existia nos Estados antigos e seguiu seu curso e desenvolvimento, durante a Idade Média, na Inglaterra e, sobretudo, na França”. As Cortes lusas eram, como se sabe, órgãos de consulta e deliberação.

ALDAMA vê, no ato real de Luís XVI, de 27 de setembro de 1788, convocando os Estados gerais e eleitores, o começo do sistema repre-

sentativo, "merced el reconocimiento de los derechos del hombre". GIUSEPPE FERRI, citado por GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, que pleiteia, para as cidades medievais italianas, o pioneirismo da experiência da representação proporcional, menciona o caso do *Maggior Consiglio*, de Veneza. Na verdade, esse último sistema deve sua paternidade ao Duque de Richmond, que o propôs à Câmara dos Comuns em 1780, defendendo-o Lord Grey, em 1836, não se devendo esquecer as iniciativas do matemático GERGONNE (1820) e de VICTOR CONSIDÉRANT (1846). Como historia PEDRO CALMON, ao Duque de Richmond se deve "o uso dos termos atuais: proporcionalidade, quociente".

A Dinamarca, em 1855, ao que se diz, foi o primeiro Estado que adotou o critério, acolhido pela Holanda, em 1917, mas é indubitável que a Constituição da Noruega (1814), ainda em vigor, em seu artigo 59, já o havia abrigado. COMBOTHECRA, entretantes, destaca: "Berceau du principe de la représentation proportionnelle, Genève, en donnant la formule de l'application".

Não se confundem *representação e eleição*, como adverte ERRERA, eminente professor belga, pois há situações, tanto no direito privado, como no direito público, que separam, nitidamente, os dois conceitos. Assim, o caso do tutor (ou do curador), que representa o tutelado e por ele não é eleito, e os Presidentes que, apesar de eleitos por Parla-mentos, também, não os representam. Alguns autores consideram que o antigo Conselho Municipal do Distrito Federal, extinto pela Revolução de 1930, embora eleito, não possuía função representativa.

É a eleição, substancialmente, um processo de seleção de valores, malgrado, na prática, não cumpra sua destinação política.

É polêmica a questão da aceitação ou não do princípio da representação proporcional, inclusive no que concerne suas relações com os partidos políticos, que objetivam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do regime representativo.

JEAN CHARLOT comprova que a representação proporcional provoca um sistema de partidos múltiplos, rígidos e independentes uns dos outros; que o escrutínio majoritário de dois turnos tende para um sistema de partidos múltiplos, flexíveis e dependentes, uns dos outros, e que o majoritário de um turno inclina-se ao dualismo partidário, confirmando serem essas situações legítimas leis da Ciência Política. É através da ação partidária que podemos preservar a liberdade, pois ela "is not a state of nature, but an artifact of civilization", como nota HAYECK.

É mister evitar as duas dificuldades, assinaladas por STUART MILL, com pertinência à representação: "primeira, ignorância geral e incapacidade, ou, para falar mais moderadamente, aptidões mentais insuficientes, no grupo controlador; segunda, o perigo de ficar sob a influência de interesses que não se identifiquem com o bem-estar geral da comunidade".

É importante a experiência americana, onde só Nebraska adotou o regime unicameral (ao contrário do que ocorre no Canadá, onde, unicamente, Quebec utiliza o bicameral), abandonando-se, nas unidades federativas, quase sem exceção, relata GEORGE BEMIS, "o critério da representação rigorosamente proporcional à população, nas suas Assembléias Legislativas", restringindo-se a representação, "numa das duas Câmaras, de maneira a assegurar número maior de representantes às zonas rurais e à agricultura e uma representação menor aos centros metropolitanos e aos trabalhadores na indústria".

Existem vários sistemas de representação proporcional (advém seu nome do fato de as cadeiras serem distribuídas, proporcionalmente aos votos dados), que devem ser referidos: o *voto limitado*, o *colégio único*, o *voto cumulativo*, o *voto transfertível*, o *voto graduado* e o *voto de simples pluralidade*.

O voto limitado foi sugerido por CRAIK, em 1836, na Inglaterra, e passou a ser utilizado, na Pensilvânia, em 1839. Foi aventado o seu uso na Austrália, em 1858, e a monarquia brasileira consagrou-o (assim, como a Argentina, pela reforma Saez Peña, de 1912), na Lei do Terço (1875), merecendo os aplausos de JOSÉ DE ALENCAR, que propugnava, também, pela eleição indireta, reservando e garantindo, à oposição, a terça parte dos representantes.

O colégio único, para todo o país, imaginado por SAINT-JUST e retomado por ÉMILE DE GIRARDIN, consiste em "liste comprénant autant de noms que de députés à élire", nas palavras de SAINT-GIRONS.

O voto cumulativo, proposto por GARTH MARSHALL, em 1853, é aquele em que o eleitor vota tantas vezes quantos são os representantes a eleger, distribuindo livremente seus votos. Permitem-no a Lei nº 5.781/72, na eleição dos diretórios, durante as convenções partidárias (como o acolhia a legislação de Illinois) e a Emenda nº 8, na eleição indireta para governadores e vice-governadores. Ao eleitor suíço é facultado sufragar duas vezes o seu candidato (RODÉE, ANDERSON e CHRISTOL).

O voto transferível teve dupla finalidade, conforme ASSIS BRASIL: "dar representação proporcional a todas as opiniões e garantir a cada uma delas os sufrágios de seus sequazes, e é por isso que se transfere sucessivamente para outros nomes da mesma lista o voto que não aproveitou ao anteriormente inscrito nela". Tal espécie de voto fora aventado, ao mesmo tempo, na Inglaterra, por HARE, com grande repercussão, e, na Dinamarca, por ANDROE.

STUART MILL, foi o primeiro grande entusiasta da obra do primeiro, cujos processos foram simplificados por HENRY FAWCETT, sem atentar para suas deficiências.

HAGENBACH inventou um método pelo qual o eleitor sufraga por listas, obtendo-se o quociente da mesma forma que no critério de HARE, dividindo-se, em seguida, a soma global dos votos de cada lista pelo quociente, apurando-se o número de representantes eleitos. Sistema de eleição por listas é, também, o de THIELE.

COMBES DE LESTRADE, baseando-se em BESSON, estuda o voto graduado que consiste em "la valeur inégale des suffrages par une progression arithmétique".

Nesse, como em outros métodos, a uma complexidade política junta-se uma complexidade matemática não menos árdua.

O voto de simples pluralidade, defendido por GIRARDIN, sob a Segunda República, é aquele em que, havendo pluralidade de candidatos a eleger, não se inscreve mais que um nome em cada cédula.

O sistema do civilista e matemático belga D'HONDT, conhecido por sistema de divisor comum ou número repartidor, até o advento do sistema badense, tendo sido retomado pela Constituição de Bonn, é aceito pela Constituição da República Portuguesa (art. 155, I): "Os Deputados são eleitos segundo o sistema da representação proporcional e método da média mais alta de D'HONDT".

O sistema do publicista tcheco SLADOWSKI era, por sua vez, bastante original pela maneira com que protegia as minorias.

Tentando conciliar a representação proporcional com o voto para determinada pessoa, surgiu a prática denominada "panachage", assim examinada por MARCEL WALINE: "L'électeur vote pour une liste (un parti), mais il peut rayer certains noms et les remplacer par ceux des candidats de son choix pris sur une autre liste, dans un autre parti."

Instituto da representação proporcional é, outrossim, o das "listas bloqueadas", que se caracteriza no comentário de PASCOAL ARRIGHI, por permitir "aux seuls candidats choisis comme "têtes de liste" par les organismes directeurs des partis d'être élus". É claro que, para o candidato, a designação da cúpula partidária é mais importante que a eleição em si mesma, uma vez que o eleitor não pode modificar a lista.

GRASSER chama de "representação proporcional personalizada" o sistema em que o eleitor dispõe, concomitantemente, de dois votos. "Mediante uno puede elegir entre los candidatos, proclamados en su distrito, que es siempre unipersonal. El segundo voto puede darlo a una lista nacional, en que se aplica el principio de la representación proporcional", depõe GIL ROBLES.

A representação política (a econômica fracassou completamente), que exige, lembra VON MOHL, o consentimento dos representados, quer pelo princípio majoritário, quer pelo princípio racional da distribuição dos sufrágios pelos diversos partidos, faculta a representação das diversas correntes partidárias capazes de influir na opinião pública. O princípio da proporcionalidade, que se consubstancia na operação aritmética destinada a achar o *quociente eleitoral* e o *quociente partidário*, favorece a instituição de extremismos, como na Itália fascista e na Alemanha nazista.

ODILON C. ANDRADE postulava, por essa razão, a volta ao sistema majoritário puro e simples. Também não vemos no princípio da propor-

clonalidade a segurança necessária para a plena participação das energias políticas, na organização estatal.

“Expurgado de algumas deficiências”, escrevemos, “parece-nos que o sistema majoritário, relativo ou absoluto (ballotage), como quer ESMEIN, ainda é o melhor, pelo menos enquanto a representação proporcional não atingir suas verdadeiras finalidades, que são as de encarnar, autêntica e legitimamente, as reais correntes da opinião, embasadas em princípios ideológico-partidários”, valendo notar que esse critério pode ser *uninominal* (quando só há um cargo a ser preenchido) e, *plurinominal* (na hipótese de ser necessário eleger várias pessoas), bem como de *um ou de dois turnos*, na circunstância de se atentar, apenas, para o número de votos obtidos, por um dos candidatos, sem levar em conta a superior soma das votações dos outros, ou na de ser exigida a maioria absoluta, para a eleição em primeiro escrutínio, e relativa, no segundo.

Nossa legislação eleitoral, além de aplicá-lo nas eleições para o Poder Executivo, nas diversas órbitas da federação, para Senadores e respectivos suplentes (somos, aliás, contrários à eleição obrigatória das suplências vinculadas, por constituir ela uma violência ao direito de livre escolha), para Deputado Federal, nos Territórios, e para Juizes de Paz, considera-o supletivo na eleição para a Câmara dos Deputados, para as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais. Doutrina SAMPAIO DÓRIA: “onde a proporção não possa ser estabelecida, o recurso é aplicação do princípio majoritário”.

MACDONALD invectiva a proporcionalidade, pelas maquinações que enseja (como poderia referir-se ao excessivo número de partidos que possibilita: 30 na República de Weimar), defendendo-a KELSEN, e GILBERTO AMADO a prega ardentemente.

Nossa posição, contudo, coincide com a de HERMES LIMA: “não direi que a única solução possível seja a adoção pura e simples do princípio majoritário, embora a repute melhor para o nosso caso”.

HENRIQUE ORCIUOLI, convém recordar, tentou resolver o problema da representação pelo coeficiente econômico, estipulando, assim, o número de representantes para cada unidade federativa, antecipando-se assim ao chamado “federalismo hegemônico”.

Temos eleição, mas não possuímos representação, pelo fato de essa última não refletir, efetivamente, a consciência política do povo, pela fragilidade do binômio votante-votado, num meio inculto e despreparado para o necessário diálogo entre o cidadão e o candidato, que combata as oligarquias, mas que estimule a criação de classes dirigentes, devidamente preparadas, no povo politizado. “Educar é governar” já observara o prodigioso RODOLFO RIVAROLA.

Instrumento da liberdade, o voto era considerado pela Escola de Direito Natural prerrogativa inata, inerente aos indivíduos, realçando MARTINEZ VÁSQUES que ela “muestra que el sufragio es vehículo de una inclinación natural comunitaria”. A escola política via nele um direito compensador dos deveres do cidadão e, embora os direitos políticos,



que permitem votar, ser votado e exercer cargos públicos, importante categoria de direitos públicos subjetivos, nada tenham a haver com obrigações impostas pelo Estado, a teoria foi exposta com repercussão pelo abalizado PALMA.

A razão está, entretanto, com ORLANDO, ponto culminante da escola histórica que, atendendo ser o voto um amadurecer conscienciológico, vê nele uma conseqüência da evolução político-histórica.

Essa posição não impede, todavia, que vejamos no voto, como DUGUIT, um direito e uma função (direito e dever considera-o a Igreja). É a orientação da Constituição da Venezuela (art. 110).

“No Direito Eleitoral brasileiro tem o voto dupla característica, figurando como função social, reconhecível através da obrigatoriedade, e, ainda, como um direito subjetivo dos indivíduos maiores de 18 anos que não incidem nas proibições legais”, concorda FÁVILA RIBEIRO.

COTTERET e EMERI, entretantes, pensam de forma diversa: “el electorado no es un derecho, es una función”.

O sufrágio universal, vinculado a concepções naturalistas, nunca pode ser executado, em seu absoluto sentido, limitando-se a garantir o direito do voto a todos os capazes para tanto.

Uma concepção extremada de sufrágio universal poderia criar situações críticas, surgindo três sistemas para moderá-lo: o da *eleição indireta*, o do *voto plural* e o do *voto múltiplo*.

Sobre a primeira já se argumentou que, se o eleitor não tem condições de escolher os dirigentes, também não as tem de escolher os eleitores secundários. Contudo, reconhecemos a excelência da votação indireta em países politizados e não vemos qualquer atrito dela com a forma democrática de governo. Nos Estados Unidos, os eleitores de segundo grau, que escolhem o Presidente da República, cumprem, a bem dizer, um mandato imperativo dos de primeiro grau.

O voto plural, que contraria o voto singular (*one man, one vote*), permite a determinada categoria de cidadãos beneficiados pela instrução (sufrágio capacitário), pela riqueza (sufrágio censitário) e pela posição social, um certo número de votos suplementares. Foi instituído na Bélgica em 1893 e abolido em 1919, como, na Inglaterra, o havia sido, em 1918, e não se confunde com o voto múltiplo, embora sejam ambos sufrágios privilegiados porque, no segundo, se permite ao eleitor votar em diversas circunscrições, desde que nelas possua propriedades, restabelecendo liame patrimonial entre o cidadão e o sufrágio, que é um direito, enquanto o voto é, especificamente, um ato que pode ser classificado quanto à *extensão* (universal e restrito), *qualidade* (igual e desigual), *modo* (secreto e a descoberto) e *forma* (escrito e oral). Pretendeu-se, no caso do voto múltiplo, criar analogia entre a sociedade política e as sociedades comerciais, nas quais o acionista tantas vezes vota, quantas ações representa.

“O voto plural pode atender à instrução, favorecendo a uma elite intelectual, contrariamente ao voto múltiplo, sendo, por isso, este ainda mais condenável”, faz ver MARNOCO E SOUZA. Tais espécies de votos são gritantemente antidemocráticas, sobretudo se fundados “en la fortuna del elector”, como aponta ALCIBÍADES ROLDAN, porque rompem a igualdade política e mesmo civil.

Por entender que o povo brasileiro não estava preparado para o sufrágio universal, OLIVEIRA VIANA propôs, em lugar dele, o voto qualificado e o voto corporativo-sindical, não encontrando maior repercussão.

“The development of lower chambers has coincided with the development of popular representation”, o que se deu, a partir do século XIX, com a legislação eleitoral que, então, surgiu.

Entretanto, como já afirmado, órgãos legislativos existiram já em remotas épocas. A timocrática e empresarial Cartago possuía uma Grande Assembléia, da qual dependia o Conselho dos Anciãos, integrado por cem membros. Mas é na antiguidade clássica que se podem colher valiosos exemplos. Em Atenas, ao lado da *Ecclesia* (assembléia popular, máximo órgão político, onde cidadãos maiores de 21 anos elegiam ou sorteavam dignitários, discutiam as leis a serem votadas, coroados de mirto, recebendo a palavra que lhes era oferecida pelo arauto e manifestando sua vontade com a mão levantada, “cheirotonia”, ao contrário de Esparta, onde se votava oralmente), havia o prestigioso Conselho dos Quinhentos (BOULÉ) — depois dos seiscentos — (seu número que era quatrocentos, com idade mínima de 30 anos, fora aumentado pela reforma de Clístenes, avô de Péricles, que sucedeu as de Solon e Dracon e que dividiu o povo em dez tribos, em vez de quatro, instituindo, ainda, o ostracismo, votado secretamente, por dez anos), sem cujo *placet* os projetos legislativos não iam à deliberação geral e cujos membros eram sorteados, anualmente, pela *Ecclesia*, que se reuniu na ágora e, posteriormente, em lugar especial.

Em Esparta, as propostas eram apresentadas à *Apella* (assembléia geral), após terem sido examinadas pela *Gerusia* (Conselho dos Anciãos), composta por vinte e oito senadores. A iniciativa cabia a qualquer dos dois reis, uma vez que havia uma diarquia (que existe na República de San Marino), ou aos éforos, magistrados que a *Apella* elegia anualmente e que exerciam um poder de inspeção. Só aos trinta anos poderia o cidadão exercer o voto.

Em Roma, o concorrer a eleição exigia do candidato inscrever-se na *professio*, perante o magistrado competente, que devia examinar sua inscrição e afixar a lista dos concorrentes 24 dias antes da votação. A legislatura cabia aos comícios ou aos decênviros. A *auctoritas* era reconhecida ao Senado, composto de cem e, depois, de trezentos membros, como o de Cartago, e que tinha, como principal função o *senatus consultus* (deliberação a respeito de problemas submetidos por magistrados, depois ressuscitado no período napoleônico e pelo senado conservador do Segundo Império), manifestando seus integrantes a vontade, nas decisões, trocando de lugar. Era o Senado Romano, órgão de complexas

atividades político-judiciárias, como o Sinédrio judeu, notando-se, em certa fase da evolução de Roma, dois poderes particulares: censura e ditadura.

Desde cedo foi-se firmando o bicameralismo (cujas vantagens sobre o unicameralismo, que pode estimular uma ditadura de Assembléia, e existente apenas em países como Costa Rica, Paraguai, Nicarágua, Honduras, Malta, Nova Zelândia, entre poucos mais, hoje não mais se discute), recebendo grande impulso quando, em 1265, Simon de Montfort, cunhado e adversário de Henrique III, convocou um parlamento com representantes dos burgos e das comunidades (comuns).

ROSAH RUSSOMANO lembra que a assembléia única, instituída pela convenção, demonstra, cristalina, o perigo do despotismo unicameral.

Não há, rigorosamente, exemplos de tricameralismo, embora seja ele, teoricamente, possível, apesar dos Estados Gerais (clero, nobreza e povo), porque esses, na realidade, eram órgãos mais consultivos do que legislativos. LASKI considera a Suprema Corte dos Estados Unidos uma 3ª Câmara, como a considera MUNRO, o Presidente da República, com seu poder de veto.

Na balança das funções do Estado, periodicamente, cada uma delas se destaca, não mantendo permanente hegemonia sobre as demais, porque tende a manter o equilíbrio geral necessário à sua própria estabilidade, sob pena de provocar, por sua estática, uma entropia social. Atravessamos uma fase de prestígio do Executivo, de sorte que são teóricas disposições, como as do artigo 30 da Constituição Soviética, que atribui ao Soviete Supremo a supremacia no regime, e 71 da Constituição da Suíça, que diz ser a Assembléia Federal a autoridade suprema da Confederação. O Congresso americano (longe estamos do "governo congressional", de que falava WILSON) e o Parlamento britânico (foi curioso, em sua evolução, a participação dos "rotton boroughs", distritos em que a representação não refletia a população, tendo havido burgos com sete ou quatorze votantes, que possuíam 2 membros no Parlamento enquanto grandes cidades não possuíam um sequer) perderam hoje muito de sua força, de seu prestígio e de sua respeitabilidade.

Até o século XIX, a Câmara Alta projetou-se mais que a Câmara Baixa, por seu conteúdo aristocrático, que se prolongou, ainda, algum tempo com o pariato, o qual, pela Constituição francesa de 1830, só poderia ser formado pelas notabilidades por ela arroladas.

Foi a Constituição dos Estados Unidos que implantou o federalismo, o marco histórico de sua democratização, criando um Senado realmente representativo, cujo processo de eleição modificou-se com o tempo, pois, inicialmente, os Senadores, 2 de cada Estado, eram eleitos por 6 anos pela respectiva legislatura, o que inspirou, como se sabe, o modelo argentino, até que a Emenda XVII deliberou que eles deveriam ser designados pelo povo em sufrágio direto. Se ocorresse alguma vaga, durante o "recess of legislature" do Estado representado pelo senador, o Exe-

cutivo poderia indicar um substituto até que a legislatura deliberasse a respeito do preenchimento definitivo da cadeira. O mandato do deputado é por 2 anos.

Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes, originária da *Witanagemot* germânica, chegou a ser abolida no governo republicano de Cromwell, que consagrou o unicameralismo e, através do "Instrument of Government", primeiro ensaio de Constituição escrita, a separação de funções e o princípio da supremacia da Lei Básica. Esse numeroso colegiado (com cerca de 800 integrantes), um dos maiores existentes, acumulando a função de tribunal supremo do Reino Unido, composto por membros hereditários e outros nomeados vitaliciamente (os pares escoceses e irlandeses, todavia, em outras épocas, eram eleitos), havendo representação da Inglaterra, Escócia e Irlanda do Norte, e ainda a presença dos pares eclesiásticos, perdeu quase que totalmente sua influência no processo legislativo, a partir de 1911, em benefício da Câmara dos Comuns, eleita por cinco anos, mostrando ter a Inglaterra hoje unicameralismo disfarçado.

A arregimentação para a Câmara Alta é diferente nos diversos Estados, não obstante a maioria prefira a eleição direta.

Na Bélgica (art. 53 da Constituição), uma parte dos senadores é eleita pelos conselhos provinciais (as outras parcelas, em razão da população de cada província, ou, por eleição do próprio Senado); na Dinamarca, o *Landsting* tinha uma parte designada por sufrágio indireto e outra indicada por ele mesmo; na Noruega, o *Lagting* é escolhido indiretamente dos membros do *Storting*; na França (art. 24 da Constituição), "le Sénat est élu au suffrage indirect"; na República Federal da Alemanha (art. 51 da Lei Fundamental), o Conselho Federal é formado por membros dos Governos dos Estados, que os nomeiam e destituem, valendo acrescentar que os membros do Conselho podem ser representados por outros membros de seus governos; na Nigéria, a Câmara Alta é integrada por 12 membros de cada região política (indicados pelos Governos regionais, com assentimento das respectivas assembléias), 4 por Lagos e 4 designados; na Irlanda (art. 18 da Constituição), ela é composta por 60 integrantes, sendo onze indicados e 49 eleitos; na Índia, os senadores são nomeados pelos Parlamntos dos Estados e pelo Presidente da República; no Canadá, os senadores são vitalícios (como eram na Itália fascista, e nas cidades hanseáticas, Hamburgo, Bremen e Lubeck) e designados pelo Governador-Geral; na Suíça, em alguns cantões, são eleitos pelo povo e, em outros, escolhidos pelos Parlamntos cantonais; na Suécia e na Holanda, pelos Parlamntos provinciais. Entre nós, admitiu-se a eleição indireta, no preenchimento de uma vaga, na renovação de 2/3 do Senado (Emenda Constitucional nº 8/77, neste ponto revogada pela Emenda Constitucional nº 15/80).

A Constituição da Baviera, em vigor, elaborada por HANS NAWIASKY, influenciada pela doutrina católica, prescreve: "Der Senat ist der Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes."

Interessante organização tinha o Senado Conservador, criado pela Constituição do Ano VIII, que velava pela conservação da Carta Magna e pela observância das leis. Elegia os membros do Corpo Legislativo, que poderia dissolver os cônsules, os tribunos e os Juizes da Cassação. Os senadores, todos vitalícios, eram escolhidos pelo próprio Senado entre os candidatos apresentados pelo Corpo Legislativo, o Tribunato e o 1º Cônsul. Tendo-se tornado, comprometedoramente dependente do Imperador, o Senado acabou por ser substituído, em 1814, pela Câmara dos Pares, mas foi restabelecido, em 1852.

O *federalismo hegemônico* quebrou a igualdade de representação dos Estados Federados, no Senado, atendendo à importância econômica ou política de alguns deles. É o caso da Austrália (art. 7º da Constituição), do Canadá, da República Federal da Alemanha (art. 51, 2º, da Constituição), da Áustria (art. 34 da Constituição) e da União Soviética.

É de COOLEY o entendimento de que, enquanto o Judiciário se ocupa do passado, numa visão retrospectiva, e o Executivo se atém ao presente, o Legislativo se arremessa, para o futuro, numa pulsante prospecção. Em sua dinâmica, o Estado vive o seu mais alto momento existencial.

IGNÁCIO BURGOA assevera que a nação juridicamente organizada, "en su dimensión fenoménica pertenece al mundo de la cultura y específicamente al ámbito existencial político de las comunidades y sociedades humanas".

Culturologista e existencialista, perfilhamos esse entendimento, vindo no Estado, mais que a "organização que realiza a positivação da ordem jurídica e se encarrega de assegurar os direitos dos indivíduos", como quer VON KEMPSKI, um organismo social-existencial, de elaboração histórica, sedimentado por um processo de cultura, que atua num determinado âmbito geográfico, sob um poder político e, subordinando-se à ordem internacional, atento à elaboração jurídica e à ação política (formas de autolibertação; produtos de sua angústia criadora) permanecendo como "existente", indissoluvelmente ligado à própria existência, como está em GABRIEL MARCEL, inoculado no mundo, "in der Welt sein", como qualquer ser de conflito. Regimes políticos já foram considerados como uma solução de atrito entre existência e essência, entre a necessidade e a liberdade.

RENÉ DUPUY adverte, com relação à ordem internacional, que a existência procede à essência, sendo seu ensinamento perfeitamente aplicável à teoria do Estado e ao direito constitucional.

A expressão Estado de Direito, cunhada por VON MOHL, em 1832, comprometeu-se por seu substrato liberal-individualista (conseqüentemente, antidemocrático) totalmente superado pelo primeiro pós-guerra, tornando-se um rótulo insatisfatório da organização estatal, por justificar qualquer regime, governo ou Estado, como sublinhou SCHIMITT. Outros foram propostos: Estado Legal, "Welfare State", Estado Jurídico, Estado de Legalidade, Estado de Justiça, Estado Político, Estado

Administrativo, Estado de Direito Social, que bem demonstram as transformações da sociedade estatizada e são, igualmente, lacunosos.

O Estado não é apenas *Estado de Direito*, ou de Poder, mas, sobretudo, *Estado de Cultura (Kulturstaat)* que, nitidamente, se distingue do primeiro, porque esse, de acordo com a lição de MAX ERNST MAYER (Filosofía del Derecho), “se ha limitado al fin jurídico, a la administración de justicia, que no agota, evidentemente, la riqueza de tareas culturales actualmente encomendadas a la administración estatal”.

O Estado de Cultura é *Estado Estrutura*, tem substância eminentemente social e democrática, nordeada para a verdadeira idéia de liberdade. O Estado de Direito é o *Estado Civilização* (portanto, *Estado-conjuntura*), “individualista, burguês e liberal”, na fórmula de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ.

Acreditamos que o Estado Democrático está umbilicalmente ligado ao Estado de Cultura, pois, não sendo o direito a única tarefa da pessoa política, é por essa incorporado, como raiz da suprema positividade (todo direito é público porque só ao Estado incumbe a elaboração do direito legal que, em suma, é um direito cultural), prosseguindo ela, após, em sua missão de realizar cultura, numa política total em benefício da nação.

A cultura exige, pois, a legalidade apoiada na legitimidade, no jogo sócio-histórico, emergindo a educação como uma ação política realista.

“No basta con que el Estado produzca el derecho; es necesario, además, que el Estado cree cultura, en el sentido amplísimo de la palabra cultura, como forma de vida”, ratifica JIMENEZ DE ARECHAGA. É no Estado de Cultura que os direitos sociais encontram sua melhor proteção, aumentando-se as obrigações positivas da sociedade estatal.

Por outro lado, tal Estado, “debe ser planteado como un fin del hombre, para la perfección de éste”, nas expressões de RAUL FERRERO, não havendo dúvida que o Estado contemporâneo é um fim em si mesmo (BOSANQUET), por suas coordenadas intervencionistas, em prol da segurança de todos, bem diversas das tatuagens absolutistas e totalitárias que, em determinadas épocas, fundamentaram a teoria do Estado-Meio, apoiada do metafísico liberal-individualismo novecentista.

O Estado de Cultura, que é o lídimo Estado Democrático, não é uma organização indefesa e inerte, todavia. (NIETZSCHE considerava, como diz FRANCISCO PUY, que, sendo “lo cultural el valor político superior, la democracia, como forma de la decadencia cultural, tenía que estar condenada”, confundindo-a, como é óbvio, com a oclocracia, em que há um rebaixamento da qualidade, tendo mesmo inventado a palavra “misarquismo”, para exprimir seu pensamento). A salvaguarda da liberdade e da igualdade é inconciliável com a fraqueza das instituições e com as agressões impunes dos extremismos, exigindo um Estado forte, que não é sinônimo de Estado de força. A democracia que é a mais difícil forma política, pela responsabilidade que impõe a

governantes e governados, existe no sereno e vigoroso equipamento do primeiro (que não apresenta as contradições da nefasta “democracia autoritária”); a autocracia na instável armação do segundo. Tem razão DILLON ao afirmar que a democracia “is a fragile flower and it can blossom only in favorable environment”.

Sem a visão global da importante questão, mas sensível a ela, escreveu RIEDMATTEN, em 1880: “la théorie générale avait distingué dans l'État moderne, outre les trois pouvoirs généralement reconnus, législation, gouvernement, justice, deux autres groupes *secondaires* de fonctions ou d'attributions: le soin des intérêts moraux ou la *culture publique*, et le soin des intérêts matériels, ou *l'économie publique*”, reconhecendo, portanto, um poder cultural e um econômico, na sociedade.

A síntese de ASTROJILDO PEREIRA é irretocável: “a democracia política por princípio, a democracia econômica por base, a democracia cultural por fim”.

O art. 76 da Constituição do Panamá, conceituando a cultura nacional, como a formada pelas manifestações artísticas, filosóficas e científicas produzidas no Panamá, através das épocas, traça normas para o desenvolvimento desse patrimônio e abre perspectivas para um Estado Cultural.

#### IV — Mandato imperativo e direito privado

A divisão do direito feita pelos romanos, e que não interessara aos gregos, foi esquecida na Idade Média. Estudando-a, observou BLUNTSCHLI: “le droit public et le droit privé se mêlèrent: la souveraineté territoriale fut regardée comme une propriété privée, les charges publiques, comme des biens de famille: la possession de l'immeuble donne la juridiction; celle du fief, le devoir noble de porter les armes”.

Essa confusão de direitos dava, em última análise, prioridade ao direito privado, cujos institutos eram utilizados pelo direito público, que só no século XIX teria proclamada sua autonomia.

SIEYÈS definiu a nação “como um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e estão representados pela mesma legislatura”. Resolvendo-se a representação no mandato, forçoso é reconhecer que esses termos são inexatos para exprimir a natureza do governo representativo, tendo tido sua origem, como a expressão “contrato social”, da necessidade de uma época em criar um eufemismo para justificar a impossibilidade de o povo governar diretamente e de criar, a bem dizer, uma teoria civilista do direito público.

O mandato político é instituto singular, “sempre outorgado a certa e determinada pessoa; por isso, se não pode ceder, transferir, nem subestabelecer”, consigna PAULO DE LACERDA. O mandato político não é,

juridicamente, pois, um mandato, contrato que se dá (art. 1.288 do Código Civil) quando alguém recebe de outrem poderes para em seu nome praticar atos ou administrar interesses, e que, no direito romano, não tinha natureza de pacto. Sendo a procuração o instrumento do mandato, o que distingue esse último é “a idéia de representação, que é suprema, básica, fundamental, não figurando em outros contratos”, esclarece WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. Esse aspecto distingue-o, ainda, da locação de serviços, com o qual, por vezes, se confunde. Assinala MOURLON que o mandato é “une procuration acceptée, en d’autres termes, la convention par laquelle une personne s’engage envers une autre à faire, à titre de bon office, quelque chose pour elle”.

Até o século XVIII, considerava-se o Estado um contrato de sociedade e o governo um fideicomisso, vocábulos também impróprios. ROUSSEAU chamava de “comissários” os parlamentares, antecipando a denominação que já foi dada aos Ministros da URSS.

O mandato imperativo, pelo qual o eleitorado, através dos “cahiers”, impunha aos representantes programas e condutas, podendo até revogar a delegação, não tem razão de ser, pois, como se exprime ORLANDO, “i corpi rappresentativi degli Stati moderni non sono l’organo passivo della volontà degli elettori, ma hanno una vita propria e independente”. BURKE já havia notado, aos eleitores de Bristol, que o parlamentar não representa os votantes, mas a nação, devendo agir livremente no interesse comum. “Si les élus sont des représentants, ce ne sont pas leurs électeurs qu’ils représentent”.

Os “cahiers” eram remetidos ao monarca e convertidos em leis, após serem examinados (tel était son bon plaisir), e os deputados que os conduziam aos Estados Gerais não podiam alterá-los sem permissão dos mandantes.

CARRÉ DE MALBERG expõe os argumentos que combatem a idéia consagrada de representação; o deputado não é mandatário, porque não representa, a rigor, o colégio eleitoral que o elegeu; o parlamentar, ao contrário do mandatário de direito privado, não pode ser destituído por aqueles que o elegeram; enquanto o mandatário responde perante o mandante, o parlamentar não deve explicações aos eleitores, por sua conduta política, discursos e votos; o mandatário não tem outros poderes além dos conferidos pelos mandantes, mas isso não sucede com o parlamentar, obviamente.

São características, ainda, do chamado mandato político as imunidades parlamentares, e interessante aplicação do mandato faz o direito internacional, que agora o substituiu por tutela (art. 75 e segs. da Carta da ONU).

O instituto dos mandatos, como preleciona HILDEBRANDO ACCIOLY, “visava, teoricamente, antes o benefício das comunidades a que se aplicava, do que o das potências mandatárias, embora estas, como natural, auferissem do sistema evidentes vantagens, pelo menos morais e políticas”.



Sobeja razão a PAUL ERRERA quando recomenda: "il faut se garder, dans l'étude du droit publique, de donner à certains mots leur sens originaire".

Interessante instituto de feição democrática, relacionado, de certo modo, com o mandato imperativo (regulado, aliás, de certa forma, pelo art. 3º, 2, da Constituição da Tcheco-Eslováquia) é o *recall* (de acordo com a experiência americana, revogação do mandato de representantes, de juízes eletivos, das decisões judiciárias e de designação de funcionários, pleiteada por certo número de eleitores, obrigados a prestar caução previamente, para garantir a recondução do *recalled*, caso este a consiga), usado, precipuamente, nos Estados Unidos e na Suíça, onde sete Cantões acolhem, ainda, o *Abberufungsrecht*, espécie de revogação coletiva, que permita a cassação do mandato de toda uma assembléa. Precisa NELSON SAMPAIO que, nos Estados Unidos, "não há o *recall* no plano federal, mas apenas em vários Estados-Membros e muitas municipalidades" (também a *Landsgemeinde* suíça só existe em nível cantonal), detalhando FRANCIS SURAUFF que a medida só pode ser proposta após seis meses de exercício dos servidores e "através de uma votação popular solicitada em petição firmada por um determinado número de eleitores".

As Constituições da União Soviética (artigos 142, da Constituição de 1936, 107 e 152 da Constituição de 1977), unicamente para cargos legislativos, da China, de 1954 (art. 38), da Albânia (art. 3º), de Angola (art. 21), da Tcheco-Eslováquia acolheram o instituto.

DARCY AZAMBUJA, em conhecido compêndio, lembra que a Constituição gaúcha, de 1891, admitia a "revogação do mandato de deputado à Assembléa dos Representantes e dos Intendentes Municipais" (deve ser visto, igualmente, o art. 53, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, do mesmo ano). O dispositivo era, todavia, uma sobrevivência retardatária do mandato imperativo, e não o *recall*, tal como é concebido.

#### V — *Organicismo cultural do Estado*

Os candidatos eleitos não representam, como já exposto, os eleitores, mas uma coletividade transpessoal, não se podendo recusar-lhes autonomia. No regime representativo, efetivamente, como entende SALEILLES, não há qualquer representação, porque essa pressuporia, no mínimo, o mandato imperativo.

Para exprimir essa realidade, escreveu FERNANDO DE LOS RIOS, "nace un concepto que es extraño al derecho privado; el concepto de órgano; el Estado para su vida precisa de órganos, y solo mediante ellos obra y quiere".

Com ele o direito público preencheu uma de suas lacunas terminológicas. "La vraie qualification à donner au corps de députés n'est pas

celle de représentant de la nation, mais d'organe de la nation", ratifica CARRÉ DE MALBERG. Para GIOVANNI SARTORI o "órgão é a coletividade organizada para querer".

A teoria do Estado-órgão, realmente, fulmina as teses que objetivavam a privatização do direito público, tendo tido em GERBER e GIERKE seus precursores; em JELLINEK e FISHBACH, admiráveis expositores.

A nova orientação que visava construir o "direito público, segundo método jurídico, em moldes independentes do direito privado vai conhecer grande êxito", diz MARCELO CAETANO.

O Estado tem, sem dúvida, uma realidade *orgânica* peculiar. GIERKE, que revela a presença hegeliana, ponderou muito bem que ele é "a mais alta e compreensiva forma de comunidade, não perceptível aos sentidos, mas real para o espírito, que nos mostra uma existência comum humana sobre a existência individual". O Estado, na verdade, é o que nós somos, um produto político-jurídico de uma vivência grupal susceptível, como demonstra a psicanálise coletiva da psiquiatria social, de compulsões, derivativos e neuroses, o que lhe outorga características inquietantemente humanas.

Está em ROJINA VILLEGAS que é ele "un sistema orgánico-unitario, en el sentido de que está constituído por un conjunto de órganos, pero entendido este término, no en sentido biológico, sino jurídico".

Assembléia, Governo e tribunal são órgãos das respectivas atribuições do poder, como, aliás, preceitua a Constituição tcheco-eslovaca (artigos 5º e 7º).

SEMINO, BRUNO e FUKS concebem mesmo a função eleitoral, como "la actividad tendiente a determinar cuales serán las personas que ocuparán los distintos órganos de gobierno".

Existem algumas sutilezas metafísicas, tão do gosto dos tudescos, na doutrina do Estado-órgão, perfeitamente dispensáveis, contudo, numa exposição nuclear dela.

O organicismo que defendemos nada tem a ver com aquelas posições científicistas, tão em voga, no século passado (do mesmo modo que não se pode confundir materialismo dialético e materialismo mecanicista), que identificavam o Estado aos organismos vivos, tendo havido mesmo cultores de uma sociologia biológica, que assentava, no fator biológico, a causa do evoluer social. BLUNTSCHLI chegou a investigar o sexo do Estado e DUBS, ao examinar as diferenças entre as confederações e as ligas, referiu-se à natureza orgânica das primeiras e inorgânica das segundas.

Embora a expressão órgão seja utilizada num sentido metafórico, ela é funcional, no sentido de refletir a dinâmica da vida estatal, apesar de DUGUIT considerar que ela enfrenta os mesmos percalços da fórmula

*representação*, reproduzindo-a em maiores dimensões. De qualquer maneira ela é mais adequada.

JELLINEK conclui que a ciência do Estado, em todos os tempos, tem considerado ser o Estado um organismo.

O organicismo atual é eminentemente cultural, ético, espiritual, e idealista, como se verifica, e não spenceriano, não custando recordar que RAVÁ protestava contra qualquer vinculação entre o Estado ético e o Estado totalitário, não obstante este ter invocado aquele. Há, por vezes, em ideologias extremistas, idéias que transcendem a sua circunstancial destinação, adquirindo validade e permanência.

Os órgãos do Estado, os instrumentos tangíveis, pelos quais ele exerce o poder, "quer e atua", no sentido de BALLADORE PALLIERI, têm de ser forçosamente exercidos por pessoas físicas, consideradas individualmente ou em colégios, e cuja competência deve estar formalmente estabelecida na Constituição. Por esse motivo, HUMBERTO FRAGOLA conceitua o órgão como "il complesso delle funzioni attribuite ad uno o più funzionari ed impiegati". Malgrado a diferenciação dos órgãos esteja ligada à separação de atribuições do poder, pode ela ocorrer dentro da mesma função.

"Da própria natureza do Estado", pensa JELLINEK, "isto é, do fato de ter o caráter de uma associação organizada, segue-se necessariamente a existência de órgãos do Estado. Um Estado sem órgãos é uma representação que não pode psicologicamente chegar a existir; quer dizer, equivale à anarquia, pelo que resulta uma *contradictio in adjecto*. O Estado moderno exige uma pluralidade de órgãos. Ordená-los e reduzi-los a tipos fixos é uma necessidade que não pode deixar de cumprir a ciência".

Nessa classificação seguiremos ao conspícuo professor de Heidelberg e a FISCHBACH.

A primeira forma categorial importante é a que se refere aos órgãos *originários* (principais ou imediatos) e *mediatos*. Os primeiros são enraizados diretamente no ordenamento estatal, como os reis absolutistas ou o povo, no Estado de Direito; os segundos se embasam nos primeiros (os que, entre outras hipóteses, escolhidos por eleição, compõem as funções legislativa e executiva). Quando os órgãos imediatos criam, como na monarquia russa, em que, por testamento, nomeava o Tzar, até Paulo III, seu sucessor, são eles órgãos de criação (essa pode dar-se também por eleição ou sorteio). Como sublinha FISCHBACH, "geralmente, a função dos órgãos criadores se reduz a realizar o ato de nomeação ou eleição".

Outra divisão relevante é a de *órgãos primários e secundários*. Esses representam aqueles (o que é posto em dúvida por SANTI ROMANO) que, como órgãos representados, só podem manifestar-se através dos órgãos representativos. Os *órgãos supletórios*, por sua vez, substituem, eventualmente, os imediatos, decaindo de suas atribuições assim que desaparece a incapacidade do órgão representado. São eles transitórios, como

as regências, ao passo que os órgãos secundários são permanentes, podendo havê-los de segundo grau, com a delegação do Parlamento às comissões.

Enquanto os *órgãos normais* funcionam em circunstâncias comuns, os *anormais* ou *extraordinários* só atuam em situações críticas. Tais são os casos das ditaduras e dos chamados governos provisórios, que, como aquelas, podem ser monocráticos ou colegiais.

Os *órgãos substantivos* ou *independentes* têm, em sua dinâmica, a capacidade de obrigar o Estado e seus súditos, enquanto os *dependentes* ou *subordinados* carecem dessa força obrigatória.

*Órgãos qualificados* são aqueles que exigem requisitos de elegibilidade bem nítidos. KELSEN cita, ainda, *órgãos autônomos* e *não autônomos*, sendo os primeiros “aqueles que podem manifestar uma vontade com força imediata de obrigar ao Estado ou aos súditos, enquanto a vontade dos segundos carece dessa eficácia e só pode manifestar a vontade dos *órgãos autônomos*, no sentido de que, para a validade jurídica da mesma, requer-se o assentimento dos primeiros”.

APARÍCIO MENDEZ adverte que “la teoría del órgano, tecnicamente, considerado, no tiene vinculación con las llamadas escuelas o tendencias organicistas”, o que bem prova a autonomia dessa construção especulativa.

Ao passo que a representação exige duas pessoas ou duas partes, “a associação e o órgão são e permanecem em todo momento em uma só pessoa”, como se pode ler em JELLINEK, uma vez que órgão e Estado constituem unidade indissolúvel, se bem que a competência do primeiro movimente o segundo, em certa órbita de atividade.

Contudo não se confundem o órgão ou cargo e seu titular, com o qual mantém relações jurídicas, mas do qual se distingue por seu caráter de continuidade. Para significar isso, criou-se, na Inglaterra, a doutrina da *sole corporation*, pela qual a corporação apenas tem, em cada momento, um membro vivo, que forma, com seus antecessores e sucessores, unidade impostergável. A figura, aliás, pertence ao direito de associação britânica.

BLACKSTONE proclamava que “Henrique, Eduardo ou Jorge podem morrer, mas o Rei sobrevive a todos eles”. Eis a razão pela qual as leis britânicas jamais se referem à morte do soberano e sim em *demissio regis vel coronae*.

Opina HELY LOPES MEIRELLES que “o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente, titulariza o cargo para servir o órgão”. Não se deve confundir, também, órgão e poder, embora se relacionem.

“Il potere non é che una riunione logica o pensata di organi diversi. Il potere non é una realtà un'entità materiale delimitata e delimitabile; ma una pura concezione e sintesi della nostra mente”, ressalta PANUNZIO.

Enquanto o poder é uma abstração, o órgão tem "concretude" e, materializando-o, delimita-o e o faz agir pela competência filtrada, pela inexorável imposição do direito. A coerção surge, assim, como pensa EDGAR DA MATA MACHADO, como "um instrumento da lei".

Órgão e função são, igualmente, conceitos interligados. "As funções devem ser entendidas como as diversas atividades exercidas pelos órgãos, enquanto constituam manifestações ou diversos modos do exercício do poder". A função designa, é certo, "formas de actividad de los órganos del Estado relacionados con el derecho" (ALEXANDROV). Por ela se realizam as atribuições.

Há uma inegável sintonia entre o povo e o órgão, mediante o uso da técnica publicística, cabendo razão a JELLINEK, quando registra; "enquanto não se encontrou o conceito de órgão jurídico se intentou pôr em destaque as relações antes referidas, através de analogias de direito privado, utilizando-se do conceito da representação e do mandato".

A doutrina do Estado-órgão, sob certo aspecto, ainda está em elaboração, havendo discrepância quanto à classificação de certos órgãos, mas é irrecusável que ela resolveu, com superiores recursos do direito público, questão afeta a esse, libertando-o de incômodo nexa com a privatística, em virtude da antiga natureza da representação política, e chamou a atenção dos estudiosos para a tipologia dos órgãos. Considera ANIBAL BARBAGELATA que a construção do Estado-órgão "ha prestado un gran servicio para la explicación de los fenómenos que acontecen en el derecho público".

Interessantes problemas, que refogem à presente digressão, seriam os da formação mental do titular do órgão, o que o levou a aspirar ao poder e a sua capacidade de amor social, que devem convergir por sobre a edificação de uma classe dirigente. Vale recordar que são inconfundíveis elite política e aristocracia, como leciona HAURIOU. A segunda é uma classe privilegiada, enquanto que a primeira se organiza e se recruta em toda a população, renovando-se continuamente, como elemento de coesão política e democrática. A elite dirigente, a que nos referimos, sendo, como se lê em Mosca, o "proceso storico atraveso in se rivelano i migliori", não é, pois, "elitista", nem, como é óbvio, a tecnocracia defendida por JAMES BURNHAM, em livro célebre (A Revolução dos Organizadores), no qual prega a extinção do capitalismo, tornando-se classe dirigente os *managers*, que realizarão a planificação da economia, em nome do Estado, o qual terá a propriedade e controle dos principais meios de produção, estabelecendo a base econômica da "sociedade diretorial".

É essencial, na vida da sociedade estatal, "a existência de uma classe dirigente politicamente capaz", como deixou claro João CAMILO DE OLIVEIRA TORRES.

A crise do Estado tem, na ausência e na inópia das elites políticas, um de seus mais graves sintomas e uma de suas mais dramáticas causas.

## Pelo Senado misto

PAULINO JACQUES

O bicameralismo deita raízes na velha Atenas e na antiga Roma. O Senado ateniense e o Senado romano, em determinados períodos de sua história, tiveram certa ascendência sobre as Câmaras populares (Ecclesia e Comitium), apesar de essas sancionarem ou vetarem os decretos senatoriais.

O bicameralismo perdeu a sua influência, mais tarde, com o advento dos Conselhos do Rei e dos Estados Gerais (Nobreza, Clero e Burguesia).

Entretanto, readquiriu o seu prestígio, principalmente na Inglaterra, com a instituição da Câmara Alta ou dos Lordes e da Câmara Baixa ou dos Comuns, no século XIII.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, o bicameralismo consolidou-se em definitivo.

A própria Revolução Francesa de 1789, que não era favorável ao bicameralismo, por influência de ROUSSEAU, acabou adotando-o com o Conselho dos Quinhentos e Conselho dos Antigos, nas expressões da Constituição Diretorial de 1795.

Daí por diante, pode dizer-se que a maioria dos Estados civilizados adotou, em linhas gerais, o bicameralismo.

O Brasil, a partir da sua Constituição monárquica de 1824, não se afastou do sistema bicameral (Senado e Câmara), que foi mantido em todas as Constituições republicanas, desde a de 1891 até as atuais de 1967 e 1969.

A Câmara Alta ou Senado, a par da função legiferante e de outras específicas, sempre exerceu atividade moderadora por assim dizer em face das paixões políticas manifestadas na Câmara Baixa ou Câmara dos Deputados, as quais, erguendo-se como os vagalhões do mar, quebram-se nos rochedos de equilíbrio, moderação e prudência do Senado.

A Constituição norte-americana não deixou mais dúvidas quanto às atribuições específicas do Senado não legiferantes, como o pronunciamento sobre nomeações para altos cargos do Executivo, assuntos de empréstimos e questões relacionadas com a guerra e a paz.

A nossa Constituição monárquica deu também atribuições político-criminais, ao lado das legislativas, ao Senado, como conhecimento dos delitos individuais cometidos pelos membros da família imperial, ministro de Estado, conselheiros de Estado e senadores; e dos delitos dos deputados duran-

te o período da legislatura; conhecer da responsabilidade dos secretários e conselheiros de Estado; e político-administrativas, quais expedir cartas de convocação da assembléia, caso o Imperador o não tivesse feito dois meses depois do tempo que a Constituição determina, para o que se reunirá o Senado extraordinariamente; convocar a assembléia na morte do Imperador para a eleição da Regência nos casos em que ela tem lugar, quando a Regência provisional o não faça. Bem se percebe a singularidade e a importância das atribuições da Câmara Alta, justificando a vitaliciedade dos senadores.

A nossa Constituição republicana de 1891, fazendo eletivos os senadores, manteve as atribuições não legiferantes do Senado, como o processo de **impeachment**, a aprovação de nomeações para altos cargos públicos e o pronunciamento sobre empréstimos.

As Constituições brasileiras posteriores mantiveram as referidas atribuições senatoriais, revelando a singularidade desse órgão do Poder Legislativo, como verdadeira constante na nossa estrutura constitucional.

Daí, a composição do Senado ou Câmara Alta diferenciar-se da Câmara dos Deputados ou Câmara Baixa.

A Câmara Alta foi sempre vitalícia nas Monarquias e eletiva ou de nomeação nas Repúblicas.

Na Alemanha, quer na vigência da Constituição de Weimar, quer na de Bonn, o Senado Federal (Bundesrat) teve sempre os senadores nomeados pelos governos dos Estados-Membros ou países (Länder), como também nos Estados cuja estrutura constitucional sofre influência germânica.

Na Itália democrática, fundada na Constituição de 1947, que instituiu o governo parlamentar, o Senado apresenta composição singular, mas com atribuições próprias da Câmara Alta (legiferantes, político-criminais e político-administrativas).

Realmente, ao lado dos senadores eletivos, que representam as diferentes regiões territoriais do país, existem os senadores natos vitalícios (os ex-Presidentes da República) e os senadores vitalícios nomeados pelo Pre-



sidente da República, “dentre cidadãos que ilustraram a Pátria, por méritos muito elevados nos domínios social, científico, artístico e literário” (Constituição italiana, art. 59). Os senadores eletivos, com mandato por seis anos, ficam sujeitos à dissolução cameral, de acordo com a técnica parlamentarista (Constituição italiana, art. 57).

Nada impede que no Brasil organizemos o Senado Federal à semelhança do Senado italiano, desde que estabeleçamos o regime de governo parlamentar. Para tanto, seria elaborada nova Constituição instituindo o parlamentarismo que melhor conviesse às necessidades, interesses e aspirações do povo brasileiro, escolhido dentre os nove tipos existentes no mundo atual com as adaptações necessárias (veja de PAULINO JACQUES, *O Governo Parlamentar e a Crise Brasileira*, Editora Universidade de Brasília). Assim, o Senado Federal compor-se-ia de representantes políticos eleitos por sufrágio universal e voto direto e secreto, em número de três senadores por Estado-Membro; de membros natos e vitalícios (os ex-Presidentes da República) e de membros nomeados pelo Presidente da República por tempo determinado, sendo substituídos por ocasião da renovação do Senado pelo terço dos representantes políticos.

As entidades mais representativas das ciências, das artes e das letras, bem como das categorias econômicas e profissionais, indicariam, cada uma, um nome dentre seus componentes, para ser nomeado pelo Presidente da República, com mandato igual ao da renovação do Senado pelo terço.

Não convirá apresentação de listas tríplexes de nomes, visto como se trata de representação exclusivamente científico-cultural e econômico-social, devendo ser afastada qualquer influência política.

Bem se percebe que se impõe a convocação de uma Assembléia Constituinte ou de uma Assembléia Legislativa ordinária, com poderes constituintes conferidos pelo eleitorado, devidamente autorizado, aos deputados e senadores. Essa Assembléia elaboraria a nova Constituição Federal, incorporando ao seu texto o regime de governo parlamentar, com Senado misto, estabelecendo tudo quanto atendesse às necessidades, interesses e aspirações do povo brasileiro.

# Imunidades parlamentares

ANTONIO EDVING CACCURI

Promotor de Justiça no Paraná — Pro-  
fessor da Universidade Estadual de  
Londrina

## SUMÁRIO

### *Introdução*

- I — *As imunidades parlamentares e o princípio de isonomia*
- II — *Antecedentes históricos e atualidade*
- III — *As imunidades parlamentares no Brasil*
- IV — *Noção de imunidades e suas espécies*
- V — *A imunidade material*
  - 1 — *Conceito*
  - 2 — *Conteúdo e extensão*
  - 3 — *Natureza jurídica*
  - 4 — *Características*
- VI — *As imunidades processuais*
  - 1 — *Conceito*
  - 2 — *Conteúdo e extensão*
  - 3 — *Características*
  - 4 — *A licença*
    - 4.1 — *Espécies e natureza jurídica*
    - 4.2 — *A iniciativa para o pedido*
    - 4.3 — *Requisitos do pedido*
    - 4.4 — *A concessão da licença*
    - 4.5 — *A recusa*
    - 4.6 — *A concessão tácita*
- VII — *A imunidade quanto ao serviço militar*
- VIII — *Características comuns às imunidades em geral*
- IX — *As imunidades parlamentares no estado de sítio*
- X — *As imunidades dos deputados estaduais*
- XI — *As imunidades dos vereadores municipais*
- XII — *Conclusões*

## Introdução

Anima a elaboração do presente trabalho, de proporções limitadas, o propósito de destacar alguns dos mais importantes aspectos a respeito das imunidades parlamentares — tema que ultimamente só tem merecido a atenção de poucos estudiosos — sem a menor veleidade de esgotar a matéria, quer em extensão, quer em profundidade.

Alguns de tais aspectos, exigentes de mais detida apreciação, não puderam ser senão aflorados, como os da crise das concepções clássicas da repartição tripartida do Poder, do princípio representativo e do federalismo ortodoxo, que se encontram na base da própria fundamentação do instituto.

Depois das considerações iniciais e da parte histórica, o estudo se limita a um enfoque de feição jurídica, na medida em que, deixando entre parênteses as inclinações do autor, tenta desenvolver-se exclusivamente à luz do ordenamento constitucional ora em vigor no Brasil.

### I — As imunidades parlamentares e o princípio de isonomia

Para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, possam atuar com liberdade e independência, a Constituição outorga em favor dos congressistas algumas prerrogativas, entre as quais as chamadas *imunidades parlamentares*, basicamente consistentes na insujeição daqueles agentes políticos a incriminação pelos chamados *delitos de opinião*, assim como, por crimes políticos, a prisão e processo, sem licença da Câmara a que pertencem, e a incorporação às forças armadas <sup>(1)</sup>.

Asseguradas por normas derogatórias do direito comum, tais imunidades protegem não apenas a pessoa e o mandato dos parlamentares, como a própria instituição que eles representam, a qual identifica nelas uma condição fundamental da sua autonomia. Mas, a despeito de consagradas numa grande parte dos ordenamentos constitucionais do mundo, seu acolhimento nem sempre tem ficado a salvo de críticas. Informa, a propósito, MACÁRIO PICAÑO que a regalia tem merecido restrições por parte de muitos autores, entre os quais JOÃO BARBALHO, AMARO CAVALCANTI, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA e AURELINO LEAL, e das “próprias massas populares”, que nela reconhecem uma violação do princípio de isonomia, sem falar nos abusos que a sua prática tem ensejado, “pelo menos no Brasil”, onde “a imunidade se tornou sinônimo de impunidade” <sup>(2)</sup>. ROGÉRIO COSTA RODRIGUES também arrola os citados autores como adversários do privilégio, a começar por JOÃO BARBALHO, que “estranhava existirem invioláveis numa república”, e entre aqueles inclui J. FLÓSCULO DA NÓBREGA e MEROVEU DE MENDONÇA <sup>(3)</sup>.

( 1 ) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 107-113; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 175-176; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 152-153; SAHID MALUF, *Direito Constitucional*, pp. 208-213; ROSAH RUSSOMANO, *Dos Poderes Legislativo e Executivo*, pp. 79-92; ALCINO PINTO FALCÃO, *Da Imunidade Parlamentar*, pp. 7-8.

( 2 ) “Imunidades Parlamentares”, p. 16.

( 3 ) “Imunidades Parlamentares”, pp. 171-172.

A generalidade dos autores, todavia, sustenta que o instituto se acha umbilicalmente ligado à própria prática da democracia, configurando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais Poderes. PONTES DE MIRANDA proclama a imprescindibilidade da liberdade de pensamento (de palavra, de opinião), sem a qual “não há Poder Legislativo que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo”, (4) afirmando PINTO FERREIRA que, graças à prerrogativa, “os deputados e senadores ficam a coberto da atuação do Executivo ou do Judiciário” (5). Contesta-se, por isso – como o faz WILSON ACCIOLI –, que haja qualquer incompatibilidade entre o princípio da igualdade perante a lei e as imunidades parlamentares, por configurarem estas não um *privilégio*, mas uma *garantia* constitucional peculiar que, protegendo o mandato dos parlamentares, proporciona as condições indispensáveis para que estes “sustentem as *garantias*” dos demais cidadãos (6). Tais colocações se harmonizam com o pensamento de FRANCISCO CAMPOS, para quem “o postulado da igualdade perante a lei só deve declinar em casos absolutamente excepcionais e por motivos de rigorosa necessidade ou utilidade pública” (7).

## II – Antecedentes históricos e atualidade

É no sistema constitucional inglês que os autores, sem discrepância, localizam o berço das imunidades parlamentares. Lá, o duplo princípio da *freedom of speech* e da *freedom from arrest* obteve consagração escrita em 1688 no *Bill of Rights*, o qual proclamou que “a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não seja impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento” (8). Esclarece, todavia, ALCINO PINTO FALCÃO que a franquia não tutela as prisões “em razão da prática de crimes ou, pelo menos, em relação aos crimes mais graves, nem tampouco quanto às prisões preventivas” ou “prisão sem julgamento, por determinação do governo por motivo de segurança, nos termos da lei de defesa do país”, podendo se afirmar que a instituição da prerrogativa teve precipuamente em mira obstar a prisão por dívidas, “tão frequentes antigamente no direito inglês” como raras na atualidade. Observa, por isso, o jurista que, apesar de a franquia haver-se transformado em verdadeira “reliquia histórica”, os ingleses não sentem necessidade de estendê-la a outras situações graças ao elevado grau de educação política do povo, pois “lá é absurdo pensar-se na ocorrência de prisões por motivos odiosos de perseguição política, o que seria intolerável para o simples cidadão e, com maior razão, para qualquer representante com assento no Parlamento inglês” (9).

( 4 ) *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, tomo III*, p. 5.

( 5 ) *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, p. 462; “Imunidade Parlamentar”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 43, p. 51.

( 6 ) *Instituições de Direito Constitucional*, pp. 273-274.

( 7 ) *Direito Constitucional*, p. 107.

( 8 ) “Declaração de Direitos”, in ADRIANO MOREIRA et alii, *Legado Político do Ocidente*, p. 493.

( 9 ) *Ob. cit.*, pp. 24-25.

O segundo documento constitucional a inscrever as imunidades parlamentares entre os seus postulados foi a Carta de 17 de setembro de 1787, dos Estados Unidos da América: "Em nenhum caso, exceto traição, felonias e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara" (artigo 1, seção 6) (10). A *violação da paz*, constante do texto, nada mais é que a *perturbação da tranquilidade pública* (11). No que se refere à *freedom from arrest* norte-americana, anota ALCINO PINTO FALCÃO que a praxe, a jurisprudência e a doutrina já se pacificaram no sentido de ser ela impeditiva de prisão tão-somente em procedimentos cíveis (12). Quanto à *freedom of speech*, considera-se que o privilégio pertence à própria Câmara interessada, a qual se encarrega de defendê-lo, geralmente através da constituição de comissão parlamentar de inquérito; por outro lado, segundo informa o citado jurista, somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das sessões ou das comissões é que são cobertos pela imunidade material, mesmo, porém, que o pronunciamento se repute perigoso à segurança do Estado (13).

Na França, em 23 de junho de 1789, o princípio das imunidades obteve consagração pela terceira vez. Ante a ameaça de dissolução do Terceiro Estado, transmitida pelo mestre de cerimônias Brezé, provocadora da célebre apóstrofe de Mirabeau, de que os deputados ali se encontravam pela vontade do povo e dali só sairiam à força de baionetas, a assembléia, conforme narra CARLOS MAXIMILIANO, decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou "traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles" (14).

Partindo desses precedentes históricos, o instituto se difundiu na Europa e nos demais continentes, ao longo do século XIX e do nosso século, de tal modo que quase todas as Constituições atualmente em vigor o contemplam (a da França, de 1958, no art. 26; a da Itália, de 1948, no art. 68; a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46 etc.), pondo à mostra a persistência, durante séculos, de um princípio que, como outros, teve a fortuna de ser definitivamente sufragado em momentos históricos que a humanidade não se cansa de evocar.

### III — As imunidades parlamentares no Brasil

A primeira Constituição brasileira — a Constituição do Império do Brasil —, outorgada em 25-3-1824, consagrou a inviolabilidade e a improcessabilidade dos parlamentares nos seus arts. 26, 27 e 28, o mesmo fazendo a primeira Constituição republicana, promulgada em 24-2-1891, nos seus arts. 19 e 20.

(10) *Constituição dos Estados Unidos da América*, in ADRIANO MOREIRA et alii, p. 500.

(11) *Constituição Política dos Estados Unidos da América*, in RICARDO LEVENE e PEDRO CALMON, *História das Américas*, vol. XIV, p. 7.

(12) Ob. cit., p. 26.

(13) Ob. cit., pp. 28-30.

(14) *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 292; GEORGES LEFEBVRE, *A Revolução Francesa*, p. 118.

Uma novidade introduzida por esta Carta no tratamento da matéria foi a faculdade concedida ao parlamentar de, quando acusado, renunciar à imunidade (art. 20, parte final). Uma disposição desse texto constitucional que gerava dificuldade de interpretação quanto ao seu verdadeiro alcance era o art. 80, que previa a possibilidade de declaração do *estado de sítio* com suspensão das *garantias constitucionais*, controvertendo-se sobre se tais garantias abrangiam, ou não, as imunidades parlamentares — indagação a que, em 1898, o Supremo Tribunal Federal deu resposta negativa. A Constituição promulgada em 16-7-1934 manteve o instituto nos arts. 31, 32 e 89, § 2º, e instituiu a necessidade de licença da Casa legislativa para a incorporação de parlamentares às forças armadas, em tempo de guerra (art. 32, § 2º), caracterizando-se esse período constitucional por freqüentes e pesadas violações à prerrogativa. A Carta do Estado Novo, outorgada em 10-11-1937, previu as imunidades, com várias restrições, nos arts. 42 e 43, mas inutilmente, pois, durante a sua vigência, o Legislativo não chegou a funcionar. A Constituição de 18-9-1946 definiu as imunidades nos arts. 44, 45 e 46, prescrevendo, no art. 213, a sua subsistência durante o estado de sítio, com possibilidade, porém, de suspensão, “mediante o voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado, as de determinados deputados ou senadores, cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da Nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais”. A Constituição do Brasil, promulgada em 24-1-1967, consagrou as prerrogativas no art. 34, fazendo depender de licença da Câmara o processo por abuso dos direitos individuais e políticos contra parlamentares federais (art. 151, parágrafo único) e possibilitando a suspensão das imunidades por deliberação da Casa a que pertencer o congressista (art. 154, parágrafo único).

Com a redação dada pela Emenda nº 1, de 17-10-1969, e, posteriormente, pela Emenda nº 11, de 13-10-1978, a Carta vigente passou a regular as imunidades parlamentares nos seguintes termos:

“Art. 32 — Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional.

§ 1º — Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º — Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido, dentro de quarenta dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença.

§ 3º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa.

§ 4º — Os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º — Nos crimes contra a segurança nacional, cujo processo independe de licença da respectiva Câmara, poderá o Procurador-Geral

da República, recebida a denúncia e atenta à gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 6º — A incorporação às forças armadas, de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 7º — As prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial.”

O art. 154, por sua vez, estabelece que “o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa”, sendo certo que, “quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer” (parágrafo único); finalmente, “as imunidades dos deputados federais e senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio, por deliberação da Casa a que pertencerem” (art. 156, § 7º), disposição também aplicável à hipótese de decretação do estado de emergência (art. 158, § 5º).

#### IV — Noção de imunidades e suas espécies

CARLOS MAXIMILIANO define a imunidade parlamentar como a “prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violências por parte dos outros Poderes constitucionais” (15). Assegurando o livre funcionamento desse Poder desarmado contra as investidas do Executivo e do Judiciário, a prerrogativa integra o sistema de freios e contrapesos, que responde pelo equilíbrio entre os Poderes e pelo seu funcionamento harmônico (16).

ALCINO PINTO FALCÃO conceitua a imunidade como “*garantia funcional*, em geral bipartida em expediente material e formal, admitida nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e evitar desfalques na integração do respectivo *quorum*” (17).

ERSKINE MAY ensina que “o privilégio parlamentar é a soma dos direitos peculiares gozados por cada Câmara coletivamente, como uma parte integrante da Alta Corte do Parlamento, e pelos membros de cada Casa, individualmente, sem o que eles não poderiam realizar as suas funções, e que excedem aqueles possuídos por outros corpos ou indivíduos. Assim, o privilégio parlamentar, conquanto parte integrante da lei do país, é até certa medida uma exceção à lei ordinária” (18).

Segundo LAFERRIÈRE, as imunidades parlamentares constituem “certas regras que asseguram aos membros do Parlamento uma proteção contra as ações judi-

(15) *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, pp. 44-45.

(16) CARLOS MAXIMILIANO, *ob. e vol. cit.*, p. 45.

(17) *Ob. cit.*, p. 17.

ciárias que poderiam querer intentar-se contra eles, seja o governo, sejam os particulares” (18).

Explica ADHEMAR ESMEIN que tais privilégios e garantias “se destinam a assegurar às duas Câmaras sua plena independência e seu livre funcionamento. Acham-se em parte contidos explicita ou implicitamente nos textos constitucionais, em parte estabelecidos pelas leis ordinárias. Ademais, dividem-se naturalmente em dois grupos: alguns competem às Câmaras, consideradas como corporações; outros protegem seus membros, considerados individualmente” (20).

Incluem-se, portanto, as *imunidades parlamentares* na categoria mais ampla das garantias ou *prerrogativas do Poder Legislativo*, que respondem pela própria independência e autonomia desse Poder e se bipartem em *prerrogativas do Poder Legislativo como instituição* e *prerrogativas parlamentares ou estatuto dos congressistas*, conforme denominação adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA (21). As primeiras consistem em poderem as Casas legislativas reunir-se independentemente de convocação, deliberar sem interferências estranhas, elaborar seus regimentos internos e o regimento comum, preparar a ordem do dia dos trabalhos, promover a sua própria organização administrativa, cuidar da polícia interna etc., sem estarem sujeitas a dissolução. O *estatuto dos congressistas* compreende certos direitos comuns, de que gozam os congressistas em decorrência da sua condição parlamentar, como os de debater as matérias submetidas à sua Câmara e às comissões parlamentares, votar, pedir informações, perceber subsídio e ajuda de custo, exercer certas funções fora do Legislativo etc.; direitos ou garantias *especiais*, que são as *imunidades parlamentares*; e as *incompatibilidades*, consistentes em impedimentos a que os congressistas exerçam certas funções ou pratiquem certos atos cumulativamente com o seu mandato — incompatibilidades que JOSÉ AFONSO DA SILVA classifica em *funcionais*, *negociais*, *políticas* e *profissionais* (22). As *imunidades parlamentares*, a seu turno, se distinguem em *imunidade material*, *imunidades processuais* e *imunidades relativas à prisão e ao processo* e *prerrogativas de foro e para servir como testemunha em júízo*.

## V — A imunidade material

### 1 — Conceito

*Imunidade material* é a prerrogativa por força da qual o congressista fica a salvo de qualquer incriminação, investigação ou processo, por suas opiniões, palavras ou votos. Vem ela definida no art. 32, *caput*, da Constituição vigente, nos seguintes termos:

“Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional.”

( 18) Apud PINTO FERREIRA, ob. e vol. cits., p. 47.

( 19) Apud PINTO FERREIRA, ob. e vol. cits., pp. 47-48.

( 20) Apud PINTO FERREIRA, ob. e vol. cits., p. 86.

( 21) Ob. cit., p. 107.

( 22) Ob. cit., pp. 110-112.



Tendo em vista o emprego, no texto constitucional, do adjetivo *invioláveis* — palavra muito mais rica em carga emotiva do que em significado descritivo (23) —, essa espécie de imunidade é também denominada, entre nós, *inviolabilidade*, correspondendo à *liberdade de palavra* do direito anglo-norte-americano, à *irresponsabilidade* da França, à *insindicabilidade* da Itália e à *indenidade* da Alemanha.

## 2 — Conteúdo e extensão

A imunidade material implica, excetuada a hipótese de crime contra a segurança nacional, a subtração do congressista a qualquer responsabilidade *penal, civil, disciplinar* ou *política*. Com efeito, nas suas opiniões, palavras ou votos, conforme observa NELSON HUNGRIA, jamais se poderá identificar qualquer dos chamados “crimes de opinião” ou “crimes da palavra”, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso etc. (24). Assim, se — em exemplos lembrados por RAUL MACHADO HORTA —, “na tribuna, um deputado acusa funcionário de concussão; fornecedor do Estado, de furto; afirma que determinada pessoa é agente de potência estrangeira; profere, afinal, palavras que, pronunciadas por outros, exporiam o seu autor à ação penal ou à responsabilidade civil” (25), o congressista está a salvo de qualquer espécie de responsabilização. Não se admite, no caso, qualquer investigação ou processo, precisamente porque, na lição de PONTES DE MIRANDA, *não há crime*, descabendo também a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade assegurada pelo art. 32 é *geral*, de direito constitucional material (26). Caso o congressista seja titular de cargo público, civil ou militar, anota BALLADORE PALLIERI que “nenhuma sanção disciplinar pode ser-lhe aplicada em consequência das opiniões expressas e dos votos dados” (27). A atividade do parlamentar fica coberta até mesmo pela irresponsabilidade política, no sentido, apontado por PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, da impossibilidade da revogação antecipada do seu mandato pelos seus eleitores ou pelo seu partido (28), com a ressalva de que, perante o nosso direito constitucional, pode ocorrer a perda do mandato em caso de infidelidade partidária (Constituição, arts. 35, V, e 152, § 5º, primeira parte). Vale a pena lembrar, finalmente, que a imunidade protege o congressista tanto em face das autoridades e *agentes públicos* como dos *particulares*, os quais não podem, de modo algum, incriminá-lo ou responsabilizá-lo. Por outro lado, se das opiniões, palavras ou votos dos parlamentares não pode decorrer nenhum *crime* de opinião ou de palavra, com mais razão incorre a possibilidade de configurar-se, naquela atividade, qualquer *contravenção penal*.

A imunidade material somente se caracteriza na atividade parlamentar e é invocável, mediante a satisfação concomitante de três pressupostos ou requisitos: 1º) que aquela atividade se manifeste através de *opiniões, palavras*

( 23) GENARO R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguage*, pp. 22-23.

( 24) *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo I, p. 188.

( 25) “Imunidades Parlamentares”, p. 47.

( 26) *Ob. e vol. cit.*, p. 7.

( 27) *Diritto Costituzionale*, p. 244.

( 28) *Diritto Costituzionale*, p. 348.

ou votos; 2º) que o congressista se encontre *no exercício das suas funções*; e 3º) que a sua manifestação verse sobre *matéria parlamentar*.

A imunidade material só se refere a *opiniões, palavras ou votos*, isto é, ao que o congressista fala e escreve (opiniões, discursos, apartes, explicações, justificações, pareceres, relatórios, votos), não podendo, obviamente, a prerrogativa imunizar parlamentar quanto a atos praticados com traição ao mandato e em prejuízo do interesse nacional, como, por exemplo, conforme lembra NELSON HUNGRIA, se o deputado ou senador “mercadeja com o próprio voto” — hipótese em que deve responder pelo crime de corrupção passiva (29). A prerrogativa só acoberta os crimes que podem ser cometidos por meio da palavra falada ou escrita, ou seja, aqueles fatos que, abstraída a imunidade e desde que não se caracterizem como crimes contra a segurança nacional, possam configurar, em tese, crimes de opinião ou da palavra, de que constituem exemplos típicos os crimes contra a honra. A inviolabilidade só concerne aos atos que traduzem a liberdade de expressão do pensamento: discursos no recinto, pareceres e votos proferidos no edifício do corpo legislativo ou nas sessões *conjuntas, opiniões emitidas no desempenho de comissões da sua Câmara, discursos feitos das sacadas, ou à porta do edifício da Câmara, quando em resposta a manifestações à própria Câmara etc.* (30). Conseqüentemente, fica excluída da proteção imunitória toda atividade desempenhada pelo congressista que não seja por meio da palavra e configure infração penal (violência física, fraude, falsificação etc.).

Não basta, porém, que o congressista atue por meio da palavra: é necessário também que ele, conforme estabelece o art. 32, *caput*, da Carta vigente, se encontre “no exercício do mandato” ou, como dizia o art. 26 da Constituição do Império, “no exercício de suas funções”. Essas expressões abrangem, em verdade, os dois últimos requisitos apontados acima, o primeiro dos quais é o de achar-se o congressista *no exercício de suas funções*, ou seja, não estar licenciado, encontrar-se em exercício efetivo estadual e estar a sua Câmara ou a sua comissão em função. A atividade do parlamentar não precisa exercitar-se necessariamente dentro do recinto da Câmara, para que o requisito se considere satisfeito: se o congressista se acha representando oficialmente o Congresso ou a sua Casa legislativa, em qualquer ato, fora do edifício onde funciona normalmente, ele se considera *no exercício das suas funções* e recebe a proteção do art. 32, *caput*, da Constituição. Já o mesmo não sucede se, mesmo dentro do edifício, o congressista ou a sua Câmara ou a sua comissão não se encontrem *em função*. Assim — e os exemplos são de PONTES DE MIRANDA — “se não estava em sessão a Câmara a que o deputado, ou o senador pertence, ou se não estava em reunião algum órgão da Câmara, como alguma comissão de que é membro o deputado, ou o senador, qualquer manifestação de opinião por parte dele, que seja crime ou ato ilícito de direito privado, está fora da regra jurídica da inviolabilidade”; “se a Câmara, a que pertence o deputado, ou o senador, estava em sessão, ou em reunião estava a comissão, ou outro órgão, de que ele é membro, e a manifestação de opinião foi fora da sessão ou da reunião, há responsabilidade penal e há responsabilidade civil”. O mesmo

( 29) Ob., vol. e loc. citis.

( 30) PONTES DE MIRANDA, op. e vol. citis., pp. 13 e 6.

ocorre "se o deputado, ou o senador, interpelado, ou entrevistado, ou em rádio, ou em televisão, ou em conversa, ou em mesa-redonda, ou em qualquer lugar, repete o que disse na Câmara, a que pertence, ou na reunião de comissão, ou em solenidade em que representou a entidade congressional", pois "a repetição, fora das funções, não tem a proteção do art. 32 da Constituição" (31). Tanto quanto a repetição, a reafirmação do que foi dito importa responsabilidade, precisamente por não encontrar-se o parlamentar, quando repete ou reafirma, em exercício de função, idêntica sendo a atuação do parlamentar que, fora da função, acrescenta ao que foi dito algo ofensivo ou mais ofensivo, ou tira folheto "para distribuição ostensiva" (32). No mesmo terreno se situa a questão da publicidade, que só imuniza quando normal, isto é, quando se limita a reproduzir na íntegra ou em extrato fiel o que se passou no Congresso, considerando-se anormal, segundo ainda PONTES DE MIRANDA, "a publicidade que se faz com comentários favoráveis, ou alarmantes", "a publicidade em matéria paga", "a publicidade em dois ou mais dias, porque normal é a publicidade única", "a publicidade com letras maiúsculas, ou em cores, ou em tipos de letra grifa, que não constam da publicação oficial" (33).

Para ficar sob o manto protetor do art. 32, a atuação do congressista em efetivo exercício, além de exprimir-se por meio de opiniões, palavras ou votos, precisa ainda versar sobre matéria parlamentar, ou seja, matéria própria e típica da atividade parlamentar, que abrange a fiscalização, a crítica, a informação e a denúncia em tudo quanto diga respeito ao interesse público (34). Se, portanto, o parlamentar se aproveita do mandato para ofender agente público ou pessoa privada em razão de assuntos particulares destituídos de interesse público ou estranhos à sua atividade parlamentar, não pode invocar a proteção imunitória.

### 3 - Natureza jurídica

Controverte-se bastante sobre a natureza jurídica da imunidade material. PONTES DE MIRANDA (35), NELSON HUNGRIA (36) e JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (37) entendem-na como uma *causa excludente de crime* e, semelhantemente, BASILEU GARCIA, como *causa que se opõe à formação do crime* (38); HELENO CLÁUDIO FRAGOSO considera-a *causa pessoal de exclusão de pena* (39); DAMÁSIO DE JESUS, *causa funcional de exclusão ou isenção de pena* (40); ANÍBAL BRUNO, *causa*

(31) Ob. e vol. cits., pp. 8-9.

(32) PONTES DE MIRANDA, ob. e vol. cits., pp. 9-10.

(33) Ob. e vol. cits., pp. 9-10.

(34) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1.º vol., pp. 215-216.

(35) Ob. e vol. cits., pp. 5-6.

(36) Ob. e vol. cits., pp. 188-189.

(37) "A imunidade dos deputados estaduais", *O Estado de S. Paulo*, edição de 4-12-1979, p. 37.

(38) *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo I, p. 190.

(39) *Lições de Direito Penal* (Parte Geral), p. 135.

(40) *Questões criminais*, p. 175; "Imunidades parlamentares", *O Estado de S. Paulo*, 30-4-1980, p. 34.

*pessoal e funcional de isenção de pena* <sup>(41)</sup>; VICENTE SABINO JÚNIOR, *causa de exclusão de criminalidade* <sup>(42)</sup>; MAGALHÃES NORONHA, *causa de irresponsabilidade* <sup>(43)</sup>; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *causa de incapacidade penal por razões políticas* <sup>(44)</sup>.

As limitadas proporções do presente trabalho impedem a focalização e o aprofundamento, que seriam desejáveis, de todos os aspectos que o tema suscita, cujo exame, portanto, tem de conter-se nos limites de uma apertada síntese.

Parece que se pode afirmar, antes de mais nada e sem heresia, que as questões relativas à *isenção ou exclusão de pena*, à *punibilidade*, à *responsabilidade* e à *antijuridicidade* dependem, via de regra, de duas condições ou de dois pressupostos: 1º) da existência de algum *procedimento criminal* ou, pelo menos, de algum *inquérito policial* ou de outra natureza ou de peças de informações; e 2º) da ocorrência de alguma *infração penal*, afora talvez a hipótese da *abolitio criminis*, que não mantém nenhuma similitude com a imunidade. Ora, na hipótese de imunidade material, não chega a instaurar-se nem procedimento criminal nem inquérito policial ou qualquer outro tipo de investigação ou sindicância, precisamente por ausência de infração penal. Os congressistas são *invioláveis*, no sentido de que, por suas opiniões, palavras ou votos, não podem sofrer nenhum gravame porventura previsto nas leis penais ou não penais. Assim, se a legislação penal descreve ilícitos que podem ser cometidos por aquele meio, as disposições respectivas não podem afetar, atingir ou alcançar os congressistas, porque o art. 32 da Constituição os imuniza em relação a elas, bem como em relação aos preceitos que prevejam responsabilidade civil, disciplinar ou política. Em matéria penal, aquele dispositivo constitucional, na expressão de BASILEU GARCIA, impede a "formação do crime". Explicando o fenômeno jurídico que aí ocorre, PONTES DE MIRANDA preleciona que "o art. 32 da Constituição de 1967 é pré-excludente de regra jurídica que considere crime a opinião do senador, ou do deputado, ainda que, se a pessoa não fosse senador, ou deputado, estivesse composto o suporte fático da regra jurídica penal" <sup>(45)</sup>. Em outro passo dos seus comentários, ao focalizar hipótese de participação de terceiro em ato praticado por congressista, que seria criminoso se ele não estivesse protegido pela imunidade, explica o mestre que "o crime do cúmplice ou co-autor é punido à parte: não houve o crime do deputado, ou senador; houve o da pessoa não imune" <sup>(46)</sup>. A necessidade de conceber-se o mesmo fato como, a um só tempo, criminoso e não criminoso, conforme seja referido ao partícipe ou ao autor, põe à mostra a dificuldade de solucionar-se o problema da natureza jurídica da imunidade material exclusivamente com os conceitos e institutos próprios do direito penal. O que ocorre, aí, não é propriamente a pré-exclusão da regra jurídica tipificadora de crimes, mas a sua *não-aplicação*

(41) *Direito Penal*, vol. 1 (Parte Geral), tomo 1º, p. 236.

(42) *Direito Penal*, vol. 1, p. 103.

(43) *Direito Penal*, vol. 1, p. 100.

(44) *Tratado de Direito Penal*, vol. III, p. 14.

(45) Ob. e vol. cit., pp. 5-6.

(46) Ob. e vol. cit., p. 19.

ao congressista: o art. 32 da Lei Maior impede a aplicação ou paralisa a eficácia de certas normas. Por tais razões, parece mais acertado caracterizar a prerrogativa como *causa impeditiva da aplicação da lei* (penal, civil, militar) ou *causa paralisadora da eficácia da lei, relativamente aos congressistas, em razão das suas funções*. Além, embora sem fazer a colocação acima, o que o eminente DAMÁSIO DE JESUS estuda, na sua obra fundamental, no capítulo dedicado à "eficácia da lei penal em relação a pessoas que exercem determinadas funções públicas", é, precisamente, ao lado das imunidades diplomáticas, a imunidade parlamentar<sup>(47)</sup>. As imunidades diplomáticas, todavia, diferentemente do que ocorre com as parlamentares, não impedem a configuração dos ilícitos porventura praticados, apenas isentando os seus autores de responder perante as autoridades brasileiras.

#### 4 - Características

Da satisfação dos pressupostos acima estudados decorre a própria configuração ou existência da imunidade material, a qual, considerada como entidade já existente no mundo jurídico, ostenta as seguintes características: 1ª) refere-se ela sempre a atos funcionais, ou seja, a atos praticados por congressista, por meio de opiniões, palavras ou votos, no exercício de suas funções e sobre matéria parlamentar; 2ª) a imunidade material é dotada de *eficácia temporal permanente* ou absoluta, de caráter perpétuo: uma vez que ela pressupõe a *inexistência da infração penal*, o congressista jamais — mesmo depois de extinto o seu mandato — será investigado, incriminado ou responsabilizado por algo que não chegou a acontecer ou existir; e 3ª) a imunidade material *não pode ser suspensa*, ao contrário do que ocorre com as imunidades processuais e com a imunidade à incorporação às forças armadas, pois a Constituição não abre exceção à eficácia temporal permanente daquela prerrogativa.

### VI - As imunidades processuais

#### 1 - Conceito

*Imunidade processual ou formal* é a prerrogativa por força da qual o congressista não pode ser preso ou processado sem autorização da Câmara a que pertence. Prescreve o art. 32, § 1º, da Constituição vigente que, "desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara", acrescentando o § 3º do mesmo dispositivo que, "no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa". A imunidade processual corresponde à *freedom from arrest* do direito anglo-norte-americano, à *inviolabilidade* da França e à *imunidade italiana e alemã*<sup>(48)</sup>. Entre nós, a doutrina ainda não se pacificou quanto à adoção de uma palavra simples para indicar, com precisão, uma e outra formas

(47) *Direito Penal*, 1.º vol., pp. 134-137.

(48) ALCINO PINTO FALCÃO, ob. cit., pp. 14 e 15 e 19 e ss.; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, ob. cit., p. 347.

de imunidade, afigurando-se vantajoso, por isso e para evitar incertezas, o emprego das expressões *imunidade material* e *imunidade processual*.

## 2 - Conteúdo e extensão

Ficou consignado acima que as imunidades processuais se subdividem em *imunidades* relativas à *prisão* e ao *processo* e *prerrogativas de foro* e *para servir como testemunha em juízo*. Somente as duas primeiras, todavia, é que se incluem na noção de *imunidade*, propriamente, pois, embora, ao contrário do que ocorre com a imunidade material, não impeçam a configuração da infração penal, *impedem a prisão e o processo*, enquanto não autorizados estes pela Casa legislativa a que pertencem. Já as *prerrogativas de foro* e *para servir como testemunha em juízo* não subtraem o congressista dos atos a que se referem (juízo e prestação de depoimento em juízo). Consistem, pois, as imunidades processuais: 1º) na insujeição do congressista a *prisão*, a menos que preceda *licença* da Casa legislativa ou que se trate de *prisão em flagrante de crime inafiançável*, mas, neste caso, a manutenção ou não da prisão é resolvida pela Câmara; e 2º) na insujeição do congressista a *processo criminal (improcessabilidade)*, a menos que preceda *licença*.

A insujeição do parlamentar a *prisão* abrange todo e qualquer tipo de *prisão criminal* que não se inclua na exceção acima, podendo ser *provisória* (prisão preventiva, prisão em virtude de pronúncia) ou *definitiva*, em caso de sentença condenatória, assim como todo tipo de *prisão não criminal: prisão civil, prisão administrativa, prisão disciplinar*. No que se refere à *prisão em virtude de sentença condenatória*, importa distinguir se a decisão foi proferida e transitou em julgado *antes da eleição* ou *depois da eleição, mas antes da expedição do diploma*. Numa e noutra hipótese, a condenação importa na suspensão dos direitos políticos e, conseqüentemente, em inalistabilidade e inelegibilidade (Constituição, arts. 147, § 3º, c, 149, § 2º, c, e 150); mas, se, a despeito disso, o congressista se elegeu e recebeu seu diploma, sem que este fosse declarado nulo pela Justiça Eleitoral, parece que as duas hipóteses reclamam solução única: a *perda automática do mandato*, a ser declarada pela Mesa da Casa a que pertencer o parlamentar (Constituição, art. 35, IV, e § 4º), julgando-se *prejudicado* o pedido de licença para executar a prisão.

Em caso de *flagrante em crime inafiançável*, o parlamentar pode ser preso (art. 32, § 1º), mas os autos respectivos devem ser remetidos, no prazo de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que esta resolva sobre a prisão e autorize, ou não, o processo; em caso de *crime afiançável* — e quase todos atualmente o são —, o parlamentar não pode ser preso, mesmo que surpreendido em flagrante, devendo-se oportunamente formular o pedido de licença para o processo.

A *improcessabilidade*, por sua vez, significa a insujeição do congressista a qualquer tipo de *processo criminal* ou *penal*, no qual se incluem quaisquer processos ou procedimentos, seja o *comum*, sejam os *especiais, incidentes* ou de *execução*, desde que de natureza *criminal* (Constituição, art. 32, § 1º), enquanto não obtida *licença* da sua Câmara, da qual depende tanto a *instauração* como, se for o caso, o *prosseguimento* do processo. Desarrazoado, por isso, se afigura o entendimento da admissibilidade, por exemplo, da *busca e apreensão*

*criminal*, a pretexto de que a medida não se destina a atingir a *pessoa* do parlamentar, mas os seus bens (49). Comentando hipótese semelhante — de *seqüestro criminal* —, o senador ARGEMIRO DE FIGUEIREDO teve oportunidade de proclamar que a *accessoriedade* das medidas cautelares criminais em relação ao processo principal não tem o condão de modificar a sua natureza criminal (50). Independentemente de licença, todavia, podem promover-se contra os congressistas quaisquer processos ou medidas de natureza *não penal* (cível, administrativa, disciplinar), com a única restrição, lembrada por PONTES DE MIRANDA, de que, se em algum desses procedimentos for ordenada a prisão do parlamentar, esta dependerá de licença (51).

Impõe-se a solicitação de licença para a instauração tanto de *ação pública*, condicionada ou incondicionada, através de *denúncia*, como de *ação privada*, por meio de *queixa*, incluindo-se ainda na primeira hipótese o *processo sumário das contravenções*, iniciável por meio de *portaria* expedida pela autoridade policial ou judiciária (Código de Processo Penal, arts. 531 e seguintes). Tendo em vista que a portaria constitui a peça inaugural desse procedimento anômalo e que o Supremo Tribunal Federal detém competência privativa para processar e julgar os congressistas (Constituição, arts. 32, § 4º, e 119, I, a), a esse órgão é que toca expedir a aludida peça, depois de obtida licença da Câmara competente.

A necessidade de licença para o *prosseguimento* de processo criminal pode ocorrer na hipótese em que, ao tempo da investidura do congressista, já tramite contra ele algum procedimento daquela natureza, em qualquer juízo ou Tribunal; cessando, automaticamente, a competência deste, incumbir-lhe-á suspender o curso do processo e encaminhar os autos ao Supremo Tribunal Federal, para que este solicite a necessária licença.

A *prerrogativa de foro* significa que “os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” (Constituição, art. 32, § 4º), tanto nos *crimes comuns* (art. 119, I, a) como nos *crimes contra a segurança nacional* (art. 32, § 5º). A duração dessa prerrogativa coincide com a duração do mandato, só prevalecendo durante o exercício deste. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar-se incompetente em caso de crime praticado por ex-parlamentar (52), mas competente para um fato de responsabilidade de pessoa não detentora da prerrogativa, mas que, ao instaurar-se o processo, já exercia o mandato parlamentar (53). Tais posturas se afinam com o pensamento de HÉLIO TORNAGHI:

“Cessada a função, cessa a prerrogativa. Se quem dela gozava já está sendo processado pelo órgão eminente, a competência não se modifica, em virtude do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Se, ao perder a prerrogativa, aquele que dela gozava ainda não está sendo

(49) BRUNO DE MENDONÇA LIMA JR., “Caráter pessoal das imunidades parlamentares”, *Revista Forense*, 163/449-451.

(50) “Imunidades parlamentares”, *Revista de Informação Legislativa*, 6, pp. 15-16.

(51) Ob. e vol. cit., p. 19.

(52) *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 61, p. 4.

(53) *Revista de Direito Administrativo*, vol. 109, p. 189.

processado, o foro para ele passa a ser o comum, pouco importando que a infração tenha sido praticada ao tempo em que tinha a prerrogativa" (54).

A prerrogativa para servir como testemunha em juízo está contida, a contrario sensu, no art. 32, § 7º, da Lei Básica, segundo o qual "as prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial". Essa prerrogativa se acha atualmente regulamentada pelo art. 221 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 3.653, de 4-11-1959, aí se estabelecendo que os congressistas, como outros agentes públicos indicados no dispositivo, "serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz".

### 3 – Características

A imunidade processual, referente à prisão e ao processo, apresenta as seguintes características: 1ª) refere-se a atos não funcionais, isto é, a infrações penais estranhas ao exercício do mandato, como homicídio, lesões corporais, furto, apropriação indébita, estelionato, falsificação, crimes contra os costumes etc., ou que, embora relacionadas com aquele exercício, traduzam violação dos deveres que lhe são inerentes ou atentem contra o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública, como corrupção passiva, prevaricação, advocacia administrativa etc.; 2ª) é dotada de eficácia temporal provisória ou relativa, no sentido de que vigora quando se extingue, podendo, então, ser cumprido mandado de prisão que haja contra o congressista, assim como instaurar-se ou prosseguir processo; e 3ª) pode ser suspensa, através de deliberação da Câmara respectiva, que conceda licença para a prisão ou o processo ou se decida pela manutenção da prisão em flagrante de crime inafiançável.

### 4 – A licença

#### 4.1 – Espécies e natureza jurídica

Licença é a autorização que a Casa legislativa concede para que possa executar-se mandado de prisão contra congressista e intentar-se ou prosseguir contra ele processo por crime diverso dos atentatórios da segurança nacional e diverso também dos crimes que se acham acobertados pela imunidade material, inclusive nos inafiançáveis em que haja prisão em flagrante, assim como para que parlamentar possa ser incorporado às Forças Armadas – hipótese semelhante mas estranha ao campo das imunidades processuais. No que se refere a estas, três são, portanto, as hipóteses em que há necessidade de licença: 1ª) na de prisão; 2ª) na de processo; e 3ª) na de prisão em flagrante de crime inafiançável.

Nos casos de solicitação de licença para prisão ou processo, a deliberação da Casa legislativa é única ou singular: concede ou nega a licença. No caso de

( 54) Curso de Processo Penal, vol. 1, p. 132.



*prisão em flagrante de crime inafiançável*, a manifestação da Câmara é *dupla*: delibera sobre a manutenção, ou não, da prisão e sobre a concessão, ou não, da licença para o processo (Constituição, art. 32, § 3º). Aliás, a Lei Básica fala em autorizar a *formação da culpa* — expressão conservada por espírito de tradição, mas relacionada com uma noção há muito abandonada nos domínios do processo penal brasileiro e que hoje encontra correspondência aproximada tão-somente na preparação do processo para o plenário do júri e na primeira fase do processo político por crime de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República. Constituía a *formação da culpa* a fase preliminar do processo criminal ordinário, que se iniciava, no magistério de FREDERICO MARQUES, com a denúncia do indiciado pelo promotor e se encerrava com o pronunciamento judiciário sobre a legitimidade ou admissibilidade da acusação, que traduzia o reconhecimento da existência do crime e da autoria, imputável ao indiciado. Essa fase compunha o chamado *judicium accusationis*, que precedia o *judicium causae*, mas o processo penal brasileiro aglutinou a instrução do juízo, de tal modo que, “proposta a ação penal, instaura-se a instância, e a relação processual se desenvolve através das diversas fases do procedimento, e, sem percorrer o *iter* processual dos juízos escalonados, tem sua fase de cognição encerrada com a sentença que decide a causa” (55). O que, portanto, o texto constitucional, ao que parece, pretende significar é a autorização para a *propositura da ação penal* ou *início ou instauração do procedimento penal*.

Ainda na hipótese de flagrante de crime inafiançável, pode a Câmara considerar injustificáveis a prisão e o processo, ou somente aquela, mas com autorização para o processo.

Em qualquer caso, porém, na apreciação do pedido de licença, o julgamento da Casa legislativa é exclusivamente *político* e desnecessitado mesmo de *motivação*, nada a impedindo, todavia, de examinar os aspectos de *legalidade* dos atos a que se refere o pedido, assim como o seu *mérito*, e de fundamentar a sua deliberação, sem que esta, no entanto, caso concedida a licença, por qualquer modo vincule o interessado no pedido ou influa na sua atividade subsequente.

Constitui a licença uma *condição de procedibilidade*, que se inclui entre as condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal, a que se refere o art. 43, III, do Código de Processo Penal. Tal é o ensinamento de FREDERICO MARQUES, segundo o qual as condições de procedibilidade, diversamente do que ocorre com os pressupostos processuais, que “têm em vista a admissibilidade do julgamento da pretensão punitiva”, indicam os elementos e as circunstâncias que tornam admissível a *persecutio criminis*, “mostram quais os elementos prévios para ser admissível a acusação”, abrangendo, em suma, todas as questões correlatas com o exercício da ação penal, a saber, as condições da ação, as já mencionadas condições previstas no art. 43, III, do estatuto processual penal, a inexistência de coisa julgada ou de litispendência, sem que, por outro lado, se confundam com as *condições de punibilidade*, por se enquadrarem estas no

( 55) *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, pp. 173-177.

*meritum causae* (56), ou, segundo adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER, porque a identificação destas depende não apenas da ausência de certo requisito que impede a punição, como da presença da possibilidade de absolvição *de meritis* (57). A categorização da licença como *condição de procedibilidade* justifica-se, todavia, somente na hipótese de *instauração* de procedimento penal; no tocante ao *prosseguimento* do processo, por haver-se iniciado ao tempo em que o parlamentar ainda não gozava da prerrogativa, parece preferível, à minguada de conceito consagrado no nosso direito processual penal, fazer uso da expressão *condição de prosseguibilidade*, corrente no direito italiano, embora referível a situação um pouco diversa (58).

#### 4.2 — A iniciativa para o pedido

O pedido de licença deve ser formulado: 1º) pelo *Ministério Público*, representado pelo Procurador-Geral da República, que atua junto ao Supremo Tribunal Federal, para *iniciar* ação pública, condicionada ou incondicionada, sob pena de oferecer *denúncia inepta*, necessariamente rejeitável (Código de Processo Penal, art. 43, III, e parágrafo único), óbvio sendo que, se o chefe do Ministério Público Federal elaborar a peça inidônea, caberá, então, ao Pretório Excelso a solicitação da licença; 2º) pelo *ofendido*, para *iniciar* ação privada, através de queixa; 3º) pelo *Supremo Tribunal Federal*, para: a) *iniciar procedimento contravencional*, através de *portaria*; e b) *prosseguir* procedimento criminal iniciado antes de o congressista investir-se nas suas funções; 4º) *pela autoridade judiciária* ou *administrativa* que haja ordenado a prisão não penal do congressista (prisão civil, administrativa ou disciplinar); e 5º) *pela autoridade policial* que haja presidido a lavratura do auto de prisão em flagrante de crime inafiançável — nada impedindo que, nas duas últimas hipóteses, a solicitação da licença se faça à Câmara competente através do Supremo Tribunal Federal (59).

#### 4.3 — Requisitos do pedido

O pedido de licença para prisão ou processo, assim em caso de prisão em flagrante de crime inafiançável, deve ser: 1º) *leal e sincero*, no sentido de que não deve traduzir mero expediente de perseguição ou vingança política, nem pretexto para intimidar o congressista ou ofender a sua honra e a sua liberdade; o processo ou a prisão a que se refere o pedido devem exprimir a consequência normal de algum procedimento ilícito do congressista, e não a simulação de atos forjados ou preparados para enredá-lo nas malhas da justiça e afastá-lo das suas funções, por inconfessáveis razões políticas ou pessoais; e 2º) o pedido deve fundar-se em *motivos graves*, quer pela gravidade objetiva do fato atribuído ao parlamentar, idônea para comprometer a sua *autoridade moral* para o exercício do mandato, quer pela profunda emoção provocada pelo fato,

( 56) Ob. cit., vol. II, pp. 291-396.

( 57) *As condições da ação penal*, p. 166.

( 58) GIOVANNI LEONE, *Diritto Processuale Penale*, pp. 89-90.

( 59) JORGE ALBERTO ROMEIRO, "Licença para processar deputados e senadores", *Revista Forense*, 172/588-592; ROGÉRIO COSTA RODRIGUES, ob. cit., pp. 178-180; RAUL MACHADO HORTA, ob. cit., pp. 53-55.

cujo pronto esclarecimento é exigido pelo *interesse público* ou como garantia da ordem pública <sup>(60)</sup>.

#### 4.4 – A concessão da licença

Ao apreciar o pedido de licença, a Câmara goza da mais ampla discricionariedade, deliberando à luz da conveniência e oportunidade da providência pedida e proferindo juízo eminentemente político para conceder ou recusar a licença. A *concessão* da licença produz os seguintes efeitos: 1º *suspende a imunidade*, de modo que contra o congressista pode ser executado, desde logo, mandado de prisão penal ou não penal, assim como iniciar-se procedimento criminal ou prosseguir procedimento criminal iniciado antes da sua investidura; 2º) a concessão é *definitiva*, de modo que não é dado à Casa legislativa, posteriormente, cassar ou revogar a licença concedida; e 3º) a concessão da licença suspende a imunidade do parlamentar somente em relação aos *fatos* que deram origem ao pedido, sujeitando-o, no tocante a tais fatos e a outros com eles conexos, às regras do direito comum, de modo que a ocorrência de *fatos novos* exige novo pedido de licença. Essa regra exprime o chamado *princípio da especialização da licença*, firmado pelo direito parlamentar, merecendo registrar-se que a *qualificação jurídica* daqueles fatos pode sofrer alteração, mesmo que agrave a situação do congressista, sem que haja necessidade de renovar-se a solicitação de licença <sup>(61)</sup>.

#### 4.5 – A recusa da licença

Se a Câmara negar a licença solicitada, a prisão ou o processo a que esta se refere não poderá executar-se, iniciar-se ou prosseguir, enquanto o congressista se encontrar no exercício do seu mandato, mas só depois de expirado este, se até então não se houver operado a prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória <sup>(62)</sup>.

#### 4.6 – A concessão tácita

Tanto no caso de prisão como no de processo, dispõe a Câmara do prazo de quarenta dias para deliberar quanto à concessão ou recusa da licença solicitada. A inércia da Casa legislativa importa na *concessão tácita* ou *presumida* da licença, nos termos do art. 32, § 2º, da Constituição.

#### 4.7 – Desnecessidade de licença

Nos crimes contra a segurança nacional, assim como em caso de abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, o processo contra congressista independe de autorização da sua Câmara, podendo mesmo o Procurador-Geral de República, na primeira hipótese, desde que recebida a denúncia e se trate de crime

( 60) RAUL MACHADO HORTA, ob cit., pp. 50-52; ROGÉRIO COSTA RODRIGUES, ob. cit., pp. 180-181.

( 61) RAUL MACHADO HORTA, ob. cit., pp. 55-57.

( 62) ROGÉRIO COSTA RODRIGUES, ob. cit., pp. 180-181.

grave, “requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal” (Constituição, arts. 32, § 5º, e 154 e parágrafo único).

## VII — A imunidade quanto ao serviço militar

Mesmo que sejam militares, os congressistas não podem ser incorporados às Forças Armadas, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, a menos que a Câmara a que pertencem o autorize. A concessão da licença, no caso, suspende a imunidade somente no que se refere ao serviço militar, sujeitando, porém, o parlamentar incorporado à legislação e aos regulamentos militares.

## VIII — Características comuns às imunidades em geral

As imunidades parlamentares — tanto a imunidade material como as imunidades processuais e a imunidade à incorporação às Forças Armadas — ostentam as seguintes características comuns: são prerrogativas funcionais e pessoais, irrenunciáveis e derogatórias do direito comum.

### a) Prerrogativas funcionais e pessoais

A característica funcional ressalta, desde logo, da circunstância de serem os congressistas *agentes políticos* e, como tais, na lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do Poder”, sendo sua função “a de formadores da vontade superior do Estado” (63). CIRNE LIMA entende a prerrogativa simplesmente como uma *função* — a função legislativa (64); GIULIO BATTAGLINI, como um privilégio *concernente à função* (65); MIGUEL REALE inclui entre as *situações subjetivas* aquelas em que há um *poder* de fazer algo, como expressão de uma *competência* ou *atribuição*, a ele correspondendo uma forma, maior ou menor, de *sujeição* (66); PONTES DE MIRANDA, quanto às prerrogativas processuais, afirma que a elas correspondem direitos públicos subjetivos: ao processo especial, que é o de permissão pela própria Câmara, ou ao exame do auto de flagrante (67). Com efeito, a *atividade parlamentar* e a *insujeição* dos congressistas às normas penais definidoras de delitos de opinião, assim como a prisão, processo e incorporação militar, salvo licença da Câmara, constituem *bens* que se acham em *relação de dependência* — caracterizadora do *direito subjetivo*, segundo ANDRÉ FRANCO MONTORO (68) — tanto para com o órgão a que pertencem os congressistas, como para com estes individualmente, na medida em que tanto estes como aquele podem exigir a observância dos princípios constitucionais no que se refere às prerrogativas. O mesmo ocorre sob a óptica do *poder-sujeição*: as prerrogativas, como um *plus* ou exten-

( 63) *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, p. 7.

( 64) “Inviolabilidade de deputado e senador”, *Revista de Direito Público*, 16/98.

( 65) *Direito Penal*, p. 103.

( 66) *Lições Preliminares de Direito*, pp. 296-297.

( 67) *Ob. e vol. cits.*, p. 16.

( 68) *Introdução à Ciência do Direito*, 2º vol., pp. 456-459

são das competências ou atribuições dos congressistas, exprimem, a um tempo, não apenas *poder*, mas, igualmente, *sujeição* obrigatória das autoridades àquele poder. Tal estrutura, em suma, tem afinidade com a do tipo *pretensão-obrigação*, típica do direito subjetivo: à pretensão dos congressistas de observância das prerrogativas corresponde a obrigação dos demais Poderes de observá-las, quer negativamente, não as infringindo, quer positivamente, fazendo observá-las. Tanto, pois, na pretensão-obrigação, como no poder-sujeição ou no direito-relação, há sempre uma correlação entre *direito e dever*. Assim, conforme anota VICENTE RÁO, aos *direitos públicos subjetivos* do Estado, que são os *direitos-funções* por ele exercitados no desempenho de sua atividade própria, correspondem *deveres jurídicos* do próprio Estado, como o de tornar efetiva a execução dos seus direitos-funções, na base do respeito à Constituição e às leis em geral, assim como os de cumprir ou suportar as obrigações que decorrem daqueles direitos e de respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos ou corpos sociais (69). Ora, as imunidades visam *diretamente* a proteção da *liberdade do congressista: liberdade de opinião*, para que ele possa exercer sua função com plenitude; *liberdade física ou corporal*, para que ele possa desempenhar não apenas a sua função pública, como as demais atividades decorrentes da sua condição humana. Só *indiretamente*, portanto, é que protegem o órgão.

#### b) Irrenunciabilidade

Do aspecto *funcional* das prerrogativas decorre a sua irrenunciabilidade ou indisponibilidade: o congressista não pode abrir mão quer da imunidade material, quer das imunidades processuais ou da que se refere ao serviço militar, por ser agente político que, com o seu trabalho parlamentar, concorre para a formação da vontade estatal. Por isso mesmo, nosso ordenamento constitucional não prevê a possibilidade de renúncia, diferentemente do que ocorria com a Constituição de 1891, cujo art. 20 a contemplava, no tocante à prisão em flagrante de crime inafiançável, estabelecendo que, em tal caso, "levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, *se o acusado não optar pelo julgamento imediato*". A maioria dos autores despreza a distinção feita no início deste tópico, entendendo, como ALDO BOZZI, que as prerrogativas parlamentares "protegem exclusivamente um bem público, a instituição, e como tais, não são suscetíveis de renúncia" (70). Outros chegam a fazer certa concessão em favor do aspecto individual da garantia, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, segundo o qual as prerrogativas "são estabelecidas menos em favor do congressista que da instituição parlamentar" (71), e ROSAH RUSSOMANO, para quem os congressistas, "apesar de beneficiários das prerrogativas, não podem renunciar às mesmas, que visam, visceralmente, insistimos, ao próprio órgão" (72). Como quer que seja, vale a pena registrar que há total unanimidade quanto ao caráter irrenunciável das imunidades.

( 69) *O Direito e a Vida dos Direitos*, 2.º vol, pp. 456-459.

( 70) *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 112.

( 71) *Ob. cit.*, p. 107.

( 72) *Ob. cit.*, p. 79.

### c) *Derrogação do direito comum*

Igual unanimidade reúne os autores em torno da compreensão de que as imunidades parlamentares derogam o direito comum. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO fala em “exceções ao direito comum” (73); C. LAVAGNA, em “normas que determinam uma exceção” (74); ALDO BOZZI, em “normas destinadas a garantir a independência e a soberania da Câmara, subtraindo quem exercita a função parlamentar, nos modos e casos estabelecidos, do âmbito do direito comum” (75); PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, em “subtração ao direito comum” (76). As normas constitucionais reguladoras das imunidades subtraem os congressistas à incidência de normas do direito penal, tipificadoras dos crimes de opinião, assim como de normas de natureza não penal, relativas à responsabilidade civil e disciplinar e às obrigações dos civis para com o serviço militar, subtraindo-os também à disciplina das normas comuns do direito processual penal.

### IX – *As imunidades parlamentares no estado de sítio*

A Constituição vigente estabelece que “as imunidades dos deputados federais e senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio, por deliberação da Casa a que pertencerem” (art. 156, § 5º). MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO esclarece que “somente a imunidade de determinados deputados ou senadores é que será suspensa durante o estado de sítio e isso por deliberação expressa da Casa a que pertencerem os mesmos” (77), explicando PONTES DE MIRANDA que o constituinte optou pela *restrição* às imunidades, em desfavor da *extensão* do estado de sítio aos parlamentares (78).

### X – *As imunidades dos deputados estaduais*

O Ato Adicional à Constituição do Império (lei de 12 de agosto de 1834), que criou as Assembléias Legislativas Provinciais, estabeleceu, no art. 21, que os membros dessas Casas legislativas “serão invioláveis pelas opiniões que emitirem no exercício de suas funções”, assegurando-lhes, assim, a imunidade material, mas, de então até hoje, nenhum outro ato constitucional voltou, em nosso País, a referir-se às imunidades parlamentares dos deputados estaduais. A despeito disso, as Constituições dos Estados-Membros vêm, sistematicamente, contemplando a dupla prerrogativa em favor dos seus legisladores, nos mesmos termos em que a Constituição Federal o faz para com os congressistas, com o apoio praticamente unânime da doutrina e com o aval da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Entre os inúmeros estudiosos que prestigiam a extensão das prerrogativas aos deputados estaduais, podem-se mencionar ALCINO PINTO FALCÃO (79), PEDRO ALEIXO (80), MACÁRIO PICANÇO (81), VALDIR DE ABREU

( 73) Ob. cit., p. 175.

( 74) *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 659.

( 75) Ob. cit., p. 112.

( 76) Ob. cit., p. 346.

( 77) *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.º vol., p. 157.

( 78) Ob. cit., tomo V, p. 685.

( 79) Ob. cit., pp. 88 e ss.

( 80) *Imunidades Parlamentares*, pp. 103-107.

( 81) Ob. cit., p. 23.

(<sup>82</sup>), RAUL MACHADO HORTA (<sup>83</sup>), PINTO FERREIRA (<sup>84</sup>), JOSÉ AFONSO DA SILVA (<sup>85</sup>), JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (<sup>86</sup>), DAMÁSIO DE JESUS (<sup>87</sup>) e JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (<sup>88</sup>), merecendo registro especial FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA que, em dissertação de mestrado que apresentou à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, elaborou o estudo mais completo, no Brasil, sobre as *imunidades parlamentares* (<sup>89</sup>).

Para sintetizar os pontos centrais do tema, pode-se dizer, com a autora citada por último, que: 1º) a faculdade dos Estados-Membros de outorgar imunidades aos deputados estaduais decorre da sua capacidade de auto-organizar-se, a qual, por seu turno, constitui a característica principal da autonomia estadual na Federação; 2º) tal faculdade se inclui na competência remanescente ou residual dos Estados-Membros; 3º) apesar de as prerrogativas importarem em derrogação de normas de direito penal e de direito processual penal, de competência legislativa da União, sua concessão pelos constituintes estaduais deve considerar-se legítima, em face das imposições maiores do sistema representativo; 4º) os Estados-Membros devem, obrigatoriamente, incluir tais garantias na sua organização, porque a Carta Magna impõe, sob pena de intervenção federal, a observância do sistema representativo e do princípio da independência e harmonia dos Poderes; 5º) as imunidades dos deputados estaduais somente têm eficácia dentro dos limites territoriais dos respectivos Estados-Membros; 6º) dentro de tais limites, as franquias estaduais são oponíveis a quaisquer autoridades, inclusive federais; e 7º) as Constituições estaduais não precisam reproduzir fielmente o modelo federal, quanto às imunidades, pois os preceitos que disciplinam a matéria na Lei Básica não se incluem entre os que, por força do art. 200, se consideram automaticamente incorporados ao direito constitucional legislado dos Estados (<sup>90</sup>).

Uma das poucas vozes dissonantes, na matéria, é a de J. FLÓSCOLO DA NÓBREGA, que impugna a possibilidade de os Estados legislarem sobre imunidades, por produzirem estes efeitos que se localizam no direito penal e no direito processual, de competência legislativa da União, e também por entender que as regalias não se encartam em nenhum princípio constitucional, nem mesmo no da independência dos Poderes, pois o próprio Judiciário não se acha protegido por elas; acrescenta que a prerrogativa, na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, tem sido assegurada em termos bastante discretos, em contraste com os descomedimentos que ocorrem entre nós, onde, além disso, a recusa sistemática

---

( 82) "Ainda as imunidades parlamentares", *Revista Forense*, 178/466-469.

( 83) Ob. cit., pp. 57-63.

( 84) *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, pp. 471-477.

( 85) Ob. cit., pp. 158-159.

( 86) Ob., jornal e loc. citis.

( 87) Ob., jornal e loc. citis.; "A imunidade parlamentar como causa de isenção de pena" — 1, *O Estado de S. Paulo*, 27-6-1980, p. 31; "Imunidade Parlamentar" — 3, *O Estado de S. Paulo*, 20-7-1980, p. 49.

( 88) "As imunidades parlamentares", *O Estado de S. Paulo*, 27-9-1980, p. 28.

( 89) Ob. cit., pp. 158-196.

( 90) FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 215-217.

da licença faz com que criminosos permaneçam acoitados pelo coleguismo; a representar o povo e ditar leis para a Nação; finaliza por definir a prerrogativa como "instituição anacrônica, sobrevivência do medievalismo no corpo das Constituições modernas", que se mantém apenas "pela força da inércia, como órgão atrofiado, resíduo de uma fase de evolução já superada", e por proclamar que, nas democracias, "não há lugar para intangíveis e irresponsáveis", graças a um privilégio que importa "chocante derrogação ao direito comum e ao princípio fundamental da igualdade perante a lei" (91).

Mesmo, porém, que se admita — e é o que ora se faz — que as imunidades são tão justificáveis para os deputados estaduais como para os congressistas, continua a impressionar o argumento central de J. FLÓSCOLO DA NÓBREGA, de que os Estados-Membros não podem legislar sobre direito penal e direito processual penal. De fato, como se sabe, os Estados dispõem de poderes ou competências *concorrentes* com os da União (Constituição, art. 8º, parágrafo único) e os poderes *remanescentes* ou *residuais* (art. 13, § 1º), estes assim concebidos: "Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição". Comentando o art. 65, § 2º, da Constituição de 1891, quase do mesmo teor, CARLOS MAXIMILIANO já ensinava: "Os poderes atribuídos claramente ao Presidente da República, ao Congresso Nacional ou aos magistrados federais ficam *ipso facto* excluídos da jurisdição regional. A outorga expressa à União importa a implícita recusa aos Estados" (92). Podem-se, assim, identificar, na Constituição vigente, vedações *explicitas* aos Estados nos arts. 9º, 19, 20, 98, 99, 104, § 5º, 114, 165, III, 196 e 200, parágrafo único, e vedações *implicitas* nos arts. 8º, 11, 14, *caput*, 15 e § 2º, 17, 18, §§ 1º, 3º e 5º, 21, 22, 23, § 4º, 24, 40, 42, 44, 81, 89, 99, § 3º, 103, 109, 110, 112, parágrafo único, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 129, 137, 142, 153, 155, 156, 158, 161, 163, 164 e 171. Todas as matérias a que se refere essa enumeração, não exaustiva, ficam fora da órbita de competência dos Estados. Ora, as imunidades parlamentares importam na derrogação de regras de direito penal, direito civil, direito militar e direito processual penal, sobre as quais somente à União cabe dispor (art. 8º, IV e XVII, *b*). Se assim é, só se poderia conceber a possibilidade de os Estados disporem sobre as prerrogativas, através da *incorporação automática* das disposições da Constituição Federal ao direito constitucional legislado dos Estados, por força do art. 200. Surge aí, todavia, o obstáculo representado pela cláusula *no que couber*, constante do dispositivo. Em outras palavras: só pode considerar-se automaticamente incorporado ao direito constitucional legislado dos Estados aquilo que não lhes seja vedado explícita ou implicitamente — e, como se viu, há vedação implícita (art. 8º, IV e XVII, *b*).

Restaria, assim, para legitimar a adoção das imunidades, pelos Estados, a invocação dos princípios constitucionais relativos à *autonomia das unidades federadas*, à *forma republicana representativa* e à *independência e harmonia dos Poderes*. Ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que, "por forma

( 91) "As imunidades parlamentares e as Constituições estaduais", *Revista Forense*, 115/32-35.

( 92) *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 653.



*republicana* se deve entender o governo eletivo, não hereditário”, significando o *princípio representativo* “serem os poderes públicos exercidos por delegação. Em outras palavras, não atuarem os cidadãos investidos em cargos ou funções públicas na qualidade de senhores desses cargos ou funções e sim em nome e por conta de outrem, como órgãos do Estado”; quanto ao *princípio da independência*, segundo o mestre, o que lhe é essencial “é que, por motivos de pura apreciação política, por mero desagrado quanto a decisões tomadas, um dos Poderes não possa extinguir o mandato de outro, ou destituir de suas funções os que as exercem legalmente. Muito menos, que um Poder possa juridicamente determinar como o outro deve decidir no exercício de suas funções” (93). PONTES DE MIRANDA oferece alguns exemplos “de atentado à independência e harmonia dos Poderes: dizer a Constituição estadual que, uma vez vetado o projeto, não cabe à Assembléia Legislativa, ou à Câmara Municipal, examiná-lo; permitir que o Governador do Estado suspenda juizes, ou os ponha em disponibilidade, fora da espécie do art. 144, § 2º; dar à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal o poder de nomear os funcionários públicos, fora das espécies do art. 30; atribuir-se à Justiça decidir quanto a atos dos membros da Assembléia Legislativa, ou da Câmara Municipal, por infração do decoro parlamentar (art. 35, II)” (94). Pelos esclarecimentos e exemplos acima, percebe-se que não é fácil vincular as imunidades, que traduzem exceções ao direito comum, aos princípios da *representatividade* e da *independência*, de modo a considerá-los violados com a não-inclusão daquelas exceções nas Cartas estaduais. Não gozam de tais prerrogativas ou garantias os órgãos do Poder Judiciário, que representam o outro Poder desarmado, nem os vereadores dos quatro mil Municípios brasileiros, que respondem pela função legislativa da ordem político-jurídica municipal da Federação brasileira, sem que, por isso, se haja algum dia argüido infração àqueles princípios constitucionais.

Restaria, então, como última instância para justificar a inclusão daqueles privilégios nas Cartas estaduais, recorrer ao argumento do *poder de auto-organização dos Estados*, como decorrência necessária da forma *federativa* do Estado brasileiro. Ainda aí, para inviabilizar o recurso se ergue de novo o obstáculo da discriminação constitucional de competência — característica primeira da Federação — a reservar para a União competência privativa para legislar sobre direito penal, civil, militar e processual penal. Se assim é, quando a Constituição fala, no seu art. 13, que os Estados se organizarão e se regerão pelas *Constituições e leis* que adotarem, obviamente não quer que o art. 13 colida com o art. 8º, mas, sim, que eles se harmonizem e, pois, que as Constituições e leis estaduais se contenham nos limites da sua competência concorrente ou residual, onde, sem dúvida, não cabem as normas penais, civis, militares e processuais.

Não há como, portanto, extrair-se da Constituição vigente a competência dos Estados para adotar as imunidades parlamentares. E, se alguma dúvida séria ainda pairasse sobre a inteligência da matéria, seria oportuno lembrar

( 93) *Comentários à Constituição Brasileira*, 1.º vol., pp. 124, 54 e 67-68.

( 94) *Ob. cit.*, tomo II, p. 237.

que as considerações acima não foram feitas com o espírito debruçado sobre a Constituição de 1891, inaugural da Federação brasileira, que já nasceu marcada pelo “artificialismo das instituições adotadas”, na observação de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO (95), mas sobre a Constituição vigente, que assinala o ponto alto do processo gradual “de ampliamto dos poderes federais — normativos e executivos, de direito e de fato — com a correspondente redução dos pertinentes aos Estados-Membros” — conforme anota, em magistral estudo, M. SEABRA FAGUNDES (96) —, o clímax de uma tendência a desembocar no *federalismo cooperativo*, na expressão de RAUL MACHADO HORTA (97). E a essa tendência para um federalismo, que JOSÉ AFONSO DA SILVA rotula como *centrípeto, de supremacia da União* (98), que se observa no Estado federal em geral, reforçando “o poder central em detrimento dos poderes regionais, ainda que sem mudança na letra dos textos constitucionais”, não escapou, no magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o Estado federal brasileiro que, “de 1889 aos dias que correm, pelos textos e fora dos textos, regride”, “diminuindo a autonomia estadual”. O enfraquecimento dos Estados-Membros é progressivo e seguido, não sendo meramente acadêmico indagar se ainda é o Brasil verdadeiramente um Estado federal” (99). Tal é, conforme anota MICHEL TEMER, “a tese do *Federalismo cooperativo*, tão cara àqueles que buscam rotulação cientificamente adequada para distinguir o novo federalismo daquele tradicional” (100).

A conclusão, pois, que merece reiterar-se é a de que o ordenamento constitucional brasileiro não autoriza a adoção, pelos Estados-Membros, das imunidades parlamentares.

## XI — A imunidade dos vereadores municipais

Quer se entenda que os Municípios podem auto-organizar-se, através de *cartas-próprias*, quer se reconheça apenas nos Estados o poder de organizá-los — e essa parece ser a inteligência correta da matéria, à vista do disposto no art. 14 e parágrafo único da Constituição —, não podem os vereadores ser beneficiados pelas imunidades parlamentares, porque nem os Estados podem legislar sobre aquelas prerrogativas — conforme se tentou demonstrar acima — nem os Municípios. As competências destes — *expressas e implícitas* — não podem ultrapassar as fronteiras do art. 15 da Lei Fundamental, que demarca a autonomia municipal com a eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores e com a administração própria em matéria tributário-financeira e de organização dos serviços públicos locais, aí não cabendo, obviamente, prerrogati-

( 95) *Direito Constitucional*, p. 88.

( 96) “Novas perspectivas do federalismo brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, 99/7.

( 97) “Tendências do federalismo brasileiro”, *Revista de Direito Público*, 9/7-26.

( 98) *Ob. cit.*, p. 151.

( 99) *Curso de Direito Constitucional*, pp. 141-142.

(100) “Considerações sobre o Estado federal”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 16/310.

vas derogatórias de normas federais <sup>(101)</sup>, conquanto muitos autores, entre os quais PINTO FERREIRA, defendam a extensão dos privilégios aos vereadores<sup>(102)</sup>.

Prescreve, todavia, o Código Penal que não constitui injúria ou difamação punível "o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício" (art. 142, III). Tendo em vista a ampla noção de *funcionário público*, para os efeitos penais ("quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública" – Código Penal, art. 327), a ele se equiparando "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal" (parágrafo único), é óbvio que os agentes políticos, entre os quais os vereadores (e também os deputados estaduais, os deputados federais e os senadores), quando no exercício das suas funções específicas, são protegidos por essa espécie de imunidade, que HELY LOPES MEIRELLES denomina *inviolabilidade* <sup>(103)</sup>, mas a respeito de cuja natureza jurídica reina divergência entre os autores (causa de exclusão da pena, causa que faz desaparecer o elemento subjetivo do tipo ou o especial fim de agir, causa excludente de antijuridicidade).

Outra prerrogativa de que gozam os vereadores é a *prisão especial*, por força do Código de Processo Penal, segundo o qual serão eles (assim como outras autoridades e agentes políticos, tais os membros do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas) "recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva" (art. 295, *caput*, e incisos II e III).

## XII – Conclusões

Ao cabo deste estudo, merecem registro as seguintes conclusões:

1ª) as imunidades parlamentares são prerrogativas que se destinam a proteger tanto os congressistas, individualmente, como o próprio Poder que eles representam;

2ª) incluem-se elas, portanto, na categoria mais ampla das prerrogativas do Poder Legislativo e se distinguem em imunidade material, imunidades processuais e imunidade à incorporação às forças armadas, subdividindo-se as imunidades processuais em imunidades relativas a prisão e a processo e prerrogativas de foro e para servir como testemunha em juízo;

3ª) a imunidade material subtrai o congressista, fora da hipótese de crime contra a segurança nacional, a qualquer incriminação ou responsabilização penal, civil, disciplinar ou política e a qualquer procedimento ou investigação, em face de qualquer autoridade ou agente público e de particulares;

4ª) para que o congressista esteja protegido pela prerrogativa, é necessário que a sua atividade se manifeste através de opiniões, palavras ou votos, que

(101) RAUL ARMANDO MENDES, "Imunidade parlamentar de vereadores", *Revista de Direito Público*, 4/118.

(102) *Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno*, tomo I, pp. 477/479.

(103) *Direito Municipal Brasileiro*, pp. 703-706.

ele se encontre no exercício das suas funções e que a sua manifestação verse sobre matéria parlamentar;

5ª) a imunidade material constitui causa impeditiva de aplicação da lei (penal, civil, militar etc.) ou causa paralisadora da eficácia da lei, relativamente aos congressistas, em razão das suas funções;

6ª) são características da imunidade material referirem-se a atos funcionais, gozarem de eficácia temporal permanente ou absoluta e não poderem ser suspensas;

7ª) as imunidades processuais subtraem os congressistas a prisão, exceto em flagrante de crime inafiançável, e a processo criminal, a menos que preceda licença da Câmara a que pertencem;

8ª) a insujeição dos congressistas a prisão abrange todo e qualquer tipo de prisão criminal, provisória ou definitiva, e civil, administrativa ou disciplinar;

9ª) a improcessabilidade abrange todo e qualquer tipo de procedimento criminal, comum, especial, incidente ou de execução, seja de ação pública, condicionada ou incondicionada, ou de ação privada, quanto à sua instauração ou prosseguimento;

10ª) as imunidades processuais se caracterizam por se referirem a atos não-funcionais, serem dotadas de eficácia temporal provisória ou relativa e poderem ser suspensas;

11ª) a licença é necessária nos casos de prisão e de processo;

12ª) a licença constitui condição de procedibilidade ou de prosseguibilidade, conforme se refira à instauração ou ao prosseguimento do processo;

13ª) o pedido de licença deve ser formulado, conforme o caso, pelo Ministério Público, representado pelo Procurador-Geral da República, pelo ofendido, pelo Supremo Tribunal Federal, pela autoridade judiciária ou administrativa que haja ordenado prisão civil, administrativa ou disciplinar ou pela autoridade policial que haja presidido o auto de prisão em flagrante;

14ª) o pedido de licença deve ser leal e sincero e referir-se a motivos graves;

15ª) a concessão da licença suspende as imunidades, em caráter definitivo, limitando-se somente aos fatos determinantes do pedido;

16ª) as imunidades parlamentares, em geral, constituem prerrogativas funcionais e pessoais, irrenunciáveis e derogatórias do direito comum;

17ª) durante o estado de sítio e do estado de emergência, podem ser suspensas as imunidades de congressistas, considerados individualmente, por deliberação da Câmara a que pertencerem;

18ª) os Estados não podem estender as imunidades parlamentares aos deputados estaduais, em razão da competência privativa da União para legislar sobre direito penal, direito civil, direito militar e direito processual penal;

19ª) essa proibição não ofende o princípio constitucional relativo à autonomia das unidades federadas e ao seu poder de auto-organização, nem ao princípio representativo ou ao da independência e harmonia entre os Poderes, que o ordenamento constitucional vigente consagra sob o signo do federalismo cooperativo e da preeminência do Poder Executivo; e

20ª) as imunidades parlamentares, propriamente ditas, não podem ser estendidas aos vereadores municipais, por limitar-se a competência das comunas aos assuntos de âmbito municipal, gozando eles, todavia, de uma espécie de imunidade quanto aos crimes de difamação e injúria, expressamente prevista no Código Penal, e da prerrogativa de prisão especial, contemplada no Código de Processo Penal.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Valdir — "Ainda as imunidades parlamentares", in *Revista Forense*, vol. 178 (julho-agosto de 1978), pp. 466-469.

ACCIOLI, Wilson — *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1978.

ALEIXO, Pedro — *Imunidades Parlamentares*. Belo Horizonte, Ed. da Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de — *Imunidades Parlamentares*. São Paulo, 1979, 225 pp. (datilografado).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio — *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro — *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livres Editores, 3.ª ed., 1980.

BATTAGLINI, Giulio — *Direito Penal* — Parte Geral. Trad. de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e ADA PELLEGRINI GRINOVER. São Paulo, Saraiva S.A. — Livres Editores, 1984.

BOZZI, Aldo — *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Milão (Itália), Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

BRUNO, Anibal — *Direito Penal*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, vol. I (Parte Geral), tomo 1.º, 2.ª ed., 1959.

CAMPOS, Francisco — *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., II vol., 1956.

CARRIÓ, Genaro R. — *Notas sobre Derecho y Lenguage*. Buenos Aires (Argentina), Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1973.

FAGUNDES, M. Seabra — "Novas perspectivas do federalismo brasileiro", in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 99, pp. 1-11.

FALCAO, Alcino Pinto — *Da Imunidade Parlamentar*. Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1955.

FERREIRA, Pinto — *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., tomo I, 5.ª ed., 1971.

——— — in "Imunidade parlamentar", *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livres Editores, vol. 43, pp. 42-90, 1980.

**FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves — *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livrinhos Editores, 1.º vol., 1972, e 3.º vol., 1975.

——— — *Curso de Direito Constitucional* São Paulo, Saraiva S.A. — Livrinhos Editores, 9.ª ed., 1980.

**FIGUEIREDO**, Argemiro de — “Imunidades parlamentares”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 2 n. 6 abr./jun. 1965, pp. 13-16.

**FRAGOSO**, Heleno Cláudio — *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 4.ª ed., 1980.

**FRANCO**, Afonso Arinos de Melo — *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1976.

**GARCIA**, Basileu — *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Max Limonad, vol. I, tomo I, 1.ª ed., 1951.

**GRINOVER**, Ada Pellegrini — *As Condições da Ação Penal*. São Paulo, José Bushatsky, Editor, 1977.

**HORTA**, Raul Machado — “Imunidades parlamentares”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 4 n. 15/16 jul./dez. 1967, pp. 41-68.

**HORTA**, Raul Machado — “Tendências do federalismo brasileiro”, in *Revista de Direito Público*, vol. 9 (julho a setembro de 1969), pp. 7-26.

**HUNGRIA**, Néelson, e Heleno Cláudio Fragoso — *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, vol. I, tomo I, 5.ª ed., 1977.

**JESUS**, Damásio E. de — *Direito Penal*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livrinhos Editores, 1.º vol. (Parte Geral), 3.ª ed., 1978.

——— — “Imunidades parlamentares-1.” — *O Estado de S. Paulo*, edição de 20-7-1980, p. 34.

——— — “A Imunidade parlamentar como causa de isenção de pena-1”. *O Estado de S. Paulo*, edição de 27-6-1980, p. 31.

——— — “Imunidade parlamentar-3.” — *O Estado de S. Paulo*, edição de 20-7-1980, p. 49.

——— — *Questões Criminais*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livrinhos Editores, 1981.

**LAVAGNA**, C. — *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Torino (Itália), UTET, 4.ª ed., 1979.

**LEFEBVRE**, Georges — *A Revolução Francesa*. São Paulo, IBRASA — Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966.

**LEVENE**, Ricardo, e **CALMON**, Pedro — *Constituição Política dos Estados Unidos da América*, in *História das Américas*. São Paulo, W. M. Jackson, Inc., 1965, vol. XIV.

**LEONE**, Giovanni — *Diritto Processuale Penale*. Nápoles (Itália), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 9.ª ed., 1975; **PINTO FERREIRA**, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, tomo I, pp. 498-499.

**LIMA**, Ruy Cirne — “Inviolabilidade do deputado e senador”, in *Revista de Direito Público*, vol. 16 (abril-junho, 1971), 1971, pp. 97-98.

**LIMA JR.**, Bruno de Mendonça — “Caráter pessoal das imunidades parlamentares”, in *Revista Forense*, vol. 163, pp. 449-451.

**MALUF**, Sahid — *Direito Constitucional*. São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 12.ª ed., 1980.

**MARQUES**, José Frederico — *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, vols. I e II, 1.ª ed., 1961.

MARQUES, José Frederico — *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livrários Editores, vol. III, 2.ª ed., 1966.

MAXIMILIANO, Carlos — *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, 1918.

——— — *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro e São Paulo, Livraria Freitas Bastos S.A., vol. II, 5.ª ed., 1954.

MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 3.ª ed., 1977.

MELLO FILHO, José Celso de — In *O Estado de S. Paulo*, edição de 4-12-1979, p. 37.

MENDES, Raul Armando — In *Revista de Direito Público*, vol. 4 (abril-junho de 1968), pp. 118-122.

MONTORO, André Franco — *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2.º vol., 1977.

MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, tomos II e III, 2.ª ed., 1970, e V, 2.ª ed., 1971.

MOREIRA, Adriano et alii — *Legado político do Ocidente*. Rio de Janeiro, Difel/Difusão Editorial S.A., 1978.

NÓBREGA, J. Flóscolo — “As imunidades parlamentares e as Constituições estaduais”, in *Revista Forense*, vol. 115, pp. 32-35.

NORONHA, E. Magalhães — *Direito Penal*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livrários Editores, vol. 1, 15.ª ed., 1978

PALLIERI, G. Balladore — *Diritto Costituzionale*. Milão (Itália), Dott. A. Giuffrè Editore, 11.ª ed., 1976.

PICANÇO, Macário — “Imunidades parlamentares”, in *Revista Forense*, vol. 169 (janeiro-fevereiro de 1957), pp. 16-24.

RAO, Vicente — *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo, Max Limonad, 2.º vol., 1958.

REALE, Miguel — *Lições preliminares de Direito*. São Paulo, José Bushatsky, Editor, 1973.

RODRIGUES, Rogério Costa — “Imunidades parlamentares”, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 2 n. 6 abr./jun. 1965, pp. 169-184.

ROMEIRO, Jorge Alberto — “Licença para processar deputados e senadores”, in *Revista Forense*, vol. 172, pp. 588-592.

RUFFIA, Paolo Biscaretti Di — *Diritto Costituzionale*. Nápoles (Itália), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977.

RUSSOMANO, Rosah — *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1976.

SABINO JÚNIOR, Vicente — *Direito Penal*. São Paulo, Sugestões Literárias S.A., vol. 1.º (Parte Geral), 1.ª ed., 1967.

SILVA, José Afonso da — *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., vol. I, 1976.

TEMER, Michel — “Considerações sobre o Estado federal”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, vol. 16 (junho de 1980), pp. 289-312.

TORNAGHI, Hélio — *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva S.A. — Livrários Editores, vol. 1, 1980.

# As prerrogativas do Poder Legislativo e a aprovação de leis por decurso de prazo

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Professor de Direito Constitucional  
da UnB

"É caduca a concepção de executivo que faz dos governantes agentes sem imaginação de uma lei que se elabora sem eles; só se governa dando ordens, publicando regras obrigatórias para os governados; governar é legiferar, mas como entender que possa governar um órgão que deva esperar de outra autoridade, simultaneamente, apreciação da situação de fato e emissão de regras cuja observação a mesma toma obrigatória? No contexto de uma democracia efetiva, a lei é um procedimento do governo."

(BURDEAU, *O Poder Executivo na França*).

Um dos pontos críticos da discussão em torno da chamada devolução das prerrogativas do Poder Legislativo é, sem dúvida, o problema da aprovação automática de projetos de lei encaminhados pelo Presidente da República, quando expirados, sem deliberação, os prazos acaso solicitados pelo Chefe do Poder Executivo para apreciação de suas propostas legislativas.

Essa aprovação automática, estigmatizada como **votação negativa** ou **aprovação silenciosa**, tem sido duramente combatida pela oposição, que chega a acusar o Governo de comandar o esvaziamento do Plenário do



Congresso toda vez que presente alguma dificuldade em obter a aquiescência dos parlamentares para aprovação de projetos polêmicos ou que provoquem desgaste político de qualquer natureza.

Críticos não oposicionistas também se colocam contra esse procedimento abreviado, que nasceu para acelerar o processo legislativo, impedindo o **engavetamento** dos projetos ou a sua obstrução sistemática em detrimento da ação governamental, mas que — no dizer de M. G. FERREIRA FILHO — acabou dando ensejo a abuso oposto, porque “o Executivo não tem hesitado em servir-se da fração parlamentar que o apóia para impedir que o Legislativo delibere sobre seus projetos, seja rejeitando-os, seja modificando-os” (**Do Processo Legislativo**. São Paulo, Saraiva, 1968, pág. 176).

Talvez resida aí a razão maior por que se arremeteram tantos parlamentares, da oposição como do partido do Governo, para combater o sistema de aprovação de leis por decurso de prazo, fazendo dessa reivindicação um dos pontos centrais da Emenda das Prerrogativas.

A propósito, vale transcrever, por sua oportunidade, a opinião dos parlamentares que subscreveram a chamada Emenda das Prerrogativas:

“A experiência demonstra que a aprovação tácita, por decurso de prazo, de proposições submetidas à deliberação do Poder Legislativo, avilta-o perante a Nação, além de **desservi-la**, porque frustra as contribuições úteis aduzidas pelos parlamentares, obstaculizando o exercício da mais importante função do Congresso Nacional — a de legislar.

Certamente, era outro o propósito do legislador constitucional quando impôs ao Congresso tal limitação. Teria desejado — acreditamos — quebrar a inércia legislativa contra a qual, segundo os doutos, não há remédio judicial” (**Poder Legislativo — Prerrogativas**. Câmara dos Deputados, 1980, págs. 36/37).

Indo mais a fundo na análise do problema, o Senador ALOYSIO CHAVES assim se manifestou no voto que proferiu na Comissão Mista do Congresso Nacional incumbida do exame e parecer da aludida Proposta de Emenda à Constituição, **verbis**:

“A PEC nº 59 visa, com a redação apresentada, ao mesmo tempo, eliminar norma que considera nociva e impeditiva do exercício da mais importante função do Congresso Nacional — a de legislar, como propõe solução que julga eficaz, capaz de “quebrar a inércia legislativa contra a qual, segundo os doutos, não há remédio judicial”.

Estes os aspectos fundamentais que as propostas sob exame apresentam e que, como se observa, se relacionam em termos objetivos e mesmo de suporte doutrinário. De fato, as Propostas estão basicamente alicerçadas na tese de que o texto constitu-

cional vigente usurpa prerrogativa do Congresso Nacional, submetendo-o, além do mais, a uma situação vexatória e incondizente com a sua função precípua de órgão legiferante, obrigando-o a submeter-se a outro Poder, em assuntos de sua competência básica.

Esta visão política do fato constitucional não nos parece a mais identificada com a verdade jurídica, nem com a construção sociológica do instituto sob apreciação. A rigor, não se sonega ao Congresso Nacional a oportunidade de examinar e decidir, no que tange às proposições originárias do Poder Executivo. O que de fato se estabelece é a limitação temporal dessa apreciação, *sob parâmetro que, ao contrário do estabelecimento de prevalência para outro Poder, encerra fundamento de interesse público, ou seja, o regime de celeridade na tramitação legislativa de certas matérias.* Essa prerrogativa especial — que é menos uma tônica de excesso de poder do que uma imposição ditada pela *necessidade de romper, algumas vezes, a inércia legislativa* — vem se impondo de maneira irrefragável nas últimas décadas. Trata-se de um instituto novo na tradicional tessitura constitucional brasileira, mas de concepção mais consentânea com o estágio atual do nosso desenvolvimento social e político e, principalmente, com os princípios de elaboração legislativa que se vão impondo na prática constitucional hodierna. Este, reconhecemos, é regime adequado à correta elaboração legislativa, pois, vale notar, projetos que não contaram com fiscalização mais interessada, por falta de eficiente controle, no sistema anterior à disciplina expressa no art. 51 da Constituição, permaneceram esquecidos em certa fase de sua longa caminhada pelos órgãos técnicos das Casas do Congresso Nacional, alguns dos quais, ao serem redescobertos, já se constituíam em verdadeiros natimortos.

Os precedentes históricos são inúmeros (vide **mensagem** dirigida pelo Presidente Vargas à Nação no dia 10-11-37 e, mais recentemente, a tramitação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e poderiam ser alinhados para evidenciar que o **procedimento abreviado**, previsto no art. 51, constitui uma solução prática imposta pela massa imensa e variada de assuntos, urgentes e complexos, que dependem de decisão do Congresso Nacional, como, ainda, pelo honesto propósito de adaptá-lo, aqui como *alhures*, às exigências da nossa época, rompendo a inércia legislativa. Esta matéria tem sido examinada a fundo pelos constitucionalistas modernos e a respeito dela detemo-nos em outra passagem deste parecer. Não há, pois, necessidade de insistir nessa argumentação.

É, contudo, pertinente dizer que essa solução não foi preconizada após 1964, nem se insere como fruto de ato de arbítrio, cuja revogação se impõe.

Desde a promulgação da Constituição de 1946 que se percebeu a conveniência de superar o modelo tradicional e construir solução mais condizente com a realidade brasileira.

Vários estudos se acumularam nesse período, concernentes a essa matéria. Convém lembrar, porém, pela insuspeição dos ilustres parlamentares que integram a Comissão de Estudos da Reforma Constitucional (HERMES LIMA, relator, SAN THIAGO DANTAS, MEDEIROS SILVA, A. GONÇALVES DE OLIVEIRA e FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA) o anteprojeto de emenda constitucional por ela elaborado, dando nova redação aos arts. 68 e 69 da Constituição de 1946.

A aprovação por **decurso de prazo** está expressamente prevista — e diz o eminente relator, Deputado HERMES LIMA, que “todas as medidas alvitradas inspiram-se nas lições da experiência vivida, principalmente nestes últimos 10 anos de prática constitucional.” (O parecer é de **30 de abril de 1956**, há mais de 24 anos, portanto.)

A natureza imperativa dessa reforma consubstancia-se na Emenda Constitucional nº 17, de 1965, da qual foi relator o eminente Senador JOSAPHAT MARINHO, que deu nova redação ao art. 67, §§ 2º e 3º, da Constituição de 1946. Por ela, o projeto de lei de iniciativa do Presidente da República começava sua tramitação na Câmara dos Deputados, e sua votação deveria encerrar-se impreterivelmente dentro de 45 dias. Findo esse prazo, sem deliberação, o projeto passava ao Senado, com a redação originária. No Senado, expirado igual prazo, sem deliberação, considerava-se aprovado o texto como proveio da Câmara dos Deputados” (**Prerrogativas do Poder Legislativo**. Senado Federal, 1980, págs. 26/27).

Sabendo-se que, no Estado moderno, o Poder Executivo, para realizar a sua política, deve liderar o processo de produção normativa e que, nesse contexto, a celeridade na elaboração das leis é dado fundamental, ocorrenos sugerir fórmula que parece lograr esse objetivo, sem os inconvenientes das sugestões até então trazidas a debate, as quais, salvo engano, se limitaram a adiar pura e simplesmente os efeitos da ausência de deliberação, sem dar resposta ao problema fundamental da aprovação automática dos projetos não apreciados, que afinal sempre ocorre.

Nessa ordem de soluções, propostas há, por exemplo, como as que mandam incluir os projetos do Executivo na ordem do dia durante certo número de sessões, findas as quais, se não houver deliberação, considerar-se-ão aprovados.

Outros preconizam o sobrestamento da votação de qualquer matéria até a apreciação dos projetos cujos prazos estiverem vencidos, o que é de tão manifesta inconveniência que dispensa maiores comentários.

Tais propostas, bem se vê, apenas tangenciam o problema, dando margem, se acolhidas, à configuração, pelo menos em tese, de verdadei-

ros impasses institucionais — **estado de necessidade legislativa** ou **estado de necessidade governamental**, para usar as expressões com que os constitucionalistas batizaram a situação prevista no artigo 81 da Lei Fundamental de Bonn —, impasses esses que se verificariam sempre que, de modo sistemático, os parlamentares se recusassem a votar projetos de interesse do Governo, colocando-o em situação aflitiva diante do Legislativo (ORLANDO BITAR. **A Lei Fundamental de Bonn e o Sistema Parlamentar de Governo da República Federal Alemã**. Obras Completas. Rio, Conselho Federal de Cultura, 1978, 1º vol., pág. 138).

A propósito de impasses dessa natureza, mesmo sob o regime atual, é teoricamente possível, conquanto praticamente improvável, ver-se o Presidente da República impedido, **de fato**, de sancionar projeto de lei aprovado por decurso de prazo, se o Presidente do Senado (aqui entendido qualquer Senador no exercício da Presidência) não remeter ao Chefe do Executivo os autógrafos do projeto, sem os quais lhe é materialmente impossível formalizar a sanção.

Não prevendo a Constituição possa o Presidente da República promulgar, como lei, o texto de projeto cujos autógrafos o Congresso deixar de remeter-lhe, fica o Chefe do Governo na dependência do recebimento daqueles autógrafos para sancionar o projeto e convertê-lo em lei.

Talvez por essa circunstância é que o Congresso Nacional, valendo-se do silêncio da Constituição — ou até mesmo em desacordo com ela —, estatuiu, no Regimento Comum (artigo 87) que, **em se tratando de projeto de lei complementar**, estará ele prejudicado se não houver deliberação dentro do prazo solicitado pelo Presidente da República.

Dizemos que, no particular, o dispositivo do Regimento Comum aproveitou o silêncio da Constituição ou, até mesmo, foi editado em desacordo com a Lei Maior, porque não encontramos, no texto fundamental, norma alguma que dê suporte àquela interpretação exclusiva ou exageradamente literal adotada pelas Casas do Congresso.

Afirmar, ligeiramente, como o fazem alguns (PONTES DE MIRANDA, por exemplo: “quanto às **leis complementares**, a tramitação é no Congresso Nacional e não se há de pensar em invocação do art. 51”. **Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda nº 1, de 1969**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, Tomo III, pág. 155), que o Presidente da República não pode invocar o artigo 51 para obter a aprovação de leis complementares dentro do prazo de quarenta dias, apenas sob o argumento de que, em face do artigo 50, tais leis somente serão aprovadas se obtiverem a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, é olvidar que para a aprovação das leis ordinárias também se exige determinado número de votos — **maioria simples** —, a teor do que estabelece o artigo 31 da Carta Magna — e que, mesmo sem qualquer voto, tais normas **consideram-se tacitamente aprovadas** uma vez expirado o prazo de que dispõe o Congresso para deliberar sobre o projeto que lhe enviou o Chefe do Governo.

Dizendo, como diz o **caput** do artigo 51, que o Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre **qualquer matéria** — obviamente também a que sujeita à regulação em lei complementar —, e estatuinto o § 2º, desse mesmo artigo, que, se julgar urgente o projeto, o Chefe do Poder Executivo poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias, salvo acanhada exegese literal do artigo 50, não encontramos suporte constitucional que possa respaldar o entendimento de que, em se tratando de lei complementar, é impossível a sua aprovação na forma do § 2º do artigo 51 da Lei Maior.

Nessa ordem de idéias e preocupações, achamos plausível dotar o Presidente da República do poder de **promulgar como decreto-lei o projeto cuja apreciação não tenha sido feita dentro dos prazos acaso solicitados ao Congresso Nacional.**

Com essa fórmula acreditamos que as dificuldades mais sérias estariam resolvidas, como adiante se verá.

De plano, eliminar-se-ia, nessa primeira etapa, o problema da **votação negativa**, de vez que o Presidente da República, em **ato positivo de vontade**, poderá, se o quiser, promulgar o texto do projeto sem depender do recebimento dos autógrafos, cujo envio é de imaginar constrangedor para o Presidente do Senado, contingenciado a remeter à sanção projeto de lei que o Poder Legislativo se recusou a votar.

De outra parte, se promulgado como decreto-lei, o texto terá vigência imediata, sendo submetido a nova apreciação do Congresso Nacional, desta feita pelo prazo de 60 dias (artigo 55, § 1º, da Constituição), findo o qual, se não houver deliberação, estará definitivamente aprovado.

Ademais, possui esta fórmula uma vantagem política adicional: se o Presidente da República, em face dos debates parlamentares, vier a se convencer de que o projeto não deve ser convertido em lei — porque evidenciado algum aspecto negativo ou inconveniente não vislumbrado anteriormente — deixará de promulgá-lo, mandando reavaliar os seus termos.

Para viabilizar a proposta, basta dar ao § 3º do artigo 51 da Constituição a seguinte redação:

“Art. 51 .....

§ 3º — Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e parágrafos anteriores, os projetos poderão ser promulgados sob a forma de decretos-leis, aos quais se aplica o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 55.”

O debate, novamente devolvido à ordem do dia, certamente ensinará outras fórmulas capazes de conciliar as exigências governamentais de uma célere produção normativa, com o respeito, que a todos se impõe, pela independência do Poder Legislativo.

# Competência legislativa supletiva estadual

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito  
da Universidade de São Paulo e  
Universidade Católica de São Paulo

## SUMÁRIO

- 1) *Preliminares*
- 2) *Competência residual*
- 3) *Atribuições normativas inaugurais são de competência do Poder Legislativo*
- 4) *Harmonia do sistema jurídico. Necessidade de interpretação que exalte tal harmonia*
- 5) *Princípios republicano e federal*
- 6) *Superioridade e intocabilidade da Federação e da República*
- 7) *Conseqüências dogmáticas e exegéticas da super-rigidez constitucional*
- 8) *Competências estaduais na sistemática constitucional brasileira*
- 9) *Próprios estaduais e legislação*
- 10) *Interesse nacional e estadual*
- 11) *Interesse público municipal*
- 12) *Conclusão*

### 1) *Preliminares*

A disposição do parágrafo único do art. 8º da Constituição Federal encerra interessantes desafios hermenêuticos, suscitando especial interesse doutrinário e prático.

Determinar-lhe o conteúdo, sentido e alcance exige adequada compreensão das implicações de sua inserção no contexto de princípios e normas que plasman o arcabouço básico de todo o sistema.

Propomo-nos a colocar o problema a partir de uma hipótese circunscrita, cujo exame e discussão permitam ir desvendando a fecundidade do tema.

Tomemos, por exemplo, a disposição do art. 8º, XVII, *n*, e coloquemos a indagação: poderia o Estado federado expedir lei fixando limite de velocidade nas rodovias estaduais?

Não se trata só de discutir simples problema de aparente incompatibilidade entre preceitos de natureza legal, emanados do Congresso e de uma Assembléia Legislativa.

Na verdade, aqui se questiona o significado do princípio federal; o sentido, o conteúdo e alcance das suas exigências.

Tal como posta a legislação nacional vigente, questionam-se, também, as implicações do princípio da separação de poderes, tal como posto no art. 6º do texto magno. Quais seus limites, quais as instâncias por ele postuladas.

Em suma, importa responder a duas magnas questões:

- a) pode o Congresso suprimir (excluir) a competência supletiva estadual?
- b) pode qualquer órgão constituído inibir faculdades legislativas estaduais, em favor do Executivo?

Há uma corrente de opinião que entende impossível, à luz da Constituição, lei desse teor.

## 2) *Competência residual*

A interpretação segundo a qual o Estado não pode expedir lei com esse teor, na verdade, termina por nada relegar ao Estado, anulando radicalmente o princípio federal e reduzindo-o a insignificante expressão retórica no texto constitucional. Ao contrário de proclamá-lo e exaltá-lo, pugnando pelo seu respeito e prestígio e instando pela sua observância, o menoscaba, o amesquinha, reduzindo-o à insignificância.

A fim de negar à Assembléia Legislativa a competência para fixar limites de velocidade, em certas rodovias, essa corrente apega-se a uma disposição regulamentar federal, ao contrário de respeitar as atribuições que as Constituições federal e estadual concedem ao Poder Legislativo.

Dessarte, propõe exegese que reduz o Estado federado (pela exclusão de seu Poder Legislativo) a executor de decisões menores de órgãos administrativos federais.

Essa postura demonstra desdém pela concepção — entre nós já arraigada, porque herança cara recebida de nossos maiores — de que os poderes das auto-

ridades públicas ou emanam da Lei Maior, ou não passam de expressões tribais de mando primitivo. Já CÍCERO timbrava a parêmia civilizada, que inspira a tradição do nosso direito público: *servi legum sumus, ut liberi esse possimus*.

A interpretação que propõe e pretende seja acolhida pela Suprema Corte anula e deixa sem conteúdo a competência supletiva dos Estados, a que se refere o § 1º do art. 13 da Constituição Federal. Simplesmente atribui ao constituinte a estultícia de prever competências sem objeto, atribuições constitucionais sem substância. É interpretação que não se limita a postular o esvaziamento de um preceito constitucional (o que já é grave), mas destrói o sistema pela base, por negar toda eficácia a um princípio fundamental.

### 3) *Atribuições normativas inaugurais são de competência do Poder Legislativo*

O Código Nacional de Trânsito não pode conceder atribuição normativa a órgão que não seja legislativo, ou em detrimento do Poder Legislativo. Se a *Constituição Federal* — que fixa os grandes princípios de organização do Estado e a divisão dos poderes — dispõe de forma a obrigar entender-se reafirmada e confirmada, no Brasil, a concepção jurídica segundo a qual as leis são normas genéricas e abstratas e o Executivo um conspícuo executor das determinações emanadas dos órgãos da representação popular (art. 81, III), não há como entender-se possível que, no uso da faculdade que a Constituição lhe outorgou, o Congresso Nacional expeça lei dispondo sobre o exercício de funções normativas, nos Estados, com total alheamento do Poder Legislativo estadual, que recebe faculdades da Constituição estadual, com direto fundamento no texto federal, seu modelo imediato e necessário (art. 10, VII, *a* e *c* e art. 13, I, da CF).

Logo, nem a lei nacional pode invadir assunto da intimidade do Estado (como a distribuição de funções dentre seus órgãos constitucionais), nem lhe é autorizado estabelecer opções em favor de um (Executivo) contra outro (Legislativo), em contraste com o esquema traçado na Carta Máxima nacional e na própria Constituição estadual.

Se o de que se cuida é fixar preceito genérico e abstrato, em nível inaugural e inovador, a matéria é legislativa (PONTES DE MIRANDA). Portanto, por sua natureza, de competência do Poder Legislativo, como o demonstra MICHEL TEMER.

Só por isso já é de ser repelida a tese oposta. É bastante o verificar que uma atribuição terminantemente normativa foi atribuída ao Poder Executivo, contra o espírito, os princípios e as diretrizes fundamentais do sistema, e com infração direta e flagrante de regras explícitas da Lex Magna (art. 6º). Na verdade, se nem voluntariamente os poderes podem delegar atribuições (parágrafo único do art. 6º, CF), *a fortiori*, são vedadas as invasões de competência, ainda que incentivadas por ato normativo — como é o caso do regulamento do Código Nacional de Trânsito.

O Código Nacional de Trânsito — que consubstancia (sem esgotar) a competência da União para legislar sobre tráfego e trânsito —, na verdade, não



pode ser interpretado de modo a induzir seja essa competência como que um "cheque em branco", a ser preenchido a seu talante, pelo destinatário, o Congresso Nacional. Essa competência não significa arbítrio ilimitado dado ao legislador nacional, para dispor de qualquer modo, irrestritamente. Não é dado a nenhum órgão dos poderes constituídos desacatar princípios e regras constitucionais sob o pretexto de obediência à Constituição.

#### 4) *Harmonia do sistema jurídico. Necessidade de interpretação que exalte tal harmonia*

Essa lei — como todas as leis emanadas de quaisquer órgãos constituídos do País — há de se submeter às balizas e limites contidos na Constituição, e, sobretudo, tender a realizar (assegurando-lhes a sua eficácia, na maior plenitude possível) os princípios constitucionais, dos quais a federação, a república e a tripartição de poder comparecem em posição singularmente relevante (porque fundamentais e básicas de todo o sistema).

Só legislação que respeite as exigências decorrentes desses princípios poderá ser aceita como legítima e válida. E é na conformidade das exigências dos princípios — mormente os mais conspícuos e básicos — que se há de interpretar essa mesma legislação, como o postula CELSO BASTOS.

A competência para legislar sobre tráfego e trânsito — assim como todas as demais recebidas pelos órgãos legislativos do País — é competência que há de ser desenvolvida não só na conformidade das balizas expressas contidas no texto constitucional, como, ainda, hão de ser todos os preceitos assim emanados realizadores e respeitadores dos princípios constitucionais fundamentais. Entender de outra maneira é reduzir a Constituição a mera tábua de sugestões, simples rol de recomendações. É negar-lhe a *vis* de Lei Máxima, vigor de Carta Fundamental, eficácia de Suprema Lei do País.

Querer que o Supremo decida de modo a renegar a autonomia do Estado, ou exaltar o Executivo, em detrimento do Legislativo, em matéria legislativa, é pedir-lhe que revogue a Constituição, ou agrave seus mais básicos princípios.

#### 5) *Princípios republicano e federal*

Alguns princípios constitucionais foram tradicionalmente postos pelos sucessivos legisladores constituintes como fundamentais a todo o sistema e, por isso, em posição de eminência relativamente a outros. Os mestres da filosofia do direito RECASÉNS SICHES, J. MANUEL TERAN, KELSEN, LOURIVAL VILANOVA — ao assinalá-lo — mostram as notáveis conseqüências exegéticas a que não podem ficar indiferentes os aplicadores.

No Brasil, os princípios mais importantes são os da Federação e da República. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e

aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros (v. *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 230, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO).

Diversas ordens de considerações evidenciam a posição privilegiada em que foram postos esses dois princípios fundamentais de todo o nosso sistema jurídico.

Foram lógica e cronologicamente fixados como basilares, pela circunstância de virem mencionados em primeiro lugar (art. 1º), nos textos constitucionais republicanos (o que por si só nada significaria, mas assume expressão decisiva e radical, à vista das considerações sistemáticas a seguir expostas).

São repetidos, enfatizados, reforçados, reiterados e assegurados, até as últimas conseqüências, por inúmeras outras disposições constitucionais, abundantes preceitos que lhes explicitam o conteúdo, sentido, alcance, exigências e limites de eficácia. Praticamente toda a parte orgânica da Constituição (título I, arts. 1º a 144) é seu desdobramento.

Exsurge a Federação como a associação de Estados (*foedus, foederis*) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela "autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal" (SAMPAIO DÓRIA), caracterizadora de sua igualdade jurídica (RUI BARBOSA), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (KELSEN).

Daí cada qual ser supremo na sua esfera, tal como disposta no Pacto Federal (VICTOR NUNES).

Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüentes responsabilidades dos mandatários.

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização, representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia ("checks and balances" do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de RUI) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. Assim, funcionam eles como alicerces de toda a estrutura constitucional, "pedras de toque" ou "chaves de abóbada" do sistema.

## 6) Superioridade e intocabilidade da Federação e da República

É a disposição peremptória e categórica do § 1º do art. 47 do texto constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja "objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República".

A Constituição brasileira se classifica dentre as rígidas porque qualquer alteração no seu texto só pode ser aprovada por um processo especial e qualificado, previsto no próprio texto constitucional.

No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é "rigidíssima". Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendência; que leve; que conduza; que encaminhe; que facilite; que possibilite mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos. Intocáveis, na plena extensão do significado da palavra. (Nas clássicas e magistrais observações de TERAN, isto demonstra de modo categórico sua sobrançeria sobre todos os demais preceitos constitucionais, seu cumho de intocabilidade e sacralidade).

Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isto dizer que só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados. Só o poder constituinte originário pode minimizá-los ou aboli-los.

Pois, desde 1891 tivemos sete manifestações do poder constituinte pleno, no Brasil (1891, 1930, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), e uma do poder constituinte derivado com caracteres amplíssimos (1926). Note-se que três vezes o poder constituinte se manifestou por assembleias representativas democraticamente eleitas (1891, 1934, 1946); nas demais, tivemos constituintes autoritários.

Pois — com exceção da ditadura estadonovista (1937) —, não tiveram coragem, disposição, valor ou mesmo vontade os titulares da soberania nacional plena para abolir ou postergar esses dois princípios, o que prova o quão arraigados estão na nossa consciência política, de modo a se fazerem irresistível tradição, expressões sagradas do sentir nacional (verdadeiras e legítimas *instituições*, na magistral categorização de SANTI ROMANO).

Temos, pois, que considerar o problema de como interpretar o mandamento do § 1º do art. 47 do texto constitucional vigente, que — impedindo o processamento de projetos de emendas tendentes a abolir a Federação e a República — faz de modo singular (em contraste com o direito comparado) absolutamente rígida nossa Constituição, nesse ponto (em suas exigências básicas e essenciais).

Parece óbvio que a vedação não tem só o singelo e limitado sentido de proibir que se postule direta e imediatamente a abolição de um ou de ambos os princípios (Federação e República). Não!

Na verdade, qualquer proposta que, indiretamente, remotamente ou por consequência, tenda a abolir quer a Federação, quer a República é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação (por qualquer órgão constituído).

Não teria sentido atribuir-se menor expressão ao dispositivo constitucional em causa. Seria inócuo, se pudesse ser entendido em termos tais que consentissem a aprovação de medidas oblíquas ou indiretas, que reportassem ao resultado vedado.

De todas essas considerações, é importante salientar que o princípio federal, em suas mais essenciais exigências, só pode ser revogado por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o texto constitucional e ab-rogue categoricamente todo o sistema, a partir de suas bases. Só arrasadora revolução popular pode anular o princípio federal. Só a movimento político constituinte poderá o Supremo ceder, dado a irresistibilidade da força bruta por ele desencadeada.

### 7) *Conseqüências dogmáticas e exegeticas da super-rigidez constitucional*

A nenhum órgão constituído — nem mesmo ao Poder Legislativo nacional, no exercício da faculdade de emenda constitucional (poder constituinte derivado de reforma) — é lícito adotar medida, resolução ou decisão que importe amesquinamento de suas exigências.

Ao máximo (e único) órgão constituinte derivado (o Congresso) não é dado nem mesmo “discutir projeto” tendente a anular competências estaduais, reduzindo as entidades federadas a meras *satrapias*.

Ora, com maior razão, não pode expedir lei que de alguma maneira anule as exigências do princípio federal. A disposição do § 1º do art. 13 — prevendo a competência residual dos Estados, em matéria legislativa — não pode ser reduzida a expressão irrisória, nem pela lei, nem por via de interpretação. Ensina o precláro AGUSTIN GORDILLO — expressão maiúscula da doutrina argentina do direito público — que os princípios, como alicerces do sistema jurídico, servem de norte, diretriz, orientação para o intérprete do direito.

Como se trata de um princípio constitucional — diretriz de todo o sistema, regra básica de toda nossa ordenação fundamental —, a interpretação de todos os demais dispositivos constitucionais é condicionada por seus imperativos. As regras, mesmo constitucionais, pertinentes às suas exigências se devem acomodar, como o ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com ênfase especial.

Como um dos alicerces de todo o sistema jurídico, derrama a força de sua influência sobre todo o conjunto e atua como luz que ilumina as simples regras — mesmo de natureza constitucional —, indicando o sentido em que devem ser interpretadas, bem como determinando positiva e negativamente, pela superioridade de sua eficácia, os limites e o conteúdo daquelas regras.

Mas, é sem dúvida a orientação, o sentido, o “norte” que imprime aos demais preceitos, institutos e plexos de regras, que sinala a força específica dos princípios.

De sua especial e qualificada eficácia decorre principalmente a orientação que fixa os critérios a serem adotados pelo intérprete, na reiterada lição de PAULO DE BARROS CARVALHO.

O aplicador judicial da lei deve maior, mais especial e mais reverente fidelidade e acatamento aos princípios constitucionais. Por isso, deve interpretar as demais regras — mesmo constitucionais — em harmonia com eles.

Com mais razão, há de atribuir às simples leis — ainda que complementares — exegese que revele, ressalte, desvende e prestigie a eficácia dos princípios.

Se, em dada situação, surge aparência de divergência entre uma regra e um princípio — antes de qualquer outra coisa —, o intérprete dá à regra interpretação harmoniosa e coerente com as exigências do princípio. O que se não consente é que este seja, por qualquer forma, negado, diminuído, contrariado ou esvaziado, por força de simples regra.

É inadmissível e, pois, redondamente errada a conclusão de qualquer trabalho exegético contrastante com a direção apontada por um princípio.

É inaceitável qualquer interpretação que importe ignorar, anular um princípio.

O primeiro — lógica e cronologicamente — intérprete da Constituição é o legislador que, no texto magno, vai buscar a fonte de sua competência, e necessariamente seus contornos, mas principalmente o sentido, a direção que deve imprimir à sua obra de criação legislativa.

Este primeiro intérprete não pode — no meditar sobre a exegese do sistema a que deve dar animação, pela ação legislativa — desatender ou desprezar o sentido apontado pelos princípios, nem as instâncias postuladas por suas exigências.

Os princípios federal e republicano encerram exigências instantes que devem ser satisfeitas pelo legislador (BISCARETTI DI RUFFIA) e pelos aplicadores administrativos e judiciais. Todos têm de assegurar que o rumo, o norte (GORDILLO), a diretriz neles contida não sejam negados e nem mesmo menoscabados na aplicação, seja de preceitos constitucionais, seja de meras leis.

Dessarte, a interpretação das disposições constitucionais concernentes às competências da União há de considerar as decorrências desses magnos princípios, atentos os intérpretes para a harmonia do sistema, que postula a necessidade de combinação harmônica das diversas exigências concomitantemente incidentes sobre uma só situação.

Assim (perdoe-se a reiteração), se nem mesmo ao Congresso — que tem o poder constituinte derivado — é lícito expedir lei em sentido negador das exigências dos princípios capitulares, com maior razão, não podem os intérpretes — sejam administrativos, sejam judiciais — aportar a conclusões exegéticas que conduzam ao mesmo resultado. Em outras palavras: a Constituição veda peremptória e categoricamente que o próprio legislador de reforma constitucional menoscabe o princípio federal; *a fortiori* os demais órgãos (Legislatura ordinária, Executivo e Judiciário) estão impedidos de fazê-lo.

Concluindo, ao se considerar as competências legislativas da União, de que cuida o art. 8º, XVII, c, impõe-se ao intérprete discernir os que envolvem

matéria administrativa dos demais. É que, se a legislação administrativa é instrumento de afirmação da autonomia dos Estados (art. 13), é de toda evidência que a competência federal não pode *excluir* a estadual, sob pena de se atribuir incoerência ao texto constitucional. Nessas matérias, portanto, a interpretação das cláusulas de competência há de ser estrita, pois tais regras são *excepcionais*, num sistema que dá tal primazia à Federação.

No que ao caso em discussão pertine, por outro lado, a República exige que regras gerais e abstratas inovadoras (inaugurais, dizia o velho OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO) caibam ao Legislativo competente. Daí dupla razão para que se atribua sentido restrito ao preceito do Código Nacional de Trânsito, quando disciplina a matéria.

Estes raciocínios serão desenvolvidos a seguir.

### 8) Competências estaduais na sistemática constitucional brasileira

Quando a Constituição ou o Código Nacional de Trânsito mencionam “Estados”, não é lícito ao intérprete entender, segundo uma concepção subjetiva — ainda que apoiada nos melhores doutrinadores —, o que seja tal entidade. Não é dado a cada leitor adotar o conceito de Estado federado de sua eleição, ainda que decorrente de intenso e legítimo afeto intelectual ou ideológico.

Essa alusão é, necessariamente, feita àquela entidade de que cuida o art. 13 da Constituição Federal, portanto àquela pessoa jurídica de direito público interno, dotada de natureza política (RUY CIRNE LIMA), integrante da Federação brasileira e competente, nos termos da Constituição Federal, para organizar-se pela sua Constituição e reger-se pelas suas leis (PONTES DE MIRANDA).

É o Estado que, federado a outros iguais, engendrou o Estado federal, concedendo-lhe as competências que se prevêm no pacto federal (art. 8º) e retendo para si os poderes que no mesmo documento estampou (art. 13 e § 1º).

É essa entidade que tem ampla competência para exprimir seu direito administrativo (VICTOR NUNES), inclusive o concernente a assuntos de trânsito, quanto a matéria residual (CAIO TÁCITO, MOACYR AMARAL SANTOS).

É esse o “Estado” que recebe do Código Nacional de Trânsito algumas competências (como nem poderia deixar de ser). E esse Estado exercerá tais competências na forma da *sua* organização interna, como o quer a disposição constitucional (art. 13), que lhe faculta o criar seus poderes e distribuir as atribuições políticas entre eles (impondo-lhes, entretanto, adotarem o princípio da tripartição de funções — art. 6º — com reserva da função legislativa a uma Assembléia eletiva). É a entidade mencionada no art. 13 do texto supremo federal — com sua Constituição própria — que se reportam a Constituição e a lei nacional.

Portanto, quando o Código Nacional de Trânsito confere atribuições aos Estados, não lhes fez nenhum favor; isto não decorre de nenhuma liberalidade.

Não poderia a lei nacional dispor de maneira contrária. É que há matérias administrativas necessariamente de competência estadual, implicadas irresistivelmente na sua autonomia, no seu poder de autoconstituir-se e de auto-organizar-se (seus órgãos, seus agentes, seus instrumentos de ação, seus meios de afirmação). Se a Constituição dá os fins — ensina RUI —, dá implicitamente os meios. Se deu autonomia aos Estados, deu-lhes os meios de sua eficácia, inclusive potestade legislativa para sobre eles dispor. E, se faculdade de igual natureza a Carta Federal dá à União, tal faculdade há de conviver com a implícita estadual, própria do seu inalienável direito administrativo.

No caso *sub examine*, há bens públicos (vias), agentes, órgãos, meios e instrumentos estaduais inafastavelmente envolvidos na matéria de tráfego e trânsito. Como “o que a Constituição dá com a mão direita, não retira com a esquerda” — ainda na lição de RUI — impõe-se interpretar a competência do Congresso para legislar sobre trânsito, em harmonia com a competência estadual para disciplinar as matérias administrativas supra-exemplificadas. Essa coordenação de duas competências superpostas é delicada e difícil, mas não impossível. No caso — em vista da clara disposição do art. 8º, XVII, n, da CF — com superioridade da lei federal nas matérias gerais, porém sem *excluir* o direito administrativo estadual. Daí a necessidade de interpretação estrita da competência federal e das leis com base nela expedidas pelo Congresso.

Isto mostra que, no caso, nem necessidade haveria de se invocar a competência supletiva estadual (parágrafo 1º do art. 13). A legislação estadual sobre a matéria é necessária (juridicamente inafastável) pela disposição do art. 13 da Carta Magna federal.

Por isso, as leis do Congresso hão de conhecer a existência dos Estados e as suas competências inderrogáveis e indisponíveis, a serem exercitadas por seus órgãos supremos, na forma das suas Constituições. E, se o não fizerem, a interpretação judicial — reverente à harmonia do sistema jurídico global — colocará tudo nos seus devidos lugares, tal como postulado peremptoriamente pela Carta Magna e na conformidade das magistras diretrizes hermenêuticas classicamente fixadas pelo inolvidável *justice* JOHN MARSHALL, cujas postulações foram acolhidas por nós desde 1891, graças à genial inspiração de RUI, plasmador de nossas instituições e inspirador dos mecanismos de seu eficaz funcionamento.

Enquanto a Federação for princípio fundamental e básico de toda nossa ordenação jurídica, não pode haver interpretação que atribua à nossa legislação e ao comportamento das pessoas públicas disciplina própria de Estado unitário. Ainda que se afirme — de modo duvidosamente procedente — que caminhamos no sentido do Estado unitário, este ainda não foi estabelecido, por falta de verdadeiro e legítimo movimento revolucionário, que o restaure. Enquanto isto não acontecer, a ninguém é dado ignorar as exigências do princípio federal; nenhum órgão tem o poder de anular as suas peremptórias exigências básicas. E, se o fizer, estará praticando a mais grave e repugnante transgressão ao que de mais sagrado funda nossas instituições. Por isso, merecerá enérgica repulsa da Suprema Corte, órgão constitucional cuja precípua e mais nobre atribuição está em assegurar a supremacia do pacto federal.

## 9) *Próprios estaduais e legislação*

Na verdade, trata-se no presente caso, também, de saber quem tem a faculdade de legislar sobre bens públicos estaduais, a sua acessibilidade, modo e disponibilidade de uso; competência para disciplinar a função de agentes estaduais, e o comportamento de administrados do Estado, em próprios seus.

Parece nitidamente implícito no preceito explícito — dizia RUI — do art. 13 do texto constitucional (como decorrência, aliás necessária, do art. 1º, consagrador do princípio federal) que os Estados regularão o uso de seus próprios, ordenarão o comportamento de seus agentes e administrados, relativamente aos seus bens, e disciplinarão condições de uso de suas vias públicas. O próprio Código Nacional de Trânsito o reconhece, repetimos, não como liberalidade, mas sim como necessária decorrência das exigências constitucionais mais fundamentais.

Por isso mesmo, o Código Nacional de Trânsito prevê a regulamentação do exercício do uso, movimentação e circulação em vias públicas estaduais e municipais, deixando espaço a uma legislação estadual e municipal a esse respeito.

Nem poderia a lei nacional, sob pretexto de regular tráfego e trânsito, inibir os órgãos constitucionais do Estado, nem dar atribuições legislativas ao Executivo, ou, inversamente, dar atribuições administrativas ao Legislativo. Como sob igual ou semelhante invocação, não poderia pretender conferir faculdades jurisdicionais a órgãos não judiciários. Em suma: a competência do Congresso para legislar sobre trânsito não o autoriza a superar a repartição radical de funções estatais, nem a invadir a privatividade da ordenação interna dos entes públicos constitucionalmente autônomos. Sob a invocação de uma competência constitucional, a lei nacional não pode desacatar outros preceitos e, menos ainda, princípios constitucionais.

Deve essa legislação nacional mencionar, quando caiba, os Estados, comportando-se esses, como suas Constituições o estipulem. Quer dizer: nos casos de eventual discrepância entre o rumo, a direção, a diretriz apontada por um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, não cabe titular: opta-se pela Lei Maior.

Admitir-se doutro modo seria consentir que o Congresso — ao usar de sua competência legislativa — pudesse ir desfigurando o modelo que os Estados adotam (essencialmente predisposto, em suas linhas gerais, pelo próprio texto magno federal).

Aliás, a interpretação serena e objetiva do Código Nacional de Trânsito — interpretação essa levada a cabo, como o postula a exegética do *justice* JOHN MARSHALL, com o intuito de compatibilizar a norma inferior com os imperativos dos princípios e normas superiores — bem evidencia que, quanto ao tema em debate, conciliou-se a competência federal para regular trânsito e a estadual para editar o direito administrativo concernente a seus bens e vias. O intérprete, *in casu*, nada mais tem a fazer do que reconhecê-lo, dando pela improcedência da postulação do Chefe do Executivo estadual e declarando a perfeita constitucionalidade da lei estadual *sub examine*.



## 10) *Interesse nacional e estadual*

Parece evidente que, por detrás da letra da Constituição Federal, há toda uma definição — formulada pelo poder constituinte — de interesses públicos nacionais, interesses públicos federais e interesses públicos estaduais (a que correspondem as três ordens jurídicas coalescentes na federação, segundo a distinção postulada por Kelsen: a ordem jurídica global, a ordem parcial central e as ordens parciais periféricas).

Nada autoriza a que o intérprete fique pedestremente com a letra de determinadas disposições, matando, ao mesmo tempo, o espírito que conduziu o constituinte a estabelecer o discernimento entre aqueles interesses (“a letra mata; o espírito, porém, vivifica”, diz São Paulo). Pois, conforme o interesse público qualificado constitucionalmente, teremos legislação nacional, legislação federal ou legislação estadual, para disciplinar a sua cura, pelas pessoas constitucionais a que entregues (tais interesses) pela Constituição.

A teoria das três ordens jurídicas distintas — exposta por Kelsen de maneira tão magistral — encontra, no direito brasileiro, a mais plena consagração, como o reconhecem, de modo implícito ou explícito, os maiores estudiosos do nosso direito público (que tenho a honra de citar no meu estudo “Normas gerais na Constituição — leis nacionais, leis federais e seu regime jurídico”, in *Estudos e Pareceres*, vol. III, págs. 15 e segs.). O fato de a competência legislativa estadual ter sido materialmente reduzida, ao longo do tempo, por força de sucessivas reformas constitucionais, não invalida a postulação teórica, nem reduz a eficácia decorrente de sua consagração constitucional. Não vamos cansar o leitor com exaustivas citações, limitando-nos a remetê-lo, se interessado, aos clássicos PONTES (*Comentários...*, 1946, vol. I, págs. 185 e 186); CLÓVIS (*Código Civil*, vol. I, pág. 202); OSWALDO A. BANDEIRA DE MELLO (*Natureza Jurídica do Estado Federal*, 1942, pág. 38); VÍCTOR NUNES (*Estudos de Direito Público*), pág. 163); ANTONIO SAMPAIO DÓRIA (*Direito Constitucional*, págs. 483, 484, 494, vol. I); RUY CIRNE LIMA (*Princípios...*, pág. 36, 5ª ed.); além de CARLOS MAXIMILIANO, ARAÚJO CASTRO, PAULO DE LACERDA, HERCULANO DE FREITAS, CELSO BASTOS, FERREIRA Fº, PINTO FERREIRA e AFONSO ARINOS, nos seus “cursos”.

Pois parece inquestionável que, inspirado nessa tricotomia, o legislador constituinte — oscilando de 1891 a 1934, de 1937 a 1946 e 1967 — foi definindo a competência para legislar sobre trânsito, em benefício, ora dos Estados, ora da União, sem, entretanto, ter alterado radicalmente a prévia (superior e anterior, do ponto de vista lógico) definição de interesses nacionais e de interesses regionais (colocados sob a cura dos Estados), a não ser acidentalmente, mas sempre sem suprimir uma faixa mínima de competência para autodisciplinar-se administrativamente.

Parece nítido que o interesse nacional está na disciplina do uso dos documentos de identificação, assim dos motoristas, como dos veículos, na uniformidade da sinalização e das convenções, para tornar realidade a unidade do território nacional; e ainda no estabelecimento de condições mínimas de segurança dos veículos, assim como dos próprios motoristas, objetivamente considerados. É inquestionável que essas regras — aplicáveis necessariamente em todo o território nacional, dada sua natureza de leis nacionais — definem um inte-

resse que transcende de muito o mero interesse da União (distinção magistralmente exposta por VICTOR NUNES LEAL), para configurarem-se como interesses nacionais.

Tudo mais é matéria que, conforme o caso, incidirá no campo da legislação administrativa ordinária da União, dos Estados ou dos Municípios, respectivamente, porque concerne à ordenação de interesses que a Constituição conferiu a cada qual. RUY CIRNE LIMA sublinha que o direito administrativo é direito de aplicação exclusiva; assim, o direito estadual exclui o federal e vice-versa. Regular bens, serviços, uso de equipamentos etc. de cada pessoa pública cabe exclusivamente a elas próprias, em caráter privativo.

### 11) *Interesse público municipal*

Ao erigir o Município em pessoa política autônoma, a Constituição reconheceu e cunhou um interesse público municipal, entregue, com privatividade, à cura dessa pessoa, a partir do conceito de “peculiar interesse local” (art. 15).

União e Estados o devem respeitar, sob pena de violação constitucional. Parece estar nitidamente inserido nessa cláusula o exclusivo (portanto excludente do federal e do estadual) interesse em fixar vias de mão única, locais de parada, locais de estacionamento, pontos de táxi, itinerários de coletivos etc.

Se lei não municipal dispuser sobre essas matérias, infringe a Constituição, desrespeita o art. 15. Só o Município pode disciplinar tais interesses. Só a lei municipal pode dispor a tal respeito. E esta poderá regulá-lo exaustivamente, estabelecendo dessarte competências vinculadas a serem desempenhadas estritamente pelo Executivo, ou, pelo contrário, criando competências discricionárias, a serem exercitadas pela administração municipal. Em qualquer caso, a legislação federal e a estadual estão excluídas do cuidado desses assuntos.

Não pode, entretanto, a União — a pretexto de legislar sobre trânsito — invadir essa área privativa municipal, como igualmente não o pode fazer o Estado, com a invocação de sua competência supletiva. É que o sistema jurídico tem que ser interpretado harmonicamente. Uma disposição não conflita com as outras. “O que a Constituição dá com a mão direita não retira com a esquerda” (Ruy).

A autonomia municipal, erigida em princípio constitucional, pela disposição do art. 15, não é negada pela outorga de competência legislativa à União (art. 8º, XVII, n) em matéria de trânsito, nem pela competência residual estadual.

O que ao intérprete se impõe é conciliar as exigências dos diversos princípios envolvidos, harmonizando-lhes suas conseqüências, de modo a assegurar-lhes a eficácia, no grau constitucionalmente disposto. Aplicar um princípio, com postergação dos demais, importa arvorar-se em constituinte, ou atribuir incoerência ao sistema constitucional.

Aliás, isto o legislador nacional o reconheceu, quando tratou de curvar-se à evidência da existência de diversos tipos de vias públicas, desde as mais pre-

cárias, rurais, até as mais equipadas e modernas das superestradas. Mencionar vias públicas é referir-se tanto a vielas, ruelas e becos, como a praças, avenidas ou estradas de todos os tipos. Ora, cada pessoa pública tem *suas* vias, sobre cuja utilização há de dispor, mediante *sua* legislação administrativa.

## 12) Conclusão

O que, na verdade, afinal resulta da consideração da própria legislação nacional — a única, a grande verdade — é que não há lei federal estabelecendo limite de velocidade para as vias públicas, o que nem seria possível estabelecer, dada a diversidade delas. Seria, além de despropositada, abusiva lei nacional que o fizesse de modo simplista, ignorando a imensa variedade de tipos, categorias e classes de vias. Só seria consentida lei que fixasse limites máximos, para cada tipo. Só caberia após a fixação, por lei também, de vasta tipologia que abrangesse todo o universo a ser considerado.

O fato, porém, é que o CNT não contém preceito desse teor (nem mais simples, nem mais complexo). Logo, cabe a frase de MICHEL TEMER: “Naquilo que não se contrapuser..., pode o legislador estadual desdobrar e adaptar os princípios firmados pela lei nacional” (artigo, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 16, pág. 300).

Por isso é o legislador ordinário que, diante de cada gênero, traçará as regras pertinentes. E criará, para o Executivo, competências discricionárias ou vinculadas, conforme lhe pareça. Logo, por força do que dispõe a própria Constituição, essa matéria fica na competência residual dos Estados (sem que seja possível ignorar a competência própria dos Municípios, que não está no art. 8º, XVII, da Constituição Federal, mas sim, claramente implícita no art. 15, como o demonstra solidamente VICTOR NUNES).

Em conseqüência, negar à lei estadual validade, quando dispõe sobre esse assunto, é negar a supremacia da própria Constituição Federal.

Em suma, se — perdoe-se a insistência — “o que a Constituição dá com a mão direita, não retira com a esquerda”, jamais será lícito entender que os Estados podem ter sua competência legislativa excluída, por obra de lei do Congresso. Se isso já decorreria da simples consagração da sua autonomia (que implica a regulação do uso de seus bens e a edição de seu direito administrativo — porque, se a Constituição dá os fins, dá implicitamente os meios —), mais irresistível fica quando se considera o preceito do parágrafo único do art. 8º

Destarte, pretender interpretar os textos aplicáveis, de modo a autorizar a lei nacional a suprimir a competência supletiva estadual, ofende onimodamente a Constituição, destruindo seus princípios básicos. Reduz a letra morta o preceito segundo a qual “a competência da União *não exclui* a dos Estados”.

Querer, como o quer essa desavisada corrente que se acolha tal tese, é desejar que se diga, contra a Constituição, que o Código Nacional de Trânsito exclui a lei estadual em matéria que *a*) por ele (CNT) não foi regulada e *b*) é por natureza supletiva, e, pois, a lei nacional “não excluirá”.

# Do controle de constitucionalidade das leis. Sistemas de controle

EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA

Procuradora da República. Professora de  
Direito Administrativo — CEUB. Profes-  
sora de Direito Financeiro e Tributário  
— AEUDF

## SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — Sistemas de controle
  - a) político
  - b) judicial
  - c) misto
- III — O controle de constitucionalidade no Brasil

## I — INTRODUÇÃO

Em todas as sociedades politicamente organizadas, representa a Constituição escrita ou costumeira a necessidade de ordenar o poder, garantindo sua estabilidade e as relações entre governantes e governados.

Tratando-se, assim, da lei fundamental de um Estado, conseqüência lógica será a sua superioridade sobre o complexo das normas jurídicas nele existentes.

Já na antigüidade, afirmava ARISTÓTELES:

“... as leis não devem ser confundidas com os princípios da Constituição; elas são as regras de acordo com as quais os magistrados administram o Estado” (1);

apontando a importância de haver um ordenamento maior a que se subordinem as demais legislações. Isto consubstancia a sua supremacia, como salienta BURDEAU:

“Qu'elle soit écrite ou qu'elle soit coutumière, la Constitution est la loi suprême de l'État” (2).

Resulta daí a hierarquização das normas dentro do sistema jurídico, em que as subordinadas se conformam àquela onde reside seu fundamento, não a podendo contrariar. Se o fizerem, quer na sua forma ou no seu conteúdo, tornam-se inconstitucionais, e portanto, inválidas e nulas.

Como se efetivar esta conformidade? Através do controle de constitucionalidade das leis, que é corolário, assim, da supremacia da Constituição.

BURDEAU (3) afirma:

“Le contrôle est d'abord le corollaire de la suprématie de la Constitution surtout lorsque, s' agissant d'une Constitution rigide, le droit positif admet la distinction formelle entre lois constitutionnelles et lois ordinaires. Dès lorsque l'on reconnaît que la Constitution est la loi suprême de l' État et que l'on traduit cette supériorité par l'établissement d'une procédure spéciale...”

Não basta somente a existência da disposição constitucional sobre a sua rigidez, mas é necessário o estabelecimento de meios de controle da conformidade das leis à lei fundamental, para se efetuar, na realidade jurídica, aquela rigidez.

Nesse passo, criaram alguns Estados contemporâneos os sistemas de controle.

(1) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pág. 105.

(2) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, v. 3, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, pág. 131.

(3) GEORGES BURDEAU — ob. cit., pág. 347.

## II — SISTEMAS DE CONTROLE

São de dois tipos:

### 1 — Controle Político

Realiza-se por um órgão de natureza estritamente política, submetendo o legislador a um controle prévio de sua atividade, impedindo a aplicação de leis eivadas de inconstitucionalidade.

É o sistema vigente na França, desde a Constituição de 1958, e quem o exercita é o Conselho Constitucional.

MAURICE DUVERGER (4) nos informa:

“Il s'exerce sur des textes définitivement élaborés, en état d'être appliqués. L'intervention du Conseil Constitutionnel se situe immédiatement avant cette application, et la suspend jusqu'à constatation de la constitutionnalité.”

E, mais adiante:

“Si le Conseil déclare le texte inconstitutionnel, il ne peut être ni appliqué, ni promulgué, sinon après revision de la Constitution ou élaboration d'une nouvelle loi organique (les lois ordinaires étant inconstitutionnelles si elles violent une loi organique...).”

Dar-se-á de duas formas:

a) obrigatoriamente, em que haverá uma intervenção automática do Conselho se se tratar do exame de leis orgânicas ou de regulamentos das Assembléias Legislativas; e

b) facultativamente, caso em que apreciará a constitucionalidade das leis ordinárias, dos tratados internacionais e dos acordos realizados pelas Comunidades ou Sociedades (normas jurídicas com força de lei).

Em ambas as hipóteses dependerá da provocação de determinadas autoridades, arroladas no art. 61 da Constituição.

Na Suécia, existe, também, esse controle: o Presidente do Parlamento deve recusar a apreciação de uma lei inconstitucional, e se houver dificuldades sobre a validade da proposição, ele se dirige ao Comitê Constitucional, para que este decida a respeito.

(4) MAURICE DUVERGER — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1976, pág. 333.

## 2 — Controle Judicial

Compreende três espécies de controle:

### a) Difuso

Constitui-se, este, o sistema originário de controle pelo Poder Judiciário.

Surgiu da interpretação do regime constitucional americano, onde não havia disposição expressa a respeito, com a célebre decisão do Juiz Marshall, em 1803, no caso *Marbury V. Madison*, que estabeleceu o primado da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade.

Dar-se-á incidentalmente, quando da apreciação de um caso concreto, em que o juiz poderá declará-la de ofício, ou a parte mesma suscité-la por meio de exceção.

Hoje, nos Estados Unidos, já se admite que em ações declaratórias se promova a declaração de inconstitucionalidade em tese para atender o interesse do particular.

O precedente, assim, produzirá efeitos **erga omnes**, devendo ser aplicado por todos os juízes e tribunais.

PAOLO BARILI (5) acentua:

“Il controllo di costituzionalità diffuso è affidate a tutti i giudici; negli Stati Uniti d' America chi garantisce la rigidità della Costituzione federale sono gli stessi giudici comuni, i quali, al momento in cui sono chiamati ad applicare una determinata norma di legge, operano, d'ufficio, il controllo di conformità di questa legge alla Costituzione, e se la legge non è conforme alla Costituzione non l'applicano, perchè la Costituzione **suprema lex esto:...**” (grifos no original).

### b) Concentrado

Mais recente, originou-se esta forma da Constituição austríaca de 1920, sendo adotada, entre outros Estados, pela Bélgica, Itália e Alemanha, para onde se transportou.

Consiste em se reservar a um órgão judicial — Corte Constitucional — exclusivamente, o controle de constitucionalidade.

(5) PAOLO BARILI — *Istituzioni di diritto pubblico*, Casa Editrice Dott — Antonio Milani, Padova, 1972, pág. 27.

É o que nos esclarece JACQUES BROSSARD (6):

“Aux termes mêmes de la Constitution de 1920-1929, rétablie en 1945, c’est à la Cour Constitutionnelle fédérale qu’il revient de protéger et d’interpréter la Constitution et de contrôler la constitutionnalité des lois et des règlements.”

Para que a Corte se manifeste é necessário haver a provocação de órgãos políticos ou dos próprios tribunais (de justiça ou administrativos), admitindo, a Alemanha e a Itália, que qualquer juiz o faça incidentalmente.

É o sistema prevalecente na Europa.

Estendeu-se, ainda, à Turquia, à Iugoslávia e a Portugal.

### c) Controle Misto

Far-se-á por via direta, através de ações especiais ou por via indireta, incidentalmente, sempre junto ao Poder Judiciário.

O México utiliza este sistema. Na Constituição de 1917, há normas referindo-se à possibilidade da invocação do controle, através do “juicio de amparo” — ação direta — quando se tratar de violação de direitos e garantias individuais, invasão de competência pelas legislações ou conflitos entre leis federais e estaduais.

JACQUES BROSSARD (7) chama o sistema judiciário mexicano de dualista, a exemplo do sistema americano, compreendendo as cortes dos distritos e cortes de circuito dominadas pela Corte Suprema, esclarecendo que:

“... le pouvoir judiciaire est gardien de la Constitution et lui reconnaît pleine juridiction non seulement quant aux conflits entre gouvernements ou organes gouvernementaux mais quant aux violations des droits individuels”.

As decisões da Corte Suprema só valem, em princípio, nos limites do caso concreto, levado a seu conhecimento, pois não podem exercer o controle **in abstracto**. Entretanto, vinculam os tribunais inferiores.

Vige, o sistema, também na Argentina e Venezuela.

(6) JACQUES BROSSARD — *La Cour Suprême et la Constitution*, Les Presses de L’Université de Montréal, Montréal, 1968, pág. 90.

(7) JACQUES BROSSARD, in ob. cit., pág. 80.



### III — O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Em nosso País, o controle se exerce real e efetivamente pelo sistema misto, na acepção do conceito, eis que se pode dar incidentalmente, no caso concreto, por todos os juízes (difuso), e através da ação direta de declaração de inconstitucionalidade da lei em tese (concentrado).

Nenhum outro Estado contemporâneo chegou a este tipo de controle da lei em abstrato, que somente existe no Brasil.

A provocação da declaração se faz por intermédio do Procurador-Geral da República, único órgão legitimado para tal, perante a Corte Suprema — Supremo Tribunal Federal — cuja decisão produz efeitos **erga omnes**, retirando do mundo jurídico a lei ou ato normativo federal ou estadual, declarados inconstitucionais.

Recentemente, pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, estendeu-se o controle de constitucionalidade à interpretação também de lei ou ato normativo federal ou estadual.

#### BIBLIOGRAFIA

- BARILI, Paolo — **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1972.
- BITAR, Orlando — **A Lei e a Constituição**. Dissertação para concurso à Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Pará, Belém, 1951.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio — **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1949.
- BROSSARD, Jacques — **La Cour Suprême et la Constitution**. Les Presses de L'Université de Montréal, Montréal, Canadá, 1968.
- BURDEAU, Georges — **Traité de Science Politique**. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.
- CAMPOS, Francisco — **Direito Constitucional**. Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1956.
- DUVERGER, Maurice — **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. Presses Universitaires de France, Paris, 1976.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos — **Direito Constitucional**. Forense, Rio de Janeiro, 1976.
- PIMENTA, José Antonio — **Direito Público Brasileiro**. Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., Rio de Janeiro, 1857.
- PINTO FERREIRA — **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1974.
- — **Teoria Geral do Estado**. Saraiva, São Paulo, 1975.

# A positivação das normas de conduta como demonstração da subjetividade dos valores

NELSON DE SOUZA SAMPAIO

Universidade Federal da Bahia

Toda sociedade manifesta suas preferências em relação aos “valores” nela existentes. Não nos interessa aqui o problema de qual o “ser” ou *essência* dos valores, porquanto não é nossa intenção fazer a ontologia dos valores. Digamos apenas que os valores são certas qualidades que podem ser predicados de determinados objetos do conhecimento. A lista dos valores ainda não foi feita de modo exaustivo, nem tentaremos fazê-la aqui. Cingimo-nos a indicar os valores mais importantes, sem colocá-los numa ordem hierárquica — o que pressuporia determinada axiologia.

Feitas essas ressalvas, teríamos os valores do piedoso e do sagrado, do bom, do justo, do belo, do verdadeiro. Exemplos de valores tidos como menos relevantes seriam os de: cortês, polido, gentil, elegante, decoroso. Aqueles valores de primeira plana podem ser divididos em valores referentes à conduta, valores relativos a qualquer coisa, e valores condizentes apenas com o pensamento. Assim, somente a conduta humana pode ser qualificada de piedosa. *Em geral*, o mesmo também acontece com os valores “bom” e “justo”. Dizemos

“em geral”, porque algumas sociedades têm julgado animais e até seres inanimados como maus ou injustos, chegando à instauração de processos judiciais contra bichos e coisas. Tais processos denotam uma mentalidade animista e mágica, ou resquícios de tal mentalidade em grupos mais avançados. Em povos primitivos, não faltam exemplos desse procedimento. Vemo-lo também nos primórdios da história ateniense, onde um tribunal se encarregava de julgar o assassino desconhecido bem como o animal, objeto de pedra, ferro ou madeira que causou a morte de um homem. Depois do julgamento, tais objetos eram lançados além das fronteiras, a fim de purificar o território (1). Da Idade Média européia até tempos recentes, apontam-se casos de processos contra animais na justiça comum e na eclesiástica (2). No Brasil colonial, os cronistas citam processos dessa natureza, sendo o mais conhecido o instaurado, em São Luís do Maranhão, contra formigas devastadoras de plantações. Na moral e no direito atuais, porém, é pacífico que os valores do bom e do justo somente fazem sentido quando dizem respeito à conduta humana.

O valor “sagrado” tem igualmente vasto âmbito de referência. Tanto se pode afirmar de um comportamento, de uma pessoa ou de uma coisa (paramentos, relíquias, escapulários, óleo santo, água benta, templos etc.) que são sagrados, como de pensamentos e signos (orações, cruz, imagens etc.). Por isso, as normas religiosas possuem a maior variedade de transgressões, podendo-se *pecar* por pensamentos, palavras e obras.

Já os chamados valores lógicos, o “verdadeiro” e sua negação, o “falso”, somente se aplicam ao pensamento, com mais precisão ao pensamento enunciativo ou juízo, aquele pensamento que exprime ou produz conhecimento. Esses valores não interessariam ao nosso tema, uma vez que eles possuem uma intersubjetividade imanente, fundada na evidência ou na demonstração empírica. À primeira vista, pois, dir-se-ia que a sociedade não teria necessidade de *impor* determinadas formas de conhecimento ou de impedir o seu curso e livre investigação. No entanto, a livre indagação intelectual é fenômeno que cobre curto lapso da história universal. Ela toma impulso no Ocidente, vencendo muitas resistências do poder espiritual e do temporal, a partir da Renas-

(1) G. GLOTZ, *La Cité Grecque, La Renaissance du Livre*, Paris, 1928, pág. 275.

(2) JEAN VARTIER, *Les Procès d'Animaux du Moyen Age à nos Jours*, Hachette, Paris, 1970.

cença. Contudo, até hoje, a sua plena realização não alcança a maior área do nosso Planeta nem a maioria de sua população. Somente as sociedades abertas ou pluralistas, as democracias de tipo ocidental, buscam realizar a plenitude da livre investigação intelectual e da sua irrestrita divulgação.

Algumas sociedades primitivas procuraram reservar o conhecimento de suas lendas, por vezes até de suas técnicas, para determinados setores do grupo. Nas sociedades arcaicas do Oriente, o saber era controlado pelos sacerdotes, à exceção da China que o fazia monopólio da camada aberta dos mandarins ou letrados. A Grécia iniciou a liberdade de pensamento e de sua expressão, conhecendo até um tímido começo de livre pesquisa científica. Roma, apesar de não tê-la esmagado, não lhe deu o devido cultivo. Com a Idade Média, reinstala-se a censura no campo intelectual, e a Igreja, com o apoio do Estado, passa a condenar todo saber contrário aos dogmas teológicos ou aos ensinamentos da Bíblia. Com a Renascença, como já dito, nasce a ciência moderna, mas não desaparece, de todo, a divergência entre a ciência e a religião. Algumas décadas atrás, as teorias darwinistas não podiam ser ensinadas em colégios norte-americanos de forte influência religiosa. No nosso século a censura e as restrições à liberdade de investigação intelectual encontram maior guarida nos totalitarismos de esquerda e de direita ou em ditaduras de tipo mais antigo, as ditaduras militares. Nos totalitarismos, o Governo procura legitimação numa ideologia, que funciona como uma religião oficial, aliada ao partido único que age como uma igreja do Estado. Nos regimes marxistas-leninistas, é heresia equivalente à traição qualquer investigação no terreno da História, da Sociologia ou da Economia que se desvie do materialismo histórico. Stalin oficializou até a Genética de Lysenko — hoje em desenganado descrédito —, segundo a qual seriam transmissíveis hereditariamente os caracteres adquiridos. Na Alemanha de Hitler, a teoria da relatividade foi proibida, por ser obra de um judeu, ao mesmo tempo que se apresentava como candidato aos campos de concentração quem que tentasse em seus estudos biológicos, divergir do dogma da superioridade da raça ariana, que se proclamava cientificamente fundado. — Mas a liberdade da pesquisa encontra um apoio na necessidade de avanço da técnica militar e da economia — avanço que não se pode alcançar sem os desenvolvimentos das chamadas ciências exatas. A questão de sobrevivência nacional apressa, desse modo, o desenvolvimento científico para que este possa assegurar, ao mesmo tempo, a

riqueza e a corrida armamentista. A arte da destruição, sobretudo, torna-se o maior aliado da liberdade de investigação (ressalvados os segredos de Estado) nas ciências matemáticas e naturais.

Ressalvados esses casos, em que o poder organizado — seja Estado ou Igreja — procura impor certas espécies de conhecimento e banir outras, a sociedade pode permitir que os valores lógicos tenham livre curso em virtude de sua intersubjetividade imanente. O mesmo não sucede com os demais valores, que são, todos eles, subjetivos. As sociedades, porém, não podem deixar que todos esses valores fiquem à mercê dos critérios de cada um. A indiferença, pelo menos em relação a certos valores, acarretaria a dissolução do todo social ou provocaria a situação que DURKHEIM chamou de “anomia”. Por isso, as sociedades estabelecem, como obrigatória, maior ou menor gama de valores.

Pode-se dizer que a seleção desses valores varia de acordo com a ideologia dominante — tomando-se a palavra “ideologia” no seu sentido mais amplo, como conjunto de idéias, valores e crenças que formam a auto-representação de um grupo social e a sua cosmovisão. Nesse significado, a ideologia fornece uma imagem identificadora e justificadora do grupo e do seu papel no universo. Abarcaria, pois, os mitos, lendas e religião de um grupo social<sup>(3)</sup>. A ideologia dominante não precisa ser unanimemente aceita — situação possível teoricamente, mas jamais encontrada historicamente. Basta que ela conte com o apoio da força social. Ao lado ou sob a ideologia dominante, existem as ideologias de subgrupos ou de subculturas. Todas as sociedades conhecem, assim, dissidentes ou herejes, declarados ou clandestinos. Mas, somente quando a ideologia dissidente passa a dominante, conquista a condição que lhe permite impor seus valores e preferências.

Observe-se também que os defensores da ideologia dominante não constituem necessariamente a maioria do conjunto social. No decurso da história, tem-se verificado justamente o inverso. São as minorias que têm decretado, com maior ou menor dissimulação, as suas preferências. Excetuadas as sociedades igualitárias primitivas, as sociedades históricas sempre formaram

---

(3) No sentido restrito e mais corrente, “ideologia”, palavra de cunho recente (séc. XVIII), significaria a versão secularizada desse mesmo conjunto de crenças e valores de uma sociedade. Mas, ainda nessa acepção, as ideologias não deixam de funcionar, segundo generalizada observação, como as religiões de um mundo secularizado.

sistemas de castas, de estamentos ou de classes. Relembrem-se a Índia dos brâmanes, a Roma dos patrícios, os reinos medievais onde predominavam a nobreza e o clero, as sociedades colonizadas, nas quais os códigos — jurídicos, éticos, religiosos e até estéticos são impostos pelos colonizadores. Até em sociedades totalitárias que se dizem defensoras do igualitarismo — como as sociedades marxistas-leninistas — os valores oficiais ou oficializados são os decretados pela minoria monopolizadora do partido único ou dos quadros civis e militares do Estado. — Somente os regimes liberais têm fixado menor soma de valores obrigatórios para o grupo social. Esses regimes — quando merecem, realmente, a adjetivação de “liberais” — limitam-se ao estabelecimento dos valores jurídicos, deixando os outros valores entregues às forças criadoras de toda a sociedade. Todavia, mesmo as sociedades democráticas determinam os valores jurídicos através de minorias, embora essas possam ser influenciadas pelo livre debate ou pelas pressões dos governados. Essa é a dinâmica da chamada sociedade aberta ou pluralista que não envolve o pressuposto de que todo o seu ordenamento jurídico seja resultado de uma espécie de plebiscito da maioria dos cidadãos. Esse ideal somente seria realizável num amplo sistema de governo direto — hoje sem dúvida, impraticável. Mesmo as democracias diretas do mundo greco-romano não o praticaram, uma vez que as suas assembléias populares reuniam pequena parte da população, da qual estavam excluídos os escravos e as mulheres.

Anote-se, por fim, que, ao afirmarmos que a ideologia dominante decide ou orienta a escolha dos valores obrigatórios para uma sociedade, não queremos dizer que a ideologia seja o fator sócio-cultural último ou hegemônico. Outros fatores podem influenciar ou moldar a ideologia. Apenas deixamos de lado esse problema de filosofia social, que não nos interessa no momento, ao tomar a ideologia como o veículo imediato da eleição dos valores de uma coletividade.

Pelo visto, os regimes políticos podem ser classificados pela espécie e soma de valores que tornam obrigatórios para a sociedade. O Estado liberal, em suas origens, cingia-se a impor os valores jurídicos que interessam à defesa externa e à manutenção da ordem interna. Na prática, entretanto, foi sempre além desses objetivos. Hoje, o chamado Estado de Direito — expressão jurídica do regime demoliberal — evoluiu para o Estado social de Direito por incorporar no seu ordenamento jurídico normas asseguradoras do bem-estar de sua população.

Quanto aos valores religiosos dominantes, sua obrigatoriedade social tem sido estabelecida durante quase toda a história. Até que surgisse a tolerância ou o pluralismo religioso — o que não conta mais de três séculos — Igreja e Estado sempre foram unidos. Ser concidadão implicava ser correligionário também. Neste mundo secularizado as teocracias ainda não desapareceram, como nos mostra o exemplo mais conhecido dos Estados islamitas. Mesmo os Estados marxistas, patrocinadores de um ateísmo militante, impõem, como já se aludiu, uma ortodoxia ideológica, que se equipara a uma religião oficial.

Os valores estéticos parecem não ser essenciais para a coesão e segurança da sociedade. Mas não faltam exemplos da sua imposição por parte do poder espiritual ou temporal. Certas Igrejas reconheceram determinadas expressões artísticas e baniram outras fazendo rigorosa distinção entre arte sacra e arte profana. Na Igreja Católica somente agora a música profana está sendo admitida em cerimônias do culto. O regime soviético canonizou o realismo socialista nas artes, excomungando outras formas artísticas — como o *rock-and-roll* — como manifestação de decadência burguesa.

## CONCLUSÕES

1) Variando, segundo o regime político, as sociedades podem tornar obrigatórios valores que, em si, são subjetivos. Para tanto, elas *põem* ou *positivam* esses valores, que passam a ser *postos* (positi) ou *positivos*, aplicando sanções à negação deles. A positivação de tais valores é um modo de torná-los socialmente (ou em virtude do amparo da força social) intersubjetivos ao mesmo tempo que demonstra serem eles, em si, subjetivos. É óbvio que, se os valores religiosos e estéticos fossem intersubjetivos, não necessitariam ser *positivados*. Só os valores jurídicos, por interessarem à coesão e segurança da sociedade, necessitariam ser impostos, a fim de que o desvio de suas normas fosse sancionado pela força social.

2) O processo pelo qual se dá intersubjetividade forçada a valores em si subjetivos consiste em incorporá-los a normas jurídicas. Por outras palavras, esse processo se converte numa juridicização dos outros valores subjetivos, inserindo-os no ordenamento jurídico.

# A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: avaliação crítica

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty); *Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra.*

Um exame do "impacto" de tratados e instrumentos internacionais nas relações interamericanas no campo da proteção internacional dos direitos humanos poderá trazer-nos revelações interessantes. Mesmo se tomarmos como ponto de referência inicial a Declaração Americana de Direitos Humanos, adotada em abril de 1948, oito meses antes da Declaração Universal de Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948), constatamos ter sido ela precedida ou acompanhada de instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis, geralmente voltados para determinadas situações ou categorias de direitos: é o caso de convenções sobre direitos de estrangeiros e de cidadãos naturalizados (1), convenções sobre asilo (2), convenções sobre direitos da mulher (3), da Carta Americana de Garantias Sociais (também de abril de 1948), assim como é também o caso de resoluções adotadas em Conferências Interamericanas sobre aspectos distintos da proteção dos direitos humanos (4) e declarações daquelas Conferências contendo alusões à temática dos direitos humanos (5).

(1) Convenção sobre Direitos dos Estrangeiros (1902), Convenção sobre o Status de Cidadãos Naturalizados (1906), Convenção sobre o Status de Estrangeiros (1928); cf. OEA, *Inter-American Treaties and Conventions*, Washington, Secretariado da OEA, 1980, pp. 10, 12 e 24.

(2) Convenção sobre o Asilo (1928), seguida, após a Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948, das Convenções sobre Asilo Diplomático e Asilo Territorial, de 1954; cf. *Ibid.*, pp. 25 e 49-50. Sobre a aplicação destes e outros instrumentos sobre asilo na América Latina, cf. International Commission of Jurists, *The Application in Latin America of International Declarations and Conventions Relating to Asylum*, Geneva, ICJ, 1975, pp. 1-64.

(3) Convenções Interamericanas sobre Direitos Políticos e Cívicos da Mulher (maio de 1948); cf. OEA, *Inter-American Treaties and...*, op. cit., pp. 47-48.

(4) E.g., as resoluções XXVII (liberdade de informação), XXVIII (direitos da mulher), XLI (discriminação racial), LV (carta da mulher e da criança), e LVI (questões sociais), da Conferência de Chapultepec (México, 1945); cf. PEDRO PABLO CAMARGO, *La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia en América*, México, Cia. Ed. Excelsior, 1960, p. 162. Posteriormente à Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948, cite-se, e.g., a resolução XXVII (Fortalecimento do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos) da Conferência de Caracas de 1954; cf. *Ibid.*, pp. 165-166.

(5) E.g., a "declaração do México" (1945) referindo, dentre os direitos humanos, a igualdade de oportunidades; a "Declaração de Princípios Sociais da América" (contida na Resolução LVIII da Conferência de Chapultepec de 1945); e, após a Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948, a "Declaração de Caracas" (1954) sobre fortalecimento dos direitos humanos como meio de robustecer as instituições democráticas nos Estados americanos. Cf. *Ibid.*, pp. 161-162 e 165.



Temos, assim, nesses passos iniciais, uma mescla de instrumentos variando desde os obrigatórios aos puramente recomendatórios, em sua maior parte voltados para determinados aspectos da proteção dos direitos individuais no continente americano. Curiosamente, foi uma **resolução** de Conferência Interamericana, a de Lima de 1938, resolução hoje considerada como um verdadeiro "antecedente próximo" da Declaração Americana de Direitos Humanos de uma década após, que, pela "primeira vez, durante uma conferência pan-americana, discute de maneira direta o tema dos direitos humanos, recomendando medidas conjuntas para sua salvaguarda" (6), ainda que desprovida de efeitos mandatórios.

Mesmo tendo em mente o sistema regional da OEA de proteção dos direitos humanos hoje existente, o objetivo ideal seria naturalmente a garantia dos direitos humanos através de tratados ou convenções devidamente ratificados, mas pode bem ocorrer que instrumentos outros que tratados, mais flexíveis e não incorporando obrigações jurídicas **stricto sensu**, desfrutem da preferência de alguns governos em determinadas épocas e regiões. O fato de que está hoje em vigor, em nosso continente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não nos pode fazer esquecer de que o próprio **mecanismo** regional de proteção dos direitos humanos no continente americano incorporou-se, em suas origens, em instrumentos outros que tratados.

É o caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fruto originalmente não de um tratado, mas de uma **resolução**: a Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959), estabelecendo uma Comissão (Estatuto de 1960) de mandato limitado à promoção dos direitos humanos, e desfrutando de posição **sui generis** dentro do sistema da OEA. Ora, ao criar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Reunião de Consulta, concebida originalmente como órgão de consulta para "problemas de natureza urgente" (7) afetando a paz e segurança continentais, de certo modo ampliava sua competência **ratione materiae**, exercendo, pela primeira vez, desde a adoção da Carta de Bogotá, o "poder de institucionalização" (8), reservado pela Carta da OEA (artigo 33) à Conferência Interamericana (9).

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez criada, passou a assumir postura semelhante, cedo batendo-se por uma ampliação de sua competência. Assim, por exemplo, a XIII Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores (Punta del Este, 1962), através de **outra resolução** — a Resolução IX —, recomendou ao Conselho da OEA a emenda do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de ampliar suas atribuições e poderes. Foi o

(6) DIEGO URIBE VARGAS, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972, pp. 127-128. Cf. também P. P. CAMARGO, *op. cit.*, p. 160.

(7) Cf. artigos 39-47 da Carta da OEA (anterior às reformas do Protocolo de Buenos Aires de 1967).

(8) KAREL VASAK, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1968, pp. 38-39.

(9) Segundo aquele dispositivo (artigo 33 da Carta da OEA, anterior às reformas do Protocolo de Buenos Aires de 1967), "a Conferência Interamericana é o órgão supremo da OEA. Ela decide a ação e a orientação gerais da Organização, determina a estrutura e funções de seus órgãos e tem faculdades para considerar qualquer assunto relativo à convivência dos Estados americanos. Exercerá estas atribuições de acordo com o disposto nesta Carta e em outros tratados interamericanos".

que veio a ocorrer na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), que, pela Resolução XXII, ampliou os poderes da Comissão para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos <sup>(10)</sup>.

Assim, os poderes da Comissão passaram a compreender o sistema de relatórios (de tipos distintos, como relatórios de sessões, relatórios anuais e relatórios sobre determinados países), o exame de comunicações, visitas a Estados (com sua aquiescência), e preparo de estudos e seminários. Seus poderes — originalmente limitados — expandiram-se mediante um processo de interpretação <sup>(11)</sup>. O fato de que seus membros agiram em sua capacidade individual — e não como representantes das chancelarias de seus países — certamente favoreceu a interpretação liberal e ampla do Estatuto e Regulamento da Comissão <sup>(12)</sup>.

O impacto da atuação da Comissão se tem feito sentir na coleta e uso de dados obtidos de governos. Se estes se mostram dispostos a cooperar, a Comissão conduz os seus trabalhos sem publicidade; se se recusam a cooperar, a Comissão decide publicar as informações obtidas; o risco de assim se exporem tem persuadido alguns governos a cooperar com a Comissão de modos diversos, e esta tem logrado obter algum sucesso no levantamento de dados sobre violações de direitos humanos <sup>(13)</sup>. Ainda nos primeiros anos de sua existência, ademais, a Comissão foi mais além, já como órgão de **proteção** dos direitos humanos: no caso da **República Dominicana** (1965-1966), a Comissão transformou-se em verdadeiro órgão de **ação**, operando continuamente naquele país por mais de um ano, ultrapassando em muito suas atribuições de órgão de observação e recomendação; tal ação, sem precedentes, ampliou ainda mais sua competência, mediante um processo de interpretação liberal e extensiva de seus poderes (artigos 9 e 3 do Regulamento) <sup>(14)</sup>.

Assim, a Comissão, a par do sistema de investigação **in loco** de situações com o consentimento dos Estados visitados, atuava pela primeira vez, com a extensão de seus poderes em 1965, em uma situação de guerra civil na República Dominicana, por um período longo e contínuo. Quatro anos após, durante o conflito armado entre Honduras e El Salvador em 1969, membros da Comissão permaneceram naqueles países por um período de aproximadamente quatro meses <sup>(15)</sup>. Nesse estágio, não mais

(10) Os poderes adicionais da Comissão se incorporaram no novo artigo 9 (bis) de seu Estatuto.

(11) ANNA P. SCHREIBER, *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leyden, Sijthoff, 1970, pp. 87 e 155, e cf. p. 147.

(12) *Ibid.*, pp. 145-146. Mesmo assim têm os membros da Comissão sido cuidadosos no sentido de não necessariamente incluir em seus poderes o de proceder a investigações sobre violações de direitos humanos (sem prévia autorização do Estado em questão), a fim de não antagonizar governos que, de outro modo, estariam dispostos a cooperar; *Ibid.*, pp. 65-66.

(13) *Ibid.*, pp. 65-68 e 84-85.

(14) KAREL VASAK, *La Comisión Interamericana...*, op. cit., pp. 168-169; ANNA P. SCHREIBER, *The Inter-American Commission...*, op. cit., pp. 119 e 144-145: recorde-se que visitas da Comissão a qualquer país requerem aprovação por maioria absoluta de seus membros e consentimento prévio do governo em questão; na República Dominicana, cada membro da Comissão agia como se retivesse a autoridade da Comissão em pleno.

(15) B. WOOD, "Human Rights and the Inter-American System", *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), New York, Praeger, 1970, p. 126.

restava dúvida de que a Comissão se consolidara como órgão não apenas de estudos e observação, mas também de ação, na proteção dos direitos humanos.

Com o Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967), que entrou em vigor em 1970, foi a Comissão enfim erigida em um dos órgãos principais da Organização, pelo qual a OEA realiza os seus fins<sup>(16)</sup>; uma disposição transitória estabeleceu que, enquanto não entrasse em vigor a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a atual Comissão Interamericana velaria pela observância de tais direitos<sup>(17)</sup>. Fortaleceu-se, assim, consideravelmente, o **status** jurídico da Comissão, colocando fim a eventuais objeções à competência da Comissão (desde sua criação, por meio de resolução, pela Reunião de Consulta e não pela Conferência Interamericana supra): a Comissão passava assim a ser dotada, finalmente, de base **convencional**, com um mandato não mais apenas de promoção mas também de controle e supervisão da proteção de direitos humanos. O processo de ampliação da competência da Comissão, endossado pela Resolução XXII da Conferência do Rio de Janeiro de 1965, "regularizava-se" assim ao revestir-se de uma base convencional definida<sup>(18)</sup>.

A partir daí a Comissão pôde atuar de modo distinto de seus primeiros anos, com amplas possibilidades de ação decorrentes de sua competência de órgão da OEA de proteção dos direitos humanos. Assim, por exemplo, no recente **caso chileno**, engajou-se a Comissão na coleta de dados relevantes sobre a situação, visita ao país em questão em missão de investigação **in loco**, e no preparo de recomendações e de uma série de relatórios a partir de 1973<sup>(19)</sup>. Este é naturalmente apenas um dentre vários outros casos recentes de participação ativa da Comissão<sup>(20)</sup>.

É manifesta a preocupação da Comissão em zelar pelo respeito aos direitos humanos nos Estados-Membros da OEA, independentemente de ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969) ou outro instrumento juridicamente obrigatório: com efeito, os **Relatórios Anuais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos** têm incluído uma seção contendo informações fornecidas por governos de Estados-Membros da OEA sobre o "Progresso Alcançado na Realização dos Objetivos Consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do

(16) Artigos 51 (e) e 112 do Protocolo de Reforma da Carta da OEA de 1967.

(17) Artigo 150 do Protocolo de Reforma da Carta da OEA de 1967.

(18) HECTOR GROS ESPIELL, "[Institutions régionales de promotion et de protection des droits de l'homme:] Organisation des États Américains", in *Manual UNESCO des Droits de l'Homme. Les dimensions internationales des droits de l'homme* (ed. K. VASAK), Strasbourg, 1976, pp. 95 e 91 (edição mimeografada); CARLOS GARCÍA BAUER, "La Observancia de los Derechos Humanos y la Estructuración del Sistema Internacional de Protección en el Ambito Americano", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría-Geral da OEA, 1980, pp. 25-27.

(19) HECTOR GROS ESPIELL, "Le fonctionnement des institutions régionales de protection des droits de l'homme illustré par l'affaire chilienne", in *Institut International des Droits de l'Homme, Résumé des Cours — 1977*, Strasbourg, IIDH, 1977, doc. F/HGE, pp. 4-8; para os debates sobre o **caso chileno** na Comissão e na Assembleia Geral da OEA (de 1976 a 1978), cf. B. WOOD, "Human Rights and...", *op. cit.*, pp. 145-146.

(20) Cf., e.g., *inter alia*, casos recentes de missões de observação efetuada *in loco* pela Comissão (em El Salvador, Haiti, Nicarágua, Argentina, Colômbia), relatados in *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1978*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, pp. 113-126; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979/1980*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.50 — doc. 13 rev. 1, de 1980, pp. 17-34.

Homem" (de 1948) <sup>(21)</sup>. Já houve, ademais, ocasião em que a Comissão Interamericana conclamou os Estados-Membros da OEA a incorporarem nos textos de suas Constituições certas categorias de direitos (e.g., em matéria trabalhista) e a "harmonizarem suas leis respectivas com os preceitos contidos nas convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho" <sup>(22)</sup>.

No tocante ao exame de comunicações recebidas contendo alegações de violações de direitos humanos, a experiência da Comissão Interamericana tem sido das mais singulares e interessantes. Ao pronunciar sobre a admissibilidade de tais comunicações, a Comissão Interamericana profere decisões de natureza antes administrativa do que propriamente judicial. Talvez isto lhe tenha permitido agir com flexibilidade e evitar a pronta rejeição de certas comunicações com base nas condições de admissibilidade (tais como, e.g., o requisito do prévio esgotamento, pelos reclamantes, dos recursos de direito interno). Em contrapartida, a Comissão Européia, órgão da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, tem procedido com mais rigor, talvez pelo fato de suas decisões sobre admissibilidade de petições assumirem um caráter judicial. À Comissão Interamericana, a seu turno, por uma série de técnicas processuais <sup>(23)</sup> e pelo motivo básico acima indicado, tem sido possível usar presunções mais a favor dos reclamantes no que diz respeito às condições de admissibilidade de suas comunicações.

Conforme indicamos em recente estudo sobre a matéria, em alguns casos, amplamente debatidos, chegou a Comissão Interamericana a adotar **resoluções**, de conteúdo variável de caso a caso: "as resoluções têm declarado que os atos relatados no caso constituíam **prima facie** uma violação de direitos humanos, ou recomendando uma ampla investigação do que parecia constituir uma violação de direitos humanos, ou decidido arquivar o caso até que os resultados de uma investigação em curso se tornem conhecidos, ou declarado que não se verificou a violação de direitos humanos alegada na reclamação" <sup>(24)</sup>.

Um dos aspectos salientes da experiência da Comissão em matéria de comunicações ou petições é o método de investigação empreendida nas chamadas "situações gerais", ou casos de alegações de violações generalizadas de direitos humanos. Em virtude de uma regra de interpre-

(21) Geralmente relativas a medidas legislativas, decisões judiciais e outras providências (e.g., atos administrativos) a nível nacional. Cf. *Relatório Anual da CIDH — 1977*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.43 — doc. 21, de 1978, pp. 15-25; *Relatório Anual da CIDH — 1978*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, pp. 13-21; *Relatório Anual da CIDH — 1979/1980*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.50 — doc. 13 rev. 1, de 1980, pp. 77-84 (este último Relatório é o primeiro a fazer referência não apenas à Declaração Americana de 1948 como também à Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

(22) *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights — 1971/1972*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.29 — doc. 41 rev. 2, de 1973, p. 33.

(23) *Sobre estas*, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System", 18 *Indian Journal of International Law* (1978) pp. 345-351; A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), Cambridge, University of Cambridge, 1977, pp. 784-818 (circul. interna).

(24) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American...", *op. cit.*, pp. 347-348.

tação fixada na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965) <sup>(25)</sup>, admitiu-se que o requisito do prévio esgotamento de recursos do direito interno, aplicável em princípio às comunicações enviadas à Comissão (como condição de sua admissibilidade), não se estenderia àquelas “situações gerais”. A questão foi objeto de estudos em dezembro de 1968 e maio de 1972 <sup>(26)</sup>, e em 1971-1972 aquela regra de interpretação era aplicada no **caso nº 1.684** <sup>(27)</sup>. Pouco depois, em outro caso, em 1974, a Comissão decidiu examinar uma série de reclamações sobre direitos humanos inter-relacionadas — que incluíam suspensão de garantias de **due process** e outras irregularidades, e ineficácia dos recursos de **amparo e habeas corpus** — como uma “situação geral”; desse modo, dispensou a Comissão o pré-requisito do esgotamento dos recursos internos, o que por sua vez possibilitou-lhe proceder de imediato a um estudo amplo e abrangente da situação <sup>(28)</sup>. Observe-se que esta significativa evolução teve lugar mediante um **processo de interpretação liberal** das normas regendo o procedimento da Comissão Interamericana <sup>(29)</sup>.

Tal desenvolvimento encontra paralelo na prática da Comissão Européia de Direitos Humanos. Esta, nos últimos anos, tem se inclinado em alguns casos a dispensar o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, quando uma petição levantar a questão da compatibilidade com a Convenção Européia de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas” (a nível nacional), particularmente quando as alegações estiverem bem fundamentadas; assim, a Comissão Européia tem ademais atribuído à noção de “vítima” (sob a Convenção) uma interpretação cada vez mais ampla <sup>(30)</sup>.

Também no plano global, no sistema da ONU, encontramos um paralelo, e dos mais significativos. A par de tratados ou convenções em vigor, como, e.g., os Pactos de Direitos Cíveis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, há um sistema na ONU, conhecido como o da Resolução 1.503 (XLVIII) de 1970 do ECOSOC <sup>(31)</sup>, pelo qual petições, devidamente selecionadas, são encaminhadas à Comissão de Direitos Humanos da ONU para estudos ou investigações. É fundamental observar que, nesse sistema de proteção, que passou a produzir resultados em 1974, as petições devem necessariamente dizer res-

---

(25) OAS doc. OEA/Ser.C/I.13, p. 32 (Ato Final da Conferência).

(26) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American...”, *op. cit.*, p. 348.

(27) OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.29 — doc. 5, de 1972, p. 3.

(28) Cf. OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.34 — doc. 21, de 1974, pp. 1-177 (para o relatório da Comissão sobre o caso, aprovado ainda em 1974).

(29) No caso, o artigo 9 (bis), letra (d), de seu Estatuto, e o artigo 54 de seu Regulamento, dispoñdo sobre a regra do esgotamento dos recursos de direito interno.

(30) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices — the European Experience”, 18 *Malaya Law Review* (1976) pp. 257-280; A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 1281-1339.

(31) Complementado pelos dispositivos detalhados da Resolução 1 (XXIV) de 1971, da Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias.

peito a "determinadas situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, seguramente comprovadas" (32).

Assim, vale ressaltar que, sob o sistema de proteção instituído por aquela **resolução** do ECOSOC, não se trata de remediar violações **individuais** de direitos humanos, dado que a implementação é mais propriamente dirigida a **situações prevaletentes** (afetando grupos ou coletividades humanas). E, conforme ponderamos em estudo recente, "sua significação e seu impacto são da maior importância, por **independem** da ratificação dos Estados-Membros da ONU. Assim, é possível que a validade desse experimento continue a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar os casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes de direitos humanos. (33).

Desse modo, é alentador verificar que a prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nesse particular (supra), mesmo antes da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em nosso continente, se coaduna com as experiências paralelas da Comissão Européia de Direitos Humanos (sob a Convenção Européia) e da Comissão de Direitos Humanos da ONU (sob o sistema da Resolução 1.503 do ECOSOC), apontando todas no sentido de facilitar gradualmente o acesso dos particulares lesados às instâncias internacionais, e fortalecer assim sua posição no plano internacional, em experimentos providos **seja de base convencional, seja de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não obrigatórios** (resoluções de organismos internacionais), mas que nem por isso deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados-Membros.

Com a entrada em vigor, em meados de 1978, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (34), prevendo o estabelecimento de uma Comissão e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, surgiram questões como a "transição" entre a "atual" Comissão Interamericana e a "futura" Comissão a operar sob a Convenção Americana, e a

(32) *Parágrafo 5 da Resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, parágrafo 1.º da resolução 1 (XXIV) da Subcomissão*. Observe-se que, em virtude do parágrafo 8.º da Resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, as medidas de implementação tomadas permanecem confidenciais.

(33) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 24 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) p. 354; e, para estudos da prática do sistema da Resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, cf.: J. Th. MÖLLER, *Petitioning the Commission on Human Rights*, ONU/Genebra, 1979, pp. 2-21 (não publicado, circulação interna apenas); MARC SCHREIBER, "The Development and Main Features of the Existing United Nations Procedures for Dealing with Communications Concerning Human Rights Containing Allegations of Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms", 4 *Revista de Derechos Humanos — Puerto Rico* (1974) pp. 110-114.

(34) Cf., no período entre a assinatura e a entrada em vigor da Convenção, e.g., JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "La Convención Americana de Derechos Humanos y las Posibilidades de su Ratificación por los Estados Americanos", 4 *Revista de Derechos Humanos — Puerto Rico* (1974) pp. 161-165; e, mais recentemente, CARLOS J. GUTIÉRREZ, "Conflictos entre las Normas de Derecho Interno y los Instrumentos Internacionales", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría-Geral da OEA, 1980, pp. 174-177. — Para o Ato Final da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (San José, 1969), cf. OEA, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* (1969-1970), Washington, Secretaría-Geral da OEA, ed. 1976, pp. 520-537, esp. pp. 528-531, sobre a competência e procedimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

relação entre a “nova” Comissão e os Estados-Membros da OEA que ainda não ratificaram a Convenção Americana. O “período de transição” foi objeto de atenção não só da própria Conferência de San José de 1969 (Resolução II da Conferência), como também do Conselho Permanente da OEA, Resolução nº 253, de 1978 <sup>(35)</sup>. Lembrou o Secretário Executivo da Comissão que esta era “um órgão permanente estabelecido não apenas na Convenção, como na própria Carta da OEA, em seu art. 51”, e que a própria Convenção confirmava, em seu art. 41, que as funções da Comissão se estendiam a “todos os membros da OEA” (o que explicava por que, a contrário da eleição dos juizes da Corte, os membros da Comissão eram eleitos por todos os Estados membros da OEA) <sup>(36)</sup>. O mesmo raciocínio foi sustentado pelo presidente da Comissão, que, recordando os arts. 51, 112 e 150 da Carta da OEA, manteve que a “nova” Comissão continuaria aplicando as normas que vinham regendo sua atuação mesmo aos Estados que não fossem partes na Convenção, e aplicaria aos Estados-Partes os dispositivos pertinentes da Convenção <sup>(37)</sup>.

Também um dos juizes da recém-criada Corte Interamericana argumentou no mesmo sentido, recordando o *status* da Comissão como órgão da própria OEA (arts. 51 e 112 da Carta, após o Protocolo de Buenos Aires de 1967) e as referências feitas pela própria Convenção Americana a funções e competência da Comissão aplicáveis seja a “Estados-Partes”, seja a “Estados-Membros” da OEA (arts. 44 e 41, d, da Convenção); assim, a Comissão — cujos membros são designados pela Assembléia Geral da OEA composta de todos os seus Estados-Membros — é competente para servir, como órgão da OEA, a todos os seus Estados-Membros (tenham ou não ratificado a Convenção) <sup>(38)</sup>. Uma interpretação em contrário “teria debilitado todo o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos” <sup>(39)</sup>.

Com efeito, em outubro de 1979, a Assembléia Geral da OEA aprovou o novo Estatuto da Comissão — como órgão representativo de todos os Estados-Membros da OEA —, incluindo atribuições seja com relação a todos os Estados-Membros da OEA, tenham ou não ratificado a Convenção Americana (arts. 18 e 20), seja com relação aos Estados-Partes na Convenção em particular (art. 19) <sup>(40)</sup>. Pouco após, em abril de 1980, a Comissão aprovou seu novo Regulamento, *inter alia* estabele-

(35) Cf. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1978, OEA doc. OEA/Ser. L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, pp. 9-10.

(36) EDMUNDO VARGAS CARREÑO, “Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría-Geral da OEA, 1980, p. 163.

(37) ANDRÉS AGUILAR, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Entrada en Vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José”, *2 Mundo Nuevo* — Caracas (1979) p. 34, e cf. pp. 33-36.

(38) THOMAS BUERGENTHAL, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Problemas Escogidos”, *2 Mundo Nuevo* — Caracas (1979) pp. 43-46 e 51-52.

(39) E. VARGAS CARREÑO, “Algunos Problemas...”, *op. cit.*, p. 163.

(40) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979/1980, OEA doc. OEA/Ser. L/V/II.50 — doc. 13, rev. 1, de 1980, pp. 9-12. O próprio Conselho da OEA, em resolução adotada por consenso, confirmou que a Comissão aplicaria a Convenção aos Estados-Partes, e o seu Estatuto e Regulamento (vigentes na época) e a Declaração Americana de Direitos Humanos (de 1948) aos Estados não-Partes na Convenção; EDMUNDO VARGAS CARREÑO, “/Derechos Humanos:/ El Perfeccionamiento de los Mecanismos...”, *op. cit. infra*, p. 223.

cendo os procedimentos — consoante seu Estatuto — aplicáveis a Estados que sejam ou não partes na Convenção <sup>(41)</sup>.

Este é um desenvolvimento digno de registro, e que nos faz recordar um argumento avançado em relação à Convenção Européia que nos parece igualmente válido em relação à Convenção Americana: enquanto tais convenções estabelecem sistemas de proteção internacional dos direitos humanos a nível regional, as regras gerais de interpretação de tratados <sup>(42)</sup> evoluíram primariamente como guias ou diretrizes ao processo de interpretação pelas próprias partes contratantes. Ora, no caso das convenções supracitadas, impõe-se uma interpretação objetiva de seus dispositivos, dado o caráter essencialmente objetivo das obrigações contraídas pelas partes contratantes, visando a proteção dos direitos humanos e não o estabelecimento de direitos recíprocos e subjetivos para as partes contratantes. Isto equivaleria a uma interpretação que buscasse a realização dos propósitos daquelas convenções, ou seja, uma interpretação “dinâmica” à luz de “desenvolvimentos em atitudes políticas e sociais” <sup>(43)</sup>.

Com efeito, os redatores da Convenção Americana houveram por bem nela incluir um dispositivo (art. 29) contendo normas de interpretação. Estas não poderiam ser mais claras, ao rejeitarem expressamente uma interpretação das disposições da Convenção que viesse a suprimir ou limitar o gozo e exercício dos direitos reconhecidos na Convenção, na legislação interna dos Estados-Partes, ou em outros atos internacionais sobre direitos humanos <sup>(44)</sup>.

Um possível “impacto” da Convenção Americana nas relações interamericanas no que concerne à proteção dos direitos humanos pode ser estudado sob aspectos distintos. No tocante aos mecanismos de proteção, por exemplo, a Convenção Americana distingue-se significativamente da Européia em que, enquanto sob a Convenção Européia o direito de petição individual é facultativo e o de petição interestadual obrigatório (arts. 25 e 24), sob a Convenção Americana passa-se o contrário, sendo obrigatório o direito de petição individual e facultativo o de queixa interestadual (arts. 44 e 45). Os redatores desta última procederam com prudência, aparentemente levando em conta a experiência do sistema regional europeu.

Naturalmente uma reclamação interestadual terá repercussões bem mais amplas e profundas nas relações internacionais na região do que muitas das petições individuais (não raro rejeitadas como inadmissíveis). Por outro lado, e talvez por isso mesmo, têm os Estados se mostrado recalcitrantes em “acionar” outros Estados, por receio de compromete-

(41) *Ibid.*, pp. 12-13.

(42) Cf. artigos 31-33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

(43) F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975, pp. 17-18 (e jurisprudência ali citada).

(44) Cf. texto do artigo 29 in *Manual de Normas Vigentes em Matéria de Direitos Humanos*, OEA doc. OEA/Serv.L/V/II.50 — doc. 6, de julho de 1980, p. 38.



rem suas relações amistosas. Assim, um levantamento de dados efetuado recentemente pelo Secretário da Comissão Européia de Direitos Humanos revela que poucos foram os casos de reclamações interestatais ocorridos até hoje sob a Convenção Européia: **Grécia v. Reino Unido** (a propósito de **Chipre**, 1956-1957); **Austria v. Itália** (1961-1963); **Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda v. Grécia** (1967-1970); **Irlanda v. Reino Unido** (1971); **Chipre v. Turquia** (1974-1978) <sup>(45)</sup>. Paralelamente, registraram-se, de 1955 até fins de 1978, 8.448 reclamações individuais, das quais 190 foram declaradas admissíveis <sup>(46)</sup>.

Assim, o registro de queixas interestatais, mesmo no sistema regional europeu onde constituem mecanismo obrigatório sob a Convenção Européia, não deixa de ser modesto. Possivelmente ainda menor sob o experimento da Convenção Americana, em que foi relegado a mecanismo facultativo, talvez sob a lembrança do princípio da não-intervenção de um Estado nos assuntos internos de outro <sup>(47)</sup>, arraigado na tradição e prática latino-americanas desde sua consagração definitiva na Conferência de Montevideu de 1933 <sup>(48)</sup> — muito embora no presente contexto equivallesse a um mecanismo de garantia coletiva acionável restritivamente sob uma convenção internacional de direitos humanos devidamente ratificada <sup>(49)</sup>, e assim fundamentalmente distinto da intervenção discricionária no contencioso diplomático interestatal.

A significação e o alcance de um experimento como o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos podem ser medidos por seus possíveis efeitos jurídicos no direito interno dos Estados-Partes. A esse respeito, cabe recordar o art. 2º, da Convenção, pelo qual, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” <sup>(50)</sup>. Pouco após a adoção da Convenção Ameri-

(45) European Commission of Human Rights, *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights*, C. E. doc. DH(78)1, Strasbourg, Council of Europe, 1979, pp. 5-15. Para um estudo desses casos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques: la procédure de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”, 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978) pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the Practice under the European Convention on Human Rights”, 29 *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht* (1978) pp. 211-231.

(46) E.C.H.R., *Stock-Taking...*, op. cit., p. 137.

(47) Nesse sentido, THOMAS BUERGENTHAL, “Las Convenciones Europea y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría-Geral da OEA, 1980, p. 182.

(48) J. J. CA'CEDO 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) p. 33; Ch.G. FENWICK, “El Sistema Regional Interamericano: Cincuenta Años de Progreso”, *Anuario Jurídico Interamericano* (1955-1957) p. 47.

(49) Recorde-se, ademais, que, em contexto distinto, a própria Comissão Jurídica Interamericana proferiu, em setembro de 1965, Parecer sobre “Diferenças entre Intervenção e Ação Coletiva”; cf. Comité Jurídico Interamericano, 9 *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales* (1965-1968) pp. 111-127.

(50) Texto in: OEA, *Manual de Normas Vigentes em Matéria de Direitos Humanos*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.50 — doc. 6, de julho de 1980, p. 30.

cana em San José (novembro de 1969), a Delegação dos Estados Unidos, em relatório de abril de 1970, indicou que o principal efeito desse artigo era o de "permitir aos Estados-Partes tratar os dispositivos substantivos da Convenção como sendo *non-self-executing*", e comentou que o art. 2º era "suficientemente flexível possibilitando a cada país implementar da melhor maneira o tratado de acordo com sua prática interna" (51).

Pouco após a adoção da Convenção, comentou-se que, se se interpretar o art. 2º de modo tal a possibilitar a rejeição de tentativas de invocar a Convenção Americana perante os tribunais nacionais visando assegurar um direito conflitante com a legislação interna (ou não existente nesta), com base na tese de que sem a legislação interna adicional prevista no art. 2º, um indivíduo não poderia derivar direitos diretamente da Convenção, então a Convenção Americana deixaria de ter "um impacto significativo na administração da justiça quotidiana mesmo nos países americanos que eventualmente a ratificassem. Esta, pelo menos, tem sido a experiência naqueles Estados que, embora tivessem ratificado a Convenção Européia, não lhe atribuem o *status* de direito interno" (52). Tudo indica, no entanto, que o art. 2º da Convenção Americana não tenha outro alcance senão "o de recomendar aos Estados que incorporem à sua legislação interna as disposições meramente programáticas da Convenção", visando o cumprimento dessas disposições "nos casos — que não são muitos — em que estas não se bastem a si próprias" (53).

Conviria aqui recordar o art. 25 da Convenção Americana, reconhecendo a toda pessoa o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais nacionais na salvaguarda de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção, pela Constituição ou pela lei. Tal dispositivo encontra paralelo no art. 13 da Convenção Européia, ilustrando um dever imposto aos Estados-Partes e a interação entre o direito interno e as normas da Convenção. Com efeito, o impacto da Convenção Européia no direito interno dos Estados-Membros pode ser apreciado de ângulos distintos, como, por exemplo, "o efeito de determinados casos ao acarretar mudanças legislativas internas para harmonizar as leis nacionais dos Estados-Membros com o sistema da Convenção", e, por outro lado, a influência — menos analisada até hoje — do direito interno no sistema da Convenção (54). O fato é que ambas as Convenções regionais, a Européia e a Americana, a par de seus próprios órgãos e mecanismos, confiam assim a proteção dos

(51) "United States: Report of the Delegation to the Inter-American Specialized Conference on Human Rights — American Convention on Human Rights", 9 *International Legal Materials* (1970) pp. 714-715, e cf. também p. 710.

(52) THOMAS BUERGENTHAL, "The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes", 21 *Buffalo Law Review* (1971) pp. 128-129; Th. Buergenthal, "The American Convention on Human Rights: an Illusion of Progress", *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 383-394.

(53) E. VARGAS CARRERO, "Algunos Problemas...", *op. cit.*, p. 155.

(54) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 337-338.

direitos humanos também — e primariamente — à legislação constitucional e ordinária e aos órgãos e procedimentos do direito público interno; esse fato tem sido amplamente reconhecido na experiência sob a Convenção Européia, em que tribunais nacionais dos Estados-Partes têm procedido à sua própria interpretação e aplicação do art. 13 da Convenção Européia <sup>(55)</sup>.

O problema do art. 13 surge particularmente em relação aos Estados em que a Convenção Européia não possui o **status** de direito interno; assim, o dispositivo teria uma "natureza processual", incorporado que foi àquela Convenção para o propósito limitado de impedir cautelosamente a interposição, de um modo ou de outro, de imunidade governamental como objeção a uma ação impetrada perante os tribunais nacionais visando a reparação de supostas violações da Convenção <sup>(56)</sup>. A aplicação do art. 25 da Convenção Americana poderá assim inspirar-se na rica experiência da aplicação paralela do art. 13 da Convenção Européia.

Os relatórios anuais recentes da Comissão Interamericana relacionam a questão da proteção dos direitos humanos com sua preocupação com a própria organização política dos Estados-Membros da OEA e o exercício efetivo da democracia representativa como princípio consagrado na Carta da OEA <sup>(57)</sup>; no relatório de 1979-1980, por exemplo, a Comissão constata "a relação orgânica entre a violação dos direitos à segurança física, por um lado, e o descuido dos direitos econômicos e sociais e a supressão da participação política, por outro" <sup>(58)</sup>. Para a Comissão, esta é uma "relação de causa e efeito", e o descuido dos direitos econômicos e sociais <sup>(59)</sup>, acrescido da supressão da participação política, produz "a classe de polarização social" que conduz a atos de violência. Aqui a Comissão mostra-se "extremamente cautelosa", ao reconhecer a dificuldade que existe no campo dos direitos econômicos e sociais "para estabelecer critérios que permitam medir o cumprimento pelos Estados de suas obrigações" <sup>(60)</sup>.

A esse propósito, há autores que prefeririam que a Convenção Americana tivesse procedido a uma regulamentação distinta (a exemplo dos

(55) *Ibid.*, pp. 354-357 (e jurisprudência ali revlsta).

(56) Poder-se-ia argumentar que um Estado violou a Convenção se tiver ele efetivamente impedido o exercício de um direito garantido na Convenção; *ibid.*, pp. 357-358. Para um estudo geral do problema, cf. PIERRE MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, Ed. Univ. de Bruxelles, 1973, pp. 1-151. Cf. também ANDREW DRZEMCZEWSKI, "The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions", 1 *Legal Issues of European Integration* (1977) pp. 1-85.

(57) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1978*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, p. 22. Para um estudo sobre a matéria, cf. P. P. CAMARGO, *La Protección Jurídica...*, op. cit., pp. 367-456 e 224-225, e cf. também pp. 237-260 (sobre a ação coletiva de tutela dos direitos humanos).

(58) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979/1980*, OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.50 — doc. 13 rev. 1, de 1980, p. 143.

(59) Cf. o artigo 26 da Convenção Americana, sobre o "desenvolvimento progressivo" de tais direitos.

(60) *Informe Anual... 1979/1980*, cit. supra, p. 143. A Comissão, no entanto, faz referência *inter alia* à "distribuição desigual da riqueza" em muitos países; *ibid.*, p. 144.

Pactos de Direitos Humanos da ONU) entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos e sociais, de outro <sup>(61)</sup>. A própria Carta da OEA admite que a questão dos direitos humanos não recai hoje sob o domínio reservado dos Estados, podendo ser objeto de regulamentação internacional e dotada de mecanismos internacionais de proteção <sup>(62)</sup>; dificuldades de implementação de tais mecanismos são mais visíveis com relação aos direitos econômicos e sociais <sup>(63)</sup>, que tocam de perto a própria organização político-social do Estado, conforme pondera a Comissão Interamericana (cf. supra).

Em nossos dias, ao início da década de oitenta, é certo que persiste uma brecha ou distância entre o progresso normativo alcançado pelo sistema interamericano na proteção dos direitos humanos e a realidade dos direitos humanos no continente, mas como já bem se ressaltou, "sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa" <sup>(64)</sup>. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, tem sido certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 comunicações sobre direitos humanos <sup>(65)</sup>, obra considerável para um órgão até então operando sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos no período de cinco anos entre 1973 e 1978 <sup>(66)</sup>.

Aos resultados concretos em inúmeros casos individuais acrescenta-se a importante função **preventiva** exercida pela Comissão. Em decorrência de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados governos, ou formuladas em seus relatórios anuais, "foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos", foram criados ou fortalecidos

---

(61) Nesse sentido: HECTOR GROS ESPIELL, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", 145 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1975) pp. 40-41 e 19; EDMUNDO VARGAS CARREÑO, "Algunos Problemas...", *op. cit.*, p. 156; DIEGO URIBE VARGAS, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972, pp. 295 e 303-305.

(62) H. GROS ESPIELL, "Le système interaméricain...", *op. cit.*, pp. 13 e 17; e, para um estudo geral sobre o tema, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.

(63) E. VARGAS CARREÑO, "Algunos Problemas...", *op. cit.*, p. 156.

(64) H. GROS ESPIELL, "Le système interaméricain...", *op. cit.*, pp. 52-53, e cf. também p. 48. Cf. igualmente E. VARGAS CARREÑO, "La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1979, p. 365.

(65) H. GROS ESPIELL, "Le système interaméricain...", *op. cit.*, pp. 29-31.

(66) E. VARGAS CARREÑO, "[Derechos Humanos:] El Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la Luz de su Experiencia", *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales* (ed. W. Sanchez G.), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 1979, p. 227.

mecanismos de proteção no ordenamento interno ou nacional, e "se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para a melhor tutela" dos direitos humanos (67).

Concluindo, vale ressaltar que experimentos contemporâneos os mais diversos de supervisão internacional, levados a cabo por organizações internacionais, têm, nos últimos anos desenvolvido sofisticados e eficazes mecanismos de controle de sua observância (e.g., relatórios periódicos, procedimentos para interpretação de acordos internacionais, reclamações ou petições de diversas modalidades) (68). Os experimentos de proteção internacional dos direitos humanos em geral, e o interamericano em particular, não fazem exceção a isto: compõe-se de instrumentos de força e efeitos jurídicos desiguais ou variáveis (desde simples declarações até convenções devidamente ratificadas) e de órgãos exercendo funções também distintas (e.g., informação, instrução, conciliação e tomada de decisão) (69).

No experimento regional americano, vimos que a prática e as conquistas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, anteriores ao Protocolo de Buenos Aires (de 1967) de reforma da Carta da OEA, basearam-se em última análise em instrumentos outros que tratados, como resoluções da OEA. Tais instrumentos, tecnicamente não obrigatórios, também vieram a dar uma contribuição decisiva para o fortalecimento da condição dos particulares no direito internacional contemporâneo, tanto no âmbito regional (e.g., Comissão Interamericana) quanto global (e.g., sistema da Resolução nº 1.503 do ECOSOC da ONU).

Somente a partir da entrada em vigor, em 1970, do Protocolo de reformas da Carta da OEA, é que os poderes da Comissão Interamericana passaram a derivar de uma base convencional multilateral, a própria Carta da OEA. Estava assim aberto o caminho para fortalecimento "constitucional" do exercício dos poderes da Comissão assim como da significação política de suas decisões (70). Outro marco importante nessa evolução foi a entrada em vigor, em 1978, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969). Assim, no âmbito regional americano como no global, testemunhamos hoje a passagem gradual ou evolução da fase "legislativa" das décadas anteriores de redação dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos à fase atual de implementação de tais instrumentos (71).

---

(67) ANDRÉS AGUILAR, "La Comisión Interamericana...", *op. cit.*, p. 38.

(68) L. B. SOHN, "Procedures Developed by International Organizations for Checking Compliance", *The Effectiveness of International Decisions* (ed. S. Schwebel), Leiden, Sijthoff/Oceana, 1971, pp. 51-56.

(69) KAREL VASAK, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1974) pp. 348 e 361, e cf. também pp. 366 e 411-412.

(70) THOMAS BUERGENTHAL, "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", 69 *American Journal of International Law* (1975) pp. 833 e 835-836.

(71) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) p. 348; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies under the U.N. Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol", 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) p. 765.

# Política de endividamento externo do Império

MIRCEA BUESCU

Professor da PUC-RJ.

Sócio do Instituto Histórico e Geográfico  
Brasileiro

Manifestei, em várias oportunidades, meu desacordo quanto a interpretações tradicionais dadas à política econômica do Império — interpretações muitas vezes malevolentes e injustas, condenando-a sem levar em consideração a realidade histórica que poderia constituir uma explicação, *senão uma justificativa*. Já tentei, em algumas pequenas comunicações feitas no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, reconsiderar a política alfandegária e a política monetária do Império. Para a primeira, mostrando que, apesar do liberalismo dominante, existiram sempre preocupações protecionistas. Para a segunda, apontando que, malgrado a supremacia da ortodoxia monetária e a fé no padrão-ouro, as medidas governamentais foram mais realistas, mais pragmáticas, evitando, desse modo, os excessos da aplicação de um liberalismo à *outrance*.

Quero referir-me desta vez, ainda que numa análise perfunctória, à política de endividamento externo do Império. Autores sérios condenaram-na de maneira lapidar e sem restrições. Um diz: “Logo após a Independência, nosso País começou a tomar os primeiros empréstimos externos, enveredando dessa forma por um caminho que seria longo e melancólico, trazendo consideráveis prejuízos à economia nacional” (1). Outro: “A história da dívida externa do Brasil é triste e dolorosa. Desde a Independência até a República o País viveu acorrentado aos seus credores, especialmente os banqueiros ingleses” (2). E outro, referindo-se ao primeiro empréstimo,

( 1 ) LIMA, Heitor Ferreira — *História Político-Econômica e Industrial do Brasil*. São Paulo, CEN, 1970, p. 194.

( 2 ) FERREIRA, Pinto — *Capitais Estrangeiros e Dívida Externa do Brasil*. São Paulo, Brasiliense, 1965, p. 93.

de 1824: "Iniciamos, então, nossa imensa odisséia de apelos ao crédito externo, não com o fito imediato de expandir as forças econômicas do País, mas apenas para cobrir os déficits" (3). O próprio VALENTIM BOUÇAS, em sua grande e fria história da dívida externa, escreve: "Iniciou-se em 1824 a política de empréstimos externos, que levou, consecutivamente, o País a lançar mão de semelhante remédio para salvar os males dela própria resultantes. . . Em virtude desse círculo vicioso e pernicioso, o Brasil sempre viveu com a sua economia e as suas finanças deprimidas diante de obrigações irrevogáveis para com o estrangeiro" (4).

Diga-se de passagem que a "depressão" da economia e das finanças decorreu de fatores bem mais complexos do que a dívida externa — os fatores que erguem obstáculos a um país novo, subdesenvolvido, apoiado no setor externo. Quanto à dívida, os autores citados — e mais outros — admitem, de forma explícita ou implícita, que a política de endividamento representava apenas a opção do caminho mais fácil pelos nossos dirigentes financeiros ou, então, era imposta pelas forças imperialistas internacionais. Afinal, isso pode ser verdade, mas apenas uma parte da verdade. Aí, também, a explicação é um pouco mais complexa, como tentarei demonstrar mais adiante.

Não tenho a intenção de apresentar um histórico da dívida externa do Brasil; outros já o fizeram (5). Vou tentar apenas responder, a bem da verdade, a três perguntas:

- 1) Foi o endividamento externo muito pesado?
- 2) Apresentou ele uma tendência progressiva?
- 3) Correspondeu ele a uma política propositada dos dirigentes fazendeiros? A última pergunta levará a uma avaliação da política de endividamento externo dentro do contexto das realidades históricas.

Pode-se responder rapidamente às duas primeiras perguntas, em conjunto. É verdade que as condições do endividamento não foram muito favoráveis. Se os juros foram razoáveis, o "tipo" dos empréstimos foi muitas vezes muito baixo, isto é, recebia-se efetivamente apenas uma percentagem do empréstimo contratado. Desta forma, os juros reais eram mais altos e exigia-se um esforço de amortização maior do que o benefício recebido. Sérias restrições podem ser feitas no que diz respeito às comissões exage-

(3) LEMOS, Claudionor de Souza — *Dívida Externa*. Rio de Janeiro, 1946, p. 4.

(4) BOUÇAS, Valentim — *Finanças do Brasil — Dívida Externa 1824-1945*. Vol. XIX, Rio de Janeiro, Ministério da Fazenda, 1955, p. 75.

(5) BOUÇAS, Valentim — *Op. cit.*; CARREIRA, Liberato de Castro. *História Financeira e Orçamentária do Império do Brasil desde a sua Fundação*. Rio de Janeiro, Impr. Nac., 1889; CAVALCANTI, Jacob. *História da Dívida Externa Federal*. Rio de Janeiro, Impr. Nac., 1923; LEMOS, Claudionor de Souza — *Op. cit.*; FERREIRA, Pinto — *Op. cit.*; v. também NORMANO, J. F. — *Evolução Econômica do Brasil*. S. Paulo, CEN, 1975.

radas pagas aos intermediários. Em geral, foram aspectos inevitáveis do capitalismo feroz daqueles tempos e de outros.

Outrossim, não se pode dizer que o grau de endividamento foi elevado. A relação entre o montante da dívida e o produto interno bruto manteve-se em nível suportável e assim se apresentou também a relação entre a dívida e o valor da exportação anual, ou a relação entre o serviço da dívida (pagamento de amortizações e juros) e a exportação.

O problema mais grave era o da capacidade de saldar o serviço da dívida. Para um país como o Brasil, cuja receita de divisas só podia provir da exportação, aquela capacidade era função da balança comercial, isto é, das sobras deixadas após o pagamento das importações. Neste ponto, mais uma vez, não aparece uma tendência de agravamento, mas, pelo contrário, de melhora: até 1860 a balança comercial foi deficitária, portanto não havia recursos disponíveis para pagar a dívida externa. Daí, a necessidade de "rolar" a dívida (o chamado **roll-over**) contratar novos empréstimos para pagar os antigos (salvo quando simplesmente, como entre 1830 e 1852, não se amortizava nada). Depois de 1860, a balança comercial melhora e chega a registrar superavit crescente, aliviando um pouco a situação. Havia, entretanto, o pesado ônus da dívida anterior, impedindo a saída daquele círculo vicioso. O **roll-over** teve que continuar.

Como resultado global, o balanço da dívida externa no Império foi negativo: os empréstimos efetivamente recebidos foram menores do que as importâncias pagas a título de amortizações, juros e comissões (saldo negativo de £ 8 milhões). Mas o que realmente era nocivo é que esses empréstimos, que ficavam no Brasil enquanto não amortizados, não eram, na sua maior parte, destinados a investimentos produtivos; logo, o serviço da dívida não tinha em contrapartida um aumento da renda nacional decorrente desses empréstimos.

Havia outra saída? Os dirigentes fazendários do Império são acusados, de modo mais ou menos explícito, de terem-se conformado com os déficits orçamentários e com o caminho mais fácil dos empréstimos externos para cobrir os déficits.

Acho que se trata de uma dupla injustiça. Enumerei, num trabalho anterior apresentado neste Instituto <sup>(6)</sup>, os fatores, quase inevitáveis, geradores do desequilíbrio orçamentário. Do lado da receita, a concentração no imposto de importação, devido à orientação da economia para o setor externo e à inexistência de uma base tributável interna em decorrência do baixo nível de desenvolvimento. Do lado da despesa, gastos exigidos pela organização de um país novo e pelas convulsões internas e externas, mas também, como esforço desenvolvimentista, pela garantia de juros aos investimentos estrangeiros em infra-estrutura. Ademais, as deficiências ad-

( 6 ) BUESCU, Mircea. "Quantidade e qualidade em história econômica: o caso da inflação brasileira no século XIX" — in *Revista do IHGB*, vol. 313, out./dez., 1976.



ministrativas: baixo nível educacional e técnico, falta de experiência, descontinuidade administrativa, politização, "empregomania", como dizia JOAQUIM NABUCO.

Pode-se lamentar esse desequilíbrio orçamentário, ou, eventualmente, condenar a falta de uma reação mais vigorosa contra suas causas. Mas não é lícito alegar que os dirigentes fazendários do Império adotaram, com uma certa falta de responsabilidade, uma política de déficits orçamentários. Diga-se incidentalmente que hoje em dia, isto sim, dentro da concepção keynesiana, o déficit orçamentário é aconselhado, em tempos de depressão econômica, como instrumento de recuperação.

O que caracterizou o pensamento daqueles dirigentes — pelo menos, a sua posição teórica — foi a chamada ortodoxia monetária e financeira, cujos parâmetros eram a estabilidade do valor da moeda, a contenção monetária e creditícia e o equilíbrio das finanças públicas.

Um pouco de pesquisa confirma essas posições — no caso que nos preocupa agora, o *desideratum* do equilíbrio orçamentário. As Falas do Trono (7) manifestam, em repetidas oportunidades, a preocupação com o equilíbrio das finanças públicas. Por exemplo, entre muitos outros, em 3-5-1843, recomendam: "Melhorar os negócios da fazenda, criando novos impostos para suprir, ao menos, o déficit das despesas ordinárias e indispensáveis torna-se cada dia mais imperiosa necessidade". Em 3-5-1861 e 4-5-1862, propõem "equilibrar a receita com a despesa". Em 3-5-1866, recomendam "o equilíbrio da despesa com a receita", e assim por diante (em 30-10-1879, 3-5-1880, 17-5-1882, 4-5-1884, 8-3-1885, 3-5-1886 etc.).

Mais especificamente quanto à política do endividamento externo, o empréstimo é considerado como um recurso excepcional, indesejável, anti-pático. Vejamos nos primórdios desta história o pronunciamento de MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADE, o primeiro Ministro da Fazenda do Império: "Um empréstimo contraído por qualquer Estado é sempre um sintoma de prodigalidade do seu governo ou a morte deste espírito de ordem e economia, primeiras bases de toda boa organização financeira" (8).

Mais tarde, o Ministro da Fazenda MIGUEL CALMON DU PIN E ALMEIDA dizia: "Um país novo cuja organização não está completa tem necessidades crescentes e não deve ser com sucessivos empréstimos, ordinariamente desvantajosos, que se hão de satisfazer os seus encargos" (9). Vinte e seis anos depois, ZACARIAS DE GÓIS E VASCONCELOS dizia no seu relatório, como Ministro da Fazenda, que "os empréstimos externos são onerosos" (10), e em 1880 o Ministro JOSÉ ANTÔNIO SARAIVA afirmava

(7) Falas do Trono. Rio de Janeiro, Impr. Nac., 1839.

(8) Apud BOUÇAS, Valentim — Op. cit., p. 116.

(9) Relatórios do Ministro da Fazenda, 1841.

(10) Idem, 1867.

que o estado financeiro do País não será satisfatório “enquanto perdurar a necessidade de suprir com operações de crédito a deficiência das rendas públicas” (11). O mesmo enfatizava: “Para que (o estado financeiro do País) seja satisfatório, é preciso que o acréscimo natural e seguro da receita, auxiliado pela diminuição da despesa, ofereça margem à liquidação de saldos reais, que permitam o empreendimento de novos melhoramentos de que tanto precisamos” (12).

Uma opinião semelhante é manifestada por JOÃO LUSTOSA DA CUNHA PARANAGUÁ: “Os empréstimos, quer internos, quer externos, são remédios extremos, e nem se deve ser tão pouco cioso do crédito, que estejamos sempre a pedir a estranhos os meios necessários para alimentar a vida da nação” (13). Mais tarde, em 1887, FRANCISCO BELISÁRIO SOARES DE SOUSA confessa também: “Não creio que um grande empréstimo externo adiante muito”, pois deixaria “o pesado encargo do juro e da amortização da dívida contraída” (14). E o penúltimo Ministro da Fazenda do Império, JOÃO ALFREDO CORREIA DE OLIVEIRA, repetia a profissão de fé ortodoxa, recomendando “a maior redução possível na despesa e equilibrar a despesa com a receita” (15).

Entretanto, em que pese a essas posições doutrinárias, empréstimos externos foram contratados, porém como uma medida inevitável. VALENTIM BOUÇAS, embora, como já vimos, criticando a política de endividamento, justifica, com propriedade, o início do “círculo vicioso” da dívida externa: “D. Pedro I, para organizar os serviços públicos, congruar as províncias minadas por ciúmes e ambições pessoais, assegurar a paz interna e a integridade do vastíssimo império nascente, viu-se **obrigado** (nosso grifo), em tão difícil emergência, a lançar mão de expedientes financeiros menos recomendáveis, mas **justificáveis** (nosso grifo) diante do superior interesse pela manutenção da nossa independência” (16).

O argumento encontra-se na exposição de motivos do decreto de 5 de janeiro de 1824, que autorizou o primeiro empréstimo externo: “Reconhecendo não ser possível ocorrer com as rendas ordinárias a despesas urgentes e extraordinárias que exigem a defesa, segurança e estabilidade deste Império, nem permitem as circunstâncias atuais que o mesmo império subministre as somas necessárias e indispensáveis para tão úteis fins...” — e assim por diante.

A idéia da necessidade de recorrer aos empréstimos externos é reforçada pela preocupação de que um aumento da receita ou dos empréstimos

(11) *Idem*, 1880.

(12) *Ibidem*.

(13) *Idem*, 1883.

(14) *Idem*, 1887.

(15) *Idem*, 1888.

(16) BOUÇAS, Valentim — *Op. cit.*, p. 112.

internos reduziria demais a disponibilidade de capitais para investimentos produtivos. Em outras palavras, reconhecia-se a insuficiência da base tributária. Disse JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS, justificando o empréstimo de 1871: "Entendendo que não devia continuar a atrair para o Tesouro todos os capitais nacionais disponíveis, distraíndo-os dos canais da lavoura, do comércio e das diversas indústrias, e dificultando assim a formação de empresas de utilidade pública, que só esperam para nascerem e desenvolverem-se pelo auxílio do crédito, achou o meu predecessor (FRANCISCO SALLES TORRES HOMEM) preferível fazer importar capitais estrangeiros a contrair um novo empréstimo interno" (17). O mesmo justificava o empréstimo de 1875 por "não convindo levantar capitais dentro do Império, nem mesmo temporariamente por meio da emissão de bilhetes do Tesouro... atentas as dificuldades com que há tempos luta a lavoura, e a escassez do capital monetário que se tem manifestado em várias praças..." (18).

Dentro de uma concepção mais desenvolvimentista, alguns Ministros da Fazenda até recomendaram a contratação de empréstimos externos para acelerar o ritmo dos investimentos produtivos. Disse SARAIVA em 1881: "O empréstimo é um recurso para os dias difíceis ou um meio de empreender melhoramentos de tal influência no desenvolvimento das indústrias, que dêem uma garantia eficaz aos compromissos do Estado" (19). E, mais tarde, FRANCISCO BELISÁRIO: "Não se pode, nem se deve usar de recurso do crédito senão com discernimento e motivos imperiosos... Os empréstimos só se justificam por urgentes necessidades, ou compensação de maiores vantagens, quando deles possa auferir a geração onerada com o encargo do pagamento" (20). Infelizmente esta destinação dos empréstimos, como já foi dito, ocorreu poucas vezes. De qualquer forma, as citações feitas, sobretudo as últimas, mostram que o endividamento externo não decorreu tanto de despreparo ou da inépcia. Foi lamentável a ocorrência de fatores desequilibradores do orçamento público e a impossibilidade de evitá-lo. O que se devia fazer? Acho que foi bastante coerente, numa economia voltada para o exterior, utilizar a poupança externa para suprir as falhas internas até que o fortalecimento da economia permitisse sair daquele círculo vicioso. Uma certa melhora aparece, como vimos, já no fim do Império. A República fruirá os progressos realizados: no início do século XX, os empréstimos não servirão mais para cobertura do déficit orçamentário, mas sim, representarão um suplemento de poupança, captada fora, para sustentar o desenvolvimento.

A lição histórica é válida, em grande parte, para nossos dias.

(17) *Relatórios do Ministro da Fazenda* — 1871.

(18) Apud LEMOS, Claudionor de Souza — *Op. cit.*, p. 12.

(19) *Relatórios do Ministro da Fazenda*, 1881.

(20) *Idem*, 1887.

# A unificação da justiça brasileira

JOAQUIM LUSTOSA SOBRINHO

Ex-Deputado Federal — Ex-Ministro do  
Tribunal Superior Eleitoral — Professor  
Universitário — Advogado

## SUMARIO

1. *Justificação*
2. *A justiça não deve ser considerada um interesse estadual*
3. *Justiça una e indivisível deve ser o lema*
4. *A remuneração da magistratura dos Estados*
5. *Transformação do federalismo competitivo*
6. *Insuficiência do critério de fixação dos vencimentos dos magistrados*
7. *Ineficácia das regras processuais para prevenir a inobservância dos prazos judiciais*
8. *Medidas apontadas por Aliomar Baleeiro e Olympio de Castro Filho*
9. *Conclusões*

### 1. *Justificação*

Entendemos ser ainda do melhor alvitre renovar a velha mas atualíssima tese da unificação da justiça brasileira.

Assim pensamos porque os males do dualismo judiciário, debatidos e combatidos, desde o alvorecer da República, pelas vozes insuspeitas de vários representantes do povo na Assembléia Constituinte de 91, ainda ecoam e reboam numa renovação constante e incessante aos olhos de todos os que lidam com as atividades forenses. Não há como olvidá-los. Eles estão a reclamar uma grande cirurgia imediata, para que a distribuição eficiente da justiça não con-

tinue sendo privilégio dos grandes centros do País, mas que vá ao encontro de todas as suas populações, da orla marítima a todo o território. Sob esse aspecto, não podemos ver a nossa Pátria repleta de oásis em que floresce a boa e a má justiça. Seja a população desenvolvida, seja a subdesenvolvida, toda ela é brasileira, e, portanto, tem o sagrado direito de possuir uma justiça independente moral e economicamente. Temos o culto da justiça, como um emblema sublime, que paira no zênite das organizações dos povos civilizados, daí por que, ao fazer essas considerações temos em exclusiva mira despertar a consciência jurídica nacional para as anomalias, deficiências, fraquezas e inoperosidade, falta de independência que o nosso sistema de jurisdições paralelas tem trazido às regiões menos desenvolvidas do nosso País.

## 2. *A Justiça não deve ser considerada um interesse estadual*

Na primeira Constituinte republicana vozes de juristas eminentes levantaram-se na defesa da unificação das justiças, federal e estadual. O parlamentar pernambucano José HYGINO, v.g., sustentou, com argumentos irrespondíveis, como observa AMARO CAVALCANTI, em sua esplêndida obra sob o título — *Regime Federativo e a República Brasileira*, págs. 249/250, que:

“Sendo a federação uma forma intermediária entre a confederação e o Estado, *uno e simples*, é claro, que a federação pode apresentar os mais diversos graus de concentração política quanto aos interesses e fins internos da comunhão. Tudo quanto a ciência pode dizer *a priori* é que se deve considerar como nacionais aqueles interesses que por sua natureza são indivisíveis ou pedem uma regulamentação uniforme a bem da conservação da comunhão, ou como condição ao comércio social. Entram neste número os negócios externos, o exército, as finanças federais, a moeda, os pesos e medidas, o serviço postal e também a justiça.

A justiça afeta todas as relações da vida civil. Digo mais. Nos Estados modernos, cujos governos devem ser conformes às leis, exercitando a sua atividade dentro dos limites da ordem jurídica, a justiça afeta também as relações da vida pública, e, por consequência, é um ramo da administração que interessa, em geral, às relações dos cidadãos entre si, e não somente às dos cidadãos de uma Província ou de um Município. Sob este ponto de vista, a justiça é um interesse eminentemente nacional, tanto quanto a moeda, os correios e os telégrafos, que facilitam as transações e as comunicações, e por isso deve estar sujeita a leis uniformes.”

Depois de amplas considerações demonstrando sua tese de que nos domínios da teoria nada exclui de uma Constituição federal o princípio da unidade do direito e da justiça, por incompatível com a federação, conclui que, “dada a existência de um direito nacional, não há que vacilar sobre o tipo de organização judiciária que nos convém: é a unidade do poder que tem de administrar a justiça”.

Observa, finalmente, a seus pares: "ou admitis a unidade do Poder Judiciário consoante com a unidade do direito; ou para salvardes o princípio da dualidade desse Poder, sacrificais o nosso direito nacional, para voltardes ao regime da Idade Média".

No Brasil, advertiu AMARO CAVALCANTI (ob. cit., pág. 251), sendo o direito uno e a administração da justiça um serviço inteiramente nacional desde os tempos mais remotos, preferiu-se tentar o desconhecido, abandonando-se a tradição consoante com os nossos conhecimentos jurídicos, só porque se afigurava mais conforme com a dignidade ou suposta soberania dos Estados-federados. Não tardou, porém, acrescenta aquele escritor, na prática, a adoção da dualidade da justiça em demonstrar que não trouxe bem à República, nem melhor proveito tiveram as garantias do direito individual.

Em conseqüência da diversidade de organização da justiça em jurisdições paralelas em cada Estado da Federação, ressalta diferente o tratamento que se dá à guarda e segurança, não somente aos jurisdicionados sob o aspecto pessoal, mas também ao seu direito de propriedade. A confiança na justiça varia segundo o grau de prosperidade e civilização da unidade federativa e os interesses das oligarquias predominantes, às quais está pronta para servir. Não há verdadeiramente órgãos judiciais com o sentido nacional que se verifica na justiça federal comum. Parece que os órgãos judiciários em função nos Estados de poucos recursos não se revestem das características constitucionais de independência e harmonia dos poderes políticos da República. São outros organismos dependentes e subservientes aos ditames da política partidária dos mandões do lugar. Porque assim é feita a distribuição da justiça, tem-se a impressão de que há em marcha uma desagregação entre os Estados por falta de uma unidade no comportamento das justiças locais. Nota-se tal disparidade de atitudes dos magistrados da mais baixa à mais alta hierarquia. Verifica-se ademais a inferioridade de posição em que se encontram os juizes estaduais em face dos juizes federais. Isto contribui para que os jurisdicionados dêem aos primeiros tratamento diverso do que dão aos segundos, provocando assim a dúvida de que não estão no mesmo país.

Por mais de uma vez, a própria União tem demonstrado não confiar na justiça dos Estados. Aspirando a uma prática democrática escoimada dos vícios maculadores da verdade eleitoral, criou-se a Justiça Eleitoral com Tribunais Regionais e Tribunal Superior Eleitoral para assegurar a pureza do regime representativo, retirando dos Estados a competência para dizer quem pode exercer o direito de votar e ser votado. Para defesa dos interesses trabalhistas, criou-se a Justiça do Trabalho, cujo funcionamento em todo o território nacional vai satisfazendo a contento. Para os casos militares e de segurança do País, criou-se a Justiça Militar, cuja serenidade e bons serviços atestam sua proficiência.

Ora, se existia em todos os Estados a justiça de primeira instância e a de segunda com os seus tribunais, por que não se confiar integralmente as questões eleitorais, trabalhistas e militares às jurisdições estaduais? Certamente, existe uma desconfiança de que tais assuntos não receberiam o tratamento que, por sua relevância, merecem. Em 1937, extinguiu-se a Justiça Federal, entregando-se os casos da sua competência às jurisdições dos Estados, mas em 1964 foi res-

taurada para atribuir de novo à Justiça Federal a guarda dos interesses da União.

Como se vê, os direitos e garantias de minoria da nossa população estão beneficiados com justiças especiais de cunho federal, mas a segurança, as liberdades civis e a propriedade privada da grande maioria do povo brasileiro continua com a sorte nas mãos dos magistrados que não são considerados à altura de fazer justiça à União.

Não queremos, com tais observações, afirmar que não haja justiça razoável nos grandes Estados e em muitas comarcas dos pequenos Estados, mas o quadro geral dos serviços judiciários no interior das unidades mais pobres da Federação é, sem exagero, uma lástima. Há algumas décadas que exercitamos a advocacia em alguns Estados, e, em outro, a atividade política, podendo assegurar a deficiência e a facciosidade dos órgãos judiciais, já como instrumentos da oposição, se esta é feita pelas tradicionais oligarquias de família. Ora, a justiça é como a língua, um fator de integração nacional, já se disse, não devendo continuar dividida e subdividida em tantas unidades quantos são os Estados da República. A tendência contemporânea, nos países do tipo federal, é para uma concepção nacional da justiça. É neste sentido que estão evoluindo, elucidada O. VIANNA (*"O Regime Federativo e a Unidade da Magistratura"*, in *O Idealismo da Constituição*, 2ª edição, 1939, pág. 298).

### 3. *Justiça una e indivisível deve ser o lema*

Apesar da unidade tradicional do nosso direito substantivo, depois de 1939 conjugado com a do direito processual, não foram suficientes os 150 anos de atividade do Colendo Supremo Tribunal Federal para, com o seu exemplo de correção e devotamento à causa da justiça, eliminar da prática judiciária de vários Estados os malefícios trazidos pelo dualismo das justiças, federal e estadual. É que o STF é a cúpula do Poder Judiciário dos Estados Unidos do Brasil, mas em cada Estado há um Poder Judiciário, que não está obrigado a decidir na conformidade dos julgados prolatados pelo mais alto Tribunal do País. O que ocorre: as decisões dadas pelos tribunais estaduais só são reformadas mediante recurso, que, segundo a sistemática do Regimento Interno, cada dia vai ficando inacessível. A quase totalidade dos julgados estaduais ficam sem revisão da Corte Suprema. O Prof. JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO, em magnífico trabalho sobre o tema *O Direito Brasileiro e a Importância da Primeira Instância na Reforma da Organização Judiciária e do Processo*, pág. 16, apresentado por ocasião do 1.º FONAJUR em Brasília, informa que dos feitos propostos na 1ª instância possivelmente só chegam ao Supremo Tribunal 5%, ficando 85 ou 70% do serviço judiciário brasileiro na primeira instância.

Além disso, as Constituições republicanas, a partir da de 91, segundo assinala ALCINO SALAZAR (*Poder Judiciário, Bases para Reorganização*, pág. 119), não deram ao STF qualquer atribuição privativa de ordem administrativa ou disciplinar sobre os demais órgãos da justiça federal, quanto mais, adiantamos nós, em relação aos componentes das justiças dos Estados. Apenas, a Constitui-

ção emendada de 69, tal como o fizera a de 37, incluiu no Poder Judiciário da República os tribunais e juízes estaduais, mas o fez com um respeito excessivo à autonomia local. De qualquer forma, adverte SALAZAR, a justiça dos Estados passou a integrar o Poder Judiciário único. Mas ainda não se pode dizer que foi implantado o sistema único de justiça, porque o processo de seleção, promoção, remoção, demissão, são disciplinados por tantas leis de organização judiciária quantos são os Estados ou unidades da Federação. Ainda adverte ALCINO SALAZAR (ob. cit., pág. 120):

“Nunca se mencionou, como se vê, em relação ao mais alto Tribunal, o exercício do poder hierárquico que, no entanto, é inerente a sua posição no regime constitucional adotado.”

Os países que seguiram os Estados Unidos da América, em sua organização política, atribuíram a sua Corte Suprema poder hierárquico sobre todos os órgãos judiciais. Assim, a Argentina, o México e a Venezuela são exemplos típicos “do exercício, pelo Judiciário, do poder hierárquico e de sua autodisciplina, como princípio essencial inerente à sua autonomia, em países do sistema federativo, e que independe mesmo da instituição em texto legislativo, o qual apenas condiciona sua aplicação” (ob. cit., pág. 121).

Por outro lado, em relação aos órgãos do Poder Judiciário dos Estados, **inexistem normas constitucionais de controle do serviço, indispensáveis ao cumprimento dos deveres funcionais.** Os juízes e desembargadores agem segundo os ditames de sua consciência, uma vez que não estão sujeitos a regras administrativas especiais de natureza disciplinar. Para eles, v.g., os prazos judiciais são inexistentes, embora previstos no Código de Processo Civil. Se não infringirem o Código Penal, abertamente, sua responsabilidade jamais será apurada. Por isso, os processos andam ao sabor da maior ou menor diligência dos serventuários. Não se respeita a sua antiguidade, a sua natureza, nem a sua importância. Penam nas mãos dos magistrados como as almas no purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato, disse RUI (*Discursos e Escritos Seletos*, pág. 675).

A translação do *removal of cause* do direito americano para a nossa Lei Orgânica da Magistratura é um passo à frente no controle dos processos sob a jurisdição do Poder Judiciário dos Estados, mas a prática da advocatária, como está concebida, não dará, para a grande maioria dos litigantes, o resultado almejado. Talvez a imitação integral do sistema americano, já que ainda estamos sob o regime dual da justiça, fosse mais acessível aos jurisdicionados do interior dos Estados. A invenção da arguição de relevância da questão federal para fazer subir o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal vem na prática se tornando um recurso quase ineficaz. O critério do seu acolhimento é mais subjetivo que objetivo, daí o seu acolhimento não ir além de 10%. Além disso, força ser relator único o Presidente da Corte. As partes, sob a angústia de um direito desprotegido e a restrição dos casos de apelo extremo, valem-se da arguição de relevância numa inflação crescente de autos no gabinete presidencial, quase sempre sem êxito. Toda essa corrida dos demandantes decorre sobretudo da falta de confiança nos julgamentos proferidos na grande maioria das



justiças locais. Por outro lado, em face do princípio predominante de que a justiça só age provocada, as irregularidades no funcionamento dos seus órgãos quase sempre escapam à correção dos órgãos superiores, porque inexistente um órgão supervisor de fiscalização permanente em todos os setores da justiça. As corregedorias aguardam sempre que os advogados lhes façam as denúncias das irregularidades, quando o mais eficiente seria que descessem a todos os escalões da justiça para ver de perto como estão funcionando. É que se os advogados se transformarem em fiscalizadores de juizes e serventuários da justiça, não poderão fazer advocacia proveitosa, porque tantos e tais serão os obstáculos que se lhes depararão, que não haverá outra saída senão mudar de profissão ou de zona. Por outro lado, não se compreende por que a Ordem dos Advogados do Brasil, por suas seções, como um serviço federal que interfere nos concursos para a judicatura, contribuindo com elemento seu para a composição dos Tribunais, não integra o Conselho Superior da Magistratura, a exemplo do que se dá com o Conselho Superior da Magistratura na Itália (FREDERICO MARQUES, "Do Poder Judiciário nas Constituições Europeias de Após-Guerra, na *Revista dos Tribunais*, vol. 183, pág. 33).

ALBERTO TORRES, uma das maiores culturas nacionais, sustentou que a dualidade da justiça foi "um erro imperdoável da Constituinte, que criou um regime de disparates e de atritos permanentes, com sacrificio do direito" (*História do Supremo Tribunal Federal*, de LEDA BOECHAT RODRIGUES, Tomo II, pág. 39).

Os disparates e atritos na aplicação da lei pelos diversos órgãos da justiça, conforme o Estado, onde se encontram, não se verificam apenas entre os grandes e pequenos Estados, mas também entre as justiças dos primeiros. Um exemplo para ilustrar: o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão publicado na *Revista Forense*, vol. 133, pág. 452, entendeu que, quando o juiz singular julga inconstitucional uma lei em face do caso concreto, deve recorrer *ex officio*, enquanto o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão publicado na *Revista Forense*, n.º 152, pág. 266, foi contra essa exigência (*O Poder Judiciário e a Constituição*, por CELSO AGRÍCOLA BARBI e outros, pág. 148).

TAVARES BASTOS (*A Província*, edição de 1937, pág. 187) incluiu entre as aspirações do Brasil a independência do Poder Judiciário e a unidade da sua jurisdição.

RUI, em sua plataforma de candidato à Presidência da República, em 1910, com o imenso peso de sua autoridade de um dos autores da Constituição de 1891, argüiu:

"Entregue ao arbítrio dos poderes locais, a magistratura baixou, moral e profissionalmente, de nível. Profissionalmente: porque os magistrados estaduais não têm horizonte. As suas funções mal retribuídas, a sua carreira confinada, a sua estabilidade precária excluem, em geral, do seu quadro as melhores capacidades. Moralmente: porque, abandonada aos interesses de província, às suas revoluções, às intolerâncias dos seus partidos, a magistratura local tem de acabar resignada ao

papel de instrumento político, e veetar nessa condição desmoralizadora" (*Plataforma*, ed. 1910, pág. 23).

Propôs, então, a reforma da Constituição para que se unificasse a magistratura.

Na Comissão do Itamaraty de 1932, para elaboração do projeto da Constituição de 1934, o grande sociólogo OLIVEIRA VIANNA (ob. cit., págs. 291/3), sustentou:

"Sou pela unidade da magistratura. Nenhum argumento encontro que me convença da necessidade da conservação do regime atual, da dualidade da justiça, sejam quais forem as modificações propostas para remediar-lhe os inconvenientes."

Demonstrando de maneira extraordinariamente convincente que o problema da unidade ou da dualidade da justiça não é de natureza jurídica, mas um problema político, que deve ser colocado no terreno da conveniência nacional, tudo está em saber se é conveniente aos interesses das populações brasileiras arrebatara aos Estados a organização da magistratura local. Posto o problema nestes termos, respondeu ele afirmativamente. E diz:

"Em primeiro lugar, é um fato de observação geral, que a justiça, tal como a organizaram os Estados, é má. Não tanto porque seja corrupta: mas, principalmente, porque é uma justiça fraca, sem força, nem moral, nem material, para reagir contra a pressão que sobre ela exercem as "máquinas" partidárias locais. Pode-se dizer que só três ou quatro Estados gozam dos benefícios de uma boa justiça: os dezesseis ou dezessete restantes padecem dos males de uma justiça dependente, ineficiente, mal paga, freqüentemente facciosa, abandonada aos mandões locais, como se vê na generalidade dos Estados septentrionais. Mesmo em relação aos grandes Estados do Sul, como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas e Rio Grande, considerados de boa justiça, só encontro uma diferença entre as suas magistraturas e as magistraturas dos Estados pequenos: é que, nos grandes Estados, a pressão da política partidária sobre eles se exerce de uma maneira discreta e quase invisível, e, nos pequenos, esta mesma pressão se exerce às claras, às escâncaras, desabrída e ostensivamente."

Tivemos certa feita a desventura de ver, em um dos Estados do Nordeste, os juizes estaduais saírem enfileirados do Tribunal de Justiça para uma visita ao candidato à governança do Estado, por motivo de sua escolha. Tratava-se de candidato da oligarquia então dominante, que, por sinal, estava no poder. Mas, vamos mais um pouco sobre as páginas admiráveis que nos deixara OLIVEIRA VIANNA.

Fez ele uma classificação dos juizes em três tipos:

- a) o juiz maleável, que se acomoda e transige;
- b) o juiz tímido, que se retrai e omite;

c) o juiz faccioso, que se faz instrumento dos partidos e factótum dos coronéis.”

Já JOSÉ TAVARES BASTOS (*Consolidação das Leis da Justiça Federal de 1898*, pág. 10) aduzia:

“Pondere-se apenas que a magistratura estadual tem muito a de-sejar, não porque sejam desonestos os titulares, pois na sua grande maioria, primam pela honradez, mas sim pela pressão indiscriminável em que ela se debate dependente diretamente do chefe supremo do Estado, político, de ordinário apaixonado, e que procura sempre lançar mãos da opressão para esmagar os seus desafeiçoados.”

A América do Norte, donde nos veio a inspiração do Poder Judiciário dual, não se premuniu contra a desconfiança da parcialidade da justiça estadual. HAMILTON, apontado como o sábio expositor e grande político, cujos escritos, segundo JOÃO BARBALHO, são considerados a Bíblia do Federalismo, justificando casos em que se não poderá confiar muito na justiça dos Estados, lembrava a parcialidade natural dos juizes em favor das pretensões dos governos respectivos (*Federalismo*, trad. bras., de 1840, tomo III, pág. 174 — apud. JOSÉ TAVARES BASTOS, in *Cons. das Leis da Justiça Federal*, 1893, pág. 11).

CARVALHO DE MENDONÇA (*O Poder Judiciário no Brasil*, 1899, pág. 193) também observava que “qualquer que seja a independência moral do juiz de um Estado, os laços que o unem ao governo que o colocou e mantém são de natureza a torná-lo suspeito, sempre que aquele for interessado no feito”. Daí ser nulo ou quase nulo o papel da justiça local na apreciação da constitucionalidade ou legalidade de atos dos governadores ou prefeitos.

OLIVEIRA VIANNA (ob. cit., págs. 293-5), considerando esse aspecto da justiça, defende a apropriação da magistratura estadual pela União de maneira completa, integral, descendo dos tribunais de recurso às instâncias mais baixas. Propor, como muitos propõem, que se deixe à competência dos Estados a organização das primeiras instâncias — dos juizados de termo e de comarca — é estar inteiramente cego ao sentido real do problema da justiça no Brasil.

Adiantava mais:

“O que é essencial é justamente o contrário disto, é amparar a magistratura que jurisdiciona no interior, fora da pequena área limitada das capitais, a magistratura dos campos e dos sertões, que defronta e luta, face a face, com o arbítrio e a força descontrolada dos potentados locais. É a estes magistrados que a União deve acudir, tomando-os à sua conta e pondo-os sob a sua proteção.

O grande problema da justiça no Brasil, pontifica o grande jurista sociólogo, o problema mais urgente, é precisamente libertar o juiz local, o juiz do termo, das influências diretas ou indiretas dos grupos políticos e das vicissitudes a que os sujeita o mandonismo das aldeias. Juiz das populações que vivem fora do perímetro das capitais civilizadas da costa; juiz das populações dos campos, das matas, dos sertões; juiz, portanto, de lavradores, de pastores, de pescadores, de

matutos, de sertanejos — o juiz do termo é, afinal, o juiz de 35 milhões de brasileiros (porque a população das nossas vinte e uma capitais não vai além de 4 a 5 milhões de almas). Para estas três dezenas de milhões de brasileiros é ele a garantia única dos seus direitos privados e das suas liberdades civis contra o arbítrio das autoridades policiais e a arrogância dos potentados.

Salvo em alguns trechos policiados das regiões do Sul, este juiz, dependendo como está, pela faculdade de nomeação, remoção e promoção, dos governos dos Estados e, portanto, das “máquinas” partidárias dominantes, não tem força material nem moral para realizar, na sua plenitude, esta missão superior.”

A. CAVALCANTI (ob. cit., pág. 253), em 1900, já traçava quadro semelhante ao descrito por OLIVEIRA VIANNA, em 1932; senão vejamo-lo:

“Não está em nosso pensamento afirmar *a priori*, que, pelo fato de haver uma magistratura estadual, não possa esta jamais existir ou funcionar de maneira condigna: tal não é, realmente, o nosso sentir a esse respeito. O que queremos é insistir sobre a grave inconveniência dessa dualidade de magistrados, constitucionalmente independentes na aplicação e interpretação das leis, tratando-se, aliás, de um só povo, regido pelo mesmo direito; e bem assim, reclamar contra as condições, às vezes, até aviltantes da vida política nos Estados federados, pretendendo-se substituir a missão imparcial de garantia de bem, confiado ao juiz, pela ação malfazeja da perseguição e do mal de um simples *beleguim* da tirania *partidária*.”

FERREIRA DE SOUZA, anos depois, na Constituinte de 33-34, advertia que “devíamos, ao menos, salvar o Poder Judiciário da influência pessoal de qualquer mandão ou chefe de Executivo (*Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, vol. XXI, pág. 130).

JOÃO VALADARES é incisivo a propósito da unidade da justiça:

“Sou francamente partidário da unidade da justiça. Venho de um Estado onde a justiça é pessimamente organizada; onde ela não garante os interesses individuais que lhe são submetidos. Isso, quer na magistratura inferior, quer no Superior Tribunal do Estado, ressaltados certos juizes e desembargadores, verdadeiros sacerdotes da justiça, mas que, entretanto, constituem ali número muitíssimo reduzido. As demais falece a necessária competência, como a indispensável idoneidade moral para o exercício da judicatura. No entanto, os juizes federais que lá serviram foram sempre, como o é o atual, dignos, honestos e, sobretudo, independentes das influências governamentais” (*Anais da Assembléia Constituinte de 33-34*, vol. III, pág. 361).

GASPAR SALDANHA, também no Congresso Constituinte de 33-34, em palavras candentes, acentuou que, “no Brasil, infelizmente não temos justiça acessível às massas populares” (*Anais da Assembléia Constituinte*, vol. XIII, pág. 274).

Por outra parte, pondera IRENEU JOFFILY:

“Teve o Brasil, no Império, uma magistratura que, se não era perfeita, era mais perfeita do que a da República; se não tinha todo prestígio que lhe era devido, contudo era mais prestigiada do que a atual. Os magistrados pelo critério da escolha, pelo horizonte para o acesso, pelo respeito com que eram tratados, tinham consciência de sua alta função. Então, a nomeação de juiz de direito era uma grande conquista” (*Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, vol. XI, pág. 177).

“O advento da República tudo transformou. A Federação não tinha tradições seguras, e a disputa das liberdades avançadas fez com que o Brasil de 1889 tomasse como padrão a América do Norte sem estudar a diversidade histórica, a diferença da índole do povo, a distância dos centros civilizados, grau de adiantamento e densidade de população e as novas necessidades.”

Mas, RUI, grande defensor do regime federativo, não descuidou, diz ele, de indicar o rumo seguro, quando afirmava:

“Não nos devemos preocupar um minuto, sequer, em saber se a unificação da justiça é, ou não, contrária aos princípios do regime federativo; nós não estamos aqui para servir a tipos ideais de regimens e sim para servir aos interesses e às conveniências da Nação” (*Anais da Assembléia Constituinte de 33-34*, vol. XXI, pág. 110 — Disc. de IRENEU JOFFILY).

Outro parlamentar, o Sr. PONTES VIEIRA, aduziu:

“Em conclusão poder-se-á mesmo afirmar que a democracia não se exercita perfeitamente em todo o território da República, sem se aperfeiçoarem os laços nacionais, com a unificação da justiça, dentro do nosso regime federativo. E esta unificação será precedida da unidade do processo, consequência forçada da invariabilidade do Direito Substantivo” (*Anais da Assembléia Nacional Constituinte de 33-34*, vol. 14, pág. 45).

#### 4. A remuneração da magistratura dos Estados

É sabido que, ao lado da pressão da política partidária sobre os juizes nos pequenos centros, contribui para diminuir-lhe a independência moral a escassez de sua remuneração. Poucos Estados da Federação dão aos seus juizes remuneração compatível com a alta missão que desempenham. Se neles há quem cometa fraquezas por subserviência ao poder local, é por questão de má formação moral, que não foi bem aquilatada por ocasião do seu ingresso na carreira. Não precisam desse instrumento ignóbil como arma de sobrevivência própria ou dos elementos de sua família. Podem ilustrar-se em bons livros e revistas especializadas, mantendo atualizados os seus conhecimentos jurídicos. Não acontece o mesmo com a grande maioria dos Estados. Aos juizes dos pequenos Estados falta tudo. Nem as publicações das leis e decretos federais lhes são fornecidas (ALCINO SALAZAR, ob. cit., pág. 150).

Há, em comarcas do interior, magistrados que distribuem justiça, não possuindo em sua estante mais do que os códigos, sem qualquer comentário, ou qualquer revista de jurisprudência. Não lêem nem tampouco jornais. As grandes distâncias dos centros de cultura, em que se encontram, e os péssimos meios de transporte no interior dos Estados, máxime dos economicamente fracos, muito contribuem para insulá-los do mundo mais civilizado. As suas casas de residência, sobretudo do Nordeste, são de uma pobreza franciscana, salvo as dos que possuem outras fontes de renda. É freqüente os juizes, que ficam mais próximos das capitais, residirem nestas, com prejuízo decerto pela falta de sua presença nas sedes das comarcas para maior segurança dos jurisdicionados. Em muitas comarcas dão audiências em salas, onde se encontram a sua cadeira de péssima qualidade junto de uma mesa tosca e mais duas ou três cadeiras de igual condição. Nada mais. Ao lado, geralmente fica um quarto ou sala onde funciona o cartório, que parece mais um cubículo. Mesmo em cidades mais importantes, o foro funciona em pardieiros sem o mínimo conforto.

*Os juizes dos invios sertões quase sempre são mal humorados. O desnível entre a função e a retribuição cria-lhes um certo malogro. A nobreza dos encargos sem a remuneração compatível avilta o seu titular. Não auferem meios materiais com certa largueza, de modo que tenham tranqüilidade para estudar os processos, refletir sobre as sentenças a proferir, criar e educar os filhos, cultivar as relações sociais com independência e dignidade sem possibilidade de confronto com credores. Vivem sob a angústia da exigüidade de vencimentos. Não podem ter sossego, serenidade e bom humor indispensáveis ao ambiente de trabalho e ao convívio da família.*

Além da frustração por causa da remuneração que não dá suficientemente para as despesas da família, se esta é de quatro filhos, como em geral acontece no Nordeste, ressalte-se a disparidade remuneratória entre os funcionários federais e os juizes locais, bem como a que se verifica entre os magistrados dos Estados ricos e os dos Estados pobres. Os magistrados estão escaionados, diz ALCINO SALAZAR (ob. cit., pág. 149), em bem remunerados, medianamente remunerados e os mal pagos, sem mesmo o mínimo indispensável à sua subsistência. Com isso, adianta ALCINO SALAZAR (ob. cit., pág. 153), cria-se uma situação de desigualdade entre titulares do mesmo grau, tendo a *mesma responsabilidade e os mesmos encargos.*

"Várias vezes", ilustra ALIOMAR BALEIRO (*Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 41, pág. 102), "em peregrinações políticas aos sertões — e não nos mais remotos e atrasados —, pude observar a vida ascética de antigos alunos meus que faziam com poucos vencimentos as primeiras armas, nas sedes de comarcas, onde não havia sequer água encanada nem as mais rudimentares comodidades do ponto de vista sanitário."

Inevitavelmente, tudo isso compromete a eficácia do recrutamento de talentos e caracteres para a magistratura. Não há necessidade de arrombar a porta escancarada da verdade de que, em última análise, boa justiça exige o bom juiz, o homem inteligente, estudioso, reto, independente, sensato, laborioso, sereno.

O Prof. OLYMPIO DE CASTRO (trab. cit., pág. 26), observa:

“O juiz de direito de uma comarca do interior do Brasil não consegue a nomeação de um oficial de justiça. Se vaga o Cartório, a disputa se faz através de interesses políticos partidários. E no Rio e São Paulo que são — deviam ser — as comarcas melhor dotadas de boa administração, o juiz de direito que precisar de um copo de água tem que passar muita sede até que venha um copo de água para lhe mitigar a sede.”

Na grande maioria das comarcas do *hinterland* brasileiro, se o juiz não contar com as benesses da autoridade municipal, não terá condições de exercer a judicatura.

A propósito da magistratura em São Paulo, o Estado líder da União, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, PEDRO CHAVES, quando na presidência do Judiciário paulista, frisando a situação dispare entre a nobreza da função do magistrado e sua retribuição, disse:

“Diariamente são ouvidas manifestações de dificuldades por que passam os juizes, desesperos que assaltam suas famílias, problemas que aguardam solução, equacionados pela pobreza, pelo desconforto, por falta de condições mínimas de tranquilidade de espírito, indispensável à boa distribuição da justiça.”

Depois de ressaltar essa dura realidade, concluiu:

“É de temer-se que esta situação tenha reflexo na aquisição do elemento humano para renovação dos quadros. Os concursos de ingresso na magistratura têm revelado em números que a carreira está atraindo, apenas, os bacharéis mais novos, recentemente formados, sem prática e tirocínio ou outros já fracassados, dispostos simplesmente a se empregarem no serviço público, como última esperança” (Apud discurso do autor na Câmara dos Deputados).

De igual sentir era LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA:

“Quando os lugares da magistratura são mal pagos, deixam de ser procurados pelos grandes talentos, pelas grandes antídotes, que vão encontrar em outras profissões mais lucro e mais brilho. Sempre que a magistratura é mal retribuída, ela torna-se o refúgio dos incapazes, daqueles que não podem viver do esforço individual, do exercício de suas letras (*O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência — I Império*, LENINE NEQUETE, pág. 99).

Não é de outro modo que entende o ex-Procurador-Geral da República, Prof. ALCINO SALAZAR, em livro de 1975 (*Poder Judiciário — Bases para Reorganização*, págs. 158/160), quando acentua:

“Uma das conseqüências mais funestas da retribuição insuficiente dos juizes é a que se reflete no seu recrutamento.

Deixam de ingressar na carreira da magistratura, em acentuada proporção, os mais capazes, os que melhores condições de aptidão e de preparo apresentam; os que, dotados de tais condições e dos indispensáveis requisitos de operosidade, de dedicação ao estudo, de mais apurado senso de responsabilidade e alta idoneidade moral, preferem outros ramos da atividade profissional, em que esse mesmo conjunto de qualidades lhes assegura sucesso.”

Ainda a esse respeito, traz a situação dos magistrados de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Norte. Neste último suspenderam-se os concursos até que houvesse aumentos substanciais para a magistratura, concluindo que “a gravidade da situação cresce com a impossibilidade em que se encontram os governos estaduais, pelo menos em sua maior parte, de remediar ou atenuar a crise, por falta ou deficiência de recursos financeiros. Este é outro aspecto bem conhecido do problema” (ob. cit., págs. 158/160).

Ora, como se vê, em S. Paulo, que é o Estado líder da República, a remuneração ainda não está à altura da dignidade da justiça, de um modo geral. Daí não acorrerem à judicatura, salvo as honrosas exceções, os bacharéis mais capazes, com mais tirocínio da profissão. Pelo menos no início da vida profissional, somente os menos hábeis preferem a magistratura a outras profissões, inclusive a advocacia. Não ingressam na carreira do juizado por ideal, mas para ter seguro o pão exíguo de cada dia. Apegam-se ao cargo como única tábua de salvação, visando a constituir família.

Mas, por que não se quer ouvir a voz da situação aflitiva por que passa a magistratura dos Estados? Por que a União não pode arcar com as despesas da organização judiciária em todos os termos e comarcas do País, chamando a si a distribuição total da justiça? Não cremos. Desgraçada da Nação que pode dar justiça suficiente apenas a uma minoria de 4 ou 5 milhões de seus habitantes, deixando cerca de 100 milhões com justiça precaríssima. Não é talvez essa a razão primacial. OLIVEIRA VIANNA conta-nos que, quando se discutia a organização do projeto da Constituição de 34 na Comissão do Itamaraty, um dos seus membros, titular de uma das pastas mais importantes, dizia-lhe:

“O senhor tem razão. Mas, compreende, eles (referia-se aos presidentes e governadores dos Estados) não querem perder os juízes.”

Toda a oposição dos governantes dos Estados contra a unificação da justiça vem, não das suas populações, mas das “máquinas partidárias” montadas pelas oligarquias locais. Estas não querem ficar sem os juízes, porque sabem que isto importará em reduzi-las de 50 a 80% de sua força, esclarece OLIVEIRA VIANNA (ob. cit., pág. 298).

“Muito há de se esperar das condições materiais e físicas imprescindíveis, desde os edifícios, instalações, equipamentos até o velho e interminável clamor contra o baixo nível e a desigualdade de remuneração dos magistrados em certas regiões do País”, adverte ALIOMAR BALEEIRO. Acentua ele que, em face da previsão constitucional de perenidade da Federação, “haverá sempre, como nos Estados Unidos, o problema de convivência de irmãos pobres, como Piauí, Maranhão, Acre e outros — a maioria deles — ao lado dos irmãos ricos e



naturalmente invejados, como São Paulo, Guanabara ou o futuro Estado resultante da fusão com o Rio de Janeiro, Minas, Rio Grande do Sul e poucos outros”.

Mas, não é necessário extinguir o regime federativo. Basta adaptá-lo à realidade nacional, como já se fez para atender a outros interesses de menor importância.

##### 5. *Transformação do federalismo competitivo*

O sistema federativo, em todos os países que seguiram o exemplo americano de governo, está se transformando para permitir à União extirpar, ou pelo menos atenuar, a desigualdade de suas regiões mais pobres, procurando assim atender aos problemas que elas não têm condições de resolver. O ex-Ministro da Justiça e Prof. ALFREDO BUZARD, em magnífico trabalho (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, vol. 3-74, págs. 15 e segs., sob o título “O Estado Federal Brasileiro”), ensina que o regime federativo não é único, uniforme e invariável na legislação comparada, e que as idéias que os constituintes de 91 tiveram sobre ele divergem essencialmente da doutrina consagrada pela Constituição de 67. Observa que na grande República do Norte, o federalismo tem passado por sensíveis variações em sua evolução, acentuando os tipos de regime federativo em *duplo federalismo e federalismo cooperativo*, invocando o Prof. SCHWARTZ, que nos brindou na UnB com uma esplêndida conferência sobre os Antecedentes da Corte Suprema, disse que a necessidade de exercer o poder nacional para atender às atuais exigências do governo levou ao abandono da igualdade como princípio básico da estrutura do federalismo americano (apud *American Constitutional Law*, pág. 184).

Entre nós, como se sabe, apesar do federalismo dual da Constituição de 91, em que só em casos de calamidade pública, e se solicitado pelo Estado atingido, o socorro poderia ser prestado pela União, o nosso regime federalista sofreu o primeiro golpe em seu segregarismo por ocasião da seca do Nordeste, com a criação da Inspeção Federal de Obras contra as Secas para substituir a ajuda decorrente tão-somente do sentimento de caridade por uma assistência planejada, contínua e racional, segundo o mesmo BUZARD. Por outro lado, embora o federalismo impusesse o alheamento da União, jamais esta esteve ausente na orientação política dos Estados. Permitia casos de intervenção nos Estados, conforme estava disposto no art. 6º da Constituição da Primeira República, princípio este ampliado pelo art. 10 da Constituição vigente.

A Constituição de 34 ensaiou uma experiência de sistema cooperativo do federalismo, repudiando assim o dual da Constituição anterior. Com isto ampliou os poderes de intervenção da União no campo das unidades federativas, sem destruir a autonomia dos Estados, como doutrina BUZARD (revista citada, pág. 26). A experiência da Constituição de 34 não durou o suficiente para produzir os almejados frutos do seu federalismo cooperativo. A carta que lhe sucedeu adotou um Estado unitário descentralizado, que perdurou até a de 1946, que, no dizer do Professor BUZARD, conservando as conquistas obtidas, aumentou os poderes da União, disciplinando a distribuição de vários impostos.

E esclarece que o elemento característico da última fase do nosso federalismo encontra-se na política nacional de promoção do desenvolvimento da economia nas regiões menos desenvolvidas. A cooperação da União torna-se intensiva com verdadeiros orçamentos federais regionais dentro do seu orçamento, "transcendendo a esfera das meras relações entre União, Estados e Municípios, para projetar uma nova perspectiva, que revela a preocupação do Governo Federal em promover um desenvolvimento integrado da economia brasileira".

A necessidade de preservar a ordem, a paz e a segurança nacional levou o governo da Revolução de 64 a dar maiores poderes à União. Por outro lado, atendendo aos reclamos das necessidades de melhoria de condições de vida das populações, tem procurado extirpar as desigualdades econômicas e sociais em todos os Estados da federação. Assim, a política econômica de caráter regional foi instituída como uma das inovações mais importantes do sistema político brasileiro, elucida o Prof. BUZARD. Como instrumentos de realização dessa política existem instituições com o objetivo de alcançar um padrão de vida social mais elevado em todas as regiões mais subdesenvolvidas do País.

"A política, indissolavelmente ligada à economia do planejamento, passa a encarar a Nação em sua unidade e não como simples soma de partes distintas. O seu objetivo se concentra no plano de integração nacional. Surge com essa forma de orientação da política econômica um novo tipo de federalismo, que é o federalismo de integração, instituído pela Constituição atual. O federalismo de integração representa o triunfo do bem-estar de toda a Nação. É criação de novo Brasil", adverte o Prof. BUZARD (*rev. cit.*, págs. 28/31).

Ora, não é razoável nem justo que se crie um novo Brasil através de um desenvolvimento integrado de todas as suas regiões, deixando em plano absolutamente inferior a justiça dos Estados economicamente fracos, os quais constituem sem dúvida a maioria dos Estados brasileiros, tão-somente por exagerado apego ao tabu da federação, que segundo ALCINO SALAZAR, *ob. cit.*, pág. 83, vem se desvitalizando e caminha fatalmente para a extinção. Ademais, a justiça, nos grandes ou pequenos Estados, é sem dúvida alguma um interesse nacional e como tal deve ser tratada.

#### 6. *Insuficiência do critério de fixação dos vencimentos dos magistrados*

Sempre se entendeu que uma remuneração adequada é imprescindível para a independência dos magistrados, mas nunca se cogitou realmente de criar um critério por meio de lei capaz de garantir aos juízes estaduais vencimentos suficientes, para afastá-los da influência nefária dos governos locais. Referimo-nos aos magistrados dos Estados, porque os juízes federais sempre foram melhormente remunerados. É sabido que o projeto de Constituição de 34, em seu art. 49, § 1º, letra f, determinava, como matéria de organização da justiça, "a fixação por lei federal do vencimento mínimo que, em cada Estado, e de acordo com as suas condições peculiares, perceberão os desembargadores e juízes". ALCINO SALAZAR, de quem colhemos essa informação, esclarece que a "fixação de um vencimento mínimo para os magistrados aparecia já como remédio para a precariedade da sua condição econômica no País" (*ob. cit.*, pág. 148). Entre-

tanto, semelhante proposta não vingou na Constituição de 34. Esta pelo art. 104 disse:

“Art. 104 – Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, menos quanto à requisição de força federal, e ainda os princípios seguintes:

- .....
- e) fixação dos vencimentos dos desembargadores das Cortes de Apelação, em quantia não inferior à que percebem os Secretários de Estado; e os dos demais juizes, com diferença não excedente a trinta por cento de uma para outra categoria, pagando-se aos da categoria mais retribuída não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores.”

Procurando assegurar um critério melhor, a Emenda nº 1, de 50, estabeleceu que os vencimentos dos desembargadores seriam fixados na base de 70% da remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição vigente, abandonando os critérios das Constituições anteriores, dispôs no art. 144, § 4º (redação da Emenda nº 7, de 1977) que:

“§ 4º – Os vencimentos dos juizes vitalícios serão fixados com diferença não excedente de vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos de entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores, assegurados a estes vencimentos não inferiores aos que percebem os Secretários de Estado, não podendo ultrapassar, porém, os fixados para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

Desse modo, os desembargadores não podem perceber menos que os Secretários de Estado, nem mais do que percebem os membros do nosso mais alto Tribunal, guardada de uma para outra entrância diferença não excedente de vinte por cento. A esse respeito, ALCINO SALAZAR pontifica (ob. cit., pág. 149):

“O quadro atual da retribuição da magistratura estadual, em regra desconhecido, e sempre não considerado, exprime bem a proporção de calamidade a que o problema atingiu, comprometendo e sacrificando o relevantíssimo serviço da distribuição da justiça.”

O critério da fixação dos vencimentos dos desembargadores de modo que não sejam inferiores aos dos Secretários de Estado, nem superiores aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, na prática tornou-se uma ilusão, porque na verdade os Secretários de Estado recebem remuneração mais alta. É que a remuneração fixa do cargo é geralmente acrescida de grande verba de representação, que o torna realmente à altura de sua representação. Esse processo de fixação poderia dar resultado mais satisfatório para os juizes se a equipara-

ção fosse com a remuneração total percebida pelo Secretário de Estado. Ademais, tendo-se em vista as condições do custo de vida nas diversas regiões, fosse estabelecido o mínimo a ser pago ao magistrado de primeira instância nos Estados. Mesmo assim, não faltará recurso aos executivos estaduais para, sob esse aspecto, trazer os juizes sujeitos sempre à esperança de melhores vencimentos. É um fato freqüente: sempre nos anos de eleições os governadores encontram meios nos seus orçamentos de aumentar os vencimentos dos magistrados. Para quê? Não sabemos. Os resultados eleitorais respondem em muitos Estados (1).

#### 7. A ineficácia das regras processuais para prevenir a inobservância dos prazos judiciais

Esse mal já é uma instituição de cotidiano uso na vida forense, a despeito do art. 121, inc. II, do Código de Processo Civil de 39, *verbis*:

“Art. 121 — O juiz será civilmente responsável quando:

I — no exercício das suas funções, incorrer em dolo ou fraude;

II — sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar providências que deva ordenar *ex officio* ou a requerimento da parte.

As hipóteses do nº II somente se considerarão verificadas decorridos 10 (dez) dias da notificação ao juiz, feita por intermédio do escrivão da causa.”

Uma outra providência de natureza inócua encontrava-se no art. 119, § 2º, do Código Unitário, segundo a qual sujeitaria o juiz à pena de advertência.

O art. 198 do Código de Processo vigente dispõe:

“Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.”

Parece-nos que o legislador do artigo supra, embora um advogado de longo tirocínio, não quis legislar para a magistratura do nosso País. Porque se não o fosse, saberia que, advogado ou órgão do Ministério Público que se der ao trabalho de fazer representação por descumprimento de prazos processuais, pelos juizes, salvo honrosíssimas exceções, além de não ter tempo para tratar de suas causas, ficaria sem condições de trabalhar no fórum onde suas representações

---

(1) No Piauí, v.g., nas eleições de 3-10-54, o número total de eleitores aptos a votar era de 292.583, mas depois das eleições verificou-se que o total dos eleitores subiu a 317.388. Diferença da fraude: 25.405 votos.

fossem apresentadas. E se o fossem, não daria resultado positivo. A vida forense já evidenciou que incumbir-se ao causidico ou órgão do Ministério Público a ingrata tarefa de representar aos Tribunais de Justiça contra os juizes e serventuários faltosos, por desrespeito aos prazos, ou irregularidades outras, não deu ainda efeito capaz de aprimorar os serviços judiciários.

Antes do Código atual, o anterior dispunha no art. 24 que os juizes, os órgãos do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, responsáveis pelo retardamento do ato, perderão tantos dias de vencimentos quantos forem os excedentes.

Nunca se teve notícia da aplicação de tal dispositivo a qualquer juiz pelo "vezo de tardança nos despachos e sentenças", como disse RUI.

#### 8. *Medidas apontadas por Aliomar Baleeiro e Olympio de Castro Filho*

O Ministro ALIOMAR BALEEIRO sugere a seguinte solução:

"O remédio há de ser automático e independente de reação do patrono da parte, como, p. ex., a perda imediata da competência se o excesso atingir ao dobro do prazo" (trab. cit., pág. 108).

Ao que nos parece, o remédio retromencionado pelo Ministro BALEEIRO deve ser complementado, sob pena de ser ineficaz, pelo que alvitrou o Prof. JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, em precioso trabalho sob o tema "O Direito Brasileiro e a Importância da Primeira Instância na Reforma da Organização Judiciária", por ocasião do 1º FONAJUR de Brasília, qual seja: "a criação de um órgão de administração judiciária, que faça planejamento, porque administrar sem planejar, se não é burrice, é temeridade. Um órgão que não seja apenas um órgão de punição da magistratura, um círculo de ferro a fiscalizar, enervar, aborrecer a idéia de juizes, escrivães, advogados e promotores, mas um órgão de orientação, que aconselhe, ensine, mostre o que deva ser feito" (págs. 27 e 28, trab. cit.). Isto porque "é absolutamente inútil pensar-se em administração da justiça se continuarmos deixando a administração da justiça como está atualmente, a cargo dos juizes nas comarcas; nos Estados, aos Tribunais de Justiça, através das Corregedorias de Justiça, que se têm mostrado incapazes; no Supremo Tribunal Federal, à Secretaria do Supremo, não porque queiram, senão porque não sabem administrar, já por falta de tempo, já principalmente por falta de recursos para administrar".

Aponta, então, exemplo a seguir. Haja vista a organização industrial e comercial, os bancos e as diversas empresas. Todos têm o seu departamento ou setor de organização e método de trabalho. Portanto, diz aquele ilustre Professor, precisamos deste órgão na justiça mais do que a repressão, a punição, o temor no exercício das funções.

Por falta de organização e método de trabalho, ouve-se constantemente a comunicação aos advogados de que autos de seus clientes estão desaparecidos. Isto é freqüente. Há cartório, onde não se chega ao seu balcão para não ouvi-la.

Tudo isso, naturalmente, porque os autos transitam sem qualquer método de distribuição, segundo a natureza da ação, sua fase de andamento, sua idade, sua conclusão efetiva ao juiz, conclusão na estante, sem ter registro nas fichas, carga ao juiz sem data do recebimento por este etc. O registro nas fichas imediatamente à entrada das petições, recursos, despachos, sentenças, à semelhança do que fazem os bancos com os seus atos. Neles dificilmente o freguez é informado de que seus papéis estão perdidos. Ao lado disso, força é reconhecer que o recrutamento do seu pessoal é quase sempre feito por mediação política. Não há na sua escolha intervenção direta dos juízes, razão por que bastas vezes os cartórios são providos por pessoal de quase nenhuma habilidade profissional. Só o titular da vara ou comarca está em condições de fazer uma seleção adequada. O acúmulo de processos submetidos a seu despacho leva o titular a descurar totalmente de observar como vão os serviços cartorários. Por outro lado, como adverte o Prof. OLYMPIO DE CASTRO (trab. cit., pág. 26), é preciso que se criem "órgãos de administração judiciária". "Os exemplos deste tipo de orientação e disciplina da magistratura advindo da França, Itália, Grécia, Venezuela, mostram que, se não tem sido perfeita essa atuação, tem contribuído valiosamente para a melhoria dos serviços judiciários. Mas, a norma, orientação não basta, o que é preciso é administrar. O Conselho Judiciário Nacional governará a magistratura, mas não administrará — é humanamente impossível que administre — a justiça num país dessa extensão continental".

O Ministro ELOY DA ROCHA, então Presidente do Supremo Tribunal Federal (*Rev. Forense*, vol. 249/75, pág. 7), sustentou judiciosamente que "a justiça bem organizada, e em perfeito funcionamento, é condição essencial de progresso econômico, social, político e cultural. Quando as estruturas se revisam e se transformam, para acudir-se, em todos os setores, a problemas nunca antes suscitados, não se compreende que o Poder Judiciário permaneça isoladamente imutável".

De certo. É incompreensível que, atenta a evolução do nosso País, ainda se conserve o mecanismo judiciário funcionando nas mesmas condições de há um século, sob o esdrúxulo fundamento de que sua renovação ou transformação não cabe à União, para não ferir a autonomia do Poder Público local.

"Verdade comum e fora de discussão é esta, adverte mais uma vez o eminente Ministro ELOY DA ROCHA: é questão vital para a Nação que o Poder Judiciário se ajuste, em tempo, às condições e exigências" (*Rev. Forense*, vol. 249/75, pág. 10).

Ora, para que o Poder Judiciário se ajuste, em tempo, às condições e exigências da Nação, é imprescindível que se acabe com o paralelismo das jurisdições, federal e estadual. Só a unificação da justiça nacional, a cargo exclusivo da União Federal, porá cobro aos males trazidos pelo dualismo judiciário. O argumento fundamental da diversidade do direito processual desapareceu, desde 1939, com a unidade do processo. Resta, para completar essa evolução benfazeja, a unificação das justizas, federal e estadual, em todos os graus.

Para a nossa observação pessoal, os vícios e deficiências dos serviços judiciários, que encontramos, quando ensaiamos os primeiros passos na advocacia,

ainda hoje persistem, embora decorridos alguns decênios. Cada dia que passa, menos confiança a justiça de primeira instância dos meios mais atrasados inspira aos jurisdicionados. O grande e grave problema da distribuição de justiça está nas comarcas e termos, onde, ademais, ainda existe a justiça leiga de tão triste e lamentável história. Portanto, a solução do problema não se encontra no aparelhamento material e humano dos tribunais. É preciso abrir-se a consciência nacional para que sinta e veja o drama das populações do interior do País, sob o peso de verdadeira calamidade judiciária, principalmente nas dos Estados pobres, onde ainda são traços característicos da justiça "a falta de independência pessoal, modicidade de vencimentos e pouco rigor nas condições para a primeira investidura", como alegava o ex-Ministro da Justiça do Império, LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA (*O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência – I Império*, por LENINE NEQUETE, pág. 99).

TOBIAS BARRETO, num gesto de inaudita irreverência por falta de justiça, bradou no sertão de Sergipe:

"Não sei onde a justiça mora; e quando soubesse, não fica bem a um homem velho entrar de dia em casa de uma prostituta" (HERMES LIMA – *Tobias Barreto – A Época e o Homem*, pág. 31).

O Professor e grande advogado OLYMPIO DE CASTRO pondera em seu precioso trabalho atrás tantas vezes citado:

"A justiça funciona mal e tende a funcionar pior."

## 9. Conclusões

1. A União deve apoderar-se da magistratura dos Estados, de modo completo, integral, descendo dos Tribunais de Justiça às instâncias mais baixas porque não há outro meio para arrancá-la da pressão da política partidária, tornando-a forte, ética e materialmente, segundo OLIVEIRA VIANNA.

2. De logo, como providência de emergência, deve ser introduzida no Código de Processo Civil a perda imediata da competência do juiz nos casos de abuso excessivo dos prazos judiciais, o que deverá presumir-se se for ultrapassado do dobro, salvo motivo de força maior devidamente comprovado.

3. Deve ser criado imediatamente um órgão de planejamento, orientação e fiscalização dos serviços judiciários, incumbido do recrutamento e seleção dos serventuários da justiça, observando-se, tão-só, as habilitações intelectuais e morais, aferidas com a partição dos juízes titulares das comarcas, varas e termos, como sugerido por OLYMPIO DE CASTRO.

4. Ao órgão em apreço cumpre também publicar anualmente relatório circunstanciado das atividades forenses, apontar falhas e defeitos para o efeito de correção, e enviar cópia do mesmo ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais nos Estados, ao Ministro da Justiça e aos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil.

# O compromisso de compra e venda, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal de números 166, 167 e 412 e jurisprudência da Suprema Corte

FABIO MARIA DE MATTIA

Professor Livre Docente do Departamen-  
to de Direito Civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

- 1 — Noções introdutórias
- 2 — Evolução da promessa de contratar ao compromisso de compra e venda
- 3 — Conceito de compromisso de compra e venda, conceito de contrato de cessão de compromisso de compra e venda e conceito de contrato de promessa de cessão de direitos de compromisso de compra e venda
- 4 — Natureza jurídica do compromisso de compra e venda
- 5 — Natureza jurídica do direito real gerado pelo compromisso de compra e venda registrado ou pela promessa de cessão de compromisso de compra e venda ou pela promessa de cessão de direito sobre compromisso de compra e venda
- 6 — *Partes Intervinentes no compromisso de compra e venda*
- 7 — Requisitos para a obtenção do "direito real de aquisição"
- 8 — Efeitos do compromisso de compra e venda registrado — Execução
- 9 — Causas da resolução

### 1 — Noções introdutórias

O instituto do compromisso de compra e venda ainda está se desenvolvendo, a construção jurisprudencial tem apontado novos rumos e há necessidade de assimilar na legislação os progressos obtidos em doutrina e na jurisprudência.



JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JUNIOR, em obra recente (**O Compromisso de Compra e Venda — Uma Tentativa de Atualização**, São Paulo, 1978, dissertação mimeografada, pág. 121), ensina que “a matéria não é estática, mas, dinâmica porque existem muitos pontos em torno dos quais o debate está longe de terminar” e conclui que o assunto revela “um dinamismo incomum”.

Por sua vez, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, com sua autoridade de consagrado Mestre, assevera que “este instituto não completou o seu ciclo evolutivo em nosso direito. A tendência será extremá-lo desengandamente dos demais, fixando-lhe o **conceito** e as **tendências**, **acentuando os elementos que o geraram fora do Código**. E conclui — “prevemos mesmo que, a exemplo do que a Comissão de 1965 já fez (OROSIMBO NONATO, ORLANDO GOMES, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA), um projeto de Código Civil que intente captar o pensamento juscivilístico nacional propenderá inevitavelmente pela fixação de rumos ainda mais avançados para este novo direito real” (**Instituições de Direito Civil — Direitos Reais**, volume IV — Rio — São Paulo, Companhia Editora Forense, 1970, pág. 304).

## 2 — Evolução da promessa de contratar ao compromisso de compra e venda — O problema do arrependimento

Antes do advento do Decreto-Lei nº 58 era habitual aperfeiçoar-se uma promessa de contratar sem cláusula de arrependimento, mas, como a recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura de venda e compra só gerava ao promitente comprador efeitos pessoais apenas restava a alternativa de pleitear o pagamento de indenização por perdas e danos por parte do promitente vendedor ainda que pago o preço convencionado.

Deste modo os promitentes compradores ficavam ao alvedrio do promitente vendedor em honrar a palavra dada e outorgar a escritura de venda e compra, e a recusa deste impedia exigissem aqueles a entrega efetiva do imóvel que haviam prometido adquirir e cujo preço haviam pago em sua totalidade.

Diante da necessidade de proteger as camadas mais humildes da população que não tinham outra alternativa senão adquirir o imóvel, sobre o qual desejavam construir sua moradia, a prazo, o Decreto-Lei nº 58, de 10-12-1937, atribuiu à promessa de compra e venda, embora restrito o seu campo de atuação aos imóveis loteados, o caráter de direito real.

Bastava, portanto, preenchesse o compromisso de compra e venda os requisitos necessários para o contrato definitivo que comportaria execução específica, habilitando o promitente comprador a exigir judicialmente a declaração de vontade recusada ou seu suprimento, bem como a entrega da coisa.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, deu-se um enorme avanço para a proteção dos promitentes compradores de imóveis

loteados, pois o artigo 1.006 cogitou da execução de sentença nas obrigações de fazer, quando seu objeto fosse declaração de vontade, o que enseja, na lição de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, a seguinte distinção: "se a promessa de compra e venda reveste todos os requisitos da compra e venda, é dotada de execução direta, suprimindo o juiz a emissão volitiva do vendedor, e valendo a sentença como escritura, a ser transcrita no registro imobiliário" (ob. cit., págs. 305 e 306).

A evolução levou à criação de um direito real de promessa de venda através do artigo 1º da Lei nº 649, de 11 de março de 1949, a qual incluiu ao lado dos imóveis loteados os não loteados. SILVIO RODRIGUES fala na atribuição de caráter real aos direitos do compromissário comprador (**Direito Civil — Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade** — São Paulo, Edição Saraiva, 1972, pág. 162).

Mas o instituto só seria um meio, realmente, eficaz para possibilitar a aquisição de terrenos aos menos favorecidos desde que se impedisse a inclusão, no bojo de um compromisso de compra e venda regido pelo Decreto-Lei nº 58, da cláusula de arrependimento.

E tal providência o legislador a tomou ao dispor no artigo 15 do Decreto-Lei nº 58: "Os compromissários têm o direito de, antecipadamente ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda".

Dai se deduz a proibição de inserção de cláusula de arrependimento ou, na inexistência no instrumento de tal cláusula, pudesse se admitir a desistência de tal faculdade jurídica por parte do promitente vendedor.

Como o texto legal não fala, expressamente, em proibição de arrependimento ou em arrependimento, foi necessário, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que referida Corte criasse a Súmula nº 166 que estatui: "É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 58, de 10-12-1937".

ROBERTO ROSAS justifica-a do seguinte modo: "A Súmula nº 166 do STF considera inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 58/1937, colocando-se dentro do espírito do citado diploma legal que foi baixado, considerando que o artigo 1.088 do Código Civil deixava praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que tinham por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras. A prática do exercício da faculdade de arrependimento era muito comum anteriormente a 1938 com fito de especulação. Não se admite o arrependimento, nesses compromissos, ainda que haja cláusula de arrependimento, principalmente quando o contratante descumpre o contrato. Adota-se o princípio *exceptio non adimplet contractus*, inserto no artigo 1.092 do Código Civil (RE nº 61.935, Relator Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, RTJ nº 47/495 e RE nº 45.158, Relator Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, RTJ

nº 41/355). (**Direito Sumular**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, págs. 71 e 180).

### **Compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento:**

Mas desde que o compromisso de compra e venda preveja a cláusula de arrependimento e não tenha sido aperfeiçoado, sob a proteção do Decreto-Lei nº 58, o exercício da faculdade jurídica, o arrependimento está condicionado ao que dispõe a Súmula nº 412 do Supremo Tribunal Federal:

“No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem a recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.”

Contudo já se configurou jurisprudência no sentido de, mesmo havendo cláusula de arrependimento, poder o compromisso de compra e venda ser registrado.

Decisão unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RT nº 328/780) diz: “a cláusula de arrependimento não obsta a que o compromitente comprador adquira, pela inscrição da promessa no Registro Imobiliário, direito real oponível a terceiros”.

Para SILVIO RODRIGUES é insustentável o entendimento expresso no referido julgado “pois, sendo lícito o arrependimento, posto que avençado, nada impede o vendedor de se desdizer, para alienar a outrem a coisa anteriormente prometida. Portanto, o direito do promissário comprador não seria oponível ao adquirente, nem o segundo negócio poderia ser desfeito mediante alegação da preexistência de um compromisso anterior” (**Direito Civil, Direito das Coisas** — 4ª edição revista e aumentada, São Paulo, Edição Saraiva, 1972, pág. 305).

Mas deve-se levar em conta o papel protetivo da jurisprudência impedindo que a ingenuidade do contratante o obstasse de, pago o preço, obter o domínio do imóvel para si. Conveniente, pois, permitir-se a inscrição, sendo certo que a cláusula de arrependimento funcionará como causa da resolução do referido contrato.

ARNOLDO WALD distingue “a compra e venda criando uma obrigação de dar e admitindo a imissão na posse por parte do adquirente, e a simples promessa criadora de uma obrigação de fazer (contratar a compra e venda) que, na hipótese de inexecução por parte dos contratantes, dava margem apenas a uma indenização em dinheiro (**Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos**, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1974, pág. 252).

Este era o quadro antes da vigência do Decreto-Lei nº 58.

### 3 — **Conceito de compromisso de compra e venda, conceito de contrato de cessão de compromisso de compra e venda, e conceito de contrato de promessa de cessão de direitos de compromisso de compra e venda**

Para RUBENS LIMONGI FRANÇA: "O compromisso de compra e venda é uma modificação da compra e venda que consiste em um ato pelo qual o compromitente vendedor se obriga perante o compromissário comprador a, mediante o pagamento do preço, em prestações ou de uma só vez, outorgar a este último escritura definitiva de alienação de objeto (Manual de Direito Civil — 4º volume, Tomo II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1963, pág. 89).

Já para ORLANDO GOMES "é, pois, a promessa de venda, que melhor se diria **compromisso de venda** para prevenir ambigüidades, o contrato típico pelo qual as partes se obrigam reciprocamente a tornar eficaz a compra e venda de um bem imóvel, mediante a reprodução do consentimento no título hábil" (Direitos Reais, Tomo 2º, 3ª edição, Rio—São Paulo, Companhia Editora Forense, 1969, pág. 448).

Ensina SÍLVIO RODRIGUES como sendo "o ajuste de vontades, por meio do qual os contratantes prometem reciprocamente levar a efeito uma compra e venda. Na compra e venda, o vendedor se obriga a transferir o domínio, e este efetivamente se transfere, com a transcrição do título no Registro de Imóveis. Todavia, na mera promessa bilateral de venda e compra, o promitente vendedor apenas promete que, no futuro, e se receber o preço, venderá o imóvel prometido. De modo que continua titular do domínio, o qual será de futuro transferido. Tal posição constitui, obviamente, excelente garantia para o vendedor" (ob. cit., págs. 162 e 163).

A figura do CONTRATO DE PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS está prevista no artigo 69 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que dispõe:

"O contrato de promessa de cessão de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, uma vez inscrita no registro geral de imóveis, atribui ao promitente cessionário direito real oponível a terceiro e confere direito a obtenção compulsória da escritura definitiva de cessão, aplicando-se, neste caso, no que couber, o disposto no art. 16 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e no art. 346 do Código de Processo Civil."

Tal instituto, também, está previsto no art. 22 do Decreto-Lei nº 58 na redação que lhe deu o artigo 1º da Lei nº 6.014, de 27-12-1973, segundo o qual:

"Os contratos, sem cláusula de arrependimento de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos

a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.”

O art. 35, § 4º, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, outorga direito real ao ajuste preliminar inclusive quando se tratar de carta proposta desde que averbado no Registro de Imóveis. Diz o referido parágrafo:

“Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no **caput** deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.”

#### 4 — Natureza jurídica do compromisso de compra e venda

Deve-se distinguir a natureza jurídica do compromisso de compra e venda e a natureza jurídica do direito real de aquisição.

O compromisso de compra e venda nasceu, livremente, “como ato jurídico atípico, em virtude das necessidades sociais e da autonomia da vontade, foi regulado pelo Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, no que concerne ao “loteamento e à venda de terrenos para pagamento em prestação. A partir daí podemos considerá-lo um contrato nominado cuja tipicidade, oriunda desse diploma, se consagrou com o direito consuetudinário” (RUBENS LIMONGI FRANÇA, ob. cit., pág. 89).

Para SÍLVIO RODRIGUES é um contrato preliminar que objetiva um contrato futuro de venda e compra, o contrato definitivo (**Direito Civil, Direito das Coisas** — 4ª edição revista e aumentada, São Paulo, Edição Saraiva, 1972, pág. 298).

Mas, se na origem o compromisso de compra e venda significava o acordo por meio do qual os contratantes prometem reciprocamente levar a efeito uma compra e venda, mantido, contudo, o domínio dos vendedores, aos poucos, foram se difundindo os contratos com cláusula de irretroatividade e a seguir a evolução se fez sentir no sentido de atribuir aos compromissários um direito real oponível a terceiros e o direito de adjudicação compulsória, desde que o instrumento do negócio jurídico tivesse sido levado a registro.

A evolução, contudo, tinha que fixar novos rumos, o que sucedeu quando se passou a admitir que o princípio “nemo precise cogi potest ad factum” (Ninguém pode precisamente ser coagido a fazer alguma coisa) permitia que, “quando a obrigação de fazer consistisse na emissão de uma declaração de vontade, era ela suscetível de execução direta, pois a sentença que reconhecesse a obrigação passava a substituir a decla-

ração que não fora emitida. Essa evolução do compromisso de compra e venda, ocorrida no direito brasileiro, veio atender a um reclamo de segurança nos negócios imobiliários, imposta pelas necessidades da prática" (SÍLVIO RODRIGUES, ob. cit., págs. 164 e 165).

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, originariamente há de ser um **pré-contrato**, que, como toda avença desta espécie, tem por objeto a celebração de outro, que será, então, o contrato definitivo. Para que tenha existência o direito real, é mister a verificação de *elementos específicos*, ou requisitos que diferem, pela sua peculiaridade, dos encontrados no contrato preliminar gerador este de um direito de crédito, também chamado (embora inadequadamente) direito pessoal (ob. cit., pág. 305).

Para DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, "no compromisso de compra e venda se verifica a suspensão do efeito translativo da alienação, até o pagamento do preço" (**Da Compra e Venda — Promessa e Reserva de Domínio**, Belo Horizonte, 1960, pág. 90, nº 30).

Em resumo, pois, trata-se de um *pré-contrato*, de um contrato preliminar que, contudo, contendo todos os requisitos de um contrato definitivo, e por ser irrevogável e por ter sido levado a registro (art. 167, I, 20 da Lei nº 6.015) (\*) gera um direito real de aquisição incluído no elenco dos direitos reais previsto no artigo 674 do Código Civil Brasileiro.

##### **5 — Natureza jurídica do direito real gerado pelo compromisso de compra e venda registrado ou pela promessa de cessão de compromisso de compra e venda ou pela promessa de cessão de direitos sobre compromisso de compra e venda**

A partir do advento do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ampliou-se a enumeração dos direitos reais prevista no art. 674 do Código Civil Brasileiro.

O art. 22 de referido Decreto-Lei nº 58 estatui:

"Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta Lei e 346 do Código de Processo Civil."

Contudo, esta é a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei nº 649, de 11 de março de 1949, que ampliou a abrangência de tal direito real, pois a redação primitiva só abrangia os imóveis loteados e estendeu os benefícios do novo direito real, também, aos compromissos de compra e venda sobre imóveis não loteados, ainda que dissesse respeito tanto ao

(\*) NR: a referência é ao texto atualizado da Lei nº 6.015/73.

compromisso de compra e venda, quanto a promessa de cessão do compromisso de compra e venda.

Mas as necessidades práticas levaram à inclusão no âmbito deste novo direito real, também, das promessas de cessão de direito e promessa de contratar expressas em forma de cartas-propostas, como se deduz dos arts. 69 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, art. 35, § 4º da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, art. 22 do Decreto-Lei nº 58, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, e do art. 25 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

Artigo 69 da Lei nº 4.380:

“O contrato de promessa de cessão de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, uma vez inscrita no Registro Geral de Imóveis, atribui ao promitente cessionário direito real oponível a terceiro e confere direito a obtenção compulsória da escritura definitiva de cessão, aplicando-se, neste caso, no que couber, o disposto no art. 16 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e no art. 346 do Código de Processo Civil.”

Artigo 35, § 4º, da Lei nº 4.591:

“Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no **caput** deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.”

Mas o art. 5º do Decreto-Lei nº 58, em consonância com o art. 676 do Código Civil Brasileiro, é que atribui à averbação do instrumento de compromisso de compra e venda, ou promessa de cessão do compromisso de compra e venda ou promessa de cessão de direitos sobre compromisso de compra e venda a força de criar um direito real oponível contra terceiros quando dispõe:

“A averbação atribui ao compromissário direito real, oponível a terceiros, quanto a alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento.”

Artigo 25 da Lei nº 6.766:

“São irretroatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.”

Finalmente, a ampliação do campo de atuação desta nova categoria de direito real completou-se com a redação dada ao art. 22 do Decreto nº 58 pelo art. 1º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que dispõe:

“Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.”

Após a indicação do fundamento legal desta nova categoria de direito real, devemos analisar-lhe a natureza jurídica.

Os autores variam a respeito, uns considerando nova espécie de direito real sobre coisa alheia de uso e gozo, outros considerando um direito real *sui generis* e, finalmente, a corrente a que nos filiamos que vê no direito real oponível a terceiros atribuído ao promissário comprador de imóvel um direito real de aquisição.

Desde logo é necessário esclarecer que referido direito não se confunde com o direito de propriedade, pois o promitente vendedor continua titular do domínio enquanto não houver escritura de venda e compra levada a registro ou enquanto não houver a adjudicação compulsória ao domínio do promitente comprador através de prestação jurisdicional.

SÍLVIO RODRIGUES manifesta-se a favor de seu enquadramento como **direito real sobre coisa alheia de uso e gozo**. Ensina ele:

“É evidente que, não sendo o promissário comprador dono da coisa, cujo domínio remanesce em mãos do promitente vendedor, o direito real a ele conferido não recai sobre a coisa própria, mas, sim, sobre coisa alheia. Trata-se, portanto, de direito real sobre coisa alheia. Parece-nos indiscutível ter a promessa irretratável de venda o caráter de direito real de gozo, pois o que visou o legislador não foi afetar a coisa ao pagamento preferencial do credor, mas, sim conferir ao promissário comprador uma prerrogativa sobre a coisa vendida: **a)** de gozá-la e de fruí-la; **b)** de impedir sua válida alienação a outrem; **c)** de obter sua adjudicação compulsória, em caso de recusa do promitente em outorgar ao promissário a escritura definitiva de venda e compra” (**Direito Civil, Direito das Coisas**, 4ª edição revista e aumentada, São Paulo, Edição Saraiva, 1972, págs. 297 e 298). AGOSTINHO ALVIM parece ser partidário deste ponto de vista conforme se vê em **Da Compra e Venda e da Troca**, 1ª edição, Rio-São Paulo, Forense, 1961, pág. 268.

Já ORLANDO GOMES o considera um direito real *sui generis* que, “reduz-se verdadeiramente a simples limitação do **poder de disposição**



do proprietário que o constituiu. Uma vez transcrito, proibido fica de alienar o bem, e se o fizer, o compromissário ou promitente comprador, sendo titular de um direito com seqüela poderá reivindicar a propriedade do imóvel, tanto que execute o contrato de compromisso". Não constitui, pois, direito de propriedade e conclui:

"Evidente se torna, assim, que não tem direito real sobre coisa própria. É verdade que o direito do promitente vendedor se converte praticamente numa **recordação de propriedade esterilizando-se completamente**, mas, por outro lado, pode voltar à sua plenitude, se o contrato for resolvido."

Por outro lado, "sem dúvida alguma, o direito do compromissário é tão extenso que se assemelha ao **domínio útil**. Tem a posse do bem, podendo exercer as faculdades de uso e gozo, admitindo-se, até, que lhe assiste o poder de disposição em consequência da prerrogativa de transpassar o contrato. Mas, nem por isso se torna dono do imóvel que prometeu comprar. Habilitando-se terceiro a adquiri-lo, cede apenas seus direitos, na medida em que os tem, sem que se possa afirmar que a cessão implica transferência de domínio" (ob. cit., págs. 459 e 460).

Mas o enfoque que parece ser definitivo é dar-lhe o **nomen juris de direito real de aquisição**, como o fazem MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e o extraordinário renovador dos estudos dos direitos reais, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO.

O primeiro escritor, após denominar o instituto de direito real de aquisição, lembra que "o ônus real resultante do compromisso de promessa de compra e venda se reflete sobre o **ius disponendi**, por isso que, quando mesmo o devedor venha a alienar a coisa que prometeu vender, o comprador, ao adquiri-la, se subordina igualmente ao ônus real que sobre ela pesa, ou seja, a obrigação de outorgar a escritura definitiva" (**Curso de Direito Civil**, volume VI — 2ª edição, Rio-São Paulo, Livraria Freitas Bastos S/A, 1962, págs. 37 e 39).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA refuta a inclusão como direito real de gozo ou fruição face a diferenciação dos elementos, quer ontológicos, como etiológicos que o constituem.

E fixa sua posição:

"É um direito real novo, pelas suas características, como por suas finalidades. E deve, conseqüentemente, ocupar um lugar à parte na classificação dos direitos reais. Nem é um direito real pleno ou ilimitado (propriedade), nem se pode ter como os direitos reais limitados que o Código Civil, na linha dos demais, arrola e disciplina. Mais próximo da sua configuração, andou SERPA LOPES quando fez alusão a uma categoria de **direito real de aquisição**, ocupada pela promessa de venda" (ob. cit., pág. 304).

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO considera haver um direito real de aquisição quando há um contrato-promessa com eficácia real e explica:

“Há sim, um direito subordinado, que reforça e garante a obrigação de alienar ou onerar, e por força do qual o beneficiário da promessa pode fazer reverter para si a coisa sobre que terceiro (ou talvez também o próprio promitente) tem um válido direito de propriedade. Este direito tem sempre um nexo com o direito ao contrato, resultante do contrato-promessa, mas para os nossos fins não interessa apurar a natureza desse nexo. Basta-nos apontar o direito real de aquisição que passa a atingir a coisa, e cuja atuação é potestativa (muito embora, como é normal nesses casos, esse direito deva ser judicialmente exercido). Aqui temos pois, uma nova modalidade” (*Direitos Reais* — 2ª edição — Lisboa, 1973, págs. 528 e 529).

## 6 — Partes intervenientes no compromisso de compra e venda

No compromisso de venda e compra ambos os contratantes assumem obrigações: o compromitente vendedor que promete vender e o compromitente comprador que promete comprar.

Quando há contrato de promessa de cessão de compromisso de compra e venda, temos, de um lado, o compromitente-cedente e, de outro lado, o compromitente-cessionário.

As partes intervenientes na promessa de cessão de direitos sobre compromisso de compra e venda são o cedente e o cessionário.

## 7 — Requisitos para a obtenção do “direito real de aquisição”

São os seguintes os requisitos para a obtenção do “direito real de aquisição”: **a)** irretratabilidade do contrato; **b)** imóvel; **c)** preço; **d)** registro; **e)** outorga uxória; **f)** forma; **g)** capacidade das partes — os quais podem ser retirados do enunciado no art. 22 do Decreto-Lei nº 58 conforme redação dada pela Lei nº 6.014, de 27-12-1973.

**A) Irretratabilidade do contrato** — Ensina CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA: “para que a promessa de venda dê nascimento ao direito real, é necessário não venha acompanhada de cláusula de arrependimento. Não há mister se declare expressamente a irretratabilidade, como frequentemente se insere nos contratos. Basta à caracterização da irrevogabilidade a ausência desta cláusula” (ob. cit., pág. 306).

No mesmo sentido WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “considerar-se-á, porém, irretratável o compromisso do qual não conste cláusula de arrependimento, que precisa ser expressa para tirar à promessa

o caráter de irrevogabilidade (**Curso de Direito Civil — Direito das Coisas**, São Paulo, Edição Saraiva, 1975, pág. 338).

Mesmo havendo cláusula de arrependimento, há construção jurisprudencial no sentido de ela não poder ser exercitada se o promitente-comprador pagou o preço, tendo adimplido, pois, suas obrigações contratuais. Foi um importante progresso na defesa do promitente comprador.

Neste sentido, voto do Ministro HERMES LIMA (RTJ 42/835 no RE nº 58.626-MG) de que a Corte já decidiu que o recebimento de todo o preço sem ratificação da cláusula de arrependimento constitui renúncia deste.

Também não mais se pode exercitar o direito de arrependimento se escoado o prazo contratualmente previsto e já estando pago o preço (RTJ 43/702 no RE nº 62.754-MG), conforme voto do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA.

Acórdão antigo da lavra dos Ministros HAHNEMANN GUIMARÃES, LUIZ GALLOTTI, LAFAYETTE DE ANDRADA, EDGAR COSTA, OROZIMBO NONATO e ANÍBAL FREIRE decidiu que: “comporta execução específica a promessa de venda e compra de imóveis se, pactuado o arrependimento, o outorgante deixou passar a oportunidade, para manifestá-lo (RF 131/393).

A mesma orientação aparece em votos dos Ministros EVANDRO LINS E SILVA, THOMPSON FLORES e MOACIR AMARAL SANTOS (RTJ 47, págs. 826 e 827 no RE nº 61.692-MG).

O primeiro justifica a perda do exercício do direito de arrependimento porque “é preciso levar em conta que o direito não se pode afastar do que é equânime, justo e moral. O embargante comprou um apartamento e nele foi morar com sua família. Pagou tudo quanto havia combinado. Passados quatro anos, encontrou a resistência do vendedor, que resolveu valer-se de uma condição encartada no contrato e conflitante com outra para não outorgar a escritura”. Falando do temperamento que se deve adotar em relação à máxima “pacta sunt servanda”, afirma que “o intérprete não pode perder de vista as mutações econômicas e sociais e como elas devem reger as relações entre os homens”. “Apenas se estabelece uma limitação: integralizado o pagamento ajustado, está esgotada a faculdade de expressar-se o arrependimento”.

Para o Ministro THOMPSON FLORES:

“Prefiro, na busca de uma solução justa e juridicamente correta, examinar a conduta das partes ante o pacto que ajustaram. Realmente. O embargante que firmara o contrato e o cumprira por inteiro, satisfazendo a contento do embargado todas as prestações, emitindo na posse, certo dele já não poderia ser despojado com a restituição oferecida. Tenho que aceitando, como aceitou a última paga, perfeito e acabado estava o ajuste,

tendo com esse gesto renunciado e acionado o direito à rescisão.”

Para o Ministro AMARAL SANTOS:

“Entendo que o recebimento do preço do apartamento impossibilita o exercício do direito de arrependimento dos promitentes vendedores, porque neste sentido o contrato está perfeito e acabado, com o preço pago e a entrega do imóvel ao promitente comprador.”

Aliás, o artigo 25 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dispõe que:

“São irrevogáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.”

Distingue CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA a cláusula de arrependimento da condição resolutive inserida no compromisso de venda e compra:

“Esta condição legal não se confunde, obviamente, com a cláusula resolutive, ainda que expressa. A irrevogabilidade é a que resulta de manifestação unilateral de vontade. Se a um contrato de promessa de venda for aposta uma condição resolutive como sanção para o descumprimento de obrigações do promitente comprador, não perderá ele por isto o caráter de direito real, uma vez que se não pode confundir a **cláusula de arrependimento** com a **condição resolutive** ou **cláusula resolutive**” (ob. cit., pág. 306).

B) **Tratar-se de imóvel** — Ensina ORLANDO GOMES: “alude a lei a imóvel não loteado, vale dizer, não existe o direito real na promessa de venda de coisa móvel” (ob. cit., nº 264).

A abrangência refere-se a qualquer imóvel loteado ou não, tanto a imóvel (casa ou terreno) urbano, como rural.

C) **Preço** — “Seja este pago à vista, ou dividido em prestações, deixou o legislador manifesto que não é **conditio legis** da constituição de direito real a quitação no ato. Vale ele, quer se pague o valor do imóvel de um só jato, quer se defira a **solutio** para o momento ulterior toda inteira, quer finalmente se fracione em prestações mensais ou mais espaçadas (CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., pág. 307).

D) **Registro** — Ensina CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que “o momento culminante da gestação deste direito real é a inscrição no registro imobiliário. Sem ela, a apuração dos demais requisitos é nada. Verificados que sejam, e inscrito o documento, vigora o direito real de promessa de venda. Evidentemente, a partir do momento do registro. Até aquela

data, o contrato de promessa de venda existe, porém gerador de direitos meramente obrigacionais. Operada a inscrição, constitui-se o direito real. Seus efeitos *erga omnes* originam-se da data do registro e somente com ele podem ser invocados (ob. cit., pág. 307).

Neste sentido preceitua o art. 23 do Decreto-Lei nº 58:

“Nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta lei, sem apresentação de documento comprobatório de registro por ela instituído.”

As dúvidas surgidas quanto à interpretação de referido dispositivo legal levaram ao estabelecimento da Súmula 167 que dispõe:

“Não se aplica o regime do Decreto-Lei nº 58, de 10-12-1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.”

E) **Outorga uxória** — Levando-se em conta as regras dos artigos 235 e 242 do Código Civil Brasileiro, segundo os quais o marido e a mulher só com o consentimento do outro cônjuge podem, qualquer que seja o regime de bens, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, justificasse a necessidade do consentimento do consorte, pois a promessa de compra e venda, desde que registrada, cria um direito real sobre o imóvel. Lembra ARNOLDO WALD que, “sendo a promessa de compra e venda um contrato preliminar que exige a presença dos elementos essenciais do contrato definitivo, o promitente vendedor, quando casado, necessita, para assinar a escritura, da outorga uxória, pois, no caso contrário, poderá haver fraude indireta das normas existentes quanto à alienação dos bens imóveis do casal” (ob. cit., pág. 253).

F) **Forma** — Quanto a esse requisito, diante da imposição de se diminuir exigências formais, delineou-se uma evolução que, partindo do compromisso de compra e venda com todos os requisitos exigidos pelo Decreto-Lei nº 58, mas, que podia ser materializado em forma de instrumento particular, chegou-se a atribuir efeitos à simples carta-proposta, desde que aceita pelo outro contratante, a quem o artigo 69 da Lei nº 4.380 atribui o direito à prestação jurisdicional, a fim de obrigar o proprietário a outorgar a escritura de venda e compra sob pena de pagamento de multa diária, o que, segundo ARNOLDO WALD, permite, “por via indireta, uma espécie de adjudicação compulsória de densidade menor” (ob. cit., pág. 254).

Contudo, um simples recibo sem a indicação de todos os elementos indispensáveis a um compromisso de compra e venda impede a adjudicação compulsória, circunscrevendo-se os seus efeitos ao pagamento de perdas e danos.

Apesar dos autores que insistem se revista o compromisso de compra e venda da forma de escritura pública, a Lei nº 6.014, na lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “não distingue entre compromisso por

escritura pública ou particular, exigindo-lhe apenas inscrição e ausência de cláusula de arrependimento, para que se configure o direito real, oponível **erga omnes**" (ob. cit., pág. 338). O artigo 26 da Lei nº 6.766 fala tanto em escritura pública quanto em instrumento particular.

Aliás, a Suprema Corte tem decidido que basta seja o compromisso de compra e venda por escrito particular devidamente registrado como se comprova pelo acórdão publicado em **RTJ** nº 58/849 na Ação Rescisória nº 791 do DF. O RE 40.983 admitiu a validade do registro no curso da lide, antes da sentença de primeira instância para os efeitos de pedido de outorga compulsória de escritura de compra e venda de imóvel não loteado, objeto de compromisso por instrumento particular. No mesmo sentido, consultar **RTJ** 57/758 e 57/893.

A insegurança do escrito particular é contrabalançada pela exigência do registro no ofício de imóveis para a atribuição de direito real ao promitente comprador.

Em verdade, o compromisso de compra e venda deve ter seu conteúdo preenchido obrigatoriamente por cláusulas previstas, na lei, relativas ao nome, nacionalidade, estado civil e domicílio das partes, à denominação e situação do imóvel loteado, número e data do registro, à descrição do lote, numeração, confrontações e características, ao prazo, preço e forma de pagamento, aos juros sobre o débito em aberto e sobre as prestações atrasadas, à cláusula penal, à declaração da existência de ônus real sobre o imóvel, à indicação da parte a quem cabe o pagamento dos impostos e taxas.

**G) Capacidade das partes** — A matéria foi analisada por **ORLANDO GOMES** nos seguintes termos:

"É de exigir-se a plena capacidade das partes na celebração do contrato, porque a realização de sua finalidade, com a assinatura do título translativo, apresenta-se, em última análise, como sua execução. Firmando o compromisso de vender certo bem, irrevogavelmente, seu proprietário assume, desde logo, a obrigação de aliená-lo. A bem dizer, é nesse momento que exerce o poder de disposição, embora somente adquira forma idônea com a prática do ato solene a que se obrigou. Conseqüentemente, se ele é incapaz quando conclui o contrato de compromisso, a invalidade do chamado contrato definitivo tem de ser admitida. Estabelecido que este é simplesmente um ato de execução daquele, a capacidade há de ser aferida, evidentemente, no momento em que as partes concluem o compromisso de venda. Assim, quem se compromete a vender mediante promessa irrevogável de venda deve ter sobre a coisa pleno poder de disposição e ser plenamente capaz". (ob. cit., págs. 454 e 455).

Por outro lado, ressalta que "as limitações subjetivas e objetivas existentes para a conclusão de um contrato de compra e venda valem igualmente para a promessa irrevogável de venda, não podendo o ascen-

dente estipulá-la com descendente sem a expressa concordância dos outros, nem se admitindo o compromisso de vender coisas fora do comércio ou inalienáveis” (ob. cit., pág. 454).

## 8 — Efeitos do compromisso de compra e venda registrado — execução

A) Os efeitos do compromisso de compra e venda são quatro: **1)** oponibilidade contra terceiros; **2)** direito de seqüela; **3)** adjudicação compulsória, e **4)** cessão.

**Quanto ao item 1º — Oponibilidade contra terceiros:** respeitados os requisitos examinados: **a)** irretratabilidade do contrato; **b)** ser imóvel; **c)** quanto ao preço; **d)** registro no Registro de Imóveis; **e)** exigência de outorga uxória; **f)** forma; **g)** capacidade das partes — o direito real de promessa de venda e compra é oponível a terceiros de conformidade com o que estatui o art. 22 do Decreto-Lei nº 58.

É evidente que, após o registro do compromisso de compra e venda, configura-se um direito real de aquisição, o qual, portanto, é oponível contra terceiros vez que trata-se de um dos caracteres dos direitos reais.

Mas lembra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que “a proclamação legislativa não foi vã, pois a oponibilidade **erga omnes** tem aqui um **sentido particular e elucidativo**. Celebrado o contrato de promessa de venda, já era ele dotado de execução direta, podendo exigir o promitente comprador a declaração de vontade da outra parte, e valendo a sentença pela escritura definitiva recusada”.

Ensina SÍLVIO RODRIGUES que “pelo conteúdo real do compromisso de compra e venda é que surge a oponibilidade a terceiros, pois, após a inscrição da promessa de venda no Registro de Imóveis, perde o proprietário o poder de dispor da coisa prometida, pois sobre ela se prende o direito do promissário comprador de torná-la sua, uma vez pago o preço” (**Direito Civil, Direito das Coisas** — 4ª edição revista e aumentada, São Paulo, Edição Saraiva, 1972, págs. 302 e 303).

Portanto, com o registro do compromisso de compra e venda, não será possível registrar qualquer alienação posterior, em benefício de outrem, pois, prevalecerá a averbação até que se cancele por um dos motivos mencionados no art. 7º do Decreto-Lei nº 58, ou seja, a requerimento das partes contratantes, em virtude de resolução do compromisso, pela transcrição da escritura definitiva e por mandado judicial.

**Quanto ao item 2º — Direito de seqüela** — Tal direito vincula o compromisso de compra e venda ao próprio imóvel. Em poder de quem quer se encontre, o imóvel acha-se gravado do direito real de promessa de venda, em consequência do que o promitente comprador tem o poder de exigir a escritura definitiva do promitente vendedor originariamente. Mas, se o imóvel tiver sido alienado a terceiro após a inscrição da promessa, o adquirente o recebe onerado, e a ele é oponível o direito de receber

a escritura, independentemente de outras condições, além daquelas que constam do instrumento inscrito (CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA).

Deste modo, o compromitente comprador está munido da prerrogativa de seqüela, podendo o promissário comprador ir buscar a coisa nas mãos de quem quer que a detenha, para sobre ela exercer o seu direito real (SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil — Direito das Coisas*, 4ª edição revista e aumentada, São Paulo, Edição Saraiva, 1972, pág. 303).

**Quanto ao Item 3º — Ajudicação compulsória** — A fundamentação legal encontra-se nos artigos 16 e 22 do Decreto-Lei nº 58 na redação que lhes deu a Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973:

“Art. 16 — Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do art. 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tornará o rito sumaríssimo.

§ 1º — A ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação nem a oferecer nos casos e formas legais.

§ 2º — Julgada procedente a ação, a sentença, uma vez transitada em julgado, adjudicará o imóvel ao compromissário, valendo como título para a transcrição.

§ 3º — Das sentenças proferidas nos casos deste artigo, caberá apelação”.

“Art. 22 — Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta Lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.”

Artigo 27 da Lei nº 6.766:

“Se aquele que se obrigou a concluir contrato de promessa de venda ou de cessão não cumprir a obrigação, o credor poderá notificar o devedor para outorga do contrato ou oferecimento de impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de proceder-se ao registro do pré-contrato, passando as relações entre as partes a serem regidas pelo contrato-padrão.

§ 1º — Para fins deste artigo, terão o mesmo valor de pré-contrato a promessa de cessão, a proposta de compra, a reserva de lote ou qualquer outro instrumento, do qual conste a manifestação da vontade das partes, a indicação do lote, o preço e o modo de pagamento, e a promessa de contratar.”

O direito real decorrente da escritura de compromisso de compra e venda devidamente registrada é de natureza **sui generis**, pois o proprie-



tário não pode vender nem onerar o imóvel, ele perde a faculdade de dispor do aludido bem, enquanto vigorar o contrato.

Se o compromitente vendedor se recusar a outorgar a escritura de venda e compra através do direito à adjudicação compulsória, caberá ao promitente comprador obter a adjudicação compulsória do imóvel compromissado. "Consiste, portanto, na possibilidade de obter declaração judicial, ordenando a incorporação do bem objeto do negócio ao patrimônio do adquirente. De modo que, se o alienado se recusa injustificadamente a outorgar a escritura de venda, conta o comprador com um meio compulsório para se sobrepor a tal recusa" (SÍLVIO RODRIGUES, **Direito Civil, Direito das Coisas** — 4ª edição revista e aumentada, São Paulo, Edição Saraiva, 1972, pág. 303).

O juiz adjudicará o imóvel ao compromissário expedindo-se a carta de adjudicação que servirá de título translativo.

Conclui CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que, "recusada a entrega do imóvel comprometido, ou alienado este a terceiro, pode o promitente comprador, munido da promessa inscrita, exigir que se efetive, adjudicando-lhe o juiz o bem em espécie, com todos os seus pertences. Ocorre, então, com a criação deste direito real, que a promessa de compra e venda se transforma de geradora de obrigação de fazer em criadora de obrigação de dar, que se executa mediante a entrega coativa da própria coisa".

Para ORLANDO GOMES, "preenchidas as condições que o habilitam a pedir o título translativo de propriedade, obtém-no através de sentença, se a outra parte não quiser, ou não puder, firmá-lo. Admite-se a execução coativa sob forma específica, ocorrendo, nesse caso, a adjudicação compulsória" (ob. cit., pág. 453).

Lembra WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que, "na jurisdição criminal, disposições existem destinadas a estimular o promitente vendedor ao cumprimento da obrigação. Assim, a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, art. 2º, nº X, considera crime contra a economia popular violar contrato de venda a prestações. Reveste-se, outrossim, de caráter criminoso o gerir fraudulentamente ou temerariamente sociedades para venda de imóveis a prestações (art. 3º, nº IX)" (ob. cit., pág. 339).

**Quanto ao item 4º — Cessão** — No plano, ainda, dos efeitos cabe a menção à **cessãbilidade** da promessa. Trata-se de um direito transferível, valendo a cessão, tanto efetuada por instrumento público, quanto por instrumento particular.

Para que produza efeitos em relação a terceiros, cumpre seja a cessão levada a registro conforme dispõe o art. 167, I, 20, da Lei nº 6.015.

Quanto a esta matéria, consultar o art. 69 da Lei nº 4.380 quando cuida da promessa de cessão; no mesmo sentido, o art. 35, § 4º, da Lei nº 4.591 no concernente a cartas-propostas e promessas de cessão e cessões e o art. 22 do Decreto-Lei nº 58 na redação que lhe deu a Lei nº 6.014.

SILVIO RODRIGUES observa que “outras vantagens porventura transferidas ao promissário comprador, tal a posse, que lhe é em geral deferida desde logo, ou a possibilidade de ceder os direitos de que é titular, não decorrem da realidade de seu direito. Aquela deriva ordinariamente da convenção, e a transmissibilidade é prerrogativa acessória de todo direito patrimonial, se nada se avençar em contrário”.

Em RTJ nº 57/778 encontramos acórdão referente ao RE nº 69.014-GB, segundo o qual “é inoperante, mesmo irrita e nula, a cláusula que exigir autorização expressa dos promitentes vendedores para a cessão de direitos e obrigações referentes a compromisso de compra e venda de imóvel não loteado, desde que convencionado sem cláusula de arrendimento”.

B) **Execução** — A execução do contrato de promessa irrevogável de venda efetiva-se de dois modos: 1) pela escritura definitiva de venda e compra, e 2) pela sentença constitutiva de adjudicação compulsória.

ORLANDO GOMES, considerando que o compromisso de compra e venda é um **novum genus**, “a escritura definitiva, forma pela qual se executa, não é instrumento de outro negócio jurídico, conquanto corresponde, no contexto, a um contrato de compra e venda. Configura, realmente, um **ato devido**, expressando adimplemento de obrigação oriunda de contrato no qual o **intento negocial das partes foi definido e a atribuição patrimonial determinada**. Nessa escritura, a vinculação do contrato de compromisso de venda patenteia-se como seqüência necessária, de tal sorte que — para exemplificar — se, entre o momento da conclusão da promessa e o da assinatura do instrumento público definitivo, ocorrer o casamento do promitente vendedor, a outorga do **cônjuge não é exigível**, nem lhe assiste direito a promover a anulação da venda sob o fundamento de que faltou seu concurso” (ob. cit., pág. 456).

E conclui:

“A construção dogmática, pela qual o chamado contrato definitivo nada mais é do que a execução do contrato de compromisso de venda, **considerada a verdadeira e exclusiva atividade negocial no processo de alienação que inicia**, facilita a solução correta de situações nas quais esse processo parece ou se apresenta defeituoso” (ob. cit., pág. 457).

Mas, quanto à adjudicação compulsória, é necessária a adoção, no direito positivo, de inovação prevista no artigo 604 do Projeto ORLANDO GOMES que propõe que a aquisição se ultime, independente de nova escritura ou de sentença judicial, transcrevendo-se o domínio em nome do adquirente, desde que comprove, perante o oficial público, o pagamento do preço.

Diz ele: **artigo 604 — Aquisição da propriedade** — “A aquisição da propriedade do imóvel prometido irretratavelmente à venda independe de nova escritura, transcrevendo-se em nome do promitente comprador com a apresentação, por este ou por qualquer interessado, do documento comprobatório da quitação, ciente o promitente vendedor.”

## 9 — Causas de extinção

O compromisso de compra e venda extingue-se pelos seguintes modos: a) execução voluntária; b) execução coativa, em forma específica; c) resolução, e d) dissolução por mútuo consentimento.

Resolução: A causa mais comum de resolução é a **mora** do promissário no pagamento das prestações periódicas em que se divide o preço.

O compromissário é colocado em mora nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei nº 745, de 7 de agosto de 1969, segundo o qual, cuidando de imóveis não loteados:

“Nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10-12-1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação judicial, ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 dias de antecedência.”

Por outro lado, tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível (art. 640 do Código de Processo Civil).

O artigo 32 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, aplica-se aos imóveis loteados:

“Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor.

§ 1º — Para os fins deste artigo, o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo oficial do Registro de Imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação.

§ 2º — Purgada a mora, convalescerá o contrato.

§ 3º — Com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, o vendedor requererá ao oficial do Registro o cancelamento da averbação.”

O art. 36 estabelece que o registro do compromisso, cessão ou promessa de cessão só pode ser cancelado: número III — quando houver rescisão comprovada do contrato. Vê-se, pois, a impropriedade terminológica do § 3º do art. 32, pois, conforme o art. 36, número III, se verifica que não se cancela a averbação, porém, o registro, uma vez que tais contratos são registrados e não averbados conforme o art. 167, I-20 da Lei de Registros Públicos que dispõe:

“1 — o registro — 20) dos contratos de promessa de compra e venda de terrenos loteados em conformidade com o Decreto-

Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e respectiva cessão e promessa de cessão, quando o loteamento se formalizar na vigência desta Lei."

Em verdade, tanto o art. 14 do Decreto-Lei nº 58, quanto o art. 32 da Lei nº 6.766 cometem uma atecnia quando falam em contrato rescindido se não for purgada a quantia em débito. Há, sempre, resolução nesta hipótese e nunca rescisão. Ensina ORLANDO GOMES que "não se rompe unilateralmente sem intervenção judicial. Nenhuma das partes pode considerá-lo rescindido, havendo inexecução da outra. Há de pedir a resolução. Sem a sentença resolutória, o contrato, por outras palavras, não se dissolve, tenha como objeto imóvel loteado ou não" (ob. cit., pág. 453).

ORLANDO GOMES critica o sistema adotado pela lei quanto à resolução. Diz ele:

"Primeiramente, derroga a regra geral "dies interpellat pro homine" aceita como princípio geral do nosso direito civil (art. 960 do Código Civil). Em seguida, substitui a interpelação por simples intimação através de oficial. Finalmente, autoriza o cancelamento da averbação do compromisso sem intervenção do juiz. Evidente, porém, que, tomado ao pé da letra, esse processo impediria qualquer defesa ao compromissário, retirando da apreciação judicial os motivos da inexecução, contra princípio geral de direito, e se tornando tanto menos aceitável quanto a própria lei, subentendendo a condição resolutiva da legitimidade e validade do título de domínio, determina a resolução do contrato e conseqüente devolução das prestações recebidas. Ora, tem-se entendido que, no caso de inexecução do contrato pelo compromissário, que interrompe o pagamento das prestações, não perde ele as prestações pagas, devendo apenas ressarcir os danos, prefixados, aliás, em cláusula penal obrigatória. Não fora assim, teria a lei consagrado enriquecimento ilícito. A devolução das prestações recebidas e a efetivação da cláusula penal demandam, evidentemente, intervenção judicial, como, de resto, se faz necessária, previamente, para apuração da culpa na inexecução, tanto assim que a lei concedeu o prazo de trinta dias para a execução mediante a emenda da mora. Dissolvido o vínculo, extingue-se, pelo cancelamento, o direito real. O compromissário fará jus ao recebimento das prestações que pagou, acrescidas dos juros estipulados, mas, se procedeu de má fé, fica obrigado a ressarcir os prejuízos causados ao comprometente. (Quanto ao assunto, consultar o art. 35 da Lei nº 6.766). Cumpre-lhe restituir a posse do bem, e se não a devolver, assiste ao comprometente direito a reavê-lo mediante ação de reintegração" (ob. cit., pág. 465).

O cancelamento do registro se faz nos termos do art. 36 da Lei nº 6.766: I — por decisão judicial (quando se tratar de adjudicação compulsória); II — a requerimento conjunto das partes contratantes (hipótese de execução voluntária); e III — quando houver rescisão comprovada do contrato (melhor seria dizer resolução).

## Conclusões

JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR finaliza sua importante monografia com as seguintes conclusões:

1. Admite-se a forma livre do contrato mesmo quando se trata de imóvel não loteado de valor superior ao limite legal. Há, pois, plena eficácia em compromisso de compra e venda firmado através de instrumento particular.
2. Não se discute mais que, a despeito de existir cláusula de arrependimento, seu exercício é vedado após o recebimento de todo o preço.
3. Quanto à constituição da mora, mesmo nos casos em que vigorava o princípio "dies interpellat pro homine", passou-se a exigir a interpelação do devedor desde que configurada estivesse a tolerância do credor para com os atrasos no pagamento.
4. O maior inconveniente do regime legal vigente em matéria de compromisso de compra e venda concerne à exigência do segundo contrato, isto é, escritura pública de venda e compra para a regular transferência do domínio, quando já não há mais nada a transferir.

Sugere o legislador adote para a transmissão de bens imóveis o sistema vigente para a venda com reserva de domínio, em que não há necessidade de um segundo contrato operando a transferência da propriedade ao completar-se o pagamento do preço (ob. cit., págs. 121, 122 e 123).

Subsídio a ser inserido no direito positivo encontra-se no artigo 567 do Projeto de Código Civil de 1965, da lavra de ORLANDO GOMES:

**"Aquisição do direito real** — Pela promessa irretratável de venda em escritura pública e devidamente inscrita no Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real sobre o objeto do contrato.

§ 1º — Se o instrumento da promessa encerra todos os elementos da compra e venda, constituirá título hábil a transferência do domínio mediante sua transcrição e a do documento de quitação do promitente comprador, se esta já não constar da promessa inscrita.

§ 2º — Efetuadas as transcrições, o oficial do registro, dentro do prazo de cinco dias, dará ciência ao promitente vendedor, mediante carta registrada.

§ 3º — Se a promessa irretratável não contiver todos os elementos da compra e venda, terá o promitente comprador, no caso de recusa do promitente vendedor, direito a adjudicação compulsória, nos termos da lei processual."

# O artigo 29 da lei do divórcio

JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA

Advogado e Professor Assistente da Faculdade de Direito de Curitiba

## SUMARIO

- 1) *A ação construtiva da crítica*
- 2) *Os propósitos da implantação do divórcio*
- 3) *Incompatibilidade do artigo 29 com o escopo da Lei nº 6.515/77*
- 4) *Conclusão*

### 1) *A ação construtiva da crítica*

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, tão logo se introduziu no ordenamento jurídico pátrio, foi apanhada por múltiplas críticas dos doutrinadores e estudiosos do assunto, ora anotando defeitos e, muitas vezes, sugestões inevitáveis. Fato frisante é o advento de obras e matérias esparsas com o escopo de aclarar as primeiras dúvidas despontadas.

O ínclito jurista ORLANDO GOMES, ao prefaciар valiosa obra que comenta a lei divorcista, de autoria do professor JOSÉ DE ABREU<sup>(1)</sup>, enfatiza, sem parcimônia, ter o divórcio surgido no Brasil com a edição de um diploma legal elaborado às pressas, redigido em estilo vacilante, “na preocupação política de realizar um compromisso entre as idéias retrógradas sobre a família, ainda influentes, e as diretrizes traçadas nas leis que, em nossa área cultural, inovaram-nas quanto à dissolução do casamento nesta segunda metade do século XX”. No parágrafo seguinte do seu intróito prefacial, ORLANDO GOMES é mais direto na formulação crítica:

“Por sua significação social mas também por suas incorreções, essa lei suscitou a imediata publicação de obras de comentários às suas disposições...”

(1) ABREU, José — *O Divórcio no Direito Brasileiro*. Rio, Forense, 1981, pág. VII.

Registre-se, outrossim, o pensamento crítico do professor Antônio Chaves, catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em invejável trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* (2):

“Críticas não têm sido poupadas à nova lei, centro de um turbilhão de preconceitos arraigados e de interesses conflitantes. Não é, por certo, um modelo de precisão e clareza, fruto, como tantas outras, de uma elaboração legislativa não precedida de auscultação e discussão por parte dos diversos setores interessados.”

Delineiam-se, assim, as tendências das críticas em geral no tocante ao teor da lei do divórcio, resultado de um processo legislativo constitucional, pressupondo-se, *prima facie*, a participação nacional sob todos os prismas admitidos, corroborando a solene afirmação *La Loi est l'expression de la volonté générale*, acertado resumo da concepção universal sobre a lei. Inere-se daí, que, malgrado o esforço reconhecidamente capaz e exemplar dos ilustres Senadores da República NELSON CARNEIRO e ACCIOLY FILHO, autores da emenda constitucional e projeto de lei divorcistas, o próprio Congresso Nacional, observadas as análises críticas e a jurisprudência, escoimará o texto dos defeitos que se apontam.

Em defesa dos legisladores do nosso Congresso, onde se conclui não terem os debates alcançado o aprofundamento indispensável por reforma tão relevante, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, após igualmente admitir falhas na Lei nº 6.515/77, cita VENZI (3):

“... nunca, ou quase nunca, os institutos jurídicos saem de um só golpe de cabeça do legislador, ao contrário de Minerva, que emergiu, bela e já armada, da cabeça de Júpiter.”

Ao justificar oralmente, em 25 de agosto de 1977, o Projeto de Lei nº 156/77, que, posteriormente, se transmudou na Lei nº 6.515/77, o Senador NELSON CARNEIRO, por experiência legislativa, pressentiu a reação dos estudiosos do tema, tranqüilizando os críticos da então futura lei com a derradeira frase:

“... E, sem melindres, ficaremos satisfeitos com as emendas, as críticas, as restrições, a ajuda, os conselhos de quantos procuram dar ao Brasil uma lei digna de seus foros de cultura e capaz de solucionar os dramas, tão numerosos, da vida conjugal brasileira.”

Todavia, antes de registrar com clareza sua previsão às críticas ulteriores, o preclaro Senador justifica as possíveis falhas, o que, por histórico, convém consignar:

“Tivemos, o ilustre Senador ACCIOLY FILHO e eu, o cuidado de regular diversas situações a que, nos variados campos do direito, a vi-

( 2 ) CHAVES, Antônio — “Divórcio: causas, casos e tipos”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, n. 57, págs. 193 a 204, janeiro/março de 1978.

( 3 ) MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil*. Volume 2.º, São Paulo, Saraiva, 1979, pág. 216.

gência do divórcio terá de dar resposta pronta e legal. Certos que não abrangemos todas as hipóteses, tantas e tão díspares são elas, e só a aplicação da lei irá denunciar" (4).

Vêem-se, na verdade, apreciações sob duplo ângulo de visão, situando-se nelas a lei do divórcio como importante marco. Analisou-se, à época da tramitação legislativa, o prisma da utilidade, conveniência e eficácia de uma lei reguladora do divórcio brasileiro, desdenhando-se críticas ao projeto de lei, o qual se publicou intensamente, donde se reputar severa, com a vênia devida, a precitada observação do professor ANTÔNIO CHAVES.

Ultimado o processo legislativo, somente então se iniciou o exame nacional sob o ponto de vista jurídico. Realmente, momento oportuno e lógico, mas que poderia ser antecipado parcialmente pela ampla publicidade do projeto.

O nosso estudo acerca do artigo 29 da Lei nº 6.515/77 consiste tão-somente numa contribuição que entendemos tempestiva e necessária, visando não à interpretação do mesmo, que literalmente satisfaz, mas a um acréscimo consentâneo à realidade social. Associamo-nos a todos aqueles que têm colaborado para o nosso aperfeiçoamento legislativo, atendendo apelo do próprio legislador, consoante transcrição anterior.

## 2) Os propósitos da implantação do divórcio

Consequência inesperada do denominado "pacote de abril", Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, que modificou o *quorum* qualificado de dois terços dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional para maioria absoluta, foi introduzido o divórcio no Brasil pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, dando nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal.

Sendo o direito uma realidade histórico-cultural, um fato subjacente precebeu esse importantíssimo fenômeno jurídico, determinando a *ratio legis* da sobredita emenda, bem como a Lei nº 6.515/77, de função reguladora. Subjacente, porém, à guisa de interpretação da norma jurídica, pois jamais foram obscuras ou meramente políticas as discussões a respeito do divórcio no Congresso Nacional, haja vista os respeitáveis nomes dos líderes da medida, legisladores e renomados juristas. O Brasil reclamava a regularização das famílias constituídas de fato, ao arrepio da lei.

ACCIOLY FILHO, Senador da República e professor da Faculdade de Direito de Curitiba, co-autor da emenda e do projeto de lei divorcistas, em memorável palestra proferida na tribuna "Professor Bento Munhoz da Rocha Netto", no salão nobre daquela Faculdade, no dia 24 de novembro de 1975 (5), defendeu com vigor a necessidade da implantação do divórcio no nosso País, ressaltando

(4) CARNEIRO, Nelson — *Palavras, Leva-as o Vento...* Volume VI, Brasília, Senado Federal, 1978, pág. 245.

(5) FILHO, Accioly — "Divórcio", *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, n. 49, págs. 3 a 14, janeiro/março de 1976.



que a própria legislação nacional mostrava-se propensa a uma regularização das uniões de fato, com gradativas alterações que consagraram o "companheirismo", retirando a figura do concubinato da sua ilicitude e execração. Os vocábulos "marido" e "mulher" se substituíram, no companheirismo, por "companheiro" e "companheira". Aspectos sociais dessa natureza obrigavam concessões de cunho filosófico ou teológico, acentuando o saudoso Senador paranaense:

"Adotando-o, só vamos acolher na realidade social um fenômeno que está a exigir os lineamentos da lei para ser subtraído dos contornos indecisos próprios dos costumes."

Com efeito, se os companheiros eram normalmente aceitos em todas as camadas sociais, levou-se para o direito positivo o instituto do divórcio, eis que ele já era praticado. Atendeu-se à aspiração social, legalizando a situação de inúmeras famílias constituídas por uniões de fato.

Evidente, destarte, o propósito a que veio o novo instituto.

### 3. *Incompatibilidade do art. 29 com o escopo da Lei nº 6.515/77*

Dispõe o artigo epígrafado: "O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor."

Já ressaltamos ser satisfatória a interpretação literal ou gramatical do dispositivo comentado, pois é absolutamente compreensível a extinção da obrigação pelo novo casamento do cônjuge credor, com fulcro nos efeitos jurídicos do novo enlace.

Entretanto, levando-se em linha de conta os claros propósitos do surgimento do divórcio brasileiro, enfocados no item precedente, evoca-se, indispensavelmente, a interpretação extensiva do art. 29, para que se possa alcançar a contento a *ratio legis*, método este assim explicitado pela professora Maria da Glória Lins da Silva Castro (6):

"Pode ocorrer que haja necessidade de ser ampliado o texto legal para abranger casos não previstos expressamente, tendo em vista o fim visado pela lei ao ser elaborada, ou seja: *a lei disse menos do que queria (plus voluit quam dixit).*"

A lei expressou, sim, bem menos, visto não ser admissível que o art. 29 gere situações idênticas às que impulsionaram o legislador a obedecer às tendências reais da sociedade. Verifica-se, lamentavelmente, absoluta incompatibilidade!

A vantagem econômica, somada ao comodismo, conduzirá a lei divorcista a sendas plenamente opostas às previstas como solução, quem sabe recrudescendo aquilo que já ocorria, com a embaraçosa e muitas vezes difícil situação de o cônjuge devedor ter que provar em juízo a convivência marital do cônjuge credor com outrem, e, assim mesmo, sujeito a flutuações jurisprudenciais.

(6) CASTRO, Maria da Glória Lins da Silva — *Lições de Teoria Geral do Processo*. Curitiba, "Clotário Portugal", pág. 14.

Evidencie-se a hipótese:

A cônjuge credor de B, da quantia mensal de Cr\$ 40.000,00;

A passa a viver maritalmente com C, cujo rendimento mensal não ultrapassa Cr\$ 20.000,00, ambos em condições plenas para o casamento;

B constata a injusta e imoral circunstância em que se encontra. Pergunta-se: qual a solução?

Efêmera ou não a união marital de A e C no exemplo configurado, mister se faz que não se aguarde a jurisprudência para a composição de casos análogos, até mesmo pela dupla inferioridade de B: vítima de uma imoralidade, cabe-lhe o ônus de recorrer à justiça e de se sujeitar às variações jurisprudenciais, quando, se prevista pelo legislador tal ocorrência, obedecido o princípio do *onus probandi alegandi incumbit*, não haveria tese a se discutir, evitando-se, inclusive, abusos.

Somos da opinião que o fato era provável e previsível à época da discussão do projeto de lei, por isso relevante e oportuno seria um parágrafo único ao artigo em análise. Sugerimos:

“Art. 29 — O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor.

Parágrafo único — A união em concubinato, devidamente provada, do cônjuge credor da pensão com outrem produzirá os efeitos do *caput* deste artigo.”

A pensão alimentícia, em nosso direito, não se reveste de caráter indenizatório, mas sim assistencial, desde que preenchidos alguns requisitos legais, quais sejam: a pobreza e a inocência, preocupação também da Lei nº 6.515/77, que, no seu art. 19, impõe ao cônjuge responsável pela separação judicial o dever de pensionar o outro, se este necessitar da pensão. *Ex positis infere-se o espírito do art. 29*, eis que se supõe que o novo consorte, ao convolar para o matrimônio, assume as responsabilidades ou deveres legais decorrentes do ato, entre estes o de mútua assistência, consoante o inciso III do art. 231 do Código Civil brasileiro.

Explicado o óbvio e previsto, saliente-se o menoscabo à jurisprudência como fonte de direito. Verifica-se facilmente a posição jurisprudencial com relação ao regime anterior, que corrobora o parágrafo único necessário, como se propôs. A este respeito, o douto ensinamento de SÍLVIO RODRIGUES<sup>(8)</sup>:

“... a jurisprudência brasileira anterior à lei do divórcio foi sempre torrencial no sentido de privar a mulher desquitada, que se ligava a outro homem, da pensão que lhe fornecia o primeiro marido.”

(7) CENEVIVA, Walter — *Anotações à Legislação do Divórcio*. São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 60.

(8) RODRIGUES, Sílvio — *O Divórcio e a Lei que o Regulamenta*. São Paulo, Saraiva, 1978, págs. 153 e 154.

Prossegue o mestre:

“A principal razão, em que se esteavam os julgados, era a imoralidade que representava a mulher ser mantida por um homem, quando vivia com outro. Muitos julgados apontavam a possibilidade chocante dos dinheiros provindos da pensão do ex-marido ir, eventualmente, recheiar a algibeira do concubino.”

Perceba-se que as mais autorizadas fontes doutrinárias, de pronto, constatarem a circunstância anterior à lei.

Indaga o desembargador JOSÉ DE ABREU (9):

“Terá o concubinato contraído pelo cônjuge credor da pensão alimentar os mesmos efeitos, no que tange à liberação do cônjuge prestador dos alimentos?”

E daquele insigne professor de Direito Civil da Universidade Católica de Salvador a resposta:

“O assunto não se constitui nenhuma novidade, porque já objeto de apreciação reiterada, no regime anterior ao divórcio, por juízes e tribunais.”

Destacou, nesse sentido, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (10):

“Não seria razoável, efetivamente, se continuasse a pensionar o cônjuge credor, que convolou a novas núpcias... Conforme decisão estampada na *Revista dos Tribunais*, 454/239, imoral é pensionar-se a ex-mulher que viva com outro homem.”

#### 4) Conclusão

O aprofundamento no estudo do art. 29 da lei do divórcio conduzir-nos-ia a situações complexas, em face da diversidade de casos concretos, os quais, invariavelmente, seriam atingidos pela generalidade do parágrafo único proposto.

A prova da convivência marital poderia, amiudemente, ser dificultada por concubinatos efêmeros ou disfarçados, os quais, de igual forma, liberariam, a nosso juízo, o cônjuge prestador de alimentos, por igualmente injustiçado e desmoralizado.

Entendemos merecedora de discussão e análise a problemática aqui exposta, eis que, com maior contundência e gravidade que o regime anterior, apresenta-se no dia-a-dia desofuscadamente. E não foi esse o propósito da lei do divórcio.

(9) Ob. cit., nota 1.

(10) Ob. cit., nota 3.

## Do testamento público em vídeo-cassete

DEREK KNIGHT

Advogado

Com freqüência tenho visto anúncios classificados nos jornais de maior circulação, com ofertas de vídeo-cassetes das mais variadas procedências e tipos. São aparelhos que gravam a imagem e a voz ao mesmo tempo, podendo ser reproduzidas em qualquer aparelho receptor de televisão.

A demanda por estes equipamentos eletrônicos, principalmente nas classes média-alta e rica, tem-se acentuado, pois rara é a pessoa que, viajando ao exterior, não traz entre os seus objetos de uso pessoal um aparelho de vídeo-cassete ou vídeo-teipe, que custa nos Estados Unidos em torno de US\$ 1.600.00.

Para melhor ordenamento dessa exposição, e para o devido esclarecimento, transcrevo, com apoio em AURELIO BUARQUE DE HOLANDA, os precisos significados das expressões vídeo e vídeo-teipe:

**vídeo** — A parte do equipamento do circuito de televisão que atua sobre os sinais de imagem, por oposição aos sinais sonoros, e permite a percepção visual das emissões.

**vídeo-teipe** — Fita plástica, recoberta de partículas magnéticas, usada para registrar imagens de televisão, em geral associadas com o som, e destinadas a futuras transmissões. O processo pelo qual as produções da televisão são registradas nessa fita.

Acoplados ao vídeo-cassete, são oferecidos pela indústria eletrônica equipamentos acessórios como gravadores, câmaras de televisão, telas maiores para reproduzir a imagem gerada e uma larga gama de outros artigos que são lançados no mercado à disposição dos consumidores.

Com a proliferação desses aparelhos, já surgiram clubes e empresas especializadas no aluguel de teipes e filmes para atender a todos os gostos. Ao lado desse fator de germinação, existe o intercâmbio de filmes entre os possuidores desses equipamentos.

A violência gerada nas ruas e a intranqüilidade da população, atemorizada com a onda permanente de assaltos, também contribui para que essa mesma população procure meios alternativos e seguros para se divertir, ou seja, nas próprias residências e em clubes.

Isto posto, ocorreu-me a idéia de que qualquer pessoa física pudesse lançar mão deste grande avanço tecnológico e eletrônico para adaptá-lo a alguns institutos do direito e dinamizá-los adequadamente.

O atual Código Civil brasileiro data de 1º de janeiro de 1916 (Lei nº 3.021), ou seja, foi elaborado há mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Nesse lapso apreciável de tempo, os avanços no campo da ciência, dos meios de comunicação, das invenções etc. foram enormes.

**A contrario sensu**, no campo do direito civil notou-se uma certa estagnação, uma evolução muito lenta, quase parada, um conservadorismo exacerbado. A modernização não atingiu o nosso Código Civil. Após 65 (sessenta e cinco) anos acho que já é chegada a hora.

O Dr. CARLOS EBOLI, um dos peritos mais atuantes em processos judiciais e dos poucos especialistas a possuir um laboratório plenamente equipado para atender às mais variadas solicitações técnicas e periciais, sempre ressaltava a verdadeira ojeriza que a maioria dos nossos magistrados tinham por provas em gravações ou fitas magnéticas. Posteriormente a essa fase de não aceitação, passou-se a aceitar em juízo a gravação vocal como prova, principalmente nos casos de chantagem (extorsão), eis que a voz passava a ser identificada e vinculada a uma determinada pessoa. Foi um passo firme da eletrônica em auxílio ou como elemento subsidiário e

informador do direito, através do equipamento denominado espectrofonógrafo. Aliás, segundo informações colhidas no Instituto de Criminalística, já existe um sem-número de aparelhos dessa família, das mais variadas marcas e procedências.

Em apoio ao que ficou acima exposto, transcrevo, *in verbis*, recente decisão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça:

“PROVA — GRAVAÇÃO MAGNÉTICA —  
ADMISSIBILIDADE

— O elenco dos meios de prova contido no CPP não é exaustivo; assim, se avanço tecnológico permite que os fatos sejam conhecidos por outros meios, nada impede que deles o juiz use para os valorizar quando da sentença. O princípio dominante é o da liberdade da prova: as partes são livres para provar o que pretendem, tudo pode ser provado, se a lei entendida em sentido amplo não as limitar; e em relação aos meios, já que estes não são mencionados pelo Código em sentido taxativo: a ciência, a cada ponto, e a técnica, bem como a arte a cada passo, criam novos métodos de resguardar os fatos, sendo ilógico que o juiz não os admitisse, só porque o legislador não o previu. (2º TA-RJ — Ac. unân. da 1ª Câm. Crim. reg. em 3-1-81 — Recl. 10.555 — Rel. Juiz Gama Malcher — Justiça Pública x Juiz de Direito da Vara Criminal de Magé.)”

Reportando-me ao nosso Código Civil, para dar um pouco de ordem a essas idéias soltas e a fim de retornar ao ponto nodal deste trabalho, minha sugestão é no sentido de se permitir que testamentos sejam gravados em teipes pelos testadores, alterando-se e fazendo as indispensáveis adaptações aos arts. 1.629 e seguintes do Código Civil.

Nada impede que uma gravação possa ser feita na presença do Tabelião e das cinco testemunhas exigidas no item 1 do art. 1.632 da Lei Substantiva, com imagens ininterruptas e lacradas.

O item II do sobredito artigo também não oferece problema, já que as testemunhas, obviamente, assistirão a todo o ato.

Neste caso específico, a gravação e o resultado visual são até mais seguros do que o “dou fé” do tabelião, pois é notório que muitas das testemunhas são arranjadas de favor e no momento em que se lavra a escritura, e muitas dessas testemunhas nem sabem o que estão assinando.

Alguma dificuldade poderia surgir quanto ao item IV do art. 1.632, pois será problemática a assinatura do testador e das testemunhas. Contudo, sendo o testamento lido de viva voz pelo próprio testador, parece-nos que essa formalidade se torna inócua.

Para este caso, ante esse fato, podemos nos socorrer do próprio art. 1.633 do Código Civil, que prevê a hipótese do "testador que **não sabe** ou **não pode** assinar" o instrumento. Ora, se o testador não sabe ou não pode assinar o testamento, fatalmente poderá dizer e gravar de viva voz as suas vontades e estipulações. Esta última hipótese, aliás, irá favorecer até as pessoas portadoras de paralisias ou outras deficiências manuais, que poderão lançar mão do vídeo-teipe para expressar as suas vontades de viva voz.

Quanto aos arts. 1.636 e 1.637 do sobredito diploma legal, que abordam o problema do indivíduo surdo e cego, respectivamente, o vídeo-teipe irá beneficiá-los tremendamente, pois a técnica da comunicação irá em amparo às pessoas portadoras daquelas deficiências.

Finalizando, seja-me permitido sugerir que uma vez implantado e aceito esse sistema, todas as gravações de testamentos ficariam arquivadas em local próprio, da mesma forma como são arquivados os processos judiciais encerrados no arquivo forense. Os teipes poderiam ser especiais, contendo um lacre ou fio metálico, cujo rompimento ou violação para fins escusos ou de montagem seriam facilmente detectados.

Desnecessário enfatizar que todas as provas admitidas em direito estarão ao inteiro dispor das partes que viessem a se considerar prejudicadas pelo testamento gravado em vídeo teipe.

Com a implantação do vídeo-teipe para fins de testamento e declarações de última vontade, não se pretende excluir a opção pelas modalidades de testamento que atualmente se encontram catalogadas no nosso Código Civil.

Para maior segurança, as gravações poderiam ser feitas em **duplicata**, e guardadas em locais distintos, a fim de se evitar a sua destruição por incêndios, inundações ou outros fatores fortuitos ou de força maior, bem como reduzidas a termo para fins de juntada aos autos do inventário, para posterior verificação pelos juizes, curadores de resíduos e demais oficiais judiciários.

É um tema que deve ser debatido à exaustão e com esmero, não se procurando chegar a conclusões rápidas.

# A reintegração familiar em face do novo Código de Menores brasileiro

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR

Professor de Direito Administrativo das  
Faculdades Integradas Bennett, RJ; Pre-  
sidente da Fundação Estadual de Educa-  
ção do Menor do Rio de Janeiro; Membro  
da Associação Brasileira de Juizes de  
Menores e do Instituto dos Advogados  
Brasileiros

## INTRODUÇÃO

Quatro são os agentes que formam a estrutura do sistema de atendimento a menores em situação irregular, de acordo com o Código de Menores brasileiro (Lei nº 6.697, de 10-10-79): a justiça de menores — cerne do sistema —, que decide a medida aplicável a cada caso (art. 6º); a curadoria de menores, que representa o menor em face



da medida que lhe tenha sido aplicada (art. 90); as entidades instituídas pelo poder público, às quais compete o cumprimento das medidas judiciais (art. 59) e a execução de programas de assistência a menores carentes em geral (art. 60); e as entidades particulares de assistência, que constituem recurso complementar dessa execução (art. 59, parágrafo único).

O passo inicial de todo atendimento é o estudo de caso, eleito pelo vigente Código de Menores como meio necessário para instruir a aplicação da lei, individualizadamente (arts. 4º, inciso III, e 9º, § 1º).

Como esclarece ALLYRIO CAVALLIERI, a definição da situação em que se encontra o menor apresentado ao Juizado é o "marco inicial do processo... o menor fica sob a atuação dos auxiliares que orientarão juiz e curador na aplicação das medidas; em termos ideais, uma equipe interdisciplinar. No âmbito da justiça de menores, tais auxiliares funcionam como os peritos e assistentes técnicos referidos no Código de Processo Civil... Entre eles, o assistente social... o psicólogo, o clínico, o psiquiatra, o sociólogo, o comissário de menores são, também, preciosos auxiliares na fase de diagnóstico, embora sua atuação se faça sentir mais adequadamente no tratamento" (*Direito do Menor*. Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1976, p. 66).

LUIZ MENDIZÁBAL OSES, pranteado Juiz de Menores e Presidente do Centro de Estudos de Direito do Menor, em Madri, deixou, nas viagens que realizou ao Brasil, notáveis textos assinalando que os componentes da equipe técnica dos Juizados "han de elaborar conjuntamente la integración de cada caso, a la vista de los correspondientes diagnósticos, asumiendo colectivamente la responsabilidad de someter a la consideración del juez de menores las recomendaciones que consideren más adecuadas en función de la seguridad y conveniente evolución de cada menor" (in *Brasil Jovem*, nº 41, "Examen del menor por técnicos de la conducta". Rio de Janeiro, ed. FUNABEM, 1978, p. 70).

É dominante nessas observações a ótica integrativa com que as ações de equipe devem ser desenvolvidas, com o fim de oferecer ao juiz um conhecimento tão correto quanto possível sobre a personalidade do menor ao qual aplicará uma das medidas previstas na lei.

A integração encontra seu fundamento, para a justiça de menores, no caráter *tutelar* do direito do menor, isto é, todas as medidas aplicáveis a menores em situação irregular visam a garantir a existência de condições adequadas ao pleno desenvolvimento do potencial biológico, afetivo, intelectual de que seja portador o menor — criança ou adolescente. O objeto da tutela jurídica não é propriamente a conduta do menor ou os prejuízos que tenha causado a terceiros ou à sociedade. É claro que conduta e prejuízos produzirão efeitos, inclusive jurídicos, de natureza material e patrimonial, como aquele previsto no próprio Código de Menores, art. 47, relativo à apreensão de objeto ou coisa

cuja detenção pelo menor possa ensejar reincidência em desvio de conduta. No entanto, o bem que o direito tutelar quer proteger em primeiríssimo plano é o vir-a-ser da pessoa incapaz de bastar e orientar a si mesma, porque imatura e em processo de formação.

A decisão judicial, na jurisdição menorista, sempre almejará assegurar condições que propiciem ao menor desenvolver harmoniosamente sua personalidade. Nesse sentido, Osés ressalta resultar “una utopía creer que el menor es realmente titular de una serie de derechos subjetivos, cuya efectividad no podrá conseguir por sí, precisamente por la circunstancia de su incapacidad, y que su representante legal tampoco hará valer porque realmente los desconoce, cuando son ajenos al ámbito de lo patrimonial. Lo que objetivamente si podemos concretar, en relación con el menor, atendiendo primordial y exclusivamente a su personalidad evolutiva, es la existencia de una serie de necesidades fundamentales, de carácter subjetivo, que, *erga omnes*, hay que satisfacer. Es decir, que le corresponde recibir por suyo todo aquello que favorezca el desarrollo integral y armónico de su personalidad” (in *Brasil Jovem*, nº 38, “La técnica jurídico-procesal y informadores del examen judicial del menor”. Rio de Janeiro, ed. FUNABEM, 1977, p. 85).

Nesse sentido, já fizemos notar que “o regime jurídico peculiar que se dispensa ao menor hoje, por toda parte, funda-se no reconhecimento de que existe um bem de inestimável valor social e moral a proteger; esse bem é o vir-a-ser da pessoa. Nesse passo, o direito relaciona-se com outras ciências — como a psicologia, a pedagogia, a sociologia, a antropologia, a medicina, a política — para dar sentido, interpretação e tratamento interdisciplinares ao ser humano em formação, buscando garantir-lhe condições para que desenvolva o potencial de sua individualidade biológica, psicológica e social, nos correspondentes planos de suas necessidades físico-mentais, afetivas, éticas e espirituais. Em outras palavras: o menor, uma vez que é pessoa, é sempre sujeito e não objeto no conjunto das relações jurídicas de que seja o centro, na lapidar lição de JEAN CHAZAL (v. nosso verbete “Legislação de Menores”, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 48, São Paulo, 1979, p. 216).

Por conseguinte, timbra de ciência e sabedoria o Código de Menores brasileiro ao assentar que “toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar” (art. 13), e que “a autoridade judiciária poderá, a qualquer tempo e no que couber, de ofício ou mediante provocação fundamentada dos pais ou responsável, da autoridade administrativa competente ou do Ministério Público, cumular ou substituir as medidas” (art. 15).

Todavia, a orientação presumidamente mais inequívoca do novo Código de Menores brasileiro — publicistas de nomeada referem-se ao art. 13 como “pedra angular de toda e qualquer medida aplicável a menores, constituindo-se em manifestação da postura humanista que permeia todo o Código” (ALLYRIO CAVALLIERI, ANTÔNIO CHAVES e JASON

ALBERGARIA, in *Notas Interpretativas ao Código de Menores*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 22) — tem suscitado não poucos incidentes nos processos em curso no Juizado de Menores da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

Arguições as mais inusitadas têm inquinado de ilegais ou irregulares procedimentos adotados pelo órgão estadual de assistência a menores, bem como decisões do Juízo de Menores da Capital, no que promovem ou autorizam, respectivamente, medidas de aproximação e reintegração entre o menor assistido e sua família, porque nessas medidas reconhecem a forma mais efetiva de garantir o desenvolvimento harmonioso da personalidade do menor, mercê do atendimento às necessidades básicas de segurança social e afetiva junto à sua família, quando esta exista e reúna condições para responder pelo menor.

Tais questões, levantadas pelo 1º Curador de Menores em exercício no Juizado da Capital, constituem o objeto deste trabalho, na expectativa de que, pelo amplo conhecimento e debate das teses nelas contidas, se contribua para amadurecer e uniformizar, nas milhares de comarcas brasileiras, a aplicação de um Código que entrou em vigor no dia 8 de fevereiro de 1980.

#### I — *Da autorização para visitas à própria família de menores internos em educandários*

1. Em agosto de 1979, foi aplicada a uma menor, então com 13 anos de idade, a medida prevista no art. 14, VI, do Código (internação em estabelecimento educacional). Ao que se deduzia dos relatórios juntos aos autos, a menor encontrava-se na situação irregular descrita pelo art. 2º, I, b, ou seja, privada de condições essenciais à subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão de manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las.

A Fundação Estadual de Educação do Menor — FEEM/RJ, deu execução à medida, encaminhando a menor, após período de triagem, a uma das entidades particulares contratadas para dar atendimento a meninas, na faixa etária correspondente à do caso. Cumprida, assim, o disposto no art. 59 e seu parágrafo único do Código de Menores (“As entidades privadas dedicadas à assistência e proteção ao menor compõem o sistema complementar de execução dessas medidas”).

Em novembro de 1980, a menor não mais retornou àquele educandário depois de haver saído para passar o fim de semana em casa, fato comunicado ao Juizado.

A vista dessa comunicação, o MP requereu: a) a apreensão da menor pela Divisão de Segurança e Proteção ao Menor, órgão da Secretaria Estadual de Segurança Pública; b) que informasse a FEEM/RJ sobre quem teria autorizado a saída da menor do educandário.

Indeferida a promoção, o MP agravou do despacho de modo a erguer suspeição sobre a legalidade de dar-se autorização para saída dos educandários de menores internos.

2. A autorização para a convivência familiar em fins de semana e nos períodos de férias escolares é procedimento rotineiramente adotado pelo Serviço Social da FEEM/RJ. Mais: é técnica de serviço social e psicopedagógica adotada em todo órgão de assistência a menores. Mais: é uma das técnicas que operacionalizam o cumprimento da ordem inscrita no art. 60, § 1º, do Código de Menores: "o trabalho de toda entidade dedicada à assistência e à proteção ao menor em situação irregular visará, prioritariamente, ao ajustamento ou integração sócio-familiar deste".

É, ainda, um dos procedimentos que viabilizam a observância da diretriz da Política Nacional do Bem-Estar do Menor estatuída pelo art. 6º, I, da Lei federal nº 4.513, de 1-12-64: "assegurar prioridade aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos" (nosso o grifo). Diretriz esta que o Código de Menores, em seu art. 4º, I, determina que seja levada em conta, *in verbis*:

"Art. 4º — A aplicação desta Lei levará em conta:

I — as diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, definidas pela legislação pertinente."

3. Com efeito, é cediço e consagrado princípio sócio-psicopedagógico do atendimento a menores aquele que aconselha o fortalecimento dos vínculos existentes entre família e menor, ainda quando e durante a este se aplique medida de internação. Mormente tratando-se, como no caso vertente, de situação irregular em que não se acha presente a infração penal — cujo processo de tratamento poderia indicar a necessidade ou a conveniência de manter-se o menor infrator afastado da família durante certo período —, a necessidade e a conveniência do tratamento estão, precisamente, em buscar-se o apoio da própria família do menor, visando à futura reintegração sócio-familiar deste.

"A literatura sobre o desenvolvimento psicológico, em geral, e a literatura sobre a psicogênese da delinquência juvenil, em particular, realçam como o relacionamento entre pais e filhos determina a orientação do desenvolvimento psicológico destes. É importante lembrar aqui a constatação de SYMONDS (1939): a atitude que uma pessoa assume sobre si mesma tem origem nas atitudes que seus pais tiveram para com ela. Essa constatação se reencontra na literatura sobre a gênese da auto-estima. Restabelecer um relacionamento entre pais e filhos assume, portanto, para nós, a significação de restabelecer um relacionamento em cujo interior o jovem... percebe-se apreciado e tem reconhecido seu justo valor em seu ambiente familiar, tal como a criança... vê-se apreciada e encorajada por seu meio" — preleciona

PIER ANGELO ACHILLE, membro da equipe de técnicos de um dos mais renomados centros de reeducação de jovens, situado em Montreal, Canadá (*Famille et Ré-éducation: Illustration d'une Relation Dynamique*, ed. Boscoville, 1978, p. 2, tradução de José Camarinha Nascimento).

A manutenção dos laços familiares é, pois, indispensável do ponto de vista sócio-psicopedagógico do atendimento, e é estimulada pela lei — tanto pelo Código de Menores quanto pela Lei nº 4.513/64, que define as diretrizes cuja substância o art. 4º, I, do Código expressamente manda *levar em conta*, reitere-se.

4. Como obter a manutenção e o fortalecimento desses laços, com vistas a alcançar o fim desejado pela lei?

São técnicas e procedimentos voltados para tal objetivo:

a) estimular a participação dos pais ou responsáveis no processo de atendimento, seja por intermédio de visitas regulares ao educandário em que se encontre o menor, seja por meio de contribuições para o menor (levando-lhe, sobretudo, objetos de uso pessoal, no limite dos recursos de cada qual);

b) manter o interesse dos pais ou responsáveis pela evolução do caso, assegurando que o menor reconheça esse interesse dos familiares por seu destino e desempenho (nos estudos, nas atividades extraclasse, no comportamento etc.);

c) permitir ao menor que passe finais de semana e os períodos de férias escolares em companhia de sua família.

5. É preciso não esquecer de que:

1º — é ao ambiente familiar que o menor provavelmente retornará, em caráter definitivo, ao cessarem os motivos que deram origem à internação, e, pois, deve ser incentivada a máxima identificação, especialmente de ordem afetiva, entre os elementos componentes do núcleo familiar no que concerne a esse retorno;

2º — pobreza material da família não é sinônimo necessário de falta de condições desta para proporcionar aos filhos ambiente propício a um adequado desenvolvimento do caráter e da personalidade;

3º — é precisamente a manutenção desse relacionamento menor-família que impedirá o abandono — muitas vezes antes moral e afetivo do que material — gerador do círculo vicioso da marginalidade; a ruptura desse relacionamento é que pode conduzir à infração.

6. Tampouco é cabível, com base no art. 12 do Código de Menores (é vedado à entidade particular entregar menor *sub judice* a qualquer pessoa, ou transferi-lo a outra entidade, sem autorização judicial), opor embaraços às autorizações administrativas para que menores internos passem fins de semana e períodos de férias escolares na casa de seus familiares.

Desde logo, observe-se que o Código distingue, pois que delas trata em capítulos separados (Título IV da Parte Geral), as entidades de assistência instituídas pelo poder público daquelas mantidas pela iniciativa privada. Ver-se-á adiante (itens 16 e 17) que as primeiras são agentes do direito tutelar de menores, agem por delegação do Estado, realizando função pública, do que resulta a presunção de legitimidade de seus atos.

O art. 12 dirige-se às entidades particulares, e não àquelas instituídas pelo poder público. A vedação que estabelece incide sobre a *entrega* de menor *sub judice*, vale dizer, em situação irregular, a *qualquer pessoa* ou a outra entidade, ou seja, a terceiros.

A autorização administrativa de que se trata, dada pelo Serviço Social das entidades públicas de assistência, não está absolutamente *entregando* o menor, muito menos a terceiros. Está tão-somente autorizando períodos de convivência do menor com *sua família*, mantida a medida de internação, tanto que o menor deve retornar ao educandário nos dias predeterminados pelo Serviço Social.

Se, como medida acessória à internação, o Juízo proibir saídas do menor com a sua família, tal decisão é eficaz e vinculante para o caso a que se referir, não se devendo tomá-la genericamente. Até porque cada caso deve ser examinado em suas circunstâncias e peculiaridades próprias, daí o Código exigir que, na aplicação das medidas, se leve em conta o *estudo de caso* (art. 4º III). É de lembrar-se, ademais, que o art. 118, fazendo coro com a postura de todo o Código, no sentido de fortalecer os elos entre o menor e sua família, diz, peremptoriamente, que "*Em nenhum caso* haverá incomunicabilidade de menores, o qual terá *sempre* direito à visita de seus pais ou responsável. . .". Em sua segunda parte, o mesmo art. 118 não cinge, nessa matéria, a entidade executora do tratamento à ordem judicial, mas estabelece que a iniciativa pode ser da autoridade administrativa *ou* do Juízo: ". . . de comum acordo com a direção do estabelecimento onde se encontrar internado, *ou* devidamente autorizado pela autoridade judiciária" (nossos os grifos).

O cumprimento de ordem legal independe de autorização judicial. Se o Código de Menores determina que "o trabalho de toda entidade. . . visará, prioritariamente, ao ajustamento ou integração sócio-familiar" (art. 60, § 1º), a entidade assim deve proceder sempre, na execução de seus programas de atendimento.

7. No caso sob exame, a menor não mais retornou ao educandário, preferindo sua família fazê-la permanecer em seu meio, após haver passado um ano internada, porém preservando-se os laços familiares. Ou seja, a medida, corretamente aplicada pelo Juízo e também corretamente executada pela FEEM/RJ, alcançou o resultado querido pelo Código — "toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar" (art. 13) — e recomendada pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

Providência absurda e incompatível com a letra e o espírito do Código e da Lei nº 4.513/64 é requerer-se a apreensão da menor, não infratora e sob o pátrio poder de seus pais, por órgão da Secretaria de Segurança, como se se tratasse de criminoso foragido.

## II — *Do desligamento judicial da Instituição e conseqüente retorno de menores à própria família*

8. Em maio de 1981, a FEEM/RJ solicitou o desligamento de uma menor com apoio nas conclusões do relatório bio-psico-social do caso: "Trata-se de menor cuja genitora ocupa atividades de subemprego, o que não a impossibilita de atender a L. em seus aspectos educacional e emocional, fato confirmado pelo interesse demonstrado quando da permanência da menor na triagem e por estar a mesma já matriculada em escola da comunidade."

O desligamento foi autorizado pelo Juízo. Insurgiu-se o representante do MP contra a decisão, formulando pedido de reconsideração, denegado. E agravou do despacho.

9. Das medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária, enumeradas no art. 14 do Código de Menores, a internação é a última. E nessa posição foi colocada intencionalmente, por ser a menos conveniente à formação do caráter e da personalidade do ser humano, tanto que o art. 40 prescreve que "a internação somente será determinada se for inviável ou malograr a aplicação das demais medidas".

Sobre a internação, assim se expressam conspícuos intérpretes do novo Código:

"O menor só deverá ser internado à falta de qualquer outra solução e sempre pelo tempo mais curto. As razões do enunciado são óbvias, e aqui está uma das colunas doutrinárias do Código: a preferência pelo meio aberto, acatando-se a tese de que, a despeito de insubstituível em certos casos, o internato apresenta inconveniências estruturais e conjunturais que o contra-indicam, se outra medida puder ser adotada, especialmente no que concerne às formas de colocação familiar" (ALLYRIO CAVALLIERI, ANTÔNIO CHAVES e JASON ALBERGARIA, *op. cit.*, p. 39).

Por conseguinte, todos os esforços devem ser desenvolvidos pelas entidades de assistência no sentido de promover a integração sócio-familiar, quando esta se demonstre conveniente para o menor, através do estudo de caso.

10. Sobre as inconveniências estruturais e conjunturais a que aludem os ilustres juristas, há estudos, inclusive interdisciplinares, que abor-

dam suas implicações quanto ao atendimento de pessoas em instituições fechadas (regime de internato).

Sumariando tais estudos, já tivemos ocasião de expor:

“São estruturais os fatores que representam óbices ao processo terapêutico, quaisquer que sejam os recursos disponíveis ou mobilizáveis, materiais e humanos; existem, em graus variados, sempre que se instala um regime de tratamento institucionalizado. São conjunturais os fatores resultantes de dados objetivos de uma determinada realidade sócio-econômico-cultural; ocorrem tais fatores tanto no plano do tratamento individual quanto no da solução global para problemas sociais.

Tais inconvenientes são agravados pelo fato de que os fatores estruturais podem ser, e comumente o são, exacerbados pelos fatores conjunturais.

São inconvenientes estruturais:

a) a ambigüidade entre o ambiente terapêutico “ótimo”, que se busca criar na Instituição, e a realidade externa;

b) o fenômeno do “hospitalismo”, ou seja, a dependência que a institucionalização gera no cliente;

c) o “totalitarismo” dos regimes fechados, com seus horários e normas, antes administrativos — e, pois, impessoais e formais — do que voltados para o indivíduo;

d) o “artificialismo” das relações interpessoais e intra-grupais.

São inconvenientes conjunturais, que amiúde pressionam os de ordem estrutural:

a) o alto custo das Instituições com atendimento de padrão satisfatório;

b) a complexidade da gerência e da operação dos programas;

c) a exigência de pessoal especialmente qualificado” (*Assistência ao Menor em Unidades Terapêuticas e no Meio Aberto: Tendências mais Recentes*, ed. FUNABEM, Rio de Janeiro, 1978, pp. 32-3).

Todos esses inconvenientes são inarredáveis dos regimes institucionalizados, mas podem e devem ser enfrentados mediante progressiva abertura da Instituição para a comunidade, quer trazendo-se elementos desta para participarem de atividades internas, quer realizando-se atividades externas na comunidade, e, sobretudo, reforçando-se os elos afetivos entre o menor e seu grupo familiar desde o primeiro momento da internação, com o fim de reduzi-la o mais possível e favorecer o retorno do menor ao seio de sua família.



11. No caso ora focalizado, constatado que a mãe da menor sempre demonstrara interesse pela filha quando de sua permanência na Fundação, que providenciara sua matrícula em escola da comunidade e que não lhe era impossível dar à filha atendimento no aspecto educacional e emocional, o Juízo decidiu autorizar o desligamento proposto no relatório, propiciando o retorno da menor ao núcleo familiar. As possibilidades materiais e patrimoniais da família, nessas circunstâncias, são absolutamente irrelevantes.

A reintegração familiar, sucedendo-se ao desligamento da internação anteriormente determinada, a par de conveniente, é permitida pelo art. 15 do Código de Menores, que estabelece: "A autoridade *judiciária* poderá, a *qualquer tempo* e no que couber, de ofício ou *mediante provocação fundamentada* dos pais ou responsável, *da autoridade administrativa competente* ou do Ministério Público, cumular ou *substituir* as medidas de que trata este Capítulo" (nosso os grifos).

A inovação introduzida pelo Código é, por sinal, aplaudida com entusiasmo por CAVALIERI, CHAVES e ALBERGARIA: "o art. 15 postula um dos institutos mais gratificantes do Direito do Menor, com base na aceleração dos aspectos dinâmicos da reeducação ampla. A relação processual clássica é quebrada pela admissão de quem não é parte, sob o ponto de vista técnico-processual — no caso, a entidade em que esteja o menor —, em face da presteza com que deve ser atendida uma alteração das condições que ditaram a medida de tratamento" (*op cit.*, p. 24) ... e em face, também, dizemos nós, do legítimo interesse que a entidade tem em postular, nos autos, o que lhe pareça melhor atender à formação do menor sob sua guarda.

### III — Do "desligamento" administrativo da Instituição e conseqüente retorno de menores à própria família

12. Inúmeras promoções tem assinado o 1º Curador de Menores da Capital verberando o que considera "desligamento de menor sem autorização judicial", a que procedem os Centros de Recepção e Triagem — CRTs — da FEEM/RJ, nos casos de menores que lhes tenham sido encaminhados na condição de "acautelados", ou seja, sem a medida de internação decretada pelo Juízo.

A realidade é diversa. Nenhum desligamento é feito sem a autorização da autoridade judiciária competente, desde que se trate de menor cuja situação irregular haja sido definida judicialmente.

Ocorre, sim, a devolução de menores à própria família, mediante termo de entrega e responsabilidade e após parecer do Serviço Social sobre as condições da família, nos casos de menores aos quais ainda não haja sido aplicada a medida de internação. Uma vez inexistente

a medida, não há que se falar de “desligamento” como sinônimo de desinternação, esta, sim, somente podendo ser autorizada pela autoridade judiciária que haja determinado a internação.

Administrativamente, “desligamento” significa a cessação do atendimento ao menor pela Instituição, seja qual for o programa em que estiver inscrito, incluindo, pois, os programas abertos, realizados junto à comunidade, independentemente de processo judicial. Logo, não se deve confundir o *retorno* à própria família dos menores que tenham sido “encaminhados” ou “acautelados” nos CRTs, com o desligamento-desinternação de menores internados por decisão judicial. Apenas para exemplificar, recorde-se que há menores entregues à própria família sem que o CRT considere o caso encerrado. Nessa hipótese, a conclusão dos respectivos sumários e relatórios sociais submetidos ao Juizado sempre ressalvam que o caso permanece “sob acompanhamento”, para a hipótese do Juízo entender de assinar outras providências. Somente depois da autorização judicial é que cessa o acompanhamento, dando-se o desligamento.

13. A distinção resulta nítida à vista da função pertinente aos CRTs, que é a de “realizar o estudo de caso do menor, em seus aspectos sociais, médicos e psicopedagógicos” (art. 9º § 1º). Assim, o encaminhamento — ou o “acautelamento” — de um menor aos Centros de Recepção e Triagem não pressupõe a aplicação de qualquer das medidas previstas no art. 14 do Código; ao revés, encaminha-se o menor a um CRT para que a equipe deste proceda ao estudo do caso (art. 4º, III). O relatório consequente desse estudo é que oferecerá elementos que o Juiz levará em conta para decidir sobre a medida aplicável *in concreto*, caso se configure a situação irregular. Ao dar entrada no CRT — tenha sido conduzido por autoridade policial ou do Comissariado dos Juizados —, o menor não teve ainda sua situação vinculada a qualquer medida aprioristicamente determinada pela autoridade judiciária, excluídas as hipóteses de desvio de conduta e infração penal.

Logo, não constituirão descumprimento de ordem judicial as providências que o CRT adote para promover o retorno do menor não internado à própria família, desde que as circunstâncias do caso assim recomendem, tomada a cautela de fazê-lo mediante termo de entrega, e cientificado o Juizado competente, por ofício acompanhado do sumário social do caso e da cópia do termo de entrega.

14. O “descumprimento” de ordem judicial ou o “desligamento” sem ordem judicial são invocados, com particular ênfase, quando o menor tenha sido encaminhado ao CRT com o rótulo de “acautelado”, em geral aposto por plantonista do Comissariado do Juizado, por vezes representado por um policial militar.

Embora não se encontre no Código de Menores referência direta à figura do “acautelamento”, aceite-se, *ad argumentandum*, que dela possa o intérprete valer-se com fulcro no que dispõe o art. 87, pará-

grafo único — “aplicar-se-á na jurisdição de menores, subsidiariamente, a legislação processual pertinente.”

No caso, a legislação processual a ser aplicada subsidiariamente seria o Código de Processo Penal, cujo art. 692 manda que “sejam acautelados, no juízo competente, a pessoa ou os bens do menor ou do interdito”, quando, em decorrência do cumprimento de pena acessória, o apenado ficar incapacitado, de forma temporária ou permanente, “para o exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela”.

Bem se vê, pelo exame contextual do art. 692 do CPP, que se trata de hipótese específica, insuscetível de ser estendida aos múltiplos matices das seis hipóteses de situação irregular definidas pelo Código de Menores.

Ainda *ad argumentandum*, dê-se ao “acautelamento” o sentido de medida cautelar que preventivamente deva determinar o Juízo (não um servidor ou serventuário nem sempre qualificado) para proteger o menor que seja encontrado em aparente situação irregular.

Nessa acepção, o “acautelamento” pode ser inferido do próprio Código de Menores:

“Art. 94 — Qualquer pessoa poderá e as autoridades administrativas deverão encaminhar à autoridade judiciária competente o menor que se encontre em situação irregular, nos termos dos incisos I, II, III e IV do art. 2º desta Lei.

§ 1º — Registrada e relatada a ocorrência pelos órgãos auxiliares do Juízo, com ou sem a apresentação do menor, a autoridade judiciária, mediante portaria, termo ou despacho, adotará de plano as medidas adequadas.

§ 2º — Se as medidas a que se refere o parágrafo anterior tiverem caráter meramente cautelar, prosseguir-se-á no procedimento verificatório, no qual, após o estudo social do caso ou seu aprofundamento e realizadas as diligências que se fizerem necessárias, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decidirá, em cinco dias, definindo a situação do menor e aplicando a medida adequada.”

Interpretando a norma, ilustrados Magistrados, ex-Juizes de Menores em Brasília e no Rio de Janeiro, entendem por medida de caráter meramente cautelar, a que se refere o § 2º, aquela que “exaure a proteção devida, como na hipótese de reintegração familiar do menor eventualmente em situação irregular, tornando, portanto, desnecessário prosseguir-se no procedimento verificatório”.

E ressaltam:

“A cautela a que se refere o dispositivo *não se confunde* com o procedimento cautelar inominado previsto no Código de

Processo Civil. Para aplicação dessa medida, observar-se-á, exclusivamente, o disposto no art. 94, *caput*, e seu § 1º" (José MANOEL COELHO, PAULO ROBERTO LEITE VENTURA, ILKA MARIA BRACK, in *Notas Interpretativas cit.*, pp. 96-7).

Quer dizer: a existência de família, em condições de reassumir a guarda do menor "acautelado", torna desnecessário prosseguir-se no procedimento verificatório e o Juízo, de acordo com o art. 94, § 1º, poderá, mesmo *sem a apresentação do menor*, autorizar de plano a reintegração familiar proposta pelo CRT.

A entrega do menor à família, mediante termo, pelo CRT, antes do despacho judicial, não ofende a proteção cautelar que se quer dar ao menor, nem a autoridade do juiz, porque:

a) o retorno à família significará para o menor segurança social e afetiva incomparavelmente mais adequada para o seu processo de desenvolvimento do que a permanência desnecessária em um CRT;

b) essa segurança sofrerá abalo qualquer que seja o tempo de permanência no CRT, cumprindo, pois, abreviá-lo tanto quanto possível (compreenda-se a realidade de um CRT, descrita no item 15, seguinte);

c) se o Juízo entender de dar prosseguimento ao procedimento verificatório, bastará determinar ao CRT que lhe apresente os pais em audiência, no que será prontamente atendido até porque os pais, ao firmarem o termo de entrega e responsabilidade, terão deixado registrados os dados pessoais necessários e suficientes para o acompanhamento do caso.

Parece-nos, pois, que o "acautelamento", a ser utilizado pela justiça de menores como referencial para uma proteção preventiva, cautelar, que a entidade executora deva dispensar ao menor, apenas fará pleno sentido, do ponto de vista processual, se sua aplicação for reservada para os casos de situação irregular correspondentes ao desvio de conduta e à infração penal (art. 2º, incisos V e VI), posto que, aí, sim, poderá haver uma pré-caracterização de situação irregular, impeditiva de promover-se o retorno do menor à família sem tratamento prévio adequado.

Nas demais hipóteses de situação irregular, obstaculizar-se a reintegração familiar no mais breve lapso possível é desproteger o menor e expô-lo a inseguranças emocionais inevitáveis. Nessas condições, o "acautelamento" equivaleria à negação de si mesmo, de sua natureza cautelar, ou seja, implicaria desproteção, a par de fazer tábula rasa do pátrio poder e de incentivar os pais ao descumprimento dos deveres que lhes são inerentes, de vez que a própria justiça de menores estaria a convalidar a simplista e equívoca prática de entregar-se ao Estado o filho cuja manutenção fosse considerada pelos pais um fardo indesejado ou desagradável. Ter-se-ia, em breve, um país de filhos do Estado, sem

família e sem história, carentes de afeto e individualidade, desajustados pessoal e socialmente.

15. O dia-a-dia dos CRTs tem reiteradamente demonstrado o acerto dessa orientação, sobretudo quando se sabe, e se comprova, que um sem-número de apreensões e encaminhamentos de menores aos CRTs ocorre apressadamente — o que se compreende, tal o volume de solicitações —, sem que se tenha tipificado qualquer das hipóteses de situação irregular definidas pelo art. 2º do Código de Menores.

Há pouco, viu-se a Presidência da FEEM/RJ na contingência de interditar, para novos ingressos, por trinta dias, um dos CRTs mantidos pela entidade. Vale a pena conhecer a íntegra dos *consideranda* do ato de interdição (Ordem de Serviço nº 23, de 10-8-81), a fim de que se compreenda a legalidade, a regularidade e a conveniência, para a assistência, a proteção e a segurança dos menores, da iniciativa sobre tais casos competir à entidade executora:

“O Presidente da Fundação Estadual de Educação do Menor — FEEM/RJ, no uso de suas atribuições legais e no cumprimento de dever funcional,

Considerando que o Centro de Recepção e Triagem II — “Casa de Marieta Chagas Freitas” dispõe de instalações, bem assim de recursos materiais e humanos, dimensionados para dar atendimento a 220 (duzentos e vinte) menores na faixa etária de 0 a 5 anos;

Considerando que, nos últimos 60 (sessenta) dias, o CRT-II tem acolhido número de menores sempre superior em 90% (noventa por cento) àquela capacidade;

Considerando que tal índice de superlotação gera consequências indesejáveis para a qualidade do atendimento que incumbe ao CRT-II prestar aos menores;

Considerando que entre os efeitos mais graves da superlotação estão aqueles que afetam diretamente a saúde das crianças, tais como a ocorrência de episódios ou surtos de doenças infectocontagiosas, que têm sua transmissão facilitada pela necessidade de se acomodarem duas e até três crianças na mesma cama, em quartos de aeração saturada, com repercussões evidentes sobre as condições sanitárias e de higiene;

Considerando ser precário o estado de saúde em que os menores já chegam ao CRT-II, em razão das circunstâncias de abandono e desassistência que produziram a necessidade do recolhimento, sendo certo que a maioria dessas crianças apresenta, ao exame clínico de ingresso, um quadro de anemia, desnutrição, doenças de pele e pneumopatias;

Considerando que esse débil estado de saúde é agravado pela intercorrência das doenças próprias da faixa etária, a exemplo do que se dá presentemente, quando surto de sarampo e varicela acomete as crianças acolhidas no CRT-II;

Considerando que a superlotação contínua, ao nível de 90%, impede o êxito de qualquer medida profilática ou terapêutica de erradicação desse quadro nosológico, tendo em vista que o CRT-II, como Unidade de Triagem, tem recebido uma média diária de 4 (quatro) novos ingressos de crianças naquelas condições de saúde, portadoras, portanto, de doenças contagiosas e amplamente suscetíveis de contraí-las, face à sua baixa resistência orgânica;

Considerando que a estatística do atendimento hospitalar a que teve de recorrer o CRT-II, no mês de julho último, confirma a inviabilidade de tolerar-se a permanência dessa situação por mais tempo, pois que se registraram 47 (quarenta e sete) internações em hospitais, das quais resultaram 8 (oito) óbitos;

Considerando que já foram tomadas e se esgotaram todas as providências administrativas de que se poderia valer a . . . . FEEM/RJ para apoiar o CRT-II nesse período de excesso de novos ingressos, tais como reforço, nos limites dos meios existentes, das equipes técnicas e de auxiliares; e contratação, onerosa ou gratuita, das vagas disponíveis na rede de entidades particulares, para recebimento das crianças cujo processo de triagem conclua pela transferência para aquelas entidades, de vez que as Unidades próprias da FEEM/RJ também já tiveram sua lotação preenchida;

Considerando que a equipe do CRT-II vem respondendo de forma exemplar àquelas medidas, imprimindo máxima agilização nos estudos de caso e correspondente fluxo de triagem, graças a que foi possível dar-se transferência ou desligamento a 120 (cento e vinte) menores, nos últimos 45 dias;

Considerando que, inobstante o eficiente desempenho da equipe do CRT-II, a impossibilidade de garantir-se bom estado geral de saúde aos menores é fator que retarda o ritmo do fluxo de triagem, pois que não pode ser autorizada a transferência de menores doentes, criando-se, assim, um círculo causal vicioso — superlotação/doença/superlotação;

Considerando que o natural e previsível desgaste físico e emocional dos servidores do CRT-II, cujo prenúncio já se nota, concorrerá para agravar os malefícios decorrentes de um atendimento massificado, sobretudo tendo-se em mente que menores nessa faixa de idade, atingidos por profundas carências

afetivas e orgânicas, demandam cuidados o mais possível individualizados;

Considerando que outras medidas administrativas estão em curso, com o fim de reforçar a estrutura de atendimento do CRT-II, tais como renovação da frota de viaturas, incluindo ambulância; alteração na jornada de trabalho dos servidores, de modo a melhorar a relação entre um servidor para cada grupo de menores; obras de reforma nas instalações; e construção de um pavilhão de isolamento para casos mais graves de doenças infectocontagiosas;

Considerando que o Juizado de Menores da Capital foi informado sobre a superlotação do CRT-II, bem como de suas conseqüências, através do Ofício de nº 1.089, de 1-7-81;

Considerando que, durante o mês de julho, o Juizado da Capital respondeu por 2/3 do movimento total de novos ingressos no CRT-II, e que tal tendência se mantém;

Considerando que a responsabilidade pelo atendimento ao menor não é exclusiva do órgão executor, senão que, igualmente, de quantos influam sobre sua qualidade, inclusive no exercício de funções fiscalizadoras, resolve:

1 — Determinar a interdição, para novos ingressos, do Centro de Recepção e Triagem II — “Casa de Marieta Chagas Freitas”, pelo período de 30 (trinta) dias, a contar de 17 do corrente mês.

2 — Dê-se ciência do inteiro teor desta OS aos Excelentíssimos Senhores Juizes de Menores.”

16. Por outro lado, o art. 59 do Código de Menores assenta que “As medidas de assistência e proteção determinadas pela autoridade judiciária, *no âmbito desta Lei*, serão executadas pelas entidades criadas pelo poder público com a finalidade de atender aos menores a que se refere o art. 1º desta Lei” (nosso o grifo).

Equivale a dizer-se que as medidas serão determinadas pelo Juízo e executadas pelas entidades públicas *quando* se tratar de menor em *situação irregular*. É a este menor que se destina o Código de Menores. Se não há situação irregular, falecerá competência ao Juízo para decretar medidas com base no Código de Menores.

Como esclarece UBALDINO CALVENTO SOLARI, a origem do Direito do Menor “no es más que la historia de las instituciones creadas para la defensa y protección del menor que había delinquido, o que se encontraba en situación de abandono material o moral, en estado de peligro o víctima de delito, todas hipótesis en las cuales el menor se encuentra en una situación de conflicto. Este punto de vista aparece corroborado con las tendencias que ofrece el derecho positivo, donde las soluciones

legales se reducen a la protección del menor que se encuentra en 'situación irregular' (Chile, El Salvador, Honduras), o que es de 'conducta irregular' (Bolivia, Ecuador) ..." (*Lineamientos del Derecho de Menores en Latinoamérica*, ed. Instituto Interamericano del Niño — OEA, Uruguay, 1981, p. 7).

Muito mais larga é a faixa de atuação dos órgãos públicos de assistência a menores, cuja competência legal (estatutária) obriga que tomem providências e executem programas que mais se adequarem a um quadro de carências — não "situação irregular", posto que inexistente o conflito referido por CALVENTO — em que se encontre um menor.

Assim ocorre porque a intervenção do Estado para assistir aos incapazes — em nosso caso, menores — é de índole tutelar, geral e supletiva, ou seja, falhando o mecanismo tutelar do direito de família, que coloca os filhos menores sob a proteção e a segurança do pátrio poder de seus pais, a estes impondo os deveres e obrigações correspondentes, "opera então a tutela geral e supletiva do Estado, que transparece em todos os passos do Livro I do Código Civil — notadamente nos arts. 326, §§ 1º e 2º, 327, 328, 329, 386, 387, 394, 403, 412, 420, 421, 422, 448, 454, 463" —, conforme realça o eminente civilista e magistrado de São Paulo, WALTER MORAES ("Os Lineamentos do Direito Civil no Código de Menores", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LXVII, 1972, p. 210).

Não é por outra razão que os órgãos instituídos pelo poder público para a assistência a menores devem, mais do que podem, tomar iniciativas e desenvolver programas que previnam ou supram a desassistência familiar de menores, antes e independentemente de caracterizar-se a situação irregular destes, tal como conceituada pelo Código de Menores, ou até mesmo depois de aplicada uma medida judicial, como nos casos de colocação de adolescentes em lares substitutos, em que, uma vez deferida a guarda, o Serviço Social deve manter o caso sob acompanhamento, para certificar-se da adaptação menor-família.

17. A indubitosa complexidade de estabelecer-se a natureza desse novo ramo do direito não deve conduzir à perplexidade, nem permitir que "menoristas" improvisados lancem idéias exóticas e impertinentes. Outras ordenações jurídicas já lograram propor entendimento rente à realidade social contemporânea, onde nenhum fenômeno humano é suscetível de ser fragmentado das múltiplas interações, funções e disfunções em que se insere, numa relação recíproca de afetação e causalidade.

É de MORAES que se colhe a lição dos mestres europeus sobre a questão, no campo civilístico da tutela, perfeitamente aplicável ao Direito do Menor e às funções dos entes públicos de assistência a menores, *in verbis*:

"Os fins da interdição, a ação protetora e o dever de representação do tutor... conduzem..., sistematicamente, o



direito da tutela para o direito da família. Mas a tutela é uma assistência estatal (staatliche Fürsorge). Ao direito público competem os preceitos de organização e procedimento, e os princípios sobre as funções das autoridades tutelares... Entretanto, isso não quer dizer que o direito de tutela se decomponha de acordo com cada um dos sistemas a que pertençam os seus dispositivos isoladamente. Trata-se de um todo uniforme, um ramo singular do direito administrativo com funções de direito privado" (*op. cit.*, p. 213).

Como ramo singular do direito público, o direito tutelar que disciplina a execução dos programas de assistência submetido está a certos princípios gerais, tais como o da legalidade, da finalidade, da presunção de legitimidade e também o da discricionariedade, sempre apropriadamente dispostos à "proteção dos interesses do menor", que "sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado" (Código, art. 5º).

18. Por todo o exposto, verifica-se que a entrega administrativa de menores não internos à própria família é procedimento conforme à lei e à índole do direito do menor. Ademais, contribui para evitar que os CRTs sejam superlotados pela desnecessária e contra-indicada permanência de menores cujas famílias tenham condições para reassumir-lhes a respectiva guarda, até porque não lhes foi suspenso ou cassado o pátrio poder.

Nunca será demais repetir o irretocável acórdão proferido pelo Conselho da Magistratura no Processo nº 2.480, em que foi reclamante o 1º Curador de Menores da Capital e reclamado o Juízo, sendo relator o eminente Desembargador Olavo Tostes Filho:

"Se não há estabelecimentos para acolher... e nem pessoal para assistir convenientemente a todos os menores carentes, é uma felicidade quando há pais ou responsáveis aos quais entregá-los."

É preciso entender o art. 40 do Código de Menores em toda a sua humanista extensão e sabedoria — "A internação somente será determinada se for inviável ou malograr a aplicação das demais medidas." Nenhuma outra medida é tão saudável e protetora para o menor quanto seu retorno à própria família, no mais breve tempo possível. A internação é a antítese do Código, não apenas como medida, se não que também como regime, e é sob o regime de internato que permanecem os menores nos CRTs, ainda que não se lhes tenha sido aplicada a medida de internação.

Ao assumir a Presidência da FUNABEM, então recém-criada, MÁRIO ALTENFELDER advertia, em dezembro de 1964:

"Há tantos ingênuos que pensam resolver o problema construindo abrigos... A criança nasce para viver com seus

pais e irmãos. Neste país interna-se grosseiramente... Nós estamos 50 anos atrasados ao recomendar a internação por motivo de pobreza. Problema do menor é problema da família... Segregar não é educar... Já é tempo de organizar a assistência, promovendo o homem e a sua família. Não se faça por alguém o que esse alguém pode fazer por si mesmo. Se for preciso ajuda, que seja dada, mas durante o tempo apenas indispensável ao reajustamento" (apud FAWLER DE MELO, "Política Nacional do Bem-Estar do Menor e Desenvolvimento de Pessoal", in *Brasil Jovem*, nº 38, Rio de Janeiro, ed. FUNABEM, 1977, p. 16).

#### IV — Conclusão

Quaisquer que sejam as circunstâncias de cada caso de menor necessitado de assistência, deverá prevalecer a exegese que esposamos, na douda companhia do ilustre ex-Juiz de Menores da Comarca de Duque de Caxias e ex-Presidente da Associação Brasileira de Juizes de Menores, Dr. LIBORNI SIQUEIRA, nas *Notas Interpretativas ao Código de Menores* (p. 58):

"Confrontando-se as disposições dos arts. 10 a 12 e 59 a 61, infere-se que o novo Código pretende integrar autoridades e recursos, públicos e privados, em uma ação uniforme e sistemática, em todo o território nacional, reservando para o juiz papel de singular importância como agente catalisador e fiscalizador daquela ação, sem imiscuir-se na execução propriamente dita das medidas, a cargo das entidades (ver também art. 85).

É absolutamente indispensável que se cultive perfeita integração e harmonia entre os juizados de menores e as entidades oficiais executoras das medidas. Dessa integração em muito depende a eficácia de todo o processo de atendimento em que sejam inseridos os menores, seja nos centros de triagem ou nos de permanência (art. 9º). Colaboração, compreensão, discrição e respeito mútuos são regras básicas desse relacionamento, no qual cada menor possa ver um exemplo sadio e estimulante de honestidade de propósitos e real interesse em torno de seu destino pessoal."

Consagrados condutores do processo judicial têm aconselhado prioridade para a busca dessa integração, em todos os níveis. CAVALLIERI, comentando a importância pedagógica do consenso entre juiz e curador, especialmente nos casos de menores infratores ou com desvio de conduta, sublinha que "não devem ter opiniões discordantes. Nada mais prejudicial ao menor, que com seu ato contestou padrões morais, que presenciar o desacerto entre os adultos que o julgam... Se percebem que não estariam de acordo em determinada decisão, devem (juiz e curador) afastar-se da

audiência, entrarem em acordo e regressar com um ponto de vista unânime... Em nenhuma hipótese deverá haver conflitos" (*op. cit.*, p. 265).

Preocupação de idêntico jaez permeia as conclusões a que chegou encontro de juizes, patrocinado pelo Ministério da Justiça da França e pela Associação Internacional de Juizes de Menores, em Vaucresson, 1973, a respeito do tema *A colaboração do juiz de menores com os técnicos*:

"1) A relação entre o juiz e o menor é diferente daquela que existe entre o menor e o técnico. A missão do técnico é ajudar o juiz a encontrar a melhor solução para cada caso. O juiz não está preso ao laudo. Mas a decisão é dele. Quando a solução do técnico não satisfaz à parte, ela vem apelar para o juiz;

2) a relação entre o juiz e o técnico deve ser uma discussão permanente, desde que a lei o permita;

3) deve-se evitar uma linguagem hermética de ambos os lados; cuidado para não se falar sempre em 'menorês', língua que pode ser perigosa, se excessiva;

4) o juiz de menores não deve ter equipes muito grandes; não deve entender-se só com os chefes, mas com todos;

5) o técnico não deve cuidar de muitos casos ao mesmo tempo;

6) nem o juiz;

7) não deve existir um espaço muito grande entre o estudo e a decisão;

8) o técnico deve manter o juiz informado para que mude a medida decretada, se necessário;

9) o juiz não deve comprometer o técnico, dirigindo-se à família ou interessados sem que o técnico o saiba;

10) o técnico não deve prejudicar, prometendo o que sabe que o juiz não pode nem vai fazer;

11) nem o técnico está do lado do menor ou o juiz do lado da sociedade; o menor deve ser dirigido a aceitar a sociedade e não ficar contra ela;

12) os internatos são necessários, em certos casos; mas os internatos supõem a existência de equipes educativas; internatos-depósitos devem ser, simplesmente, destruídos;

13) a colaboração deve ser constante, tanto no diagnóstico, como no tratamento" (apud CAVALLIERI, *op. cit.*, pp. 277-8).

## Aspectos jurídicos da publicidade nos uniformes desportivos de competição

ÁLVARO MELO FILHO

Diretor Jurídico da CBFS. Presidente  
do Tribunal Especial da CBDU.  
Assessor Jurídico da FIFUSA

O "affaire" entre a FIFA e a Confederação Brasileira de Futebol sobre a permissividade ou não da inclusão do ramo de café — propaganda do Instituto Brasileiro do Café — nos uniformes de competição da seleção brasileira de futebol profissional ensejou-nos a idéia de analisar o disciplinamento legal do uso de marcas e propagandas nos uniformes de competição dos atletas *amadores*.

Não há dúvidas de que o direito, face à realidade especializante, tem procurado compatibilizar-se com as necessidades e variações econômico-sociais dos tempos hodiernos. Neste passo o fenômeno desportivo tem chamado a atenção dos juristas e tem despertado no legislador um interesse para tutelar com normas jurídicas as numerosas manifestações e relações decorrentes da atividade desportiva, e essa legislação sobre matéria desportiva espraia-se e dispersa-se

em vários planos do ordenamento jurídico. Assim é que existem normas desportivas em nível constitucional, em nível de lei ordinária, em decretos regulamentares e até em outros níveis hierarquicamente inferiores como são as provenientes de órgãos normativos (CND, CRD etc.), de órgãos executivos (confederações, federações etc.) e de órgãos jurisdicionais (Tribunais de Justiça Desportiva).

Como é sabido, os clubes, federações e confederações estão pretendendo, há algum tempo, usar os uniformes dos atletas amadores como veículos de publicidade, mas têm esbarrado nas proibições insertas em decreto regulamentar e em deliberação do CND.

Delineado os contornos do problema, registre-se que o “sponsor” (inglês) ou “soutien extra-sportif” (francês), como se denomina na linguagem do direito desportivo internacional a impressão da marca ou propaganda nas vestimentas dos atletas, tem, na legislação brasileira, no tocante aos amadores, o seguinte tratamento estabelecido pelo art. 182 do Decreto nº 80.228, de 25-8-77, *verbis*:

“Art. 182 — É vedado o uso de marcas ou propaganda nos uniformes dos atletas em competições de amadores.”

O exame deste dispositivo impõe, *ab initio*, a determinação dos conceitos de MARCA e PROPAGANDA, juridicamente inconfundíveis, como se depreende do Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21-12-1971). A *marca*, de acordo com os arts. 59 e 61 do referido Código, pode ser conceituada como o “elemento individual e característico usado para distinguir os produtos, mercadorias e serviços de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade”. Por outro lado, nos termos do art. 73 do citado Código, “entende-se por expressão ou sinal de *propaganda* toda legenda, anúncio, reclame, palavra, combinação de palavras, desenhos, gravuras, originais e característicos que se destinem a emprego como meio de recomendar quaisquer atividades lícitas, realçar qualidades de produtos, mercadorias ou serviços, ou atrair a atenção dos consumidores ou usuários”.

Esta distinção entre *marca* e *propaganda* resulta, também, do brocardo latino *verba cum effectu sunt accipienda* (a lei não contém palavras inúteis). Nesse tocante, CARLOS MAXIMINIANO leciona com proverbial segurança que “as expressões do direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos e inúteis” (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, Rio, 1980, pág. 250). Vale dizer, cada palavra tem a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Não há na lei palavras supérfluas e sem força operativa.

Evidencia-se, outrossim, que a vedação do art. 182 do Decreto nº 80.228/77 abrange exclusivamente os UNIFORMES dos atletas, deixando um campo aberto para a utilização das marcas ou propagandas nos EQUIPAMENTOS dos atletas, posto que não há como confundir os *equipamentos* com os *uniformes*. Estes são exigidos, fixados e detalhados pelas respectivas regras oficiais das diversas modalidades esportivas de que são exemplos a forma de numeração, inclusive com dimensões, nas camisas de basquetebol (art. 12), ou então, a exi-

gência de camisas meia manga ou manga comprida no futebol de salão (regra IV). Aqueles, ou seja, os equipamentos são os agasalhos, blusões, macacões e demais vestimentas e implementos esportivos que *não* integram o uniforme prescrito pelas respectivas regras oficiais. E a prova maior da distinção entre *uniformes* e *equipamentos* assenta-se no art. 183 do Decreto nº 80.228/77 quando o legislador dispôs que “nas competições do desporto profissional será permitida a propaganda e a publicidade nos equipamentos e uniformes dos atletas...”

Convém esclarecer que em se tratando de interpretação de leis nada mais perigoso do que o enfoque puramente literal do texto. Neste sentido observa MAXIMINIANO (*op. cit.*, pág. 36) que “a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se aconchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto”. Assim, na busca do sentido deste art. 182 do Decreto nº 80.228/77 deve o intérprete ir além da palavra, da fórmula normativa, tomando em consideração todos os fatores que concorreram na elaboração da regra e que devem concorrer na determinação do seu alcance, e, nessa perspectiva, o exegeta deve juntar o texto ao contexto e atender ao sistema de que faz parte a norma interpretada.

Aliás, como assinala RAVA (*Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 85), “embora um dispositivo tomado ao pé da letra pareça claríssimo, posto em confronto com outros dispositivos, estudados na eventualidade de sua aplicação, origina dificuldade de interpretação.”

Ademais, qualquer norma tem de ser interpretada e aplicada tendo em vista os fins colimados e de modo a não ser desviada de seu espírito e de não se violarem direitos que ela própria pretende resguardar, pois “o sentido das leis se deduz tanto do espírito como da letra respectiva” na vetusta lição de ULPIANO. E MAXIMINIANO argumenta com inteira razão:

“Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim” (ob. cit., p. 152).

É certo que alguns hermeneutas asseguram, equivocadamente, que o art. 182 do Decreto nº 80.228/77 proíbe claramente o uso de marcas ou propaganda nos uniformes dos atletas em competições de amadores. No entanto, esta “limitação mutiladora” não é tão ampla e extensa como pretendem, e o Presidente da Confederação Brasileira de Voleibol, ao analisar o sentido e alcance do referido art. 182, foi bem incisivo e objetivo:

“O que pretendeu o legislador está enterrado em seu foro íntimo.

No entanto, é claro e insofismável que o veto é para que um *atleta* não faça contrato ou assuma compromisso isolado e particular de usar,

no seu uniforme, qualquer marca ou propaganda, de forma diferente dos de sua equipe.

Se a lei pretendesse estender o veto aos clubes e federações estaduais, teria acrescido, após a palavra atletas, aquelas que entendesse vetar.

Mas assim não o fez.

Temos de cumprir o que está escrito.

O legislador escreveu que o veto era dos atletas, jamais das equipes.

Tanto é verdade que o veto às *marcas* (art. 182) não tem possibilidade de cumprimento, no exato momento em que os países participam dos campeonatos mundiais, jogos pan-americanos e jogos olímpicos e utilizam marcas em seus uniformes.

Como exemplo, o próprio Brasil utiliza marcas nos seus uniformes, inclusive olímpicos.

Não sofismemos em buscar distinção de marcas de material esportivo ou não, pois o art. 182 diz apenas *marca*.

Não pretendemos polemizar, mas somente clarear as mentes e os horizontes.

A mão rígida e segura do legislador escreveu, com a clareza da luz que ilumina nossos olhos, que o veto era para atletas, em caráter individual.

De outra forma não pode ser lido, julgado ou interpretado, pois, se assim o fosse, o legislador teria escrito que o veto era para equipes, clubes e federações estaduais.

Não havendo proibição nem na legislação internacional, nem na legislação nacional, o caminho está aberto."

Não obstante a lógica e a clareza solar da interpretação dada pelo Presidente da CBV ao art. 182 do Decreto nº 80.228/77, o Conselho Nacional de Desportos, na qualidade de órgão normativo e disciplinador do desporto nacional, utilizando-se da competência material e espacial que lhe confere o art. 42, IV e XI da Lei nº 6.251/75, baixou instruções sobre o assunto, através da Deliberação nº 9/81, de 22-5-81, que no seu item 1 assim preceitua:

"1. A proibição do uso de marcas nos uniformes dos atletas em competições de amadores, contida no art. 182 do Decreto nº 80.228, de 1977, que regulamentou a Lei nº 6.251, de 1975, não abrange a marca de fabricação do respectivo uniforme, quando a federação internacional, a que a confederação nacional for filiada, permitir o referido uso."

Inferese, sem dificuldade, que o CND, com a Deliberação nº 9/81, passou a admitir as "marcas de fabricação do respectivo uniforme", de que são exem-

plos a *Penalty*, *Adidas*, *Topper* etc. propiciando uma abertura modesta e sobretudo discriminatória. Modesta porque o CND autolimitou-se e ficou aquém daquilo que o próprio texto legal possibilita. Discriminatória porque o CND privilegia as marcas esportivas em prejuízo das marcas não-esportivas. Este favorecimento é a forma mais insidiosa de desvio do poder, pois quebra o princípio constitucional da isonomia sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para os desportos. Saliente-se que o princípio da isonomia que, *in casu*, consiste em tratar igualmente coisas iguais e desigualmente as coisas desiguais, deve projetar-se densamente em todo o sistema jurídico-desportivo, posto que se trata de um princípio constitucional ao qual todo o ordenamento jurídico encontra-se necessariamente vergado, daí a injuridicidade do tratamento discriminatório expresso na Deliberação nº 9/81 do CND.

Finalmente, impende demonstrar que o art. 182 do Decreto nº 80.228/77 e a Deliberação nº 9/81 do CND, que o disciplina, estão destituídos de validade e eficácia jurídica.

Com efeito, o Decreto nº 80.228, de 1977, é o regulamentador da Lei nº 6.251, de 1975, que em nenhum de seus dispositivos prevê a vedação ou limitação ao uso de marca ou propaganda nos uniformes dos atletas em competições de amadores. Assim, o art. 182 constitui uma *inovação exorbitante* e até uma usurpação do Poder Legislativo, pois ao regulamento (Decreto nº 80.228/77) foi dada a faculdade para fazer observar a *exata e fiel execução da lei* (art. 81, III, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969), e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela; para manter os direitos, obrigações e vedações como foram estabelecidos e previstos na Lei nº 6.251/75, e não para acrescentar-lhes algo ou diminuí-los; para obedecer ao legislador e não para sobrepor-se a ele.

FRANCISCO CAMPOS não tergiversa da orientação geral dos autores e espanca qualquer dúvida ao proclamar com autoridade que:

“... por maior a amplitude que se queira atribuir ao poder regulamentador da administração, este poder não está apenas adstrito a operar *intra legem e secundum legem*, mas não poderá, em caso algum e sob qualquer pretexto, ainda que lhe pareça adequado à realização da finalidade visada pela lei, editar preceitos que envolvam limitações aos direitos individuais” (in Pareceres, *Rev. de Direito Administrativo*, FGV, 1965, vol. 80, pág. 376).

Acentua, ainda, o notável jurista que o decreto regulamentar há de destinar-se a pôr em execução um preceito formulado pela lei e não a formular um preceito ausente do texto legal, ou seja, há de guardar estrita fidelidade à lei, e, portanto, não poderá imputar à lei uma norma que nela não se encontra expressa, e sintetiza na ementa do seu parecer que:

“As limitações aos direitos individuais somente podem decorrer da lei; em relação a eles a administração não poderá dispor, seja por via individual, ou mediante decreto de caráter regulamentar” (*opus cit.*, pág. 373).



Esse entendimento é reforçado por VICTOR NUNES LEAL ao prelecionar de modo claro e inequívoco:

“Se o intuito do poder público é alterar algumas das disposições legais em vigor, está obrigado a servir-se de lei formal, não lhe bastando para isso o regulamento” (in *Problemas de Direito Público*, Forense, Rio, 1960, pág. 77).

E acentua adiante o insigne mestre:

“Mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que *completa* a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É *fundamental*, entretanto, que *nesta sua função de complementar a lei, não a infrinja*” (grifamos — *opus cit.*, pág. 99).

Ora, a norma do art. 182 do Decreto nº 80.228/77 é simplesmente regulamentar. Deve, para ter condições de validade e eficácia, fundar-se na lei e em seu texto circunscrever-se. Já se vê que não prevalecerá se inexistir a lei, da mesma maneira que será improcedente se, de qualquer modo, ultrapassá-la. EmpreSTEMOS espaço à palavra autorizada de PONTES DE MIRANDA, que representa a doutrina consagrada no direito brasileiro a respeito do assunto:

“Os regulamentos, se se afastam do texto legal, que têm de regulamentar, e editam regras jurídicas que teriam de ser em lei, são excessivos nesses pontos; e as regras jurídicas, que são estranhas à regulamentação, têm de ser consideradas nulas” (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, 2ª ed., Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 319).

Arrimados nesses argumentos dos consagrados doutrinadores, temos que a proibição da norma regulamentar (art. 182 do Decreto nº 80.228/77) referente ao uso de marca ou propaganda nos uniformes dos atletas em competições de amadores afigura-se-nos inaplicável, por inconstitucional. Nessas condições, não há como o CND ou qualquer outro órgão ou entidade desportiva impor sanções administrativas ou medidas disciplinares em face do princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Const. Federal, art. 153, § 2º). Um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga ninguém; é como se nunca tivesse existido. A propósito, SEVERO DA COSTA sustenta:

“É evidente que em países onde há hierarquia constitucional, como o Brasil e os Estados Unidos, preliminarmente cabe verificar se o preceito está conforme a Lei Maior, já que, caso contrário, não há necessidade de exegese, pois com tal vício, o mesmo a ninguém obriga” (in *O Poder Normativo do STF* — Rev. Forense, vol. 266, pág. 91).

*Ex positis* concluímos que o art. 182 do Decreto nº 80.228/77, seja na sua forma, seja no seu conteúdo, consubstancia uma restrição regulamentar que carece das qualidades de justiça, validade e eficácia, além de ser uma criação jurídica limitadora estigmatizada pela inobservância dos requisitos legais exigíveis pela Constituição Federal.

# Greve e atividade essencial (evolução conceitual)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz aposentado do TRT da 3.<sup>a</sup> Região.  
Professor da Faculdade de Direito da  
UFMG. Advogado em Belo Horizonte

1. Conquanto se tenha a "greve", em si, como um tema psicologicamente angustiante e de difícil tratamento ponderado, por traduzir ela, além do momento agudo e de real confrontação de interesses em conflito nas relações de trabalho, um campo aberto à forma direta e coativa de imposição de vontade, sistema de superposição de forças e de resistências e técnica remanescente de procurar-se a "justiça pelas próprias mãos", quer-nos parecer que o subtema "greve e atividade essencial" se nos defronta como o mais espinhoso e delicado, pois ele representa o refinamento da elaboração jurídica na localização das linhas divisórias entre o permitido e o vedado na greve, institucionalizada como "direito".

Tratar de "atividade essencial" pressupõe a colocação da greve no âmago da ordem jurídica, no que contém ela de mais sensível em seu processo de sedimentação ideológica, dentro do qual se revela a verdadeira tendência das forças dominantes da organização social, tendência esta que deve ser procurada e sintonizada até mesmo no sentido do que se tenha da inserção desse ponto distintivo na captação da greve como ato coletivo ilícito ou ato coletivo lícito.

Para que a exposição não se perca em divagações meramente teori-zantes, em abstratos conducentes à perplexidade e à incompreensão, impõe-se o exame, na ordem jurídica brasileira, das origens e da evolução dessa figura extraordinariamente atuante e expressiva, que se chama "atividade essencial", no contexto da organização estatal que preside às relações público-privadas no Brasil de hoje.

2. Quando, a 18 de setembro de 1946, se promulgou a estremecida e sempre nostálgica Constituição Federal daquele ano, estava em vigor o Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, a primeira lei regulamentando a greve, no Brasil.

Esse decreto-lei foi editado na vigência da não menos discutida Constituição de 1937 — a "Polaca".

Enquanto a Carta de 37 proibisse a "greve", como recurso anti-social, pelo seu art. 139, a de 1946, elaborou um texto desdobrado, nos seguintes termos:

Art. 158 — "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará."

Ora, o Decreto-Lei nº 9.070 ficou atravessado entre as duas Constituições e, por incrível que pareça, à força de extraordinariamente rica exe-

gese dos Tribunais do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal — em decisões do mais variado tempero —, foi declarado constitucional à luz de uma e de outra, a despeito de a primeira proibir a greve e a segunda a permitir.

Mas o ponto de ignição da constitucionalidade e da inconstitucionalidade residia exatamente em que o Decreto-Lei nº 9.070, sempre rente com a imaginação jurídica, ideologicamente orientada, abriu duas categorias de atividades, em que se daria o fato jurígeno ou antijurídico da greve: as atividades acessórias e as atividades fundamentais. Nas primeiras, permitia-se a greve; nas segundas simplesmente, não.

Daí é que se discutiu a inconstitucionalidade do seu art. 10, primeira parte, ante a Constituição de 37, porque esta proibia a greve e aquele a permitia nas atividades acessórias — discussão que se circunscreveu aos movimentos havidos entre março e setembro de 1946. Mas os tribunais não acolheram essa divergência hierárquica e preceitual e sempre entenderam lícita a greve nas atividades acessórias.

Por outro lado, foi discutida a inconstitucionalidade do mesmo art. 10, segunda parte, do mesmo Decreto-Lei nº 9.070, ao proibir a greve nas atividades fundamentais, quando a Constituição de 1946 reconheceu esse direito. Também essa inconstitucionalidade foi rejeitada, ao argumento de que o art. 158 da Constituição, se falava em direito de greve, apunha a condicionante “cujo exercício a lei regulará”. E se passou a confundir direito com exercício de direito, através do qual este se entremeava naquele, e a vedação seria um caso de “exercício” e não de direito.

3. Antes de elaborarem-se as distinções conceituais e tópicas exigíveis no desenvolvimento do tema, importa, desde logo, esclarecer que a palavra “essencial” surge, à primeira vez, na ordem jurídica brasileira, como um apêndice — a parte final — do art. 3º do Decreto-Lei nº 9.070/46, que dispunha a respeito das atividades “fundamentais”.

Depois de enunciar, discriminativamente, quais eram as atividades “fundamentais”, em que não era permitida a greve, o art. 3º arrematava: “nas indústrias básicas ou **essenciais** à defesa nacional”.

Verifica-se, desde logo, que a atividade “essencial” aparece, no direito brasileiro, como um subgrupo, uma categoria das atividades qualificadas de “fundamentais” e que, não se distinguindo por ramo de produção e/ou de troca de bens e serviços, nem enunciando em uma especificidade qualificadora, ganhou certa generalidade localizada, com um suposto definido: “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional”.

O elemento-suporte desse grupo, que o definia como tal, centrou-se na “defesa nacional”, e o “essencial” traz um vínculo subordinativo e condicionado a essa “defesa”.

Verifica-se, pois, no plano da origem e da evolução do critério da divisão do direito de greve (como ato **lícito** e ato **ilícito** ou **vedado**), que as duas categorias de atividades, em que se bipartiu esse critério, distribuem-se em “atividades fundamentais” e “atividades acessórias”, e não havia, ainda, essa categoria “atividade essencial”, como grupo ou categoria autô-

noma, mas como subgrupo da “atividade fundamental” e em que, se “essencial à defesa nacional”, a greve era proibida.

4. Ainda no encaixo da elucidação dos conceitos e, ao mesmo tempo, de sua força teleológica de captação, é indispensável procurarem-se outras fontes normativas que levem a melhor precisar o ponto em que se encontra alojada essa “atividade essencial” e que indiquem se ela absorveu ou não a “atividade fundamental”, antes criada pelo Decreto-Lei nº 9.070, e de que era subgrupo.

Fonte por excelência autorizada é a lei e, sob esse aspecto, incumbe se examine a legislação ordinária a começar pela lei reguladora da greve, a Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964, que revogou o Decreto-Lei nº 9.070/46 e que deu nova disciplina ao instituto (porque “jurídico”) da greve.

4.1. O art. 12 da Lei nº 4.330/64, então Presidente da República o Marechal Castello Branco — lei essa, ao que nos parece, ainda em vigor —, dispõe, com o acréscimo de seu parágrafo único:

“Art. 12 — Consideram-se fundamentais as atividades nos serviços de água, energia, luz, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga ou descarga, serviço funerário, hospitais, maternidades, venda de gêneros alimentícios de primeira necessidade, farmácias e drogarias, hotéis e indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional.

Parágrafo único — O Presidente da República, ouvidos os órgãos competentes, baixará, dentro de 30 dias, decreto especificando as indústrias essenciais à defesa nacional, cuja revisão será permitida de 2 (dois) em 2 (dois) anos” (verbis).

A despeito da competência do Presidente da República para, por decreto, especificar as “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional” e do prazo ali contido (no parágrafo), não se tem notícia desse decreto.

O que se quer acentuar é que, à luz da Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964, o “essencial” continua como componente e qualificador de “indústrias”, que ainda ali se reputam “básicas ou essenciais à defesa nacional”.

Há mais. As “indústrias básicas ou essenciais” persistem como subgrupo ou categoria do grupo das “atividades fundamentais”, e, por isso, não foram destacadas e autonomamente qualificadas ainda como “atividades essenciais, e esse subgrupo, embora tenha sua situação aí regida pelos mesmos princípios que governam as “atividades” casuisticamente especificadas, as “fundamentais” (*lato sensu*), a verdade é que há um elemento que os peculiariza, a despeito da sua generalidade limitada, elemento esse que vem desde o Decreto-Lei nº 9.070/46, e que é a “defesa nacional”.

Portanto, cumpre, desde logo, abrir uma linha de diferentes supostos: as atividades “fundamentais” *lato sensu* compreendem as “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional”. Enquanto aquelas são explicitamente classificadas por ramos, estas, as “indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional”, foram também uma categoria genérica, não disposta casuística nem explicitamente, mas que se automatizam por se ligarem à “defesa

nacional” e por subordinar-se a sua enunciação por espécies em um elenco constante de decreto, que seria ou deveria ser expedido pelo Presidente da República.

As “atividades fundamentais” *stricto sensu* estão classificadas, enunciadas, explicitadas na lei, e as “indústrias básicas ou essenciais” serão classificadas, enunciadas e explicitadas em decreto, pelo Presidente da República, ainda que o quadro componente do decreto venha a incorporar-se no quadro geral das “atividades fundamentais”, *lato sensu*, da lei.

Não há fugir a isso.

Nada impede, entretanto, se repita: no campo de regulamentação da Lei nº 4.330/64, a distinção não reside apenas na competência do Presidente da República para classificar ou declarar as “indústrias básicas ou essenciais” — distinção de natureza formal —, mas, também, no próprio suposto de captação da regra, em que se toma, como suporte de incidência, a “defesa nacional”, elemento este que não se encontra nas atividades acima especificadas no texto do art. 12, citado.

Ver-se-á que a conotação ou as acepções não são somente históricas, mas contêm uma diversidade conceitual nos supostos de formação dos modelos legais, supostos esses que obrigam o intérprete a distinguir as “atividades fundamentais”, como alcançadas por aquelas que se reúnem, tendo-se em vista a sua natureza econômico-social, a sua relevância para a organização e a preservação do tráfego social, sob o prisma da produção e/ou troca de bens e serviços, em cunho nítida e preponderantemente econômico e não diretamente vinculado ao Estado, como sistema de ação e de manutenção da organização pública, como se dá com as “indústrias básicas ou essenciais”, que ganham fisionomia e característica próprias por dizerem respeito à “defesa nacional”, tonalidade diversa, de fundo político-público, porque necessárias ao regular funcionamento do Estado, em suas variadas formas de atuação e de sustentação da ordem social.

5. Sucede que a Constituição Federal de 1967, promulgada a 24 de janeiro daquele ano e em vigor a partir de seu 15 de março, imprimiu configuração diversa na conceituação dos supostos da greve até então operantes, pois, ao reconhecer a greve como um direito, excepcionou, do quadro de seu art. 158, nº XXI, uma categoria autônoma e especial, a das “atividades essenciais”, que ganhou cidadania até constitucional, quando, em seu art. 157, § 7º, dispunha:

“Não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.”

Não só o “essencial” deixou de ter, aqui, uma concepção disjuntiva-complementar, alternativa e equiparável-concorrente à de “básica” — como vinha do art. 3º do Decreto-Lei nº 9.070/46, e passou ao art. 12 da Lei nº 4.330/64, que falavam em indústrias “básicas ou essenciais” —, como também deixou o suporte de “indústrias” compreendidas na “defesa nacional” e até ganhou, a par de um raio mais amplo de ação, conotações diversas, dada a sua colocação em um plano de paridade e subsequente ligação a um conectivo específico: “serviços públicos”.

6. Até o advento do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, o Estado brasileiro não se havia manifestado em termos de execução do preceito constitucional do art. 157, § 7º, da Constituição de 1967, dispositivo este que, em sua redação e espírito, foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Vejam-se a ascensão e o caráter de principalidade que o preceito atingiu, representado por um dispositivo autônomo e não mais um parágrafo assim redigido:

“Não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.”

Logo adiante, no art. 165, nº XXI, ao reconhecer, em seus conteúdos mínimos, os direitos trabalhistas, a Constituição, com a Emenda nº 1, confere, lacônica e incisivamente:

“XX — greve, salvo o disposto no art. 162.”

Por conseguinte, a despeito de conter os supostos do juízo hipotético, para a captação imediata e aplicação “self-acting” da vedação à greve nos “serviços públicos” — o que dispensaria esse rosário de repetições proibitivas constantes de lei e/ou decretos-leis — o art. 162 depende de regulamentação, através da qual se definam “em lei” as atividades essenciais.

Embora em vigor, a Lei nº 4.330/64, além de não “definir” quais as “atividades essenciais” — incluídas, pelo seu art. 12, nas “atividades fundamentais” —, atribuiu competência ao Presidente da República para que as definisse ou classificasse e **por decreto**.

Sob esse aspecto, parece, desde logo, que o disposto no art. 162 da Constituição, em vigor, revogou o parágrafo único do art. 12, pois reteve a competência, para “definir as atividades essenciais”, na “lei”.

Salvo, portanto, a expressa e auto-executável proibição da greve nos “serviços públicos” (campo objetivo, que se conceitua pela natureza dos serviços, prestados direta e indiretamente ao Estado, sob que formas o sejam), as “atividades essenciais” ficaram sem “definição” em “lei”. Por absurdo que o pareça, permaneceu a sua definição como área implícita ou compreendida, em seqüela, nas atividades “fundamentais” do art. 12 da Lei nº 4.330/64, já que não estavam alcançadas pela vedação, à falta de especificação legal excepcionadora.

Atente-se a que a Lei nº 4.330/64 não proibia greve nas atividades fundamentais: seu art. 10 apenas dilata o prazo entre “a solução pleiteada”, por notificação, ao empregador e “a abstenção pacífica e temporária do trabalho”, prazo esse que é de dez dias, enquanto para as atividades acessórias é de cinco.

7. À pesquisa exegética, em termos de fonte autorizada, tudo se permite, principalmente quando a matéria disciplinada nessa fonte — embora em um quadro diverso de sanções jurídicas — guarda estreito nexos com a forma jurídica sob exame, como é o caso da “atividade essencial”, para fins de greve.

A Lei de Segurança Nacional (Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978), em seu art. 27, capitula como delito o ato de:

“Art. 27 — Impedir ou dificultar o funcionamento de **serviços essenciais**, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão.”

Conquanto a tipicidade do delito, **prima facie**, afaste a “pura e simples abstenção do trabalho”, pois a **fatispecie** só se fisionomiza se se “impede” ou se “dificulta” o “funcionamento” (o que traz logo um sentido **comissivo** e não omissivo, na ação delituosa), a verdade é que, no curso dessas indagações, aparece o suposto de “serviços essenciais” como situado **na atividade estatal**, propriamente dita, pela administração direta. Indiretamente, são captados também os serviços públicos que se “executam mediante concessão, autorização ou permissão”.

8. Já alteando o plano da exegese, para a esfera das fontes constitucionais, importa, desde logo, se indague se a “lei”, a que se refere a parte final do art. 162 da Carta de 1967 — com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 —, ao mencionar “definidas em lei”, é a lei no sentido “material” ou a lei no sentido “formal”, ou orgânica, como a conceituou, em obra clássica, CARRÉ DE MALBERG.

Não resta dúvida alguma que, no plano hierárquico e em sua eficácia subjetivo-objetiva, a lei e decreto-lei não se diferenciam.

Sucede que a Constituição Federal, em seu art. 55, ao autorizar a edição de regras legais, sob a forma de decretos-leis, com a competência do Presidente da República, no plano federal, resguardou-se quanto à natureza da matéria, limitando-se, que poderia ser por essa forma regulada.

É o que reza o preceito da Carta Constitucional:

“Art. 55 — O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

- I — segurança nacional;
- II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
- III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.”

Depois de expor a doutrina da Escola Superior de Guerra, quanto ao campo de abrangência do que se deva entender por “segurança nacional”, como o “grau relativo de garantia que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais”, ou como “tudo aquilo que contribui para que a nação goze da “sensação de tranqüilidade resultante de convicção de que não há perigo a temer”, e, depois de citar acórdão do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO — segundo o qual “segurança nacional envolve toda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas

atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou remoto” — o Prof. MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em sua obra **Comentários à Constituição Brasileira** (S. Paulo. Ed. Saraiva. 2ª ed., 1977, vol. 2, págs. 38 e 39) entende:

“Desse modo, **segurança nacional**, na Constituição, equivaleria a **defesa** da ordem política, econômica e social. Abrangeria apenas o que diz respeito, **diretamente**, à estabilidade dessas três ordens” (verbis).

Voltando ao ponto central da exposição, nada obsta se apreenda a palavra de PONTES DE MIRANDA, que, interpretando o “art. 157, § 7º, diante dos arts. 158, XXI, e 104”, da Carta de 1967 — antes da Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, mas cujo texto, nesses incisos, não se modificou, expõe:

“Atividades essenciais somente podem ser atividades essenciais do Estado, que por alguma circunstância tenham de ser prestadas por pessoas que não sejam admitidas temporariamente para obras” (cf. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, T. VI, pág. 247).

Páginas acima, o eminente tratadista procura extremar conceitos e expõe:

“No tocante à interpretação, é explícita a regra jurídica quanto aos “serviços públicos”; mas alude a “atividades essenciais.”

“Primeiramente, afaste-se que aos serviços ao público se refira a regra constitucional. Se o serviço não é feito por funcionários públicos ou empregados públicos (isto é, do Estado, inclusive de autarquia), mas, por emergência, ou por simples conveniência, o Estado entregou a empresa privada a execução de obra, em que os salários e outros direitos dos empregados tenham tido aprovação do Estado, através da empresa, atenta às contraprestações, o art. 157, § 7º, somente **incide** se a atividade é **essencial**” (ob. e vol. cit., pág. 53, nº 17).

É evidente que as “atividades essenciais”, a que se refere o preceito constitucional, não se acham já compreendidas nos serviços prestados ao Estado, o que tornaria ociosa a primeira e ou a segunda parte do art. 162 da Carta de 1967 (com a Emenda Constitucional nº 1) e isto porque ali se abrem duas situações distintamente identificáveis: “greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”.

Neste equívoco laborou o extraordinário jurista PONTES DE MIRANDA, ao subentender, como se transcreveu acima, em “atividades essenciais” as “atividades essenciais ao Estado, que por alguma circunstância tenham de ser prestadas por pessoas que não sejam admitidas temporariamente”. Esta hipótese já se encontra abarcada pela primeira parte do art. 162, ao referir-se a “serviços públicos”, cujo suporte é objetivo e não autoriza a investigação da natureza da relação jurídica — se permanente, estatutária, contratual, temporária etc. Há, até, temporários que possam ser emergentes.

∅. O Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, passa a qualificar como de interesse da segurança nacional, para proibir a greve, as atividades



antes tidas por “fundamentais”, pelo art. 12 da Lei nº 4.330, acrescidas desde “petróleo”, de “bancos” e “outros combustíveis”, com a exclusão, porém, de “serviço funerário” e de “venda de gêneros alimentícios de primeira necessidade”.

Em sua parte final, o **caput** do art. 1º desse decreto-lei, adita:

“bem assim as indústrias definidas por decreto do Presidente da República”.

Por **decreto-lei**, o Presidente da República se atribui competência para incluir, **por decreto**, outras atividades, conceituadas como “essenciais”.

Em seu § 2º do art. 1º, mostra-se ocioso, em face do preceito constitucional do art. 162 e da própria Lei nº 4.330, em seu art. 4º, primeira parte, sobretudo, ao dispor:

“§ 2º — Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal.”

Em sua amplitude, esse parágrafo — apenas no que toca ao conceito de **serviço essencial** — guarda a mesma força de desdobramento de atividades que a do art. 27 da Lei de Segurança Nacional.

10. Em conclusão, verifica-se que o quadro das “atividades essenciais” está visceralmente umbricado na “segurança nacional”, antes nomeada pelo Decreto-Lei nº 9.070/46 “defesa nacional”, com evolução amplificadora que a conceituação veio adquirindo.

A acepção de “segurança nacional” adotada pelo Decreto-Lei nº 1.632/78 o foi em sentido amplo e, através dela, qualificaram-se as atividades em seu art. 1º e em seu § 2º, como essenciais.

Sob esse prisma, não cabe discutir a pertinência da conceituação, já que o tráfego econômico, em que se inserem as relações de trabalho, incrusta-se no âmbito, também, da segurança nacional.

11. Finalmente, deve entender-se por **atividade essencial**, na linha da tradição ideológica do direito positivo brasileiro, aquela que diz respeito ao sistema de atuação do Estado, no desempenho de suas tarefas básicas e no cumprimento de suas finalidades de estruturação, organização ou, para dizer com ERNEST FORSTHOFF, de “conformação” da ordem social.

Indo além, dia a dia mais absorvida pelo tráfego-econômico social e mais o absorvendo, a atividade **essencial** ganha percussões na segurança nacional, que, por sua vez, na esfera das relações de trabalho, toma rumos de sustentação da ordem social como uma ordem planejada e cuja arritmia em seus movimentos pode colocar em risco a própria estrutura do Estado, fiador jurídico-formal da sociedade, como um todo.

Somente dentro desta acepção é que se admite o alargamento do conceito de “atividade essencial” para fins de obstar-se o direito de greve em empresas não integradas no Estado, direta ou indiretamente, como “serviços públicos”.

# O instituto da greve

NEY DA FONTOURA BOCCANERA

Assessor do Ministro da Previdência e  
Assistência Social

## SUMÁRIO

- I — *Exercício do direito de greve*
- II — *Doutrina*
- III — *Abuso do direito de greve*
- IV — *Greve e Direito*
- V — *A greve no Direito Positivo brasileiro*
- VI — *Proibição da greve de Funcionários Públicos Civis da União*
- VII — *A greve face ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*
- VIII — *Incidência da greve no Direito do Trabalho*
- IX — *Legalidade e legitimidade do exercício da greve*
- X — *Pressupostos que legitimam o exercício da greve*

### I — *Exercício do direito de greve*

É, talvez, o exercício do direito de greve uma das mais remotas manifestações praticadas pelo homem — mais antiga do que possamos imaginar — para obter o objeto de suas reivindicações. Apenas para ilustrar esta assertiva, vale registrar aqui a feliz citação formulada por SEGADAS VIANNA, in *Instituições do Direito do Trabalho* — 5ª ed., vol. I, pág. 381, Ed. Freitas Bastos, buscando provar a longevidade do espírito grevista, *in verbis*:

“Se os deuses não atenderem a esta prece — diz um antigo texto religioso — os homens pararão os cultos.”

Por aí se vê que os homens da antiguidade, ainda de cultura semi-bárbara, eram capazes de ameaçar os próprios deuses com a paralisação de seus lou-

vores religiosos, caso não fossem atendidos em suas pretensões. Ora, a nosso ver, em que pese à evolução cultural das civilizações que se seguiram, reina ainda o mesmo sentido de rebeldia no espírito do trabalhador moderno e contemporâneo, os quais, usando idêntico instrumento, a greve, buscam ser atendidos em suas exigências, não obstante, muitas vezes, sejam elas ilícitas ou ilegais, face aos motivos que lhe deram causa.

Modernamente, é bem verdade, as origens da greve têm suas raízes nas lutas de classe ocorridas durante o século XIX. Num retrospectivo histórico não muito distante, podemos verificar que a depressão industrial na Inglaterra, resultante do término da guerra napoleônica, teve como consequência o desemprego em massa, que se elevou a cerca de meio milhão de homens desmobilizados do exército. Este fato somado à utilização da máquina a vapor com maior frequência, por sua vez, deu margem à uma extraordinária dispensa de mão-de-obra, que provocou uma desastrosa sucessão de greves, à época.

Na Itália, a desordem social atingiu a um grau insuportável. Basta citar que, de 1879 a 1899, em vinte anos, verificaram-se quase 2.500 greves, com a perda de seis milhões de dias de trabalho.

Ainda na Inglaterra, só em 1899, tiveram lugar cerca de 1.200 greves e, nos Estados Unidos da América, deu-se a famosa greve Pullman, de Chicago, em 1894, que causou prejuízos da ordem de 80 milhões de dólares.

Cabe ainda citar uma outra circunstância de relevo que merece destaque, vez que provocou, por outro lado, a inatividade de numerosa massa de trabalhadores. Trata-se da concentração de empresas, processo este que deu margem ao desaparecimento das pequenas oficinas domiciliares. Este fenômeno, ocorrido no final do século XIX, aumentou de maneira desmesurada, principalmente nos Estados Unidos, o desemprego.

Foi, portanto, o início da luta de classes, no curso da qual os trabalhadores viram na greve o único meio de defesa de seus direitos. Daí em diante, a greve chegaria a ser, finalmente, um direito. Mas seu exercício não deixaria de ser uma violência, pois, passaria, também, a ser um meio de força, dando motivo a sérios choques entre as autoridades públicas e grupos de grevistas. Tais choques, como se sabe, chegaram, em muitas ocasiões, a extremos desumanos e desastrosos até se conseguir a volta de tranquilidade pública.

Por outro lado, essa desordem social, aliada à ausência em massa ao trabalho, causou, como era natural, enormes prejuízos à indústria, com perniciosos reflexos em todos os setores da vida sócio-econômica dos países envolvidos na crise.

Em razão dessa lamentável situação a que ficaram reduzidos os países que serviram de palco a tais lutas de classe, até bem poucas décadas atrás, era vedado falar-se em direito de greve. Nesse passo, quer a doutrina mais avançada, como as decisões jurisprudenciais negavam, e até condenavam, o princípio do direito de greve.

Entretanto, a constitucionalização desse direito surge com a sua ratificação em leis ordinárias, independentemente do reconhecimento do direito de reunião ou de associação, ou ainda do direito de sindicalização.

Hoje, em princípio, a greve é permitida, embora, em certas circunstâncias, o seu exercício passe a ser considerado ilícito e, por isto mesmo, *regulado em lei*.

É PONTES DE MIRANDA, in *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo VI, págs. 224/225, que nos responde à indagação, *de como separar-se o direito e o exercício do direito de greve*. Diz ele: "Aplicando a lei penal comum, ou a lei sobre delitos de exercício irregular do direito de greve. Quem é titular do direito e pode exercê-lo, exerce-o; *se o exerce irregularmente, pratica ato ilícito*" (grifamos).

Assim, pois, à lei ordinária compete regular o exercício do direito de greve, quer no que se refere à manifestação da categoria de classe, seja pelos atos formais pertinentes a detalhes de prazos ou das condições em geral.

Estamos ainda com PONTES DE MIRANDA quando preleciona esta admirável síntese: "Os limites do direito (de greve) são os que resultam do seu conceito; os do exercício são os do direito comum, ou os da lei especial. Porém — acrescenta o mestre —, *onde a pretexto de greve, que é movimento omissivo, se depreda, se violenta, se coage, se ferem direitos fundamentais, não é de direito de greve, nem de exercício de direito de greve que se trata*" (grifos nossos).

Ainda no que tange a esse particular, comenta o mesmo autor na obra citada, tendo em vista o disposto na Lei nº 4.330/64, que regula o direito de greve, "in verbis":

*"Quem dá ensejo a greves ilegais é o maior inimigo do direito de greve. Se, em vez disso, a greve sendo justa e o direito de greve sendo exercido regularmente, caminhou-se para a maior justiça entre os homens, e para maior igualdade. Lê-se no art. 1º: "O direito de greve, reconhecido pelo art. 158 da Constituição Federal (1967), será exercido nos termos da presente lei."*

Em suma, o exercício do direito de greve será limitado pela lei ordinária, sem que com isto o direito constitucional esteja violado.

## II — Doutrina

Entendemos, igualmente, como afirma ARNALDO SUSSEKIND, que "a greve é um fato social". E, como tal, a greve é aceitável quando adotada sob condições estabelecidas em lei, a fim de que se evite o desequilíbrio da ordem pública, e não deixe de ser o *remedium juris* desejável à defesa e conciliação dos interesses dos trabalhadores para tornar-se um fator de desagregação social.

Nesse passo, a despeito da ampliação da política intervencionista do Estado, editando um número sempre crescente de leis trabalhistas, pelas quais se buscava, de um lado o equilíbrio entre o capital e a força de trabalho e, de outro lado, tinha-se em vista combater o desenvolvimento dos movimentos grevistas que a cada dia aumentavam, não só em número como em potencial, a greve revelava, nos dias do passado, ser o instrumento de defesa que mais consultava aos interesses da classe operária. Assim, no passado, o recurso da

greve assumiu seu maior acolhimento pela classe dos trabalhadores no século XIX, cuja evolução da luta culminou com os gravíssimos incidentes do dia 19 de maio de 1886, em Chicago, onde ocorreram algumas mortes e vários feridos entre os trabalhadores, quando a polícia atirou contra mil grevistas nas usinas de McCormick.

Entretanto, alguns entendidos contestam o reconhecimento da greve como um direito. Achem estes poucos autores (SCHELLS, CARNELUTTI, HAURIOU e outros), que se trata de uma violência. Entendem outros que a greve é apenas uma liberdade.

Vale destacar, no entanto, o ponto de vista admirável de SEGADAS VIANNA que assim fundamentou a greve sob o enfoque social: "... é inegável que ela (a greve) tem sua razão de existência sob o aspecto social. O reconhecimento da formação de grupos que têm um interesse próprio e não sendo este apenas a soma dos interesses individuais de seus componentes, a integração desses grupos na coletividade com direitos próprios, com direitos grupais, justifica o fundamento social para a greve".

### III – Abuso do direito de greve

Seja a greve uma liberdade como afirmam alguns, seja um direito reconhecido pela lei, como entende a maioria dos autores, na realidade, porém, é que o problema da greve, nos dias atuais, começa a passar por uma revisão na sua extensão, face ao que podemos caracterizar como *abuso de direito*. Daí as restrições de ordem legal quando se trata de greves cujas causas são preponderantemente *de caráter político, com evidentes repercussões na segurança nacional, ou ainda com relação às greves nos serviços públicos e atividades fundamentais*.

Também não se concebe acolhimento legal à realização de greves sob pretextos ridículos e sem que haja qualquer temor ou respeito às conseqüências maléficas que possam causar tais subversões sociais à coletividade. Cabe aqui destacar o fato de já terem se verificado em nosso País algumas greves desse gênero, isto é, com o espírito deliberado de provocar sérios danos à sociedade brasileira, visando, sobretudo, procrastinar o desenvolvimento nacional.

Em que pese ser a greve considerada como um direito constitucional, mister se faz sejam fixados em lei determinados limites, necessários para que este direito seja exercido de maneira equilibrada e consciente, sem esquecermos as legítimas razões pelas quais tal direito foi instituído.

Por outro lado, para aqueles que entendem ser a greve pura e simplesmente uma liberdade (liberdade de não trabalhar) e que, por isto mesmo, devem os grevistas gozar da tutela do Estado no que respeita à manutenção do seu contrato de trabalho, é bom que aqui se lembre que esta proteção do Estado só será devida quando a greve que motiva a ausência coletiva ao trabalho é reconhecida como legítima e legal, do contrário poderá caracterizar esse ato um desvio de direito, e, assim, não merecerem os grevistas o amparo do Estado em favor de seus interesses como pretendem certos líderes classistas.

Até o advento da Lei nº 4.330, de 1º-6-64, no Brasil, reinava o regime da confusão, no que se refere ao uso do recurso da greve, e, nesse passo, predominava a vontade das minorias atuantes, na maior parte dos casos com o emprego de meios violentos, inteiramente condenáveis por razões óbvias.

Ademais, temos para nós que toda e qualquer paralisação do trabalho por demasiado tempo acarretará sérios prejuízos não somente à economia do País, como principalmente ao bem-estar social. E, nessa razão, cumpre propugnar por todos os meios possíveis no sentido de as partes conflitantes chegarem a um acordo, sob um clima de ordem, já que é impossível de todo ao Estado evitar a deflagração de greves.

É ainda nesse exato ponto que vamos nos ilustrar nos ensinamentos de SEGADAS VIANNA, que nos esclarece, *in verbis*:

“... todo direito tem um limite, dentro do qual os atos são legítimos, além do qual são ilegítimos. E não há por que, no direito de greve, excluir as duas fronteiras, a da legitimidade e a da ilegitimidade.”

#### IV — Greve e Direito

Neste breve estudo sobre o instituto da greve, cumpre ressaltar um dos principais ângulos do problema, isto é, o do *reconhecimento da greve no cenário jurídico*.

Isto porque, muitas das vezes, as partes que participam do conflito de interesses (empregados e empregadores), forçadas pela realidade social e na impossibilidade de acharem uma fórmula mais adequada à situação, isto é, para impedirem a eclosão do movimento grevista, aceitam a greve como solução imediata. Assim, entenderam os governos de muitos países que seria mais aconselhável inseri-la no ordenamento jurídico de seus respectivos Estados, buscando, desta forma, minimizar seus efeitos no campo sócio-econômico. É extremamente difícil implantar a greve no sistema jurídico, tal o seu sentido antijurídico por sua própria natureza. Mas, mesmo assim, a saída foi inscrevê-la nos textos constitucionais, de início, dando-lhe um caráter institucional-legal, e, mais tarde, disciplinando seu exercício através da lei ordinária. Um sinal característico dessa rejeição vamos encontrar no famoso e liberal Código Napoleônico que proibia expressamente a greve.

No entanto, muitos autores concebem que essa saída legal para institucionalizar a greve constitui uma violação ao Direito, no que se revelaram, sobretudo, os países latino-americanos. E, dentre os que admitem a paralisação do trabalho com restrições, podemos citar a França, a Suécia, a Noruega, a Dinamarca, o Canadá, a África do Sul, a Índia e, inclusive, quase todos os Estados latino-americanos. Outros, como a Austrália, Nova Zelândia, Turquia, Egito e Grécia, impõem a arbitragem obrigatória.

Por outro lado, embora enquadrada a greve como um direito, não se chegou a um acordo sobre o seu reconhecimento por qualquer dos ramos do Direito, quanto ao aspecto científico desse instituto, que justifique a sua existência no universo jurídico.

Além disso, a conceituação da greve varia muito de conteúdo nas diversas doutrinas. PROUDHON, por exemplo, chegou ao extremo de afirmar: ...“toda indisciplina dos operários é semelhante ao adultério cometido pela mulher”. LUPO BRETANO e outros, consideram a greve como um recurso do proletariado que deveria ser mantido por meio legal para solução dos seus problemas.

A Igreja, por sua vez, não condena a greve. Mas, alguns pontífices, como Leão XIII, declararam que as greves sempre causam prejuízos enormes, não apenas aos empregadores, como também aos trabalhadores em geral. Por isso mesmo, tais prelados são de opinião de que cabe ao Estado o encargo de evitá-las, afastando com sabedoria as causas que poderiam gerar tais males.

Finalmente, para os mais radicais a greve é uma negação absoluta do direito, desde que a lei assegure meios de conciliação. E, quando isso acontece, dizem eles, devem ser punidos os responsáveis pelas greves e *lock-outs*.

*No Direito Coletivo do Trabalho* — nos leciona SEGADAS VIANNA — a generalidade dos autores se mantém afastada, não obstante a existência de princípios constitucionais e de outras manifestações em direito positivo, da possibilidade de enquadrar a greve como fórmula jurídica. É *direito*, no dizer de PLANIOL; é *abuso de direito*, na opinião de COLSON. Como arremate, declara o mestre:

“O fato é que a greve está reconhecida e incluída nos quadros jurídicos do País, talvez em conseqüência do que AFONSO ARNOS chama de “crise de legalidade”, que espalha uma espécie de satisfação geral, quando não de insurreição generalizada, contra as prescrições do Direito, insuficientes para debelar as dificuldades do presente.”

Por fim, revela-nos com raro brilho:

“O reconhecimento da greve como um direito importante, entretanto, na fixação dos limites em que esse direito pode ser exercido. **Direito de greve, acrescenta, sem limitação de qualquer espécie, só mesmo no Brasil foi defendido, e sem qualquer fundamento, apenas porque havia um receio dos homens públicos de parecerem antidemocráticos e, por isto, calavam-se diante dos que preconizavam a liberdade da greve acima dos direitos e liberdade dos demais.**”

## V — A greve no direito positivo brasileiro

O instituto da greve em nosso direito positivo passou, nas últimas décadas, por constantes e sensíveis alterações, quer no que respeita à sua função social, quer no que se refere ao seu reconhecimento e implantação em nosso ordenamento jurídico.

Na Carta Federal de 1937, a greve foi tida como recurso anti-social, nocivo ao trabalho e ao capital, segundo o disposto em seu art. 139.

Em 1940, surge o Código Penal considerando em seus arts. 200 e 201 ilícita a participação de suspensão ou abandono de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, já se ocupa do abandono e suspensão coletiva do serviço, nos termos de seus arts. 723 a 725, punindo os infratores que assim agirem sem permissão do tribunal competente.

A Conferência Internacional de Chapultepec, em 1945, da qual participou o Brasil, homologou a recomendação do reconhecimento do direito de greve por todos os países ali presentes. E, como resultado desta Conferência, foi expedido o Decreto-Lei nº 9.070, de 11-3-45, que fazia distinção entre atividades acessórias e fundamentais, mantendo a proibição de greve nestas últimas.

A Constituição da República de 1946, art. 158, reconhecia o direito de greve de maneira expressa:

“É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.”

A Lei nº 1.802, de 5-1-53, definindo os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, em seus arts. 13 a 18, estabelece penalidades a quem provocar ou ajudar a paralisação dos serviços públicos, e a funcionários públicos que cessarem, coletivamente, os serviços a seu cargo por motivos políticos ou sociais.

A Lei nº 4.330, de 1º-6-64, regula em geral o exercício do direito de greve, segundo autoriza o permissivo constitucional.

O Decreto-Lei nº 3, de 27-1-66, disciplina as relações jurídicas do pessoal que integra o sistema de atividades portuárias e altera disposições da CLT, especialmente no que se refere à paralisação dos serviços públicos ou de abastecimento.

A Lei Magna de 1967, em seu art. 158, XXI, reconhece, igualmente, o direito de greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º, que não admite a paralisação nos serviços públicos e atividades essenciais.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve o sistema acima estabelecido pela Carta de 1967, segundo prescreve o seu art. 165, XXI.

O Decreto-Lei nº 898, de 29-9-69, capitula como crime contra a segurança nacional, em seus arts. 38 e 39, promover greve ou *lock-out*, que acarreta a paralisação dos serviços públicos ou atividades essenciais, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República, ou ainda incitar a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais.

O Decreto-Lei nº 1.632, de 4-8-78, ainda dispõe sobre a proibição da greve nos serviços públicos ou em atividades essenciais de interesse da segurança nacional, tais como: hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, transportes, bancos etc.

## VI – Proibição da greve de funcionários nos serviços públicos

É pacífico o entendimento, hoje, em toda doutrina e na legislação de quase todos os países, inclusive no Brasil, da proibição da greve de funcionários nos serviços públicos.



A lei, atualmente, é clara e expressa com relação a esse problema. No Brasil, esta matéria vem disciplinada na legislação infra-indicada, cujas normas não deixam dúvidas quanto à vedação constitucional, segundo o disposto no art. 162, da Emenda nº 1, de 1969, "in verbis":

Art. 162 — "Não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei."

*Lei nº 1.802, de 5-1-53* — (Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências):

Art. 13 — "Instigar, preparar, dirigir ou ajudar a paralisação de serviços públicos ou de abastecimento da cidade":

*Pena*: reclusão de 2 a 5 anos.

Art. 18 — "Cessarem, coletivamente, os funcionários públicos os serviços a seu cargo por motivos políticos ou sociais":

*Pena*: detenção de 6 meses a 2 anos, agravada a pena de 1/3 quando se tratar de Diretor de repartição ou Chefe de Serviço.

*Lei nº 4.330, de 1º-6-64* — (Regula o direito de greve, segundo determina a Constituição Federal):

Art. 4º — "A greve não pode ser exercida pelos funcionários e servidores da União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho."

Art. 12 — "Consideram-se fundamentais as atividades nos serviços de água, energia, luz, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga ou descarga, serviço funerário, *hospitais, maternidades*, venda de gêneros alimentícios de primeira necessidade, *farmácias e drogarias*, hotéis e indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional."

(Ver artigos 10, 19, 20, 22 e 27.)

*Decreto-Lei nº 3, de 27-1-66* — (Disciplina relações jurídicas do pessoal que integra o sistema de atividades portuárias, e altera disposições da CLT).

Art. 11 — "Será considerado atentatório à segurança nacional, afora outros casos definidos em lei:

a) instigar, preparar, dirigir ou ajudar a paralisação de serviços públicos concedidos ou não, ou de abastecimento;

b) instigar, publicamente ou não, desobediência coletiva ao cumprimento de lei de ordem pública."

Art. 12 — Ao art. 482 da CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) inclua-se o seguinte parágrafo:

Parágrafo único — "Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática devidamente comprovada, em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional."

*Lei nº 6.620, de 17-12-78* — (Define os crimes contra a Segurança Nacional, estabelece a sistemática para o seu processo e julgamento, e dá outras providências):

Art. 35 — “Promover paralisação ou diminuição do ritmo normal de serviço público ou atividade essencial definida em lei, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República:

*Pena*: reclusão de 1 a 3 anos.

Art. 36 — Incitar:

.....  
V — à paralisação dos serviços públicos, ou atividades essenciais:  
.....

*Pena*: reclusão de 2 a 12 anos.

Parágrafo único — Se, do incitamento, decorrer lesão corporal grave ou morte:

*Pena*: reclusão de 8 a 30 anos.

Art. 37 — Cessarem funcionários públicos, coletivamente, no todo ou em parte, os serviços a seu cargo:

*Pena*: detenção, de 8 meses a 1 ano.

Parágrafo único — Incorrerá nas mesmas penas o funcionário público que, direta ou indiretamente, se solidarizar com os atos de cessação ou paralisação de serviço público ou que contribua para a não-execução ou retardamento do mesmo.”

*Decreto-Lei nº 1.632, de 4-8-78* — (Dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional):

Art. 1º — “São de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República.

§ 1º — Compreendem-se na definição deste artigo a produção, a distribuição e a comercialização.

§ 2º — Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal.”

.....  
Art. 4º — “Cabe ao Ministro do Trabalho o reconhecimento da ocorrência de greve em qualquer das atividades essenciais definidas no art. 1º, para os efeitos deste Decreto-Lei.”  
.....

Art. 6º — “Incorre em falta grave, punível com demissão ou suspensão, o funcionário público que participar de greve ou para ela concorrer.”

Isto posto, hoje também é tranqüilo na doutrina o entendimento no que tange ao conceito de “serviço público”, sobre o que era anteriormente controvertida a conceituação.

A propósito, o Professor THEMÍSTOCLES CAVALCANTI nos esclarece plenamente com a seguinte definição, bastante singular:

“Serviço público é aquele considerado como tal pelo Estado.”

Por conseguinte, sendo o serviço público, como a própria denominação está indicando, um serviço de interesse geral, por isto mesmo, está subordinado ao consagrado princípio de direito: “O interesse particular deve ceder diante do interesse geral.”

JEZZE elucida a questão com grande propriedade:

“Greve e serviço público aparecem como duas noções antagônicas.”

Portanto, a limitação do exercício do direito de greve dos trabalhadores ocupados em serviços públicos se explica pelo fato de que a greve que atinge este gênero de serviços, dentre os quais se encontram em jogo os interesses da comunidade em geral, a sua razão é sempre injusta e arbitrária, sobretudo quando a situação que deu margem à paralisação de tais serviços pode ser contornada mediante arbitragem obrigatória da Justiça.

Invariavelmente, a opinião pública condena e repele os movimentos grevistas no âmbito dos serviços públicos de qualquer natureza, sobretudo naqueles serviços vinculados a transportes, energia e saúde (hospitais, ambulatórios, farmácias e drogarias).

São, como se sabe, atividades consideradas fundamentais e essenciais à vida social. Falta, nessas situações, aos grevistas, força moral para exercer o direito de greve, face aos incalculáveis males que podem causar ao povo em geral e à Nação.

Nesse sentido, vale aqui reproduzir o pensamento de JUAN POZZO, em seu *Derecho del Trabajo*, em que foi bastante categórico:

“A negação do direito de greve, nesses casos, tem seu fundamento em que as paralisações afetam o interesse do público a que tais serviços se destinam e devem ser assegurados.

Por isso, o interesse da coletividade usufrutuária dos serviços públicos é superior ao dos grevistas; *é uma questão mais do que jurídica, é de interdependência social e de bom senso*” (grifamos).

De igual maneira, as greves de cunho político não têm cabimento. Isto porque falta aos grevistas finalidade de reivindicação, que outorgue aos participantes o direito de serem atendidos pelos respectivos empregadores, vez que os seus objetivos visam pressionar autoridades e governos, tendo em vista enfraquecer, quando não, destruir as instituições, cujos erros — quando os há —

devem ser corrigidos através de meios democráticos, segundo a vontade geral do povo, e não apenas de conformidade com critérios manifestados por uma única categoria de classe, a qual representa uma minoria do povo.

## VII – A greve face ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União

O anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-Lei nº 1.713, de 28-10-39) proibia, em seus arts. 226, VII, e 239, X, aos funcionários e servidores públicos federais “incitar greves ou a elas aderirem”, sob pena de serem punidos com “demissão, a bem do serviço público”.

Entretanto, o novo diploma estatutário, Lei nº 1.711, de 28-10-52, em vigor, preferiu não empregar expressamente o vocábulo “greve” entre as faltas graves que dão margem à aplicação da pena de demissão, mas capitulou entre os fatos puníveis com a demissão, no disposto do art. 207, nº IV, sob o *nomen juris* de *insubordinação grave em serviço*.

Evidentemente, essa expressão é bastante abrangente e dispensa, por isto mesmo, nos casos de greve, o vocábulo tradicional para o devido enquadramento disciplinar dos faltosos que, de qualquer forma, se insubordinarem às normas legais.

Claro está, pois, que insubordinação grave em serviço é todo e qualquer ato que possa perturbar a ordem social, não só a greve, como também os atos de sua instigação, como desafio à autoridade e ameaça à ordem pública. Sendo de notar que, via de regra, tais ações são comandadas por agitadores contumazes, que usam de todos os meios para conseguirem a deflagração de uma greve nos serviços públicos com gravíssimas conseqüências, sobretudo, na área de atividades essenciais.

Se, muitas vezes, os funcionários culpados ficam a salvo das penas privativas da liberdade, o mesmo não deve suceder na via administrativa, em que podem ser aplicadas as penalidades disciplinares adequadas aos funcionários faltosos, independentemente dos resultados obtidos nas demais instâncias, penal e civil. Assim entende, pacificamente, a doutrina.

## VIII – A incidência da greve no Direito do Trabalho

A partir do momento em que a Constituição e a lei ordinária consideram a greve no âmbito dos serviços públicos como um ato ilegítimo e ilegal, pode-se assim considerá-la um ilícito civil ou penal face à legislação vigente, que vê na greve um ato subversivo à ordem pública e à segurança nacional. Logo, não poderia o Direito do Trabalho deixar de reconhecer em tais movimentos subversivos da ordem social – através da ausência ao trabalho – também um ato prejudicial aos interesses do empregador e que, assim, caracteriza perfeitamente *justa causa* para ensejar o rompimento do respectivo contrato de trabalho.

Cumpra, pois, ao Ministro do Trabalho o reconhecimento da ocorrência da greve em qualquer das atividades definidas no art. 1º da Lei nº 4.330/64.

Note-se, porém, que o art. 20 e seu parágrafo único, do referido diploma legal, explicitam o seguinte:

Art. 20 — “A greve lícita não rescinde o contrato de trabalho, nem extingue direitos e obrigações dele resultantes.

Parágrafo único — A greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período de sua duração e o cômputo do tempo de paralisação como de trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados total ou parcialmente.”

Logo, sendo a greve ilícita e ilegal, é possível rescindir o contrato de trabalho do grevista.

Nessa mesma razão, as greves podem ser consideradas típicas ou atípicas, segundo a abrangência legal de que forem alvo. As chamadas greves atípicas são tidas como ilegais, vez que ferem frontalmente a lei. Por exemplo:

- a) as que não obedecem aos prazos e condições impostas por lei;
- b) as que reivindicam matéria julgada improcedente pela Justiça do Trabalho;
- c) as que são praticadas na vigência de uma convenção coletiva; de uma sentença normativa ou de um acordo salarial;
- d) as que se realizam no âmbito dos serviços públicos, de atividades essenciais, ou se deflagradas por motivos políticos, partidários, religiosos, sociais ou de solidariedade.

Na ilegalidade da greve deve ser distinguido o *ilícito civil* do *ilícito penal*. Em síntese, a ilegalidade da greve pode gerar dois tipos de responsabilidades: a responsabilidade civil e a penal. Note-se que, em qualquer das duas áreas, o ilícito cometido pelo empregado dará ensejo à ruptura do contrato de trabalho, além de sofrer as penas impostas pela lei penal se esta for infringida.

#### IX — *Legalidade e legitimidade do exercício da greve*

Segundo já nos referimos em item anterior, na Lei nº 4.330, de 1º-6-64, que regula o direito de greve, vamos encontrar definidas e indicadas as condições e a conceituação do exercício legítimo da greve, que pode ser reputada como ilegal *in verbis* (art. 22):

I — se não atendidos os prazos e as condições estabelecidas nesta Lei;

II — se tiver por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano;

III — se deflagrada por motivos políticos, partidários, religiosos, sociais, de apoio ou solidariedade, sem quaisquer reivindicações que interessem, direta ou legitimamente, à categoria profissional;

IV — se tiver por fim alterar condição constante de acordo sindical, convenção coletiva de trabalho, ou decisão normativa da Justiça

do Trabalho em vigor, salvo se tiverem sido modificados substancialmente os fundamentos em que se apóiam.”

Já no que respeita à legitimidade do exercício da greve, vamos encontrar a sua conceituação expressa no art. 2º do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 2º – “Considerar-se-á exercício legítimo da greve a suspensão coletiva e temporária da prestação de serviços a empregador, por deliberação da assembléia geral da entidade sindical representativa da categoria profissional interessada na melhoria ou manutenção das condições de trabalho vigentes na empresa ou empresas correspondentes à categoria, total ou parcialmente, com a indicação prévia e por escrito das reivindicações formuladas pelos empregados, na forma e de acordo com as disposições previstas nesta Lei.”

Assim, claro está que o exercício da greve deve ainda ser autorizado por decisão da assembléia geral da entidade sindical que representar a categoria profissional dos associados, nos termos do art. 5º da supracitada lei.

#### X – *Pressupostos que legitimam o exercício da greve*

Afinal, tanto a lei como a boa doutrina só autorizam os movimentos grevistas quando preenchem todos os requisitos de legalidade, de legitimidade e de justa reivindicação suficientemente capazes de explicar o ato de ausência coletiva do trabalho.

PONTES DE MIRANDA, em seus comentários à Constituição Federal (1967), consubstancia os aspectos fundamentais da permissibilidade do exercício do direito de greve nos seguintes pressupostos, classificando-os sob duas naturezas: *subjetivos* e *objetivos*.

Diz o mestre:

São pressupostos *subjetivos* para o exercício do direito de greve:

- a) serem pessoas físicas os que invoquem o direito de greve;
- b) prestarem os que fazem a greve serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência desse e mediante salário;
- c) *não se tratar de funcionário público ou servidor da União, dos Estados-Membros, Territórios, Municípios ou Autarquias, salvo se o serviço é industrial, o pessoal não recebe remuneração fixada por lei, ou está amparada pela legislação do trabalho* (grifos nossos).

São pressupostos *objetivos* para o exercício do direito de greve os seguintes:

- a) o consistir em suspensão coletiva da prestação de trabalho;
- b) a temporariedade;
- c) o ter havido deliberação da assembléia geral da categoria profissional interessada;
- d) o tratar-se de pretensão à melhoria ou manutenção de cláusulas do contrato de trabalho ou do estabelecimento, ou mudança de

circunstâncias vigentes na empresa ou nas empresas correspondentes à categoria, total ou parcialmente;

e) o ter havido indicação prévia e por escrito nas reivindicações formuladas pelos empregados, na forma e de acordo com o que a lei prevê.

Nas condições acima, facilmente podemos concluir que:

a) a greve será *legal*, quando não violar nenhum dispositivo da legislação vigente, especialmente, o disposto na Lei nº 4.330, de 1º-6-64, que regula o direito de greve, nos termos do permissivo constitucional, art. 165, c/c. art. 162;

e, por outro lado, também será um movimento ilegal se não atender aos pressupostos supracitados;

b) a greve será *legítima*, quando suas origens forem embasadas em iguais preceitos aos que se acham contidos na conceituação de legitimidade da greve, instituídos pelos arts. 2º e 5º da própria Lei nº 4.330/64, e, sobretudo, com base na exigência de que a greve só poderá ser declarada por deliberação da assembléia geral da entidade sindical representativa da categoria profissional interessada nas reivindicações propostas; e, finalmente,

c) a greve será *justa*, quando, afora outras razões admissíveis, pleitear um aumento salarial — ou melhoria de outra natureza — em benefício da própria classe, para minimizar determinada situação aflitiva de toda a classe, notoriamente conhecida ou facilmente comprovável, máxime quando as empresas, ou empresa, empregadoras da respectiva categoria profissional apresentam bons lucros.

#### BIBLIOGRAFIA

VIANNA, Segadas; A. SUSSEKIND e D. MARANHÃO — *Instituições do Direito do Trabalho*, Vol. II, Ed. Freitas Bastos, 1971.

HUBERMAN, Leo — *História da Riqueza do Homem*. Ed. Zahar Editores, 1974.

PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição Federal — 1967*. Ed. Revista dos Tribunais, 1967.

#### LEGISLAÇÃO CONSULTADA

— Constituições: Emenda n.º 1, de 1969; 1967; 1946 e 1937.

— Lei n.º 4.330, de 1.º-6-64.

— Decreto-Lei n.º 898, de 29-9-69.

— Decreto-Lei n.º 3, de 27-1-66.

— Lei n.º 1.802, de 5-1-53.

— Decreto-Lei n.º 1.632, de 4-8-78.

— Decreto-Lei n.º 9.070, de 11-3-45.

— Código Penal — 1940.

— Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) — 1943.

— Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Decreto-Lei n.º 1.713, de 28-10-39, e Lei n.º 1.711, de 28-10-52).

— Lei n.º 6.620, de 17-12-78.

# La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad

ANTONIO BERISTAIN

Director del Departamento de Derecho  
Penal. Facultad de Derecho  
San Sebastián

## SUMARIO

### Delimitación del tema:

- I. **La multa penal en relación con las sanciones privativas de libertad**
  - I.1. Ventajas e inconvenientes de la multa como sustitutivo de las penas privativas de libertad
  - I.2. Sistema de multa global y su relación con las penas privativas de libertad
  - I.3. Sistema de multa temporal y su relación con las penas privativas de libertad
  - I.4. Sistema de días-multa y su relación con las penas privativas de libertad
  - I.5. Conclusiones
- II. **La multa administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad**
  - II.1. Conceptos elementales
  - II.2. Aplicabilidad y aplicación de las multas administrativas en España
  - II.3. Relación de la multa administrativa con las sanciones privativas de libertad
  - II.4. Comentario general
  - II.5. Conclusiones

### Bibliografía consultada.



## DELIMITACIÓN DEL TEMA

El aumento cuantitativo (en la mayoría de los países) y, más aún, la evolución cualitativa de la multa en la teoría, en la legislación y en la práctica judicial contemporánea aconsejan reconsiderar las líneas fundamentales de esta sanción. Sin embargo, los especialistas (excepto en Alemania y en alguna otra nación) no prestan la debida atención al tema, como se refleja, por ejemplo, en los **Abstracts on Criminology and Penology** que, desde enero de 1973 hasta mayo de 1975, sólo reseñan dieciocho artículos sobre la multa (**Fine**). La bibliografía española al respecto es también escasa, más escasa quizá que acerca de otros temas de la "cien-cienta" del Derecho penal: la penología y la ciencia penitenciaria. Algún Tratado — de más de mil seiscientas páginas — de la Parte general del Derecho penal español no dedica a las penas pecuniarias ni una sola página (1).

Esta comunicación se limita a indicar algo acerca de la multa (como pena, no como medida) (2) y su relación con las sanciones privativas de libertad. Consta de dos partes. La primera considera la multa penal como substitutivo ventajoso de muchas penas privativas de libertad y expone los tres sistemas más importantes de multa (el sistema global, el temporal y el de días-multa) y sus relaciones con las sanciones privativas de libertad. La segunda parte analiza y comenta la desmesurada aplicación de la multa administrativa, así como su criticable sustitución por sanciones privativas de libertad.

Al final se formulan unas conclusiones que pueden servir de base para discusiones y estudios posteriores. Especialmente nos parece necesario introducir en la legislación española el sistema de días-multa, sustituir las penas privativas de libertad (sobre todo las de corta duración) por penas pecuniarias, reducir — y controlar judicialmente — las multas administrativas, e investigar empíricamente la eficacia mayor o menor de las sanciones pecuniarias.

### PARTE PRIMERA: LA MULTA PENAL

#### 1. La multa penal en relación con las sanciones privativas de libertad

Casi todos los pueblos, por ejemplo el griego, el romano, el germánico y el franco, en la primera etapa de su evolución histórica, aplican la multa como la pena básica. Posteriormente, esas penas se sustituyen

(1) También en Italia, autorizados penalistas como ANTOLISEI, BETTIOL o NUVOLONE, dedican a la multa muy poco espacio en sus Tratados de Derecho Penal.

(2) Respecto a la multa como medida, cfr. A. BERISTAIN, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo* (Teoría, legislación positiva y realización práctica), Prólogo de MARINO BARBERO SANTOS, Madrid, Reus, 1974, pp. 125 s.

por las corporales (qui non luet in aere, luet in corpore) y, finalmente, por las privativas de libertad (3).

Hoy, esta línea evolutiva se quiebra en la teoría y en la práctica, pues la multa se vuelve a emplear en sustitución de (y más que) las penas privativas de libertad, como veremos en seguida.

### 1.1. Ventajas e inconvenientes de la multa como sustitutivo de las penas privativas de libertad

El mundo de nuestra cultura considera las penas pecuniarias más útiles y más justas que las privativas de libertad. Sobre todo cuando éstas son de corta duración. Muchos especialistas opinan que la multa debe tener más acogida en el Derecho penal y debe imponerse más frecuentemente que las penas privativas de libertad, pues cumple mejor los fines de la pena. Han pasado muchos años desde que Pacheco (4) consideraba la multa como un accidente y un complemento.

La crisis de las sanciones privativas de libertad llega a cuestionar el fundamento y el fin de la prisión en el aspecto que se creía más positivo, el resocializador (5). Hoy se discute, y con sólidos argumentos, la justificación de la tarea resocializadora de la pena en una sociedad injusta (6). Además, se reconoce que la multa, asocializa menos al delincuente, desintegra menos su familia, resulta más efectiva en los autores de delitos económicos y contra la propiedad, y también en los reincidentes (que no pueden habituarse a la multa aunque sí a la prisión) etc. (7)

En favor de las sanciones pecuniarias, y en contra de las privativas de libertad (especialmente de corta duración), influyen también la evolución económico-socio-política, las nuevas concepciones del delito y del delincuente (sobre todo acerca de las infracciones de tráfico), el mayor respeto a la marginalidad social y a la "desviación" como posibles fuen-

(3) J. PINATEL, "La crise pénitentiaire", en *L'Année Sociologique* (1973), 13-67. Blondo BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano, III, Milán, Giuffrè, 1954, páginas 453 ss.* Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pp. 50 s., 1012 ss.

(4) PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Tomo I, Madrid, 1848, p. 431.

(5) Cfr. las ponencias y el debate en la tercera sección (La revisión de conceptos sobre las penas cortas privativas de libertad, la pena de multa y la de inhabilitación) de las Jornadas de Derecho penal (Buenos Aires, 22-27 de agosto de 1960), Buenos Aires, 1962; especialmente la exposición de M. DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, en las pp. 238 ss. y en sentido contrario, QUINTANO RIPOLLÉS, en las pp. 186 ss.

(6) M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir. Naissance de la Prison*, Paris, Gallimard, 1975. F. BUENO ARUS, "En torno al VIII Congreso Internacional de Defensa Social", en *Boletín de Información* (del M. de Justicia), Madrid (25 febrero 1973), pp. 3-12.

(7) F. NOWAKOWSKI, Die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe in der RV 1971 (§§ 36, 45, RV), en *Osterreichische Juristen-Zeitung* (11 enero 1973); 1-5, e *ibidem*, pp. 34-40, especialmente pp. 1 ss.; S. RANIERI, Pena pecuniaria e rieducazione del condannato, en *La Scuola Pos* (1966), pp. 266 ss.; C. F. GROSSO, Le pene pecuniarie di fronte all-art. 27 comma 3.º della Costituzione, en *Rivista Italiana di Diritto e Proced. Penale* (1966), 929-1006.

tes de conflictos enriquecedores — en cierto sentido — de la sociedad<sup>(8)</sup>, la gran importancia concedida a algunos derechos elementales de la persona (intimidad, libertad, propiedad privada etc.), el factor económico (la multa no cuesta, sino que beneficia al erario público), la atención a las víctimas del crimen a las que se puede asistir con el dinero de las multas (que, creemos no deberían engrosar las cajas del Estado, sino un fondo destinado a las víctimas del delito y, quizá, a los delincuentes salidos de la cárcel), la facilidad de subsanar posibles errores judiciales, la mejor individualización, sobre todo judicial, teniendo en cuenta la situación económica del condenado, la fuerza intimidativa de la privación de los bienes económicos en una sociedad como la actual, tan centrada alrededor del dinero etc.

Las multas encuentran (junto a las ventajas hasta ahora indicadas) algunos **desventajas** frente a las penas privativas de libertad. Su inconveniente mayor radica en que no todos los delincuentes pueden pagar la multa, mientras que todos pueden ser privados de libertad. Algunos especialistas critican también la multa porque puede impedir la indemnización a las víctimas, porque viola el principio de personalidad de las penas (pues afecta también a los familiares y puede pagarse por un tercero), y porque incide desigualmente en las personas, ya que varían sus posibilidades económicas, su apego al dinero etc. Algunos opinan que ciertos delincuentes se ven incitados a cometer delitos económicos o contra la propiedad para pagar la multa<sup>(9)</sup>.

Las Investigaciones empíricas acerca del impacto personal y social, y acerca de otros efectos de la multa, no ofrecen todavía datos suficientes para deducir con solidez científica todas las conclusiones que desea el criminólogo<sup>(10)</sup>. Probablemente el influjo intimidante de la multa varía notablemente según la personalidad del delincuente. Los ya profesionalizados en el crimen no sentirán el aguijón de la multa. Sí, en cambio, los que viven en condiciones ordenadas y con cierto prestigio social.

De hecho, en bastantes naciones el porcentaje de las multas supera al de las penas privativas de libertad. Por ejemplo, en Alemania, el año

(8) G. KAISER, *Der Verbrechensbegriff in der Kriminologie*, en G. KAISER *Verkehrdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen, 1970, pp. 118-132. IDEM, "sub voce", *Verbrechensbegriff*, en G. KAISER y otros, *Kleine Kriminologische Wörterbuch*, Friburgo de Br., Herder, 1974, pp. 366 ss. IDEM, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt, M., Athenäum, 1972, pp. 40 y siguientes. Las nuevas concepciones del delito y del delincuente abocan a una mayor aplicación de aquellas penas que inciden menos en la persona misma y en su libertad, por varias razones, y también por subconsciente autodefensa del estamento del legislador.

(9) H. GOPPINGER, *Kriminologie*, 2.<sup>a</sup> ed., München, 1973, p. 271; hay traducción española de M. L. Schwarck e I. Luzarraga, Madrid, Reus, 1975. El posible efecto criminógeno de algunas penas pecuniarias, sobre todo de la confiscación, lo observó ya el P. Márquez. *Cfr. J. MONTES, Precursores de la Ciencia Penal en España*, Madrid, 1911, p. 677.

(10) P. SOFTLEY, *A Survey of Fine Enforcement*. Home Office Research Studies, T. 16. Londres, 1973. M. DAVIES, *Financial Penalties and Probation*. Home Office Research Studies, T. 5, Londres, 1970. W. BUIKHUISEN y D. W. STEENHUIS, *The Effectiveness of Penal Sanctions as an Instrument to Combat Recidivism Among Subjects Convicted for Drunken Driving*, Groningen, 1972.

1882, el 73 por 100 de las penas eran privativas de libertad, el 0,3 por 100 pena de muerte y el 25 por 100 multa; en cambio, durante el año 1970, al 83,95 por 100 de los condenados se les impuso multa, y sólo al 15,94 por 100 privación de libertad como pena principal; en 1971 el 8 por 100 son penas privativas de libertad cumplidas totalmente, el 85 por 100 penas pecuniarias. En Suiza, durante el año 1971, el 15 por 100 de las penas son privativas de libertad cumplidas totalmente, el 29 por 100 privativas de libertad suspendidas en prueba, y el 55 por 100 pecuniarias. En Austria, de todas las penas impuestas durante el año 1967, el 57 por 100 fueron multas, y el año 1970 el 54 por 100. Según un informe de las Naciones Unidas acerca de los jóvenes delincuentes, en Japón más del 90 por 100 de todas las sanciones son multas, y en Suecia el 95 por 100. El 75 por 100 de todas las penas en los Estados Unidos son pecuniarias, y en Gran Bretaña más del 80 por 100 <sup>(11)</sup>. En España, las estadísticas judiciales publicadas <sup>(12)</sup> constatan que durante el año 1969 en los Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz de un total de 149.137 condenas, 106.379 corresponden a multa y 5.304 a arresto y multa; en los Juzgados de Instrucción, de un total de 22.068 delitos sancionados, 14.971 lo fueron con multa, y de un total de 20.500 delincuentes condenados, 13.531 lo fueron asimismo con multa. Durante el mismo año, a los 39.292 delitos sancionados en las Audiencias Provinciales y en los Juzgados de Instrucción correspondieron 18.583 penas de multa; a los 36.164 delincuentes condenados en esas Audiencias y en esos Juzgados les fueron impuestas 16.529 multas.

Después de esta reflexión sobre las ventajas y los inconvenientes, en general, de la sustitución de las penas privativas de libertad por la multa, conviene añadir unas consideraciones sobre los tres sistemas más importantes (de multa global, de multa temporal y de días-multa) y sus peculiares ventajas e inconvenientes como sustitutivos de las penas privativas de libertad.

## 1.2. Sistema de multa global y su relación con las penas privativas de libertad

Denominamos sistema global (Gesamtsummensystem) de multa al tradicional, según el cual el juez condena a una cantidad concreta, una suma global, que resulta de conjugar dos coordenadas: la gravedad del delito y la situación económica del delincuente.

Según la gravedad del hecho culpable, el Código penal señala los topes mínimos y máximo al arbitrio del Tribunal; y éste en el momento de fijar la suma global tiene en cuenta no sólo las circunstancias ate-

(11) R. MOOS, *Die Reformbewegung des Strafrechts in Österreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, en *Festschrift für W. Wilburg*, Graz, Leykam, 1975, pp. 269 s. KAISER, *Kriminologie*, 2.ª ed., Munich, 1973, página 270; N. WALKER, *Crime and Punishment in Britain*, 2.ª ed., Edinburgo, 1968, pp. 164 ss.

(12) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadísticas Judiciales de España, Año 1969*, Madrid, 1973, pp. 33, 40, 57, 82. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1974, pp. 80, 771.

nuantes y agravantes, sino principalmente la condición económica del condenado.

Este sistema lo siguen muchos Códigos penales y lo propugnan muchos teóricos. Entre los Códigos que (con más o menos peculiaridades) adoptan el sistema de multa global pueden citarse el español de 1848 (art. 75), de 1870 (art. 84), de 1928 (art. 160), de 1932 (art. 69) y el texto refundido de 1973 actualmente en vigor (art. 63); el italiano de 1930, el polaco de 1932, el colombiano de 1936 (art. 50), el checoslovaco de 1950, el yugoslavo de 1951, los soviéticos de 1922, de 1927 y actual de 1960 (art. 36, con rasgos peculiares) <sup>(13)</sup>, el de Suiza de 1937 etcétera.

Tradicionalmente los penalistas, por ejemplo BOUZAT, CARRANCA TRUJILLO, DONNEDIEU DE VABRES, JEAN GRAVEN, M. ALI HASSAN, CARL STOOSS etcétera, se muestran partidarios del sistema global de multa.

STOOSS opinaba que, en este tema, la solución mejor es la más sencilla. Por eso, en el Anteproyecto suizo de 1893, establece simplemente que la multa debe proporcionarse a los recursos del condenado. De modo semejante se manifiesta años después, al comentar el Código penal austriaco <sup>(14)</sup>. MAGNOL se inclinó por una solución similar en el Congreso d Londres de 1921, al opinar que se deje al juez cierta libertad para, **ex aequo et bono**, acomodar la multa a la fortuna del reo. NEYMARK, de acuerdo con SEIDLER, propugnaba como ideal que la multa se proporcionase (dentro de los límites legales) progresivamente a la situación económica del delincuente. Para lograrlo, el juez individualizará — dice — la cuantía de la multa (de modo semejante a como individualiza la duración de las penas privativas de libertad) teniendo en cuenta no sólo la renta del condenado, sino también todos los factores que pueden incidir en su situación económica: cargas familiares, deudas, salud, edad, medio de trabajo etc., de manera que la multa produzca el mismo efecto en delincuentes de la misma responsabilidad. Como medida práctica aconsejaba introducir en la parte general del Código penal la norma siguiente; “el juez fijará la cuantía de la multa después de haber examinado y tomado en consideración la situación económica del delincuente, así como las circunstancias que influyan en dicha situación, particularmente la capacidad de ganarse su vida”. El juez — añade — debe motivar su decisión <sup>(15)</sup>.

JEAN GRAVEN, en su **Plan général d'un système de prévention du crime et traitement des délinquants**, presentado al Secretario de las Naciones Unidas, propone que la multa debe fijarse en cada caso — dentro de un límite mínimo muy bajo y de un máximo muy alto — teniendo en

(13) ZDRAVOMISLOV, SCHEIDER, KELINA y RASHKOVSKAIA, *Derecho Penal Soviético*, Trad. de N. de la Mora y J. Guerrero, Bogotá, Temis, 1970, pp. 318 y siguientes, 487 ss., 528 s., 563 s.

(14) CARL STOOSS, *Lehrbuch des Osterreichischen Strafrechts*, 2.ª ed., Viena, 1913, pp. 227 s.

(15) E. NEYMARK, “La peine d’amende”, en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* (nov. 1928), pp. 929-962 (dic. 1928), pp. 1.053-1.094, espec. páginas 950 s.

cuenta la situación personal, profesional y familiar del condenado, de sus recursos, de sus ganancias, de sus cargas, en una palabra, de sus posibilidades reales (16).

MOHAMED ALI HASSAN (17) opina que la cuantía de la multa no debe ser la misma para todos los autores de un delito, ni proporcionada al perjuicio causado; el juez debe poder tomar en consideración los diferentes elementos susceptibles de influenciar en la medida de la pena (gravedad del acto, culpabilidad del autor etc.); la parte general del Código debe establecer un límite mínimo muy bajo y un límite máximo muy alto: para los delitos cometidos con afán de lucro el juez debe poder rebasar el límite máximo, pero tomando en consideración la capacidad real del condenado, de manera que no le produzca la ruina; el juez debe establecer la cuantía de la multa con un criterio proporcional a las posibilidades reales del condenado (situación personal, profesional y familiar; recursos, ganancias etc.). En resumen, HASSAN considera preferible el sistema seguido por el Código penal suizo, vigente en la actualidad, en su artículo 48, núm. 2, que dice: "El juez fijará la cuantía de la multa según la situación del condenado, de manera que la pérdida que sufra constituya una pena correspondiente a su culpabilidad".

"Para apreciar la situación del condenado, el juez tendrá en cuenta principalmente los elementos siguientes: renta y capital, estado civil y cargas familiares, profesión y ganancia profesional, edad y estado de salud".

Hasta comienzos de este siglo, algunos penalistas critican el sistema de multa global (y los demás sistemas que tienen en cuenta la situación económica del reo), porque — según ellos — a delitos iguales deben corresponder penas iguales, ya que, de lo contrario, resultan sanciones más graves a los acaudalados que a los pobres. Recientemente, también opinan así LORENZO SIMEONE, en la *Enciclopedia Cattolica* (18). No admitimos esta objeción porque el principio de igualdad de todos ante la ley y ante las penas no excluye (ni se opone a) la individualización legal, judicial y penitenciaria.

Ahora sería el momento de comentar los problemas del sistema de multa global tal y como se regula concretamente en el Código penal español: oscuridad en la frase "pena principal y única" del artículo 28, límite mínimo de la multa por delitos, criterios para establecer el caudal o facultades del culpable (art. 63), naturaleza jurídica de la responsabilidad personal subsidiaria (¿pena?, ¿opción del reo?), posibilidad de pago

(16) J. GRAVEN, "Plan général d'un système de prévention du crime et de traitement des délinquants", en *Revue Int. de Droit Pénal* (1949), núms. 3-4, páginas 336 ss. Parecidamente se expresó el mismo GRAVEN en las Jornadas de Buenos Aires del año 1960. Cfr. *Jornadas...*, pp. 172.

(17) MOHAMED ALI HASSAN, *L'Amende Pénale dans les Droits Modernes et Spécialement dans le Code Pénal Suisse*, Paris, Lib. gén. droit et Jurispr. 1959, páginas 109 ss., 258.

(18) LORENZO SIMEONE, *sub voce*, Multa, en *Enciclopedia Cattolica*, T. VIII, Firenze, s. f. (posterior a febrero de 1952, fecha del "imprimatur"), columnas 1.509-1.511. Respecto al artículo 24 del Código penal italiano formula semejantes críticas BETTIOL, *Diritto Penale*, 8.ª ed., Padova, 1973, p. 721.

por tercera persona etc. (19). Pero no es ahora el momento para poner retazos a este paño tan viejo. Además, creemos preferible reestructurar toda la institución imitando inteligentemente (no copiando literalmente) los sistemas modernos de otras naciones. Para esta tarea pueden ayudar las observaciones siguientes acerca del sistema de multa temporal y del sistema de días-multa.

Antes de pasar a la multa temporal parece oportuno indicar que el sistema de multa global puede dar pie a injusticias en el supuesto de impago, si se establece una cantidad fija de dinero como módulo para determinar la duración de la responsabilidad personal subsidiaria, como, por ejemplo, en el artículo 49, núm. 3, del Código penal suizo actualmente en vigor, y como en los artículos 50 y 624 del Código penal español de 1870. Este resultado injusto se dará frecuentemente si se regula la responsabilidad personal subsidiaria como una opción del condenado. También se dará, aunque con menos frecuencia, en casos de impago por empobrecimiento posterior a la sentencia y anterior al desembolso de la multa.

### 1.3. Sistema de multa temporal y su relación con las penas privativas de libertad

Por los años sesenta se propuso, en Alemania, el sistema de multa denominada **Laufzeitgeldstrafe**, que podemos traducir como multa duradera, o multa temporal, o multa escalonada. El primer pionero de tal sistema fue BAUMANN, en su Proyecto de un Código penal, Parte general (1963), parágrafo 35 (20). Lo propugna como medio muy apto para sustituir las penas privativas de libertad de corta duración.

Según BAUMANN la ley establece un número de días, semanas, meses-tipo (o porción) de multa que corresponde a cada delito. El juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo o porción teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que (de sus ganancias) le quede la cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales. La multa no se paga de una vez, sino a lo largo del tiempo, en plazos fijos, según los ingresos del delincuente. De esta manera la multa "dura" y se va escalonando un determinado tiempo (un mínimo de un día y un máximo de noventa meses, en el § 35 del Proyecto de Código penal de Baumann), y en ese período el delincuente sólo dispone de una parte mínima de su salario.

Este sistema de multa tiene algunos puntos parecidos, pero difiere sustancialmente del método de pago, regulado en el artículo 179 del Código penal español de 1928.

(19) A. BERISTAIN, *sub voce*, Multa Pénal, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, Tomo XVI.

(20) J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuches* (AT) Tübingen, 1963. Mohr, 1963. IDEM, "Von den Möglichkeiten einer Laufzeitgeldstrafe", en IDEM, *Kleine Streitschriften zur Strafrechtserform*, Bielefeld, 1965, pp. 61 ss.

El Proyecto Alternativo alemán de 1966, en su parte general acoge este sistema en sus parágrafos 49 y ss. El parágrafo 49 dice así:

**“§ 49 — Medida y cantidad de los tipos de multas**

1 — La multa será impuesta en días-semanas o meses-tipo. Su importe mínimo es de un día-tipo y el máximo de veinticuatro meses-tipo.

2 — La medida del día-semana o mes-tipo la determina el tribunal tomando en consideración las relaciones personales y económicas del autor en el momento de dictar sentencia. Los tipos serán calculados en forma que le quede al autor al menos el importe salarial para su mínimo de existencia. El importe mínimo del día-tipo es de cinco marcos, el de la semana-tipo de treinta y cinco marcos y el del mes-tipo de ciento cincuenta marcos.

3 — Se establecerán los fundamentos de la medida cuando el autor no proporcione ningún informe satisfactorio sobre sus ingresos, patrimonio u otro criterio para la determinación del tipo. El tribunal podrá también solicitar informes de oficinas impositivas y bancos.

4 — En la decisión se darán tanto el número y la medida del tipo de multa, como también el tiempo de pago. El tiempo de pago se determina conforme a los respectivos accesos a los ingresos. Los tipos semanales se pagan semanalmente y los mensuales mensualmente” (21).

Con este sistema se pretende estructurar la multa como pena limitativa del “standard” de vida, reduciendo al delincuente durante un período de tiempo su dinero, que es libertad objetivada, signo de nivel social y posibilidad de adquirir los bienes que desea. Este descenso en el “standard” económico-social debe perdurar durante algún tiempo, como las penas privativas de libertad, para lograr la prevención general y la especial (22).

La semejanza temporal de la multa a las penas privativas de libertad facilita más la sustitución entre ambas. El Proyecto Alternativo regula las sustituciones en los parágrafos 50 y 53:

(21) Traducción de Raul ZAFFARONI, en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, núm. 14 (jul-sept. 1974), pp. 99 ss.

(22) J. BAUMANN y M. MELZER, “Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et qu’instrument d’une individualisation pénale efficace”, en *Les Techniques de l’individualisation Judiciaire*, VIII Congrès International de Défense Sociale, Milán, 1971, pp. 312-327. J. BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Neuwied, Berlin, Luchterhand, 1968. J. BAUMANN, “Besteht heute die Möglichkeit, die Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zu beseitigen?”, en *Weitere Stralschriften zur Strafrechtsreform*, Bielefeld, 1969, pp. 54 ss. Traduc. en español por E. BACIGALUPO, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en homenaje al profesor Jiménez de Asúa. Buenos Aires, 1970, pp. 1 ss.



## “§ 50 — Multa en lugar de pena privativa de libertad

1 — En lugar de una pena privativa de libertad hasta un año se impondrá multa, aunque la ley sólo amenace pena privativa de libertad, cuando el fin de la pena pueda ser alcanzado con una multa.

2 — En lugar de un día de pena privativa de libertad, se aplica un día-tipo.”

## § 53 — Pena privativa de libertad sustitutiva

1 — En lugar de una multa no solventada se aplica una pena privativa de libertad sustitutiva. Un día-tipo corresponde a un día de pena privativa de libertad. No es de aplicación el § 63, párrafo 1. El condenado puede evitar la ejecución de la pena privativa de libertad sustitutiva en cualquier tiempo, regularmente sólo una vez, haciendo el correspondiente pago o mediante la propuesta conforme al § 52, párrafo 1.

2 — Vale en lo pertinente lo dispuesto para cuando el condenado no efectúa el trabajo de utilidad común, conforme al § 52, en forma culpable. Esta pena privativa de libertad sustitutiva no puede evitarse mediante pago o trabajo de utilidad común.

3 — La pena sustitutiva de libertad será ejecutada, conforme a las posibilidades, en establecimientos abiertos o semiabiertos. En lo restante, son de aplicación los §§ 37 a 39, en lo pertinente” (21).

La multa temporal, en comparación con las penas privativas de libertad, presenta todas las **ventajas** mencionadas hasta aquí, respecto a la multa general, y casi todas las que diremos en seguida, al comentar el sistema de días-multa. Ahora, sin entrar en ampliar explicaciones, únicamente afirmamos que supera o mejora al sistema global en varios aspectos. Al no exigir entregar la cantidad total de una sola vez, serán menos los impagos, pues aun los pobres podrán entregar periódicamente sus cuotas. Pero presenta algunos inconvenientes (23), sobre todo el de requerir mucho trabajo burocrático. En resumen, prácticamente (prescindimos de las consideraciones teóricas) (24) parece menos apropiado a las necesidades de hoy que el sistema de días-multa.

(23) H. H. JESCHECK, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (AT), en *ZStW* (1968), pp. 54 ss., especialmente p. 64. LACKNER, Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung, en *Juristenzeitung* (1963), pp. 617 ss., especialmente, 619. IDEM, Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege, en *Juristenzeitung* (1967), pp. 513 ss. Cfr. J. BAUMANN, ¿Existe actualmente la posibilidad...?, en *Problemas Actuales...*, 1970, pp. 18 ss.

(24) A. BERISTAIN, *Observaciones acerca de las Lesiones en el Derecho Penal Español y comparado*, Madrid, Reus, 1971, pp. 83 s.

#### 1.4. Sistema de días-multa y su relación con las penas privativas de libertad

La teoría del sistema de días-multa, tal como se regula en varias naciones, nace a comienzos de siglo, gracias especialmente a los trabajos publicados sobre el tema por CARL TORP, en 1900, y JOHAN THYREN, en 1910. Antecedentes de sus ideas pueden encontrarse, años antes, en otros penalistas como FILANGIERI, BENTHAN y VON LISZT (Congreso de Christiana, del año 1891), y en el Código penal brasileño, de 16 de diciembre de 1830 (art. 55), y en los portugueses de 1852 (art. 41), y de 1886 (art. 67) <sup>(25)</sup>.

La nación que primero adoptó este sistema fue Finlandia, el año 1921. Suecia lo introdujo en 1931 y Dinamarca en 1939. Los otros dos países vecinos, Noruega e Islandia, no lo han adoptado todavía. Cuba introdujo este sistema el año 1936 (art. 56 del Código de Defensa Social). Se regula también en el Código penal peruano de 1924 (art. 20), en el brasileño de 1969 (\*) (art. 44), en el costarricense de 1971 (que entró en vigor el 6 de enero de 1972) y en el boliviano de 1972 (art. 29). Se ha introducido en Alemania (en la parte general del Código penal que entró en vigor el 1º de enero de 1975). Esta innovación fue admitida por gran mayoría y encuentra numerosos defensores, entre los que merecen citarse TRÖNDLE y ZIPF. También se ha introducido en el Código penal austríaco vigente asimismo desde 1º de enero de 1975.

Ya admitía este sistema el Proyecto alemán (gubernamental) de la Parte General de un Código penal redactado con arreglo a las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho penal, en primera lectura (terminado en diciembre de 1956), en sus párrafos 56-61, y posteriormente el Proyecto austríaco (gubernamental) de 1971, en su párrafo 19 <sup>(26)</sup>. También lo admitió el Anteproyecto del profesor S. SOLER, para la República Argentina (arts. 59 y 73). En cambio, la reforma suiza de 18 de marzo de 1971 mantiene el sistema global tradicional.

Respecto al campo de aplicación, a los sustitutivos, a la formulación del módulo etc., median bastantes diferencias entre las diversas formulaciones legales. Sin embargo, el núcleo central del sistema permanece el mismo. Consiste en determinar la importancia o gravedad de la multa, no por una suma de dinero, sino por un número de "días", según la

---

(25) GOLDSCHMIDT, Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs, en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, T. IV, Berlin, 1908, pp. 398-411, especialmente pp. 403 y siguientes; MITTERMAIER, Das Tagesbussensystem in Skandinavien, en *ZStW* (1936), pp. 646 ss. ZIPF, Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Rech, en *ZStW* (1965), pp. 526 ss.

El Código penal portugués (de 1886) regula los días-multa en el artículo 63, según la formulación introducida por la Ley 184/72, de 31 de mayo.

(26) F. NOWAKOWSKI, Das Tagesbussensystem nach §. 19 der Regierungsvorlage (1971) eines Strafrechtbuches, en *Osterreichische Juristen-Zeitung* (21 abril 1972), pp. 197-204; R. Moss, Die Reformbewegung des Strafrechts in Osterreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, en *Festschrift für W. Wilburg zum 70. Geburtstag*, Graz, Leykam, 1975, pp. 253-287.

(\*) NR.: Decreto-Lei n.º 1.004/69 revogado ainda em *vacatio legis*, permanecendo em vigor o Código de 1940.

gravedad del delito. Cada "día" equivaldrá a una concreta cantidad de dinero, según la posición económica del condenado.

La ley debe fijar el número de días-multa que se impone como pena a cada delito, según la gravedad de éste. Establecerá un número igual (o, mejor dicho, proporcionalmente igual) al de días que le correspondería de privación de libertad si se le aplicase esta pena. Este punto resulta fácil de regular legalmente. En Suecia, por ejemplo, a quien conduce un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (entre 0,5 y 1,5 por 1.000 de alcohol en la sangre) se le impone una pena de cuarenta a cien días-multa. Generalmente, los Códigos penales, en su parte general, establecen un número máximo de días-multa: en Finlandia y en Suecia, ciento veinte; en Dinamarca sesenta, y en caso de concurso puede llegar hasta noventa. En Costa Rica y en Austria trescientos sesenta. Alemania fija como máximo trescientos sesenta días y como mínimo cinco días. Los Códigos de las otras naciones antes citadas admiten también un día, como mínimo. Bolivia de uno a quinientos días-multa (art. 29).

La cuantía económica de cada día-multa ha de fijarla el Tribunal, según determinadas circunstancias económicas de cada delincuente, dentro de los criterios y los límites (sin duda amplios) que establezca la ley. En Alemania puede oscilar de dos marcos a diez mil marcos, en Suecia de dos coronas a cinco mil coronas, en Austria de veinte schillings a tres mil schillings, en Dinamarca sólo hay un mínimo de dos coronas, pero no hay máximo legal, en Finlandia, en Costa Rica y en Bolivia ni máximo ni mínimo. (En Bolivia, el importe de un día-multa no puede sobrepasar el monto de la entrada diaria del condenado.)

Según algunos especialistas, como ZIPF <sup>(27)</sup>, el Tribunal ha de determinar en cada caso concreto la cuantía de un día-multa, de manera que el autor (al deducirle esa cantidad de lo que se calcula como ingreso diario neto) le quede una suma suficiente para los gastos indispensables. Strahl <sup>(28)</sup> opina que la tesis de que el día-multa se calcula según la cantidad que el delincuente puede economizar por día no pertenece a la esencia del sistema, pues la legislación danesa y la finlandesa se apartan en este punto de la sueca. Considera esencial que el día-multa sea tal que multiplicado por el número de días multa resulte una suma suficiente para el supuesto concreto. En opinión de THYREN, la multa debe proporcionarse, no al patrimonio ni a la renta, sino, a las posibilidades de desembolso, a los recursos económicos reales en la medida en que sea posible constatarlos. JORGE FRÍAS CABALLERO <sup>(29)</sup> opina, atinadamente, que debe tenerse en cuenta no ya la renta, u otro elemento pecuniario equivalente o semejante, sino todos aquellos factores de una u otra índole que incidan en la situación económica del condenado, de tal

(27) H. ZIPF, "Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland", en *ZStW* (1974), pp. 513 ss.

(28) STRAHL, "Les jours amendes dans les pays nordiques", en *Rev. Scienc. Crim. Droit Pén. Comp.* (1951), pp. 59 ss.

(29) J. FRIAS CABALLERO, en *Jornadas de Derecho Penal...*, Buenos Aires, 1962, p. 206.

modo que se parta de sus posibilidades reales de pago, esto es, de su efectiva capacidad para soportar la multa y sufrirla como tal.

Respecto a los medios para conocer la capacidad económica del condenado se tiende, en general, a dar crédito a sus declaraciones, con posibilidad de disponer de medios para comprobarlas, cuando haya dudas fundadas acerca de su credibilidad <sup>(30)</sup>.

Después de haber indicado estas opiniones teóricas respecto a la manera de fijar en cada supuesto la cuantía de un día-multa, conviene transcribir ahora las **regulaciones legales** contemporáneas más importantes. Los especialistas discuten si la ley debe regular el módulo día-multa con más o menos detalle. En teoría, se proponen especialmente cuatro principios orientadores: el de disminución (Einbusseprinzip), el de limitación del embargo (bienes exceptuados de embargo, cfr. Ley Enjuiciamiento Civil, arts. 1.449 y 1.451), el de gastos mínimos y el de ingresos netos.

1. Según el párrafo 40, párrafo 2, del Código penal alemán de 1975, la cuantía de un día-multa la determina el Tribunal, teniendo en cuenta las relaciones económicas y personales del autor. Esta fórmula legal se aclaró algo en la "Fundamentación" (del Código) al decir que "el día-multa es la cantidad de dinero que, como término medio, se le puede descontar diariamente al autor, de acuerdo con sus ingresos, sus bienes de fortuna utilizables, su estilo de vida real, teniendo en cuenta sus obligaciones de mantenimiento y de gastos normales, así como su estado personal".

2. La Comisión del Ministerio Federal de Justicia de Alemania, en el Proyecto para una nueva redacción del párrafo 40, párrafo 2 (Proyecto de Reforma, 1972) establece que la cuantía del día-multa normalmente equivale al ingreso neto que el autor tiene o puede tener en un día. El Tribunal debe considerar también su fortuna, sus obligaciones (esencialmente los deberes de alimentos) y, además, si es necesario, debe conceder plazos de pago para evitar durezas excesivas.

3. Según el párrafo 19, párrafo 2, del Proyecto gubernamental austriaco de 1971, la cuantía del día-multa se calcula de manera que equivalga a lo que por término medio puede gastar diariamente para sí el autor, considerando su potencia económica, en especial sus rentas, y su fortuna en cuanto pueden ser calculadas, y también su posibilidad de obtener más ingresos mediante exigible trabajo adquisitivo. El texto aprobado del nuevo Código penal, de 23 de enero de 1974, que entró en vigor el primero de enero de 1975, dice que "El día-multa se calculará según las relaciones personales y las facultades económicas del delincuente en el del juicio en primera instancia".

4. Según el artículo 29, párrafo 2º, del Código penal boliviano de 1972, "el importe de un día-multa será determinado prudencialmente

(30) Emilio DOLCINI, "Le pene pecuniarie como alternativa alle pene detentive brevi," en *Jus, Rivista de Science Giuridiche* (diciembre 1974), pp. 529-556.

por el juez tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada diaria del mismo”.

5. La fórmula del Código penal brasileño, de 21 de octubre de 1969, en su artículo 44, párrafo único, es sencilla: “El montante del día-multa se fija según el prudente arbitrio del juez, pero no puede ser inferior al valor de su trigésima parte del salario mínimo, ni superior a una tercera parte de él”. (\*)

6. El artículo 53 del Código penal costarricense dice: “... El importe del día-multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el juez considere apropiados. Si el condenado viviere exclusivamente de su trabajo, el día-multa no podrá exceder del monto de su salario diario...”.

En la **práctica**, en Suecia, los Tribunales generalmente consideran como base la milésima parte de la renta anual neta del condenado. Esa cantidad así obtenida la elevan (si el autor posee otros bienes o si no tiene gastos especiales, ni personas a su cargo), y, al contrario, la rebajan (si el condenado tiene deudas o mucha familia que sostener). El Tribunal suele recibir informes de la policía acerca de la situación del condenado.

Pasamos ahora a considerar brevemente los principales **aspectos positivos y negativos** de este sistema, especialmente **en relación con las penas privativas de libertad**.

Probablemente la principal ventaja sea la posibilidad de que un solo dato (el número de días-multa) sirve para graduar la gravedad de la pena, para fijar la cuantía dineraria de la multa y la duración — en caso de impago — de la responsabilidad personal subsidiaria (pena privativa de libertad, prestación — en libertad — de unidades de trabajo, etcétera), para calcular automáticamente la parte de multa que puede considerarse pagada si el delincuente permaneció en prisión preventiva algún tiempo <sup>(31)</sup>, y para la manifestación pública de la gravedad del delito y de la pena correspondiente. Esta última faceta no se logra en el sistema de multa global pues, al fijar el juez la cuantía numéricamente según las condiciones económicas del autor, no aparece la gravedad de la pena. En cambio, cuando el juez, dentro del margen que le concede la individualización legal, determina el número concreto de **días-multa**, como esta cifra es independiente de las condiciones económicas del reo, la sentencia manifiesta el grado de desvalor del delito.

El sistema de días-multa, además, soluciona mejor que los otros el problema tan general y grave del impago de la multa. Por una parte, limita

(31) En el supuesto de que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se abone para el cumplimiento de la multa penal o administrativa. Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Die Untersuchungshaft im Deutschen und Internationalem Recht*, Bonn, 1971, que contiene también el estudio relativo a España de H. MATTES, *La Prisión Preventiva en España*, trad. de M. Gurdíel, prólogo de RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1975.

los supuestos de insolvencia al determinar la cuantía según los ingresos diarios. De hecho, en Suecia, se ha logrado reducir al mínimo el número de delincuentes que no satisfacen la multa. El año 1971, de 253.896 personas condenadas a multa, solamente trece no pagaron. Por otra parte, en los escasos supuestos de impago este sistema determina automáticamente (con el número de días-multa) la duración de la responsabilidad personal subsidiaria.

El Código penal alemán establece para los casos de impago la proporción de un día de privación de libertad por cada día-multa. El mismo criterio rige en la legislación sueca, la danesa, la finlandesa, la brasileña (\*) (art. 50), la costarricense (art. 56) y la boliviana (art. 32, "siendo solvente"). En el Código penal austriaco un día de privación de libertad equivale a dos de multa (parágrafo 19, párrafo 3).

No parece justa la proporción igualitaria, pues perjudica a quien carece de medios económicos, ya que durante el mismo tiempo le priva de una parte de su ganancia, sino de toda su ganancia y, además, de su libertad. Más equitativo sería establecer la relación de un día de privación de libertad por tres de días-multa.

Este sistema presenta también algunas **dificultades**. Sobre todo para calcular las posibilidades y las obligaciones económicas del reo. Las peculiaridades psico-sociológicas de algunos pueblos y la realidad de la administración de su sistema administrativo y judicial pueden hacer fracasar el mejor sistema (32). Pero, esta dificultad es parecida en cualquier otro sistema de multa, excepto si se prescinde de las diferencias económicas personales y se determina la cantidad fijándose únicamente en la gravedad de la infracción, de manera que pague lo mismo el rico que el pobre. Si se pretende sancionar en justicia, toda pena de multa exige que los jueces se esfuercen por conocer el caudal o facultades del culpable y motiven su decisión al respecto. Esta motivación en algunos países, como España, viene exigida por ley (art. 63), de manera que, si se omite, puede recurrirse en casación.

### 1.5. Conclusiones

1. El Código penal español debe introducir en su libro I el sistema de días-multa.

2. El Código penal establecerá los topes mínimo y máximo de cada día-multa (quizá convenga fijarlos de 50 pesetas a 20.000 pesetas) y los límites del número de días-multa imponibles (quizá de dos a trescientos sesenta días-multa).

3. La cuantía concreta de un día-multa debe determinarla el tribunal (y motivarla) teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que de sus ingresos diarios (entendidos globalmente: salario,

(32) Cfr. CARRANCA y TRUJILLO, en *Jornadas de Derecho Penal...*, Buenos Aires, p. 218; P. BOUZAT (y J. PINATEL), *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, 2.<sup>a</sup> ed., Tomo I, Paris, 1970, p. 583.

rentas etc.) sólo le quede lo mínimo necesario para cumplir sus obligaciones cotidianas.

4. El Código penal español, en sus libros II y III, debe sustituir casi todas las penas privativas de libertad de corta duración (de menos de seis meses) por penas pecuniarias.

Y, aun en supuestos de penas más graves, debe establecer también penas pecuniarias como pena compuesta con otras sanciones, o como pena alternativa.

5. Conviene fomentar investigaciones criminológicas acerca de la eficacia mayor o menor de las sanciones pecuniarias.

## PARTE SEGUNDA: LA MULTA ADMINISTRATIVA

### II. La multa administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad.

La importancia y el volumen cada día mayores de la multa administrativa merecen una reflexión sobre su aplicabilidad y sobre su relación con la pena privativa de libertad. Después formularemos algunas consideraciones críticas y terminaremos con unas conclusiones **de lege ferenda**. Antes de entrar en el tema conviene recordar algunos conceptos elementales.

#### II. 1. Conceptos elementales

Difícilmente se encuentra, en los especialistas del Derecho Administrativo, una definición clara y completa de la sanción administrativa. Se puede describir, en general, como la sanción impuesta por la autoridad gubernativa a sus administrados, de plano, sin forma de juicio, con motivo de las infracciones de policía, subordinación y buen orden a tenor de las leyes correspondientes <sup>(33)</sup>. Según el **Diccionario de la Legislación y del Enjuiciamiento** <sup>(34)</sup>, en el año 1865, en España las multas gubernativas eran las que no excedían de los mil reales, y las multas penales las que pasaban de esa cantidad. Dentro de las sanciones gubernativas se incluyen las disciplinarias.

Todos los comentaristas coinciden en que la multa es la sanción gubernativa más típica, más frecuente y más importante; más, desde luego, que las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, que las expulsiones de una corporación, etc. Sin embargo, resulta difícil formular

(33) Cfr. G. LLAMPIS, *sub voce*, Pene pecuniarie, en **Nuovo Digesto Italiano**, T. IX, Turín, 1939, pp. 700 ss. Mauro MIGUEL Y ROMERO, *sub voce*, Multa gubernativa, en **Enciclopedia Jurídica Española**, Barcelona, Seix, T. XXIII (sin año, hacia 1911), pp. 105-118. J. ESCRICHE, **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**, T. II, Madrid, 1874, p. 565. La bibliografía contemporánea acerca del tema la recoge Aurelio GUATIA, **Nueva Bibliografía Española de Derecho Administrativo**, Madrid, 1969, pp. 54 s.

(34) **Diccionario de la Legislación y del Enjuiciamiento Criminales Modernos, Correspondientes a los Tribunales Ordinarios**, por un Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte, Catedrático del Ateneo científico y literario de la misma Parte primera, Madrid, 1865, p. 727.

un concepto de la multa administrativa, entre otras razones, porque es casi imposible establecer una teoría general de las normas especiales que regulan cada multa en los diversos campos jurídicos, como indicó hace ya tiempo, GARÇON. La multa administrativa, tema de nuestro estudio, no es una coacción (ésta pretende el cumplimiento de lo ordenado, contra voluntad del obligado; por ejemplo, la multa coercitiva del art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, revisada por la Ley 164/1963, de 2 de diciembre), sino un medio represivo que nace porque la obligación no se ha cumplido.

En las páginas siguientes consideramos como multa administrativa (o gubernativa) la que imponen estas autoridades, según las normas del derecho privado para sancionar al autor de una infracción (administrativa). Tal multa no está vinculada por los postulados propios del Derecho penal: principio de culpabilidad, circunstancias atenuantes, condena condicional, libertad condicional, prescripción penal, principio de irretroactividad, principio de personalidad de la pena (Cfr. Ley de Contrabando, Decreto de 16 de julio de 1964, art. 21) etcétera<sup>(35)</sup>. Quizá el único aspecto menos negativo para el condenado a una multa administrativa (en comparación con el condenado a una multa penal) sea la no inscripción en el registro de penados y peligrosos.

Especialmente problemático resulta delimitar el ámbito de la infracción administrativa, y el campo que debe proteger la correspondiente sanción.

Si se mantiene el principio elemental de la separación de poderes o de funciones, en teoría (con las excepciones y matizaciones oportunas que — en parte — indicaremos después), la autoridad administrativa carece de potestad punitiva (en el sentido propio de la palabra) para defender el orden social en general; y únicamente puede imponer sanciones "domésticas", de autotutela, si son necesarias y útiles para la buena marcha de las instituciones propias de la administración (v. g., la disciplina académica, la tributaria etc.). Esta potestad, más que punitiva, es disciplinaria respecto a los administrados sometidos a una especial relación de poder<sup>(36)</sup>. Parece pues conveniente admitir como principio básico<sup>(37)</sup> que la administración carece de competencia judicial penal para las infracciones de policía general, pero reconociendo excepciones a ese principio básico cuando se trate de infracciones y sanciones leves que — debido a razones de "economía" político-criminal por una parte, y a razones de eficacia administrativa por otra — pueden y deben ser propias de la administración, como lo reconoce el mismo Código penal en el art. 26<sup>(39)</sup> y en el ecléctico art. 603.

(35) Respecto al principio de legalidad, cfr. ALONSO COLOMER, La pena y la sanción administrativa ante el principio de legalidad, en *Documentación Administrativa* (marzo-abril, 1973), pp. 85 ss.

(36) Acerca las diversas teorías, cfr. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4 ed., vol. II, Madrid, Inst. Est. Políticos, 1971, pp. 196 ss.

(37) Respecto al problema general de la relación entre Derecho penal común y el Derecho penal administrativo, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1973, pp. 25 ss.



Algunos especialistas consideran esta competencia como propia, no como excepcional, pues admiten dentro del Derecho Administrativo sanciones de carácter penal, y, en concreto, multas, "que derivan del poder mismo de policía, en virtud del cual se prevén infracciones del más variado género" (38).

En la práctica, como veremos enseguida, la administración rebasa con frecuencia este campo, e impone sanciones graves, especialmente pecuniarias, para la tutela del orden social en general. Estas multas se llaman administrativas por razón de quien las impone.

La naturaleza jurídica peculiar de las multas administrativas aparece, por ejemplo, en las reglas propias (distintas de las generales para los actos administrativos) que regulan su ejecutoriedad. Las multas administrativas en cuanto sanciones, requieren el procedimiento especial establecido en la Ley de Procedimiento (expediente, pliego de cargos, etcétera, arts. 133 y ss.); en muchos supuestos, exigen el transcurso de un plazo determinado (art. 115 de la Ley de Régimen Local); en otros casos exigen la firmeza del acto que impone la sanción (art. 22, par. 3, del Estatuto de Gobernadores civiles, Decreto de 10 de octubre de 1958). Estas normas rompen el principio de inmediata ejecutividad peculiar de los actos administrativos (art. 101 de la Ley de Procedimiento y art. 361 de la Ley de Régimen Local).

Al clasificar las diversas multas administrativas conviene distinguir, sobre todo, las propiamente administrativas (las que pretenden únicamente autotutelar las tareas administrativas) de las administrativas en sentido amplio (las que pretenden un fin de heterotutela). En éstas se incluyen, sobre todo, las relativas al orden social en general, las referentes al tráfico de vehículos de motor (39), a la publicidad, al urbanismo, a la navegación aérea, al comercio exterior etc. Entre las propiamente administrativas destacan las disciplinarias (que constituyen su **analogatum princeps**, es decir, las que sirven de modelo a las demás) y algunas tributarias.

GARRIDO FALLA (40) distingue la multa como sanción correctiva (sanciones de policía administrativa, por incumplimiento de los deberes de prestación de los administrados) y la multa disciplinaria (por ejemplo, las sanciones corporativas, las de usuarios de establecimientos públicos etc.).

(38) S. SOLER, *Derecho penal argentino*, T. II, 6.ª reimpresión, Buenos Aires, 1973, p. 381. Guillermo R. NAVARRO, *sub voce*, Multa, en *Enciclopedia Jurídica Omba*, T. XIX, Buenos Aires, 1964, p. 952. También en este sentido, aunque indirectamente, R. L. DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, T. VII, Madrid, 1802, p. 185.

(39) Generalmente — como hemos indicado en el texto — se reconoce la necesidad de multas gubernativas leves para sancionar algunas perturbaciones del orden público general, especialmente en el tráfico de vehículos de motor. Cuando estas multas alcancen cierta gravedad deben pasar al ámbito del Derecho penal y reunir los requisitos que éste exige. Cfr. KAISER, *Kriminologie*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1973, pp. 202, 208 s.

(40) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, pp. 202 ss.

## II. 2. Aplicabilidad y aplicación de multas administrativas en España

La sanción pecuniaria se aplica muy frecuentemente en la legislación y en la práctica de la administración española. La admiten, entre otras, las leyes siguientes:

— Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956 ("BOE" 14 mayo), arts. 215 y 216. Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, artículos 213 y ss.

— Ley de Montes, de 8 de junio de 1957 ("BOE" 10 junio), art. 83.

— Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 ("BOE" 31 julio), en varios artículos ha introducido reformas importantes la Ley de 21 de julio de 1971 ("BOE" 23 julio).

— Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963 ("BOE" 31 diciembre), arts. 24-33, arts. 83 y ss. (respecto a la condenación, arts. 87-89).

— Decreto de 16 de julio de 1964, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contrabando, adaptado a la Ley General Tributaria ("BOE" 24 julio), arts. 24 y ss.

— Disciplina del Mercado (Decreto 17 noviembre de 1966), artículos 5 y 6 ("BOE" 15 diciembre) (y Decreto-Ley 12/1973, de 3 de noviembre) art. 7,4 ("BOE" 19 diciembre).

— Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966 ("BOE" 19 marzo), arts. 69 y 70.

— Ley de Espectáculos, de 22 de julio de 1967 ("BOE" 24 julio), art. 1,3.

— Ley de Minas, de 21 de julio de 1973 ("BOE" 24 julio), artículo 121.

— Ley de Investigación y Explotación de Hidrocarburos, de 27 de junio de 1974 ("BOE" 29 junio y 6 julio — corrección de erratas —), art. 81.

Estas leyes — sobre todo la de Orden Público y la de Disciplina del Mercado — se aplican con frecuencia y con números de muchos ceros.

Especial cuantía e importancia han adquirido recientemente las multas impuestas a sacerdotes por homilias pronunciadas en iglesias, sin manifiesta alteración del orden público. La revista **Vida Nueva** <sup>(41)</sup> detalla el nombre y apellidos de los sacerdotes multados (años 70); en menos de tres años, la suma total supera los once millones de pesetas. También se imponen voluminosas sanciones económicas a los que se declaran en huelgas de hambre, a quienes se manifiestan o reúnen sin cumplir los requisitos legales, a quienes publican dentro o fuera de España declaraciones tendenciosas, etc.

(41) Revista **Vida Nueva**, núm. 972 (8 marzo de 1975), págs. 8 s. (360 s.).

### II. 3. Relación de la multa administrativa con la sanción privativa de libertad

En el supuesto de impago de la multa administrativa, los teóricos propugnan su no convertibilidad en sanción privativa de libertad, y colocan aquí una de las diferencias entre la sanción administrativa y la penal. Según los tratadistas, la autoridad competente para imponer la prisión subsidiaria en materia de policía general, o de seguridad, debe ser sólo la autoridad judicial (42).

La legislación española, en el campo de policías especiales, no suele admitir la sanción privativa de libertad como subsidiaria de la multa (salvo disposición expresa en contrario); pero, en el campo de policía general, sí la admite: art. 22 de la Ley de Orden Público, art. 24, 4, de la Ley de Contrabando, Decreto 2.166/1964, de 16 de julio, etc.

Esta concesión legal opuesta a la teoría del Derecho y a ciertas normas consideradas de rango constitucional tiene, desafortunadamente, antecedentes muy enraizados en España, y que van desarrollándose cada día más (43). Durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX bastantes multas administrativas pueden ser sustituidas por una privación de libertad en caso de impago, como responsabilidad personal subsidiaria. Claramente el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, en la disposición cuarta, permite a los Alcaldes "imponer gubernativamente la pena de arresto por sustitución y apremio de la multa, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 504 del Código penal, de 1850, sólo cuando los multados fueren insolventes, y no pudiendo en ningún caso exceder (sic) de quince días el tiempo del arresto". Según el citado artículo 504 "Los penados con multa que fueren insolventes serán castigados con un día de arresto por cada duro de que deban responder.

Quando la responsabilidad no llegare a un duro, serán castigados, sin embargo, con un día de arresto.

Por las otras responsabilidades pecuniarias en favor de tercero serán castigados con un día de arresto por cada medio duro."

La Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933 (art. 18), amplía el plazo (que podríamos decir tradicional) de quince días hasta un mes (este arresto subsidiario lo decreta el juez, requerido por la autoridad gubernativa). La Ley de Orden Público de 1959 mantiene el límite del mes. Pero, su reforma de 21 de julio de 1971 (art. 22) lo alarga hasta tres meses.

Mayores ampliaciones introducen la Ley de Delitos Monetarios, de 24 de noviembre de 1938 ("BOE" 30 noviembre), y la Ley de Contrabando, de 16 de julio de 1964. Aquella permite que la privación de la libertad sustitutoria llegue al año, y ésta a los cuatro años (art. 24).

(42) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las Sanciones de Orden Público en Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1973. IDEM, Sanciones penales y sanciones gubernativas, en *Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, pp. 9-18.

(43) J. R. PARADA VÁZQUEZ, El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, en *Rev. Administración Pública*, núm. 67 (1972), pp. 41-93.

Las normas referentes a la circulación de vehículos de motor condicionan expresamente la responsabilidad personal subsidiaria a la circunstancia de que no haya sido posible hacer efectiva la multa por vía de apremio.

El art. 268 del Código de la Circulación, en su número II, dice: "Si el obligado al pago de la multa no lo realiza en el plazo... , se remitirá al Juzgado Municipal o Comarcal que corresponda copia auténtica de la resolución para que haga efectivos la multa y recargo a que haya lugar.

El Juzgado acusará recibo y estará obligado a verificar la exacción y a remitir su importe a la Jefatura Provincial de Tráfico o Alcaldía, dando cuenta del expediente cada dos meses y aplicando, en su caso, lo dispuesto en el art. 91 del Código penal".

La Inspección Central de Tribunales, en **Nota Servicio** del 25 de mayo de 1973, interpreta ese art. 268 del Código de la circulación en el sentido de que "... la remisión que aquel precepto reglamentario hace al art. 91 del Código penal, está condicionada no sólo al hecho de que no se satisfaga la sanción voluntariamente, sino a la circunstancia de que no haya sido posible hacerla efectiva por vía de apremio ante la insolvencia del infractor obligado a pagar".

#### II.4. Comentario general

Las multas que puede imponer actualmente la administración española merecen un comentario detenido (creemos que esta parte del Derecho administrativo es quizá la menos madura científicamente), pero aquí nos limitamos a indicar tres puntos: A) las multas dirigidas a la autoprotección de las instituciones administrativas entran dentro del Derecho Administrativo; B) las multas heteroprotectoras — excepto si son de poca cuantía e importancia — no pertenecen al Derecho Administrativo, pues rebasan la competencia subjetiva (a pesar de la tradición de algunas normas hispanas en este sentido) y la competencia objetiva, por su excesiva cuantía pecuniaria; y, C) ninguna multa administrativa debe sustituirse (en caso de impago) por sanciones privativas de libertad. Al final indicaremos varias soluciones **de lege ferenda** para resolver algunos problemas que plantean las multas administrativas.

A) A la luz de los principios generales del Derecho y del Derecho comparado (especialmente del europeo) <sup>(44)</sup> se reconoce la conveniencia de que la autoridad administrativa imponga sanciones pecuniarias a los administrados que perturben el desenvolvimiento de las propias instituciones. Pero, ningún argumento sólido legitima a la autoridad administrativa para imponer sanción grave (pecuniaria o no pecuniaria) para proteger el orden social en general. (Prescindimos aquí de las sanciones gubernativas leves por las faltas contra el orden público, las normas del tráfico rodado etc.)

(44) PARADA VÁZQUEZ, *El Poder Sancionador*, pp. 61 ss.

B) La legislación española, en sus normas de máximo nivel, llamémosle "constitucional", establece la prohibición de detenciones no judiciales superiores a setenta y dos horas, así como la prohibición de condenas que no sean impuestas por tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado. Los arts. 17, 18 y 19 del Fuero de los Españoles se expresan con claridad: "Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente, y previa audiencia y defensa del interesado" (art. 19). En sentido parecido, la Ley Orgánica del Estado, en su art. 31, establece que la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales... corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia. Y, por fin, la Ley de Bases, Orgánica, de la Justicia, en su Base 2ª, Norma 10, proclama que las autoridades administrativas (fuera de los casos de orden público) no podrán imponer sanciones privativas de libertad: sólo la autoridad judicial "podrá... imponer sanciones que impliquen privación de libertad".

Por tanto, según estas leyes de tan alto rango, la Administración carece de competencia subjetiva para ejercitar poderes sancionatorios generales.

Sin embargo, en España, ya desde el Antiguo Régimen, están vigentes y se aplican normas legales que regulan sanciones pecuniarias de elevada cuantía (y arrestos sustitutorios de larga duración) y que, por tanto, se oponen a esas proclamaciones de la unidad de competencia punitiva. Esta oposición a la proclamada unidad de competencia se explica por varias razones. Sobre todo, por fines políticos y por las dificultades de adaptación del Derecho penal a las circunstancias de la vida cambiante.

Estos y otros motivos fundamentan la concesión a algunas autoridades administrativas (en concreto, a alcaldes y a gobernadores) de poderes bifrontes: administrativos y judiciales. En este sentido regulan ambos cargos el Decreto de 13 de junio de 1813, la Ley Provincial de 1823, la Ley Provincial de 2 de abril de 1845 (art. 4), el Real Decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849 etc. El Real Decreto de 1849 se inclina en favor de un Gobernador frente al Juez de primera Instancia, que reclamaba su competencia que (en principio) le confería el Código penal de 1848, y establece con energía la competencia subjetiva de los Alcaldes para "imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de esas funciones...". Posteriormente, insisten en la misma orientación — criticada por los teóricos contemporáneos <sup>(45)</sup> — el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, antes citado, y la Real Orden de primero de agosto de 1871.

Durante la Dictadura se extendió la potestad sancionadora (que antes era exclusiva de los alcaldes y gobernadores) también a la autoridad gubernamental, por el Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926. Esta ampliación

(45) Cfr. las voces Corrección gubernativa y Multa, en ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, Madrid, 1874, pp. 565-568 y T. IV, Madrid, 1878, pp. 246-250.

se mantiene durante la República, según establece la Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933 (en desacuerdo con los artículos 28, 29 y 31 de la Constitución republicana). La actual Ley de Orden Público, de 1959 (con las modificaciones de 21 de julio de 1971), aumentan estas potestades, especialmente en sus arts. 18 y ss.

La Ley de Régimen Local (Texto refundido de 24 de junio de 1955, art. 260, apartado i) concede al Gobernador civil la atribución de: "Sanccionar los actos contrarios a las Leyes y a las disposiciones del Gobierno, al orden público, a la moral y disciplina de las costumbres y las faltas de obediencia y respeto a la autoridad..." En sentido semejante se expresan los arts. 23 y 24 del Estatuto de Gobernadores civiles (Decreto de 10 de octubre de 1958, "BOE" 9 de diciembre) (46).

En cuanto a la **competencia objetiva**, conviene reflexionar si la autoridad administrativa, al imponer algunas sanciones pecuniarias, viola los principios generales teóricos respecto a los límites de la cuantía de la multa, rompe la proporcionalidad exigible entre la infracción y la sanción, y se aparta de la norma general del art. 603 del Código penal.

Algunas cuantías permitidas por la legislación especial rebasan el límite propuesto en el principio general del art. 603 del Código penal, según el cual, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales, en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración... no se establecerán penas mayores que las señaladas en el libro III del Código penal; o sea que, concretamente, en el supuesto de multa no se elevarán por encima de las diez mil pesetas (art. 28 del Código penal).

Este artículo seiscientos tres — de formulación tan vaga, ecléctica y discutida — no cierra la puerta a supuestos excepcionales, pero sería equivocado convertir lo excepcional en lo normal. Además, resulta poco congruente que esos casos rebasen algunos límites que la doctrina y la Ley imponen a las infracciones penales más graves. Por ejemplo, la Ley del Suelo (de 1956), en su art. 215,3, autoriza al Consejo de Ministros para imponer multas desde 250.000 pesetas, sin límite alguno; la misma Ley del Suelo (reforma de 1975), art. 215 bis, autoriza a los Gobernadores para imponer multas hasta 25 millones, al Ministro hasta cincuenta y al Consejo de Ministros hasta cien millones. La Ley de Disciplina del Mercado, art. 6 (redactada conforme al Decreto 2.693/1972, de 15 septiembre; "BOE" 9 octubre) permite al Consejo de Ministros imponer multas a partir de cinco millones de pesetas, sin límite; la Ley de Hidrocarburos permite multas de cinco millones de pesetas; la Ley de Contrabando, art. 30, no establece tope máximo a sus multas. Estos supuestos, además de superar los límites de la multa penal, pueden violar el precepto del Fuero de los Españoles que proscribía la confiscación (art. 32) (47), y especialmente, al

(46) Sobre el procedimiento, cfr. Decreto 1.704/1965, de 16 de junio.

(47) Excepcionalmente, la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939, en su artículo 8 admite, entre las sanciones económicas, "La pérdida total de los bienes".

permitir penas de multa sin tope máximo determinado, pueden conculcar el principio de legalidad (*nulla poena sine lege*).

Las multas sin techo y cuya cuantía se determina en proporción con el resultado carecen de sólido fundamento como sanción penal, pues ésta ha de tener en cuenta el desvalor de la acción y la culpabilidad del reo, mucho más que el desvalor del resultado. Estas multas, más que sanciones penales, deben considerarse y regularse como indemnizaciones de daños y perjuicios, como desde tiempos antiguos ha reconocido la ley y la teoría <sup>(48)</sup>.

C) **Respecto a la privación de libertad subsidiaria**, la mayoría de los especialistas se oponen enérgicamente a que la autoridad gubernativa pueda imponer sanciones privativas de libertad (como subsidiarias de las multas impagadas) durante varios meses y aun durante varios años <sup>(49)</sup>. En supuestos excepcionales, por política de desincriminación (como antes hemos insinuado), puede permitirse, quizá, la privación de libertad durante unos pocos días, pero nunca más de quince <sup>(50)</sup>. Quien considere ilógico e injusto que una multa de cinco millones de pesetas sea substituida por una privación de libertad de sólo quince días, ha de reflexionar si lo absurdo es la duración tan breve de la privación de libertad o la cuantía tan desorbitada de la multa. (Si ésta se estructura como indemnización, cambia radicalmente el problema.)

En teoría, la multa pretende vaciar las cárceles, pero en la práctica, a veces, las llena. El legislador debe tomar medidas para evitar que la multa sirva como medio para privar de libertad a personas que no pueden ser internadas por los cauces normales.

Las dificultades hasta aquí indicadas no encuentran fácil respuesta en la doctrina ni en la legislación españolas. El Derecho comparado puede sugerir algunas soluciones parciales, como por ejemplo: conceder con más frecuencia a la Administración la facultad de denuncia calificada ante el órgano judicial penal, regular recursos suspensivos contra la administración en supuestos de multas de cuantía elevada, sustituir la multa impagada por obligaciones o deberes distintos de la privación de libertad, y regular la multa con el sistema de días-multa.

Por ejemplo, la imposición de multas en cuantía desorbitada resultará más difícil (por más escandalosa) con el sistema de días-multa que con el sistema global tradicional. En este sistema se puede imponer medio millón de pesetas a un sacerdote de clase media o pobre, por un sermón que no ha tenido consecuencias especiales. Pero, escandalizaría mucho a la opinión pública que se le impusiera a ese sacerdote una multa de cinco años, que sería la correspondiente al medio millón.

(48) S. SCHAFER, *Restitution to Victims of Crime*, Londres, Stevens, 1960, pp. 111 ss.

(49) S. SOLER, *Derecho penal argentino*, T. II, 6.ª reimpresión, Buenos Aires, 1973, p. 390.

(50) "En las contravenciones la multa debería ser, salvo tal vez rara excepción, la pena única". B. GARCÍA, *Reforma de la pena de multa (en Brasil)*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje ao Profesor L. Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, p. 573.

## II.5 Conclusiones

1. La autoridad gubernativa tiene facultad para imponer sanciones pecuniarias dentro de su ámbito de autotutela: el cumplimiento de los funcionarios y de los particulares de sus deberes con la administración.

2. La normativa concreta de algunas sanciones pecuniarias administrativas está en oposición con lo establecido en las leyes fundamentales.

3. La autoridad gubernativa, **de lege ferenda**, carece de competencia subjetiva y objetiva para imponer sanciones pecuniarias graves para proteger el orden social en general.

4. Las multas administrativas deben imponerse según el sistema de días-multa.

5. Las multas administrativas, en supuestos de impago, no deben dar lugar a responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad. Si en casos muy excepcionales se admite la sustitución, su duración no debe prolongarse más de quince días.

### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

N. S. ALEKSEVV — "Die Geldstrafe im sowjetschen Strafrecht", en **ZSIW**, 1974, pp. 614-620.

L. BLAS ZULETA — "La multa penal. Especial consideración de los días-multa y la multa de composición", en **Pretor**, núm. 71 (1972), pp. 749-763.

J. R. CASABO RUIZ — en **Comentarios al Código Penal**, vol. II, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 78 ss., 134 ss.

CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, **Faltas Penales, Gubernativas y Administrativas**. Madrid, 1950 (apénd. 1955).

P. CRAMER, **Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Eineführung an Hand von Fällen**. Stuttgart, Kohlhammer, 1970.

M. DAVIES, **Financial Penalties and Probation**. Home Office Research Studies, T. 5, Londres, 1970.

DANTE DE TOLLIS — "Della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive", en **Rassegna di Studi Penitenziari** (1965), I, pp. 155-165.

J. DUPRÉEL — "Les courtes peines de prison. Contributions à l'Étude des courtes peines privatives de liberté et des mesures répressives de nature à réduire leur application, en **Rev. Droit Pénal et de Criminologie** (1939), pp. 358 ss., 462 ss. y 568 ss.

M. FOUCAULT — **Surveiller et Punir. Naissance de la Prison**. Paris, Gallimard, 1975.

R. A. FROSALI — "Pena Pecuniaria. Diritto penale", en **Novissimo Digesto Italiano**, XII (Turín, 1965), pp. 847-850.

J. GONZÁLEZ PÉREZ — "Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal", en **Rev. Administración Pública**, núm. 47 (mayo-agosto 1972), pp. 127-133.

J. GRAVEN — "La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et la peine pécuniaire", en **Rev. Pén. Suis.** (1963), pp. 401-433.



- E. HORN — "Alter Wein in neuen Schläuchen?", en *Jurist. Zeitung* (1974), pp. 278 ss.
- KLUSSMANN — "Nochmals: Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung", en *Neue Jurist. Wochensh* (1974), pp. 1.275 ss.
- MOHAMED ALI HASSAN — *L'amende pénale dans les Droits Modernes et spécialement dans le Code Pénal Suisse*. Paris, L. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959.
- H. VON HENTIG — *La pena, II. Las formas modernas de aparición*. Madrid, Espasa-Calpe, 1968, pp. 442 ss. Trad. de RODRIGUEZ DEVESA.
- G. KAISER — *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*. Karlsruhe, C. F. Müller, 2ª ed., 1973.
- J. KRÜPELMANN — *Die Bagatelldelikte. Untersuchung zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*. Berlin, Duncker u. Humblot, 1966.
- LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, "Working Papers 5 & 6, Restitution and compensation. Fines", en *Canadian Journal of Criminology and Corrections*, vol. 12 (abril 1975), especialmente pp. 27 ss.
- LORENZO MARTÍN-RETORTILLO — *Las Sanciones de Orden Público en Derecho Español*. Madrid, Tecnos, 1973.
- CIRILO MARTÍN-RETORTILLO — "La multa gubernativa", en *Rev. de Derecho Público* (1934), pp. 171 ss.
- E. NEYMARK — "La peine d'amende. L'amende et sa place dans la politique criminelle contemporaine", en *Rev. Droit Pén. Crim.* (1928), pp. 929-962 y pp. 1.053-1.093.
- M. PALOMAR y A. DE ROVIRA — *Las Multas Municipales en el Derecho Español (Disciplinarias, Gubernativas, Fiscales y Contractuales)*. Barcelona, Ediciones Palestra, 1960.
- J. R. PARADA VÁSQUEZ — "El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal", en *Rev. Adm. Pública*, núm. 67 (1972), pp. 41-93.
- H. RÜPING — "Geldstrafe und Busse. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe", en *ZStW*, 1973, pp. 672-695.
- S. SCHAFFER — *Restitution to Victims of Crime*. London, Stevens, 1960.
- V. SILVA MELERO — "El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas", en *Anuario D. P.* (1960), pp. 27-35.
- P. SOFTLEY — *A Survey of Fine Enforcement*. Home Office Research Studies, t. 16, London, 1973.
- D. STENNER — *Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeiten zu ihrem Ersatz durch andere Sanktionen*. Hamburg, 1970.
- I. STRAHL — "Les jours amendes dans les pays nordiques", en *RSCrim.*, núm. 1 (1951), pp. 59-67.
- H. THORNSTEDT — "Skandinavische Erfahrungen mit dem Tagesbussensystem", en *ZStW*, 1974, pp. 595-613.
- H. TRÖNDLE — "Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme Ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagessatzsystems", en *ZStW*, 1974, pp. 545-594.
- P. VERRI — "I militari e i diritti dell'uomo", en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XII-2 (1974), pp. 173-267.
- H. ZIPF — "Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland", en *ZStW*, 1974, pp. 513-544. Idem, *Die Geldstrafe in Ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlin, Luchterhand, 1966. Idem, "Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch", en *Juristische Schulung* (1974), pp. 137 ss.

# Investimentos internacionais para o controle do crime (\*)

WILLIAM CLIFFORD (\*\*)

e

J. MARJORAM (\*\*\*)

Tradução de Armida Bergamini Miotto,  
Professora de Direito Penal e de Direito  
Penitenciário da Universidade Federal de  
Goiás

Em qualquer país, é difícil compilar informações sobre os custos do crime, e muitas tentativas têm sido insatisfatórias por causa da ambigüidade dos dados e da imprecisão das informações, quer quanto às despesas feitas, quer quanto aos proveitos auferidos. São extremamente raras as informações internacionais sobre os custos do crime, daí por que a tarefa atinente a dados comparativos só pode ser futura, quando a uniformidade dos dados coletados a torne possível. Até lá, as informações não fazem mais que refletir a cooperação ou falta de cooperação de determinados governos (como, aliás, tem ocorrido quanto aos números oficiais de crimes cometidos). Este artigo descreve a iniciativa, sem precedentes, tomada pelo "Australian Institute of Criminology", de valer-se dos canais diplomáticos para melhorar o atual estado dos conhecimentos.

As Nações Unidas jamais conseguiram obter dados comparativos sobre os custos do crime. Tampouco tem sido fácil coletar dados nacionais de Estados-Membros, a respeito da relação entre as despesas feitas

---

(\*) Título original: "International Investment on Crime Control".

(\*\*) Diretor do "Australian Institute of Criminology", Canberra, Austrália.

(\*\*\*) Pesquisador principal, prestando colaboração direta ao Diretor do "Austr. Inst. of Crim."

com a segurança pública (ou defesa social) e o total das despesas nacionais. O único estudo levado a cabo foi uma análise do montante das alocações para defesa social, que, como tais, puderam ser identificadas nos planos de desenvolvimento dos países em desenvolvimento; aí se encontra alguma tentativa de comparação, com informações úteis quanto aos Estados Unidos e a Europa (1).

O "Australian Institute of Criminology" é um órgão público federal e interestadual, com seu próprio estatuto. No âmbito interno da Austrália, presta serviços ao Governo Federal e aos governos dos Estados; desempenha também, desde 1975, um papel internacional que se tem desenvolvido rapidamente. Na tentativa de obter mais dados sobre as despesas feitas com o controle do crime, o Instituto analisou primeiro os números australianos, visando, em seguida, estender as informações transnacionalmente. Com a generosa cooperação de várias Embaixadas estrangeiras em Canberra, e a valiosa ajuda do Ministério Australiano dos Negócios Exteriores, por meio das Embaixadas no estrangeiro, buscou-se compilar informações que pudessem ser internacionalmente ilustrativas, senão ainda suficientes para um exame comparativo. Obviamente, mesmo que todos os governos cooperem, fornecendo dados, ainda existe a tarefa imensa de formular critérios para as comparações internacionais — tendo-se presente que é insuficiente a conhecida indicação de verbas para despesas globais, sem especificação de todas as suas finalidades.

Não obstante, este primeiro passo para a pesquisa transnacional pode ser encarado como um passo extraordinário para a pesquisa em criminologia comparada, mais tarde podendo ser desenvolvida internacionalmente. A presente exposição não é mais que uma comunicação antecipada de um muito ampliado estudo do custo do crime, que está sendo orientado pelos autores, em nome do "Australian Institute of Criminology".

### *Metodologia*

Foi enviado um breve questionário a todas as Embaixadas e Missões Diplomáticas sediadas em Canberra, Austrália, e a todas as representa-

---

(1) WICKWAR, H. *The Place of Criminal Justice in Developmental Planning*. Monograph n.º 1 of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Section. New York University Press, New York, 1977. Em meados da década de 1960, o Conselho da Europa iniciou, por recomendação da Primeira Conferência de Diretores de Institutos de Pesquisa Criminal, uma indagação a respeito do custo do crime e das previsões orçamentárias destinadas a pesquisa, nos países membros do referido Conselho. Os resultados foram examinados pelo Conselho Científico e pelo Comitê Europeu para Problemas Criminais, e, atendendo a instruções desse último, foi distribuído, aos governos membros, somente um resumo do que fora apurado e avaliado.

ções australianas nos países de além-mar. Foi solicitado aos altos funcionários diplomáticos que enviassem duas informações primordiais: Despesas relacionadas com o controle do crime, e despesas com todas as atividades governamentais (isto é, na sua totalidade, como constam no orçamento). Pediu-se que essas informações fossem extraídas do mais recente orçamento do país em questão, ou então enviada uma cópia do orçamento inteiro. Como não existe um modelo internacional para relatório de despesas com o controle do crime, e como a própria natureza dos sistemas de controle do crime varia muito de país para país, foi preciso aceitar a definição de controle do crime de cada país, bem como empregar a terminologia usada nas respostas ao questionário.

Por meio desses levantamentos, foram obtidos dados de despesas de 43 (quarenta e três) nações, embora variem consideravelmente a quantidade e a qualidade desses dados. Em aproximadamente 18 (dezoito) casos, ou os dados eram inadequados, ou os textos orçamentários tinham de ser traduzidos e analisados; contudo, as informações fornecidas pelas outras 25 (vinte e cinco) nações foram consideradas suficientemente corretas e expressivas para os fins deste documento inicial (2).

As características dessas vinte e cinco nações constam da Tabela 1; a respectiva nomenclatura (usada no original deste artigo) é a do *Statesman's Yearbook 1979/80* (3). Pode-se ver que a população, a área e o nível do desenvolvimento econômico variam consideravelmente, e que, estando embora muitos desses países situados na Ásia, na Europa e na Oceania, todos os cinco continentes estão representados.

### *Os dados*

As despesas feitas com o controle do crime, pelos vinte e cinco países incluídos na presente análise, constam como exemplos ilustrativos da Tabela 2 (4). As despesas atinentes aos anos anteriores a 1975 foram excluídas, pois que foram consideradas de natureza um tanto histórica. Realmente, as despesas indicadas por muitos países correspondem a orçamentos recentes, senão mesmo do exercício financeiro atual.

---

(2) Alguns dados de despesas, quanto a outras trinta (30) nações, foram extraídos pelos autores de diversos anuários nacionais, levantamentos econômicos, relatórios financeiros e compêndios estatísticos internacionais. Tendo sido considerados muito inconsistentes, além de geralmente estarem incluídos no conjunto do sistema de Justiça Penal, foram excluídos do presente estudo.

(3) PAXTON, J. (ed.). *The Statesman's Yearbook 1979/80* (116 th ed.). McMillan, London, 1979.

(4) Por motivo de espaço, apresentam-se somente esses dados, como exemplos ilustrativos; a lista completa, com todos os números, encontra-se publicada pelo "Australian Institute of Criminology".

TABELA 1

População, Produto Nacional Bruto Per Capita e Área de determinados Países

<b>País</b>	<b>População 1977</b>	<b>PNB per capita 1976 — US\$</b>	<b>Área Km<sup>2</sup></b>
Maurício	880.000(2)	680	1.900
Chipre	640.000(1)	1.480	9.300
Ilhas Gilbert (Tuvalu)	50.000(1)	n.d.	100
Tailândia	45.000.000(4)	380	514.000
Filipinas	43.030.000	457(3)	300.000
Papua-Nova Guiné	2.960.000(4)	531(3)	462.800
Irã	34.000.000	2.200(3)	1.648.000
Fidji	60.000	1.150	18.300
República Democrática Alemã	16.800.000	4.220	108.200
Turquia	40.020.000	990	779.500
Israel	3.600.000(4)	3.920	20.700
Malta	310.000	n.d.	200
Nova Zelândia	3.130.000(4)	4.250	268.700
Paquistão	75.600.000(4)	170	803.900
Coréia	36.400.000	864(3)	98.400
Finlândia	4.750.000	6.251(3)	305.500
Samoa Ocidental	150.000	350	2.800
Noruega	4.050.000(4)	7.420	323.900
Dinamarca	5.100.000(4)	7.599	43.100
Suécia	8.200.000(2)	8.670	411.500
Bélgica	9.800.000	7.048	30.500
Estados Unidos da América	218.060.000(4)	7.890	9.160.500
Canadá	23.500.000	7.510	9.220.900
Indonésia	141.600.000(4)	n.d.	1.903.600
Ilhas Salomão	200.000(2)	n.d.	29.800

Notas — n.d. — não disponível

(1) — 1975

(2) — 1976

(3) — 1977

(4) — 1978

TABELA 2

Despesas com o controle do crime em determinados países

<b>País</b>	<b>Ano</b>	<b>DESPESAS</b>			
		<b>Destinação</b>	<b>Quantia total</b>	<b>% total do orçamento</b>	<b>Per capita da população</b>
Chipre	1979		<i>Milhões em £ cipriotas</i>		<i>£ cipriotas</i>
		1. Polícia	10,06	8,53	15,70
		2. Prisões e estabelecimentos p/ Menores	0,59	0,50	0,92
		3. Departamento de Justiça	0,62	0,53	0,97
		4. Departamento Jurídico	0,18	0,15	0,28
		<b>Soma</b>	11,44	9,71	17,87

País	Ano	DESPESAS			
		Destinação	Quantia total	% total do orçamento	Per capita da população
Tailândia	1979/80		<i>Milhões em baht</i>		<i>baht</i>
		1. Administração da segurança interna	40,70	0,40	0,90
		2. Polícia	5.068,30	4,65	112,63
		3. Prisões	465,30	0,43	10,34
		4. Justiça	472,30	0,43	10,50
	<i>Soma</i>	6.046,60	5,55	134,37	
Irã	1979/80		<i>Milhões de rials</i>		<i>rials</i>
		1. Departamento de Polícia	41.718,00	1,71	1.227,00
		2. Departamento de Gendarmaria	51.744,00	2,12	1.521,88
		3. Ministério de Justiça e Proteção dos Presos	6.695,00	0,27	196,91
	<i>Soma</i>	100.157,00	4,10	2.945,79	
Coréia	1979/80		<i>Milhões de won</i>		<i>won</i>
		1. Polícia	215.025,00	3,08	5.907,28
		2. Penitenciárias e Casas de Prisão Provisória	62.729,00	0,90	1.723,32
		3. Justiça e Ministério Público	19.030,00	0,27	522,80
		4. Comitês Judiciais e Constitucionais	31.467,00	0,45	864,48
	<i>Soma</i>	328.251,00	4,70	9.017,88	
Suécia	1979/80		<i>Milhões de coroas</i>		<i>coroas</i>
		1. Polícia	3.356,00	2,33	409,27
		2. Ministério Público	164,00	0,11	20,00
		3. Tribunais	907,00	0,63	110,61
		4. Administração Penal	933,00	0,65	113,78
		5. Outros	406,00	0,28	49,51
	<i>Soma</i>	5.766,00	4,00	703,17	
Indonésia	1979/80		<i>Milhões de rúpias</i>		<i>rúpias</i>
		1. Tribunais e Ministério Público	19.614,00	0,25	138,52
		2. Serviços Penitenciários	25.726,00	0,33	181,68
		3. Polícia	189.134,00	2,42	1.335,69
	<i>Soma</i>	234.474,00	3,00	1.655,89	

As despesas de fato realizadas são indicadas nas respectivas moedas (isto é, em milhões da unidade monetária), estando paralelamente indicados as porcentagens em relação ao total das verbas previstas no orçamento e os gastos *per capita* do total da população (sempre nas respectivas moedas). Como já foi dito, a nomenclatura usada no controle do crime não é estandardizada, motivo por que a terminologia empregada nas dotações orçamentárias varia consideravelmente. Assim, por exemplo, alguns países fazem referência a “segurança (security) interna”, a “lei, ordem e incolumidade (safety)”, ou a “polícia e justiça”, enquanto outros indicam dotações específicas para polícia, tribunais e prisões.

A menos que seja de outro modo especificado, as despesas indicadas são as do governo central (tanto as principais como as adicionais). Isso, obviamente, cria problemas quando se trata de Estados federativos. A despesa federal pode incluir, no todo ou em parte, a despesa dos Estados-Membros da Federação, o que pode acarretar responsabilidade quanto a fazer observar a lei e a manter a ordem. Além disso, as quantias são indicadas em termos gerais, excluindo, assim, a entrada de quantias que podem provir de fontes relacionadas com providências próprias do controle do crime (como, por exemplo, multas, venda de produtos das prisões etc.). Quanto aos países que têm um orçamento comum e um plano de desenvolvimento, com o respectivo orçamento, as despesas próprias foram combinadas; as porcentagens da despesa total gastas com o controle do crime foram calculadas a partir dessa combinação. No caso de o orçamento de um país conter duas ou mais dotações para o controle do crime, foi computada a soma delas, embora se levasse em conta que, operando-se somente com as quantias indicadas, poderia isso significar a exclusão de outros meios e atividades destinados ao mesmo controle do crime. Visto que esse problema incidia sobre as indicações reais das despesas específicas, comprometia todas as informações compiladas. Daí encarar-se a necessidade de encarar essas indicações como uma primeira abordagem tão-somente.

Poderia ser lembrado que as despesas, em cada um dos ditos países, se referem a um único ano e que, em determinadas nações, pode haver significativas flutuações anuais das dotações orçamentárias destinadas ao controle do crime genericamente, ou a específicos serviços e meios, podendo haver também diversificações anuais quanto à proposição das dotações especificamente destinadas, em relação às despesas totais atinentes a esse setor. Enquanto que alguns extensos estudos das despesas efetuadas com o controle do crime têm sido feitos a respeito de determinados países, o objetivo desta indagação vai além de examinar as despesas transnacionais circunscritas a um determinado lapso de tempo.

### *O que se tem apurado*

Tendo-se de admitir todas as limitações e as deficiências já reconhecidas, é, todavia, possível tentar fazer algumas observações apreciando-se as cifras totalizadas.

Em muitos, senão em todos os países examinados, o erário despende consideráveis quantias com o controle do crime. Por exemplo, nos Estados Unidos da América, o total das despesas com o controle do crime por todos os níveis do governo foi aproximadamente de US\$ 20 bilhões durante o período 1975/76, enquanto na Nova Zelândia, durante o período 1979/80, o montante foi de NZ\$ 175 milhões. Em países menos desenvolvidos, como Papua-Nova Guiné e Turquia, os respectivos orçamentos para 1980 previam, para o controle do crime, montantes de aproximadamente K 36 milhões e TL 53.820 milhões.

Nos países examinados, a média da proporção das verbas previstas para controle do crime, em relação ao total das previsões orçamentárias, é de aproximadamente 3,9%, variando, de país para país, de 1,5% a 10%. Chipre (9,71%), Turquia (7,11%), Ilhas Salomão (6,25%) e Samoa Ocidental (6,23%) estão entre os países que têm as mais elevadas porcentagens, enquanto Fidji (1,36%), Israel (1,59%), Nova Zelândia (2,34%) e Dinamarca (2,45%) são os países que têm gastado, com o controle do crime, porcentagens do seu orçamento relativamente baixas.

Digno de nota é que nos países em que as verbas são previstas especificamente para os órgãos de prevenção do crime (polícia, tribunais, serviços penitenciários), as quantias destinadas à polícia são maiores, em alguns casos várias vezes, do que as destinadas a outros órgãos ou serviços. Na Coreia, por exemplo, o orçamento de 1979/80 previa 250 bilhões de won para a polícia (3,08% de toda a despesa), enquanto que para os serviços penitenciários previa 63 bilhões (0,90%), e para a administração da Justiça, 50 bilhões (0,72%). No orçamento da Indonésia, do mesmo ano, a soma das verbas previstas para a polícia (189 bilhões de rúpias) era mais do que sete vezes a das verbas previstas para os serviços penitenciários (26 bilhões de rúpias) e mais de nove vezes a das previstas para os órgãos e serviços da Justiça (20 bilhões de rúpias). Também em países mais desenvolvidos, como a Finlândia, os Estados Unidos e o Canadá, as verbas para a polícia têm sido ultimamente maiores do que as destinadas a outros órgãos ou serviços da Justiça Penal. Nos Estados Unidos foram gastos, em 1975/76, US\$ 7,7 bilhões, e no Canadá, em 1974, C\$ 25 milhões com a polícia, representando, respectivamente, 8,09% e 4,46% do total das despesas orçamentárias.

Enquanto a polícia tem sido, assim, dentre os órgãos de controle do crime, o mais consistentemente contemplado (sendo-o, aliás, com tão elevada porcentagem do total das despesas orçamentárias), às vezes



tem acontecido, outrossim, que a outros órgãos da Justiça Penal também tenham sido atribuídas verbas substanciais. Na Papua-Nova Guiné, por exemplo, o orçamento de 1980 destinava mais de 13 milhões de *kina* ao Departamento de Justiça, o que equivalia a 2,38% do total da despesa. Para o Departamento de Justiça e Procuradoria-Geral da Samoa Ocidental, foram previstos, em 1978, 42 milhões de *tala*, isto é, 2,27% do total das despesas orçamentárias. O orçamento da Coréia, para 1979/80, incluía a quantia de 113 bilhões de *won* para a Justiça e os serviços penitenciários, o que representa 1,62% de toda a despesa governamental.

### *Conclusão*

Comparar as despesas com o controle do crime, em diferentes países, e, naturalmente, identificar tais despesas no âmbito de uns e de outros, é difícil tarefa. Sempre haverá, certamente, em cada país, aqueles que são capazes de levantar dúvidas a respeito das cifras oficiais, ou de ridicularizar o modo como as aplicações oficiais têm sido aceitas sem um exaustivo estudo das correspondentes previsões do orçamento, sob as quais os investimentos públicos tenham sido escondidos (por exemplo: defesa, “escolas” — ou até mesmo sob verbetes tais como “contingências”, “despesas gerais”). Tais investigações, embora certamente necessárias, têm de ser eminentemente nacionais; quanto às previsões, porém, de verbas destinadas a despesas com o crime, ou com as causas de morte, é preciso que, para fins de compilação internacional concernente aos investimentos destinados ao controle do crime, se conheçam seus reais valores. É necessário começar com as prestações de contas oficiais — tendo-se, embora, plena consciência das suas deficiências. Obviamente, mais pesquisas são necessárias para aprimorar os dados reconhecidamente limitados incluídos no presente estudo, como para aumentar o número de países examinados. Com uma grande quantidade e alta qualidade de estatísticas de despesas, pode ser possível perquirir a relação entre os investimentos para o controle do crime e fatores tais como custo do crime, estrutura da população, grau de urbanização, desenvolvimento econômico, renda e qualidade de vida.

Entretanto, porém, é de acreditar que, com a cooperação da comunidade diplomática internacional, possa ser feito considerável progresso quanto a identificar transnacionalmente o alcance dos investimentos para o controle do crime. Mesmo que as estatísticas reunidas neste estudo não sejam sempre estritamente comparativas, são ilustrativas. Demonstrou-se que consideráveis somas das finanças públicas são dedicadas ao controle do crime, particularmente a atividades policiais, e que essas despesas constituem uma parte de modo algum desprezível do total das despesas orçamentárias.

# Intercambio de presos

LUÍS MARCÓ DEL PONT

Profesor del Departamento de Derecho  
de la Universidad Autónoma Metropolitana  
Azcapotzalco — México

## Introducción

La apreciable cantidad de detenidos que deben purgar sus condenas en países distintos a los de origen ha motivado esta nueva modalidad del intercambio o "repatriación" (1) de reclusos. En México el significativo número de delitos contra la salud, cometidos por estadounidenses, había elevado considerablemente la cantidad de internos de esta nacionalidad en cárceles mexicanas. El problema se agravaba en función de que la ley no permite ninguno de los beneficios de libertad condicional, remisión parcial de la pena etc., en ese tipo de delincuencia.

## Antecedentes

Entre los antecedentes históricos se encuentra el llamado **Tratado de los Países Escandinavos** de 1963, suscrito por Suecia, Noruega, Dinamarca, Islandia y Finlandia, que se comprometieron a intercambiar a los sentenciados extranjeros, para hacerles cumplir la condena en el país de origen. En la convención del año de 1972 se aprobó una ampliación al primitivo principio, para que las leyes de procedimiento penal fueran las del propio país

(1) Cfr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*. Cárdenas editor, México, 1978, p. 11. Este autor trata prolijamente el tema y considera más conveniente el término "repatriación" que canje o intercambio de prisioneros.

de origen, lo mismo en cuanto a la supervisión de los sentenciados que se encontraren en libertad provisoria (2).

España y Dinamarca han firmado un tratado el 3 de febrero de 1972 (3) y la idea fue discutida en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Ginebra, en 1975 (4) y en otras ocasiones (5).

## Argumentos

Entre las razones que se han esgrimido para fundamentar este tipo de **canje** se destaca fundamentalmente el fin de readaptación social previsto en las legislaciones mas avanzadas como la de México, por considerarse más adecuado que el sujeto cumpla la pena en un establecimiento del lugar donde ha vivido y del cual egresará al término de la misma. Esto es elemental, por cuanto la readaptación o rehabilitación social debe tener en cuenta las realidades socio-culturales de cada país. Después de purgada su condena en un país distinto al suyo, los resultados de la supuesta readaptación se reducen sensiblemente. También se evitan los problemas de discriminación que existen en las prisiones con los extranjeros que forzosamente se aislan y constituyen grupos internos dentro de las mismas. No faltan en esos casos problemas de agresiones y violencia entre extranjeros y nacionales.

Además se contabilizan razones de tipo afectivo para evitar el factor soledad que impide la superación del individuo, el cultural que significa estar en el propio país, el laboral de trabajar donde vive la familia, el idioma, las costumbres, la alimentación, la religión y algunas ventajas como la visita íntima concedida en algunas prisiones (caso de México) y no en otras (caso Estados Unidos). Entre estos dos últimos países se celebró recientemente un convenio sobre la materia (6) que pasamos a analizar.

(2) El tratado incluye a los siguientes países: Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Suecia, Gran-Bretaña, Grecia, Turquía, Irlanda, Alemania Federal, Austria, Suiza y Malta. Cfr. SILVIA Y MERCEDES VARGAS OTERO, que trabajaron en mi cátedra de Derecho Ejecutivo Penal sobre el tema Intercambio de prisioneros. Post-grado en Criminología. Procuraduría de D.F., 1978, pág. 2.

(3) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., pág. 12.

(4) En el mencionado Congreso se sugirieron acuerdos regionales, como los aprobados por el Consejo Europeo y se estableció la posibilidad de acuerdos bilaterales. Cfr. Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, No. 19, 1975, Tema 8, Sección IV, p. 154.

(5) Cfr. Informe del Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia sobre su Cuarto Periodo de Sesiones. E./CN.5/536, Octubre 1976, anexo IV, p. 21. También en la XVI Reunión Interparlamentaria México-Estados Unidos, México 1976, p. 162. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Delitos en Materia de Estupefacientes y Psicotrópicos, México, Ed. Trillas, 1977, página 99.

(6) El convenio fue firmado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos Lic. Luis Echeverría Álvarez, su Secretario de Relaciones Exteriores Alfonso García Robles, y por la otra parte, el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica y su embajador extraordinario y plenipotenciario en México Sr. John Jova.

## El Tratado México-Estados Unidos

Este Tratado ha sido posible en razón de la reforma del artículo 18 Constitucional Mexicano por el que se facultó al Poder Ejecutivo a celebrar convenios con otros países para intercambio de prisioneros.

El Tratado consta de un articulado muy corto (diez artículos), señalándose que las penas aplicadas en uno de los países a nacionales del otro podrán ser extinguidas en establecimientos penales del país originario, bajo la vigilancia de sus autoridades. Es decir que el convenio o tratado es exclusivamente para sentenciados y no para procesados. Además se determinan requisitos, tales como: **a)** que el delito por el cual el reo fue declarado culpable y sentenciado sea también punible en el Estado Receptor <sup>(7)</sup>; **b)** que el reo sea nacional del Estado Receptor; **c)** que el reo no esté domiciliado en el Estado Trasladante; **d)** que el delito no sea político en el sentido estipulado en el Tratado de Extradición de 1899 entre las partes, ni tampoco un delito previsto en las leyes de migración <sup>(8)</sup> o en las leyes puramente militares; **e)** que la parte de la sentencia del reo que quede por cumplirse en el momento de la solicitud sea de por lo menos seis meses y **f)** que ningún procedimiento de apelación, recurso o juicio en contra de la sentencia o de la pena esté pendiente de resolución en el Estado trasladante y que el término prescrito para la apelación de la condena del reo haya vencido.

El desplazamiento conforme al art. IV será iniciado por la autoridad trasladante, aunque nada impedirá que el condenado presente una solicitud al Estado trasladante para que la considere. Si este último la estima procedente y el condenado otorga su consentimiento expreso, dicha autoridad hará los trámites por los conductos diplomáticos. Si el Estado Receptor acepta la solicitud, lo comunicará de inmediato al otro Estado e iniciará los procedimientos necesarios para efectuar el desplazamiento. En el supuesto de no aceptarlo, debe hacerlo conocer de inmediato a la autoridad trasladante. En el caso de que el condenado lo fuera por los tribunales de un Estado de una de las partes, será necesaria la autorización o aprobación de las autoridades de dicho Estado, como la de la autoridad federal. Sin embargo la autoridad federal será la responsable de la custodia del mismo.

Una de las facultades del Estado Receptor es la de aplicar toda disposición relativa a la condena condicional y a la reducción del período de

( 7 ) Esta condición no será interpretada en el sentido de requerir que los delitos tipificados en las leyes de ambos estados sean idénticas en aquellos aspectos que no afectan a la índole del delito, como por ejemplo, el valor de los objetos o del numerario sustraído o en posesión del reo, o la presencia de factores relativos al comercio interestatal.

( 8 ) Esto en razón de que el Estado mexicano no acepta que los "indocumentados", como se llama a la enorme cantidad de nacionales que transpasan la frontera estadounidense, sean considerados delincuentes.

prisión mediante preparatoria o cualquier otra forma de preliberación. Es de pensar que entre estas últimas se debe encontrar la remisión parcial de la pena, establecida en la Ley de Normas Mínimas Mexicanas (art. 16) y que consiste en reducir la condena un día por cada dos de trabajo, buena conducta, participación regular en actividades educativas y revelación efectiva de rehabilitación social.

El Estado Trasladante se reserva la facultad de indultar al condenado a otorgarle amnistía, y en esos casos el Estado Receptor deberá poner al individuo beneficiado de inmediato en libertad. Esto es lógico por cuanto esa medida o beneficio se podría haber concedido en el país donde se estaba cumpliendo la condena. No se señala la situación de un delito tipificado en un país y no en otro.

Se fija expresamente que en ningún caso se podrá prolongar la duración de la pena más allá de la fecha en que quede extinguida, conforme a la sentencia del Tribunal del Estado Trasladante. De esta forma en México no se podría aplicar la institución de la retención, que consiste en poder prolongar la pena más allá de lo establecido por quien condenó (9).

El Estado Receptor en ningún caso reclamará el reembolso de los gastos en que incurra con motivo de la ejecución de la sentencia del condenado (art. V. 4).

Una omisión significativa es la falta de señalamiento de la responsabilidad del condenado en lo que se refiere a la reparación de los daños ocasionados. El derecho de la víctima será restringido por las dificultades que tendrá para obtener su ejecución, en razón de distancia, tribunales distintos etc. Por medio del Consulado la víctima podría gestionar la reparación de los daños, pero no estamos cierto en que pudiera ser factible la sugerencia que proponemos.

Otro dispositivo legal establecido en el Tratado es que ambas partes se intercambiarán, cada seis meses, informes sobre el estado que guarde la ejecución de las sentencias de todos los reos trasladados conforme al Tratado, incluyendo en particular los relativos a la excarcelación (libertad

(9) El Código Penal para el D.F. establece que siempre que las sanciones privativas de la libertad excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de retención hasta por la mitad, mas de su duración (art. 88). "La retención se hará efectiva cuando, a juicio del Ejecutivo, el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los Reglamentos del establecimiento penal" (art. 89). Nosotros somos contrarios a esta institución de la retención por entender que se violan principios constitucionales y legales al exceder la sanción impuesta por el juez. Se invocan a favor principios de peligrosidad social.

preparatoria o libertad absoluta). Además las partes podrán solicitar en cualquier momento un informe especial sobre el estado que guarde la ejecución de una sentencia absolutoria. No se entiende esto último en virtud de que estamos en presencia de sentencias condenatorias y no absolutorias. En el caso previsto no tendría aplicación el tratado porque no se trata de cumplimientos efectivos de la pena. Otra contradicción se encuentra en el art. VI, al referir que el Estado Trasladante: "tendrá jurisdicción exclusiva de todo procedimiento, cualquiera que sea su índole que tenga por objeto impugnar, modificar o dejar sin efecto las sentencias dictadas por sus tribunales. El Estado Receptor, al recibir aviso del Estado Trasladante de cualquier decisión que afecte a una sentencia, deberá adoptar las medidas que correspondan, conforme a dicho aviso". Con este dispositivo se contraviene lo dispuesto en el art. 2,6, que establece, entre las condiciones del Tratado, la de que no exista ninguna apelación, recurso o juicio en contra de la sentencia, y que el término prescrito para la apelación de la condena haya vencido. Sólo podríamos pensar en el recurso de amparo que en México se puede solicitar en cualquier momento.

Un precepto legal innecesario, a nuestro criterio, es el de que "el reo entregado para la ejecución de una sentencia conforme al Tratado, no podrá ser sentenciado, detenido ni procesado en el Estado Receptor por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada" (art. VII). No fue necesario establecer dicho artículo, por que es universal el principio "non bis in idem", que consiste precisamente en que nadie puede ser sentenciado dos veces por el mismo delito.

Se incluye además en el Tratado la posibilidad de aplicarse a personas sujetas a supervisión, como menores infractores, estableciendo las partes el tipo de tratamiento a seguirse, previo consentimiento de quien esté legalmente facultado para otorgarlo. En caso de personas que estén afectadas de enfermedad o anomalía mental, podrán ser trasladadas para ser atendidas en instituciones del país de su nacionalidad (art. VIII). En definitiva, se trata de aplicar medidas de seguridad y no estrictamente penas. El Tratado se ratificó en Washington y entró en vigor treinta días después del canje de ratificación.

La duración del Tratado es de tres años, se renovará en forma automática sucesivamente de tres en tres años, se firmó en la Ciudad de México el 25 de noviembre de 1976.

El primer intercambio entre E.U. y México se realizó en el año de 1977 y abarcó un grupo de 248 norteamericanos, en su gran mayoría narcotraficantes.

cantes (solo 9 no lo eran) y 36 mexicanos. Esto indica que los mas beneficiados fueron los reclusos estadounidenses.

En el año 1978 se celebró un segundo intercambio de prisioneros, que incluía 36 mexicanos reclusos en Texas y 46 norteamericanos que estuvieron en diversas cárceles del país. Los comentarios de estos últimos, minutos antes de partir, es que fueron "bruscamente tratados y torturados", mientras que los mexicanos afirmaron que el sistema penitenciario de Estados Unidos es "mas inhumano y menos comprensivo" (10) que el de su país.

Todavía quedan en las cárceles mexicanas, conforme a declaraciones oficiales, unos 350 norteamericanos, mientras que solo en el Estado de Texas hay 700 mexicanos purgando sentencias en cárceles federales, sin tomar en cuenta las del fuero común. Los mexicanos se han quejado de la "discriminación" en los Estados Unidos con respecto a los indocumentados, que purgan sentencias de 40 años de prisión en su totalidad.

México tiene en proyecto celebrar otro tratado similar con la República de Colombia y Guatemala, mientras que Estados Unidos piensa en realizar canje con otros países, como Bolivia. Ha concretado convenios con Panamá (1981) y Canadá.

### **Aspectos Críticos**

Entre las observaciones realizadas a favor de los Tratados, se contabiliza el hecho de que el interno se siente una persona importante desde el punto de vista de sus derechos. Percibe que tiene una Patria que se preocupa por su rehabilitación social, su propio bienestar y el de su familia. El aspecto negativo es el de ser "fichado" en ambos países por el mismo delito. Esto último traerá consecuencia posterior, la dificultad para encontrar trabajo en aquellos lugares en que se le exija la presentación de antecedentes penales. Además la explotación de los agentes policiales extorsionadores, que llegan a obligarlos a delinquir en su propio beneficio (11).

Otro aspecto, que crea desigualdades, es el de las altas penas establecidas en los Estados Unidos, por lo que los mexicanos pueden purgar sentencias que violan el principio constitucional de establecer un máximo penal. Así ha ocurrido con mexicanos condenados a 99 años en E.U., cuando el máximo de la pena en México es de 40 años, en el Código Penal del Distrito Federal y más bajo en otros Estados de la República.

(10) Este segundo intercambio operó el día 6 de marzo de 1978. *Diario Uno mas Uno*, México 7/3/78, pág. 28.

(11) SILVIA Y MERCEDES VARGAS OTERO, *op. cit.*, 16.

# Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública

RUY BARBOSA NOGUEIRA

Catedrático de Direito Tributário e Professor de Direito Tributário Comparado  
— USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário

## SUMÁRIO

- A execução da *obra* de iluminação pública e seu custeio pela contribuição de melhoria.
- A manutenção e fornecimento do *serviço* de iluminação das ruas e logradouros para o povo, como despesa geral a ser custeada pelos *impostos* e jamais por meio de *taxas*.
- Características constitucionais, legais e doutrinárias das *taxas*.
- Soluções jurisprudenciais.
- A lógica e harmonia entre os vários tributos na organização destes em **SISTEMA**.
- As comprovações no campo do direito comparado.

Na 352ª reunião da Mesa semanal de debates do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à USP, realizada na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, foi levantada a questão de saber-se se as Prefeituras Municipais podem cobrar dos munícipes *taxa* de iluminação das ruas e logradouros públicos ou, como diz o *Anteprojeto de Código Tributário do Município de São Paulo*, taxa “de manutenção da rede elétrica”, e, ainda, se, por ocasião da realização da *obra* de iluminação pública, pode seu custo ser ressarcido por meio da Contribuição de Melhoria.



Designado relator, apresentamos o seguinte trabalho, que foi unanimemente aprovado:

## CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA: REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA

I — De acordo com o art. 18, II, da Constituição Federal, explicitado pelos arts. 81 e 82 do CTN e na conformidade da jurisprudência já sedimentada por reiterados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, para se indenizar do custo da *obra pública* de iluminação das vias e logradouros, o Município pode instituir, lançar e cobrar dos proprietários de imóveis valorizados por tal obra, Contribuição de Melhoria, que terá como limite total a *despesa realizada* e como limite individual o *acréscimo de valor* que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (Vide no magnífico trabalho do jurista JOSÉ LUIZ DE MESQUITA, publicado no *Suplemento Tributário LTr*, nº 44/81 e também na revista *Fisco e Contribuinte*, nº 5, maio de 1981, sob o título “Taxa e Contribuição de Melhoria”, especialmente os itens: “13. A jurisprudência atual do STF. 14. Sentenças luminosas. 15. Conclusões”.)

Observe-se bem que nesta primeira parte deste estudo estamos nos referindo à *realização da obra de iluminação pública*, da qual resulte valorização para os imóveis beneficiados, e não ao *serviço* ou *manutenção dessa iluminação*. A valorização está, precisamente, na consideração de que essa obra, uma vez concluída, proporcionará a iluminação pública, isto é, deverá necessária e suficientemente ser mantida em funcionamento para o uso geral ou comunitário.

II — Pois bem. O *substrato*, fato ou relação fática que distingue a possibilidade da cobrança da *contribuição de melhoria* da cobrança da *taxa*, está precisamente em que, para a primeira, o governo realize *obra pública* de que resulte valorização dos imóveis dos respectivos contribuintes, enquanto que, para legitimar a cobrança de taxa de serviço é preciso que efetivamente preste ou ponha à disposição do respectivo contribuinte *um serviço público específico* para o utente e por isso mesmo, quando esse serviço atenda a um grupo ou coletividade, seja de natureza *divisível* entre os usuários e compulsório.

A distinção entre *obra* e *serviço*, para esses efeitos, foi feita com clareza e precisão pelo Mestre HELY LOPES MEIRELLES, em seu já clássico livro, *Direito Municipal Brasileiro*, nestes termos:

“O que caracteriza a *obra* e a distingue do *serviço* é a predominância do material sobre o trabalho (mão-de-obra), pois em toda obra entram serviços, mas estes são superados pelos materiais empregados na estrutura em formação ou modificação. Essa distinção entre obra e serviço é feita pela Administração Pública, tanto para a determinação dos tributos que podem incidir sobre aquela e este, como para saber-se qual a modalidade de *licitação* a que fica sujeito o *contrato da obra* ou do *serviço*” (Editora Rev. Tribunais, S. Paulo, 1977, 3ª ed., pág. 148).

III — Assim, respondendo à dúvida sobre a possibilidade de o Município instituir, lançar e cobrar a contribuição de melhoria dos beneficiários da valorização imobiliária, para se indenizar do custo de cada obra de iluminação pública que realize, respondemos SIM: pode instituir, lançar e exigir tributo indenizatório por meio da espécie ou categoria denominada Contribuição de Melhoria, nos termos dos citados dispositivos da Constituição Federal e do CTN.

Para mais amplos esclarecimentos aos srs. legisladores e prefeitos municipais, em relação às possibilidades da *correta* instituição, lançamento e cobrança deste importante tributo, recomendamos a magnífica obra de JOÃO BAPTISTA MOREIRA, "Contribuição de Melhoria", que constitui o vol. VIII do *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, idealizado por ALIOMAR BALEEIRO, edição Forense, Rio, 1981.

### TAXA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

IV — De acordo com os textos da Constituição Federal (art. 18, I, e § 2º); do CTN (arts. 77 e 78), da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, a nosso ver, da melhor e quase unânime doutrina pátria, como a dos maiores tributaristas de países cujos sistemas tributários, em matéria de taxas, são afins com o do Sistema Tributário Nacional, não pode o Município instituir *taxa* para se indenizar do custo da manutenção do serviço de iluminação de vias e logradouros públicos, porque esse serviço público é de *uso comum* ou *uti universi*. Não é serviço específico, não é serviço especial nem divisível *uti singuli*. Tal serviço é parte integrante dos chamados serviços públicos gerais que o Estado proporciona ou põe à disposição do povo e devem ser custeados pelos impostos pagos pelos contribuintes de acordo com suas respectivas capacidades contributivas, entre os quais se destacam os proprietários de imóveis, que aliás são também os únicos possíveis sujeitos passivos da contribuição de melhoria, sendo certo que esta, no caso da *obra* de iluminação pública, implica em a iluminação ser efetivamente mantida.

V — Também parece justo observar que, além de os proprietários serem os únicos possíveis sujeitos passivos da contribuição de melhoria, já são também eles os sujeitos passivos do Imposto municipal sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (CTN, art. 32). São, de modo geral, os que, revelando maior capacidade contributiva, mais se sujeitam aos impostos destinados à cobertura das despesas gerais. Não há dúvida que a manutenção da iluminação das ruas e logradouros públicos é que valoriza seus imóveis, mas, como já dissemos, é precisamente em razão dessa valorização que são os únicos possíveis sujeitos passivos da contribuição de melhoria. É certo que, na posição de membros da coletividade, terão o direito ao uso das vias e logradouros *iluminados*, mas esse será sempre o *uso comum*, assegurado igualmente a eles como aos demais utentes, todos, indistintamente, como integrantes da coletividade. Este uso é *uti universi* e não *uti singuli*, como é óbvio e estatui o Código Civil.

VI – Com efeito. Ao classificar ontologicamente os bens públicos e teleologicamente fazer sua *qualificação jurídico-normativa*, dispõe o Código Civil Brasileiro:

“Art. 66 – Os bens públicos são:

I – Os de *uso comum do povo*, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II – Os de uso especial, tais como edifícios...

III – Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

Como se vê, as ruas e praças, dentro da própria tipologia legal, são modelos de *bens de uso comum do povo*. Ao comentá-lo, CLÓVIS BEVILAQUA diz que estes do item I “são os que pertencem a todos (*res communes omnium*). O proprietário desses bens é a coletividade, o povo. À administração pública estão confiadas a guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos”.

Como não cabe ao direito civil dispor sobre finanças públicas, teve o sábio legislador de nosso monumental Código Civil o cuidado de esclarecer eu relação à *utilização*:

“Art. 68 – O *uso comum* dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.”

VII – Ora, a Reforma Tributária incluiu dentro da própria Constituição Federal um capítulo especial estruturando o “Sistema Tributário” (Tít. I, Cap. V), e a legislação de ordem complementar, de cogência nacional, isto é, tanto à União, como aos Estados-Membros e aos Municípios, dispondo sobre as competências, sobre todos os tributos e os harmonizando entre si, permitiu, como vimos, a instituição da contribuição de melhoria para os citados casos de *obra pública*. Entretanto, por meio de disposições expressas e conceituais da *taxa*, não permite que, pelo *uso comum* da iluminação das ruas e praças, possa ser cobrada a espécie denominada *Taxa*. Senão vejamos.

VIII – Entre as competências que a Constituição Federal outorga ao Município, encontram-se, com as respectivas limitações conceituais, ou definidoras das taxas, as seguintes normas:

“Art. 18 – Além dos impostos previstos nesta Constituição... compete aos Municípios instituir:

I – *taxas*, ... pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos *específicos e divisíveis*, prestados ao *contribuinte* ou postos à sua disposição.”

IX — Por sua vez, o CTN, com o caráter de legislação complementar da Constituição e as funções que lhe atribui o § 1º do art. 18 desta, entre as quais as de estabelecer *normas gerais* e regular *as limitações constitucionais do poder de tributar*, dispõe que:

“Art. 77 — As taxas cobradas... pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador... a utilização, efetiva ou potencial, de *serviço público específico e divisível*, prestado *ao contribuinte* ou posto *a sua* disposição.

.....

Art. 79 — Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I — utilizados *pelo contribuinte*:

a) efetivamente, quando *por ele* usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos *à sua* disposição mediante atividade administrativa *em efetivo funcionamento*;

II — *específicos*, quando possam ser *destacados* em *unidades autônomas* de intervenção, *de utilidade* ou de necessidades públicas;

III — divisíveis, quando suscetíveis de utilização, *separadamente*, por parte *de cada um* dos seus usuários.”

É evidente, pois, que tendo todos, indistinta ou indivisivelmente, como “povo”, o direito ao *uso comum* das ruas e praças, sejam iluminadas ou não, a manutenção do serviço público de iluminação não é um serviço *específico* nem tampouco *divisível*, destacável em unidades autônomas de sua utilidade ou utilização. Se é, por sua natureza (ontologia) comum (iluminação pública ou do povo), e por sua finalidade (teleologia) a todos, indistintamente (iluminação pública ou para o povo), de acordo com a própria *qualificação jurídico-normativa* constitucional e da legislação nacional ou complementar sobre o *factum*, isto é, do *serviço público* suscetível de ser pressuposto fático da *taxa* (relação fática, “sachverhalt”), vê-se que esta é insuscetível de ser “fato gerador” de taxa, porque não é um serviço ou *prestação de serviço específico*, nem destacável em *unidades autônomas de utilidade*, nem prestado individualmente *ao contribuinte* (mas a todos), nem individualmente por ele usufruído (mas indistintamente por todos). Em resumo é serviço de *uso comum* (uti universi).

X — Vê-se, pois, que, perante o *jus in civitate positum*, é manifestamente inconstitucional e contra a legislação complementar, como também contra o direito pretoriano já assentado ao nível de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal cobrança.

XI — Quanto à doutrina pátria, salvo manifestações isoladas e que estão ao arrepio da lei e da jurisprudência, basta apontar que HELY LOPES MEIREL-

LES, demonstrando seu espírito imparcial, científico e nobre, reexaminando toda a matéria, em sua recente obra *Finanças Públicas*, conclui:

“Somente a conjugação desses dois requisitos *especificidade* e *divisibilidade*, aliada a *compulsoriedade* do serviço, pode autorizar a imposição de *taxa*. Destarte, não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços *específicos*, nem *divisíveis*, por serem prestados *uti universi* e não *uti singuli*, do mesmo modo que seria ilegal a imposição de taxa relativamente aos transportes urbanos postos à disposição dos usuários, por faltar a esse serviço, *específico* e *divisível*, o requisito da *compulsoriedade* de utilização.

O funcionamento do serviço é condição para que a Administração possa exigir o recolhimento da taxa. Com efeito, determinando a Constituição da República que as taxas são devidas *pela utilização dos serviços prestados* ao contribuinte ou *postos a sua disposição*, não basta a criação do serviço e a conseqüente instituição da taxa para obrigar o administrado ao recolhimento do tributo; é preciso que *a utilidade esteja em condições de ser usufruída por seus destinatários, ou, em outras palavras, que o serviço funcione efetivamente*. Neste sentido, aliás, já decidiram nossos Tribunais, muito antes da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 18/65 para o direito tributário” (TJSP, RT 200/339; TASP, RDA 44/140, 54/70; RT, 199/539, 231/593 e 273/608) (Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1979, págs. 15 e 16).

É importante ressaltar que o ilustre autor, dos mais conceituados administrativistas de nosso País, elogiavelmente esclarece pela nota de rodapé 14 à pág. 15:

“14 — Relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado *uti singuli*, mas sim, *uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização *individual* e *mensurável*.”

XII — Também o não menos notável jurista e autor JOSÉ LUIZ DE MESQUITA, no trabalho já citado, compendiando não só a jurisprudência, mas demonstrando a inconstitucionalidade, ilegalidade e arrepio à jurisprudência de opiniões isoladas e superadas, ressalta essa melhor doutrina em harmonia com o direito positivo e as manifestações já sedimentadas pela cúpula do Poder Judiciário. Várias vezes se refere à impossibilidade da cobrança pelo Município da chamada *Taxa de Iluminação Pública* porque esse serviço público sendo de uso *uti universi* não é *referido* (vinculado) ao contribuinte, não é *específico*, não é *divisível* como também não é de uso *compulsório*.

XIII — Bastaria a só constatação de que no caso, o *uso comum* da iluminação pública nem sequer permitiria *de fato* nem *de direito* a cobrança de *taxa*, pois é impossível a *vinculação* aos indetermináveis utentes. Sem a referibilidade, imputação ou vinculação possíveis de cada um ao fato gerador é inócua sua criação. *Sujeito passivo* do tributo ou da obrigação principal, so-

mente pode ser o *contribuinte* ou *responsável*, como estatui o art. 121, parágrafo único, I e II, do CTN, e de acordo com o art. 128 do mesmo CTN a lei somente pode considerar responsável pelo crédito tributário a pessoa “*vinculada* ao fato gerador da respectiva obrigação”. O STF no Recurso Extraordinário nº 77.462-MG, publicado na RTJ, nº 73, págs. 507 a 513, já deixou esclarecido:

“Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128 do CTN, ainda vigente, só a permite se houver *vinculação* do terceiro ao fato gerador.”

XIV — A atribuição, atributividade, sujeição ou vinculação ao fato gerador é requisito básico ou necessário para alguém ser contribuinte ou responsável pelo tributo, universalmente.

Em nosso *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1980, pág. 147, assim expusemos:

“Portanto, a qualidade de contribuinte é uma decorrência da realização do fato gerador, ou em outras palavras, a pessoa que realiza o fato previsto na lei, como tributável, adquire o *status* de contribuinte. Na literatura jurídica alemã, este fenômeno é chamado de *Zurechnung*, que poderíamos traduzir por *responsabilidade* pela conta ou quantia, por *atributividade* do *débito*, pois *Zurechnungsfähigkeit* é a responsabilidade pessoal ou imputabilidade (vide ALBERT HENSEL, *Steuerrecht* cit., pág. 80, sob o título *Diezurechnung*, 3. ed., Köln, Adde: Klaus Tipke, *Steuerrecht*, 5. ed., Ed. Dr. Otto Schmidt, Colônia, 1978, p. 125. Esta edição já está de acordo com o novo Código Tributário Alemão, em cuja tradução, co-editada por IBDT/Forense, 1978, veja-se o § 39).

Essa atributividade é assim uma relação ou vínculo que imputa a autoria do fato tributado à pessoa que o realizou e como consequência lhe dá a qualidade de contribuinte ou devedor do tributo.

Outra expressão técnica empregada na literatura tributária francesa é *l'appartenance fiscale* ou na italiana *la appartenenza giuridica tributaria* ou ainda tedesca *steuerliche Zugehörigkeit*, que podemos traduzir por *atributividade jurídico-tributária*, ou ainda *sujeição tributária*.

Na impossibilidade de atingir o contribuinte natural, o legislador admite ainda, como sujeito passivo, o

2) *Responsável* — quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação *decorra de disposição expressa de lei*.

Observe-se que o responsável é um terceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador. O art. 128 do CTN prevê que seja uma pessoa *vinculada* ao fato gerador da respectiva obrigação.”

XV – Além de não ocorrer nenhum dos pressupostos exigidos para compor a *situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal* (art. 114 do CTN) do tributo *taxa*, é preciso atentar-se para mais um aspecto relevante da lógica dos tributos na composição de um verdadeiro Sistema Tributário.

É interessante observar que já em 1867, M. PESCATORE publicou em Torino a obra *Lógica dos Impostos (La Logica delle Imposte)*. Era o início da demonstração de que os tributos não deviam se confundir ou se interpenetrar. Com o desenvolvimento do direito tributário, se chegou à instituição de Sistema Tributário sob a premissa da capacidade contributiva e para impedir que cada situação venha a ser sobreposta por diferentes e conflitantes tributos. Sistema é uma composição orgânica ou harmônica. Dentro de um sistema tributário não deve ocorrer *bis in idem* econômico ou como a literatura norte-americana refere, “overload” tributário, nem tampouco uma bitributação ou conflito de competências que seria um “overlap”. Este aspecto é da maior relevância não só do ponto de vista econômico ou das relações entre economia e direito, mas sobretudo da harmonia entre os diferentes tributos, dentro de um verdadeiro Sistema Tributário.

Sobre a harmonia interna dos vários tributos dentro de um Sistema, vide a notável obra na Suíça, de HEINZ HALLER, *Die Steuerggrundlinien Eines Rationalen Systems Öffentlicher Abgaben (Os Impostos – Linhas Fundamentais de um Sistema Tributário Racional)*, 2ª ed., J. C. Mohr, Tübingen, 1971, e nosso livro *Direito Tributário Aplicado e Comparado*, ed. Forense, Rio, 1977, vol. II págs. 100 e segs. É a teoria das relações entre os tributos, isto é, os impostos, taxas e contribuições, que não podem se confundir ou se sobrepor.

Pois bem.

XVI – Precisamente para impedir tais conflitos, sobreposições ou caos tributário é que foi normatizado organicamente um Sistema Tributário Nacional e utilizada a técnica da rígida discriminação constitucional dos impostos, empregada para a especificação destes na distribuição das competências, especificação esta não só *nominal dos impostos*, mas ainda para as *taxas e contribuições*, toda a instrumentalidade dos conceitos.

Assim, para os impostos, a Constituição especificou privativa, nominalmente e pela descrição nuclear dos respectivos fatos geradores, os impostos de competência federal – art. 21 e § 1º e § 5º do art. 18; para os estaduais, art. 23 e para os municipais, art. 24 e, até onde interessa examinar neste trabalho, para as taxas e contribuições os conceitos precisos dos itens I e II do art. 18.

Além disso, no § 1º do art. 18, previu a nossa Lei Fundamental o estabelecimento de normas gerais de direito tributário, as disposições sobre os conflitos de competência nessa matéria e regulação das limitações constitucionais do poder de tributar, por meio de legislação complementar da Constituição.

Assim sendo, e especificamente para delimitar o poder de *taxar* e não permitir a instituição de *taxas* em relação a “situações” já atingidas por impos-

tos, cuja arrecadação se destina à cobertura de serviços públicos gerais ou de uso comum (como o da iluminação pública), estatuiu a Constituição Federal:

“Art. 18 — .....

§ 2º — Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.”

XVII — Também o CTN, com a função complementar, que a Constituição lhe dá, de regular as limitações constitucionais do poder de tributar, explicitou mais ainda:

“Art. 77 — .....

Parágrafo único — A taxa não pode ter base de cálculo ou *fato gerador* idênticos aos que *correspondem a imposto*”,...

Ora, a Constituição Federal já outorga somente à União, isto é, *privativamente*, o imposto sobre o uso, utilização ou *consumo* da *energia elétrica*, assim dispondo:

“Art. 21 — Compete à União instituir imposto sobre:  
.....

VIII — ... consumo ... de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de *outro tributo* sobre elas;”

XVIII — A legislação federal também já é completa sobre esta matéria, bastando citar que o Decreto Federal nº 68.419/71, com base na legislação ordinária, dispõe:

“Art. 1º — A energia elétrica *entregue ao consumo* está sujeita ao *imposto único*, cobrado pela União, na forma deste Regulamento.”

Este é o chamado “Imposto Único” que exclui não apenas qualquer outro *imposto*, mas qualquer *taxa* de consumo, pois, como se vê da CF, ela veda a incidência de outro *tributo* sobre qualquer uso, gasto, *utilização* ou *consumo* da energia elétrica. Só e só por este texto constitucional, vê-se que também já é vedado ao Município fazer incidir *taxa* sobre o consumo ou uso da energia elétrica, quer dentro dos estabelecimentos, das residências e muito menos sobre o povo que use ou consuma, facultativamente, a energia elétrica da iluminação pública.

XIX — Poder-se-ia dizer que, nos termos da questão suscitada, a chamada *taxa de iluminação pública* teria como “fato gerador” não o “consumo de energia”, mas o “serviço de manutenção da rede elétrica”, como denominado no anteprojeto de Código Tributário Municipal de São Paulo, em elaboração, e assim o fato gerador não seria idêntico ao do Imposto Único?

A nosso ver, isto seria apenas um sofisma ou deixar a substância, a natureza das coisas, para se apegar ao abuso das formas. Seria tomar a embalagem ou continente pelo conteúdo.



A iluminação pública não vem pelo ar. O povo não usa ou consome os postes, fios ou lâmpadas, enfim a instalação, mas apenas usufrui a claridade, como de dia, a do sol, e, pelas vias e logradouros não iluminados, às vezes, ainda, a do plenilúnio e/ou das estrelas que o Bom Deus lhe dá. Os postes, os fios e as lâmpadas são apenas estamentos, insumos ou veículos da iluminação elétrica. Esta, e não aqueles, é o bem de uso, consumo, enfim, a utilidade pública ou comum.

Bastaria, a nosso ver, perguntar se alguém pode usar, utilizar-se, usufruir ou consumir a iluminação pública, sem que esta esteja instalada e mantida em funcionamento.

É evidente que cabe ao Município, entre as suas funções, não só a de executar obras de instalações de iluminação pública indenizáveis por contribuição de melhoria, como também a da manutenção das respectivas redes elétricas, para uso comum do povo, cuja manutenção deve ser custeada com a arrecadação dos impostos, porque estes gastos são *despesas gerais*.

## DIREITO TRIBUTÁRIO COMPARADO

XX — Para finalizar, vejamos, no exterior, o entendimento dos maiores especialistas, não só em obras *monográficas sobre as taxas*, mas ainda em obras *sobre os tributos*, para ressaltar as especificidades daquelas e demonstrar a convivência harmônica entre impostos, taxas e contribuições, pois cada um constituindo categoria própria, são inconfundíveis e harmonizados dentro dos respectivos Sistemas.

1. Em uma das mais notáveis e mais completas monografias, com 347 páginas, sob o título preciso de *Gebührenrecht und Grundgesetz — Ein Beitrag zum allgemeinen Abgabenrecht (Direito das Taxas e Constituição — uma contribuição ao Direito Financeiro Geral, o Professor DIETER WILKE*, como luva confortável ao presente caso, esclarece com estas palavras que traduzimos do original:

“Distinguindo-se do imposto, a taxa é um tributo cuja exigência depende de uma prestação estatal individualmente imputável (ou atribuível, referida, vinculada).

Pressuposto de uma prestação sujeita à taxa ou de uma *situação taxável* é ser a mencionada prestação de natureza pública divisível. Em contraposição, segundo K. T. VON EHEBERG, os impostos “se destinam à cobertura dos gastos gerais acarretados pela coletividade, cuja distribuição é impossível pela natureza comunitária destas prestações públicas”.

A atribuição ou divisão individualizada de prestações públicas permite uma delimitação, razoavelmente clara, entre prestações que devam ser custeadas pela *taxa* e aquelas que devam ser exclusivamente financiadas por meio de impostos” (Editora C. H. Beck, München, 1973, pág. 67).

2. Como já vimos, enquanto para a obra de instalação da iluminação pública, como melhoramento, é possível cobrar a contribuição de melhoria, já pelo *uso comum* da iluminação pública não é possível cobrar *taxa*, porque o serviço de sua manutenção é serviço geral e deve ser custeado pelos impostos. Assim já em sua grandiosa obra, *A TREATISE ON THE LAW OF TAXATION*, de 1903, o clássico THOMAS M. COOLEY, falando especificamente da iluminação das ruas (*Lighting streets*), já esclarecia com estas palavras que, do original, assim passamos para nosso idioma:

“ILUMINAÇÃO DAS RUAS — Embora o serviço de iluminação das ruas seja custeado pelo imposto, nenhuma razão existe pela qual não possa ser cobrada a contribuição de melhoria. Para tal existe em vários Estados legislação de contribuição de melhoria.”

Tendo sido contestada, àquela época, nos EUA, a cobrança da contribuição de melhoria, sob a alegação de que os contribuintes já pagavam os impostos gerais, cita o autor, no rodapé nº 1 da mesma página 1.178, acórdão que decidiu pela possibilidade de ser indenizado o custo da obra de instalação por meio da contribuição de melhoria, baseado em que essa obra pública acarretava a melhoria ou benefício aos respectivos proprietários, nestes termos:

“Os postes, fios e lâmpadas de um sistema de iluminação da rua configuram melhoria do local, cujo custo deve ser lançado a cargo do beneficiário” (3ª Edição Callaghan and Company, Chicago, 1903, vol. II, pág. 1.178).

Como se vê, a contribuição de melhoria é paga pela consideração de a obra tornar iluminada a rua, jamais se falando em taxa (em inglês “fee”) para manutenção dessa iluminação, a ser usada em comum e, por isso, daí em diante mantida como despesas gerais, pelos impostos.

3. Outro destacado tributarista, KARSTEN UFFHAUSEN, escrevendo agora sobre *A Taxa de Uso (Die Benutzungsg Gebühr)*, também ressalta:

“Como a *taxa* é pagamento de uma prestação estatal *específica*, ela pressupõe, obrigatoriamente, que esta prestação seja de natureza específica. Isto significa que somente pode ser exigida uma taxa quando é concedido ao cidadão um serviço específico, isto é, uma prestação estatal que exceda as prestações estatais genéricas e mais, que só possa ser exigida uma taxa até esta prestação se revelar como específica, como também ser destinada a uma pessoa determinada” (*Die Benutzungsg Gebühr, Karsten uffhausen*, edição do Autor, pág. 56, Göttingen, 1970).

4. O insuperável Mestre dos Mestres, SELIGMAN, no vol. II de seu afamado *Ensaio Sobre o Imposto*, traçando as diferenças entre este e a *Taxa* de serviços, já ensinava também, que

“Esta é uma retribuição *compulsória* por um serviço no qual deve estar presente o elemento *interesse público*, mas a taxa difere do imposto por vários pontos importantes.”

Começando por ressaltar que a primeira característica do *imposto* é a sua qualidade de tributo arrecadado em função da *capacidade contributiva* e destinado à cobertura das despesas gerais, como a despesa de manutenção de iluminação pública, que, por ser de *uso comum do povo*, não permite ser indenizada pela taxa, posto que, sendo a iluminação pública de uso facultativo e indeterminavelmente de todos, não é esse serviço atribuível, imputável a ou cobrável de ninguém, passa ainda a destacar, com precisão, que:

“A base do imposto é a capacidade do contribuinte; a base da taxa é a vantagem especial que usufrui o *indivíduo*.”

Se se trata de um imposto, é verdade que esta capacidade pode ser influenciada, em certa medida, pelas “oportunidades”, ou os privilégios ou as vantagens recebidas. Porém, a diferença reside na *mensurabilidade*. Quando se trata de taxa, a prestação pode ser medida: se estamos diante de um imposto, a vantagem não é suscetível de ser diretamente avaliada. Se se trata de taxa, o *serviço específico é a verdadeira razão do pagamento*; se se trata de um imposto, o serviço particular, se existir, será *um simples resultado ocasional da ação do Estado*” (Trechos que traduzimos da versão francesa da 8ª edição americana do *Essais on Taxation: Essais sur L'Impôt*, traduction par Louis Suret, edição M. Giard & É. Brière, Paris, 1914, vol. II, págs. 136/137).

5. Ainda na monografia *As Taxas (Die Gebühren)*, de autoria de dois mestres de Colônia, HANSMEYER e FÜRST, no § 8º, tratando de “A Seleção ou Escolha dos Objetos ou Prestações Taxáveis” (*Die Wahl des Gebührenobjekts*), acentuam:

“Primeiro pressuposto para que um objeto possa ser suscetível da cobrança de uma *taxa* é que o Estado (o Município — *Die Gemeinde*), ofereça uma prestação (serviço) imputável a um *indivíduo* ou a um *grupo*, cobrindo uma *necessidade individual* dos cidadãos. A palavra *necessidade individual* indica que esta necessidade é sentida e avaliada pelo indivíduo ou grupo.

.....

Prestações que sejam de interesse exclusivo da coletividade (isto é, comum ou de todos), estão, pois, *expressamente excluídas do campo da Taxa*”. (*Die Gebühren — Zur Theorie eines Instrumentariums der Nachfragelenkung bei öffentlichen Leistungen*, von Prof. Dr. KARL HEINRICH HANSMEYER und Diplom-Volkswirt Dietrich Fürst, Köln, Editora Kohhammer, Stuttgart — Berlin-Köln-Mainz, 1968, pág. 43).

XXI — Em conclusão, enquanto dentro da lei e da lógica ou harmonia do sistema tributário nacional, entendemos cabível a *contribuição de melhoria* para indenizar os custos da obra pública de iluminação e dos estamentos desta, entendemos que não é constitucional, legal ou juridicamente possível a cobrança de *taxa* dos municípios para custear a manutenção do serviço *comum* da iluminação pública. O custo dessa manutenção é despesa geral, a ser custeada com a arrecadação dos impostos.

# Aspectos jurídicos da juscibernética. Direito de autor do programador

ANTÔNIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da  
USP. Presidente do Instituto Inter-  
americano de Direito de Autor (IIDA)

## SUMÁRIO

1. Cibernética. Conceitos básicos
2. As normas jurídicas como informação e sua ordenação. A juscibernética
3. Estado atual da legislação brasileira
4. Aplicações da juscibernética no Brasil
5. Como proteger a programação cibernética
6. Pelo sistema de patentes
7. Pelo direito de autor
8. Outras formas de proteção. Modelos de utilidade
9. Necessidade de um sistema específico
10. Direitos do titular
11. Formalidades. Registro. Depósito. Menção de reserva
12. Evitemos a descaracterização da tecnologia nacional

### 1. Cibernética. Conceitos básicos

Ressaltando a importância da informática para um país desenvolvido como a França, iniciam SIMOM NORA e ALAIN MINC seu **Rapport**, redigido por incumbência do Presidente da República, encarecendo que, se a França não encontrar resposta correta para os graves e novos desafios, suas tensões interiores hão de lhe tirar a capacidade de dominar seus destinos:

“A informatização crescente da sociedade é o cerne da crise e pode agravá-la ou contribuir para a sua solução. Conforme a política em que se inserir, trará o melhor ou o pior, pois não há

---

Palestra proferida no dia 27-7-1981, em Florianópolis — SC, no I Congresso da Sociedade Brasileira de Computação, e repetida no dia 12-8 seguinte, em Brasília, nas Jornadas de Informática jurídica, Integração e Unificação do Direito, sob os auspícios do CEISAL — Conselho Europeu de Investigações Sociais sobre a América Latina, da ASSLA — Associazione di Studi Sociali Latino-Americani e do Departamento de Direito da Universidade de Brasília.

nos seus efeitos automatismo ou fatalidade. Tudo dependerá da forma como evoluirão, nos próximos anos, as relações entre o Estado e a sociedade civil.

As dificuldades mais aparentes e urgentes nasceram do encaquecimento maciço e brutal das energias importadas, afetando nosso equilíbrio econômico e social. Sua solução constitui a tarefa a ser executada nos próximos anos."

Informa JOSÉ LUIS AMADEO, **Aproximación a la juscibernética**, El Derecho, Buenos Aires, 23-9-1971, provir cibernética da voz grega **ky ber-netes**, que designa a arte do timoneiro, e é, segundo CRENIENSKI, **Cibernética sin Matemáticas**,

"a ciência geral dos sistemas informantes e, em particular, dos sistemas de informação".

Acrescenta ser a máquina cibernética um instrumento para elaborar informações, transformando uma série de dados em outra série de dados, que supõem uma nova informação.

"**Programação** é o fornecimento de dados ao computador; tem como finalidade traduzir por **uma linguagem simbólica**, que a máquina pode assimilar, o problema delineado."

Pela movimentação dos circuitos eletrônicos de sua memória cibernética, o aparelho converte a informação recebida através da linguagem simbólica em **linguagem de máquina**.

"A informação introduzida na máquina, depois de ter sido simbolizada em fichas perfuradas (input) ou programa fonte, é elaborada em outra informação (output) ou programa objeto que é a resposta da máquina ao problema que se lhe apresentou."

Mas para os profissionais, indica CALVIN N. MOOERS, em seu trabalho fundamental, o termo "programa" pode significar várias coisas: um "deck" de cartões perfurados, uma fita magneticamente gravada, uma listagem octal, o estado particular dos núcleos magnéticos num banco de memória de computador, um algoritmo abstrato, um conjunto de conceitos ou idéias etc.

Mais compatível com a finalidade da Lei do Direito de Autor e o conceito de programa de computação será aquele "escrito ou impresso em papel pelo programador, em texto alfanumérico, em certa linguagem fonte", linguagem esta de alto nível como FORTRAN, JOVIAL, ALGOL, APL, que pode ser para qualquer uma das máquinas.

As "Disposições tipos sobre a proteção do **software**", preparadas pelo Bureau Internacional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Genebra, 1978, trazem cinco definições básicas:

1) **programa de computador**, um conjunto de instruções que podem uma vez transpostas sobre um suporte decifrável por máquina, fazer indicar, fazer cumprir ou fazer obter uma função,

uma tarefa ou um resultado particulares por uma máquina capaz de dar tratamento à informação;

II) **descrição de programa**, uma apresentação completa de operações, sob forma verbal, esquemática ou outra, suficientemente pormenorizada para determinar um conjunto de instruções que constituem um programa de computador correspondente;

III) **documentação auxiliar**, toda documentação que não um programa de computador ou uma descrição de programa, criada para facilitar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, por exemplo, descrições de problema e instruções ao uso de um utilizador;

IV) **software**, um ou vários dos objetos mencionados nos pontos I a III;

V) **proprietário**, a pessoa física ou moral à qual pertencem os direitos conferidos pelo art. 2.1 da presente lei, ou cessionário ou sucessor, conforme o art. 2.2.

## 2. **As normas jurídicas como informação e sua ordenação.** **A juscibernética**

O excessivo acúmulo de dispositivos constitucionais, leis, decretos, decretos-leis etc., por sua vez complementados, modificados ou revogados por outros, a profusão de decisões judiciais em todos os escalões e de dados fornecidos por livros e artigos doutrinários tornam impossível, hoje em dia, ao profissional do direito inteirar-se com absoluta segurança e sem falhas a respeito de todos os elementos indispensáveis para o estudo dos problemas que deva solucionar, às vezes com urgência.

Coloca, no entanto, a tecnologia à sua disposição recursos até há poucos decênios inexistentes, que podem municiá-lo de grande número de informações: os "bancos de dados". A aludida cibernética que, por sua vez, deu origem à informática jurídica o libera da tarefa subalterna de acumulação e ordenação de elementos de que se compõe em grande parte a investigação jurídica.

Aponta o citado JOSÉ LUIS AMADEO a **finalidade da investigação juscibernética**, que designa todas as relações entre o direito e a cibernética:

1 — As relações entre o mundo do direito e o sistema social segundo um modelo cibernético.

2 — O direito como uma totalidade, investigando as relações internas, isto é, as que vinculam suas partes entre si.

3 — A formalização de uma linguagem jurídica, como condição prévia à sua incorporação ao processo cibernético.

Na lição de MÁRIO G. LOSANO, são objeto da moderna juscibernética quatro campos de pesquisa:

1 — O mundo do direito, na sua totalidade, é considerado como um subsistema em relação ao sistema social e são estudadas as inter-relações entre os dois sistemas, conforme um modelo cibernético.

2 — O mundo do direito é estudado como um sistema normativo, dinâmico e auto-regulador.

3 — Os modelos cibernéticos, em geral, deveriam ser idealizados tendo em vista a sua utilização em máquinas cibernéticas. Esta passagem para o computador eletrônico pressupõe, porém, uma formalização da linguagem jurídica. Neste terceiro tipo de pesquisa, estão contidos a lógica formal aplicada ao direito, a análise da linguagem jurídica e, de maneira geral, os estudos de teoria geral do direito. Aqui, a norma não é mais uma parte dentro de um todo (o direito) da qual se estudam as relações com outras partes do mesmo conjunto (como no nº 2), mas sim ela mesma torna-se um subsistema, do qual se estudam as diferentes partes e as relações recíprocas.

4 — A passagem da norma para os computadores eletrônicos faz surgir numerosos problemas não encontrados nos níveis anteriores, cuja solução pressupõe noções não só jurídicas, mas também técnicas. Por isso, o setor de tratamento das normas jurídicas como informações (isto é, da sua recuperação eletrônica) é o setor interdisciplinar que marca a fronteira entre a juscibernética e a tecnologia dos computadores eletrônicos.

No estrangeiro, de há muito tempo, iniciativas nesse sentido estão em pleno funcionamento, entregando os serviços administrativos pesadas tarefas aos computadores.

Na Itália operam dois sistemas: o da Suprema Corte e o da Câmara dos Deputados, ambos em Roma.

Informa RODOLFO PAGANO que em Florença o Instituto de Documentação Jurídica, subordinado ao Conselho Nacional de Pesquisas, desenvolve uma função essencialmente de estudo no campo da informática jurídica. Mas também organizou uma lista de dados sobre a literatura jurídica peninsular em forma de fitas magnéticas em dois tamanhos, ITALGIURE e STAIRS, destinados aos dois sistemas mencionados.

O mais interessante é que o instituto produz também, com a colaboração do CDS francês, uma bibliografia internacional sobre a informática jurídica redigida (em **abstract**) em inglês, publicada por fotocomposição e consultável **on line** tanto pela Suprema Corte como pela Câmara dos Deputados.

É prevista a memorização total da legislação, realizando-se formas de colaboração e de troca de fitas que não são feitas alhures.

O Tribunal Supremo espanhol conta, desde 1968, com uma Secretaria Técnica da Presidência para estudo, análise, tratamento e documentação da jurisprudência.

Em Nova Iorque, mediante remuneração módica, a "Law Research Service, Incorporated", proporciona aos advogados, em poucos minutos, a informação desejada, e o Tribunal de Pittsburgh controla, pela cibernética, a duração de cada demanda, a distribuição do trabalho entre os juizes e o número de causas que o mesmo escritório de advocacia defende simultaneamente no Tribunal, averiguando, por essa forma, se eles não estão excedendo sua razoável capacidade de trabalho.

Uma contribuição importantíssima da cibernética para o aperfeiçoamento do direito poderá vir a ser constituída pela "meta-lei": será destinada a fixar regras para a elaboração das leis, nenhuma das quais seria válida se desobedecesse aos seus preceitos.

A Baviera resolveu o problema criando junto ao órgão legislativo uma repartição que examina o texto. Caso verifique incompatibilidade entre o projeto de lei emendado e a automação do processo por ele regulado, devolve o texto à Câmara, para que seja decidido definitivamente o ponto de atrito. Do contrário, a lei não sai do âmbito da discussão parlamentar para tornar-se operante.

Traz RODOLFO PAGANO mais dados fundamentais relativos à Áustria, à Bélgica, ao Canadá, à Comunidade Econômica Européia, à Dinamarca, à Finlândia, à França, à Alemanha (RFA), à Grã-Bretanha (UK), à Grécia, à Itália, à Holanda, à Espanha, à Suécia, aos EUA.

Informa terem sido identificados 28 centros de elaboração automática da documentação jurídica, tendo-se, porém, a atenção dos estudos concentrado nos sistemas totalmente operativos, em número de 10 principais: CREDOC (Bélgica); CEDIJ, CRIDON (Lyon); IRETIJ e JURISDATA (França); JURIS e DATEV (Alemanha — RFA); IGALGIURE e CÂMARA DOS DEPUTADOS (Itália); CELEX (CEE).

Reconhecendo embora o valor das iniciativas particulares que se ocupam da criação e do funcionamento de bancos de normas de jurisprudência, aponta, em seu completo estudo, as razões técnicas e substanciais que militam a favor de uma solução pública:

**a)** os dados jurídicos emanam da autoridade pública a quem cabe a responsabilidade de sua exatidão e completeza;

**b)** a continuidade e atualização do sistema não podem ser postas em dúvida por uma decisão privada;

**c)** deve ser assegurada uma informação global não limitada a setores particulares ou dirigida somente a um certo tipo de usuários;

**d)** mas sobretudo aparece em primeiro plano a consideração da finalidade fundamental de um sistema de informática jurídica, ou seja, de difundir e efetivar o conhecimento do direito."



### 3. Estado atual da legislação brasileira

Os primeiros passos para garantir a autenticidade desses registros começam a ser dados pela nossa legislação, preparando, por essa forma, o terreno para ulterior desenvolvimento.

Assim, a Lei nº 5.433, de 8-5-1968, regula a microfilmagem de documentos oficiais, e dá outras providências, regulamentada pelo Decreto nº 64.398, de 24-4-1969.

O Decreto-Lei nº 486, de 3-3-1969, aceita, no art. 5º, a escrituração mecanizada dos livros mercantis, permitindo o aproveitamento da tecnologia pela contabilidade, sem prejuízo da segurança da escrituração.

O art. 383, **caput**, do Código de Processo Civil, admite que **qualquer reprodução mecânica**, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faça prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

Repete o Projeto de Código Civil de 1975:

“Art. 223 — As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

IGOR TENÓRIO passa em minuciosa resenha toda a legislação administrativa de interesse da cibernética jurídica, a começar pela criação, na estrutura do Conselho de Desenvolvimento, do Grupo Executivo para a Aplicação de Computadores Eletrônicos (GEACE), pelo Decreto nº 45.832, de 23-4-1959, revogado pelo Decreto nº 46.987, de 10 de outubro do mesmo ano, que estabeleceu “as diretrizes básicas para a implantação, no País, de centros de processamento de dados, de fábricas de computadores eletrônicos e suas partes componentes”.

Pelo Decreto nº 70.370, de 5-4-1972, foi instituída a Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrônico (CAPRE), tendo por finalidade “adotar e propor medidas visando à racionalização dos investimentos governamentais no setor e à elevação da produtividade na utilização dos equipamentos de processamento de dados”.

Analisa pormenorizadamente o que tem sido legislado no antigo Ministério do Planejamento, no Instituto Brasileiro de Informática, órgão de processamento de dados e de arquivo eletrônico das informações indispensáveis ao planejamento sócio-econômico do País; na jurisdição do Ministério da Aeronáutica, no Exército, na Marinha e informa que, na área civil, o mais antigo e importante empreendimento da União é a empresa pública Serviço Federal de Processamento de Dados, criado pela Lei nº 4.516, de 1º-12-1964, cujo regulamento, com alterações posteriores, foi baixado pelo Decreto nº 55.827, de 11-3-1965, vigorando hoje somente

a Lei nº 5.615, o Decreto nº 74.408 e a Portaria-MF nº 424, os dois últimos textos de 24-8-1974.

Finalidade do SERPRO é a execução, com exclusividade, por processos eletromecânicos ou eletrônicos, de todos os serviços de processamento de dados e tratamento de informações necessários aos órgãos do Ministério da Fazenda, e assessoramento ou execução de serviços para outros da administração federal, estadual ou municipal.

Analisa, em seguida, a legislação nas áreas governamentais do trabalho e da previdência social, avultando em importância a constituição, pela Lei nº 6.125, de 4-11-1974, da Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social, DATAPREV, com estatutos aprovados pelo Decreto nº 75.463, de 10-3-1975.

Finalmente, na área do Ministério da Agricultura, a Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER) teve a responsabilidade de operar a Biblioteca Central do Ministério da Agricultura, bem como um serviço de informação legislativa, acoplado ao sistema PRODASEN, do Senado Federal, através de convênio EMBRATER—SNIR (Sistema Nacional de Informação Rural).

#### 4. Aplicações da juscibernética no Brasil

O Senado Federal já organizou o PRODASEN, Processamento de Dados do Senado, objeto de minuciosa descrição de SÉRGIO DE OTERO RIBEIRO ("A Pesquisa aos Bancos de Dados do PRODASEN, *Rev. de Informação Legislativa* nº 43, 1974, págs. 269-297).

No resumo bem documentado de RODOLFO PAGANO, o PRODASEN opera em cooperação com outros Centros ou Serviços federais de elaboração de dados: SIL (Sistema de Informação Legislativa) é o sistema informativo do PRODASEN, que está evoluindo em direção ao SIJUR (Sistema de Informação Jurídica), com dados não só legislativos, mas também jurisprudenciais.

Aponta os três arquivos administrados pelo programa STAIRS de que se compõe o sistema:

“1 — o arquivo “Referência legislativa” inclui os dados relativos aos atos normativos federais a partir de 1946. Os dados legislativos não são memorizados em **full text**. O documento memorizado inclui os extremos da norma, as palavras chave e também um resumo do conteúdo da norma. Este resumo chamado de “ementa” não é redigido **a posteriori** pelos documentaristas, porém é um **abstract** oficial da lei e como tal contido no texto do documento legislativo;

2 — o arquivo “Referência bibliográfica” inclui o catálogo da Biblioteca do Senado Federal e da Câmara dos Deputados;

3 — o arquivo "Controle de projetos e comissões" inclui várias matérias: **status** dos projetos de leis em discussão, dados sobre as atividades dos senadores e deputados, dados sobre as atividades das Comissões permanentes e especiais."

Informa DÍNIO DE SANTIS GARCIA terem sido criados, em 1971, o Centro de Cibernética Jurídica do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, e, em 1975, os sistemas que deverão integrar o Cartório de Distribuição e Informação do Tribunal de Justiça do mesmo Estado.

IGOR TENÓRIO, depois de aludir ao emprego da computação na área do direito tributário, dá notícia do Centro Brasileiro de Pesquisas para a Informática Jurídica (JUSINFORM), cujo programa de trabalho foi divulgado à ocasião de sua instalação pelo Ministro BILAC PINTO, membro de seu Conselho Diretor, e seu principal idealizador.

Instrui que o sistema tomado por base é o da análise e indexação da documentação jurídica, como etapa inicial. Juristas definirão o conteúdo de cada documento, atribuindo-lhe descritores que indiquem os conceitos, descritores esses que serão codificados adequadamente.

Será necessário começar pela organização de um vocabulário básico, elaborado artificialmente, e pelo simultâneo levantamento das fontes lingüísticas, bem como pelo estudo da metodologia para a análise do glossário geral da linguagem.

Seguirá o inventário das fontes de terminologia jurídica, e seu agrupamento pelos aspectos específicos do direito em geral e de cada um de seus ramos, para que se possa alcançar, afinal, uma codificação específica para o direito, chegando à fase operacional, mediante o processamento da base terminológica e a seleção dos termos para a inclusão no **Thesaurus**.

Esta operação consistirá na escolha dos termos que serão necessariamente incluídos, dos que poderão ser incluídos mediante apreciação posterior, dos termos que deverão ser eliminados e ainda dos que comportem referências cruzadas, fazendo-se, depois, uma edição preliminar do **Thesaurus**, destinada à difusão e crítica.

Em fase posterior, serão elaborados os **Thesauri** especializados por ramo de direito, constituindo a etapa final a da comparação dos **Thesauri** brasileiros com os estrangeiros, para que se possa processar a reformulação do plano geral do **Thesaurus** jurídico, concluindo, assim, essa primeira fase do plano operacional.

No momento em que o JUSINFORM entrar em fase operacional definitiva, pretende dar sua cooperação aos tribunais, ao Poder Legislativo, às Universidades, a órgãos governamentais, a entidades públicas e privadas que já se dediquem ou venham a interessar-se pela informática jurídica, bem como deles receber colaboração e ajuda.

Alude ainda ao emprego de recursos eletrônicos em juízos e tribunais, e a uma das primeiras pesquisas, publicada na revista **Law and Computer**

**Technology**, em 1970, pelos profs. VIKTOR KNAPP e VLADIMIR VRECIÓN, da Universidade Carlos, em Praga, acrescentando que, desde 1972, a PRODASB opera todo um sistema para acidentes do trabalho e, através de detalhadas fichas de informações, parte para as hipóteses de procedência ou improcedência de ações de acidentes, com segura indicação do processo, vara e comarca, nome do autor e empregadora, enfermidades alegadas (acidente típico e doenças por extensão), perícias médicas, base das alegações do patrono, prova testemunhal, enfermidades comprovadas, seguradora, redução da capacidade e indenização, e cálculos de custas, multas, despesas médicas diárias e recursos acaso intentados.

Uma sentença-tipo tem duas páginas e não difere de uma redigida por mão humana, embora não passe de um conjunto de circunstâncias para exame ulterior do juiz.

Em relação aos tribunais estaduais, o relatório final sobre as atividades e a estrutura da Secretaria do Tribunal de Alçada Criminal, de São Paulo, foi elaborado com vista a racionalizar seus fluxos de procedimento e, por consequência, aumentar o grau de eficiência de sua secretaria. A PRODESP contou com a cooperação dos juízes daquela Corte, DÍNIO DE SANTIS GARCIA e FRANCIS SELWIN DAVIS.

Diz o relatório da PRODESP que se verificou a "possibilidade de utilização de processamento de dados na área da Divisão Judiciária. Esta aplicação abrangeria tanto o nível operacional, conferindo maior segurança e racionalidade aos controles ora efetuados, como forneceria informações ao nível de decisões estratégicas, munindo assim o Tribunal de dados que permitiriam um planejamento de necessidades humanas e materiais para um perfeito desempenho de suas atribuições".

Registra o atendimento ao Tribunal de Justiça de São Paulo através da PRODASB — Processamento de Dados de São Bernardo do Campo S.A. pelo Cartório de Distribuição e Informações, mediante:

- 1 — cadastro geral de protestos lavrados na Capital, nos nove cartórios de protestos de títulos e documentos, nos últimos cinco anos;
- 2 — controle dos mandados de prisão e da população carcerária no Estado de São Paulo.

Estão ainda em desenvolvimento os seguintes projetos:

- 1 — Registros do **Forum** Civil e Criminal;
- 2 — Registro do **Forum** Orfanológico;
- 3 — Registro do **Forum** dos Feitos das Fazendas;
- 4 — Sistema para distribuição de feitos;
- 5 — Sistema para controle de andamento dos feitos.

Quanto aos Tribunais Superiores da União, há estudos ou sugestões para utilização de recursos de processamento de dados.

Sob a coordenação do Prof. C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, realizou-se, no Rio de Janeiro, de 23 a 27-10-1978, o II Congresso Nacional de Processamento de Dados, que, na temática de informação jurídica, discutiu a seguinte pauta:

1 — Os documentos — fonte da informação jurídica e a preparação para o processamento eletrônico dos seus dados.

2 — Padronização da terminologia jurídica e correspondência de conceitos.

3 — As operações arquivar a informação na memória do computador.

4 — Arquivamento do texto integral do documento ou apenas de uma súmula do seu conteúdo (v. g., ementa da lei ou do acórdão).

5 — A indexação, os descritores e o **Thesaurus**. Sua informação, uso e importância.

6 — Os métodos de indexação e de seleção dos descritores. Subjetividade do processo de habilitação dos analistas.

7 — A formação dos diferentes bancos de dados na área jurídica:

legislação; elaboração legislativa; — atos administrativos; — jurisprudência; — bibliografia etc.

8 — O sistema AQUARIUS (**A Query and Retrieval Interactive Utility System**), programas de português e respostas aos bancos de dados.

Houve uma parte relativa à **Legislação, Jurisprudência e Bibliografia**; outra referente aos Bancos de Dados do PRODASEN e outros, e, finalmente, Aplicações à Administração da Justiça, compreendendo:

1 — Proliferação dos litígios e insuficiência do mecanismo judiciário. Retardamento na distribuição da justiça e sua deficiente administração. Generalização desse fenômeno nos países desenvolvidos.

2 — Diagnóstico do estado da Justiça brasileira. Fatores da demora no processamento das causas e do mau funcionamento de outros serviços judiciários.

3 — Recursos ao processamento eletrônico de dados para solucionar ou minorar esses problemas. Aplicação de modernos métodos gerenciais (management) ao planejamento, funcionamento e fiscalização dos serviços judiciários, sem prejuízo da independência do juiz e garantias das partes.

4 — O sistema TJIS (Total Justice Information System). Flexibilidade de suas aplicações. Atividades policiais, do Ministério Público, Justiça Civil e Penal de 1ª instância. Tribunais de Recursos e Superior.

5 — Os projetos em funcionamento em Philadelphia, Los Angeles e New York.

6 — O Sistema DATAJUS de processamento eletrônico de dados na Justiça Federal. O projeto e suas fases de implantação.

7 — Os estudos para implantação de sistemas similares na justiça dos Estados. As experiências e a situação do problema em São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais.

8 — Repercussões sobre a execução da reforma judiciária.

9 — Aplicações nos serviços de tabelionato e de registros públicos e outros.

Também a Faculdade de Direito da USP procurou dar a sua contribuição, como se pode verificar pela Portaria nº 5/22, de 4-9-1978:

“Considerando o volume e a complexidade cada vez maior que as publicações, em geral, e as jurídicas, em particular, vêm assumindo nos dias de hoje;

Considerando que o pesquisador, por mais diligente que seja, não tem possibilidade, mesmo na mais favorável das hipóteses, quando se encontra em grandes centros culturais, de consultar fichários e catálogos em número suficiente para dar-lhe segurança em sua orientação;

Considerando que não existe para a doutrina uma coleta de dados como a que procede o PRODASEN com relação às leis e decretos, como a do Tribunal de Alçada Criminal e do . . . . PRODAIBE, com relação à jurisprudência;

Considerando que o desenvolvimento dos computadores eletrônicos está na iminência de se instalar também nessa atividade e que é fundamental que as diretrizes sejam traçadas no sentido de aproveitamento máximo das potencialidades dos mesmos e do trabalho já realizado;

Considerando ainda a enorme contribuição, em poupança de tempo, de esforço e de numerário que um fichário coletivo representa;

Considerando, finalmente, que semelhante iniciativa pode e deve ser tomada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que tanto prestígio desfruta não apenas nos ambientes culturais pátrios, como, também, além fronteiras.”

Resolvemos, como seu Diretor, instituir Grupo de Trabalho, destinado a planificar e executar o “Fichário Coletivo Brasileiro de Direito”.

Acabamos, no entanto, desistindo do intento, depois de dois anos de esforços, diante das dificuldades econômicas e da falta de funcionários especializados.

## 5. Como proteger a programação cibernética

A importância do tema foi ressaltada, em termos dramáticos, por HENRIQUE GANDELMAN, "Programas de Computadores e sua Proteção Jurídica", *Jornal do Brasil*, de 24-8-1980, fazendo ver que mescla, num todo, os problemas da transferência de tecnologia, remessa de **royalties**, incentivo à criatividade nacional, transformando-o num item eminentemente político:

"Daí a preocupação dos vários segmentos ligados ao processamento de dados em estabelecer uma política definitiva de informática. Esta, para um país em vias de desenvolvimento, é de extrema importância... sabendo-se que no mundo contemporâneo a tecnologia da informação pode ser um fator de dominação econômica e conseqüente chantagem política, tão ou mais forte do que o controle das fontes de petróleo e sua bem próxima escassez total."

CALVIN N. MOOERS resalta a necessidade da proteção para que o **software** possa ser prontamente negociado e comercializado, vendo um indício dessa necessidade no fato que o atual investimento no desenvolvimento de novo **software** ultrapassa o do desenvolvimento de novo **hardware** e deverá aumentar ainda mais no futuro.

Com razão, pois, frisava a redação de **Dados e Idéias** (Rio, fev./mar. 1980), que a formação de uma estrutura jurídica e legal, e, em última instância, a fixação de um "direito de **software**", beneficia, direta ou indiretamente, certos processos econômico-sociais, tais como a quantidade e qualidade de empregos para os profissionais do ramo, o incentivo ou inibição de iniciativas locais e regionais no que diz respeito ao estabelecimento de empresas, a direção e o fluxo de divisas entre países, a adequabilidade do **software** (e conseqüentemente da maneira de a máquina desempenhar as funções de tratamento da informação) às condições locais e regionais.

Fundamental é ainda o ponto ressaltado pela OMPI, na **Introdução** ao seu projeto de lei-tipo:

"A existência de uma proteção jurídica forte deveria favorecer a difusão de suas criações e permitir a estes criadores evitar os duplos empregos entre eles. Na falta de semelhante difusão, numerosos programadores arriscam dedicar um tempo e um trabalho consideráveis, cada um de seu lado, a um objetivo idêntico: embora os programas possam ser diferentes, cada um deles permitiria provavelmente alcançar este objetivo. De qualquer maneira, a proteção jurídica favorecerá o aproveitamento do **software** para fins outros que a utilização pessoal."

Frisa, pouco adiante, que uma das vantagens do estabelecimento de uma proteção jurídica clara e suficiente do **software** consiste em que encoraja uma divulgação mais ampla das informações sobre o **software**, informações que, sem isto, estariam expostas a usurpações.

Focalizando a proteção como um incentivo à revelação, menciona a importância de se assegurar a pronta acessibilidade da relevante forma de tecnologia moderna representada pelo **software**.

Aborda em seguida a proteção como estimulante do comércio, fazendo ver que a falta de proteção legal pode ser particularmente prejudicial no domínio mercantil.

Tanto o vendedor quanto o comprador de **software** de computador estão interessados na proteção jurídica, devido ao aumento da segurança legal de seu relacionamento.

Um sistema de proteção é particularmente importante para os países em desenvolvimento, encorajando o titular do **software** a licenciá-lo, em troca de **royalties** especialmente baixos, se estiver certo de poder acionar usuários em outros países no caso de seu **software** ser revelado pelo licenciado. A maior publicidade do **software** que resulta da divulgação decorrente da proteção legal ajuda esses países a avaliarem as alternativas existentes no mercado internacional.

## 6. Pelo sistema de patentes

Acentuam as aludidas explanações introdutórias ao projeto de lei da OMPI que a finalidade principal não consiste em permitir aos proprietários aproveitar de um período de exclusividade dos direitos que viriam compensar a criação e a divulgação da programação, mas simplesmente favorecer a criação e a difusão da mesma e impedir a usurpação dos frutos do precioso trabalho alheio e, portanto, oferecer uma segurança jurídica que deveria facilitar o comércio da programação e incentivar seus titulares a colocá-la mais amplamente à disposição.

Nas discussões da matéria foram examinadas três modalidades diferentes de proteção.

O sistema das patentes parece constituir forma apropriada da proteção jurídica, uma vez que se aplica às soluções técnicas novas e inventivas.

“Mas” — acentua o relatório da OMPI — “em numerosos países, os programas de computadores e outros elementos do **software**, em particular os algoritmos, não podem ser considerados como invenções patenteáveis; a Convenção sobre a patente europeia, por exemplo, contém uma disposição expressa neste sentido (art. 32.2.c.).”

Adverte, ainda, a respeito das sérias dificuldades práticas, principalmente no que diz respeito ao exame da novidade e da atividade inventiva de um programa de computador, para estabelecer a documentação sobre a técnica anterior e para encontrar examinadores qualificados.

“Uma outra dificuldade decorre do fato que, no quadro dos processos em matéria de patentes, qualquer pessoa pode ter



acesso à divulgação completa da invenção, o que permite ao homem do ofício realizar o produto patenteado ou utilizar o processo patenteado; dada a dificuldade relativa que existe em descobrir a usurpação de um programa de computador, pode-se considerar que essa divulgação ilimitada ao público não é desejável; portanto, fazer uma exceção no caso dos programas de computador arriscaria prejudicar a um princípio fundamental da legislação relativa às patentes, que é a divulgação ao público."

No caso específico do Brasil, não admite a Lei nº 5.772, de 21-12-71, que instituiu o atual Código de Propriedade Industrial, art. 9º, sejam privilegiáveis "os sistemas e programações, os planos ou os esquemas de escrituração comercial, os cálculos, de financiamento, de crédito, de sor-teios, de especulação ou de propaganda".

Considerados genericamente os "sistemas e programações" — ob-tempera JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES —, temos que em nosso País quaisquer sistemas ou programações não são suscetíveis de privilégio e nestes estão incluídos os "programas dos computadores".

Como se tal não bastasse e se tais **programas** fossem considerados como **planos ou esquemas de escrituração ou de cálculos**, também não seriam privilegiáveis.

Parece-lhe, entretanto, que, se esses sistemas e programas tiverem uma finalidade específica e estiverem intrinsecamente ligados aos apar-elhos e/ou dispositivos computadores, seria viável o privilégio, tendo-se por base o conjunto tal como se apresenta.

"Vale dizer, portanto, que em tese poderia ser privilegiável o aparelho e/ou dispositivo e a conseqüente programação e/ou sistema que se lhes acompanha e do qual a parte não poderia ser retirada. A eventual patente seria para o "processo de apli-cação e/ou utilização de um aparelho e/ou dispositivo" ou, me-lhor dizendo, o "aparelho e/ou dispositivo e o seu processo de aplicação resultante".

Mas, se assim fosse, não atingiria, com a concessão da pa-tente, todos os objetivos das empresas fabricantes dos apare-lhos e/ou dispositivos e nem tampouco das empresas que pre-param os programas dos computadores. Não atingiria os obje-tivos de ambas as empresas porque, no primeiro caso, as em-presas fabricantes de computadores o fazem visando a utili-zação dos mais variados programas de computadores e, no se-gundo, porque as empresas que preparam os programas de com-putadores estariam limitadas à utilização de seus programas em apenas um tipo de computador."

Conclui que tais programas não são suscetíveis de privilégio de invenção.

Do ponto de vista da salvaguarda do interesse nacional, lembra o relatório elaborado por um Grupo de Trabalho sobre Mecanismos de Con-

trole à Importação de **Software**, criado pela Assessoria de **Software** da extinta Capre, **Dados e Idéias**, Rio, fev./mar. 1980, que o dispositivo de patente permite às multinacionais estabelecer verdadeiras reservas de mercado e conservar em suas mãos o monopólio da tecnologia:

“A “proteção” da patente é de 15 anos, superior, em média, ao tempo de vida útil de um **software**. Só o requerente do privilégio de patente poderia produzir o **software** nos próximos 15 anos.”

## 7. Pelo direito de autor. Vantagens e inconvenientes

No rol de 12 itens que a lei brasileira, nº 5.988, de 14-12-1973, traça no art. 6º, das obras intelectuais protegidas, isto é, “as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas”, indica, entre outros, “os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos”, “os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência”, e, por último, “as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, desde que previamente autorizadas e não lhes causando dano, se apresentarem como criação intelectual nova”.

Não é muito diferente o critério da Convenção de Berna, considerando suscetíveis da proteção do direito de autor as obras literárias e artísticas, designação que abrange “todas as produções no domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”, exemplificando, entre muitos, “os livros, brochuras e outros escritos”, e “os projetos, esboços e obras plásticas respeitantes à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências”.

A Convenção Interamericana de Washington inclui, em seu art. IV, nº 2, no rol das obras a serem protegidas reciprocamente entre os Estados contratantes que no presente ou no futuro concedam proteção, as obras de arte feitas principalmente para fins industriais, não compreendendo, porém, o nº 3, no amparo conferido pela Convenção, “o aproveitamento industrial da idéia científica”.

Assinala CALVIN N. MOOERS que um programa de computação, quando considerado sob a forma de texto da listagem da linguagem-fonte, é um “trabalho literário” que tem atributos perante a lei respectiva, que faculta a seu dono uma variedade de “direitos exclusivos”, protegendo-o contra atos não autorizados como cópias, traduções, versões e sua execução num computador:

“As cópias abrangem fotocópias, bem como a reprodução de fita para fita. A tradução compreende a tradução de um programa para outra linguagem de computador como, por exemplo, de FORTRAN para ALGOL.

A elaboração de outras versões inclui a montagem ou compilação do texto do programa-fonte. A execução do programa

requer muitas espécies de cópias, traduções etc., para cada etapa de execução.

O **copyright** é especialmente indicado para proteger o "investimento em depuração" de um programa acabado e bem testado. O **copyright** indiretamente protege os direitos de propriedade com relação à linguagem de programação e seus compiladores, porque uma descrição de texto que define uma linguagem de programação é passível de **copyright** e qualquer tradução desse texto de definição para um texto derivado que seja um programa de computação para um compilador daquela linguagem pode constituir infração.

De maneira análoga, "famílias" de computadores podem ser protegidas indiretamente por **copyright** (quando se deseje), uma vez que as mesmas são caracterizadas por um conjunto de instruções comuns (por exemplo, as séries 360 e 370 da IBM), sendo que o **copyright** de um texto que define um conjunto de instruções também parece dar direito à feitura de textos derivados que constituem microprogramas destinados a executar as instruções individuais."

A diferença básica entre as duas modalidades de proteção é posta em realce pela OMPI: enquanto que a legislação sobre as patentes protege a idéia técnica que subentende uma invenção, a legislação sobre o direito de autor visa principalmente amparar a forma sob a qual as idéias são expressas, embora a proteção não se limite a essa forma.

A proteção pelo direito de autor parece-lhe particularmente indicada para o **software** em seu conjunto (e não simplesmente para os programas de computador), por consistir em grande parte em textos descritivos ou explicativos; mesmo um programa de computador constitui uma forma de expressão das idéias contidas no **software** que conduz ao programa.

"Na maior parte dos casos, a criação intelectual reunida no **software** consiste na habilidade e no esforço que permitiram tornar estas idéias "compreensíveis" por um computador, da maneira mais econômica e eficaz possível."

Reconhece, todavia, que, embora certas formas de **software** (principalmente as de tipo verbal) possam ser manifestamente protegidas em virtude das leis sobre o direito de autor, não estão de acordo os especialistas sobre a questão de saber se outros tipos de **software** (em particular, um programa de computador apresentado sobre fita magnética, por exemplo) podem ser considerados como obras literárias, artísticas ou científicas, obras que são tradicionalmente cobertas pelo direito de autor.

CALVIN N. MOOERS assinala que, em comparação com a patente, a proteção de **software** pelo direito de autor apresenta a grande vantagem de ser pouco dispendiosa, muito fácil e mais rápida de conseguir, e é aplicável a quase todos os programas de computação e **software**, e não

apenas à ínfima fração de programas que atendem aos requisitos necessários para constituir um novo conceito patenteável.

*“Em comparação ao método de proteção do segredo comercial, o **copyright** proporciona direitos legais mesmo depois que o **software** tenha sido vendido a muitos clientes, e esteja sendo amplamente usado.”*

Advirtam-se, ao mesmo passo, os inconvenientes decorrentes dessa proteção específica.

O primeiro terá a duração absolutamente incompatível com a natureza e com as necessidades práticas do **software**. É correspondente ao período de toda a vida do autor, de toda a vida dos filhos, dos pais ou do cônjuge a quem os direitos patrimoniais tenham sido transmitidos por sucessão **mortis causa**, e de 60 anos para os demais sucessores do autor, nos termos do art. 42 e seus parágrafos da Lei nº 5.988.

Aos percalços de um prazo, a bem dizer, ilimitado somam-se os da insegurança e da necessidade de localizar, depois da morte do autor, os seus eventuais sucessores titulados, para obter o necessário consentimento, o que impede praticamente o seu aproveitamento, atendendo às particularidades da criação intelectual de que estamos discorrendo.

O próprio relatório da OMPI reconhece que a proteção pelo direito de autor arrisca ser de um interesse muito limitado, uma vez que não cobriria senão a cópia (ou os atos similares como a tradução ou a adaptação); em si mesma, a utilização de um programa de aproveitamento de um computador não será impedida pela legislação sobre o direito de autor, como a confecção de um bolo não constituiria uma violação ao direito de autor da receita.

Considera indispensável que a utilização de um computador seja coberta pelos direitos relativos ao **software**: com efeito, é possível que a legislação sobre o direito de autor ofereça um meio de ação neste caso, uma vez que a utilização de um programa implica provavelmente sempre sua cópia na memória do computador, mas os tribunais põem em risco não considerar esta reprodução interna como suficiente aos fins da legislação sobre o direito de autor.

Não discrepa CALVIN N. MOOERS quando assinala a desvantagem da proteção do direito de autor decorrente da perda do “sigilo” absoluto de qualquer novo método de **software**, visto que o mesmo exige “publicação”.

Entretanto, métodos e idéias realmente novos com relação a **software** raramente ocorrem, enquanto que o direito de autor pode proporcionar um amplo escopo de proteção para o texto real de um **software** de computação após a publicação.

Além disso, o direito de autor pode ser vantajosamente usado juntamente com licença de **software** que exigem a não-revelação de textos

ou fitas de programas, conforme é feito pela IBM com seus produtos de programas licenciados.

Finalmente, outras desvantagens da modalidade de proteção do direito de autor é que as obrigações de ordem legal com relação a certas partes do mesmo ainda não foram definidas.

Em que tópico da Lei nº 5.988 se incluiriam os programas dos computadores?

Se os considerarmos como sendo obras literárias — aduz JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES —, abrangida sua eventual proteção entre **outros escritos**, não haveria qualquer problema legal para a sua proteção como direito de autor.

Considerados como "projetos respeitantes às ciências", eis que, na realidade, os programas de computadores, sendo cientificamente preparados, através de um conjunto de informações e/ou ilustrações formando uma obra completa, visariam atingir o ensinamento geral ou mesmo o deleite.

"Ora, as obras completas que visam o ensinamento em geral e o deleite não têm qualquer utilização e/ou aplicação industrial, muito embora possam ser editadas em série. Realmente as obras literárias, científicas ou artísticas são editadas em série, isto é, em pequeno ou grande número, mas atingem uma determinada camada social que não a utiliza visando melhor desenvolver o seu equipamento industrial.

Diga-se, ainda, que, a despeito de existirem obras chamadas técnicas, estas são adotadas pelos industriais como o princípio do seu aprendizado, mas necessitam de projetos para poder se desenvolver atingindo essa finalidade."

Diante desses argumentos, não acredita que a proteção dos programas dos computadores possa ser enquadrada como direito de autor, mormente se levarmos em consideração que taxativamente a Convenção de Washington estabelece que "o amparo conferido aos direitos autorais não compreende o aproveitamento industrial da idéia científica".

Mesmo que tal não estivesse estabelecido expressamente, admite que os programas dos computadores não visam atingir o ensinamento em geral e nem tampouco o deleite, mas sim, e essencialmente, permitir, através de trabalhos literários e ilustrativos, atingir a um fim determinado: um aproveitamento industrial de um ensinamento científico, intrinsecamente ligado a um aparelho, a um dispositivo ou a um equipamento mecânico, eletrônico ou outro.

## **8. Outras formas de proteção. Modelos de utilidade**

As legislações de alguns países oferecem numerosos meios de impedir a divulgação ou a utilização não autorizadas de informações secretas.

Numerosas leis prevêem uma sanção direta ou reparações civis em caso de usurpação de um **segredo comercial** ou de informações obtidas mediante abuso de confiança.

“Encarado com rigor” — aduz CALVIN N. MOOERS — “o método de segredo comercial é significativo quando usado por apenas uma ou um número muito reduzido de empresas. A condição de segredo comercial pode ser perdida devido à sua comercialização generalizada”.

Um meio usual de proteger informações relativas ao **software**, previsto por todas as leis, é a conclusão de um **contrato**. Mesmo na ausência de uma cláusula expressa no contrato — acentua o relatório da OMPI que antecede a proposta de lei-tipo —, as pessoas ligadas por relações de confiança a uma empresa de informática, como seus empregados, podem ser impedidas de divulgar informações secretas. Estas podem também ser indiretamente protegidas por determinadas disposições do Código Penal, por disposições gerais do Código Civil ou por determinadas ações de responsabilidade civil.

Mesmo se não houver segredo, a usurpação de programas de computador pode, em certas circunstâncias, fazer objeto de uma ação no quadro da legislação sobre a **concorrência desleal**, delito previsto no art. 196, nº XII, do Código Penal brasileiro.

Ressalta, todavia, que, mesmo nos países onde os segredos comerciais podem ser protegidos diretamente, existem incertezas ou diferenças quanto ao alcance do amparo e quanto às suas modalidades. Aponta o inconveniente de uma defesa garantida em virtude da legislação sobre os contratos: é que, na maior parte dos casos, será difícil impedir a pessoas não ligadas pela relação contratual de divulgar ou de utilizar um programa.

Caberia a proteção dos referidos programas como **modelo de utilidade**?

Caberia a proteção dos referidos programas como **modelo de utilidade** 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 trabalhos 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 da máquina se destina.”

Se nos detivermos no exato sentido da palavra **disposição** — observa JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES —, chegaremos à conclusão que se trata da **distribuição segundo uma certa ordem** e, se nos alongarmos um pouco mais, poderemos, eventualmente, admitir que os **programas de computadores**, por serem uma disposição segundo uma certa ordem, poderiam se constituir em privilégios de modelo de utilidade.

“Se, por outro lado, aceitarmos aquela palavra como sendo uma disposição construtiva ou mecânica, concluiríamos também

que os programas de computadores, por serem uma disposição construtiva e bem assim mecânica e/ou eletrônica, poderiam perfeitamente ser suscetíveis de privilégio dentro dessa modalidade.

Entretanto, a prática, isto é, o procedimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial nos conduz ao contrário porque, na realidade, a disposição prevista pela lei é a **disposição ou forma nova obtida ou introduzida em objetos conhecidos**, salientando-se que os **objetos** compreendem as **ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios.**"

Ditos objetos se lhe afiguram como coisas palpáveis ou figuras em três dimensões e não os textos, sistemas, programas, roteiros etc. Vem ainda confirmar a tese a explicação final do dispositivo que acentua que a proteção dos modelos de utilidade se restringe à **forma ou à disposição nova** que traga melhor utilização à função a que o **objeto ou parte** de máquina se destina.

Diante dos expressos termos da lei brasileira — conclui —, os programas de computadores não podem ser suscetíveis de proteção como **modelos de utilidade.**

## **9. Necessidade de uma proteção específica**

Observando que os computadores assumem uma importância cada vez maior nos domínios da ciência, das técnicas e do comércio e em outros setores da atividade humana, que o **software** representa a maior parte dos investimentos consagrados à informática e que sua realização exige um esforço intelectual de alto nível, não há quem não considere necessário garantir sua proteção jurídica, o que encorajaria os investimentos e o comércio no domínio do **software** e tornaria este mais amplamente acessível.

Diante da incerteza que reina atualmente quanto à proteção concedida ao **software** pelos diferentes sistemas jurídicos, reconhece a OMPI que:

"... uma das vantagens do estabelecimento de uma proteção jurídica clara e suficiente do **software** consiste em encorajar uma divulgação mais ampla das informações sobre o **software**, informações que sem isso ficariam expostas às usurpações. A finalidade de semelhante proteção é, portanto, precisamente evitar que deixe de sujeitar-se ao segredo e às leis ou às medidas jurídicas que preservam este segredo."

O problema apresenta-se com maior agudeza nos países, como o nosso, amplamente dependentes da tecnologia estrangeira e ansiosos por libertar-se dessa verdadeira sujeição de renovado e sofisticado tipo colonialista.

Muita sensibilidade revelou a redação de **Dados e Idéias**, nº 4, ao propor que se tomem, no Brasil, as primeiras medidas para o estabelecimento de uma estrutura legal e jurídica adequada, sem optar pela legislação de direito autoral ou pelo direito de patente, que procure preservar e estimular as empresas nacionais do ramo e aumentar em quantidade e qualidade a oferta de empregos, optando por uma estrutura jurídica que esteja de acordo com os nossos interesses:

“Decisões precipitadas poderão ter efeitos negativos, prejudicando o desenvolvimento e consolidação de uma indústria nacional de **software**, bem como liberando o fluxo de divisas correspondente ao **software** de qualquer controle.”

Encarece que o enquadramento do **software** na legislação de direito de autor nos seria desfavorável:

“Não existe controle sobre a remessa de **royalties**, a não ser o cambial...”

Embora hoje não haja remessas consideráveis de divisas pelo **software**, tal situação poderá inverter-se no futuro, devido aos custos crescentes do **software** em relação ao **hardware**.”

Lembra que, para o caso de direito autoral, o tempo de proteção seria praticamente ilimitado, diante dos termos do art. 42 da lei específica, que, ao invés de proteger a indústria nacional, viria a inibir o seu crescimento:

“Um fabricante de **software** não poderia, por exemplo, desenvolver para a comercialização um compilador COBOL, que já fosse protegido por direito autoral, muito embora, por esforço próprio, pudesse vir a produzir este compilador.”

Considera que, no momento, o mais interessante é que os direitos dos fabricantes de **software** continuem a ser resguardados por via contratual, com cláusulas de sigilo comercial.

“Apenas no sentido de estabelecer mecanismo para controlar a importação de **software**, podemos considerar que o conjunto de conhecimentos inerentes a um dado **software** destina-se à produção de bens e serviços. Pode-se, portanto, classificar o **software** como tecnologia e sujeitá-lo aos controles de transferência de tecnologia hoje existentes no País (Código de Propriedade Industrial, art. 126).”

Tal opção — conclui — apresenta a vantagem de não modificar a legislação em vigor, possibilitando, no entanto, um prazo maior para uma adequada regulamentação jurídica do **software**.

Considerando que, na prática, os **programas de computadores** têm sido objeto apenas de Contratos de Segredos de Negócios (Trade Secrets), ou de Assistência Técnica (know-how) em nosso e em muitos outros países; que tais contratos vêm sendo estabelecidos por tempo indeterminado, fazendo com que os detentores desses ensinamentos obtenham regalias por todo o tempo que desejarem, o que contraria os princípios



do direito moderno, eis que possibilita o monopólio desse sistema; considerando que esse monopólio é contrário ao desenvolvimento dos mais variados países; que as nações subdesenvolvidas necessitam desse aprendizado, mas que por ele não deverão pagar por tempo indeterminado, manifesta JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES a opinião que deve ser alterada, não só a lei brasileira, como também a dos demais países interessados, permitindo o **privilégio dos programas dos computadores**, por um tempo determinado e não excedendo o máximo de cinco anos, contados da data do pedido.

Com tal proteção estariam os legitimamente interessados em condições de agir contra terceiros que eventualmente venham a interferir em seus direitos reproduzindo-os ou imitando-os.

## 10. Direitos do titular

Titular do direito ao **software** é o seu criador, exigindo-se, todavia, um certo grau de originalidade, uma contribuição pessoal de alguma valia, com características próprias ao setor que estamos estudando.

Tal como no direito de autor em geral, a simples idéia não encontra campo de aplicação, desde que não se tenha traduzido em algum elemento material: uma sonata, um conto, um quadro, uma escultura, um simples esboço de desenho.

Supõe expressão num programa escrito, ou num dos seus elementos, que, através das necessárias adaptações, satisfaça as condições de "alimentar" o computador.

Ou, como diz CALVIN N. MOOERS, pág. 16:

"Para que possam ser utilizadas ou protegidas por **copyright**, terão que ser postas em anotação ou linguagem, em formas concretas de expressão que sejam passíveis de proteção de **copyright** e de infração.

Num programa real, a seqüência e escolha dos algoritmos, manipulações disponíveis etc., compreendidos na expressão do programa, também constituem elementos válidos de expressão. Tais elementos se assemelham aos incidentes do desenvolvimento de uma estória ou novela, cuja escolha e seqüência é protegida por **copyright**. Em suma, qualquer coisa que não a mera "idéia."

Tratando-se, porém, de obra criada sob relação de emprego, os direitos de autor, dispõe o art. 36, **caput**, da Lei nº 5.988, pertencerão a ambas as partes, salvo convenção em contrário. Na conformidade de outras legislações e de acordo com o que propõe de resto o art. 2º, al. 1, do Projeto de Lei-Tipo da OMPI, os direitos de autor pertencerão ao empregador, salvo estipulação em contrário, o que parece mais lógico, embora não completamente satisfatório: pelo menos, dá uma solução mais completa ao problema.

Como em qualquer outra criação intelectual, os direitos de autor da criação em matéria de **software** separam-se, embora nem sempre nitidamente, em dois grandes setores.

O impropriamente denominado **direito moral** objetiva salvaguardar a personalidade e a boa fama do autor contra manipulações não autorizadas, desdobrando-se numa série de prerrogativas: direito de inédito, de reivindicar a paternidade da obra, à integridade da mesma, direito de arrependimento, de modificar a obra, de acabá-la etc.

**Direito pecuniário** é o que diz respeito à obtenção, por vias diretas, ou indiretas, de quaisquer vantagens patrimoniais que a obra seja capaz de proporcionar.

Cuidando especificamente do criador em matéria de **software**, enumera o art. 5º do Projeto de Lei-Tipo elaborado pela OMPI, como direitos do proprietário, os de impedir os seguintes atos:

I) divulgar o **software** ou facilitar a divulgação a quem quer que seja antes que tenha sido tornado acessível ao público com o consentimento do proprietário;

II) dar ou facilitar o acesso a um objeto que armazene ou reproduza o **software** antes que este tenha sido tornado acessível ao público com o consentimento do proprietário;

III) copiar o **software** por qualquer meio ou sob qualquer forma;

IV) utilizar o programa de computador para estabelecer um programa de computador idêntico ou praticamente idêntico, ou uma descrição do programa de computador ou de um programa de computador praticamente idêntico;

V) utilizar a descrição de programa para estabelecer uma descrição de programa idêntico ou praticamente idêntico ou um programa de computador correspondente;

VI) utilizar o programa de computador ou um programa de computador estabelecido pela maneira indicada nos pontos III, IV, ou V, para comandar o funcionamento de uma máquina capaz de dar tratamento à informação, ou armazená-la em semelhante máquina;

VII) oferecer ou reter para fins de venda, de locação ou de cessão sob licença, vender, importar, exportar, alugar ou ceder sob licença o **software** ou o **software** estabelecido da maneira mencionada nos pontos III, IV ou V;

VIII) realizar os atos mencionados no ponto VII com relação aos objetos armazenado ou reproduzindo o **software** ou **software** estabelecido da maneira mencionada nos pontos III, IV ou V.

As violações ao direito de autor são reprimidas no Brasil pelos arts. 184 a 186 do Código Penal, com cominações cuja severidade aumentou muito em virtude das modificações introduzidas pela Lei nº 6.895, de 17-12-1980, que, nas violações "para fins de comércio", passou a atribuir a pena de reclusão de um a quatro anos e multa de dez mil a cinqüenta mil cruzeiros, dispensando ainda, em grande número de casos, o procedimento mediante queixa do interessado.

"Se se considerar que o **software** de computador constitua uma obra intelectual tutelada pelos princípios do direito do autor" — obtempera CLAUDIO DE SOUZA AMARAL —, "de igual forma a violação a esse direito constitui crime". A norma genérica prevista no art. 184 do Código Penal reprime os crimes de violação de direito autoral, punindo com pena privativa de liberdade e de multa os usurpadores do direito, incorrendo nessa sanção, quem vende ou expõe a venda, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação de direito autoral.

"A nossa legislação específica de direitos autorais, por sua vez, estabelece numerosas sanções civis e administrativas para coibir a utilização indevida de obras intelectuais, sanções que vão desde a apreensão dos exemplares reproduzidos fraudulentamente até a estipulação da indenização pecuniária devida ao titular do direito."

#### 11. Formalidades. Registro. Depósito. Menção de reserva

A primeira lei orgânica brasileira específica, nº 496, de 1-8-1898, considerava formalidade indispensável para entrar no gozo dos direitos de autor o registro da obra na Biblioteca Nacional.

O Código Civil tornou o depósito facultativo, art. 673, apenas "para segurança" do direito do titular, critério esse mantido no art. 17 da Lei nº 5.988, e pela Lei nº 5.194, de 24-12-1966, relativa às obras de engenharia e arquitetura.

A jurisprudência pátria, após algumas vacilações, firmou-se no sentido de dispensar a exigência do registro, como condição para garantia dos direitos de autor.

Estará em decadência, como se tem afirmado, o formalismo, característica das civilizações primitivas? Constituiria realmente um embaraço à celeridade e à facilidade das transações?

Teve ocasião de demonstrar LOUIS JOSSERAND, *Considerazioni sul Contratto "Regolato"*, *Archivio Giuridico FILIPPO SERAFINI*, vol. CXII, 1934, que, ao contrário, um pouco por toda parte observa-se uma volta ao formalismo, com a particularidade de que não se trata mais, como antigamente, de canalizar a vontade, de revesti-la de uma armadura para torná-la mais certa, mas de realizar a publicidade por meio de uma inscri-

ção e de uma transcrição em registro especial, principalmente de contratos, garantindo a prova escrita de algumas operações complexas destinadas a viver longe no tempo e no espaço.

Em matéria de direito de autor o formalismo assume particular importância, sob três aspectos principais: o do registro, objetivando a proteção da obra intelectual; o das transferências e cessões desses mesmos direitos; e o das associações de direitos autorais, seus membros e repertórios.

A Comissão Especial nº 003 — **Software e Serviços**, foi em boa hora criada pela Portaria de igual número, de 20-3-1980, do Sr. Secretário de Informática, OCTÁVIO GENNARI NETTO, do Conselho de Segurança Nacional, em cumprimento ao art. 8º do Decreto nº 84.266, de 5-12-1979, que dispõe sobre a estrutura básica da Secretaria Especial de Informática.

Considerou ela a necessidade de “mecanismos que possibilitem um conhecimento dos produtos e serviços de **software** comercializados no País”, sendo de interesse do mesmo “a identificação, de forma precisa, da conveniência de se importar determinados tipos de **software**”, devendo-se estabelecer uma lista de preços de comercialização de produto, “para reforçar a prática de desvinculação da venda de **software** da de equipamentos”, podendo mesmo a criação de um mecanismo de controle “vir a formar subsídios para a proteção ao produtor de **software**”.

Recomendou, por isso, a referida Comissão Especial que a SEI crie um mecanismo de registro de todo produto de **software** comercializado no País, emitindo Ato Normativo; que instrua todos os órgãos públicos de administração federal direta e indireta a adquirirem exclusivamente produtos de **software** para os quais tenha sido emitido certificado de registro, e outro instituindo mecanismos que vinculem a concessão de autorização de importação de equipamentos ao registro do **software** que os acompanhe.

Insta, ainda, a Recomendação nº R10, entre outras providências, a da emissão de um instrumento legal estabelecendo que o registro de **software**, cuja produção não tenha sido comprovadamente realizada no País, somente se processe após a prévia averbação pelo INPI do contrato de prestação de serviços ou de transferência de tecnologia correspondente, e, ainda:

“7 — que a SEI/INPI estudem a caracterização do **software** (transferência de tecnologia, direito autoral, propriedade industrial), inclusive quanto a remessa de divisas e suas alíquotas;

8 — que a SEI atue junto ao Banco Central para que não seja permitido o envio de remessas a título de direitos autorais sobre o **software**, incluindo manuais e documentação necessária.”

As vantagens do sistema obrigatório de depósito foram postas em realce pela OMPI: garante a divulgação ulterior ao público, fazendo assim progredir o estado da técnica. Permite a terceiros orientar seus esforços no sentido da criação de **software** em novos domínios. Promover a difusão

do **software** facilitaria sua venda ou a concessão de licenças. Aumenta a certeza relativa ao objeto da proteção em cada caso, objeto que, sem isso, seria difícil de definir.

Deveria o proprietário dar um aviso ao público de que determinado elemento do **software** está protegido, indicando em que momento termina a proteção, mencionando ainda o nome do proprietário dos direitos.

Alerta, a propósito, CALVIN N. MOOERS, que muitos fornecedores de **software**, além da IBM, trazem impressa, com muita freqüência, uma notificação de **copyright**, "como primeira ação no seu diálogo homem/máquina".

Adverte, no entanto, ao mesmo passo, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual a respeito dos inconvenientes de um sistema obrigatório de depósito: a tarefa delicada de colocar e manter em dia e de administrar um sistema de classificação e de indexação do **software**. Do contrário, diante da imensa quantidade criada cada ano, a divulgação e a informação do público não teriam mais sentido algum.

A tarefa seria facilitada se fosse realizada em escala internacional.

Além disso, o sistema de depósito deveria prever um prazo, a partir do qual o depositante não poderia proibir mais a divulgação do **software**. Mas, em consideração à precariedade da situação do proprietário no caso de divulgação completa, o prazo que garante o segredo, durante um tempo razoável, reduz ou mesmo suprime as vantagens da divulgação ao público.

Nos países, como o nosso, em que o direito de autor não impõe formalidade alguma, recomenda que se pesem as vantagens e inconvenientes das formalidades para os modos de **software** que não sejam protegidos pelo direito de autor.

Examina também a possibilidade de ação de um sistema de **depósito facultativo** de toda ou de parte da documentação constitutiva do **software**. Seria, no entanto, obrigatório fornecer uma certa quantidade de informações aos fins de publicação: uma das obrigações mais importantes seria fornecer um resumo do programa de computador depositado, ou, se este não o tiver sido, do programa ao qual o **software** depositado se refere.

"Na medida em que o depositante não o tivesse submetido ao segredo, o conteúdo de um depósito seria acessível ao público. O depósito não conferiria nenhum direito jurídico, mas estabeleceria simplesmente determinadas presunções quanto à data da criação do **software**."

Aponta, finalmente, os três objetivos principais de semelhante sistema de depósito facultativo:

- a) permitir ao público ter acesso direto ao **software** não secreto;
- b) permitir ao depositante aduzir a prova da existência anterior de seu **software**;

c) graças à publicação de um resumo do **software**, permitir ao público conhecer a natureza do **software** disponível.

Admite o relatório da OMPI ser provavelmente inviável na prática exigir o depósito de programas sob forma que possa ser decifrável por máquina, e considera impossível para uma administração de depósito fornecer cópias destes programas, a menos que disponha de uma vasta gama de material para fazê-lo.

De qualquer maneira, não seria desejável que o público recebesse cópias de programas sob forma decifrável por máquina (mesmo que não sejam secretos), devido ao perigo de violação dos direitos relativos aos programas. Ao inverso, o depósito não apresentaria senão um interesse limitado se o público não pudesse obter cópias a não ser em papel do programa ou do **software** relacionado.

"Além do mais, o público não poderia jamais estar certo de que um programa de computador não tenha sido atualizado depois de seu depósito; assim, os eventuais usuários teriam de qualquer maneira, interesse em tomar contacto direto com o depositante."

## 12. **Evitemos a descaracterização da tecnologia nacional**

Tivemos oportunidade, no dia 19-9-1979, num grupo de trabalho convocado em Genebra pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, de defender uma tese de 46 páginas sob o título: "O apoio aos autores e artistas intérpretes ou executantes nacionais no Brasil" (**Revista de Informação Legislativa** n. 64, out/dez. 1979, pág. 249).

Nela passamos em análise a influência estrangeira na edição de livros, na publicação de desenhos, histórias em quadrinhos, cartunismo, na música, nas gravações, na rádio, na televisão, no teatro, no cinema.

Insistimos em que uma nação não se realiza espiritualmente se não cultivar sua língua, seus costumes, sua arte, suas tradições.

A obrigação do Estado, imposta pela Constituição de amparar a educação e a cultura não pode permanecer como uma simples declaração de princípios: deve traduzir-se objetivamente na promulgação de leis que realizem essas metas.

Reproduzíamos o brado de alerta do General OCTÁVIO PEREIRA DA COSTA, durante um painel realizado em fins de agosto de 1978, na Escola Superior de Guerra, subordinado ao tema **TV e Educação, As responsabilidades da TV**, relativo à verdadeira ameaça à própria segurança nacional, representada pelo fato de estarmos formando no Brasil, dentro dessa realidade insofismável, gerações de não brasileiros pela cultura, num país que dispõe de um enorme e complexo sistema de comunicação social, a

um só tempo perdulário e pobre, gigantesco e carente, surpreendente e contraditório.

Se é essa a situação com relação à dependência cultural em termos gerais, com que cores pintaríamos o quadro da nossa dependência especificamente científica e tecnológica?

Cooperar, reunir os nossos esforços no sentido de evitarmos os efeitos perniciosos de uma nova e mais sofisticada forma de colonização, no contexto de um sadio nacionalismo, sem xenofobias, é uma questão de patriotismo.

Mas é mais do que isso: num mundo tão cheio de desequilíbrios e conturbações, é uma condição de sobrevivência!

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AMARAL, Cláudio de Souza — "Proteção Jurídica de Programas de Computadores", *Telecom, Boletim da Associação Brasileira de Telecomunicação*, n.º 88, 1979.

COMISSÃO ESPECIAL de Software e Serviços — Relatório da Presidência da República, Conselho de Segurança Nacional, Secretaria Especial de Informática, Brasília, SEI, 1981, 155 págs.

CORAZZA, Roque Antonio — "Aplicações da Cibernética ao direito em outras nações", *Justitia*, vol. 84, 1974, págs. 55-76.

DUTRA, Yamil e Sousa — "Indexação de Textos Legislativos. A experiência da Subsecretaria de Análise do Senado Federal", *Rev. Inf. Legisl.*, n.º 55, 1977, págs. 227-244.

EMARD, Jean-Paulo e SAENBERG, Jane Bortnick — "Uma visão atualizada dos sistemas computarizados de informações jurídicas", *Rev. Inf. Legisl.*, n.º 62, 1979, págs. 305-318.

GARCIA, Dínio de Santis — *Introdução à Informática Jurídica*. S. Paulo, Bushatsky, 1976, 221 páginas.

LOSANO, Mario G. — *Informática Jurídica*. S. Paulo, Saraiva, 1976, 255 págs.

MOOERS, Calvin N. — "*Software*" de Computação e "*Copyright*". Sucesu, Soc. dos Usuários de Computadores e Equipamentos Subsidiários, s.d., 33 págs.

NORA, Simon e MINC, Alain — *A Informatização da Sociedade*. Trad., Rio, FGV, Instituto de Documentação, 1980, 171 págs.

OMPI — *Dispositions Types sur la Protection du Logiciel*. Genebra, 1978, 29 págs.

PAGANO, Rodolfo — "Notas para um Sistema de Informática Jurídica", trad., *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 154, 1980, págs. 1-50.

SOARES, José Carlos Tinoco — "Proteção dos Programas de Computadores", *Rev. de Direito Mercantil*, n.º 17, 1975, págs. 39-44.

TENÓRIO, Igor — "Realizações brasileiras no campo da Cibernética Jurídica", *Rev. de Informação Legislativa*, n.º 52, 1976, págs. 169-182.

# Enquadramento jurídico do "hardware" e do "software", no plano dos direitos intelectuais

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela USP. Membro  
efetivo do CNDA

## SUMÁRIO

### I — COMPUTAÇÃO E DIREITO

1. *Delimitação e importância do tema*
2. *A computação no mundo atual*
3. *Projeções para o futuro*
4. *A situação no Brasil*
5. *Pontos principais de contato com o direito*

### II — ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO "HARDWARE" E DO "SOFTWARE" NO PLANO DOS DIREITOS INTELECTUAIS

6. *Computação: "hardware" e "software" e sua inserção no plano dos direitos intelectuais*
7. *Enfoque no direito internacional: a formulação de lei-tipo*

---

Tese apresentada no I Congresso da Sociedade Brasileira de Computação; VIII Seminário Integrado de "Software" e "Hardware"; XI Seminário de Computação na Universidade — Florianópolis — 28-7-81.



8. *Enfoque no direito interno de diferentes países*
  - 8.1 *Considerações gerais*
  - 8.2 *A posição na Itália*
  - 8.3 *Na França*
  - 8.4 *Na Alemanha*
  - 8.5 *Na Inglaterra*
  - 8.6 *Nos EUA*
9. *A questão no Brasil*
  - 9.1 *No plano doutrinário*
  - 9.2 *No plano prático*
10. *Nosso posicionamento*
  - 10.1 *Considerações iniciais*
  - 10.2 *Análise no plano doutrinário*
  - 10.3 *Análise no plano prático*
  - 10.4 *Ponderações finais*
11. *Síntese conclusiva*

## I — COMPUTAÇÃO E DIREITO

### 1. *Delimitação e importância do tema*

A extraordinária evolução tecnológica do século vem mudando, paulatinamente, as feições do universo terrestre e a própria estruturação da vida humana, ocupando, nesse contexto, posição de alto relevo a computação, que tem possibilitado o desenvolvimento de inúmeras novas atividades e serviços à disposição da sociedade.

Pode-se, em conseqüência, afirmar — como o fizemos em trabalho sobre “know-how” (in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 47, pp. 495 e segs.) — que os países atuais se dividem em exportadores e importadores de tecnologia, consoante o grau de desenvolvimento atingido, situando-se, dentre os primeiros, os auto-suficientes e, dentre os segundos, os dependentes de tecnologia externa.

Mas, em contrapartida, inúmeros novos problemas emergem dessas técnicas ao campo do direito, desafiando a argúcia dos juristas, dos estudiosos, dos administradores públicos e privados, enfim, de todos os que se enredam ou se interessam por essa importante área.

Deter-nos-emos, no presente trabalho, na questão do enquadramento jurídico do “hardware” e do “software”, mais precisamente no plano dos denominados “direitos intelectuais”, procurando definir o seu posicionamento frente ao direito brasileiro.

Para tanto, partiremos de breve exposição sobre a evolução tecnológica e suas projeções para o futuro, enfatizando a ação dos computadores. Mostraremos, em seguida, os seus pontos principais de contato com o direito, centralizando, depois, o debate em torno dos objetivos definidos, mediante prévio oferecimento de visão do problema no direito internacional e no direito comparado.

## 2. A computação no mundo atual

Desde os distantes idos de 1943, em que surgiu o denominado ENIAC (primeiro computador) aos dias presentes, em que se sucedem aparatos cada vez mais eficazes e menores, o computador vem dominando a atividade humana e abrindo perspectivas incrivelmente fabulosas para a expansão do homem em todas as dimensões, inclusive no espaço extraterrestre, e possibilitando uma integração mais estreita, pelas comunicações, de todo o mundo civilizado.

Os progressos alcançados na computação fizeram com que, nesses anos oitenta, nova era se descortinasse ao universo: a dos satélites de comunicação, para a projetada transmissão universal de imagens, sons e dados, e, na base dessa verdadeira revolução tecnológica, se encontram o gênio humano e essa preciosa invenção — o computador — que vem modificando sensivelmente toda a estrutura da vida do homem (v. a respeito o verbete “Cabovisão”, de nossa autoria, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 12, pp. 340 e segs.).

Projeta-se assim o homem, em sucessivas conquistas, a largas dimensões, terrenas e extraterrenas, com a maximização do uso da computação, atingindo graus infinitos de aplicação já no estágio atual.

Ora, essas incursões do homem no espaço têm sido possíveis graças aos princípios da informática e à utilização de computadores na programação e na execução de seus arrojados projetos.

Isso põe em evidência o extraordinário relevo do “hardware” e do “software”, expressões utilizadas universalmente para designar, no âmbito dessa matéria, os aparatos de computação e os respectivos processos e sistemas de informação.

Nesse campo, assiste-se a fantásticas transformações: de grandes e complexos mecanismos, de difícil manuseio, que utilizavam transistores e contavam com círculos herméticos de manipuladores, chega-se hoje a aparatos minúsculos e mais eficientes, que se valem de circuitos integrados (à base de silício), em contínuas miniaturizações e abertos a vastíssimo público que na área se especializa.

Assim, por meio da denominada “revolução do transistor”, desde a sua aparição, em 1947, nos EUA, cresce e aperfeiçoa-se, infinitamente, o sistema de computação. Abre-se, então, universo cada vez maior para o

acesso a essas técnicas, possibilitando-se uma integração total na vida da sociedade, com a extensão de seu uso a todas as áreas do conhecimento humano e a todas as atividades (v. a respeito, reportagem em *O Estado de S. Paulo*, de 7-6-81).

De outra parte, essas técnicas movimentam capitais vultosos, propiciando a expansão de vários setores produtivos e contribuindo para a ascensão da economia do país. Inúmeros novos inventos, métodos e processos de produção mais expeditos, técnicas novas vêm surgindo e evoluindo dessas atividades, em constante progresso do mundo negocial e, mesmo, da própria vida comum do homem, que, dentro em pouco, acarretarão transformações profundas a toda a face da terra (computadores de uso doméstico, a par dos de cunho empresarial, já se encontram em lares dos países mais evoluídos).

### 3. *Projeções para o futuro*

Nessa linha de expansão, chegar-se-á brevemente ao satélite universal de transmissão e a outros mecanismos até há pouco apenas sonhados, graças, principalmente, ao desenvolvimento, de um pólo, da informática, e, de outro, da telecomunicação, àquela pela constante miniaturização e pela diversificação do uso de computadores, e a esta pela interligação entre o sistema de telefonia e o de televisão. A esse processo de imbricação entre computação e telecomunicação — a que tem sido dado o nome de “telemática” (do francês “*telématique*”, enquanto que os norte-americanos preferem “*compunication*”) — está reservada, como o advertem os estudiosos da matéria, tarefa de substituir a atual conjugação entre eletricidade e ferrovia (e rodovia), na condução do desenvolvimento humano, veiculando, ao invés de corrente inerte (como o presente), ondas de poder (de comunicação) (v. a respeito SIMON NORA e ALAIN MIC: *A informatização da sociedade*, trad., Rio, FGV e COBRA, 1980, espec. p.4), assumindo, pois, ênfase extraordinariamente maior.

Com isso, acentuadas mutações operar-se-ão em todos os níveis da vida e no relacionamento internacional entre os povos, sob a égide de sistemas de computação devidamente preparados e testados.

Assim é que, dentre inúmeras outras perspectivas que se abrirão, está prevista, nas telecomunicações, a passagem de um único centro irradiador para uma conexão entre os extremos, inclusive com mecanismos de retorno. Cogita-se também de implantação — e algumas já em funcionamento — de redes de dados paralelos que funcionarão com as televisões.

Com isso se verificará uma multiplicação de novos serviços à disposição do homem, como dentre outros, os de edição à distância de jornais, na televisão por telefonia (o jornal eletrônico); da manutenção de bancos de dados e respostas pela televisão, para, por fim, atingir-se o

grau máximo dessa corrente, o citado centro universal de transmissão (autores e obra cit., p. 20).

Encontram-se também em fase final de preparação os vôos espaciais regulares (space shuttle), cogitando-se, ainda, da formação de colônias humanas em espaços extraterrestres.

#### 4. *A situação no Brasil*

No Brasil, em que há inclusive um sistema nacional de estratégia tecnológica, como uma das metas básicas da segurança e do desenvolvimento (v. o verbete "Know-how", cit.), expandem-se rapidamente as atividades de computação e, no presente ano, nasceu o primeiro computador nacional (o "Cobra").

A computação encontra-se integrada plenamente às atividades públicas e privadas, no mundo dos negócios, existindo também perfeita conscientização da absoluta indissociabilidade entre informática e telecomunicação, na busca do aperfeiçoamento das comunicações em geral e dos satélites em particular. Nesse sentido, já está em implantação o videotexto, que se obterá pelo acoplamento de linha telefônica ao televisor doméstico (assim, por meio de adaptador, ou conversor de sinais, nos aparelhos comuns, o telespectador receberá informações e dados de interesse, fornecidos por entidades do sistema — jornais, revistas, editores e as próprias emissoras de televisão — consoante modelo desenvolvido na França) (v., a respeito, reportagem em *O Estado de S. Paulo*, de 29-6-81).

De outra parte, como é sobejamente conhecido de todos, empresas das mais variadas atividades, bancos, universidades, centros de pesquisa, bibliotecas, enfim, todas as instituições produtivas e de serviços dispõem de complexos mecanismos de computação em funcionamento, como: o sistema de tratamento de textos, para todo tipo de arquivo; o sistema "comut" usado para catalogação de obras; o sistema de emissão de certificados de ações, acoplado com microfilmagem; o sistema de escrituração de livros, legais e comerciais, e inúmeros outros, tudo isso propiciando racionalização dos serviços, economia de tempo, de verbas e de espaço físico, para o progresso geral do País.

Pode-se, em conclusão, afirmar que aqui, como no exterior, a vida na terra será controlada pela tecnologia e ao computador está reservada a mais importante tarefa na condução desse processo.

#### 5. *Pontos principais de contato com o direito*

Não se pode, no entanto, deixar de assinalar que, nesse contexto, devem estar sempre presentes os princípios e normas de direito, que

informam e regem a atuação do homem na sociedade, a fim de evitar-se o aniquilamento do próprio homem e de seus valores fundamentais, a que um rígido tecnicismo fatalmente conduziria.

Com efeito, a inúmeros perigos a tecnologia expõe o homem moderno, que tem a sua vida e a sua intimidade invadidas por aparatos e mecanismos os mais díspares, os quais, embora lhe tragam conforto e informação, põem em risco a sua própria segurança e a sua privacidade.

Assim é que, dentro de nossa formação humanística, temos apontado os problemas existentes — especialmente nos campos de nossa atuação, o direito de autor e os direitos da personalidade — e proposto as medidas que se nos afiguram adequadas para o respectivo equacionamento, em inúmeras teses e trabalhos, como contribuições para uma perfeita convivência entre as técnicas e os direitos fundamentais da pessoa humana (v., dentre inúmeros outros textos, os verbetes citados e mais: “Reprografia e Direito de Autor”, in *Rev. de Informação Legislativa* nº 58, pp. 181 e segs.; “Os direitos da personalidade”, in *Rev. de Informação Legislativa*, nº 60, pp. 105 e segs.; “Os Processos Modernos de Comunicação e o Direito de Autor”, a ser publicado pela mesma Revista no próximo número — 74).

Ora, particularmente quanto à computação, o direito interfere na proteção de bens jurídicos básicos que o mecanismo envolve, a saber, as criações intelectuais que o informam e o alimentam.

Deita efeitos ainda com respeito à inserção do sistema no contexto do Estado, designadamente sob o prisma da proteção da economia do País e sob o plano da tributação.

Nesse sentido, normas especiais têm sido editadas pelos poderes competentes para o alcance dos objetivos citados, nas áreas das legislações sobre direito de autor e direito da propriedade industrial (sobre as criações); direito tributário e direito econômico (principalmente sobre tributação interna; incentivação da atividade; ingresso de capitais externos e remessa de lucros para o exterior).

No Brasil, em breve relance, podemos destacar — apartado o aspecto da proteção das criações, que será versado a seguir — que existem normas sobre a matéria: na Constituição (normas gerais sobre a ordem econômica, arts. 160 e segs.); na legislação sobre o sistema nacional de desenvolvimento científico e tecnológico (em especial, o Dec. fed. nº 75.225, de 15-1-75, e o Dec.-Lei nº 239, de 28-2-67); na legislação sobre remessa de lucros para o estrangeiro (Lei nº 4.131/62 e complementares, que, dentre outras regras, cuida dos limites das remessas, impõe registro no Banco Central e tributa os valores correspondentes); na legislação sobre imposto de renda (em que: se definem, no âmbito empresarial, como operacionais, para efeito de dedução na apuração do

IR devido, as despesas com pesquisas tecnológicas; se permite a baixa do material como perda de capital, se a pesquisa não der resultado (ambas as disposições no regulamento do IR); são incentivados, na tributação, estudos e programas de interesse relevante para a Nação (Dec.-Lei nº 1.446/76); são incentivadas também as exportações de "software" e de serviços (Dec.-Lei nº 1.418/75); são tributadas as contratações no exterior e as remessas para pagamento de "software" e de serviços (idem); considerando-se aquele como transferência de tecnologia, para os efeitos legais (registro no Banco Central; limites; controle pela Secretaria Especial de Informática (Dec. nº 84.067/79) e pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) (Lei nº 5.772/71) e outras exigências) inclusive tributários (deduções no IR).

## II — ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO "HARDWARE" E DO "SOFTWARE" NO PLANO DOS DIREITOS INTELECTUAIS

### 6. *Computação: "hardware" e "software" e sua inserção no plano dos direitos intelectuais*

Conforme se tem posto, resultou o computador da conjugação de processos aritméticos com decisões lógicas fundadas nos respectivos resultados, atingida a partir dos trabalhos de CHARLES BARBAGE, de Cambridge (meados do século passado).

O aparato funciona com três unidades: o módulo aritmético, o sistema de controle e a unidade controladora de dados; estando a atividade de produção afeta a poucas empresas especializadas que, em todo o mundo, exploram o respectivo "know-how".

A atuação do computador concentra-se em duas atividades básicas: a de criação, consistente na elaboração de planos e de programas para computação; e a de processamento, substanciada na aplicação desses elementos nas máquinas próprias, para a obtenção dos resultados almejados em cada qual: realização de cálculos; extração de dados armazenados; impressão de informações e assim por diante.

Sob o ângulo do computador, distinguem-se, outrossim, as fases de: criação (que se estende a ações anteriores à atuação da máquina: as de elaboração dos programas); processamento (em que se trabalha com os dados ingressados) e armazenamento (em que a máquina acumula, ordenadamente, os dados recebidos e processados).

Nesse campo, podem, pois, ser divisados, de uma parte, os programas e sistemas de computação (designados "softwares" de computação) e, de outra, as máquinas em si (denominadas "hardwares"), os primeiros, constituindo as manifestações intelectuais que alimentam as

máquinas e, estas, os aparatos que as processam e armazenam os dados correspondentes (denominações utilizadas universalmente, que não encontram sucedâneo em vernáculo).

Na interligação de máquinas e programas, desenvolve-se a atuação dos computadores, na busca de fins e efeitos os mais diversos, normalmente utilitários, mas que, no entanto, não excluem objetivos puramente estéticos (são conhecidas as telas de arte, gravuras e músicas eletrônicas, obtidas por meio de computadores).

Conjugam-se, portanto, de um lado, as máquinas (hardwares) e, de outro, os programas e sistemas (softwares), de fins utilitários as primeiras e intelectuais os segundos, mas, seja como for, sempre criações da inteligência humana.

Ora, sob os prismas que nos interessam, a matéria ingressa no âmbito de incidência do direito de autor e do direito de propriedade industrial, as duas ramificações dos denominados direitos intelectuais.

No primeiro campo, ante ao reconhecimento de direitos ao criador de obra intelectual estética, opera-se a submissão à sua autorização de qualquer forma de utilização da obra criada, com a conseqüente remuneração do autor em cada processo (v. o nosso *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, SP, RT, 1977, pp. 19 e segs. e 27 e segs.).

No segundo, em que são reconhecidos direitos ao criador de obra utilitária, confere-se-lhe privilégio de exploração dessa obra, por um determinado prazo, exigindo-se, pois, sua licença para qualquer utilização, com a correspondente remuneração (v. o nosso *Direito de Autor na Obra Publicitária*, SP, RT, 1981, espec. n.ºs 5 a 7 e nota 30).

Referentemente ao "software" e ao "hardware", os problemas principais que se põem são os de saber-se: a) se o primeiro inserido está no contexto do direito de autor e b) o segundo, no do direito de propriedade industrial.

#### 7. *Enfoque no direito internacional: a formulação de lei-tipo*

Essa problemática já foi objeto de estudos na OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), em 1978, tendo suscitado interessantes debates e gerado algumas conclusões positivas, em que se destacam: a) a necessidade de proteção dos programas e respectiva documentação e b) registro desses bens.

Grupo de Trabalho do "Bureau" Internacional da OMPI apresentou suas conclusões em relatório especial, no qual acaba por propor a regulamentação jurídica da matéria em estatuto próprio, compatível com os dos direitos em questão, em face de considerá-la suscetível de subsunção em ambos os sistemas.

Justifica o Grupo a necessidade de proteção legal da *res* em debate, principalmente em função: do vulto dos investimentos do setor (e que tendem a crescer); da evolução da computação e sua aplicação cada vez mais abrangente; da incitação à divulgação (que a segurança da proteção jurídica confere) importante especialmente para os países em desenvolvimento; e da conseqüente estimulação do comércio desses bens (extremamente vulneráveis, dada a facilidade de sua manipulação pelos indiciados).

Sugere então, como diretriz para os interessados, lei-tipo específica, em que prevê a existência de depósito obrigatório dos programas de computador, das descrições de programas, da documentação auxiliar e, enfim, do denominado "logiciel" — que define (no art. 1º) — e oferece, para cada texto proposto, comentários elucidativos das disposições projetadas, para efeito de sua adaptação à legislação dos países interessados (v. "Dispositions Types sur la Protection du Logiciel", Genève, OMPI, 1978).

Nesse texto, permite-se ao proprietário a cessão, por contratos, de seus direitos, bem como ações tendentes a impedir que terceiro venha a copiar, divulgar ou utilizar suas criações (v. espec. arts. 2º, 5º e 6º). Exige-se, para a proteção, a originalidade (art. 3º) e fixa-se em vinte anos a proteção (art. 7º), prevendo-se indenização ao interessado por violações (art. 8º), com a ressalva de que não se exclui a aplicação de outros princípios compatíveis (art. 9º).

Verifica-se portanto, que, no plano internacional, conscientizada dos problemas existentes, a referida organização pugna pela sua regulamentação, mas por meio de legislação própria, contribuindo, para tanto, com o citado texto de lei-tipo, em que coloca a matéria como propriedade do criador e enuncia algumas regras básicas. Mas, no fundo, perquirindo a sua consistência, logo se apercebe o intérprete de que referida sistematização segue os mesmos princípios do direito de autor, amenizando apenas o prazo de duração do privilégio e impondo o registro, a exemplo da orientação anglo-norte-americana que naquele campo prospera, em contraposição ao sistema da facultatividade da medida (que, entre nós, prevalece).

Ademais, a ressalva feita quanto aos princípios compatíveis abre, por sua vez, espaço para a tranqüila aplicação, conforme o caso, de normas, ou do direito de autor, ou do de propriedade industrial.

## 8. *Enfoque no direito interno de diferentes países*

### 8.1. *Considerações gerais*

No plano do direito interno de diferentes países, tem sido esse debate colocado em ambos os campos, embora ainda de modo incidente, ou



*en passant*. Não se feriu, em verdade, com profundidade, o tema em relevo, salvo em pouquíssimos artigos jurídico-científicos, conforme nos foi dado a observar. E, de um modo geral, as preocupações têm-se manifestado mais no âmbito do direito de autor, em que suscita maior discussão, desde que, para a máquina em si, a inserção como bem protegível pelo direito de propriedade industrial, face aos princípios e normas que regem a espécie, parece-nos inquestionável.

Com efeito, são amparadas, nesse campo, as criações de cunho utilitário, ou seja, os bens suscetíveis de aplicação industrial, como inventos, marcas, modelos de utilidade, incluídos os resultados das obras de arte aplicada (v., a respeito, dentre inúmeros outros autores: NICOLA STOLFI: *Il Diritto di Autore*, Milano, Soc. Edit. Libreria, 1932, v. II, pp. 754 e segs.; PAUL ROUBIER: *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, Sirey, 1952, pp. 23 e segs.; TULLIO ASCARELLI: "Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales", trad. Barcelona, Bosch, 1970, pp. 629 e segs.; LUIGI DI FRANCO: *Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*, Milano, Soc. Edit. Libreria, 1936, pp. 47 e segs.; MARIO FABIANI: *Modelli e Disegni Industriali*, Padova, Cedam, 1975, pp. 18 e segs.; GIANNANTONIO GUGLIELMETTI: *Il Marchio: Oggetto e Contenuto*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 19 e segs.). Ora, o computador, em si, é uma invenção de aplicação industrial.

Podem os bens acima, entretanto, gozar de dupla proteção — ou seja, nos dois campos citados — quando a obra, sem perder o caráter artístico, serve também para fins industriais (como a expressa em um produto industrial, ex.: gravura em azulejo) (v., dentre inúmeros outros autores: EDUARDO PIOLA CASELLI: *Tratatto del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione*, Torino, Torinese, 1927, pp. 95 e segs., espec. p. 110; STOLFI: op. cit., v. I, p. 92; e GIUSEPPE AULETA e VITO MANGINI: *Marchio e Diritto d'Autore sulle Opere del Ingegno*, Bologna, Zanichelli, 1977, pp. 195 e segs. Nesse sentido é, também, o nosso posicionamento, em *Direito de Autor na Obra Publicitária*, cit., nº 7 e nota 26).

Referentemente ao "software", os autores têm versado a sua protegibilidade no campo do direito de autor mais em função da denominada "música eletrônica" (obtida por meio de computação), cingindo-se alguns, todavia, à simples colocação, ou a breve discussão, da temática. Mas, de qualquer sorte, pode-se extrair, de alguns pronunciamentos, contribuições importantes para o desate da questão.

## 8.2. A posição na Itália

Dentre os autores consultados, na Itália, MARIO ARE — que estuda, em profundidade, o objeto do direito de autor — exalta o caráter estético da criação intelectual amparada nesse campo, acentuando que nele se abarca apenas a forma realizada pelo autor (*L'Oggetto del Diritto di Autore*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 65 e segs. e 129 e segs.). Inclui, dentre

as protegidas, as obras científicas (pp. 328 e segs.), manifestando-se também positivamente quanto às de arte aplicada (pp. 412 e segs.).

ASCARELLI — que cuida dos bens imateriais em geral — acentua que o ato de criação difere de sua exteriorização (*op. cit.*, pp. 264 e segs.), aparecendo, em concreto, sob forma de energia ou de coisa, cuidando o direito de autor (pp. 625 e segs.) de albergar a forma criada, consubstanciada em valor cultural autônomo (pp. 644 e segs.).

MARIO FABIANI — que se detém na obra científica — realça que a espécie é alcançada pelo direito de autor, ficando a aplicação industrial correspondente sujeita ao regime do direito industrial (“Protezione giuridica dell’opera d’arte e di scienza e sua funzione sociale come strumento di sviluppo della cultura”, in *Il Diritto di Autore*, 1975, pp. 506 e segs., e “La protezione internazionale delle scoperte scientifiche”, *id.*, 1979, pp. 389 e segs.).

VALERIO DE SANCTIS — que trata do contrato de edição — anota que, em seu âmbito, pode inserir-se a música eletrônica (*Contratto di Edizione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 138 e nota 14).

PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE — que estudam os bens imateriais — assinalam que protegida é a obra de engenho de cunho estético, ficando o aparato resultante da criação intelectual — como, a invenção, ou o modelo — sujeito ao sistema do direito industrial (*I Diritti sulle Opere dell’Ingegno*, Torino, Torinese, 1974, pp. 67 e segs.).

GIUSEPPE PADELLARO, versando os atuais processos de comunicação frente ao direito de autor, detém-se no problema da informática, salientando que dela dependerá o futuro da humanidade (*Il Diritto d’Autore*, Milano, F. Vallardi, 1972, pp. 99 e segs.).

ODDO BUCCI, centralizando o estudo no conflito entre o interesse público e o interesse privado, cuida também do problema dos elaboradores eletrônicos no campo desse direito, salientando a sua importância para o progresso geral (*Interesse Pubblico e Diritto d’Autore*, Padova, Cedam, 1976, pp. 112 e segs.).

GINO GALTIERI, estudando também os elaboradores eletrônicos, conclui positivamente quanto ao encarte das obras no direito de autor (“La protection des programmes d’ordinateurs dans le système juridique italien” in *Le Droit d’Auteur*, 1972, pp. 227 e segs., e “Note sulla protegibilità dei programmi degli elaboratori elettronici”, in *Il Diritto di Autore*, 1971, pp. 425 e segs.).

Observa-se, portanto, que, no campo do direito de autor, estão abrangidas as obras estéticas, expressas em forma literária, artística ou científica, não sentindo dificuldades, por outro lado, em encartar-se, dentre elas, as obras eletrônicas — eminentemente técnicas —, estendendo-se, pois, o campo objetivo desse direito, inclusive quanto às de computação.

### 8.3. Na França

Na França, ROBERT PLAISANT — em sua obra sobre direito de autor — realça que o conceito de esteticidade da obra intelectual é largo, daí por que a expressão literária de trabalho científico ou técnico é protegida pelo direito de autor, incluindo-se também em seu seio os programas, métodos e formulários (*Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants*, Paris, J. Delmas, 1970, pp. 12 e segs., espec. pp. 16 e 17).

ALAIN LE TARNEC — em seu livro sobre a matéria — insere também, no âmbito do direito de autor, os métodos e documentos de cunho científico, como os geográficos (*Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1966, pp. 198 e 199).

Verifica-se que prospera, pois, a tese extensiva, particularizando-se na incidência as obras de computação.

### 8.4. Na Alemanha

Na Alemanha, E. ULMER também enfoca a questão das obras científicas e dos programas de computador, concluindo favoravelmente à incidência do direito de autor (“La protection par le Droit d’auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d’ordinateur en particulier”, in *RIDA*, 1972, LXXV, pp. 47 e segs.).

Além disso, vários outros autores têm tratado a questão da música eletrônica, seguindo a mesma orientação exposta.

### 8.5. Na Inglaterra

Na Inglaterra, DAVID ANDREWS evoca, especificamente, as discussões sobre o enquadramento jurídico do “software”, declarando insatisfatória a situação atual e exalçando a necessidade de proteção dessa criação (“Licensing computer software”, London, confer., 1981, março).

Como se vê, também protecionista é a orientação.

### 8.6. Nos EUA

Nos Estados Unidos da América, CALVIM N. MOOERS, estudando o tema, acentua que, atendidos os requisitos formais, frente à legislação vigente, são amparados pelo direito de autor os programas de computação, os documentos e diagramas e detalhes de programas para computador (“Computer software and Copyright”, *ACM Computing Surveys*, março de 1975, v. 7, nº 1). Salieta que, nesse campo, inclusive em decisões judiciais, essa diretriz é pacífica, enquanto que, ao revés, no

da propriedade industrial, é discutida a matéria, realçando, ainda, que há registro próprio para os programas de computador (definido na Circular nº 61, do Copyright Office, em que se expediram instruções específicas para tanto).

No mesmo sentido, manifesta-se ROBERT J. FRANK, considerando alcançado pelo direito de autor o "software" ("A patenteabilidade das invenções de "software", in *Telecom*, nº 32, 1979, pp. 9 a 11).

Como se apercebe, mais incisivo é, ainda, o posicionamento nesse direito, em que expressamente se contempla a espécie, que ademais conta com registro próprio.

## 9. A questão no Brasil

### 9.1. No plano doutrinário

No direito brasileiro — e no plano doutrinário — em artigo publicado sobre a matéria, assinala CLÁUDIO AMARAL que o "hardware" é amparado pelo direito de propriedade industrial, quando se trate de aparato novo, original e útil, enquanto que o "software" o é pelo direito de autor, quando expressamente descrito ou explicitado sob forma literária ("Proteção jurídica de programas de computadores", in *Telecom*, nº 32, 1979, pp. 6 a 8).

Versando, pela mesma forma, essa temática, HENRIQUE GANDELMAN considera o "software" protegível pelo direito de autor, nos termos mesmos da legislação vigente, embora reconheça interessante o seu aperfeiçoamento, para se evitarem dúvidas ("Programas de computação e sua proteção jurídica", in *Jornal do Brasil*, de 24-8-80).

De nossa parte — e antes dessas manifestações — já havíamos colocado, em 1978, a problemática da computação no seio do direito de autor (em nossa tese *Direito de Autor na Obra Publicitária*, nº 24 e nota 109, em que também enunciamos os estudos existentes, especialmente na Alemanha), definindo a esteticidade como o elemento doutrinário fundamental na determinação da obra amparada nesse campo e salientando, no entanto, com base na doutrina e na jurisprudência, que o conceito vinha sendo elasticizado, para alcançar mesmo, nesse contexto, obras de caráter até técnico.

Já JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, ao revés, formulando hipóteses para a discussão, afirma — em artigo sobre a matéria — que não há possibilidade de inserção do "software" no âmbito do direito de autor, pois as obras técnicas não se ajustam aos conceitos de obras literárias, artísticas ou científicas. Também o "hardware" não constitui, em seu entender, modelo de utilidade, frente à legislação brasileira, não se encartando, portanto, no campo do direito de propriedade industrial.

Salienta, outrossim, que essas criações são previstas em contratos por tempo indeterminado, prejudicando os países em desenvolvimento, mas, no final, propõe alteração da legislação vigente para fixar-se esse monopólio apenas por cinco anos do pedido ("Proteção dos programas de computadores", in *Rev. de Direito Mercantil*, nº 17, 1975, pp. 39 a 44).

Como se verifica, trata-se de posição divergente da maioria, propendendo, pois, os autores pela tese protecionista e com argumentação mais sólida, em função dos princípios que regem a matéria e da orientação doutrinária geral e jurisprudencial dominante no direito de autor.

### 9.2. No plano prático

No plano prático, Grupo de Trabalho reunido, entre nós, no início de 1980, no setor público (com representantes da esfera privada), concluiu também pela necessidade de legislação a respeito, salientando, contudo, que, nem no direito de propriedade industrial, nem no direito de autor, deveria a matéria ser encartada, por considerar um tal posicionamento contrário aos nossos interesses, em função, principalmente, de monopólios que as multinacionais poderiam estabelecer à sua luz (consoante reportagem em "Dados e idéias", fevereiro-março de 1980, pp. 38 e 39).

Por sua vez, Comissão Especial de "Software", instituída pela Secretaria Especial de Informática do Conselho de Segurança Nacional (Portaria nº 003/80), estudando a temática, elaborou, ao fim de seus trabalhos, minucioso relatório, enfatizando a importância da matéria e a necessidade de geração de "software" nacional, com várias recomendações.

Outrossim, quanto à propriedade do "software", conclui que os dispositivos existentes de proteção à propriedade industrial e ao direito autoral, se aplicados ao "software", seriam danosos ao País, propondo, em consequência, que: se deixe a cargo da própria comunidade a identificação de infratores, expondo-se as irregularidades às associações de classe (sistema de auto-regulação); a SEI, o INPI e as associações de classe elaborem, depois de estudos, formas para a sua proteção; e as citadas associações editem um código de ética (Recomendação nº R9, letras a a c). Ademais, a esse respeito, sugere a criação de mecanismos de registro e a realização de estudos para a caracterização jurídica do "software" (se transferência de tecnologia, se direito autoral, se propriedade industrial), recomendando, ainda, que a SEI atue, com o Banco Central, no sentido de não permitir remessa a título de direitos autorais sobre o "software" (R10, itens 1, 7 e 8).

Como se observa, manifesta-se, no plano prático, decidida resistência ao enquadramento da matéria no âmbito dos direitos intelectuais, em função, principalmente, do pressuposto de que uma tal diretriz feriria os interesses nacionais.

## 10. *Nosso posicionamento*

### 10.1. *Considerações iniciais*

Com a devida vênia, no entanto, não só não se pode fugir à referida qualificação, como também essa orientação em nada prejudica os interesses nacionais.

Com efeito, de uma parte, *a*) em razão dos princípios e normas que constituem o direito de autor e o de propriedade industrial — consagrados, entre nós, na Constituição (art. 153, §§ 24 e 25) e em leis especiais, em que se sobressaem, a Lei nº 5.988, de 14-12-73, e a Lei nº 5.772, de 21-12-71 — as criações intelectuais da área de computação devem ser consideradas abrangidas em seu contexto; e *b*) a adoção dessa diretriz acarretará, ao contrário, maior segurança e maior tranqüilidade aos negócios do setor, em prol do próprio desenvolvimento da Nação.

### 10.2 *Análise no plano doutrinário*

Assim, no plano doutrinário, prosperam as teses de que: *a*) o direito de autor alberga as criações intelectuais de cunho estético, dos domínios literário, artístico e científico; *b*) o direito industrial lobruga as criações intelectuais de cunho utilitário e os produtos consequentes.

Analisemos, então, as criações que se inserem no contexto da informática, à luz da evolução da respectiva atividade.

De início, cabe-nos assinalar que o computador e seus aparatos são realizações objetivas de criações intelectuais (invenções). Representam, pois, resultados de manifestações explosivas ou pesquisadas do gênio humano. Ingressam, portanto, na categoria de bens utilitários, suscetíveis de amparo no seio do direito industrial.

De outro lado, deve-se anotar que as máquinas funcionam mediante a ação de operadores humanos e alimentadas por elementos materiais (cartões e outros formulários) que resultam de uma prévia programação. Essa programação, por sua vez, é também expressão do gênio criador do homem, sob forma de sistemas, planos, projetos e fórmulas.

Os elementos são inseridos no computador por meio de diferentes meios de entrada (input) — expressos por cartões, formulários e outros instrumentos, apresentados em linguagem adequada à computação (sinais, letras e números, conforme o caso) — efetivando-se o processamento mediante combinações binárias e operando-se as saídas em consonância com os respectivos objetivos e comandos acionados (textos, relações, certificados ou outro elemento visado).

Observa-se, portanto, que a criação intelectual governa a máquina e sua atuação: sistemas, planos, projetos, esquemas, desenhos, gráficos são, todos, manifestações do gênio criador do homem.

Assim, desde que expressos em forma literária, artística ou científica, inquestionável se nos afigura a sua inserção no contexto do direito de autor. Para a proteção legal, a isso se deve acrescentar a originalidade, requisito que, aliás, é exigido a todas as obras de engenho.

Assinale-se, a respeito, que, na enunciação das obras protegidas, tanto as convenções internacionais, como as leis internas dos países — inclusive a nossa, Lei nº 5.988/73 (art. 6º) — adotam uma enumeração apenas exemplificativa das criações, com cláusulas genéricas em cada setor, exatamente para abarcar, em seu âmbito, obras outras resultantes de processos tecnológicos que venham a ser introduzidos posteriormente. Isso, aliás, é que tem tornado possível a contínua alimentação desse campo, através dos tempos, com realizações como a fotografia, a cinematografia, a televisão e outros processos (v. o nosso *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, cit., p. 57).

### 10.3. *Análise no plano prático*

No plano prático, parece-nos necessária a proteção dessas criações, dentro dos mecanismos propostos eis que se inspiram em princípios e em normas condizentes com a própria natureza humana, na salvaguarda das mais elevadas e nobres expressões de sua inteligência.

A proteção das expressões de seu intelecto significa ao homem, a um tempo, o respeito à sua personalidade e a possibilidade de fruição dos proventos advindos de sua exploração econômica.

Isso representa o reconhecimento dos valores culturais que a criação injeta no mundo fático e estímulo ao nascimento de novas manifestações de engenho ou ao aperfeiçoamento das existentes.

Ora, como consequência desse posicionamento, beneficiada estará a comunidade, pelo conhecimento e pela utilização dessas criações, com resultados positivos para os negócios e para a economia geral do País.

Com efeito, a introdução de novos sistemas e de novas fórmulas de computação, propiciando aplicações de interesse de atividades ou de setores produtivos, contribui para o respectivo desenvolvimento e, reflexivamente, para o progresso geral do País.

Reduzindo tempo, energia e serviços, possibilitando o surgimento de novas técnicas ou de métodos de trabalho mais racionais, economizando verbas preciosas nas atividades negociais, a dedução de novos “softwares” é fator de enorme importância para a expansão geral da Nação.

Conferir-se proteção jurídica a esses sistemas significa, pois, atribuir-se maior segurança às relações com base neles estabelecidas; estimular-se a criatividade no setor; propiciar-se a realização de novos estudos e de novas pesquisas; enfim, possibilitar-se a expansão da atividade.

Nem se diga possa esse *status* jurídico onerar mais o setor e, em consequência, contribuir para o inflacionamento da economia, ou ainda, fomentar a instituição de monopólios de empresas do exterior nesse campo, com prejuízos para o País.

De fato, inicialmente, deve-se ponderar que o sistema dos direitos intelectuais se encontra implantado, nos países civilizados, em praticamente todos os setores culturais, e isso em nada vem exacerbando os respectivos orçamentos. Previstas as verbas correspondentes, embutidas nos custos e deduzidas na determinação do imposto pessoal incidente (IR), diluem-se por entre os usuários ou destinatários finais, de forma a não obstaculizar em nada o desenvolvimento do setor.

Ao revés, a sua utilização econômica, em negócios jurídicos os mais variados, movimentou vultosos capitais e contribuiu incisivamente para a expansão da economia do País e para o progresso de sua cultura, como meio de afirmação crescente da Nação no consenso geral dos povos.

Não colhe, outrossim, a assertiva de monopolização do setor por empresas alienígenas. De fato, se é certo que a nata do “software” se encontra hoje concentrada em empresas do exterior (de países mais desenvolvidos) — que detêm as respectivas fórmulas, explorando-as economicamente, — mais exato ainda é que esse fator pode constituir-se em estímulo para a expansão da produção de “software” nacional pelos países inseridos — como o Brasil — em programas de desenvolvimento.

Com efeito, a par da conscientização da necessidade, pelas nações em desenvolvimento, de expandir-se nesse setor, com o incremento de pesquisas e de estudos que possibilite a geração de tecnologia autóctone, a situação atual leva os países já preparados a controlar as interações de “software” estrangeiro, por meio de uma política seletiva e protetiva da economia da Nação.

Mecanismos políticos e jurídicos existem — e adequados — para esse mister, facultando ao governo central eleger as áreas e setores realmente carentes e a qualidade do “software” requisitado, para autorizar, ou não, a sua importação.

Inexiste dependência absoluta; há prioridades a definir-se; existe sempre a possibilidade de eleição dos sistemas verdadeiramente necessários para o País, de sorte que uma política eficaz no setor — aliada ao fomento de estudos e pesquisas internas para a geração de “software” — elidirá os efeitos de eventuais monopólios que se constituam por empresas multinacionais.



De qualquer sorte, desde que nenhuma empresa (ou profissional) permite a utilização gratuita de seu "software", não será a incidência de um *plus* a título de direitos autorais que arruinará — como se alega — a economia de um país, ou prejudicará os seus interesses. Haverá, ao contrário, sempre, a possibilidade de geração de nacional, que, ou evitará, ou substituirá, aos poucos, o estrangeiro. A questão é, pois, de adequação de políticas.

Estudos existem, no exterior, sobre políticas adequadas para países exportadores e, mesmo, importadores de "software" (como, por ex., os de CHARLES L. GOLD e outros: "Software recommendations for an export control policy", in *Communications of ACM*, abril de 1980, pp. 199 e segs; e SURENDRA PATEL: "The patent system and the third world", in *World Development*, set. de 1974, pp. 3 e segs.). No Brasil, já há definição de um sistema nacional de tecnologia. Que se apliquem, pois, com propriedade e com espírito de brasilidade os princípios ali expostos, para que se alcancem as metas visadas! . . .

Com isso, ao fim, mesmo à existência de posicionamentos concentradores, serão eles comprimidos, para a sua subsistência, a oferecer, em condições mais favoráveis economicamente, a respectiva produção, dentro das regras normais do mercado! . . .

#### 10.4. *Ponderações finais*

Dessa forma, jurídica e economicamente, é, não só necessário, como vantajoso, o reconhecimento dos direitos dos criadores de "software", razão pela qual até consideramos mais adequada a imediata edição de lei especial, definindo, por expresse, a orientação preconizada, para que espanque, em definitivo, as vacilações ainda notadas.

Isso também evitará os perigos de uma utilização não autorizada, ou não remunerada, de "software", que podem dar azo a ações de indenização por aproveitamento indevido, com o conseqüente pagamento de quantias vultosas, desde que os tribunais, na trilha da diretriz protecionista, ampararão, por certo, no caso concreto, os titulares reclamantes!

Temos certeza, em conclusão, de que a adoção da orientação enunciada trará um maior desenvolvimento à cultura e à economia do País, na busca de seu real posicionamento no seio da comunidade internacional! . . .

#### 11. *Síntese conclusiva*

Posição de relevo ocupa a computação na impulsão dos processos tecnológicos que vêm transformando a vida do homem moderno, e com perspectivas de verdadeiras revoluções em sua estruturação, em futuro próximo, inclusive no Brasil.

A atividade apresenta pontos diversos de contato com o direito, recebendo regulação sob diferentes prismas, mas também suscitando inúmeros debates, em especial no plano dos direitos intelectuais.

Nesse campo, dissente-se, principalmente, a respeito do enquadramento de suas criações básicas, o "hardware" (as máquinas) e o "software" (os sistemas), tanto no direito comparado, como no nacional. Embora inserido o debate, designadamente no seio do direito de autor, não se perfez, contudo, trabalho aprofundado sobre a incidência, ou não, do "software" em seu contexto, afigurando-se, outrossim, mais tranqüilo o posicionamento, no direito de propriedade industrial, do "hardware". No plano internacional, propôs-se lei-tipo a respeito, para a qualificação jurídica especial da matéria, enquanto, no plano interno, tem sido criticado, no Brasil, a sua inserção na área dos direitos intelectuais, sob a premissa de que não atende aos interesses do País.

Analisando a espécie, concluímos, no entanto, seja quanto ao aspecto doutrinário, seja quanto ao aspecto prático, que se deve reconhecer a integração dessas criações ao campo dos direitos intelectuais, na proteção de bens ligados à própria personalidade humana e para a fruição, pelos titulares, dos proventos decorrentes de sua utilização, no sentido da própria expansão do setor e a conseqüente contribuição para o desenvolvimento geral do País.

Esse posicionamento influirá decisivamente na crescente afirmação do País no seio da comunidade internacional, desde que se estabeleça política adequada de geração e de utilização de "software", de sorte que a edição de lei especial que assim se defina é medida aconselhável para a definitiva elisão das indecisões verificadas.

#### BIBLIOGRAFIA (específica)

AMARAL, Claudio de Souza — "Proteção jurídica de programas de computadores", in *Telecom*, n.º 32, 1979, pp. 6 a 8.

ANDREWS, David — *Licensing computer software*, conf., London, 1981.

ARE, Mario — *L'Objetto del Diritto di Autore*. Milano, Giuffrè, 1963.

ASCARELLI, Tullio — *Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Trad., Barcelona, Bosch, 1970.

BITTAR, Carlos Alberto — *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*. SP, RT, 1977.

——— — *Direito de Autor na Obra Publicitária*. SP, RT, 1981.

——— — "Cabovisão", verbete em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 12.

- — "Know-how", verb., mesma *Enciclop.*, v. 47.
- — "Reprografia e Direito de Autor", in *Rev. de Inform. Legislativa*, n.º 58, pp. 181 e segs.
- BUCCI, Oddo — *Interesse Pubblico e Diritto di Autore*. Padova, Cedam, 1976.
- DESBOIS, Henri — *Le Droit d'Auteur en France*. Paris, Dalloz, 1966.
- DIVERSOS AUTORES — *Le Know-how*. Montpellier, Litec, 1975.
- DUFOUR, B. — "Le développement des techniques électroniques et les rapports du producteur de phonogrammes avec le compositeur et l'artiste, interprète ou exécutant", in *Il Diritto di Autore*, 1976, pp. 269 e segs.
- FABIANI, Mario — "La protezione internazionale delle scoperte scientifiche", in *Il Diritto di Autore*, 1979, pp. 389 e segs. "Protezione giuridica dell'opera d'arte e di scienza e sua funzione sociale come strumento di sviluppo della cultura, mesma *Rev.*, 1975, pp. 506 e segs.
- GALTIERI, Gino — "Note sulla protegibilità dei programmi degli elaboratori elettronici" in *Il Diritto di Autore*, 1971, pp. 425 e segs.
- — "La protection des programmes d'ordinateurs dans le système juridique italien", in *Le Droit d'Auteur*, 1972, pp. 227 e segs.
- GANDELMAN, Henrique — "Programas de computação e sua proteção jurídica", em *Jornal do Brasil*, de 24-8-80.
- GOTZEN, Frank — "Le Droit d'auteur face à l'ordinateur", in *Le Droit d'Auteur*, jan. 77, pp. 15 e segs.
- GRECO, Paolo e VERCELLONE, Paolo — *I Diritti sulle Opere dell'Ingegno*, Torino, Torinese, 1974.
- KOLLE, Gert — "Présent et avenir de la protection du logiciel", in *Le Droit d'Auteur*, março 77, pp. 89 e segs.
- MOOERS, Calvin N. — "Computer software and Copyright", *ACM Computing Surveys*, março 75, v. 7, n.º 1.
- NORA, Simon e MINC, Alain — *A Informatização da Sociedade*. Trad. Rio, FGV e COBRA, 1980.
- PADELLARO, Giuseppe — *Il Diritto d'Autore* (la disciplina giuridica degli strumenti di comunicazione sociale). Milano, F. Vallardi, 1972.
- PELLA, Ramon — *Los Contratos de Licencia de Explotación de Patentes y los Royalties*. Barcelona, Bosch, 1972.
- SANCTIS, Valerio De — "Contratto di Edizione — Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione". Milano, Giuffrè, 1965.
- PLAISANT, Robert — *Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants*. Paris, J. Delmas, 1970.
- SECRETARIA ESPECIAL DE INFORMÁTICA — *Relatório da Comissão Especial*. Brasília, SEI, 1981.
- SOARES, José Carlos Tinoco — "Proteção dos programas de computadores", in *Rev. de Direito Mercantil*, n.º 17, pp. 39 e segs.
- TARNEC, Alain Le — *Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*. Paris, Dalloz, 1966.
- ULMER, E. — "La protection par le Droit d'auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier", in *R.I.D.A.*, 1972, LXXV, pp. 47 e segs.

# Emenda Constitucional n.º 20, de 20 de outubro de 1981

Sinopse: JOSÉ XAVIER DA SILVA  
Técnico Legislativo da Subsecretaria de  
Edições Técnicas

## SUMÁRIO

- I — Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981
- II — Comissão Mista
- III — Parecer
- IV — Discussão e votação em 1º turno
- V — Discussão e votação em 2º turno
- VI — Promulgação

## TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

### I — Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981

Na sessão conjunta de 19 de junho, foi lida a Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, subscrita por 141 Senhores Deputados e 24 Senhores Senadores, tendo como primeiro signatário o Deputado José de Castro Coimbra <sup>(1)</sup>:

#### PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 31, DE 1981

**Acrescenta artigo ao Título das Disposições Gerais e Transitórias autorizando a fixação de novos subsídios para os Prefeitos Municipais durante a atual legislatura prorrogada.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — Fica acrescentado ao Título das Disposições Transitórias o artigo seguinte:

**“Art.** — Durante o período de 31-1-81 a 31-1-83 ficam as atuais Câmaras Municipais autorizadas a fixar em uma única vez

(1) DCN — Sessão Conjunta — 20-6-81, pág. 1.272.

novos subsídios para os Prefeitos Municipais que se encontram no desempenho do mandato, bem como para os Vice-Prefeitos, quando remunerados."

#### Justificação

Tendo em vista a aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 14/80, adlando as eleições municipais para 1982 e prorrogando os mandatos de Prefeitos e Vereadores até 31-1-83, com conseqüentes implicações na fixação de subsídio dos Prefeitos, temos a considerar o que segue:

Dispõe o art. 113 da Constituição Estadual: (\*)

**"Art. 113 —** O subsídio do Prefeito será fixado pela Câmara no término da Legislatura para a seguinte..."

O art. 38 da Lei Orgânica dos Municípios (do Estado de São Paulo), com a redação dada pela Lei Complementar nº 159/77, estabelece:

**"Art. 38 —** O subsídio do Prefeito que, no momento da fixação, não poderá ser inferior ao maior padrão de vencimento pago a servidor do Município, que conte no mínimo 1 (um) ano de exercício no cargo ou função, será estabelecido pela Câmara até o término da Legislatura para vigorar na seguinte, podendo o decreto legislativo fixar quantias progressivas para cada ano de mandato."

Pelos dispositivos citados, fica clara a inalterabilidade dos subsídios dos Prefeitos Municipais dentro de uma mesma Legislatura. Legislatura é o período de duração do mandato. No sistema vigente ela, no caso de Prefeito e Vereadores, é de quatro anos.

Excepcionalmente, através de Emenda Constitucional (\*\*), a atual Legislatura foi prorrogada até 31 de janeiro de 1983.

**"PRORROGAÇÃO.** Do latim: *prorogatio*, de *prorogare* (alongar, dilatar, adiar, ampliar), exprime, originariamente, o aumento de tempo, a ampliação do prazo, o espaçamento do tempo, prestes a extinguir, para que certas coisas possam continuar, com seguimento sem solução de continuidade.

Nesta razão, a prorrogação pressupõe prazo ou espaço de tempo, que não se extinguiu nem se finou, e que é ampliado, dilatado, aumentado, antes que se fine ou se acabe.

Não se prorroga o que já se mostra terminado ou acabado, isto é, fora da vigência ou do exercício de um prazo, que não mais existe. Af, ocorreria coisa nova, iniciar-se-ia um novo espaço de tempo, pela solução da continuidade entre o prazo antigo e o novo prazo, revelando-se, portanto, renovação, não prorrogação.

A rigor, pois, a prorrogação é a dilatação do espaço de tempo, cujo fim não ocorreu, para que se continue a fazer o que dentro dele se permitia. E, portanto, deve ser promovida antes que termine

(\*) Constituição do Estado de São Paulo, com a redação da Emenda Constitucional n.º 2, de 30-10-89.

(\*\*) Emenda Constitucional n.º 14, de 9-9-80, que alterou o art. 209 da Constituição Federal, dando-lhe a seguinte redação: "Os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e seus suplentes estender-se-ão até 31 de janeiro de 1983, com exceção dos Prefeitos nomeados. **Parágrafo único —** As eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores serão realizadas, simultaneamente em todo o País, na mesma data das eleições gerais para Deputados."

Redação anterior (Emenda Constitucional n.º 8, de 14-4-77), que acresceu o dispositivo ao texto constitucional:

**"Art. 209 —** Os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos em 1980 terão a duração de dois anos."

o prazo ou aquilo que se quer prorrogar, para que o tempo prefixo se dilate ou se amplie.

Na prorrogação, o antes e o depois ligam-se numa continuidade para se mostrarem como uma única e só coisa. Isto é, para que se apresente como um prazo ou um espaço de tempo, em que não se registrou nem ocorreu a menor continuidade, o que não se registra na renovação, onde se anota a interrupção entre o passado e o novo ou presente.

A prorrogação, portanto, tem por objeto precípua não admitir interrupção nem promover uma solução de continuidade entre o espaço de tempo que foi insignificante para cumprimento de certo fato e o outro, que se concedeu ou veio aumentar o passado." (De Plácido e Silva — **Vocabulário Jurídico**, vol. III, págs. 1.246/1.247.)

Da lição de DE PLÁCIDO E SILVA deflui o ensinamento de que não entraremos em 1981 em nova Legislatura, mas, sim, num prolongamento da atual, motivo pelo qual só é permitido fazer o que a legislação aplicável à matéria, no período normal, possibilita.

Isto posto, diante desta nova situação constitucional, os subsídios dos Prefeitos Municipais deverão ser pagos nos dois anos seguintes desta Legislatura prorrogada nos moldes estabelecidos pelos decretos legislativos elaborados em 1976 pelos membros da Câmara anterior, que eram competentes para estabelecer os subsídios do Prefeito Municipal para vigorar durante toda esta Legislatura.

Assim, encontraremos 3 hipóteses possíveis de fixação:

1ª) fixação feita em quantias fixas e assim deverá permanecer o subsídio até o final da prorrogação;

2ª) fixação feita em quantias progressivas — deverá ser obedecida nos anos de 1981 e 1982, a proporcionalidade consignada no Decreto Legislativo atualmente em vigor;

3ª) fixação feita em valores variáveis (salário mínimo, valor referência, índices de correção etc...), o subsídio assim fixado será corrigido sempre que os valores que lhes servem de base forem alterados.

Essa é, juridicamente, a posição, diante da atual legislação pertinente ao assunto.

Para que possa haver alteração dos subsídios dos Prefeitos para os próximos dois anos de prorrogação da Legislatura atual, mister se faz emendar a Constituição da República. Não há possibilidade de emenda à Constituição estadual, ou Constituições estaduais, porque uma emenda nesse sentido feriria um princípio constitucional a ser respeitado pelas três esferas de Poder.

Nesse sentido, decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 39.170, in RDA nº 69/172, da qual salientamos:

"(...) Embora não expresso na Constituição, este princípio está implícito na aplicação do princípio da independência dos poderes.

Não pode ficar o Executivo à mercê das Câmaras Municipais, facultando a estas a alteração do subsídio do Prefeito, para mais ou para menos, de acordo com interesses e conveniência política.

A fixação prévia para cada período de governo constitui providência constitucional a ser aplicada em todos os níveis de governo, federal, estadual ou municipal, como decorrência da mencionada independência."

Outra não é a manifestação do Tribunal de Justiça de São Paulo, através da decisão proferida pela 2ª Câmara Civil, na Apelação nº 65.509, da qual extraímos o trecho abaixo:

"Dentre os princípios fundamentais que os Estados devem respeitar, desde a Constituição Federal de 1891, está o da independência dos Poderes.

Evidentemente, o mesmo princípio não pode deixar de ser respeitado na organização municipal.

Ora, se assim é, a alteração dos subsídios dos Prefeitos, durante o exercício do mandato, alteração essa realizada pelo órgão legislativo municipal, constituiria, indubitavelmente, um desrespeito àquele princípio da independência dos Poderes, tornando possível um aumento escandaloso, ou a diminuição indecorosa dos subsídios fixados no último ano da Legislatura anterior.

Dai o cânone da irredutibilidade daqueles subsídios durante a Legislatura em curso."

E, mais adiante temos:

"Efetivamente, a lei municipal que altera os subsídios do Prefeito, durante a Legislatura em curso, é flagrantemente inconstitucional, porque fere o cânone da independência dos Poderes.

Regra moral, salientou a citada decisão, indispensável à independência do Poder Executivo, tanto no plano federal como no estadual, muito mais necessária se torna no âmbito municipal. Se é recomendável para a independência do Presidente da República que exerce o seu mandato na Capital do País rodeado de considerações, dispondo de forças militares e fiscalizado pelo Congresso e pela grande imprensa, com muito maior razão se impõe em relação aos Prefeitos dos Municípios, onde as divergências políticas são mais acesas e podem resultar de um simples veto a certas ambições.

E, sem dúvida, como se disse no venerando acórdão, a inconstitucionalidade não resulta somente da violação aberta dos textos expressos da Constituição, mas também das cláusulas implícitas, contidas nas expressas. Basta que estas tenham sido violadas para que se fulmine a lei que tal vício contenha." (RDA 32, 8 de setembro de 1953, págs. 317 a 319.)

No entanto, nesse mesmo caso, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, através de acórdão do Tribunal Pleno, manifestou-se em sentido contrário, ao expressar:

"A egrégia Segunda Câmara Civil levantou, na espécie, a questão da inconstitucionalidade, reportando-se ao venerando acórdão deste Tribunal Pleno, constante da *Revista dos Tribunais*, vol. 189, pág. 903. Ali se decidiu realmente pela proibição constitucional da alteração dos subsídios de Prefeito, no curso da mesma Legislatura.

Onde, porém, data vênua, se encontra expressa, ou necessariamente implícita essa regra, na Carta Magna?

Alega-se que o texto impeditivo é o do art. 86, *in verbis* (\*):

"No último ano da Legislatura anterior à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, serão fixados os seus subsídios pelo Congresso Nacional."

(\*) O art. 86 citado é da Constituição Federal de 18-9-1946.

Pretende-se que essa regra, própria do Poder Executivo federal, se estenda, obrigatoriamente, ao órgão executivo municipal — pelo princípio moral que encerra. Porque as mesmas razões que levaram o constituinte a resguardar o decoro e a independência do Chefe do Executivo Nacional são vigentes para o órgão executivo municipal. Esse o fulcro do venerando acórdão a que se reportou a egrégia Segunda Câmara Civil.

Entretanto, nem de fato, nem de direito tem procedência essa argumentação.

Como, em nome de uma pretensa garantia aos Municípios, cercear a autonomia dos Estados e dos próprios Municípios, obrigando-os a estender aos Prefeitos uma regra que convém ao Presidente da República?

Fala-se em imperativo de ordem moral. Moral adormecida há meio século, a ingressar estremunhante e tardia, incerta e vaga nos recintos constitucionais...

Porque, em verdade, não é exato que o que convém ao Presidente seja obrigatoriamente adequado aos Prefeitos.

O Presidente é o Magistrado Supremo da Nação. A ela deve dedicar todo o seu labor. Não lhe sobra tempo — nem lhe assenta bem exercer outro ofício lucrativo. Se não tiver pecúnia, dependerá totalmente dos subsídios para manter-se à altura da dignidade do cargo.

E o decoro do Presidente é decoro da própria Nação.

Já o Prefeito, muito pelo contrário, nem sofre incompatibilidades morais no exercício de sua função particular, nem, como regra, emprega tempo integral na atividade pública.

O Presidente é o Chefe Supremo de todo o País. Um choque entre ele e o Legislativo assume caráter nacional. Daí poderão resultar escândalos, paixões, lutas perigosas à estabilidade do regime.

Por isso, acima de ambos, para que um Presidente poderoso não constanja o Parlamento ou para que um Congresso despótico não amesquinhe o Executivo, coloca-se a Constituição com uma regra prévia, fixa, perpétua, relativa à fixação dos subsídios.

Ora, é um exagero extremo afirmar que essas mesmas ponderosíssimas razões, válidas para o cargo eminentíssimo de Presidente da República, impõem-se, sob pena de perecimento de uma garantia constitucional imprescindível, no tocante aos subsídios do mais modesto Prefeito...

Cabe aos próprios Estados, através das leis orgânicas, prover do modo que melhor pareça, em ordem a resguardar a administração local. Se determinado regime de fixação de subsídio mostrar-se nocivo, nada impede que a lei estadual, à luz da experiência, disponha de outra forma.

E existem várias formas, perfeitamente morais, capazes de regular o assunto, de modo diverso do prescrito para o Presidente da República." (RDA 45, 30 de junho de 1954, págs. 349 a 352.)

Esta decisão, porém, não passou, ao que nos parece, de manifestação isolada, uma vez que em outras oportunidades o Tribunal de Justiça de São Paulo, também em Tribunal Pleno, opinou pela Inconstitucionalidade de alteração dos subsídios de Prefeito numa mesma Legislatura.



Neste sentido, as decisões cujas ementas transcrevemos:

1º) Recurso *ex officio* nº 71.899 — 21-9-55:

“Prefeito — Subsídio — Alteração pela Câmara Municipal durante o período para o qual foi eleito — Inadmissibilidade — Lei orçamentária inconstitucional — Segurança concedida.” (RT — 246/279.)

2º) Apelação Cível nº 32.237 — 6-11-57:

“Prefeito — Subsídios — Leis municipais alterando-os na Legislatura em curso — Inconstitucionalidade. Inteligência e aplicação dos arts. 86, 200, 26 e 18 da Constituição Federal de 1946.” (RT 273/436.)

3º) Apelação Cível nº 46.692 — 27-9-50:

“Município — Organização — Respeito ao princípio da independência dos Poderes — Necessidade de subsídios do Prefeito — Alteração para a Legislatura em curso — Inadmissibilidade — Aplicação do princípio do art. 7º, inciso VII, alínea b, da Constituição Federal de 1946.

Não pode a Câmara Municipal alterar os subsídios do Prefeito durante a Legislatura em curso.” (RT 189/903.)

4º) Apelação nº 68.163 — 14-2-55:

“Prefeito Municipal — Subsídios — Alteração durante a Legislatura em curso — Inadmissibilidade — Inconstitucionalidade de lei municipal a respeito — Declaração de votos. Não pode a Câmara Municipal alterar os subsídios do Prefeito durante a Legislatura em curso.” (RT 235/317.)

5º) Apelação nº 69.505 — 21-9-55:

“Prefeito Municipal — Subsídios — Alteração durante a Legislatura em curso — Inadmissibilidade — Inconstitucionalidade de lei municipal a respeito. Não pode a Câmara Municipal alterar os subsídios do Prefeito durante a Legislatura em curso.” (RT 249/282.)

6º) Recurso *ex officio* nº 59.637 — 25-5-54:

“Prefeito Municipal — Subsídios — Alteração pela Câmara Municipal durante a Legislatura em curso — Inadmissibilidade — Resolução Inconstitucional — Voto vencido.” (RT 234/315.)

Mais recentemente, encontramos publicada in RDA 109, pág. 191, decisão de 1971, do TJSP, reafirmando este mesmo ponto de vista.

Do acórdão salientamos:

“O mesmo, porém, não acontece com relação ao outro aumento de subsídios e de verba de representação, ou seja, o primeiro, da resolução da Câmara Municipal de 17-8-1964, porque embora não houvesse lei ordinária, de categoria superior que proibisse expressamente semelhante aumento, o fato é que era ele vedado por imperativo do art. 86 da Constituição Federal de 1946, em plena vigência e assim redigido: “No último ano da Legislatura anterior à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República serão fixados os seus subsídios pelo Congresso Nacional.”

Essa norma, verdadeiro imperativo, decorre da outra, igualmente fundamental, da divisão, independência e harmonia de Po-

deres, que os Estados também devem atender em sua organização e na organização de seus Municípios.

Allás, entrelaçam-se ambas, formando o próprio princípio que há de ser respeitado em seu todo.

E seria despropositado que o Estado fosse obrigado a respeitar semelhante princípio e não o estendesse a suas unidades como os Municípios, de reduzida autonomia. O Estado federal — como se observou no primeiro dos referidos julgados do Plenário — é essencialmente descentralizado. Ao contrário, o Estado federado é unitário e centralizado. Algumas atribuições são conferidas ao Município, tendo-se em vista somente o que diz respeito a seu peculiar interesse, mas sem dispensa da subordinação aos princípios respeitados pelo Estado federado. De outro modo, haveria verdadeira subversão da hierarquia e o Município seria mais autônomo dentro do Estado federado do que este no Estado Federal, quando se dá justamente o contrário. Tanto assim, que o Estado federado pode criar, suprimir, ampliar e restringir Municípios, ao passo que o Estado federal não pode fazer o mesmo em relação às unidades que o compõem.

Além disso, é o Estado federado que estabelece, com as leis de organização municipal, verdadeiras Constituições para os Municípios, sendo obrigado a respeitar, em suas disposições, os princípios da Constituição da República.

Sendo, pois, fora de dúvida que os Municípios estão obrigados a respeitar os princípios da Constituição Federal, a alteração dos subsídios dos Prefeitos, durante o exercício do mandato, importaria em desrespeito ao cânone da Independência dos Poderes."

Pela jurisprudência citada fica evidenciada a tendência dos Tribunais em exigirem a observância do princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes, no que se refere aos Municípios.

Quanto à verba de representação, ela poderá ser alterada anualmente, até atingir o valor de dois terços do subsídio, conforme o disposto no § 1º do art. 38 da Lei Orgânica dos Municípios (do Estado de São Paulo), que determina:

"Art. 38 — .....

§ 1º — A verba de representação do Prefeito será fixada anualmente pela Câmara e não poderá exceder de dois terços do valor do subsídio."

Estas as razões que alinhavamos na justificativa da presente proposta de emenda constitucional que ora submetemos à apreciação de nossos eminentes Pares no Congresso Nacional.

DEPUTADOS: José de Castro Coimbra — Arteni Werner — Henrique Turner — Pedro Carolo — Ubaldo Dantas — Adhemar de Barros Filho — Ademar Perelra — Max Mauro — Waldmir Belinati — Euclides Scalco — Jorge Vianna — Wilson Falcão — Mendes de Melo — Cardoso Fregapani — Horácio Matos — Lúcio Cioni — Heitor Alencar Furtado — Aluizio Bezerra — Samir Achôa — Elquisson Soares — Fernando Cunha — Lúcia Viveiros (apoio) — Manoel Ribeiro — Sebastião Andrade — Francisco Leão — Paulo Marques — Ernesto Dall'Oglio — Telmo Kirst — Baldacci Filho — Antônio Pontes — José Costa — Antônio Ferreira — Jackson Barreto — Oswaldo Lima — Cristina Tavares — Roseburgo Romano — Bento Gonçalves — Herbert Levy — Mário Frota — Wanderley Mariz — Antônio Moraes — Rômulo Galvão — Louremberg Nunes Rocha — Nosser Almeida — Diogo Nomura — Cantídio Sampaio — Adhemar Santillo — Caio Pompeu — Valter

Garcia — Roberto Carvalho — Horácio Ortiz — Gilson de Barros — Glória Jr. — Salvador Julianelli — Jorge Paulo — Sebastião Rodrigues Jr. — Jorge Arbage — Daniel Silva — José Maria de Carvalho — Pedro Lucena — Antônio Russo — Geraldo Fleming — Nabor Júnior — Navarro Vieira Filho — Silqueira Campos — Daso Coimbra — Antônio Zacharias — Anísio de Souza — Osvaldo Melo — Brabo de Carvalho — Cardoso de Almeida — Celso Peçanha — Wildy Vlanna — Manoel Novaes — José Camargo — Francisco Castro — Alcebiades de Oliveira — Pedro Germano — Norton Macedo — Adriano Valente — Paulo Lustosa — Ricardo Fiúza — José Mendonça Bezerra — Nilson Gibson — Vivaldo Frota — Pedro Correa — Inocêncio Oliveira — João Carlos de Carli — Alípio Carvalho — Divaldo Suruagy — Ângelo Magalhães — Menandro Minahim — Leur Lomanto — Honorato Vianna — Francisco Rollemberg — Álvaro Gaudêncio — Henrique Brito — Marcelo Linhares — Rogério Rego — Gomes da Silva — Claudino Sales — Homero Santos — Antônio Carlos de Oliveira — Walber Guimarães — Evandro Ayres de Moura — Paulo Borges — Thales Ramalho — Carlos Augusto — Túlio Barcellos — Ary Alcântara — José Penedo — Geraldo Buihães — Bezerra de Melo — Del Bosco Amaral — Célio Borja — Antônio Gomes — Maurício Fruet — Santilli Sobrinho — Pedro Geraldo Costa — Ruy Bacelar — Joel Ribeiro — Guido Arantes — Genésio de Barros — Leite Schmidt — Paulo Pimentel — Adroaldo Campos — Tertuliano Azevedo — Celso Carvalho — Antônio Morimoto — Erasmo Dias — Ruben Figueiró — Ludgero Raulino — Feu Rosa — José Amorim — Tidei de Lima — Octacílio Almeida — Odacir Soares — Antônio Annibelli — Wilson Braga — Edison Lobão — Audálio Dantas — Osvaldo Coelho.

SENADORES: Amaral Furlan — José Guimard — José Caixeta — Nilo Coelho — José Richa — Eunice Michiles — Raimundo Parente — Affonso Camargo — Tancredo Neves — Gastão Müller — Mendes Canale — Helvídio Nunes — Bernardino Viana — Vicente Vuolo — Gilvan Rocha — Passos Pôrto — Almir Pinto — Moacyr Dalla — Henrique Santillo — Cunha Lima — Teotônio Vilela — Saldanha Derzi — Benedito Canellas — Jilson Barreto.

## II — Comissão Mista

De acordo com as indicações das Lideranças, ficou assim constituída a Comissão Mista, incumbida de emitir Parecer sobre a matéria (2):

Pelo Partido Democrático Social — Senadores Raimundo Parente, Martins Filho, Almir Pinto, José Lins, Lourival Baptista, Bernardino Viana e Deputados Jairo Magalhães, Josias Leite, Amílcar Queiroz, Hélio Campos, Isaac Newton e Júlio Martins.

Pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Agenor Maria, Mauro Benevides, Evandro Carreira e Deputados Juarez Furtado, Nilvaldo Krüger e Ralph Blasi.

Pelo Partido Popular — Senadores Alberto Silva, Gastão Müller e Deputados Leopoldo Bessone e Bento Lobo.

\* \* \*

**O SR. PRESIDENTE** (Jorge Kalume) — Foi encaminhada à Presidência proposta de emenda à Constituição que versa sobre matéria conexa com a da Proposta nº 31, de 1981, já em tramitação.

Nos termos do § 5º do art. 124 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, segundo subsidiário do Regimento Comum, a Presidência determinou a anexação, à proposta em andamento, da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 1981 (3):

(2) DCN — Sessão Conjunta — 20-6-81, pág. 1.275.

(3) DCN — Sessão Conjunta — 23-6-81, pág. 1.282.

Foi lida a seguinte:

### PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33, DE 1981

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — A remuneração dos Prefeitos e Vice-Prefeitos, cujos mandatos foram prorrogados pela Emenda Constitucional nº 14, de 9 de setembro de 1980, será reajustada a partir de fevereiro de 1981, na mesma proporção do reajustamento concedido pela Assembléia Legislativa, do respectivo Estado, para a remuneração de seus Deputados.

#### Justificação

O Governo Federal, através de sua maioria parlamentar, fez aprovar a Emenda Constitucional nº 14, de 9 de setembro de 1980, que estendeu até 31 de janeiro de 1983 os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e seus Suplentes. Todavia, certamente, pela pressa com que aquela proposição foi votada, esqueceu-se de fixar a maneira pela qual seria reajustada a remuneração dos detentores de mandatos municipais.

Quanto aos Vereadores, existe uma solução que está estampada na Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, com as modificações que lhe foram introduzidas pela Lei Complementar nº 38, de 13 de novembro de 1979.

Persiste, todavia, o problema quanto à remuneração dos Prefeitos e Vice-Prefeitos. É certo que alguns Estados, através de Lei Complementar local, pretendem reparar a lacuna deixada pela Emenda Constitucional nº 14, já referida. Todavia, para que se obtenha uma norma geral, válida para todos os rincões do território nacional, é que se apresenta a presente proposição.

Seria grande injustiça pretender-se que os Prefeitos Municipais permaneçam com a mesma remuneração fixada anteriormente. O custo de vida tem subido significativamente e não se pode exigir que a remuneração fique distanciada da realidade.

Esta proposição tem em vista preservar a dignidade dos que, com abnegação, exercem *munus* político.

DEPUTADOS: Jorge Ferraz — José Carlos Fagundes — Paulo Borges — Jorge Arbage — Bonifácio de Andrada — Jorge Ueque — Homero Santos — Iram Saraiva — Djalma Marinho — Pimenta da Veiga — Walter de Prá — José Maurício — Dario Tavares — Walber Guimarães — Sérgio Ferrara — Mário Hato — Celso Peçanha — Wildy Vianna — Octacílio Queiroz — Edison Lobão — Luiz Baccarini — Hélio Garcia — Marcelo Cordeiro — Ubaldo Dantas — Luiz Cechinel — Leopoldo Bessone — Carlos Santos — Norton Macedo — Alípio Carvalho — Ademar Pereira — Antônio Mazurek — José Bruno — Joacil Pereira — Aldo Fagundes — Osmar Leitão — José Penedo — Leorne Belém (apoiamento) — Baldacci Filho — Castejon Branco — Hildérico Oliveira — Evandro Ayres de Moura — Hélio Duque — Simão Sessim — Henrique Turner — Walter Silva — Genival Tourinho — Adhemar Ghisi — Pedro Geraldo Costa — Rosa Flores — Athlé Coury — Francisco Rollemberg — Milton Brandão — Roseburgo Romano — Geraldo Fleming — Marcelo Linhares — Ruben Figueiró — Edilson Lamartine Mendes — João Alves — Iranildo Pereira — Jader Barbalho — Louremberg Nunes Rocha — Nilson Gibson — Genésio de Barros — Octacílio Almeida — Caio Pompeu — Mendonça Neto — Mário Moreira — Gomes da Silva — Delson Scarano — Carlos Cotta — Mauricio Fruet — Freitas Nobre — Renato Azeredo — Roberto Carvalho — José Amorim — Diogo Nomura — Adalberto Camargo — Carlos Augusto — Ruy Codo — Claudino Sales — Hélio Levy — Adolpho Franco — Christovam Chiaradia — Aécio Cunha — Igo Losso — Herbert Levy — Nagib Heickel — Ossian Araripe —

Rubem Medina — Vingt Rosado — Juarez Furtado — Josué de Souza — Tarcísio Delgado — Pedro Sampaio — Edson Vidigal — Osvaldo Macedo — Raimundo Diniz — João Arruda (apoio) — Pinheiro Machado — Stoessel Dourado — Edgar Amorim — Rogério Rego — José Ribamar Machado — Leônidas Sampaio — João Gilberto — Navarro Vieira Filho — Afrísio Vieira Lima — Elquisson Soares — Sílvio Abreu Jr. — Mário Frota — Benedito Marcillo — Túlio Barcellos — Siqueira Campos — Manoel Novaes — Jorge Vianna — Nelson Morro — Emídio Perondi — Marão Filho — Alair Ferreira — Cristina Tavares — Cristino Cortes — Milton Figueiredo — Albérico Cordeiro — Manoel Ribeiro — Paulo Lustosa — Paulo Marques — Lúcio Cioni — Nabor Júnior — Carlos Chiarelli (apoio) — Gióia Jr. (apoio) — Pedro Lucena — Audálio Dantas — Wilson Falcão — Antônio Annibelli — Pedro Correa — Djalma Bessa — Júlio Martins — Francisco Leão — Adroaldo Campos — Hélio Campos — José Freire — Euclides Scalco — Fernando Cunha — Isaac Newton.

SENADORES: Jutahy Magalhães — Martins Filho — Humberto Lucena — José Richa — Pedro S' mon — Henrique Santillo — Luiz Fernando Freire — Afonso Camargo — Tancredo Neves — Cunha Lima — Gastão Müller — Mauro Benevides — Saldanha Derzi — Teotônio Vilela — Murilo Badaró — Agenor Maria — Lamar Franco — Leite Chaves — Roberto Saturnino — Gilvan Rocha — Lázaro Barboza — Benedito Canellas — Moacyr Dalla.

A Presidência comunicou que a proposição lida seria encaminhada à Comissão Mista anteriormente designada para emitir Parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981.

\* \* \*

1 — A Comissão Mista foi instalada a 23 de junho<sup>(4)</sup>, eleitos para a Presidência o Senador Agenor Maria e para a Vice-Presidência o Senador Martins Filho.

Foi designado Relator da matéria o Deputado Isaac Newton.

2 — No dia 5 de outubro<sup>(5)</sup>, foram comunicadas as substituições do Senador Gastão Müller pelo Senador Valdon Varjão e do Senador Lourival Baptista pelo Senador Jorge Kalume, na Comissão Mista.

3 — Na 2ª reunião, em 6 de outubro<sup>(6)</sup>, foi aprovado sem restrições o Parecer do Relator Deputado Isaac Newton, favorável à Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, na forma apresentada, e, consequentemente, pela rejeição, por prejudicada, da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 1981, que com ela tramita.

### III — Parecer

#### PARECER Nº 102, DE 1981 (CN) (7)

Da Comissão Mista, incumbida de examinar e emitir Parecer sobre as Propostas de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, que "acrescenta artigo ao Título das Disposições Gerais e Transitórias, autorizando a fixação de novos subsídios para os Prefeitos Municipais durante a atual Legislatura prorrogada"; e nº 33, de 1981, que "determina o reajustamento, a partir de 1º de fevereiro de 1981, da remuneração dos Prefeitos e Vice-Prefeitos cujos mandatos foram prorrogados pela Emenda Constitucional nº 14, de 9 de setembro de 1980".

Relator: Deputado Isaac Newton

Apensadas por versarem matéria análoga, as propostas de emenda à Constituição sob nosso exame visam a disciplinar o subsídio dos Prefeitos

(4) DCN — Seção II — 2-8-81, pág. 3.268.

(5) DCN — Sessão Conjunta — 6-10-81, pág. 2.187.

(6) DCN — Seção II — 27-10-81, pág. 5.823.

Municipais que tiveram seus mandatos prorrogados pela Emenda Constitucional nº 14, de 9 de setembro de 1980.

A Proposta de nº 31, de autoria do nobre Deputado José de Castro Coimbra, manda acrescentar ao Título das Disposições Gerais e Transitórias o seguinte:

**"Artigo** — Durante o período de 31 de janeiro de 1981 a 31 de janeiro de 1983, ficam as atuais Câmaras Municipais autorizadas a fixar em uma única vez novos subsídios para os Prefeitos Municipais que se encontram no desempenho do mandato, bem como para os Vice-Prefeitos, quando remunerados."

A Proposta nº 33, de autoria do Deputado Jorge Ferraz, consta do seguinte:

**"Artigo único** — A remuneração dos Prefeitos e Vice-Prefeitos, cujos mandatos foram prorrogados pela Emenda Constitucional nº 14, de 9 de setembro de 1980, será reajustada, a partir de fevereiro de 1981, na mesma proporção do reajustamento concedido pela Assembléia Legislativa do respectivo Estado, para a remuneração de seus Deputados."

Ambas as propostas, com o número exigido de assinaturas, atendem aos pressupostos dos parágrafos do art. 47 da Constituição, portanto sem eiva de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, de injuridicidade, redigidas dentro da técnica legislativa.

Na sua justificativa, a Proposta de nº 33, assinala que, para os Vereadores, a solução existe na Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, com as modificações que lhe foram introduzidas pela Lei Complementar nº 38, de 13 de novembro de 1979, permanecendo, porém, o problema quanto à remuneração dos Prefeitos e Vice-Prefeitos, embora em alguns Estados, por lei complementar, se pretenda reparar a lacuna.

Prosseguindo, adverte:

"Seria grande injustiça pretender-se que os Prefeitos Municipais permaneçam com a mesma remuneração fixada anteriormente. O custo de vida vem subindo significativamente e não se pode exigir que a remuneração fique distanciada da realidade."

O autor da Proposta nº 31 depois de estudar o texto constitucional e a lei complementar pertinente citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive no reconhecimento de que a Lei Orgânica dos Estados poderia solucionar o problema, salienta que, na maioria dos julgados, opina-se pela Inconstitucionalidade de alteração dos subsídios de Prefeito numa mesma Legislatura.

Não havendo, em vários casos, previsão da Lei Orgânica dos Municípios, impõe-se a solução das emendas à Constituição, nos termos em que está proposta.

Pertinentes e amplamente justificadas, as duas propostas, com o mesmo intuito, são aceitáveis no mérito.

Na verdade, há uma lacuna a preencher, resultante, no caso, da prorrogation dos mandatos dos Prefeitos e Vice-Prefeitos, para que tenham seus subsídios reajustados, como os têm os Vereadores.

Preferimos a redação da Proposta de nº 31, de 1981, por mais conforme à técnica legislativa e pela sua própria precedência cronológica. É que ela situa a colocação do adendo no Título das Disposições Gerais e

(7) DCN — Sessão Conjunta — 7-10-81, pág. 2.189.

Transitórias, o que não ocorre com a Proposta de nº 33, de 1981, que deixa o artigo solto, para sua localização em redação final.

Ambas, amplamente justificadas no mérito, somos pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, e, conseqüentemente, pela rejeição, por prejudicada, da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 1981.

É o parecer.

Sala das Comissões, 6 de outubro de 1981. — Senador **Martins Filho**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Deputado **Isaac Newton**, Relator — Deputado **Hélio Campos** — Senador **Raimundo Parente** — Senador **Almir Pinto** — Senador **Jorge Kalume** — Senador **Bernardino Viana** — Senador **Mauro Benevides** — Senador **Valdon Varjão** — Senador **Alberto Silva** — Deputado **Nivaldo Krüger** — Deputado **Jairo Magalhães**.

#### IV — **Discussão e votação em 1º turno**

Na sessão conjunta do Congresso Nacional, realizada a 8 de outubro (8), usaram da palavra para discutir a matéria em primeiro turno os Deputados José de Castro Coimbra (autor da presente Proposta) e Ruy Côdo.

A Presidência declarou encerrada a discussão da matéria, por não haver mais oradores inscritos.

Anunciada a votação, esta ficou adiada por falta de **quorum** qualificado.

Na sessão de 15 de outubro (9), para a votação da matéria em primeiro turno, usaram da palavra para encaminhamento da votação os Deputados José de Castro Coimbra, Israel Dias-Novaes, Álvaro Valle (para uma comunicação de Liderança), Cardoso de Almeida, Herbert Levy e Cristina Tavares. Após um esclarecimento da Presidência sobre entendimentos para a votação da matéria, S. Ex<sup>a</sup> declarou encerrada a sessão, adiando a sua votação por evidente falta de **quorum**.

As 14 horas e 30 minutos do dia 20 de outubro (10), anunciada a votação da matéria, usou da palavra para encaminhamento da votação o Deputado Jorge Ferraz. Ao encerrar a discussão a Presidência colocou a matéria em votação, iniciada pela Câmara dos Deputados, feita do Sul para o Norte, constatando-se o seguinte resultado:

Câmara dos Deputados:

238 votos "Sim"

2 votos "Não" (aprovada na Câmara)

Senado Federal:

37 votos "Sim" (aprovada no Senado)

Aprovada a matéria, em primeiro turno, ficou **prejudicada** a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 1981, constante do item 2 da pauta, em virtude de tramitação conjunta com a PEC nº 31/81.

(8) DCN — Sessão Conjunta — 9-10-81, pág. 2.216.

(9) DCN — Sessão Conjunta — 16-10-81, pág. 2.276.

(10) DCN — Sessão Conjunta — 21-10-81, pág. 2.367.

A Presidência convocou sessão conjunta a realizar-se no mesmo dia às 16 horas e 10 minutos, destinada à apreciação em segundo turno da Proposta.

## V — Discussão e votação em 2º turno

Presidida pelo Senador Passos Pôrto, foi iniciada a sessão conjunta do Congresso Nacional <sup>(11)</sup>, às 16 horas e 10 minutos, para apreciação da matéria em segundo turno. A discussão foi encerrada, sem debates.

Na votação da matéria, usou da palavra para encaminhamento o Deputado Odacir Klein. Com os votos favoráveis das Lideranças, em primeiro lugar, foi feita a chamada para votação de Norte para o Sul, começando pela Câmara dos Deputados, com o seguinte resultado:

Votação na Câmara dos Deputados:

“Sim” 273 votos

“Não” 2 votos.

Foi aprovada na Câmara dos Deputados a Proposta em segundo turno.

Votação no Senado Federal:

“SIM” 40 votos

Foi aprovada também no Senado a Proposta em segundo turno:

Aprovada a Proposta em segundo turno em ambas as Casas do Congresso, a matéria foi à Comissão Mista para a redação final.

Foi lido o seguinte:

### PARECER Nº 116, DE 1981 (CN)

*Da Comissão Mista, apresentando a redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, que “acrescenta artigo ao Título das Disposições Gerais e Transitórias, autorizando a fixação de novos subsídios para os Prefeitos Municipais durante a atual Legislatura prorrogada”.*

**Relator: Deputado Isaac Newton**

A Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de examinar e emitir Parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, que “acrescenta artigo ao Título das Disposições Gerais e Transitórias, autorizando a fixação de novos subsídios para os Prefeitos Municipais durante a atual Legislatura prorrogada”, apresenta, anexo, a redação final da referida proposição.

Sala das Comissões, 6 de outubro de 1981. — Senador **Martins Filho**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Deputado **Isaac Newton**, Relator — Deputado **Hélio Campos** — Senador **Raimundo Parente** — Senador **Almir Pinto** — Senador **Jorge Kalume** — Senador **José Lins** — Senador **Bernardino Viana** — Senador **Mauro Benevides** — Senador **Valdon Varjão** — Deputado **Jairo Magalhães** — Senador **Alberto Silva**.

(11) DCN — Sessão Conjunta — 21-10-81, pág. 2.372.



ANEXO AO PARECER Nº 116, DE 1981-(CN)

**Redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, que dispõe sobre novos subsídios para os Prefeitos Municipais e para os Vice-Prefeitos quando remunerados.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — É acrescentado ao Título V — Disposições Gerais e Transitórias — da Constituição Federal, o seguinte artigo:

**“Art. 211** — Durante o período de 31 de janeiro de 1981 a 31 de janeiro de 1983, são as Câmaras Municipais autorizadas a fixar, em uma única vez, novos subsídios para os Prefeitos Municipais que se encontram no desempenho do mandato, bem como para os Vice-Prefeitos, quando remunerados.”

Aprovada a Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 1981, foi convocada sessão solene destinada à Promulgação da Emenda Constitucional.

## VI — Promulgação

Em sessão solene do Congresso Nacional, realizada em 20 de outubro (12), foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, de 1981:

### EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20

**Dispõe sobre novos subsídios para os Prefeitos Municipais e para os Vice-Prefeitos quando remunerados.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — É acrescentado ao Título V — Disposições Gerais e Transitórias — da Constituição Federal, o seguinte artigo:

**“Art. 211** — Durante o período de 31 de janeiro de 1981 a 31 de janeiro de 1983, são as Câmaras Municipais autorizadas a fixar, em uma única vez, novos subsídios para os Prefeitos Municipais que se encontram no desempenho do mandato, bem como para os Vice-Prefeitos quando remunerados.”

Brasília, em 20 de outubro de 1981.

A MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: **NELSON MARCHEZAN**, Presidente — **Haroldo Sanford**, 1º-Vice-Presidente — **Freitas Nobre**, 2º-Vice-Presidente — **Furtado Leite**, 1º-Secretário — **Carlos Wilson**, 2º-Secretário — **José Camargo**, 3º-Secretário — **Paes de Andrade**, 4º-Secretário.

A MESA DO SENADO FEDERAL: **JARBAS PASSARINHO**, Presidente — **Passos Pôrto**, 1º-Vice-Presidente — **Gilvan Rocha**, 2º-Vice-Presidente — **Cunha Lima**, 1º-Secretário — **Jorge Kalume**, 2º-Secretário — **Itamar Franco**, 3º-Secretário — **Jutahy Magalhães**, 4º-Secretário.

(12) DCN — Sessão Conjunta — 21-10-81, pág. 2.376.  
DO de 23-10-81, pág. 20.101.

# Emenda Constitucional n.º 21, de 27 de outubro de 1981

Sinopse: JOSÉ XAVIER DA SILVA  
Técnico Legislativo da Subsecretaria de  
Edições Técnicas

## SUMÁRIO

- I — Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981
- II — Comissão Mista
- III — Parecer
- IV — Discussão e votação em 1º turno
- V — Discussão e votação em 2º turno
- VI — Promulgação

## TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

### I — Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981

Tendo como primeiro signatário o Deputado Salvador Julianelli, foi lida a Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, na sessão conjunta do Congresso Nacional, a 30 de junho <sup>(1)</sup>, subscrita por 288 Deputados e 45 Senadores:

#### PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 34, DE 1981

**Dá nova redação ao item VI do art. 13 da Constituição Federal, e dispõe sobre subsídios de deputados estaduais.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** — O item VI do art. 13 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 13 — .....**

**VI — a proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias.”**

(1) DCN — Sessão Conjunta — 1.º-7-81, pág. 1.445.

**Art. 2º** — A Constituição Federal fica acrescida do seguinte artigo, numerado como art. 211:

**“Art. 211** — As Assembleias Legislativas poderão fixar a remuneração de seus membros para vigorar na presente Legislatura, observado o limite de 2/3 do que percebem, a mesmo título, os deputados federais, excetuadas as sessões extraordinárias, inclusive as do Congresso Nacional.”

#### **Justificação**

A Emenda Constitucional nº 1/69 trouxe, em seu bojo, limites para os subsídios dos deputados estaduais.

, Se antes era necessária alguma tutela ao Legislativo estadual, hoje é fundamental suprimi-la, para que a democracia, que ora retorna, possa ser cada vez mais aprimorada.

Esta proposta busca, para a esfera estadual, a liberdade e a auto-suficiência, para que seja efetivo como um primeiro passo, o fortalecimento do Poder Legislativo, que esperamos seja real, em seu todo, num futuro muito próximo.

A supressão ora objetivada tem o mérito de proporcionar aos Legislativos estaduais o pleno exercício de sua economia interna, no que respeita aos subsídios de seus componentes, em consonância com as peculiaridades econômicas de cada região do País e segundo os melhores princípios e tradições da autonomia estadual inerente ao regime federativo que, entre nós, sempre prevaleceu.

**DEPUTADOS:** Salvador Julianelli — Pedro Carolo — Rômulo Galvão — Victor Fontana — Djalma Bessa — José de Castro Coimbra — Euclides Scalco — Nasser Almeida — Roberto Galvani — Paulo Pimentel — José Ribamar Machado — Renato Azeredo — Hugo Rodrigues da Cunha — Juarez Batista — Ubaldo Barém — Bonifácio de Andrada — Oswaldo Melo — Inocêncio Oliveira — Saramago Pinheiro — Airon Rios — Olivir Gabardo — Corrêa da Costa — Fernando Lyra — Artenir Werner — Ruben Figueiró — Maurício Fruet — Jorge Gama — Leite Schimidt — Caio Pompeu (apoia-mento) — Castejon Branco — João Câmara — Carlos Wilson — Navarro Vieira Filho — Antônio Mazurek — Victor Faccioni — Pedro Sampaio — Gilson de Barros — Osmar Leitão — Adalberto Camargo — Borges da Silveira — Diogo Nomura — Carlos Santos — Guido Arantes — Braga Ramos — Henrique Brito — Nilson Gibson — Roque Aras — Athiê Coury — Jorge Ferraz — Newton Cardoso — Paulino Cícero de Vasconcellos — Celso Peçanha — Darcílio Ayres — Melo Freire — Ricardo Fiúza — Mário Stamm — Jorge Paulo — Pedro Germano — José Maria de Carvalho — Álvaro Valle — José Torres — Josias Leite — Milton Figueiredo — Gomes da Silva — Christiano Dias Lopes — Antonio Mariz — Brabo de Carvalho — João Gilberto — Tarcísio Delgado — Luiz Vasconcelos — Mário Hato — Carlos Alberto — Pacheco Chaves — João Linhares — Carlos Chiarelli — Antônio Dias — Paulo Guerra — Antônio Zacharias — Ruy Silva — Natal Gale — Jayro Maltoni — Edilson Lobão — Hugo Napoleão — Wilson Braga — Joacil Pereira — João Arruda — Feu Rosa — Ítalo Conti — Júlio Campos — Adhemar de Barros Filho — Carlos Augusto — Magnus Guimarães — Ernesto de Marco — Antônio Russo — José Frejat — Edison Khair — Audálio Dantas — Mauro Sampaio — Júlio Martins — Marcelo Cordeiro — Eloy Lenzi — Amadeu Geara — Darcy Passos — Rafael Faraco — Ruy Codo — Jerônimo Santana — Isaac Newton — Cláudio Philomeno — Felipe Penna — Pimenta da Veiga — Horácio Ortiz — JG de Araújo Jorge — Cardoso Alves — Stoessel Dourado — Carlos Sant'Ana — Antônio Morimoto — Marcello Cerqueira — Emídio Perondi — Aroldo Moletta — Evandro Ayres de Moura — Manoel Gonçalves — Cardoso de Almeida — José Mendonça Bezerra — Milvernes Lima — Ludgero Raulino — Humberto Souto — Ronan Tito — Theodorico Ferraço — Glória Júnior

— Pinheiro Machado — Daso Coimbra — Cardoso Fregapani — Iram Saraiva — Joel Ferreira — Haroldo Sanford — Ruy Bacelar — Ary Kffuri — Marcelo Linhares — Vasco Neto — Vivaldo Frota — Octacílio Queiroz — Wildy Vianna — Geraldo Fleming — Alcebiades de Oliveira — Antônio Pontes — Adroaldo Campos — José Penedo — Antônio Amaral — Hildérico Oliveira — Alair Ferreira — Francisco Benjamim — Honorato Vianna — Francisco Rossi — Nelson Morro — Pedro Lucena — Jackson Barreto — Hélio Levy — João Alves — Alcides Franciscato — Tidel de Lima — Octacílio Almeida — Antônio Ferreira — Furtado Leite — Raymundo Diniz — Francisco Libardoni — João Faustino — Fernando Magalhães — Bento Gonçalves — Homero Santos — Lázaro Carvalho — **Leônidas Sampaio** — José Costa — Lygia Lessa Bastos — Jairo Magalhães — José Carlos Fagundes — Octávio Torrecilla — João Herculino — Flávio Marcílio — Alípio Carvalho — Simão Sessim — Alexandre Machado — Paulo Marques — Edson Vidigal — Flávio Chaves — Túlio Barcellos — Rosemburgo Romano — Walter de Prá — Luiz Leal — Adhemar Ghisi — Manoel Ribeiro — Carlos Vinagre — Alcir Pimenta — Paulo Torres — Erasmo Dias — José Camargo — Jorge Vargas — Celso Carvalho — Leur Lomanto — Claudino Sales — Francisco Rollemberg — Milton Brandão — Aécio Cunha — Batista Miranda — Delson Scarano — Alberto Goldman — Samir Achôa — Jorge Cury — Péricles Gonçalves — Paulo Borges — Teimo Kirst — Bento Lôbo — Célio Borja — Gerson Camata — Siqueira Campos — Amílcar de Queiroz — Nabor Júnior — Louremberg Nunes Rocha — Mário Moreira — Jorge Ueque — Aldo Fagundes — Alceu Collares — Vingt Rosado — Sebastião Andrade — Paulo Lustosa — Wanderley Mariz — Rogénio Rêgo — Carneiro Arnaud — Cláudio Strassburger — Edison Lamartine Mendes — Iturival Nascimento — Ubaldino Meirelles — Murilo Mendes — Pedro Collin — Luiz Cechinel — Evaldo Amaral (p/tramitação) — Angelino Rosa — Oduílo Domingues — Rubem Dourado — Waldir Walter — Ossian Araripe — Adauto Bezerra — Josué de Souza — Júlio Costamilan — Fernando Cunha — Tertuliano Azevedo — Álvaro Gaudêncio — Lidovino Fanton — Luiz Rocha — João Alberto — Jorge Arbage — Albénico Cordeiro — Peixoto Filho — Leorne Belém — Joel Ribeiro — Hélio Campos — Altair Chagas — Lúcio Cioni — Ary Alcântara — Sebastião Rodrigues Jr. — Genésio de Barros — Antônio Morais — Igo Losso — Paulo Studart — José Amorim — João Carlos de Carli — Henrique Turner — Moacir Lopes — Angelo Magalhães — Francisco Castro — Geraldo Guedes — Bezerra de Melo — Wilson Falcão — Antônio Florêncio — Lúcia Viveiros — Horácio Matos — Eloar Guazzelli — Vieira da Silva — Pedro Corrêa — Afrísio Vieira Lima — Juarez Furtado — *Christóvam Chiarada* — Marcondes Gadelha — Walter de Castro — Walber Guimarães — Roberto Carvalho — Brasília Caiado — Heitor Alencar Furtado — Getúlio Dias — Francisco Leão — Cesário Barreto.

SENADORES: Almir Pinto — Orestes Quércia — Benedito Canellas — José Lins — Humberto Lucena — Nilo Coelho — Alexandre Costa — Milton Cabral — Bernardino Viana — Martins Filho — João Lúcio — Luiz Cavalcante — Moacyr Dalla — Jutahy Magalhães — Lomanto Jr. — Cunha Lima — Murilo Badaró — Dinarte Mariz — Raimundo Parente — Eunice Michiles — Lourival Baptista — José Guiomard — Vicente Vuolo — Amaral Furlan — Aderbal Jurema — Passos Pôrto — Affonso Camargo — Luiz Fernando Freire — Gastão Müller — Gilvan Rocha — Laélia de Alcântara — Henrique Santillo — João Calmon — Jorge Kalume — Alberto Silva — Evandro Carreira — José Richa — Leite Chaves — Pedro Simon — Agenor Maria — Dirceu Cardoso — José Fragelli — Franco Montoro — Aloysio Chaves — Lenoir Vargas.

De acordo com as indicações das Lideranças, ficou assim constituída a Comissão Mista incumbida de emitir Parecer sobre a matéria (2):

Pelo Partido Democrático Social — Senadores Moacyr Dalla, José Lins, Gabriel Hermes, Martins Filho, João Lúcio, Bernardino Viana e Deputados

(2) DCN — Sessão Conjunta — 1.º-7-81, pág. 1.450.

Jairo Magalhães, Josias Leite, Siqueira Campos, Hélio Campos, Inocêncio Oliveira e Altair Chagas.

Pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Mauro Benevides, Henrique Santillo, Pedro Simon e Deputados Sebastião Rodrigues, Cristina Tavares e Antônio Russo.

Pelo Partido Popular — Senadores Affonso Camargo, Gastão Müller e Deputados João Linhares e Jorge Vargas.

## II — Comissão Mista

a) Ata da 1ª reunião, realizada a 4 de agosto (3), sendo eleitos para Presidente o Senador Mauro Benevides e para Vice-Presidente o Senador Gabriel Hermes.

Foi designado Relator da matéria o Deputado Jairo Magalhães.

b) Expediente de 26 de agosto (4), do Senador Bernardino Viana comunicando a substituição do Senador José Lins pelo Senador Almir Pinto na Comissão Mista.

c) Expediente de 27 de agosto (5), do Deputado Hugo Mardini, comunicando a substituição do Deputado Altair Chagas pelo Deputado Christóvam Chiaradia, na Comissão Mista.

d) Ata da 2ª reunião, realizada em 27 de agosto (6): foi aprovado sem restrições o Parecer do Relator Jairo Magalhães favorável a Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981.

## III — Parecer

PARECER Nº 83, DE 1981 (CN) (7)

Da Comissão Mista, incumbida de examinar e emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, que “dá nova redação ao item VI do art. 13 da Constituição Federal, e dispõe sobre subsídios de deputados estaduais”.

Relator: Deputado Jairo Magalhães

Subscrita pelo nobre Deputado Salvador Julianelli, a Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, visa a alterar o item VI do art. 13 da Carta em vigor, acrescentando novo artigo ao texto constitucional, para modificar o critério de fixação dos subsídios dos deputados estaduais.

O item VI do art. 13 teria a sua redação reduzida aos seguintes termos:

“VI — a proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias.”

No texto em vigor, esse item tem a seguinte redação:

“VI — a proibição de pagar, a qualquer título, a deputados estaduais mais de dois terços dos subsídios e da ajuda de custo

(3) DCN — Seção II — 13-8-81, pág. 3.564.

(4) DCN — Sessão Conjunta — 27-8-81, pág. 1.750.

(5) DCN — Sessão Conjunta — 28-8-81, pág. 1.761.

(6) DCN — Seção II — 28-8-81, pág. 4.739.

(7) DCN — Sessão Conjunta — 29-8-81, pág. 1.771.

atribuídos em lei aos deputados federais, bem como de remunerar mais de oito sessões extraordinárias mensais."

Praticamente, a proposta faz uma transposição do texto supresso para, em disposição transitória, permitir às Assembléias Legislativas tal fixação, nos limites do teto, ainda na presente Legislatura.

Por isso, a redação proposta é a seguinte:

**"Art. 211 —** As Assembléias Legislativas poderão fixar a remuneração de seus membros para vigorar na presente Legislatura, observado o limite de 2/3 do que percebem, ao mesmo título, os deputados federais, excetuadas as sessões extraordinárias, inclusive as do Congresso Nacional."

Na justificção, lembra o autor que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, trouxe, no seu bojo, alteraçõs sobre os limites dos subsídios dos deputados estaduais e federais, advertindo:

"Se antes era necessária alguma tutela ao Legislativo estadual, hoje é fundamental suprimi-la, para que a democracia, que ora retorna, possa ser cada vez mais aprimorada."

Em seguida, complementa:

"A supressão ora objetivada tem o mérito de proporcionar aos legislativos estaduais o pleno exercício de sua economia interna, no que respeita aos subsídios de seus componentes, em consonância com as peculiaridades econômicas de cada região e segundo os melhores princípios e tradições da autonomia estadual inerente ao regime federativo que, entre nós, sempre prevaleceu."

Claramente, a matéria envolve questão de interesse peculiaríssimo de cada unidade federativa — o financeiro. Assim, cada Estado decidirá sobre quanto será o subsídio dos seus deputados, como ocorria no regime da Constituição de 1946, ressalvada a restrição do piso de 2/3 apenas para a presente Legislatura, consoante o preceito que insere no Título das Disposições Gerais e Transitórias.

A matéria não atenta, afinal, contra os parágrafos do art. 47, está vazada em boa técnica legislativa, sem eiva de inconstitucionalidade na preliminar, e, no mérito, não temos o que opor à sua coerente justificção.

Somos, em conseqüência, pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981.

Sala das Comissões, 27 de agosto de 1981. — Senador **Mauro Be-  
nevides**, Presidente — Deputado **Jairo Magalhães**, Relator — Senador **Martins Filho** — Deputado **Siqueira Campos** — Senador **Gabriel Hermes** — Deputado **Antônio Russo** — Senador **Moacyr Dalla** — Deputado **Helio Campos** — Deputado **Sebastião Rodrigues** — Senador **Bernardino Viana** — Senador **João Lúcio** — Deputado **Christóvam Chiaradia** — Senador **Afonso Camargo** — Deputado **Inocência Oliveira** — Senador **Almir Pinto** — Senador **Henrique Santillo**.

#### IV — Discussão e votação em 1º turno

Na sessão conjunta de 21 de outubro <sup>(8)</sup>, a discussão da matéria, em primeiro turno, foi encerrada sem debates.

(8) DCN — Sessão Conjunta — 22-10-81, pág. 2.408.

As 19 horas do mesmo dia, isto é, 21 de outubro <sup>(9)</sup>, passou-se à votação da Proposta em primeiro turno apresentando o seguinte resultado:

**Câmara dos Deputados:**

Votaram "sim" 319 Deputados.

Abstenções 3

A Proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados.

**Senado Federal:**

Votaram "sim" 39 Senadores.

A Proposta foi aprovada também no Senado.

Aprovada a Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, em primeiro turno, a Presidência convocou sessão conjunta para as 20 horas e 30 minutos, destinada à discussão e votação em segundo turno.

O Deputado Airon Rios enviou declaração de voto à Mesa:

**DECLARAÇÃO DE VOTO**

A emenda constitucional, em apreço, salvo melhor juízo, pretende constitucionalizar sem preconceitos e discriminações os subsídios da representação parlamentar nos Estados-Membros da Federação.

Esses subsídios já não se submetem, no momento, às imposições constitucionais que, após 64, inovaram e se afastaram da técnica legislativa que prevaleceu historicamente na hierarquia da legislação brasileira.

Assim a emenda constitucional vai legalizar o que existe e contemporizar os subsídios dentro da **mens legis**.

É melhor que se adote este artesanato constitucional. E todos sabemos que as normas de direito consagram princípios éticos cuja objetividade lhe é imanente.

Os presidentes da República e os governadores de Estado recebem pensões do erário como se estivessem no seu pleno exercício. Deste modo não creio e não sei como se possa increpar de esdrúxula a iniciativa que, agora, ocupa a atenção do Congresso Nacional.

O meu voto é pela aprovação da emenda constitucional que está em votação.

Plenário do Congresso Nacional, em Brasília, 21 de outubro de 1981.  
— Deputado **Airon Rios**.

**V — Discussão e votação em 2º turno**

Na sessão conjunta do Congresso Nacional, realizada em 21 de outubro <sup>(10)</sup>, a discussão foi encerrada, sem debates. Passou-se à votação da

(9) DCN — Sessão Conjunta — 22-10-81, pág. 2.415.

(10) DCN — Sessão Conjunta — 22-10-81, pág. 2.418.

matéria em segundo turno. Foi convidado o Sr. Deputado Simão Sessim para proceder à chamada, que seria feita de Norte para Sul, votando os Líderes em primeiro lugar.

**Votação na Câmara dos Deputados:**

“Sim” 331 votos.

**Abstenções 4.**

Foi aprovada a proposta, em segundo turno, na Câmara.

**Votação no Senado Federal:**

“Sim” 39 votos.

Foi aprovada a Proposta no Senado.

Aprovada a PEC nº 34/81, em ambas as Casas do Congresso Nacional, a matéria voltou à Comissão Mista para a redação final:

#### **PARECER Nº 117, DE 1981 (CN)**

**Da Comissão Mista, apresentando a redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, que “dá nova redação ao item VI do artigo 13 da Constituição Federal, e dispõe sobre subsídios de deputados estaduais”.**

**Relator: Deputado Jairo Magalhães**

A Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de examinar e emitir Parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, que “dá nova redação ao item VI do artigo 13 da Constituição Federal, e dispõe sobre subsídios de deputados estaduais”, apresenta, anexo, a redação final da referida proposição.

Sala das Comissões, 21 de outubro de 1981. — Senador **Mauro Benevides**, Presidente — Deputado **Jairo Magalhães**, Relator — Deputado **Siqueira Campos** — Senador **Gabriel Hermes** — Senador **Martins Filho** — Deputado **Antônio Russo** — Senador **Moacyr Dalla** — Senador **João Lúcio** — Senador **Afonso Camargo** — Deputado **Inocêncio Oliveira** — Senador **Almir Pinto** — Senador **Henrique Santillo** — Deputado **Hélio Campos** — Deputado **Sebastião Rodrigues** — Senador **Bernardino Viana** — Deputado **Christóvam Chiaradia**.

#### **ANEXO AO PARECER Nº 117, DE 1981 (CN)**

**Redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 34, de 1981, que dispõe sobre a remuneração dos deputados estaduais.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º — O item VI do art. 13 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:**

“VI — a proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias.”



**Art. 2º** — É acrescentado o seguinte artigo à Constituição Federal:

“**Art. 212** — As Assembléias Legislativas poderão fixar a remuneração de seus membros para vigorar na presente Legislatura, observado o limite de 2/3 (dois terços) do que percebem, a mesmo título, os deputados federais, excetuadas as sessões extraordinárias e as sessões conjuntas do Congresso Nacional.”

## **VI — Promulgação**

Sob a Presidência do Senador Passos Pôrto, reuniu-se o Congresso Nacional, a 27 de outubro (11), com a finalidade de, solenemente, promulgar a Emenda Constitucional nº 21, de 1981.

### **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21**

**Dispõe sobre a remuneração dos deputados estaduais.**

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** — O item VI do art. 13 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“**VI** — a proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias.”

**Art. 2º** — É acrescentado o seguinte artigo à Constituição Federal:

“**Art. 212** — As Assembléias Legislativas poderão fixar a remuneração de seus membros para vigorar na presente Legislatura, observado o limite de 2/3 (dois terços) do que percebem, a mesmo título, os deputados federais, excetuadas as sessões extraordinárias e as sessões conjuntas do Congresso Nacional.”

Brasília, 27 de outubro de 1981.

A MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: **NELSON MARCHEZAN**, Presidente — **Haroldo Sanford**, 1º-Vice-Presidente — **Freitas Nobre**, 2º-Vice-Presidente — **Furtado Leite**, 1º-Secretário — **Carlos Wilson**, 2º-Secretário — **José Camargo**, 3º-Secretário — **Paes de Andrade**, 4º-Secretário.

A MESA DO SENADO FEDERAL: **JARBAS PASSARINHO**, Presidente — **Passos Pôrto**, 1º-Vice-Presidente — **Gilvan Rocha**, 2º-Vice-Presidente — **Cunha Lima**, 1º-Secretário — **Jorge Kalume**, 2º-Secretário — **Itamar Franco**, 3º-Secretário — **Jutahy Magalhães**, 4º-Secretário.

(11) DCN — Sessão Conjunta — 28-10-81, pág. 2.513.

DO de 3-11-81, pág. 20.541.

Obras publicadas pela  
Subsecretaria de Edições Técnicas (\*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar) 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 69.  
Preço do exemplar: Cr\$ 120,00

	Cr\$
— n. 70 (abril/junho 1981) .....	240,00
— n. 71 (julho/setembro 1981) .....	240,00
— n. 72 (outubro/dezembro 1981) .....	240,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 70)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E  
DECRETOS-LEIS”

— 6º volume, contendo 488 páginas	Cr\$
Ato Institucional nº 11	
Atos Complementares nºs 57 a 62	
Decretos-Leis nºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00
— 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais nºs 12 a 17	
Atos Complementares nºs 63 a 77	
Decretos-Leis nºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00

(\*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
– 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis nºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00
– 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis nºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00
– 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	60,00
– 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	60,00
– 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares nºs 78 a 94	
Decretos-Leis nºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares nºs 95 a 97	
Decretos-Leis nºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	60,00

	Cr\$
– 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção)	
Atos Complementares nºs 98 e 99	
Decretos-Leis nºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65 .....	60,00
 <b>“O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS”</b>	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda .....	70,00
 <b>“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA”</b>	
(3ª edição – agosto de 1978) .....	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribu- nal Superior Eleitoral para as eleições de 1978 .....	25,00
 <b>“LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL” (2ª ed.) ....</b>	
	100,00
– Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – <i>anotada</i>	
– Histórico das Leis (tramitação legislativa)	
– Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura	

	Cr\$
“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (edição de novembro de 1979) .....	250,00
– Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente	
– Exposição de Motivos do Anteprojeto	
“SEGURANÇA NACIONAL” (edição de 1980) .....	250,00
– Lei nº 6.620, de 17-12-78	
– Índice temático	
– Ementário da Legislação	
– Comparações e anotações	
– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)	
“CÓDIGO PENAL” (2ª edição – 1981) .....	250,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
“DIREITO FINANCEIRO” (3ª ed. – 1981) .....	250,00
– Lei nº 4.320/64. Normas disciplinadoras da matéria. Plano de contas único da Administração Direta.	
“CÓDIGO DE MENORES” (ed. 1982) .....	450,00
Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa).	
“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (7ª edição – março de 1982) .....	200,00
Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/72 a 21/81.	
Minucioso índice temático.	

# Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional

Instituto Nacional do Livro

Senado Federal

Câmara dos Deputados

Supremo Tribunal Federal

Tribunal Federal de Recursos

Superior Tribunal Militar

Tribunal Superior Eleitoral

Tribunal Superior do Trabalho

Assembléias Legislativas

Tribunais de Justiça

Faculdades de Direito

## **ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas  
SENADO FEDERAL  
Brasília — DF — 70160

## **REEMBOLSO POSTAL**

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas  
SENADO FEDERAL  
Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.