1 - DOUTRINA E ESTUDOS

CRÉDITO RURAL – ASSISTÊNCIA TÉCNICA – PRODUTIVIDADE (*)

MARCOS AFONSO BORGES

Prof. Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Advogado.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crédito. 2.1. Conceito, 2.2. Espécies. 2.3. Natureza. 2.4. Garantias Creditícias. 2.5. Crédito Rural. 2.5.1. Conceito e Finalidade. 2.5.2. Natureza. 2.5.3. As Garantias do Crédito Rural. 2.5.3.1. As Garantias Cedulares. 2.5.3.2. Outras Garantias. 3. Assistência Técnica. 3.1. Conceito. 3.2. Órgãos Assistenciais. 4. Produtividade. 4.1. Conceito. 5. Proposições.

1. Introdução

Dada a exigüidade do tempo fixado pelo Regimento do Congresso, não teremos condições de apresentar, como gostaríamos, um trabalho mais desenvolvido do tema que nos foi dado para relatar.

Assim, na medida do possível, iremos abordar, ainda que de forma superficial, aqueles aspectos que, no nosso sentir, têm maior relevância, a fim de desincumbirmo-nos de tão honrosa tarefa.

(*) Trabalho apresentado no Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte em São Paulo, agosto de 1983.

2. CRÉDITO

2.1. Conceito

O vocábulo crédito deriva do latim **creditum de credere** (confiar, emprestar dinheiro) e possui uma ampla significação.

Em sua acepção econômica, quer dizer "a confiança que uma pessoa deposita em outra, a quem entrega coisa sua, para que, no futuro, receba dela coisa equivalente". Do ponto de vista jurídico, significa o direito "que tem a pessoa de exigir da outra o cumprimento da obrigação contraída" (1).

2.2. Espécies

O crédito pode ser comercial, civil e agrário, tendo em vista a pessoa do contratante e o objeto do ajuste.

Será comercial quando tiver por escopo estimular as operações mercantis, entre comerciantes, facilitando sua efetivação.

Considera-se civil, na hipótese de alicerçar-se em ajuste entre particulares.

E por último, será agrário ou rural, se tiver por objetivo incentivar a agricultura e a pecuária, mediante garantia dos próprios bens agrícolas, ou de seus frutos, quer seja o rurícola pessoa física ou jurídica.

2.3. Natureza

Segundo a natureza do bem sobre que incide, o crédito será: pessoal, aquele alicerçado somente na confiança existente entre credor e devedor; real, o escudado em uma garantia real, consistente em bem imóvel (imobiliário), móvel (mobiliário) ou em semovente; quirografário, o desprovido de qualquer direito de preferência sobre os demais; privilegiado, o que tem preferência sobre todos, ou determinados bens do devedor, em virtude de disposição legal; singular, quando somente uma pessoa se obriga; solidário, no caso de várias pessoas se comprometerem (solidariedade passiva) ou de ser mais de um o credor (solidariedade ativa); e, finalmente, líquido e certo, no caso de estar assentado em título judicial ou extrajudicial, a que a lei dá força executiva, em virtude da presunção da obrigatoriedade do compromisso nele inserto. (2)

2.4. Garantias Creditícias

Tomando por base a natureza do crédito, as denominadas garantias creditícias podem ser pessoais e reais.

Serão pessoais aquelas em que além do devedor mais uma pessoa se responsabiliza pelo cumprimento da obrigação, em caso de inadimplemento por parte do primeiro, ou solidariamente com ele. Essas garantias são a fiança e o aval. (3)

Denominam-se reais aquelas em que vinculam um bem ao cumprimento do avençado, e materializam-se na hipoteca, no penhor, na anticrese, na retrovenda, na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária. (4)

2.5. Crédito Rural

2.5.1. Conceito e Finalidade

Não há entre os estudiosos da matéria unanimidade de entendimento acerca do conceito e da finalidade de crédito rural.

Alguns sustentam que ele é uma forma de crédito com o objetivo de melhorar somente a agricultura; outros estendem esta finalidade também à criação de gado, isto é, ao desenvolvimento e aprimoramento de uma atividade agropecuária. (5)

O legislador pátrio, como se passará a demonstrar, optou pela segunda corrente.

De fato, os artigos 2o. e 3o. da Lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965, institucionalizadora do crédito rural, dispõem o seguinte: "Considera-se crédito rural o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou às suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor" (ar. 2o.). "São objetivos específicos do crédito rural: I — estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, inclusive para armazenamento, beneficiamento e industrialização dos produtos agropecuários, quando efetuado por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural; II — favorecer o custeio oportuno e adequado da produção e comercialização de produtos agropecuários; III — possibilitar o fortalecimento econômico dos produtores rurais, notadamente pequenos e médios; IV — incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando ao aumento da produtividade e à melhoria do

padrão de vida das populações rurais e a adequada defesa do solo'' (art. 3o.).

Do disposto acima, extraem-se dois pontos fundamentais:

''1o. — o seu caráter de suprimento de recursos financeiros, de onde se conclui que os beneficiários têm a seu cargo, na realização dos seus projetos, a aplicação de uma parcela de recursos próprios; e 2o. — os beneficiários do Crédito Rural só podem ser produtores rurais ou as suas Cooperativas.

Restringindo o legislador o acesso a essa linha de crédito apenas aos produtores rurais ou às suas cooperativas, ficariam de lado os que se dedicavam à pesquisa, à produção de sementes e mudas melhoradas e à prestação de serviços de mecanização.

Em função dessa anomalia, não tardou o Governo em baixar o Decreto-lei n. 784, de 25.8.69, em que pelo artigo 3o. ''os benefícios previstos para o crédito rural pela lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965, ficam extensivos às pessoas físicas ou jurídicas que, embora não conceituadas como produtor rural, se dedicam à pesquisa e à produção de sementes e mudas melhoradas ou à prestação em imóveis rurais, de serviços mecanizados de natureza agrícola, inclusive de proteção ao solo''. (6)

É de se ver, portanto, que no Brasil o crédito rural tem por escopo estimular o desenvolvimento e melhoramento das atividades agropecuárias, isto é, agrícolas e pecuárias.

2.5.2. Natureza

Como crédito que é, o rural tem a mesma natureza dos demais. (vide n. 2.3.)

2.5.3. Garantias do Crédito Rural

Sem embargo de os agricultores, desde tempos imemoriais, haverem sido sempre tratados, no que diz respeito ao crédito, com certa desconfiança, como presumidos insolventes, pois nessa operação só se admitia a sua efetivação mediante a outorga de garantia real (7), exigência essa nem sempre determinada quando os contraentes eram comerciantes e industriais, o certo é que, no sistema brasileiro, o crédito rural pode ter tanto a natureza pessoal como real.

Se tal assertiva é verídica, não menos exato é, outrossim, que na sua grande maioria as operações de crédito estão alicerçadas em garantia real, com uma preocupação, sempre marcante, de garantir

as instituições creditícias, ao invés de se vislumbrar, em primeiro plano, o interesse do pequeno e médio homem da terra, esse eterno sacrificado, não somente pelas intempéries, mas e sobretudo pela falta de maior assistência por parte dos órgãos governamentais.

Por suas peculiaridades, este tipo de crédito necessita (e tem) um tratamento diferenciado dos demais, principalmente no que diz respeito à linha de crédito, aos juros e aos prazos de pagamento.

Com relação à primeira peculiaridade, ele pode ser de custeio, de investimento e de comercialização, (art. 9o. da Lei n. 4.829, de 5.11.65). (8)

No que pertine aos prazos, estes variam de acordo com o tipo de crédito.

Os encargos são fixados pelo Conselho Monetário Nacional, via de Resolução, correndo, além de juros, correção monetária, esta, por conseguinte, variável durante a vigência do financiamento, tendo em vista fatores invocados pelo referido Conselho de forma unilateral.

Nos expressos termos do art. 25, da Lei n. 4.829, de 5.11.65, poderão constituir garantias dos empréstimos, ou financiamentos rurais, conforme a natureza da operação a se efetivar: I — penhor agrícola; II — penhor pecuário; III — penhor mercantil; IV — penhor industrial; V — bilhete de mercadoria; VI — ''warrants''; VII — caução; VIII — hipoteca; IX — fidejussória; X — outras que o Conselho Monetário venha a admitir. (9)

Por outro lado, o Dec. n. 58.380, de 10.5.66, que regulamentou a lei acima citada (4.829, de 5.11.65), às garantias acima indicadas acrescentou o conhecimento de depósito, sendo ainda admitido o aval, com a criação das Cédulas de Crédito Rural, dado o seu caráter cambial (Lei n. 3.253, de 27.8.57).

Do que ficou exposto, uma das inovações substanciais havidas diz respeito à faculdade concedida ao Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado em que os integrantes do governo e das instituições bancárias constituem a maioria (10), de criar outras formas de garantia, dando-lhe, portanto, o poder de legislar nesta matéria, constituindo tal fato um vício originário, pois esta competência é do Legislativo.

Poder-se-ia argumentar que dadas as características do crédito rural, torna-se necessário conceder ao mencionado órgão maior poder, no sentido de tornar mais flexível o referido sistema.

Além de ser por demais perigosa tal faculdade, e a experiência está a nos mostrar isso, o Conselho não tem composição paritária, com representantes dos produtores rurais ou de suas entidades, em número idêntico aos das instituições creditícias e do Governo, de modo

que as decisões, neste aspecto com força legislativa, normalmente atendem aos interesses dos detentores do dinheiro. (11)

2.5.3.1. As Garantias Cedulares

Segundo o prescrito na Lei n. 3.253, de 27.7.57, as garantias cedulares do crédito rural são as seguintes: a) Cédula Rural Pignoratícia; b) Cédula Rural Hipotecária; c) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária; e d) Nota Promissória Rural.

As mencionadas cártulas possuem, como não poderia deixar de ser, certas características que colidem com disposições do Código Civil, no entanto perfeitamente admissíveis, tendo em vista a natureza das referidas operações, que face à extensão continental de nosso País e a pouca instrução de nosso homem do campo necessitam de um abrandamento em seu aspecto formal e operacional.

À guisa de exemplificação, já que um exame detido acerca de todas as garantias cedulares extravasaria do âmbito deste trabalho, mencionamos as seguintes: a) dispensa da outorga uxória para a constituição da hipoteca cedular; b) atribuição de privilégios ao credor da Nota Promissória Rural sobre os bens indicados no art. 1.563 do C.C.

Por último, resta salientar que tanto o penhor como a hipoteca rurais podem incidir sobre todas as espécies de bens, sujeitos à penhora e hipoteca comum. (12)

2.5.3.2. Outras Garantias

Além das garantias atrás enumeradas, não se pode olvidar que "os financiamentos rurais também podem ser garantidos por alienação fiduciária, igualmente de caráter real, que constitui um dos mais recentes institutos jurídicos introduzidos no direito brasileiro, e que tem merecido larga aplicação em diferentes operações creditícias. (13)

Inobstante a lei institucionalizadora do Crédito Rural (Lei n. 4.829/65), o seu regulamento (Dec. n. 58.380/66) e o próprio Dec.-lei n. 167/67 (disciplinador do financiamento agrícola e dos títulos de crédito rural), não terem se referido a essa modalidade de garantia, contemplou-a o Manual de Crédito Rural (elaborado pelo Banco Central do Brasil, através de sua Gerência de Coordenação do Crédito Rural e Industrial), incluindo-a em seu Capítulo 4.2., onde estabeleceu as regras essenciais básicas para a sua efetivação.

Entre outras, vale destacar a regra segundo a qual só os bens móveis podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia, o que, aliás, é perfeitamente compreensível, pela natureza do instituto.

Outra regra de grande alcance é a que diz respeito à impossibilidade de ser constituída através de Cédula de Crédito Rural, senão apenas por instrumento público ou particular, o que explica a omissão de referência no texto do Dec. n. 167/67. (14)

3. ASSISTÊNCIA TÉCNICA

3.1. Conceito

Podemos conceituar a assistência técnica como sendo os meios postos pelo Poder Público à disposição dos produtores rurais, no sentido de orientá-los no desenvolvimento das atividades de pesquisa agropecuária, e extensão rural.

3.2. Órgãos Assistenciais

A preocupação de prestar, ao homem do campo, o auxílio necessário no sentido de desenvolver, a contento, os seus misteres, surgiu, em primeiro lugar, entre os próprios rurícolas, via de associações, a princípio de caráter estadual. (15)

Somente em 1974, salvo melhor juízo, com a Lei n. 6.126, de 6 de novembro, que autorizou a instituição da Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER), empresa pública vinculada ao Ministério da Agricultura, é que o Poder Público passou a assumir a direção da orientação da assistência técnica rural, e desde então, estimulando a criação de órgãos auxiliares de nível estadual, e concomitantemente com outras entidades de nível nacional, vem desempenhando, modestamente, a sua função.

A Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER) visa os seguintes objetivos: I — elaborar com os órgãos componentes do Ministério da Agricultura, na formulação e execução das políticas de assistência técnica e extensão rural do País; II — promover, estimular e coordenar programas de assistência técnica e extensão rural, visando à difusão de conhecimentos científicos de natureza técnica, econômica e social necessários ao desenvolvimento do setor rural; III — estimular e promover a descentralização operativa das atividades de assistência técnica e extensão rural.

O desenvolvimento destas atividades tem se verificado por intermédio de programas setoriais, tais como o Programa Nacional do Álcool (PROALCOOL), o Programa Nacional de Desenvolvimento da Pecuária (PROPEC) que incorporou, sob suas normas, o Programa Nacional de

Pastagens (PRONAP), o Programa de Desenvolvimento da Pecuária de Corte (PRODEPE), o Programa de Desenvolvimento da Pecuária de Corte no Norte e Nordeste (PRODENOR), o Programa de Estímulos Técnicos e Financiamentos ao Desenvolvimento da Pecuária Leiteira (PDPL) e o Programa Especial para Formação de Pastagens sob Técnicas Modernas.

Em âmbito estadual, como já ficou dito, várias empresas têm sido criadas, com o intuito de auxiliarem as federais na consecução do fim colimado, como, por exemplo, a Empresa de Assistência Técnica de Extensão Rural do Estado de Goiás (EMATER-GO), e a Empresa Goiana de Pesquisa Agropecuária (EMGOPA).

4. PRODUTIVIDADE

4.1. Conceito

"Assim se designa, em direito agrário e em economia agrária, o rendimento de uma atividade em função de tempo, área, capital, pessoal e outros fatores de produção. (16)

Pelo exposto, ousamos submeter ao Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte as seguintes:

5. PROPOSIÇÕES

1a.) — O Crédito Rural deve visar somente o pequeno e médio produtor rural;

2a.) — As garantias do Crédito Rural devem ser, primordialmente, de natureza pessoal;

3a.) — Nos ajustes creditícios, os juros e a correção monetária não poderão ser alterados até o término do contrato;

4a.) — O Conselho Monetário Nacional não deve ter poder legiferante para criar novas formas de garantias creditícias rurais;

5a.) — O Conselho Monetário Nacional deve ter composição paritária, dele fazendo parte, obrigatoriamente, representantes dos produtores rurais, ou de suas associações;

6a.) — A Assistência Técnica deve ser ampliada e dirigida ao pequeno e médio produtor rural, objetivando maior produtividade.

NOTAS

(1) De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol. I, p. 454, Forense, Rio, 1963.

Para **Carlos Gide**, "o crédito não é mais do que o alargamento da troca — a troca no tempo, em lugar de ser no espaço. Pode ser definido — troca de uma riqueza presente por uma riqueza futura" (Compêndio D'Economia Política, p. 393, Tradução de F. Contreiras Rodrigues, Editora Globo, Porto Alegre, 1957).

No mesmo sentido Louis Baudin, ao asseverar que o crédito consiste "na troca de bem presente por bem futuro, troca no tempo, adiantamento para reembolso posterior, transferência temporária do uso da riqueza, faculdade de usar do capital de outrem" (Apud José Náufel, **in** Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, vol. II, p. 133, José Konfino Editor, Rio, 1959).

Outro não é o entendimento de Fábio Luz Filho, "o crédito consiste em criar um laço entre o presente e o futuro (Dühring), a troca de um bem atual por bem futuro, o que Sombart corrige para: o crédito coloca o futuro no presente e lança o "entrepreneur", o empresário, o criador de valores, para o futuro, animando-o com a idéia de porvir, possibilitando empreendimentos de envergadura, e conduzindo à desconcretização, à desnaturalização, à despersonalidade da economia" (Crédito Agrícola e Problema Agrário, p. 12, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1958).

(2) Segundo Elcir Castello Branco, "pela natureza do bem que representa, temos créditos imobiliários, que estão vinculados a um bem imóvel, os mobiliários, que se relacionam com as coisas de fácil circulação, e os agropecuários, que objetivam os produtos da criação ou do cultivo do solo.

Sob o ângulo do ciclo econômico, distingue-se o crédito produtivo e consuntivo. O produtivo se destina à criação de novos bens, tem cunho industrial. O consuntivo visa o gasto imediato, necessitando o devedor de utilizar-se de outras fontes de receita para satisfazê-lo.

Sob o enfoque obrigacional, o crédito pode ser singular, coletivo, puro ou quirografário, privilegiado, solidário, divisível e líquido e certo.

Pelo número de vínculos semelhantes, temos o crédito coletivo, quando compõe o ativo de uma pessoa, ou singular, ao ser considerado isoladamente. O crédito puro ou quirografário, aquele sem qualquer garantia. O crédito privilegiado se relaciona com bens que asseguram a sua satisfação (garantia) ou decorrem da escala de pagamento no concurso de credores.

Solidário se diz quando sujeita duas ou mais pessoas à sua prestação. O divisível permite o seu fracionamento em várias prestações. Líquido e certo é o crédito determinado quanto ao seu objeto, substanciado em sentença, confissão de dívida ou título cambial" (Verbete Crédito II, **in** Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 21, p. 142, Editora Saraiva, São Paulo, 1a. ed.).

No nosso entender, salvo melhor juízo, os créditos agropecuários nada mais são do que espécies dos gêneros pessoal e real, uma vez que trazem como garantia a confiança ou bens imóveis ou móveis e semoventes.

(3) Segundo o artigo 1.481 do C.C., a fiança é o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra.

"O aval — instituição de direito cambial — tem por finalidade exclusiva garantir o pagamento da letra de câmbio ou da nota promissória" (João Eunápio Borges, Do Aval, Editora Imprensa Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1940).

É garantia dada por um terceiro ou mesmo por um dos signatários do título cambiário, e não se confunde com a fiança. "Esta é uma garantia acessória de uma obrigação principal, sendo-lhe característica fundamental essa acessoriedade; o aval, porém, como toda obrigação cambiária, é absolutamente autônoma de qualquer outra" (Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 2o. vol., p. 346, Editora Saraiva, 1980).

(4) "A hipoteca é o direito real de garantia, concedido a certos credores, de serem pagos pelo valor de certos bens do devedor, dados em garantia, e com preferência a outros credores, se seus créditos estiverem devidamente transcritos" (Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro, Interpretado, vol. X, p. 260, Editora Freitas Bastos, São Paulo, 10a. edição). Essa garantia real está regulada nos artigos 809 a 855 do Código Civil.

"Penhor é o contrato pelo qual o devedor ou terceiro entrega ao credor um objeto móvel, corpóreo ou incorpóreo, com o fim de lhe conferir o direito de sobre este objeto se pagar do que lhe for devido, de preferência a outros credores" (Carvalho Santos, obra e volume citados, p. 102). O C.C. disciplina a matéria nos artigos 768 a 804.

A anticrese é "o direito real constituído em contrato, por meio do qual o devedor, ou outrem por ele, entregando ao credor um imóvel, cede-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos" (Carvalho Santos, obra e volume citados, p. 229). Vide C.C., arts. 805 a 808.

A retrovenda é o pacto de compra e venda clausulado, com a condição de reaver o vendedor, se desejar, a coisa alienada, nas condições estabelecidas em lei. A matéria está regulada nos artigos 1.140 a 1.143 do C.C..

A compra e venda com reserva de domínio é o contrato segundo o qual o "alienante, embora tenha transferido ao adquirente a posse da coisa alienada, conserva o domínio sobre a mesma até ser pago da totalidade do preço" (Sílvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 3, p. 176, Ed. Saraiva, 1977). Vide, ainda sobre o assunto, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Da Compra e Venda, Editora Bernardo Álvares, Belo Horizonte, 1960.

A alienação fiduciária é "a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida" (Caio Mário da Silva Pereira, verbete Alienação Fiduciária em Garantia (doutrina), **in** Enciclopédia Saraiva do Direito. vol. 6, ps. 53 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição). Vide sobre o assunto José Carlos Moreira Alves, da Alienação Fiduciária em Garantia, Editora Saraiva, São Paulo, 1973. Esse direito real de garantia está regulado na Lei n. 4.728, de 14.7.65.

(5) "O verdadeiro crédito agrícola é a forma de crédito que se consagra ao melhoramento da agricultura, baseado na cultura e nos produtos da terra" (Fábio Luz Filho, obra citada, p. 19).

"Na realidade, é difícil dar um conceito de crédito agrário. a) Do ponto de vista teleológico ou finalista, tem sido definido como o meio de proporcionar recursos econômicos para o cultivo da terra. Esta definição é demasiada simplista, mas é a mais antiga, chegando-se ao extremo de alguns autores, num afã investigador e romancista, terem descoberto esta forma em um projeto da época de Augusto; e, com mais ou menos entusiasmo foi adotado por alguns espanhóis (Gamazo Diaz Rábago). b) Num sentido mais amplo, com um critério descritivo, se concebe o crédito agrário como um instrumento econômico que objetiva a prover a agricultura (cultivos em geral, pecuário, agricultura florestal, pesca e atividades afins) dos recursos financeiros necessários, quando o produtor carece de capital próprio suficiente (Rochac). O caráter subsidiário que

esta definição concede ao crédito agrário, quando o limita a uma necessidade da agricultura, sublinha um dos matizes mais acusados do mesmo. Mas não examina com exatidão. c) Outro setor doutrinário tem insistido no caráter subjetivo do crédito agrário e o define como aquele que se destina exclusivamente aos agricultores. d) Apoiada nos caracteres anteriores examinados, surgiu uma fórmula ampla, que compreende os conceitos anteriores e que define o crédito agrário como o instrumento destinado a proporcionar recursos financeiros aos agricultores, para o cultivo de suas terras, mediante a contra-prestação do pagamento de uma remuneração com base em uma garantia agrícola. Redonet fez um estudo das características fundamentais que, a seu ver, devia ter o crédito agrário e que vêm ser sublinhadas na definição anterior. O fim primário deste crédito é o de atender ao cultivo da terra, mas é preciso, nota Redonet, não se fixar tão-somente no destino que se dá ao dinheiro. Porque nem toda manifestação de crédito que atende ao cultivo deve e pode chamar-se agrícola. É preciso evitar o erro de confundir o crédito para agricultura com o crédito puramente agrícola. Para que o crédito possa ser classificado como tal, é preciso, em primeiro lugar, que seja destinado a agricultores e em segundo lugar que estes o obtenham mediante uma garantia puramente agrícola, i. e., uma garantia que todos eles, sejam ou não proprietários das terras que cultivam, possam oferecer" (Luis Tejana González, **apud** Rafael Augusto de Mendonça Lima, verbete Crédito Rural, **in** Enciclopédia Saraiva do Direito, vo.. 21, ps. 167 e ss., Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição).

"O crédito agrícola tem por fim fornecer os recursos financeiros, necessários ao cultivo e produção da terra e à criação de gado, enfim ao desenvolvimento e aos melhoramentos ou benfeitorias de uma exploração agro-pecuária" (Lauro Muniz Barreto, Financiamento Agrícola e Títulos de Crédito Rural, vol. 1, p. 11, Editora Max Limonad, São Paulo, 1968).

Sobre a origem do instituto, seu exame em face ao direito comparado, e sua evolução no Brasil, vide Camilo Nogueira da Gama, verbete Crédito Rural, **in** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 13, ps. 224 e ss., Editora Borsoi, Rio, 1a. edição; Rafael Augusto de Mendonça Lima, verbete e enciclopédia citadas; Benedito Ferreira Marques, Crédito Rural, **in** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, vol. I, ps. 142 e ss.; e Fábio Luz Filho, obra citada.

(6) Benedito Ferreira Marques, artigo e revista citados, ps. 148 e 149.

(7) Os agricultores "nunca mereceram, em toda a parte, e desde a antiguidade, muito crédito, aliás, foram sempre vistos com desconfiança, bastando o conceito de Demosthenes, com relação aos Phaselitas, lavradores, que foram considerados, como péssimos pagadores. Suas palavras, que datam de 24 séculos, foram candentes — "Os Phaselitas não fazem nada de novo, mas seguem os seus usos. No mercado são espertíssimos em tomarem dinheiro emprestado, mas conseguindo o empréstimo e, apesar de documentado, se esquecem logo da obrigação, das leis, e de pagar os seus débitos, e antes de pagarem, inventam sofismas, evasivas, defesas procrastinatórias. Para resumir: são os mais tristes e iníquos dos homens, e as suas disputas judiciais são inumeráveis, no confronto com as dos gregos e dos bárbaros, que compareceram aos nossos mercados".

Essas considerações, demosthênicas, sobre a capacidade dos phaselistas, segundo disse Garrani, parece haverem sido tomadas como modelo, para qualificar os agricultores, em todo o seu labor passado, e mesmo os agricultores atuais, em face da orientação que sempre se deu e que se dá, ao crédito agrícola, em todo o mundo, pois, o aparato de privilégios e de garantias reais é a negação da confiança, que constitui o elemento básico do crédito. Do latim **credere**, que significa a crença no devedor.

De fato, a legislação agrária sempre se caracterizou, nas suas operações creditícias, pela "exigência de garantias reais, outorgadas pelos lavradores, para conseguirem o crédito" (Lauro Muniz Barreto, obra e volume citados, ps. 7 e 8).

(8) O crédito rural, tendo em vista a finalidade do empreendimento pode ser: "I — de custeio — se destinado à cobertura das despesas normais de um ou mais períodos de produção, seja agrícola ou pecuário, compreendendo estas todos os encargos, desde o preparo da terra, até o beneficiamento primário da produção e seu armazenamento, bem como a extração de produtos espontâneos, de natureza vegetal, e seu preparo primário, e, ainda, aquisição de mudas, sementes, adubos, corretivos do solo e defensivos. Isso no caso de custeio agrícola. No custeio pecuário, essas despesas normais compreendem a aquisição de sal, arame, forragens, rações, concentrados minerais, sêmem, hormônios, produtos de uso veterinário, corretivos do solo, defensivos, adubos, sendo certo que o custeio pecuário pode

ser também para a piscicultura, apicultura, sericicultura, a limpeza e restauração de pastagens, fenação, silagem, formação de capineiras e de outras culturas forrageiras.

E, no campo do beneficiamento, essas despesas normais custeáveis vão desde a mão-de-obra, à manutenção e conservação do equipamento, à aquisição de materiais secundários, sacaria, embalagem, armazenamento, seguro, preservação, impostos, fretes e carretos;

II — de investimento — destinado à formação de capital fixo e semi-fixo, compreendendo o primeiro a inversão para a fundação de culturas permanentes, inclusive pastagens, florestamento e reflorestamento, construção, reforma ou ampliação de benfeitorias e instalações permanentes, eletrificação rural, obras de irrigação e drenagem; enquanto o segundo — capital semi-fixo — corresponde a inversão na aquisição de animais de grande, médio e pequeno porte, destinado à criação, recriação, engorda ou serviço; máquinas e respectivos implementos, veículos, equipamentos e instalações de desgastes;

III — de comercialização — que se destina a facilitar aos produtores rurais a colocação de seus produtos colhidos, compreendendo até mesmo o armazenamento, seguro, manipulação, preservação, acondicionamento, impostos, fretes e carretos. Se o financiamento, nesse caso, não é obtido isoladamente, ou seja, apenas para os fins acima, o crédito é considerado como extensão de custeio. O crédito de comercialização é também utilizado na negociação de títulos decorrentes da venda de produção ou mediante operações para garantia de preços mínimos fixados pelo Governo Federal, nas épocas próprias.

Comporta observar, aqui, que os créditos para custeio ou investimento, desde que concedidos a pequenos e médios produtores, podem abranger até mesmo a manutenção do beneficiário e sua família, bem como a aquisição de animais destinados à produção necessária à sua subsistência, e, ainda, medicamentos, agasalhos, roupas, utilidades domésticas, instalações sanitárias, construção e reforma de benfeitorias e outras'' (Benedito Ferreira Marques, art. e rev. citados, ps. 150 e 151).

(9) Penhor Agrícola — vide nota 4. Penhor Pecuário — vide nota 4. Penhor Mercantil — vide nota 4.

Bilhete de Mercadoria é o papel escrito em que alguém se obriga a pagar a outrem, ou à sua ordem, em lugar e prazo determinado, em moeda ou em mercadoria. Tem as mesmas regalias da Letra de Câmbio.

"Warrant'' é o título de crédito nominativo, causal e à ordem, emitido pelos armazéns gerais, companhias de docas e de estradas de ferro, e que confere ao seu portador o direito real de penhor sobre as mercadorias depositadas e nele especificadas, até a quantia enunciada no primeiro endosso'' (Décio Cretton, verbete Warrant, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 78, ps. 120 e ss., Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição).

Caução ''é a cautela que se tem ou se toma, em virtude da qual certa pessoa oferece a outrem a garantia ou segurança para o cumprimento de alguma obrigação. Indica as várias espécies de garantia que possam ser dadas pelo devedor ou exigidas pelo credor, para o fiel cumprimento da obrigação assumida'' (De Plácido e Silva, obra citada, vol. I, p. 318).

Hipoteca — vide nota 4.

Garantia Fidejussória é a garantia pessoal, distinta da real. Na terminologia jurídica é expressada pelo vocábulo fiança.

(10) Nos termos do art. 3o. da Lei n. 6.045, de 15.05.74, compõem o Conselho Monetário Nacional: 1) o ministro de Estado da Fazenda, como presidente; 2) o ministro de Estado, chefe da Secretaria do Planejamento da Presidência da República, que será o vice-presidente e substituirá o presidente em seus impedimentos ocasionais; 3) o ministro de Estado da Indústria e Comércio, que substituirá o vice-presidente em seus impedimentos ocasionais; 4) o presidente do Banco Central do Brasil; 5) o presidente do Banco do Brasil S.A.; 6) o presidente do Banco de Desenvolvimento Econômico (BNDR); 7) o presidente do Banco Nacional da Habitação (BNH); 8) três membros nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de cinco anos.

(11) Sobre o assunto deste tópico vide Benedito Ferreira Marques, As Garantias do Crédito Rural e suas Indagações Jurídicas, ps. 21 e ss., Editora Instituto Cartográfico Nacional Ltda., São Paulo, 1a. edição.

(12) Sobre o assunto vide ainda Benedito Ferreira Marques, As Garantias do Crédito Rural e suas Indagações Jurídicas, ps. 27 e ss..

(13) Vide nota 4.

(14) Benedito Ferreira Marques, obra acima citada, ps. 43 e 44.

(15) Segundo Fernando Pereira Sodero, a primeira Associação de Crédito e Assistência Rural foi a do Estado de Minas Gerais, surgida em 1948. Oito anos depois foi criada a Associação Bra-

sileira de Crédito e Assistência Rural (ABCAR), entidade civil, sem fins lucrativos.

"Atualmente, todos os Estados da Federação, com exceção de São Paulo e dos Territórios do Amapá e de Fernando de Noronha, possuem associações estaduais, sendo certo que a ABCAR atua por meio de uma rede de escritórios municipais" (Verbete ABCAR, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 1, ps. 293 e ss., Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição).

(16) Fernando Pereira Sodero, verbete Produtividade, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 62, p. 7, Editora Saraiva, São Paulo 1a. edição.

No entender de Filipe Meira Aguiar, a produtividade "é a maior quantidade de bens rurais produzida em uma unidade de área predeterminada. É também a relação entre a quantidade de produto obtido no processo de produção e a quantidade do setor necessário para sua obtenção" (Apud Fernando Pereira Sodero, verbete e Enciclopédia acima citados).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL — INTERESSE DE AGIR

Everardo de Souza

SUMÁRIO

I — Conceito. II — Caracterização. III — Interesse processual e interesse substancial. IV — Natureza do interesse de agir. V — Interesse de agir do réu. VI — Inexistência da qualificação do interesse de agir. VII — Necessidade e utilidade. VIII — Exemplificações. IX — Interesse de agir em ação declaratória. X — Interesse de agir em ação popular. XI — Conclusões.

I — No direito contemporâneo, bem no sabemos, o processo constitui o meio normal de dirimir os conflitos intersubjetivos de interesses.

Com a proibição da auto-tutela, o Estado assumiu o encargo de administrar justiça e de garantir a paz social.

Ordinariamente, os membros da comunidade compreendem e observam o ordenamento jurídico.

Quando isso não acontece, o exercício do direito de ação provoca a atuação do Poder Judiciário, a cujos órgãos cabe fazer efetiva a vontade concreta da lei, regulando e compondo a lide, para restaurar a ordem na sociedade e dar razão a quem a tem.

Desde, pois, que haja um choque de interesses, uma lide, uma pretensão resistida ou insatisfeita, viável se torna a invocação aos órgãos judiciais.

Como meio necessário de tutela jurídica, surge, então, o interesse de agir, uma das chamadas condições da ação, e cujo objetivo, segundo ao ensinar de GIUSEPPE CHIOVENDA, consiste em que, "sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto" (Instituições de Direito Processual Civil", tradução brasileira, vol. I, p. 263).

Ad instar de CHIOVENDA, também outros vultos da doutrina consideram a **necessidade** do uso do meio judicial como pressuposto básico do interesse de agir em juízo (PIERO CALAMANDREI (**Instituciones de Derecho Procesal Civil,** tradução argentina, p. 192); JAMES GOLDSCHMIDT (**Derecho Procesal Civil,** tradução espanhola, p. 97); EMÍLIO BETTI (**Diritto Processuale Civile Italiano,** 2a. ed., p. 80); MOACYR AMARAL SANTOS (**Primeiras Linhas de Direito Processual Civil,** vol. I, 3a. tiragem, p. 200); JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO (**Curso de Direito Processual Civil,** vol. I, 5a. ed., p. 168); MARCOS AFONSO BORGES (**Carência de Ação, in O Popular, seção Direito e Justiça,** de 14.01.79, p. 7).

II — Assim, o que caracteriza e define o interesse de agir é o estado de necessidade em que se encontra o indivíduo de obter a proteção judicial, para prevenir algum prejuízo que poderá sofrer, se não reagir contra a violência ou ameaça de seu direito.

Esse estado de necessidade, obviamente, pressupõe a existência de algo a defender e que seja objeto de uma pretensão apta a merecer amparo da Justiça.

Nem mesmo se concebe como possa alguém reclamar a prestação jurisdiconal do Estado sem que invoque motivo que justifique o pedido de tutela estatal.

Pouco importa se verifique, à derradeira, que o interesse do autor não tem guarida em lei, ou que lhe falte **pretensão à tutela jurídica,** no elegante expressar de PONTES DE MIRANDA.

III — A presença do interesse processual nem sempre envolve a do interesse substancial que se quer fazer valer. Pode existir um interesse de agir, sem direito material que o guarneça.

Não se deve, pois, confundir o interesse da instauração do processo com o interesse que serve de conteúdo do direito que se procura tutelar em juízo.

Cai a lanço o ensinamento de MOACYR AMARAL SANTOS: "O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial)". In obr. e vol. cits. p. 201).

IV — O interesse de agir é requisito, condição necessária para o exercício do direito de demandar.

Tal interesse é, especificamente, de índole processual, o qual somente vem à tona, se o bem a que o autor aspira não pode ser alcançado de outra maneira.

O autor tem interesse de agir, quando se convence de que, não

recorrendo aos órgãos da jurisdição, sofrerá à certa, algum dano de ordem patrimonial.

Donde o concluir-se somente se justificar a ação judicial no caso de o autor não conseguir, por outro meio, a plena atuação de seu direito.

Em verdade, faz-se mister uma necessidade real, efetiva, para autorizar o interesse processual de agir.

Vez a vez, não há necessidade de o autor provocar a atuação jurisdicional do Estado, porque o responsável pela lesão de seu direito se prontifica a reparar o dano. Se isso acontecer, é evidente, não haverá interesse em se exercitar o direito à ação. "Desde que o violar queira atender aos reclamos do direito do autor, na forma e no modo prescritos por lei, não há interesse deste em ingressar em juízo. O Poder Judiciário só intervém quando necessária a sua atuação, não sendo lícito ao credor agravar a posição do devedor por simples capricho" (CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Comentários ao Código de Processo Civil,** tomo I, p. 156).

O interesse de agir em juízo não se pode restringir apenas ao autor, sendo necessariamente exigido para ambas as partes. Isso, aliás, vem declarado, às expressas, no art. 3o. do Código de Processo Civil.

ELIEZER ROSA considera "excrescência vitanda a exigência legal do interesse para contestar a ação, já que tal interesse é de supor-se no réu, pelo só fato de ser chamado a juízo" (**Revista Forense,** vol. CXXIX, fasc. 564, p. 369).

PEDRO BATISTA MARTINS manifesta, por sua vez, igual sentir, pois afirma que "nunca se pôs em dúvida que esse interesse decorra naturalmente da própria ação proposta" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, p. 26).

De tal arte, no tangente ao réu, têm razão os juristas em sustentar que é de se presumir o seu interesse de agir pela só circunstância de estar ele sendo convocado ao pretório para responder pela ação do autor.

Em verdade, não se pode duvidar das estreitas relações existentes entre o direito de ação e o direito de defesa, dado se acharem as partes em situação de equilíbrio e de igualdade em face do litígio, por imperativo da ordem dialética do processo, em decorrência da qual se busca a verdade pela aplicação do princípio da tese, da antítese e da síntese.

Existindo o nítido paralelismo entre a liberdade do autor de atacar e a liberdade do réu de defender-se, irrecusável que se não pode negar ao réu a existência de um direito ao processo, qual o de reclamar

do juiz que extinga o pedido do autor e, por via de conseqüência, que o absolva da demanda.

O preceito **audiatur altera pars,** pelo seu caráter de alternatividade ou bilateralidade, é um princípio inerente à própria justiça.

O princípio de que "ninguém pode ser condenado sem ser ouvido" não é somente uma expressão da sabedoria universal". É uma regra necessária do direito processual civil" (EDUARDO J. COUTURE, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil,** p. 42).

Em suma, o interesse de agir do réu consiste na necessidade de opor-se à pretensão do autor deduzida em juízo, porque, se não o fizer, correrá ele o risco de ser condenado e de sofrer as consequências de sua inatividade processual.

VI — O Código de Processo Civil de 1973, repondo as coisas nos seus devidos lugares, não qualificou o interesse de agir. Com precisão terminológica, substituiu a fórmula contida no art. 2o. do Código revogado pela seguinte: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade" (art. 3o.).

Quer dizer, não se fala, aí, está-se a ver, em interesse legítimo, nem em interesse econômico ou moral.

Detendo-se no exame do tema, observa ARRUDA ALVIM que, no texto legal, se não cuida de simples interesse, de si só suficiente para autorizar, legitimamente, o recurso à via jurisdicional.

E, na linha desse raciocínio, criticando a redação do art. 3o. do Código atual, enfatiza o laureado processualista que "todo o interesse processual das partes há de ser sempre **jurídico,** embora não jurídico-material" (**Revista de Processo,** n. 1, Ano 1, janeiro-março 1976, p. 86).

Ousamos divergir do mestre, para nos posicionarmos ao lado daqueles que não condicionam esse tipo de interesse para o exercício da ação em juízo.

Por demais dito e redito que não há por onde se confundir o interesse de agir com o interesse de direito substancial.

Como frisa CALAMANDREI (obr. cit. p. 192), o interesse processual desponta precisamente quando o bem pretendido pelo autor e tutelado pelo direito não pode ser conseguido, em concreto, senão quando se faz necessário pôr em prática a garantia jurisdicional.

Isso importa dizer que o interesse processual não nasce ao mesmo tempo que o interesse de direito material. Aquele interesse somente surge depois, isto é, no momento em que o direito subjetivo começa a encontrar-se em estado de insatisfação e a exigir a providência jurisdicional para sua efetiva tutela.

Há, pois, duas ordens de interesses, que a doutrina distingue, para o exercício da ação judicial.

"1a.) Interesse jurídico, no sentido de que a lei ampara em tese a pretensão do autor. Neste sentido, ele se confunde com a possibilidade jurídica e a legitimação para a causa. A decisão a respeito versará o mérito.

2a.) Interesse puro e simples, considerado apenas como ato do impulso volitivo. Este interesse é que importa como condição autônoma da ação, integradora do título do direito de agir. Nasce ele da necessidade de um bem" (GALENO LACERDA, **Despacho Saneador,** p. 89).

"Noção eminentemente processual, não se confunde o interesse para agir com o interesse jurídico, que é um dos elementos de relação de direito material que versa a demanda". É a lição que nos supedita LUIZ MACHADO GUIMARÃES, que LIEBMAN considerava o maior processualista do Brasil ("A Ação Popular e coisa julgada", **in Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros,** vol. XIV, p. 228).

Segue-se, daí, sem resquício de dúvida, que interesse de agir é condição da ação, insuscetível de se misturar ou de se confundir com o interesse subjetivo material, cuja proteção o autor, premido pelo estado de necessidade, porfia em juízo.

Se o que se quer garantir, com a necessidade da intervenção judicial, é um bem jurídico, um interesse primário, curial que o interesse de agir, tendente a alcançar esse objetivo, não pode deixar de ser um interesse de natureza simplesmente processual, um interesse **secundário, instrumental, subsidiário,** segundo os termos técnicos ou terminológicos em voga.

Basta pôr em ressalte que, se o interesse não se reveste de necessidade, não há, para o autor, uma situação de fato que prejudique o seu direito e justifique a propositura da ação. Fácil, facílimo, pois, distinguir uma cousa de outra.

E com bem de razão, interesse jurídico é interesse de direito substancial. É interesse que concerne ao mérito, que se relaciona com a **res in judicium deducta.**

No sistema do diploma processual civil, não se concebe a adjetivação ou qualificação do interesse de agir em juízo.

Di-lo, com autoridade, dada a sua condição de autor do Projeto do Código, ALFREDO BUZAID, mestre renomado da processualística, ao discorrer assim sobre o assunto: "O interesse processual é em tudo diverso do interesse que constitui a essência do direito subjetivo. O interesse que constitui a essência do direito subjetivo pode ser

econômico ou moral, porque essas qualificações lhe dão também a natureza ou essência. O interesse processual diversamente não tem qualificativos, não tem cheiro, nem cor, mas consiste no estado de necessidade em que alguém se encontra de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obter administração de justiça" (Palestra na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Código de Processo Civil, Histórico da Lei n. 5.869/73, vol. I, tomo I, p. 409).

No confluente ao adjetivo "legítimo", já havia também expressiva e fundada crítica de PONTES DE MIRANDA ao texto do art. 2o. do Código de 1939 (**Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I, 2a. ed., p. 101,1.958).

Em verdade, se se exigisse apenas interesse dessa ordem, isto é, "legítimo, econômico ou moral", o autor já ingressaria em juízo praticamente como vencedor na causa. Esta já estaria por assim dizer prejulgada, deixando antecipadamente decidido que o autor tem razão.

Ora, a ação é um direito público subjetivo de sentido abstrato e de natureza dialética.

Armado o contraditório, enquanto o juiz não examina e decide o pleito, em face das provas, não se pode saber quem tem razão. Com a sentença, pondo fim à atividade jurisdicional, é que o direito se define e se afirma.

VII — Para LIEBMAN, existe interesse processual de agir, "quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa" (**Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**, p. 140/141, 1947).

Qual se vê, nitidamente, o consagrado processualista italiano também entende que o interesse de agir se justifica pela **necessidade** de pedir a intervenção dos órgãos jurisdicionais, mas liga a existência de tal interesse à **utilidade** para lograr a satisfação do seu direito.

Ora, inegável que o útil está implicitamente compreendido no necessário.

Se o autor ingressa em juízo para não sofrer alguma lesão em seu direito, intuitivo que lhe será útil, vantajosa a propositura da ação.

Se o interesse abrange a necessidade, que existe para o autor, de alcançar a tutela jurídica, óbvio que deve esse interesse redundar-se em proveito ou utilidade para o titular do direito subjetivo, que recorre ao Poder Judiciário.

Assim se deve entender, porque a idéia de necessidade implica, evidentemente, a de utilidade. O interesse de conseguir um bem da vida, garantido pela lei, tende à satisfação de uma necessidade.

Quem intenta uma ação em juízo, sem condições de obter alguma vantagem ou utilidade, é porque, certamente, não necessita da proteção judicial. É porque dispõe de outro meio pronto e eficaz para ser atendido em sua pretensão.

Daí por que, no sistema do Código de 1973, para a aceitação processual do pedido, não se deve indagar da existência da utilidade ou vantagem da ação para a parte que a promove. Porque, a rigor, isso importaria em apreciar o próprio interesse material que constitui objeto da lida. O critério da necessidade objetiva da tutela jurídica é que deve ser levado em conta, sem nenhuma preocupação com o resultado da contenda judicial.

Sempre, pois, que houver necessidade do uso da via judicial, caracterizado está o interesse processual de agir.

Perquirir se a providência que se pretende alcançar, através da via judiciária, proporciona ou não algum interesse ou vantagem para o sujeito da pretensão é, indubitativamente, matéria que pertine ao efeito da atuação do direito objetivo.

VIII — Normalmente, a satisfação do direito de crédito se realiza mediante o voluntário cumprimento da obrigação. Daí por que, antes do vencimento da dívida, não pode o credor dirigir-se ao juiz para obter a condenação do devedor. É que o credor não se acha em situação de quem sofrerá prejuízo, se não recorrer à intervenção judiciária. A demanda seria rechaçada, não por inexistência do direito material, mas por falta de interesse processual de agir.

Outro exemplo, colhido em PONTES DE MIRANDA, é do credor que cobra judicialmente a dívida que o réu se prontifica a pagar. Falta-lhe interesse de agir, porque não se encontra em situação de efetiva necessidade de pedir a proteção judicial. Certo que, se não se encontra nessa situação, isto é, na iminência de sofrer um dano injusto, se tal proteção não se der, nenhuma vantagem poderá colher com a propositura da ação.

Inquilino que propõe ação para anular compromisso de compra e venda do prédio que ocupa, sob o pretexto de tratar-se de ato simulado, objetivando a desocupação do imóvel; ação declaratória de nulidade, sem que essa nulidade, uma vez pronunciada, venha a beneficiar o autor; ação de despejo, se o imóvel já foi desocupado; mero capricho na propositura da ação, mandado de segurança contra ato administrativo, de que caiba recurso, com efeito suspensivo, independentemente de caução, também são, entre outros, indicados pela doutrina e pela jurisprudência, casos típicos de julgamento de carência de ação, pela inexistência do direito processual de agir. Realmente, em nenhum

desses casos se vislumbra necessidade de interferência dos órgãos jurisdicionais.

IX — A necessidade de ingressar em juízo pode dar-se, ainda, quando ocorre uma situação de fato que produz incerteza sobre o direito, suscetível de causar dano ao autor, e que reclama declaração judicial.

Reconhece-se que o Estado cumpre o seu dever de garantir os direitos subjetivos, afirmando, ou definindo tais direitos, antes de violados, por meio da declaração judicial, de forma que mantenham em estabilidade e segurança as relações jurídicas.

Se, com efeito, a finalidade específica da ação declaratória é evitar a lesão do direito e prevenir litígios, é de concluir-se que há interesse de agir em tal ação, embora restrito, como diz a lei, à declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica, ou à "declaração da autenticidade ou falsidade de documento" (art. 4o. do C.P.C.).

Sou titular de um crédito, que tenciono ceder a outrem, mas a existência desse crédito é contestado, o que me impede de efetivar o negócio. Caso característico de ação declaratória, em que o interesse de agir se manifesta subordinado ao recurso dos seguintes requisitos: a **incerteza** jurídica; um dano resultante, para o autor, de tal incerteza; e a **sentença**, como o meio idôneo para evitar esse dano (ALFREDO BUZAID, **Ação Declaratória** p. 156/157, e TORQUATO CASTRO, Ação Declaratória, p. 91/92).

Mesmo em tais ações, requer-se a atualidade do interesse, competindo, portanto, ao autor provar, desde logo, que a incerteza em que se encontra, ante determinada relação jurídica, justifica a real necessidade de sua presença em juízo.

X — A ação popular emerge do exercício do direito que a Constituição Federal outorga no art. 153, § 31, nestes termos:

> "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".

Visto está, por aí, que, na ação popular, o interesse do autor não é direito pessoal, próprio do agente, ou da pessoa que legalmente represente em juízo. E não é, tampouco, interesse atual, pertencente à parte, no momento de ser exercitada a ação.

É que, em tal ação, o que está em jogo é o patrimônio público, que o autor se propõe a proteger, postulando a invalidação do ato lesivo para o interesse em geral e não condizente com o decoro e os superiores interesses da moralidade administrativa, que deve ser rigorosamente preservada, em bem dos intangíveis direitos da comunidade. Ponham tento em que "o beneficiário direto e imediato da demanda

popular não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto" (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, **Mandado de Segurança e Ação Popular,** 2a. ed., p. 53).

De tal jeito, o cidadão a que se refere o legislador constitucional não defende um direito subjetivo de cunho pessoal, violado ou ameaçado. Como cidadão, o autor popular ampara direito da coletividade, ou seja, direito patrimonial de entidades públicas, quando há ato lesivo a ser atacado e desfeito para restabelecimento da legalidade e repressão da improbidade administrativa.

Toda vez, pois, que se der a ocorrência de vício de lesividade a bens e interesses de entidades públicas, haverá, necessariamente, para o cidadão, o interesse processual de agir, em ação popular.

XI — O interesse de agir não é interesse jurídico ou interesse qualificado. É interesse meramente processual. É um dos requisitos para o exercício da ação em juízo e que figura, conforme se expressa ALFREDO BUZAID, entre **"as condições de admissibilidade do julgamento da lide"**, quer dizer, condições de uma sentença de mérito.

Do interesse de agir cuida o Código de Processo Civil, nos arts. 3o., 267, VI e 295, III.

A ausência do interesse de agir conduz à carência de ação, acarretando a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

DOMÍNIO PÚBLICO NO BRASIL — ASPECTOS PATRIMONIAIS — DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO — LICENÇA E LICENÇA COMPULSÓRIA

ANTÔNIO CHAVES
Catedrático de Direito Civil e
Prof. de Direito Comparado da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Sumário: 1. Domínio público. Conceito. Fundamento. Inconvenientes. 2. Causas. Natureza Jurídica. 3. Domínio público das obras publicadas pelo Estado e domínio público extraordinário. 4. O domínio público remunerado. 5. Objeções. Refutação. 6. O domínio público remunerado no âmbito internacional. 7. Revogação, não obstante, do domínio público remunerado. 8. A "autorização" pelo CNDA deve ser substituída pelo simples registro. 9. Natureza jurídica das quantias arrecadadas. 10. Sistemas derivados do domínio público remunerado: licença legal e licença obrigatória.

1. **Domínio público. Conceito. Fundamento. Inconvenientes.**

Garante o art. 42 da Lei n. 5.988, de 14.12.73, como norma geral que sofre exceções, os direitos patrimoniais do autor, durante toda a sua vida, reservando, também vitaliciamente, quando transmitidos **mortis** causa, aos filhos, pais ou cônjuge. Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que o mesmo lhes transmita pelo período de 60 anos, a contar de primeiro de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento.

Em caso de obras em colaboração indivisível, tais prazos de proteção para os sucessores contar-se-ão da morte do último dos colaboradores sobreviventes.

O que sucede vencidos esses prazos de proteção?

A obra cai em domínio público, isto é, qualquer pessoa poderá lançar mão dela para tirar proveito, sem pagar, em princípio, quaisquer direitos.

Pode-se definir o domínio público, em seu conceito clássico, co-

mo a possibilidade do aproveitamento econômico de uma obra, literária ou artística, por qualquer do povo, uma vez vencido o período de proteção concedido pela lei, ao seu autor, sucessores ou cessionários.

Isto, evidentemente, apenas com relação aos autores conhecidos: as obras dos demais pertencem, em geral, ao folclore, e obedecem a critérios diferentes de proteção.

Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

— as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

— as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral (folclore);

— as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confiram aos autores de obra aqui publicada o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição (art. 48).

Bem se percebe a alta finalidade objetivada pelo legislador: possibilitar o mais amplamente possível a reprodução ou execução dessas mesmas obras, a preço inferior, a fim de facilitar a sua divulgação e, pois, disseminar a arte e a cultura.

Basta, no entanto, comparar os preços de um livro ou de um disco que pagam direitos autorais, com outros que não pagam, para verificar que raramente, muito raramente, encontra-se qualquer diferença de preço, o que demonstra que o chamado "domínio público" redunda em benefício daqueles poucos editores e empresários que se encarregam de fazer novas edições ou representações, depois de vencidos os termos de proteção.

O mesmo fenômeno, e com maior gravidade, foi detectado por HERMANO DUVAL com relação às obras musicais: dos bilhões mensalmente arrecadados uma porcentagem é certamente de obras do domínio público.

> "Seria justo admitir" — comentava TULLIO ASCARELLI, criticando um projeto de lei então em andamento — uma sucessão de uma sociedade de classe dos autores viventes nos direitos autorais dos autores falecidos, em prejuízo do interesse do enriquecimento do patrimônio cultural geral, possibilitado pelo barateamento e multiplicidade das edições de uma obra caída em domínio público?
>
> Com que justificativa podiam eles se apossar dos direitos autorais de um escritor (aliás, na maioria dos casos, estrangeiro) falecido, só pelo fato de não ter este deixado herdeiros?
>
> Com que direito os escritores podem provocar o encarecimento na venda ao público (inevitável conseqüência da permanência do direito do autor) de uma obra a que são alheios?
>
> Como podem os escritores inscritos na ABDE perceber uma remuneração à vista da publicação no Brasil das obras de GEORGES DUHAMEL, FAUKNER, HEMINGWAY, EINSTEIN, CROCE, SARTRE ou THOMAS MANN, só porque estes autores possam, morrendo, não deixar herdeiros?"

Também PEDRO VERGARA teve oportunidade de ressaltar que todas essas questões se revestem de enorme importância jurídica, porque alteram, de modo fundamental, o direito vigente:

> "Desde logo, se nos depara a tese de saber se uma cousa que pertence ao domínio público, isto é, à coletividade, pode ser tomada ou ocupada por um particular, com prejuízo de outro. O domínio público, tal como resulta das próprias palavras, é a situação de um bem que pertence a todos, porque perdeu, decorrido um termo dado, a dependência do interesse privado, a que se prendia, por força de uma relação jurídica qualquer. Sob esse aspecto, o domínio público de obras do engenho humano é igual a qualquer outro domínio público, dentro da conceituação deste instituto, se assim podemos chamá-lo, cabem todas as cousas que saíram do domínio e da posse dos particulares.
>
> Mas, é também certo que a defesa e a conservação de tais cousas cabe ao Estado. Só ele pode guardá-las e não lhe cabe deferí-lo a ninguém, de modo exclusivo, sem estabelecer um privilégio odioso, isto é, sem usurpar o direito ao gozo da mesma cousa comum, que a ninguém pode ser recusado".

GUILHERME FIGUEIREDO tem ressaltado a questão em cores vivas, indagando se o domínio público produzirá mesmo a "divulgação da cultura", o "barateamento do livro" pela livre exploração, se dá ele direito a que qualquer cidadão explore a obra. E responde:

> "Não, evidentemente: nem a obra baixa de preço por ter caído em domínio público, nem a sua exploração pode ser feita por quem não disponha de meios de produção para tanto. BEAUMARCHAIS, em 1791, dirigiu-se ao Comitê de Instrução Pública: "Je voulus profiter du succès d'un de mes ouvrages qu'on désirait jouer en province pour travailler à la reforme du plus grand de tous les abus, celui de représenter les ouvrages sans rien payer à leurs auteurs".
>
> E DELAYRAE, autor de Nina, queixava-se ironicamente: "Je n'entends pas ce que ces Messieurs veulent dire par propriété publique, et comment en faisant imprimer ou graver ma pièce pour en vendre les exemplaires, j'ai pu me dessaisir de mon

droit utile, la représentation... Eh Messieurs, vous hériterez cinq ans après ma mort, ne vous plaignez pas, car en vérité c'est bien assez: bous hériterez au préjudice de mes enfants''. Realmente o domínio público é a herança do editor. Em alguns casos, talvez permita um ligeiro barateamento da obra, mas quase sempre o seu preço cresce novamente, e se torna cor-correspondente ao das obras ainda sob o domínio da exclusividade.

No Brasil, como em toda parte, é rara a obra em domínio público que custe menos do que as que estão ainda sob o regime da exclusividade. Basta um relance nos catálogos de livrarias para se verificar esta afirmação''.

2. Causas. Natureza jurídica

Enumera CARLOS MOUCHET as diferentes causas da entrada das obras literárias e artísticas no domínio público:

a) Transcurso do termo legal de proteção: é a causa mais generalizada e importante, variando muito os prazos de país a país, com tendência, porém, a fixar-se em 50 anos após a morte do autor.

b) Descumprimento de formalidades. Sujeito a críticas, o sistema de formalidades como requisito indispensável para a concessão da proteção vem sofrendo sucessivas eliminações. Não é exigida pelas Convenções Universal e de Berna para a proteção das obras estrangeiras a formalidade do registro. Apenas a primeira não prescinde da inclusão do sinal.

c) Outras causas apontadas são a inação dos herdeiros ou cessionários, como prevê o art. 40 da lei espanhola de 1879, para as obras que não sejam novamente publicadas por seu titular no período de vinte anos.

A lei argentina, em virtude da inação dos herdeiros ou cessionários por dez anos, não determina que a obra passe para o domínio público, mas estabelece uma espécie de regime de licença legal, uma vez que deverá ser paga àqueles uma retribuição (art. 10).

Ainda, a ausência de herdeiros. É a primeira das três hipóteses enumeradas na Lei n. 5.988:

''Art. 48 — Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I — as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II — as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;

III — as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confiram aos autores de

obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição''.

Finalmente, a renúncia do autor em favor da coletividade que, porém, deve ser expressa e não causar prejuízo aos credores nem aos herdeiros necessários. A lei peruana prevê a hipótese no art. 62, c.

Quanto à sua natureza jurídica, aponta o mesmo tratadista as várias concepções existentes, desde as que consideram o domínio público como a situação normal do uso das obras intelectuais comunicadas e colocadas à disposição da comunidade, depois de vencido o período de exclusividade fixado por lei, até a que o considera como uma limitação temporal do direito de autor, que, como direito natural, deveria ser perpétuo, ponto de vista mais geralmente aceito.

Realça V. DOZORTSEV a importância não somente teórica, mas também imediata e prática do problema, uma vez que a natureza jurídica determina em larga medida o sistema e o mecanismo dessa mesma proteção.

Para a teoria que entende que se trata de ''obras não protegidas'' a obra não pertenceria a ninguém, podendo pois ser livremente utilizada por quem quer que seja e da maneira que for.

Para a que a considera como ''pertencente ao domínio público'', ela apresenta importância para a coletividade, embora não tenha qualquer conteúdo jurídico. Difere da fórmula análoga que se aplica aos objetos materiais cuja pertença ao domínio público significa que o Estado se reserva sobre eles direito de propriedade.

No que diz respeito à abrangência, muita confusão tem sido feita a respeito das obras estrangeiras.

Há que considerar, porém, que a tradução de uma obra pertencente ao domínio público constitui uma reelaboração, como tal expressamente protegida, e gozando de todas as prerrogativas de uma obra primígena.

Não poderá, no entanto, essa tradução implicar em deformações, ou mutilações caso em que poderá perfeitamente ser invocado o art. 25, § 2o. da LDA, que não estabelece distinção, na atribuição ao Estado, através do CNDA, da ''defesa da integridade e genuidade da obra caída em domínio público'' entre as nacionais e as estrangeiras.

3. Domínio público das obras publicadas pelo Estado e domínio público extraordinário.

Outras duas modalidades são entre nós previstas.

A primeira ocorre quando o autor publica a obra à custa dos cofres públicos. Nesta eventualidade, a obra cai no domínio público quinze anos após a publicação nos termos do já lembrado art. 46 da Lei n. 5.988.

O dispositivo, mera reprodução do art. 662 C.C., não atenta à

circunstância de que o fato de ter sido o Estado o titular da primeira edição de uma obra não é motivo suficiente para que se reduza tão drasticamente o período de fruição do direito de autor pelo seu criador e sucessores ou cessionários.

O Jornal do Brasil, em tópico transcrito pelo UBC — boletim social da União Brasileira de Compositores (n. 89, 1967, p. 2) — dava notícia de que, por sugestão de seu Presidente, Acadêmico JOSUÉ MONTELLO, o Conselho Federal de Cultura, verificando o evidente prejuízo com que vão para o domínio comum as obras lançadas por intermédio do Instituto Nacional do Teatro, Serviços de Documentação dos Ministérios e departamentos governamentais, estava elaborando anteprojeto de lei visando impedir tenham os escritores suas obras publicadas sem receber direitos autorais.

Foi citado, entre outros, o livro Poesia Simbolista no Brasil, de ANDRÉ MURICI, de que já são transcorridos quinze anos de sua edição oficial.

Lembra HERMANO DUVAL ser, porém, preciso que a obra não seja ato público ou documento oficial e que o Estado haja efetivamente adquirido os direitos autorais tal como ocorreu com as obras de RUI BARBOSA.

Não basta que a obra tenha sido impressa na tipografia oficial. A impressão simplesmente subvencionada não acarreta a queda no domínio público. É, aliás, o que estava no art. 661, parágrafo único C.C. e está no art. 5o., **caput,** da Lei n. 5.988.

Domínio público extraordinário do art. 32 da Lei n. 5.492, de 17.7.1928, consiste, na definição do tratadista, "na antecipação do domínio público, independentemente da vontade do autor, isto é, por fato alheio, do editor ou de terceiro, quando, decorridos seis anos, contados da data da aquisição, não tiver editado ou publicado o livro ou a obra de arte, nem reeditado obra cuja edição anterior esgotou-se".

Transcreve a condenação de PHILADELPHO AZEVEDO, por inconstitucional:

> "Como admitir-se, pois, que entre nós, onde o preceito constitucional garante o direito do autor por toda sua vida, se adote a regra de que a resolução do direito do cessionário venha a importar a queda da obra no domínio público?
>
> Obra de pessoa viva no domínio comum é coisa quase incompreensível, diante da nossa Contituição; a cessão é sempre restrita e não se equipara à alienação do domínio, eis que permanece sempre o direito moral; resolvido o elemento patrimonial, este é atraído por aquele, operando-se verdadeira consolidação, tal qual no usufruto".

Por entre outras considerações, assinala o tratadista que, sobre não se admitir um exercício anti-social do Direito — uma vez que o art. 32 tem por fundamento a própria difusão da cultura —, "não é verdade que o autor se desinteresse pela sorte da sua obra após a cessão completa dos respectivos direitos pecuniários; ao contrário, a cada nova edição ou reimpressão o autor poderia ter o interesse de melhorar a obra com introduzir acréscimos ou modificações (Código Civil, arts. 659, 1.350 e 1.357 a que correspondem os arts. 52 parágrafo único, 71 e 67 da Lei n. 5.988) que a conservassem atualizada; ora, decorridos seis anos sem que o editor-cessionário editasse a obra adquirida, seu autor estaria impedido **"de escrever aquelas prerrogativas fundamentais à proteção do direito"** moral, porque a obra teria caído no domínio comum!

Hoje, se o infeliz art. 32 não estivesse condenado por inconstitucional, revogado estaria seu parágrafo 2o. desde o advento do Código de Processo Civil de 1930, ao conferir ação cominatória à União ou ao Estado para compelir o titular do direito autoral a reeditar a obra sob pena de desapropriação (art. 302, X), o que foi depois mantido pela nova lei de desapropriações de 21 de julho de 1941 (Decreto n. 3.365, art. 5, letra o)". Conclui que "a falta de reedição não é mais sancionada com a severa pena do domínio público, mas com a desapropriação do direito autoral; se, antes, o titular não cumpriu o preceito cominatório da União ou Estado para reeditá-la".

4. O domínio público remunerado

O reconhecimento generalizado de que o domínio público tradicional não correspondeu às finalidades que o haviam inspirado, conduziu a evolução da idéia, em grande número de países, para uma nova concepção: a do domínio público remunerado, que se diferencia daquele, como a expressão indica, pelo fato de a obra, embora continuando à disposição dos interessados em seu aproveitamento econômico, ficar na dependência de uma retribuição.

Consiste, pois, na síntese de ROBERT PLAISANT, na obrigação para o usuário de pagar uma renda estabelecida pela lei ao beneficiário também por ela designado para a utilização da obra uma vez caída no domínio público. A utilização é livre, mas submetida a este pagamento.

> "O interesse do domínio público remunerado consiste em colocar à disposição de um organismo público ou semipúblico quantias importantes que ele utiliza para promover a cultura e auxiliar os autores.
>
> Seu inconveniente resulta do fato de constituir numa verdadeira retirada prévia parafiscal cujo efeito é onerar a exploração das

obras do espírito e, mais especialmente, desfavorecer os usuários do país que consagre esta instituição com relação aos Estados que a ignoram".

Depois de criticar definições anteriores, dá JEAN VILBOIS (p. 11) a sua: "um regime de livre aproveitamento econômico, por um modo ou uma forma de expressão qualquer, e sob reserva do respeito de sua integridade, das obras literárias e artísticas que entram no domínio público por ocasião da expiração de seu período legal póstumo de proteção: esse regime, de pagar uma retribuição determinada a um organismo de percepção encarregado de garantir sua repartição às pessoas físicas ou morais convocadas a suceder ao autor a título de herdeiros ou de representantes".

GUILHERME FIGUEIREDO reproduz os argumentos favoráveis ao domínio público gratuito:

"1o. — a perpetuidade do direito autoral é um entrave à disseminação das obras suprimidas à publicidade pelo egoísmo ou capricho dos herdeiros, prejudicando não só a sociedade, que tem todo o interesse na difusão máxima dos livros, como a glória e a popularidade do próprio autor;

2o. — ao cair em domínio público sofrem as obras uma verdadeira revitalização de sua popularidade, com o impulso recebido por novas reedições;

3o. — em face da gratuidade de exploração da obra, os exemplares são vendidos a baixo preço, tornando-a acessível e mais conhecida do público, motivando muitas vezes crescente expansão do renome do autor, até aquela época não verificada".

E em seguida apresenta os argumentos opostos, que justificariam plenamente a criação do domínio público remunerado em favor da comunidade dos escritores vivos através de sua sociedade profissional:

"1o. — os caprichos dos herdeiros não são fatos tão facilmente verificáveis como à primeira vista parece, e podem ser perfeitamente afastadas as inconveniências deles decorrentes, com o estabelecimento da licença obrigatória ou legal, já hoje adotada por algumas legislações;

2o. — a gratuidade de exploração do direito autoral não traz a redução do preço das obras, porque, como os fatos o demonstram, os livros de autores antigos não são mais acessíveis economicamente do que os dos autores modernos;

3o. — o novo impulso recebido por algumas obras depois de caídas no domínio público não é a regra geral, e a consagração das mesmas nessa época está muito mais ligada ao seu próprio

valor do que ao fato de novas reedições, as quais se concedem apenas quando o livro tem a devida aceitação;

4o. — a contribuição da sociedade para a obra intelectual não difere em intensidade da concedida a outros atos humanos;

5o. — o domínio público gratuito é uma ficção jurídica, porque a obra, após o período de exploração consagrado por lei aos herdeiros, cai sob o monopólio de algumas pessoas que a exploram ilegitimamente em substituição aos mesmos".

É o ponto de vista de numerosos autores, que DELIA LIPSZYC compendia ao dizer que o uso gratuito das obras em domínio público importa em concorrência desleal a respeito das obras de domínio privado que devem ser remuneradas.

" ... a gratuidade do uso não beneficia o público, mas o usuário (editor, empresário, etc.) uma vez que os preços dos livros ou espetáculos não diminuem quando neles se utilizam gratuitamente as obras em domínio público.

Pelo contrário, retira-se estímulo à criação autoral quando admite-se a concorrência de uma imensa quantidade de obras cuja possibilidade de uso gratuito serve quando menos como instrumentos para pressionar os autores a rebaixar suas pretensões diante da ameaça de utilizar aquelas.

A obra em domínio gratuito e as estrangeiras desprotegidas deslocam as nacionais protegidas ou cuja utilização deve ser paga.

É por isso que a instituição do domínio público deve ter como correlato a onerosidade do uso das obras nestas condições.

O art. 93 da Lei 5.988 dispõe que a utilização por qualquer forma ou processo, que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), órgão máximo na matéria, ao qual tudo fica praticamente subordinado, nos termos do art. 116.

Se a utilização visar lucro, deverá ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

Inspirou-se no art. 60 daquele projeto BARBOSA-CHAVES, que, no entanto, propunha uma proporção muito menor: apenas "uma terça parte da quantia que, normalmente, caberia ao titular de direito de obra semelhante não pertencente ao domínio público, reduzida ainda, para publicação de obras didáticas, para as edições populares cujo preço de capa não excedesse de dois centésimos do salário mínimo do Distrito Federal, a um décimo do que é atribuído ao autor de obra se-

melhante não caída no domínio público, devendo a circunstância ser mencionada em todos os exemplares".

As modificações nele introduzidas ampliaram-lhe o alcance, pois referia-se apenas às publicações, mas não se podia dizer que tenham sido felizes.

A eliminação das expressões excludentes do caráter de exclusividade deixa pairar a dúvida se, concedida a uma pessoa a faculdade, ficam as demais impedidas de obtê-la também.

O fato de não se fazer mais menção à exigência ao respeito do direito moral parece conceder liberdade a qualquer alteração ou modificação, ou que não está, por certo, no espírito da lei, que encontrava melhor expressão no § 3o. daquela proposição, também eliminado: "A autorização será também necessária para utilização de obras que constitui elaboração ou transformação de obras de domínio público".

Mas a idéia de introduzí-lo no Brasil não foi dos autores do projeto.

Consta de outro, apresentado em 1947, à Câmara dos Deputados por GUILHERME FIGUEIREDO, na ocasião Presidente da Associação Brasileira de Escritores, elaborado por ele e por CLOVIS RAMALHETE, e aprovado pela associação de classe, amplamente divulgado, enviado a todos os filiados daquela Associação, e amplamente discutido no II Congresso de Escritores realizado no mesmo ano, ao qual compareceu CARLOS LACERDA.

A I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, realizado em São Paulo, aprovou tranquilamente, aos 10.06.1977 as Resoluções n. 25, recomendando "Instituir o Domínio Público Remunerado como meio de defesa para o autor protegido", e a n. 45: "Onde existir o domínio público remunerado (pagante), estabelecer a seu respeito sistema de remuneração e taxas iguais aos vigentes ou usuais para o domínio privado destinando-se essa arrecadação ao fomento da criação e da atividade artística em todas as suas manifestações".

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17.08.1976 o Conselho Nacional de Direito Autoral a Resolução n. 4 que faz depender (art. 4o.) de sua permissão não só a utilização das obras intelectuais nacionais e estrangeiras pertencentes ao domínio público, como também (art. 5o.) a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração de obra nessas condições. Objetivando lucro, deverá o requerente esclarecer, em formulário específico, qual o trabalho que pretende executar.

Aqueles 50% que, na forma do referido art. 93 da lei, caberiam ao autor assim considerados pelo art. 9o. da Resolução:

I — publicação de livros, obras musicais e gravuras de obras plásticas para finalidades não didáticas, 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda ao público;

II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que, se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional;

III — representação pública em recintos com cobrança de ingressos, 5% (cinco por cento) sobre o total de arrecadação e, quando num mesmo espetáculo houver obras que não pertençam ao domínio público, o recolhimento será proporcional ao programa apresentado.

§ 1o. — Nas hipóteses em que os recolhimentos forem feitos pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, este deverá fazê-lo trimestralmente, de acordo com a freqüência observada.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% que caberiam ao autor serão considerados (§ 2o. do art. 9o.):

a) para as hipóteses do item I supra, 1% (um por cento) sobre o preço de venda ao público;

b) para as do item II, 0,84% (zero vírgula oitenta e quatro por cento) sobre o preço de venda;

c) para as hipóteses do item III, 1% (um por cento) sobre o total da arrecadação.

O disposto aplica-se às representações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 10).

Pelo art. 13, o editor ou produtor que pretenda utilizar obra pertencente ao domínio público é obrigado a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

Quem é que deve efetuar o pagamento?

O Decreto-lei argentino n. 1.224, de 3.02.1958, com modificações posteriores, que criou o Fundo Nacional das Artes, e a Resolução n. 2.460, de 1963, também modificada, art. 3o., especificam:

Os proprietários, arrendatários, concessionários ou empresários de salas de espetáculos públicos ou localidades com acesso público;

os permissionários, proprietários e/ou usuários de estações de radiodifusão e televisão privadas ou oficiais;

as pessoas ou empresas produtoras, distribuidoras e exibidoras de películas cinematográficas;

os editores, fabricantes ou importadores de livros, revistas, periódicos e material impresso em geral, e de decalques ou moldados;
as empresas gravadoras de discos, fitas, arames, fios ou qualquer outro sistema de reprodução conhecido ou a conhecer-se.

5. Objeções. Refutação

Foi só então que a pimenta começou a arder nos olhos dos interessados, abrindo-se no País uma das mais ásperas polêmicas registradas nos últimos tempos.

Com todo o vigor de sua dialética, levantou-se o saudoso CARLOS LACERDA, num artigo de larga repercussão: "O perigo de legislar sobre o que não se conhece", **O Estado de São Paulo,** de 11.03.1977, qualificando a norma legal de "aberração constitucional que passou pelo Congresso e foi sancionada no meio da indiferença, ou antes, da ignorância geral.

Quem quiser editar o Khama Sutra, ou a Bíblia deverá pagar 5% de direitos autorais... ao Conselho Nacional de Direito Autoral. Esse pagamento seria, pois, cruamente um tributo. As músicas de BEETHOVEN são do domínio público. Uma vez que o governo passa a cobrar direitos para que se possa executar a "Nona Sinfonia" de BEETHOVEN, quem tem o direito de cobrar tais direitos? Brasil ou Alemanha, onde ele nasceu? Vamos pagar à Alemanha para editar GOETHE, ou o governo brasileiro se intitula herdeiro dos direitos do "Fausto"? O mesmo se pode dizer de qualquer autor, em qualquer gênero de música. Quem quiser tocar o adágio de ALBINONI pagará os direitos sobre essa obra ao conselho tupiniquim ou ao que é governo na terra em que ALBINONI nasceu? Se editarmos MOLIÈRE, pagaremos ao Conselho de Direito Autoral sediado em Brasília ou ao Senhor GISCARD D'ESTAING, no Faubourg Saint-Honoré?

O que resta, na sua brutalidade, é o fato de que doravante não se pode editar obra literária ou científica caída em domínio público sem pedir licença ao Ministério e sem lhe pagar 5% de direitos autorais. ARISTÓTELES, MOLIÈRE, JOSÉ DE ALENCAR, uma infinidade de escritores ter-se-iam convertido em "zombies" do seu Conselho de Direitos Autorais. Mortos, os autores trabalham para a democracia como os fantasmas da macumba antilhana. Dessa violência, desse aborto jurídico, dessa legislação teratológica, só há agora dois meios de se livrar".

Os resultados dessa campanha não se fizeram esperar. Dois meses depois, noticiava a imprensa ter a Comissão de Justiça do Senado aprovado, por unanimidade, o projeto do Senador LUIZ VIANA revogando o artigo 93 da Lei n. 5.988, sob a alegação de ser contraditório ao que determina o Código Civil. O Senador WILSON GONÇALVES, relator do projeto, afirmou não ser lícito ou possível que se criem condições e se estabeleça participação para reedição de obra caída no domínio público. Somente por um equívoco poderia o legislador ter exigido que os editores pagassem direitos autorais sobre obras caídas no domínio público. Se o pagamento representa um percentual para o autor, o que se pagaria aos Apóstolos, a HOMERO ou DANTE? "Ao absurdo" — comentou — "soma-se o ridículo".

Favorável ao projeto, o Senador WILSON GONÇALVES, ao relatá-lo na Comissão de Justiça, frisou que o artigo 93 apresenta, na sua essência, uma inusitada forma de desapropriação por via indireta e sem indenização. A inovação importaria em ressuscitar o direito autoral relativo a obras de há muito caídas no domínio comum com o agravante de reverter o pagamento não em favor dos herdeiros ou sucessores, mas do Conselho Nacional de Direito Autoral. "Isto" — acrescenta — "seria um imposto ou contribuição obrigatória".

Em data de 20.7.1977 podiam os jornais informar "a decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) de não mais cobrar direitos sobre as obras já em domínio público, recebida com "grande euforia", quase em ambiente de festa, pelas editoras do Rio".

É chegado, no entanto, o momento para rever as posições e reconhecer também o perigo de escrever e fazer campanha sobre o que não se conhece, pois, como se vê, o domínio público remunerado não é uma criação teratológica do direito brasileiro, atento a um princípio elementar da preservação e do fomento da cultura, e espraia-se, pouco a pouco, por todos os países do mundo, à vista de seus benefícios inegáveis.

Tem CARLOS MOUCHET toda razão ao observar não se dever esquecer que este uso não se realiza por cada componente da coletividade individualmente, mas através dos grandes usuários: editores, empresários, gravadores, estações de rádio e de TV, produtores de filmes etc.

> "Ninguno de estos usuarios pone el grito en el cielo, cuando se produce un aumento en el precio del papel para la impresión o cuando se eleva el costo de la mano de obra e de las maquinarias e instalaciones. Se limitam a agregar esos aumentos en los precios para el público. En cambio, assombra que aun haya quienes se resistan a pagar por el uso de la verdadera e insustituible materia prima, que es la creación intelectual, sin la cual los libros serían montones de hojas en blanco, el esce-

nario un vacío, el disco fonográfico una materia inerte, la radio y la televisión meros transmisores de noticiosos y de publicidad".

Aponta a razão dessa resistência: é que o domínio público gratuito não beneficia o usuário individual, mas o grande usuário, o industrial, o empresário. Não se tem notícia de que no teatro as entradas sejam mais econômicas quando a obra é de domínio público gratuito, ou mais baixo o preço do livro de um autor nas mesmas condições. Ao contrário, é muito comum que das obras clássicas façam-se edições luxuosas e, consequentemente, mais custosas.

"Em compensação, é evidente que as obras em domínio público gratuito fazem uma "concorrência" por assim dizer às obras de autores vivos, uma vez que são muito comuns os grandes usuários que preferem utilizar as obras pelas quais não devem pagar direitos de autor. Com o pagamento dos direitos pelas obras em domínio público a situação se nivela. E então, joga na escolha da obra a ser reproduzida, representada, gravada etc. sua qualidade, seu interesse para o público, e não uma mera razão de beneficiar-se com uma diferença de custos".

GUILHERME FIGUEIREDO, num contundente artigo, "O certo e o errado na Lei Autoral", **Revista de Teatro da SBAT** (março-abril 1977, p. 23 e 24), confessou a surpresa com que leu o mencionado artigo de CARLOS LACERDA, que ali diz "coisas graves, sendo a primeira delas justamente certa ignorância do legislador". Mas, assinala, invocando os antecedentes já mencionados, "não, porém, ignorância a ponto de ter "inventado" o domínio público remunerado, existente, segundo demonstra, há mais de meio século".

E adverte que CARLOS LACERDA, "naquele tempo membro da ABDE, e hoje "editor", não podia desconhecer o assunto e avançar "contra ele como se o domínio público remunerado fosse um Chefe de Estado inimigo".

Muita celeuma, como se vê, foi levantada a respeito daquela resolução. Não percebemos nela qualquer absurdo ou qualquer afronta às Convenções Internacionais, que não regulamentam a matéria. Parece mesmo oportuno considerar a necessidade de fixar alguns princípios a respeito, atendendo ao vulto das obras estrangeiras que podem ser aproveitadas. Cumpre ainda lembrar que há que distinguir entre a obra em domínio público e a tradução dessa obra, que é por sua vez trabalho que pode não ter caído em domínio público. O que, por outro lado, não impede que outras traduções, sem qualquer aproveitamento

das já existentes, possam ser levadas a efeito, recaindo assim sob a regulamentação do Conselho.

Editores e gravadores terão, pois, que se adaptar aos novos critérios. Parece altamente positiva a circunstância de se evitarem ou, pelo menos, diminuírem os perigos decorrentes de publicações de obras traduzidas já em vias de serem comercializadas por outros editores ou gravadores.

O assunto interessa não exclusivamente às editoras e às gravadoras, como também aos titulares de obras ainda não caídas em domínio público, uma vez que uma das conseqüências do estabelecimento do domínio público remunerado é fazer com que diminua a concorrência que às obras antigas possam fazer as recentes.

No tocante às sediças objeções relativas às obras clássicas e às estrangeiras, as tão fáceis ironizações, considerando o Estado "proprietário" dos direitos sobre a **Bíblia, a Divina Comédia** ou as obras de SHAKESPEARE, faz ver MOUCHET que os aparentes absurdos são decorrentes do erro de imbicar a instituição no setor do direito autoral, e considerar o Estado como sucessor dos inúmeros autores que existiram no passado. E com relação às obras estrangeiras, como poderia um Estado apropriar-se do patrimônio cultural pertencente a outros Estados?

Não deve olvidar-se — recomenda — que a obra, uma vez que deixou de ser inédita, sai de certo modo do controle do seu autor e, portanto, também das leis do país de seu autor ou do lugar em que foi criada.

"Sua difusão pode ser teoricamente universal e cada Estado se reserva o modo de regulamentar em seu aproveitamento econômico. Para proteger aos autores fora de seu território, deve o Estado celebrar tratados com outros países ou incorporar-se aos convênios multilaterais de proteção da obra intelectual.

Ao gravar o Estado as obras estrangeiras caídas em domínio público, não se atribui necessariamente a qualidade de proprietário da obra ou de sucessor do autor, mas está exercendo um ato de império sobre o conteúdo puramente econômico de determinadas atividades que ocorrem sobre sua jurisdição: a edição de um livro, a representação de uma obra, a transmissão por rádio ou TV etc.

A exclusão da obra estrangeira seria incongruente com uma das finalidades da instituição, que é estabelecer uma espécie de

igualdade no aproveitamento das obras em domínio público e no domínio privado.

Se fossem excluídas do domínio público remunerado as obras estrangeiras, não cabe a menor dúvida que os grandes usuários se dedicariam com avidez a usar de preferência essas obras, deslocando as dos autores nacionais".

6. O domínio público remunerado no âmbito internacional

Lembra GUILHERME FIGUEIREDO que na Comissão de Cooperação Intelectual da Sociedade das Nações, em 1927, foi debatido o problema, e graças a RUFFINI, representante italiano, que já vira o princípio do domínio público remunerado consagrado pela legislação da Itália de 1925, foi formulado um voto para o seu acolhimento pelas diversas legislações nacionais.

Era a primeira vitória do enunciado da Comissão nomeada em 1823 por LUIS XVIII para o estudo da duração dos direitos dos herdeiros, e da proposição de HETZEL ao Congresso de Bruxelas de 1858, para a criação de uma taxa de domínio público remunerado no valor de 5% do preço da obra. A proposição, que mereceu acolhida entusiástica de VICTOR HUGO, foi reproduzida em diversos projetos de lei, como os de LEBEY (1918), RAMELL (1921), POINSOT VIDAL (1923), e da Société de Gens de Lettres (1921-25), PLAISANT (1921), CONSTANS (1926), E HERRIOT (1927). Na Itália, a lei de 1925 consagrou-o com o valor de 5% e a de 1941 modificou-o para 3 e 2% (art. 177 ss.).

Acrescente-se que várias conferências internacionais recomendaram a instauração do domínio público remunerado.

Assim, a subcomissão da propriedade intelectual da Comissão de Cooperação Intelectual das Nações Unidas, em 1923, formulou voto de que, vencido o prazo de duração da lei, o direito de obter proveito devia ser exercido por uma Caixa Nacional de Letras e Artes, administrada pelos escritores e pelos artistas sob fiscalização funcionando para fins gerais.

Em 1927 a mesma Comissão adotou outra recomendação em favor do domínio público remunerado nas legislações nacionais, cujo fundamento se encontrava numa justa apreciação dos direitos do público diante do autor e seus sucessores.

A Conferência de Genebra convocada em 1952 pela UNESCO, que adotou a Convenção Universal, "formula o voto de que se submeta a estudo, em todos os países cujas instituições se prestem à adoção de

uma medida desta natureza, a possibilidade de criar o domínio tributário de conformidade com as modalidades que melhor se adaptem a cada um deles".

A II Sesión de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, realizada em Madri, de 30.4 a 5.6.1966, sob os auspícios do Instituto de Cultura Hispânica, com a colaboração dos "Bureaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle" (BIRPI), finalmente, formulou uma recomendação para que as legislações que estabelecem o domínio público remunerado provejam a instituição das garantias e limitações necessárias para que sempre se oriente em benefício do desenvolvimento da cultura e no dos próprios autores, sem adotar o caráter de um imposto ou tributo de caráter geral.

Não vemos por que não possa o CNDA cobrar pela concessão de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira, assim como ninguém poderá se opor ou reclamar pelo fato de obras de autores brasileiros, caídas em domínio público, serem publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

O art. 5 da Convenção de Berna garante aos autores por ela protegidos os direitos que os países signatários concedem aos nacionais, por um período compreendendo a vida do autor e 50 anos depois da sua morte (art. 7, n. 1).

Não estende, pois, a proteção além desse período (domínio público), muito embora o art. 6, bis, salvaguarde os direitos morais independentemente dos patrimoniais, mesmo depois da cessão destes.

Tanto é verdade que o art. 18, n. 1, ressalva aplicar-se a Convenção a todas as obras que não tenham caído ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.

A alusão que faz a alínea 3a. às estipulações contidas nas convenções especiais já celebradas ou a celebrar confirma a conveniência de uma regulamentação internacional.

Salientam, tanto o **Bulletin**, vol. II, ns. 2-3, 1949, como o "Commentaire du supplément à la demande d'avis" da UNESCO que a expressão "domínio público remunerado" não é tomada por toda parte na mesma acepção. O conceito mais geralmente admitido é o seguinte: depois da expiração do prazo normal da proteção, isto é, quando a obra cai no domínio público, a utilização da obra não é livre como o seria no caso do domínio público normal gratuito: quem dela se utiliza deve pagar uma retribuição, geralmente recebida pelas sociedades de autores, que empregam esses recursos com finalidades

culturais ou para auxiliar os autores em estado de necessidade ou sua família. Em certos casos, também o Estado pode ser um dos beneficiários dessa instituição.

Além da URSS e França (desde 1936), reconhecem essa instituição em sua legislação: Uruguai (1937), Bulgária (1939), Itália (1941), Romênia (1946), Iugoslávia (1946), Hungria (1952), Argentina (1958), México (1963), Tchecoslováquia (1965), Chile (1970), Senegal (1973) e Portugal (1980).

Na Bulgária, no Uruguai e na Iugoslávia, toda e qualquer utilização de qualquer obra caída no domínio público está sujeita a uma retribuição.

Na Espanha, embora não haja disposição legal específica, os Estatutos da Sociedad General de Autores de España, aprovados pelo Decreto n. 1.163/69 do Chefe do Governo, atribuem à SGAE a incumbência de arrecadar os direitos de autores teatrais e musicais caídos em domínio público ou quaisquer outros atribuídos ao Estado.

Na Romênia, a edição e a representação das obras literárias dependem de uma retribuição, mesmo quando tenham caído em domínio público.

Com exceção da Bulgária, onde o domínio público não é remunerado senão durante vinte anos a partir do dia em que a obra caiu nesse domínio (após a proteção de 30 anos p.m.a.), a aplicação desse sistema não é submetida, em nenhum país, a qualquer limitação de tempo. Assim — salienta o **Bulletin** — os que utilizam obras de SHAKESPEARE ou de MOLIÈERE devem pagar uma retribuição. A lei italiana diz expressamente que as de origem estrangeira também estão sujeitas a esse pagamento. Nos outros países, parece que a mesma regra está subentendida.

Na Iugoslávia não se pode falar propriamente de um domínio público, pois a obra — quando o autor ou seus sub-rogados em direito deixam de ser protegidos — não cai em domínio público de qualquer, mas no do Estado. Essa eventualidade pode ser provocada seja pela expropriação, seja pela expiração do prazo normal de proteção.

Na Romênia, as taxas são expressas em percentagem (5% do preço de venda dos livros, 25% das entradas dos espetáculos).

A lei uruguaia dá incumbência ao Conselho dos Direitos de Autor de fixar a tarifa.

Na Itália, existe uma percentagem para as representações e execuções públicas (5-10%), mas os editores de livros pagam um **forfait.**

Os direitos relativos ao domínio público remunerado, provenientes das contribuições sobre representações, execuções públicas e emissões radiodifundidas, pertencem ao Estado, o qual, por sua vez, dá uma certa contribuição às caixas de assistência aos autores. As retribuições relativas à venda de obras em volumes vão inteiramente às caixas de assistência.

As estatísticas relativas às execuções — representações públicas e emissões radiofônicas, que produziram proventos de domínio público remunerado, foram crescendo de 1 milhão de liras em 1941 até 39 milhões em 1948.

Como decorrência da venda de obras em volumes, a Associação dos Editores Italianos pagou, por contrato, à Caixa Nacional de Socorro dos Escritores, em 1948, 5 milhões de liras e, em 1949, 5 milhões e meio de liras.

Na Bulgária, a metade das contribuições pertencem ao Tesouro, enquanto que a outra metade é paga à União dos Autores, a fim de auxiliar e garantir os trabalhadores culturais.

Na Argentina e no Uruguai, é antes cultural que assistencial a aplicação dos fundos provenientes do domínio público remunerado.

Bem se percebe que não faltará quem objete que se trata, na maioria, de países socialistas, e quem invoque o fato de a lei italiana ter sido instituída sob o regime fascista.

Ao que facilmente se retruca que na exemplarmente democrática França, pela lei de 25.2.1956, regulamentada por um decreto de 29.11.1956, a duração do direito do autor foi prolongada em benefício da Caixa Nacional de Letras, criada por lei de 11.10.1946, para fazer face às obrigações estatutárias.

Fundos obtidos, através da Société de Gens de Lettres, são recolhidos a uma Caixa das Letras e das Artes, dirigida pelo Ministério da Educação e Belas-Artes. Dela emanam subvenções a obras culturais, pensões a escritores e artistas, por velhice ou invalidez, mesmo auxílios destinados ao encorajamento de estreante.

Informa HENRI DESBOIS, **Le Droit d'Auteur en France** (Paris, Dalloz, 2a. ed., 1966, p. 383), que o domínio aberto à atividade da mencionada Caixa estende-se a "todos os direitos de autor, e a todos os modos de aproveitamento aos quais dá lugar a obra considerada", aditando o art. 16 que o prolongamento aplica-se "sejam quais forem as condições de utilização".

7. Revogação, não obstante, do domínio público remunerado

A Lei n. 7.123, de 12.9.1983, que em duas linhas revogou o

art. 93 e o inciso I do art. 120 da LDA teve origem num projeto nesse sentido do Senador LUIZ VIANA, que justificou sumariamente sua iniciativa atribuindo aqueles dispositivos a um "equívoco" e transcrevendo o libelo de CARLOS LACERDA (DCN, II, 17.3.1977, p. 369).

Isso não obstante uma lúcida apreciação, de 12.4.1983, da Dra. MÁRCIA REGINA BARBOSA MARQUES DA SILVA, do Codejur, lembrando que, aos 15.6.1977, o Colegiado do CNDA, ao manifestar-se a respeito, conforme se verifica do voto do relator CARLOS MATHIAS DE SOUSA, sem expender manifestação conclusiva, havia apenas abordado as possíveis vantagens ou desvantagens do instituto.

O precursor da idéia, entre nós, havia sido o deputado EUCLIDES FIGUEIREDO, pelo Projeto de Lei n. 234, que levara em consideração as resoluções de Congressos de Editores, e ao qual haviam aderido os líderes de todos os partidos e o que de mais expressivo contava o Congresso Nacional.

A proposição havia sido totalmente apoiada pela Comissão de Justiça da Câmara, presidida por AGAMENON MAGALHÃES, e baseada no relatório de PLÍNIO BARRETO, relator da matéria.

Embora não tivesse sido votado naquela legislatura, o fato demonstrava que a matéria de há muito era reclamada pela consciência nacional.

Posteriormente, outros projetos, na esteira do proposto por EUCLIDES FIGUEIREDO foram apresentados ao Congresso e dentro do já preconizado pelo eminente Ministro Philadelpho de Azevedo do Supremo Tribunal Federal, na sua antológica obra "Do direito moral do Escritor".

"Nos estudos que decorreram do ante-projeto do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos elaborado pelo Desembargador Milton Sebastião Barbosa, em 1967, a matéria foi acolhida e na douta Comissão, do qual resultou o trabalho definitivo enviado ao Ministério da Justiça, Comissão esta presidida pelo Ministro Cândido Mota Filho e composta pelo Desembargador Milton Sebastião Barbosa e Professor Antônio Chaves, o instituto foi com propriedade analisado e aceito. O ante-projeto resultante, conhecido nos meios interessados por Projeto Barbosa-Chaves, que mereceu do eminente Senador Franco Montoro a qualificação de ter sido o maior esforço feito neste país para regular tão importante matéria, foi também objeto de emenda substitutiva do projeto governamental que resultou na Lei n. 5.988/73".

Transcreve longo trecho da Justificação do Relator, ao encaminhar o Projeto ao Ministro da Justiça, para concluir que muito ao contrário do que pretendeu Carlos Lacerda, jornalista, editor e não jurista,

mestre em análises superficiais, a consagração do domínio público remunerado não decorreu, "como de hábito, de coisas que passam neste país subrepticiamente". Ao revés, decorreu do amadurecimento de uma idéia preconizada e defendida desde 1946.

> "Incorporando e integrando a esta nossa manifestação, como peça basilar, o inteiro teor do trabalho do Professor Antônio Chaves, sobre a questão, eis que o notável catedrático da Universidade de São Paulo é hoje uma das maiores autoridades mundiais em matéria de direitos de autor e na qual de maneira irrespondível se patenteia que, tal qual foi adotado em nossa legislação, com a criação do Fundo de Direito Autoral, que beneficia a cultura e toda comunidade intelectual, o domínio público remunerado brasileiro eliminou de maneira objetiva os inconvenientes do instituto, o Conselho Nacional de Direito Autoral, conclusivamente, manifesta a sua convicção que deva o projeto ser rejeitado pela sua profunda inoportunidade e inconveniência. No seu trabalho, o emérito Prof. Antônio Chaves, sem necessidade de maiores digressões, demonstra, à saciedade, que se há artigo escrito sobre matéria que não se conhece, sem dúvida alguma o de Carlos Lacerda, que serviu de justificativa ao projeto em estudo, é exemplo típico e antológico".

"Se o Egrégio Conselho Nacional, — concluía — ao invés de votar matéria que apenas atende a interesse de grupos, no caso os editores, se debruçar sobre a necessidade da codificação da matéria de tão rara importância nacional e internacional, como sugerido pelo projeto Barbosa-Chaves e preconizado pelo saudoso Plínio Barreto, Senador Franco Montoro e tantos ilustres juristas, certamente fará obra duradoura e abrangente".

Deixou-se, no entanto, o Congresso levar pelos grupos de pressão, favorecendo por essa forma não apenas as editoras que, pelos seus órgãos de classe, desfraldaram a bandeira da revogação dos dispositivos, como ainda as grandes empresas de comunicações, que voltaram a desfrutar livremente grande parte dessas obras em detrimento da produção atual, e, ainda, algumas associações de titulares de direitos e de muitos "fiscais" que aproveitam a confusão que reina para cobrar direitos indevidos, cujo destino ninguém consegue definir.

Mas o instituto não pode deixar de ser restabelecido, numa reforma corajosa da atual lei.

O art. 93 da lei dispunha, por sua vez, que a utilização por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do Conselho

Nacional de Direito Autoral — CNDA, órgão máximo na matéria, ao qual tudo fica praticamente subordinado, nos termos do art. 116.

Se a utilização visasse lucro, deveria ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17.8.1976 o Conselho Nacional de Direito Autoral a resolução que faz depender (art. 4o.) de sua permissão não só a utilização das obras intelectuais **nacionais e estrangeiras** pertencentes ao domínio público, como também (art. 5o.) a **adaptação, tradução, arranjo ou orquestração** de obra nessas condições, de autorização expressa do CNDA. Objetivando lucro, deveria o requerente esclarecer em formulário específico, qual o trabalho que pretende executar.

Aqueles 50% que, na forma do referido art. 93 da lei, caberiam ao autor, foram assim considerados pelo art. 9o. da resolução:

> II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que, se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% que caberiam ao autor serão considerados (§ 2o. do art. 9o.):

a — para as hipóteses do item II, 0,84% sobre o preço de venda;

O disposto aplicava-se às representações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 10).

Pelo art. 13, o editor ou produtor que pretendesse utilizar obra pertencente ao domínio público era obrigado a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

— E contra a exigência de uma "autorização" por parte do Estado que são unânimes as objeções.

Qualificando-a como contrária à própria natureza da instituição do domínio público, acusa-a DELIA LIPSZYC de dar lugar ao dirigismo estatal e à censura encoberta, o que é repetido por BRUNO JORGE HAMMES: seria confiar ao Estado o direito de selecionar o que é cultural, decidir o que vai ser divulgado e o que não vai ser.

A I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, reunida em São Paulo, aprovou aos 10.6.1977, a Resolução n. 27, pela qual "A livre utilização da obra, no domínio público, não pode ser impedida pelo requisito de autorização oficial, resguardada sempre a integridade da obra".

Ora, aí está: não é o domínio público remunerado que a maioria

dos juristas especializados repele, e sim a autorização **prévia** do Estado para a utilização das obras caídas em domínio. Tanto assim que se exige, muito acertadamente, que a integridade da obra seja resguardada, o que implica numa interferência do poder público para impedir a violação dos direitos morais.

O inconveniente será eliminado pela simples substituição daquela expressão que — reconheça-se — não foi feliz, por uma simples comunicação ao CNDA, indispensável não só para a cobrança de uma taxa mínima que precisa ser restabelecida à vista da sua indiscutível moralidade e utilidade, como ainda porque um cadastro de todas essas utilizações seria utilíssimo.

Não só ao Estado, para a cobrança da percentagem, como para os interessados, que poderiam evitar os inconvenientes de, por exemplo, duas ou três publicações contemporâneas de obras caídas no domínio público, que fatalmente acarretariam prejuízo a todos eles.

Não vemos por que não possa o CNDA cobrar já não mais pela "concessão" de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira, mas pela utilização, uma vez restabelecido o critério, dessas obras, assim como ninguém poderá se opor ou reclamar pelo fato de obras de autores brasileiros, caídas em domínio público, serem publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

9. Natureza jurídica das quantias arrecadadas

Assinala DELIA LIPSZYC ponto de grande relevo e pouco versado: o domínio público não significa substituição pelo Estado aos herdeiros ou cessionários do autor na titularidade dos direitos econômicos sobre a obra. As quantias que por essa forma se arrecadam não apresentam qualquer caráter de contraprestação, como no caso das obras de domínio privado, mas oferecem **natureza impositiva.**

Cita, nesse sentido, a lição de CARLOS MOUCHET, **El domínio público pagante,** ps. 65, 66 e 67:

> "Se a obra saiu do domínio privado é porque **se extinguiu o direito de autor na esfera econômica.** Existe uma parte das instituições do direito de autor que subsiste depois da morte do criador intelectual e depois de extintos todos os prazos de aproveitamento econômico e é o chamado direito moral que é **perpétuo.** Esta perpetuidade se baseia na necessidade da defesa do patrimônio cultural da coletividade. Trata-se da proteção

e defesa da obra literária e artística como bem cultural, não meramente econômico. Caída a obra no domínio público interessa à coletividade que a mesma se mantenha em sua integridade artística, que não se omita o nome de seu criador, que não se omita ou modifique seu título que permite identificá-la, que a obra não se reproduza em forma imperfeita ou grosseira, etc. As medidas de ordem administrativa ou penal que o Estado pode adotar para a proteção, salvaguarda e defesa desse bem cultural não as exerce a título de herdeiro ou sucessor dos direitos do autor, mas como representante dos interesses da coletividade".

Localiza então, com MOUCHET, o fundamento e a natureza dos direitos que o Estado cobra pelo uso das obras que se encontram no domínio público remunerado, "imperium" que tem o Estado para gravar determinados atos de conteúdo econômico que se realizam **livremente,** sem necessidade de autorização prévia no território de sua jurisdição, como são a edição de um livro, a gravação de uma obra musical em disco, a produção de um filme, etc.

A natureza jurídica desse gravame consiste antes de mais nada em ser **contribuição** que o Estado exige dos habitantes do país quando realizam alguns atos previstos em relação com o uso ou aproveitamento das obras artísticas, em domínio público.

10. Sistemas derivados do domínio público remunerado; licença legal e licença obrigatória

O primeiro princípio, comenta JEAN VILBOIS, é o mais próximo do anterior: toma-se emprestado seu elemento fundamental. É, de todos os desmembrantes inventados para restringir o caráter absoluto e exclusivo do monopólio de aproveitamento concedido ao autor, o mais extenso e o mais grave.

Define-o como "um regime de proteção do direito de autor caracterizado pela liberdade concedida a todos de reproduzir ou de representar uma obra literária ou musical, já publicada sob a condição do pagamento de uma renda proporcional ou percentagem cuja taxa é fixada pela lei e cujo montante pertence exclusivamente ao titular do direito ou aos seus sucessores ou cessionários".

ROBERT PLAISANT afirma que o direito de autor parece ter chegado a uma curva da sua história, que a noção de direito privado é limitada, em certos países, pela ingerência da lei, mas que, no estado

atual do direito francês, o autor permanece ainda o único dono da sua obra, nenhuma disposição legal restringindo sua plena liberdade.

Lembra que o direito de propriedade literária e artística é reconhecido ao autor para favorecer o desenvolvimento da cultura, dando ao criador a recompensa legítima de seus esforços e de seu talento. Este monopólio da exploração nasceu de um compromisso entre as necessidades coletivas e as reivindicações individuais. É, portanto, compreensível que a parte atribuída a cada um destes elementos possa variar conforme as épocas e de acordo com os meios.

No decorrer do último século, em que as criações literárias e artísticas, assim como sua exploração, se apresentavam como um interesse essencialmente particular ou privado, parecia natural reconhecer sem reserva o direito exclusivo do autor.

Verifica-se, na época contemporânea, que estas mesmas obras prestam-se a importantes utilizações de caráter coletivo, solução que decorre tanto da extensão da cultura, como do fato de os instrumentos de difusão — disco, cinema, radiodifusão, principalmente — serem de poder incomparavelmente maior do que aquele de que se dispunha há um século.

> "É preciso ainda acrescentar que a multiplicação dos usos aos quais se prestam as obras literárias e artísticas tornam menos fácil a aplicação do princípio de acordo com o qual a obra não pode ser empregada sem o consentimento do autor. O pagamento de uma retribuição é fácil, a assinatura de um contrato o é menos".

Convence com um exemplo. a recepção pública e uma emissão pública de uma emissão radiofônica constituem uma nova representação e dão lugar ao exercício do direito de autor. Evidentemente, não é possível obrigar o utilizador que procede a esta recepção a obter o consentimento prévio do autor. Não é, então, necessário instaurar um sistema de licença obrigatória? Praticamente o problema está resolvido pelo fato de a quase totalidade dos autores exercerem seus direitos por intermédio das sociedades de percepção, as quais concedem permissão de pleno direito mediante o pagamento de uma retribuição conjunta.

O problema não seria exposto em toda sua complexidade se não se acrescentasse, do ponto de vista comparativo, que numerosos países estrangeiros que praticam o sistema de licença legal ou obrigatória estão a eles apegados e não pensam em renunciar.

É o que ocorre, antes de mais nada, com a URSS e com outros países colocados sob sua influência. Os autores beneficiam-se de direitos pecuniários que parecem ser frequentemente muito rendosos, mas

não dispõem livremente de suas obras em direito e, menos ainda, de fato.

Tivemos mesmo um exemplo, por sinal pouco feliz, de verdadeira licença legal, no Decreto-lei n. 980 de 20.10.1969, que manda retribuir na irrisória proporção de meio por cento sobre o preço da venda ao público do ingresso padronizado fornecido pelo Instituto Nacional do Cinema "os direitos autorais e os conexos relativos a obras lítero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões".

É assim, em segundo lugar, em países bastante numerosos que reconhecem, em princípio, o direito exclusivo mas que o limitam em casos particulares por razões de interesse geral, mormente em matéria de gravação em fonograma ou de tradução.

Quanto a esta, determinados Estados entendem indispensável restringir as prerrogativas dos autores estrangeiros, para satisfazer necessidades culturais às quais as criações nacionais não bastam...

ROBERT PLAISANT repele, como mal fundada, a argüição de que, em virtude da intervenção das sociedades de percepção o sistema efetivamente praticado seja muito próximo do que resulta da licença obrigatória:

> "O autor conserva integralmente seu direito moral de que se pode temer ele seja ameaçado pelo sistema de licença, pelo menos de maneira indireta e a prazo. O autor, por intermédio das sociedades de percepção, mantém seu direito pecuniário com a sociedade de percepção que representa o autor e não pela lei, pelo juíz ou por um organismo administrativo constituído com essa finalidade. Uma análise exata desses dois regimes leva a verificar que eles são contraditórios e não análogos".

Acrescenta o tratadista que o sistema de licença acarreta quase necessariamente uma séria diminuição dos proventos pagos aos autores, pelo simples fato de que estes não poderiam mais defender-se, recusando seu concurso. Alguns serão tentados a pretender que o provento superior é obtido pelos autores em detrimento da coletividade e da cultura comum. "Eis aí, ainda uma vez, uma visão superficial da realidade".

Nos regimes tradicionais, o regime de reprodução livre coloca-se no interior do prazo de proteção, seja durante a própria vida do autor, seja, mais freqüentemente, depois de sua morte, subsistindo o direito pecuniário em proveito dos herdeiros. Apenas seu **quantum** difere e a obrigação da autorização prévia encontra-se diminuída ou abolida.

Por esse sistema, esclarece, o autor fica despojado de seu direito de livre disposição: não pode opor-se ao aproveitamento da obra, uma

vez que voluntariamente a tenha divulgado, publicando-a, nem colocar a esta exploração outras condições pecuniárias senão as fixadas na lei.

> "É permitido, com efeito, a qualquer pessoa reproduzir a obra, representá-la ou executá-la publicamente com uma finalidade de lucro, sob a única condição de satisfazer a retribuição legal ou de comprometer-se a pagá-la. Numa palavra, a obra está à disposição de todos como no sistema do "domínio público", mas o gozo não é gratuito, não pode ocorrer a não ser mediante o pagamento de um preço. A lei, quando admite semelhante regime de exploração, persegue com efeito uma dupla finalidade. Pretende garantir a existência do direito de autor: para tanto concede ao seu titular uma remuneração de que toma o cuidado de fixar a tarifa, e isso durante o tempo normal de proteção, durante o período de domínio privado".

Tem por finalidade a licença obrigatória evitar os possíveis abusos do direito exclusivo, que podem consistir na não exploração do direito, tendo por efeito retirar uma obra da circulação, no estabelecimento de exigências pecuniárias exorbitantes como condição da permissão de aproveitá-la, o que leva ao mesmo resultado, ou conceder a outorga de um monopólio a um industrial ou alguns em detrimento dos outros.

A cada uma dessas preocupações corresponde uma variedade da licença obrigatória: nos dois primeiros casos trata-se, principalmente, de carregar sobre a vontade do autor ou de seu sucessor ou cessionário para levá-lo a aproveitar ou a deixar explorar a obra por um terceiro ou a reduzir suas pretensões. A ameaça será suficiente a maior parte das vezes: em sua falta, forçar-se-á o consentimento mediante recurso a uma autoridade encarregada de exercer a sujeição após exame dos fatos e de arbitrar a remuneração legitimamente devida. A licença dependerá, então, da decisão de um árbitro ou de um juíz.

A terceira hipótese apresenta-se diferentemente: visa especialmente a indústria dos instrumentos mecânicos de reprodução sonora. Aqui não se deseja forçar o consentimento do autor à utilização de sua obra pelo procedimento considerado. ele tem interesse nessa utilização e a autorizará, o mais freqüentemente, de bom grado. Mas quer-se evitar o monopólio: a autorização uma vez considerada não pode ser exclusivamente em benefício de um só em razão dos interesses materiais empenhados, outros devem poder usar desta primeira autorização ou obter novas.

Formulando-se, então, ao titular do direito de autor um primeiro pedido de autorização, a fim de adaptar sua obra aos instrumentos destinados a reproduzí-la mecanicamente e de tirar exemplares múlti-

plos para uma edição subseqüente, ele conserva em princípio a faculdade absoluta de aceitar ou de recusar. Neste último caso nenhum recurso é possível, sua vontade dita lei: a obra não será adaptada. Se ele, ao contrário, deixa uma primeira vez adaptar ou reproduzir a obra por um terceiro, ou nessa adaptação a lei intervém e diz que ele será obrigado a conceder ulteriormente autorizações semelhantes aos outros empresários ou que estes últimos, argüindo a primeira concessão, poderão entregar-se a uma utilização idêntica da obra. Em todos os casos uma condição é posta a este aproveitamento: a da retribuição. O sistema diferencia-se, portanto, da porcentagem legal, uma vez que supõe na origem um ato de vontade do autor ou de seu representante: da sua decisão depende todo o jogo da **licença obrigatória.**

Por entre outras considerações, encarece o tratadista que a fisionomia geral deste sistema, de grande importância no setor dos direitos músico-mecânicos, sofre numerosas variações de acordo com a finalidade a que se propõe atender.

> "Muito freqüentemente também, cometem-se erros de terminologia, classificando-se sob a rubrica **licença obrigatória** tentativas que se relacionam mais exatamente à **percentagem legal.**
>
> Esta última se caracteriza, a seu ver, por seu automatismo: desde que se ofereça o pagamento tarifado pela lei a utilização da obra é lícita. O autor recebe uma simples notificação; não se lhe pede aquiescência, e ele não pode apresentar outras condições senão o recebimento da taxa prevista. Ao contrário, cada vez que alguém deve dirigir-se ao autor para pedir-lhe uma permissão já concedida a outrem ou mesmo simplesmente indagar das suas exigências pecuniárias, cada vez que as partes dispõem de um recurso a uma autoridade arbitral ou judiciária, diremos que existe **licença obrigatória:** nestes casos, com efeito, o aproveitamento da obra não se torna lícito senão após acordo das partes, obtido amigavelmente ou imposto pelo juíz.
>
> Todo usuário que queira tomar a iniciativa de uma edição do domínio público deverá subscrever uma declaração prévia indicando sua intenção, o título da obra, o número de exemplares, o formato, o preço de venda, a data provável da colocação em circulação"[4].

Qualquer empresário que pretenda organizar uma representação ou execução de uma obra de domínio público deverá também avisar previamente a associação competente, proporcionando as indicações necessárias para permitir a verificação, comprometendo-se, igualmente, a pagar a retribuição devida e, além disso, a remeter o programa exato da sessão com nota da receita obtida.

Em vista da incerteza da terminologia nesta matéria, propõe entender-se:

> **Por licença obrigatória:** autorização legal de aproveitar uma obra sob a única forma pela qual ela foi entregue ao público, nas mesmas condições em que o autor já consentiu anteriormente.
>
> **Por licença legal:** a autorização legal de utilizar, sob uma forma qualquer, uma obra entregue ao público, sob reserva do direito ao respeito, contra uma retribuição fixada pelo juíz ou qualquer outro organismo, em falta de acordo.

Verifica que a licença obrigatória é uma extensão de um contrato pré-existente, e a licença legal, um título inteiramente novo, em virtude do qual a obra pode ser utilizada.

A primeira leva, portanto, ao direito exclusivo uma ofensa menos grave que a segunda.

Apresenta os seguintes exemplos:

Quando um autor já fez representar uma peça, ocorrerá licença legal se for permitido a um posto de radiodifusão retirar desta peça uma adaptação radiofônica.

Desde que o autor tenha feito representar uma peça, existe licença obrigatória se é permitido a um outro teatro representar esta peça nas mesmas condições que haviam sido concedidas pelo autor na primeira vez.

Através dessa licença obrigatória é que terá de ser resolvido, mais cedo ou mais tarde, o problema da reprografia.

O sistema outra coisa não visa senão facilitar o acesso às obras impressas ou gravações, com abstração do consentimento do titular do direito de autor para o aproveitamento de obra sua anteriormente divulgada, contanto que a divulgação se processe pelo mesmo sistema, mediante remuneração e completa salvaguarda dos seus direitos morais.

O que é que, essencialmente, pretendem os autores?

Substancialmente, uma retribuição eqüitativa pela utilização de suas obras.

Se até há poucos anos a sua aquiescência era considerada indispensável, caso por caso, a facilidade, a rapidez e a multiplicação dos meios pelos quais se opera a multiplicação tornam impraticável o sistema. Terá que abrir mão da possibilidade de regatear o preço ou de obter melhores condições, recebendo, em troca, a segurança de um pagamento não inferior ao que é comumente aceito pelas obras congêneres, redundando a facilidade que é obrigado a conceder na multiplicação dos proventos que, de resto, por outra forma não receberia.

Mas, para que a cada um dos autores seja concedida a oportuni-

dade de evitar que fique prejudicado na percepção dos proventos devidos pela utilização indiscriminada dos seus trabalhos frente ao público, deverão, juntamente com os editores, unir-se numa entidade que os represente, encarregada do recolhimento dos pagamentos e da entrega do respectivo montante a quem de direito.

Com efeito, a simples consideração de que pode haver milhares de pessoas, nas mais diversificadas e distantes localidades, desejosas de obter cópias de algumas páginas de um livro, de uma revista ou de um jornal, sendo-lhes praticamente impossível conseguirem todas as informações sobre o autor — se está vivo, onde reside, se deixou sucessores, se transmitiu seus direitos a cessionários, quais são, onde se encontram etc., — patenteia a impraticabilidade do velho sistema.

Mesmo que soubessem todos de seu paradeiro, seu telefone tilintaria 100 vezes por dia, e precisaria pagar um secretário para responder a todas as cartas pedindo autorização.

Bem patente, pois, que o pedido de licença, caso por caso, precisa ser substituído por expediente mais simples, mais racional, que opere mediante os poderes conferidos pelos autores e pelas editoras coletivamente considerados, a uma entidade a ser constituída para tal fim, que os represente em todos os estabelecimentos ou entidades que ponham em funcionamento aparelhos reprográficos.

Mas o direito de associação não é livre? Não poderão, um ou muitos autores ou editores recusar-se a aderir a essa entidade?

Sem dúvida. Mas estarão contrariando seus próprios interesses, pois terão que defender pessoalmente, ou por outra pessoa ou entidade, seus direitos, fazendo aquela verificação, aparelho por aparelho, da eventual violação de suas prerrogativas, que é praticamente impossível para cada um, isoladamente, com resultados insignificantes e com enorme prejuízo para a ação que possa ser desenvolvida coletivamente.

Bibliografia

CHAVES, Antônio — Direito Autoral de Radiodifusão, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, ps. 444 — 453.

DOZORTSEV, V — Les Editeurs, les Producteurs de Phonogrammes et de Videogrammes et la Protection des Oeuvres du Domaine Public, Doc. PRS/CPY/DP/CEG/I/7, apresentado ao Comitê de Peritos Governamentais sobre a proteção das obras do domínio público, da UNESCO, reunido em Paris de 17 a 21.01.1983, 16 ps. mimeografadas.

FIGUEIREDO, Guilherme — Defesa de alguns pontos capitais do Projeto de lei de direito autoral, Diário do Congresso Nacional de 18.11.1947, p. 8.157 e ss.

HAMMES, Bruno Jorge — O Domínio Público Remunerado, Estudos Jurídicos, n. 39, 1984, p. 39-52.

LIPSZYC, Delia — Domínio Público, 14 folhas mimeografadas sem indicações.

MOUCHET, Carlos — El Domínio Público Pagante, Buenos Aires, Fundo Nacional de las Artes, 1970, 182 ps.

PLAZAS, Arcadio — El Dominio Pagante en la Legislacion Colombiana, RIDI, 2(2), 1979, ps. 40 — 48.

VILBOIS, Jean — Du Domaine Public Payant en Matière de Droit d'Auter, Paris, Sirey, 1929, 544 ps.

O NOVO CÓDIGO PENAL – PRINCIPAIS INOVAÇÕES (*)

LICÍNIO LEAL BARBOSA
Livre-Docente de Direito Penal
Diretor da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Goiás – UFG

Sumário – 1. Introdução. 2. Estrutura. 3. Aplicação da lei penal. 4. Do Crime. 5. Imputabilidade penal. 6. Do concurso de pessoas. 7. Das Penas, em geral. 8. Penas privativas de liberdade. 9. Das penas restritivas de direitos. 10. Prestação de serviços à comunidade. 11. Interdição temporária de direitos. 12. Limitação de fim de semana. 13. Da pena de multa. 14. Cominação das penas. 15. Aplicação da pena. 16. Crime continuado. 17. Suspensão condicional da pena. 18. Do Livramento condicional. 19. Efeitos da condenação. 20. Da reabilitação. 21. Medidas de segurança. 22. Extinção da punibilidade. 23. Da prescrição. 24. Do Perdão Judicial. 25. Considerações Finais.

1. Introdução

A saga do novo Código Penal brasileiro, recentemente promulgado, na sua Parte Geral, pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, publicada no "Diário Oficial" da União de 13 do mês em foco, se inicia, oficialmente, nos primórdios dos anos sessenta quando, em 1961, o então Presidente Jânio Quadros incumbiu o saudoso Ministro Nélson Hungria de elaborar o Anteprojeto de um Código Penal que correspondesse, cerca de vinte anos após a vigência do Código Alcântara Machado, às expectativas da consciência jurídica, hodierna, em todo

(*) A matéria ora refundida foi originalmente publicada, em série de vinte artigos, na coluna "Direito e Justiça" de "O Popular", Goiânia-Go.

o País. Aceita a incumbência, o Anteprojeto seria apresentado dois anos após, já no Governo João Goulart, a partir de quando, publicado para receber sugestões, seria objeto da mais acendrada discussão que uma proposta de diploma legal, no âmbito penal, já provocou entre nós.

Logo no primeiro ano do ciclo revolucionário de 1964, o saudoso Ministro Milton Campos designou uma Comissão Revisora, composta do próprio Nélson Hungria, e dos penalistas Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Comissão que o Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva refundiria, com a finalidade específica de oferecer ao governo a redação final do Anteprojeto, e que foi constituída de Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino. Dessa ilustre Comissão, sairia o texto promulgado pelo Decreto-lei 1.004, de 21.10.1969, que, pelo seu art. 407, deveria entrar em vigor a 1o. de janeiro de 1970. Todavia, pela Mensagem n. 260, de 22.8.73, o Presidente Emílio Médici, sendo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, propôs ao Congresso Nacional a reformulação do chamado Código de 1969, proposta que resultou na Lei 6.016, de 31.12.73, que lhe alterou vários dispositivos. A seguir viriam as leis proteladoras do início da vigência daquele diploma: Lei n. 5.573, de 1o.12.69; Lei 5.597, de 31.7.70; Lei 5.749, de 1o.12.71; Lei 5.857, de 7.12.72; Lei 6.063, de 27.7.74, que condicionou a vigência daquele diploma à vigência do novo Código de Processo Penal, ainda em elaboração. Finalmente, a Lei n. 6.578, de 11.10.1978, que expressamente revogou o Código de 1969 e as leis que o alteraram.

A Lei n. 7.209/84, que passarei a abordar — cujo art. 5o. prevê sua vigência a partir de 13 de janeiro de 1965, tem sua gênese na Portaria n. 1.043, de 27.11.80, do Ministro Abi-Ackel, constituindo uma Comissão composta de Francisco de Assis Toledo (presidente), F. de Assis Serrano Neves (de saudosa memória), Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, a qual apresentaria, a 18 de fevereiro de 1981, ao Ministro da Justiça, o Anteprojeto da Parte Geral. Trabalho que seria revisto por uma nova Comissão constituída de Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Jr.

2. Estrutura

O chamado novo Código Penal, recentemente promulgado pela Lei n. 7.209, de 11.7.84, não é, em verdade, um novo diploma legal, mas o mesmo Código Alcântara Machado, de 1940, profundamente alterado, embora com a mesma estrutura. Com efeito, já a ementa da referida lei autoriza esta ilação: "Altera dispositivos do Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, e dá outras providências".

Contém, o novo diploma penal, cinco artigos: a) no art. 1o. — dá nova redação aos cento e vinte artigos que compõem a Parte Geral do vigente Código Penal, distribuídos por oito títulos, cuidando dos mesmos temas e, basicamente, adotando a mesma terminologia, exceto o título III, "Da Imputabilidade penal" (em vez de "Da Responsabilidade"), e o título IV, "Do Concurso de pessoas" (em vez de "Da Co-autoria"); b) — o art. 2o. cancela, na Parte Especial do Código Penal vigente, e nas leis penais especiais, "quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão **multa de por multa"** (grifos no original); c) — o art. 3o., **caput**, da Lei n. 7.209/84, assinala que, "dentro de um ano, a contar da vigência desta lei (ou seja, a partir de 13 de janeiro de 1985), a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos (que são "prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana"), sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja isso possível". No parágrafo único desse artigo (3o.), é explicitado que, "nas comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Cód. Penal (que dispõem sobre a "prestação de serviços à comunidade" e a "limitação de fim de semana"), poderá o juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo (ou seja, no prazo de um ano), optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 (que cuida dos "requisitos da suspensão da pena") a 82 (ou seja, toda a matéria concernente, no novo Código ao **sursis**); d) — o art. 4o. estabelece que "o Poder Executivo fará republicar o Código Penal com seu texto atualizado"; e) — e o 5o. e último artigo da Lei 7.209/84 trata da **vacatio legis**, de seis meses, pelo que essa lei, como já destacado, entrará em vigor a 13 de janeiro de 1985. Melhor seria que houvesse estabelecido, como o fez o Decreto-lei 2.848/40, no seu art. 361, que o novo Código entraria em vigor a 1o. de janeiro (aquele Código passou a vigorar, como é sabido, a 1o. de janeiro de 1942, embora promulgado a 7.12.1940).

Em suma: dos cinco artigos que compõem a Lei n. 7.209/84, um (o art. 1o.) altera toda a Parte Geral do Código Penal de 1940; dois (o 2o. e o 4o.) são **disposições gerais**; um outro (o art. 3o. e seu

parágrafo único) são **disposições transitórias;** e o último, (o 5o.) constitui **disposições finais.**

3. Aplicação da lei penal

O primeiro título do Código é matéria da maior significação, eis que cuida não só de como a lei deve ser aplicada, com relação à Parte Especial, principalmente no que concerne às leis penais especiais. Tanto as infrações praticadas no Brasil, como as praticadas no exterior. Trata da lei penal, no tempo e no espaço. Principais inovações, — as referentes ao **tempo** do crime, ao **lugar** do crime, à territorialidade, e à extraterritorialidade.

I — **Tempo do crime** — O novo Código disciplina a matéria no art. 4o., com a seguinte redação: "Considera-se praticado o crime no **momento da ação ou omissão,** ainda que outro seja o momento do resultado". (grifou-se). Consagrou, assim, a teoria da **atividade.** O instituto tem significação de cunho prático, eis que, nos crimes não-instantâneos, um pode ser o momento dos **atos executórios,** e outro o da **consumação.** E, entre um e outro momentos, pode mudar a lei. Não confundir o **tempo do crime** ou **tempus delicti,** com o instituto da **lei penal no tempo,** que o novo Código define no art. 2o, basicamente com o mesmo conteúdo da matéria no Código Penal vigente. O instituto da **lei penal no tempo** dispõe que "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória". Enquanto que, sob o mesmo **nomen juris,** — "a lei penal no tempo" — o art. 2o. do Código Penal vigente se refere "ao julgado por sentença condenatória **irrecorrível".** (Grifou-se).

II — **Lugar do crime** — O Código Penal vigente descreve, inadequadamente, o **locus delicti,** no art. 4o., confundindo o instituto com o da **territorialidade.** O novo Código Penal (Lei 7.209/84) distinguiu ambos os institutos. Previu o **lugar do crime** no art. 6o.: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado". É a consagração do princípio da **universalidade** ou da **justiça universal.**

III — **Territorialidade** — O novo Código previu o instituto no art. 5o.: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional". É princípio que caracteriza a soberania nacional. Neste particular, houve avanços consideráveis, nas previsões dos §§ 1o. e 2o., onde se equiparam a **território nacional** as "embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto mar" (§ 1o./art. 5o.). Bem assim se considera **extensão** do território nacional tanto as **aeronaves** quanto as **embarcações** estrangeiras, mas de propriedade privada, desde que aquelas estejam "em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil". É o chamado território nacional, **por extensão.**

IV — **Extraterritorialidade** — É o prolongamento do território nacional, além das hipóteses assinaladas no princípio da **territorialidade, por extensão.** Pelo princípio da **extraterritorialidade,** aplica-se, igualmente, a lei brasileira, mesmo ao crime cometido fora do território nacional. O novo Código Penal introduziu algumas inovações. Por exemplo. Estarão sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: **a)** — Os crimes contra a sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público (art. 7o., inc. I, letra "b", **in fine**); **b)** — "O genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil" (a matéria era prevista em lei especial, a Lei 2.889, de 1o. de outubro de 1956, não prevendo o crime o Código Penal vigente); **c)** — Os crimes "praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados".

V — **Outras considerações** — Ainda quanto à aplicação da lei penal, o novo Código traz algumas inovações: **a)** — a sentença penal estrangeira não mais tem efeito quanto a **penas acessórias,** que deixam de existir; **b)** — quanto à pena pecuniária, são desprezadas as **frações de cruzeiros,** em vez de **centavos,** como no Código Penal vigente.

4. Do crime

O título **do crime** que, na Lei 7.209/84, está distribuído do art. 13 ao art. 25, inclusive, — teve, nessa nova codificação, tratamento especial. Com efeito, várias foram as inovações: **a)** — superveniência de causa **relativamente** independente; **b)** — relevância da omissão; **c)** — arrependimento posterior; **d)** — agravação pelo resultado; **e)** — erro sobre elemento do tipo; **f)** — erro sobre a ilicitude do fato; **g)** — erro evitável; h) — excesso punível.

I — **Superveniência de causa relativamente independente** — No

§ 1o. do art. 13, o novo Código dirime, de vez, a dúvida a propósito da superveniência de causa, à prática do crime. Se a **causa superveniente** ao fato criminoso é **relativamente independente,** excluída estará a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Somente se imputam ao agente "os fatos anteriores".

II — **Relevância da omissão** — Norma explicativa, está prevista no § 2o. do referido art. 13, com vistas à explicação do que seja omissão penalmente relevante: " . . . Quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado" (§ 2o./art. 13, primeira parte). "O dever de agir incumbe a quem: **a)** — tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; **b)** — de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; **c)** — com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado" (§ 2o., segunda parte, do art. 13).

III — **Arrependimento posterior** — como o próprio nome indica, trata-se de hipótese em que o agente, após praticar o crime "sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente", está a merecer tratamento especial, perante o órgão jurisdicional. Verificado que o agente, **após** o crime, se arrependeu e manifestou, por atos inequívocos, seu arrependimento, nas hipóteses assinaladas, — "a pena será reduzida de um a dois terços", como se fora mera **tentativa** criminosa.

IV — **Agravação pelo resultado** — Trata-se dos **crimes qualificados pelo resultado,** também chamados **preterintencionais.** Como, no Código Penal vigente, a matéria ficou dubiamente situada, levando à conclusão de que o Código de 40 previu ou admitiu a **responsabilidade objetiva,** é que o novo Código explicitou que, "pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos **culposamente"** (grifou-se). Ou seja, quando tenha agido com culpa, **stricto** ou **lato sensu.** Sem o que, o resultado mais grave não agrava a pena. (Art. 19).

V) **Erro sobre elemento do tipo** — É o erro de tipo, da doutrina alemã ("Tatbestandsirrtum"). Prevê que o "erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei" (art. 20, **caput**). No § 1o., sob o **nomen juris** "descriminantes putativas", prevê, o novo Código, hipótese disciplinada no Código Penal vigente, no art. 17, **caput,** sob a denominação de **erro de fato.** E no § 3o. do mesmo art. 20, o novo Código disciplina o "erro sobre a pessoa", espécie de **aberratio,** ou, especificamente, **aberratio personae,** que o Código Penal de 40 situa no art. 53, segunda parte, no capítulo **da aplicação da pena.**

V — **Erro sobre a ilicitude do fato** — Está cristalizado no art. 21, **caput.** É o erro de proibição, da moderna doutrina alemã ("Verbotsirrtum"), que o Código Penal vigente, no art. 16, define como "ignorância ou erro de direito", de certa forma inadequadamente. Mas inova, quando dispõe que "o erro sobre a ilicitude do fato, se **inevitável,** isenta de pena; se **evitável,** poderá diminuí-la de um sexto a um terço" (grifou-se). E, no parágrafo único do mesmo art. 21, define o **erro evitável** " . . . Se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

VI — **Erro sobre a ilicitude do fato** — Está cristalizado no art. 21, **caput.** É o erro de proibição, da moderna doutrina alemã ("Verbosirrtum"), que o Código Penal vigente, no art. 16, define como "ignorância ou erro de direito", de certa forma inadequadamente. Mas inova, quando dispõe que "o erro sobre a ilicitude do fato, se **inevitável,** isenta de pena; se **evitável,** poderá diminuí-la de um sexto a um terço" (grifou-se). E, no parágrafo único do mesmo art. 21, define o **erro evitável** " . . . Se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

VII — **Excesso punível** — Pelo Código Penal vigente, só é punível o **excesso culposo,** e quando se trate da **legítima defesa** (art. 21, parágrafo único). O novo Código Penal inova, prevendo tanto o excesso **culposo,** quanto o **doloso.** Não exclusivamente no caso de legítima defesa, mas, igualmente, das **outras causas** de "exclusão de ilicitude": estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito.

Inovações que merecem aplauso.

5. Imputabilidade penal

Deste instituto, o novo Código trata, no título III, sob idêntica epígrafe, nos arts. 26 **usque** 28. Houve, aqui, alteração da terminologia, no que tange ao Código Penal de 40, que preferiu a epígrafe "da responsabilidade", — expressões que não são, propriamente, sinônimas. Eis que a **imputabilidade** é pressuposto da **responsabilidade** penal.

Principalmente inovação: adotou, o novo Código, o **sistema vicariante,** isto é, o agente ou responde pela **pena,** ou se lhe aplica uma **medida de segurança.** Em lugar do **sistema do duplo binário,** adotado pelo Código de '40, — que autoriza a aplicação de **pena e medida de segurança,** simultaneamente, ao condenado. O art. 26, **caput,** que de-

fine a **inimputabilidade absoluta,** deve ser examinado em confronto com o art. 97, **caput,** que preconiza a **internação** "em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado". Essa **internação,** contudo, pode ser substituída por **tratamento ambulatorial,** — ambas, medidas de segurança, — "Se o fato previsto como crime for punível com detenção". Se, por outro lado, o agente for **relativamente inimputável,** hipótese prevista no parágrafo único do art. 26, — e o condenado necessitar "de especial tratamento curativo, a pena privativa da liberdade pode ser substituída pela **internação,** ou **tratamento ambulatorial,** pelo prazo mínimo de um a três anos", **ex vi** do art. 28 do novo diploma. Essa substitutividade da **pena** pela **medida de segurança** constitui medida **alternativa,** que abre, ao magistrado, um mais amplo campo de manobra, permitindo-lhe individualizar adequado tratamento penal ao condenado.

6. Do concurso de pessoas

O instituto que, no Código de '40, tem o **nomen juris** de "co-autoria" é tratado no **título IV,** arts. 29 **usque** 31. Essa alteração terminológica é mais que mera mudança formal. Com ela, pretende, o novo Código, romper com a teoria **monística,** do Código de '40, distinguindo entre **autoria** e **participação.** Na exposição de Motivos, o Ministro Abi-Ackel afirma: " . . . A co-autoria não esgota as hipóteses do **concursus delinquentium".**

Como corolário dessa postura doutrinária, o novo diploma estabelece que cada agente responde penalmente, "na medida de sua culpabilidade" (art. 29, **in fine**). Doutra parte, fixa que, "se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço" da pena cominável ao agente principal, ou autor. (Art. 29, § 1o.).

Por fim, desloca do capítulo "da aplicação da pena", — art. 48, parágrafo único, do Código de '40, — para o título em foco ("do concurso de pessoas"), a "atenuação especial da pena", na hipótese de "algum dos concorrentes" ter querido "participar de crime menos grave". Caso em que "ser-lhe-á aplicada a pena deste" (art. 29, § 2o., primeira parte). Se era "previsível o resultado mais grave", a "pena será aumentada de metade" (art. 29, § 2o., segunda parte).

7. Das penas, em geral

Das penas: este, o centro das inovações introduzidas pelo novo

estatuto penal. Dedicou-lhe, a Lei 7.209/84, os arts. 33 **usque** 95, inclusive, — todo o título V.

Logo de início, uma alteração, quanto às espécies de penas: a **eliminação das penas acessórias.** Assim, desaparece a dicotomia existente no Código Penal vigente, — que estabelece a grande divisão das penas entre **principais e acessórias.** E as primeiras subdividindo-se em reclusão, detenção e multa (art. 28). Em vez disso, o novo estatuto penal, no art. 32, dispõe: "As penas são: I — privativas de liberdade; II — restritivas de direitos; III — de multa".

8. Penas privativas de liberdade

São as penas tradicionais de **reclusão** e **detenção.** Mas aqui já começam as primeiras alterações. Dispõe o art. 33 que "a pena de **reclusão** deve ser cumprida em **regime fechado, semi-aberto** ou **aberto.** A de **detenção** em regime **semi-aberto** ou **aberto,** salvo necessidade de transferência a regime fechado". (Grifou-se). Isto quer dizer que, em princípio, a detenção não será, salvo excepcionalmente, cumprida em regime fechado. Por **regime fechado** entende-se "a execução da pena em estabelecimento de **segurança máxima** ou **média"** (Grifou-se. Art. 33, § 1o., "a"). Considera-se **semi-aberto** o regime em que "a execução da pena" se verifica "em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar" (Grifou-se. Art. 33, § 1o., "b"). Já o regime **aberto** é aquele no qual "a execução da pena" se dá "em caso de **albergado** ou estabelecimento adequado" (grifou-se/art. 33, § 1o., "c").

Preconiza-se a **progressividade** no cumprimento das penas privativas da liberdade, partindo-se do regime **fechado,** passando pelo **semi-aberto,** até chegar ao regime **aberto.** Em princípio, "o condenado a **pena superior a oito anos** deverá começar a cumpri-la em regime fechado"; se não se trata de reincidente, o condenado a pena **"superior a quatro anos** e (que) **não exceda a oito,** poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime **semi-aberto"** por último, se se trata de não-reincidente, condenado a pena **"igual** ou **inferior a quatro anos,** poderá, desde o início, cumpri-la em regime **aberto"** (grifou-se/art. 33, § 2o., letras "a", "b" e "c"). Os critérios, para verificar-se qual o **regime inicial,** estão delineados no capítulo "da aplicação da pena", art. 59 **usque** 76, e levarão em conta, igualmente, o "comportamento da vítima", ao mesmo tempo que os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

Se o condenado for cumprir a **reclusão** inicialmente em **regi-**

me fechado, submeter-se-á a **"exame criminológico** de classificação para individualização da execução" (art. 34). (Grifou-se).

Admite-se "o trabalho externo (. . .) no **regime fechado",** no serviço ou obras públicas (grifou-se). Se se trata de condenado sujeito ao regime **semi-aberto,** — devendo, pois, cumprir a pena em "colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar", além do trabalho externo, como direito, o sentenciado poderá frequentar "cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior" (art. 35 e §§ 1o. e 2o.).

O **regime aberto** não tem qualquer aparato policial nem restritivo da liberdade, baseando-se "na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado" (art. 36, **caput**).

Deu-se especial destaque aos **direitos do preso:** "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o **respeito à sua integridade física e moral"** (grifou-se/art. 38). Como desdobramento desta previsão, assegura, o novo estatuto, a remuneração do trabalho do presidiário, garantindo-se-lhe "os benefícios da Previdência Social", — direitos que, todavia, deverão ser regulamentados por "legislação especial" (arts. 38 **usque** 40).

O Código Penal vigente, no seu art. 30 e §§ 1o. **usque** 7o., com as alterações introduzidas pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, já previa alguns dos preconícios que o novo estatuto penal estabelece como inovações. Todavia, com uma impropriedade gritante: é que o art. 30, referido, § 6o., prevê que "deverão ser regulamentadas por **lei local** ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente", as concessões outorgadas pelo juiz ao condenado. Pois é sabido que constitui competência privativa da União legislar sobre **regime penitenciário, ex vi** do art. 3o., inc. XVII, letra **c, in fine,** da Contituição Federal vigente.

9. Das Penas restritivas de direitos

Outra inovação significativa, introduzida pela Lei 7.209/84. No art. 43, o novo Código define as **penas restritivas de direitos:** I — prestação de serviços à comunidade; II — interdição temporária de direitos; III — limitação de fim de semana. Guardam estreita relação com as **penas acessórias** do Código Penal vigente, alinhadas no art. 67: I — a perda de função pública, eletiva ou de nomeação; II — as interdições de direitos; III — e a publicação da sentença. Mas divergem destas, — que somente se aplicam cumulativamente com as **penas principais,** reclusão, detenção e multa. Enquanto as **penas restritivas de direitos**

são "autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I — aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposo; II — o réu não for reincidente; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (art. 44, **caput**). Essa **substitutividade** das penas **privativas** da liberdade, pelas restritivas de direitos, é uma das cracterísticas fundamentais das novas espécies de penas. O que lhes dá uma conotação de medidas alternativas.

Doutra parte, o inverso também pode verificar-se, ou seja, a **conversão** das penas **restritivas de direitos** em penas **privativas da liberdade.** Isso ocorre quando: "I — sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa; II — ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta" (art. 45).

10. Prestação de serviços à comunidade

Esta espécie de pena **restritiva** de direitos "consiste na atribuição ao condenado de **tarefas gratuitas** junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais" (art. 46, **caput**). (Grifou-se). A atribuição dessas tarefas deve levar em conta "as **aptidões do condenado,** devendo ser cumpridas durante **oito horas semanais,** aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho" do condenado (grifou-se). (Art. 46, parágrafo único). Com isso, pretende, o novo estatuto penal, que o cumprimento da pena tenha, efetivamente, um verdadeiro sentido social, para que possa, o condenado, com a punição, restituir à sociedade um valor dela subtraído com a prática criminosa.

Também leva em consideração o trabalho realizado, pelo preciso, na comunidade em que tenha seu domicílio, — a fim de não retirá-lo de seu meio ambiente. Ao tempo em que executa suas tarefas profissionais, rotineiramente, — cumpra uma pena, prestando serviços à comunidade.

Uma das medidas alternativas mais significativas.

11. Interdição temporária de direitos

Tem a mesma natureza das penas **acessórias** enumeradas no art. 69 do Código Penal vigente: "I — a incapacidade **temporária** para inves-

tidura em função pública; II — a incapacidade, **permanente ou temporária,** para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder; III — a incapacidade, **permanente ou temporária,** para o exercício de tutela ou curatela; IV — a incapacidade **temporária** para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; V — a suspensão dos direitos políticos" (grifou-se). Como se vê, as penas **acessórias** podem ser **permanentes** ou **temporárias.** Enquanto que as **interdições de direitos** são, sempre, **temporárias.** Com isso, se elimina, de vez, a possibilidade da **perpetuidade** da pena, embora **restritiva de direitos,** perpetuidade inadmissível **ex vi** do art. 153, § 11, da Constituição Federal, no que tange às penas **privativas da liberdade.**

São três, as penas de interdição temporária de direitos: "I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo" (art. 47).

Como facilmente se infere, as penas **interdição temporária de direitos,** alinhadas no art. 47 do novo Código Penal, já se encontravam delineadas nos arts. 67 e 69, **caput,** do Código Penal vigente. Evidente que com características proprias, num e noutro estatutos.

12. Limitação de fim de semana

Terceira e última das penas **restritivas de direitos,** "a **limitação de fim de semana** consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por **cinco horas diárias,** em casa de albergado **ou outro estabelecimento adequado" (art. 48, caput). (Grifou-se).**

Para que a ociosidade do corpo e do espírito não venha a ocasionar ao sentenciado mais males que benefícios, — prevê-se-lhe a ministração de "cursos e palestras"; bem assim a atribuição de "atividades educativas" ao condenado. Privação parcial do **Week-end,** a **limitação de fim de semana** visa à sublimação do **relax** semanal, a que todos aspiram, na vida moderna, já assegurado pela legislação trabalhista.

Destaque-se, contudo, que o condenado não terá sacrificado todo o seu fim de semana, mas apenas **cinco horas/dia,** no **sábado** e **domingo,** isto é, **dez horas semanais.** Durante essas dez horas, não só o sentenciado se instrui, fazendo **cursos,** participando de **palestras,** bem assim de **atividades educativas,** com vistas a seu aprimoramento pessoal, como também poderá prestar o seu concurso individual àqueles que se encontrem na **casa de albergado,** ou qualquer outro estabelecimento **aberto.**

Uma medida alternativa de grande relevo social.

13. Da pena de multa

Na concepção original do anteprojeto mandado publicar pela Portaria n. 192, de 6.3.81, do Ministro Abi-Ackel denominava-se **multa penitenciária** uma das duas espécies das **penas patrimoniais** descritas nos arts. 49 **usque** 54, daquele documento (a outra era **pena reparatória,** art. 53 do referido anteprojeto).

Definida no art. 49, **caput,** e minudenciada nos §§ 1o. e 2o. desse artigo, e nos arts. 50 **usque** 52 do novo estatuto penal, a pena de **multa** adota o sistema do **dia-multa,** introduzido na legislação brasileira pelo Código Penal de 1969 (o Decreto-lei 1.004/69), que disciplinou o instituto nos arts. 44 **usque** 51, seguindo, de perto, a orientação traçada pelo Ministro Nélson Hungria, nos arts. 42 **usque** 49.

A multa "será, no mínimo, de **dez** e, no máximo, de **trezentos e sessenta dias-multas"** (art. 49, **segunda parte** do novo Código Penal). (Grifou-se). Por sua vez, o **dia-multa** terá o **valor** atribuído pelo prudente arbítrio do magistrado, "não podendo ser inferior a **um trigésimo** do maior salário mínimo mensal vigente **ao tempo do fato,** nem superior a **cinco vezes** esse salário" (grifou-se)/(art. 49, § 1o.), valor esse **atualizado,** "quando da execução, pelos índices de **correção monetária"** (grifou-se/art. 49, § 2o.). Pagável no prazo de **dez dias** após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa pode, igualmente, ser resgatada em **parcelas mensais,** a juízo do magistrado (art. 50, **caput).** Pode, também, ser paga mediante **desconto** na folha de pagamento, se aplicada **isoladamente,** ou aplicada cumulativamente com uma das penas restritivas de direitos, e concedido o **sursis** (art. 50, § 1o.). Não deve, contudo, "incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família" (art. 50, § 2o.). Como no Código Penal vigente, "a multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado **solvente** deixa de pagá-la ou frusta a sua execução" (art. 51, **caput**). Nesta hipótese, "a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano", a qual ficará "sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa" (art. 51, §§ 1o. e 2o.). Também como previsto no Código Penal vigente (art. 41), "é suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental" (art. 52).

O centro da matéria situa-se na **fixação do dia multa,** podendo variar, consoante o arbítrio do juiz, de **um trigésimo** a **cinco vezes** o maior **salário mínimo** vigente no País, ao **tempo do** fato criminoso (art. 49, § 1o.). Com isso, permite-se ao magistrado adequar a pena pecuniária a cada situação concreta, levando em consideração o **status** econômico e financeiro do sentenciado.

Quanto à **multa-reparatória** (art. 53, do anteprojeto), foi, de vez, afastada, tendo em vista tratar-se de matéria inerente ao processo civil, na tradição do direito brasileiro.

14. Cominação das penas

Cuidei da matéria com um trabalho monográfico apresentado ao "I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária", realizado em Brasília (DF), de 27 a 30 de setembro de 1981, trabalho publicado na "Revista de Informação Legislativa" do Senado Federal, número 75, p. 271 **usque** 280. Aquele trabalho concerne ao Anteprojeto da Parte Geral, mandado publicar pela Portaria ministerial n. 192, de 6.3.81, documento que dedicou à matéria epigrafada os arts. 55 **usque** 58. Assinalei, então: "Os dispositivos configurados nos artigos 55 e 57 são excrecências, por desnecessários, no bojo do Anteprojeto, podendo, sem prejuízo de sua compreensão, ser eliminados". "Os art. 56 e 58 podem ter sua construção aprimorada, bem assim os dispositivos precedentes, se — mesmo constituindo redundância — se insistir em mantê-los, à guisa de reafirmação de uma linha de pensamento consubstanciada no Anteprojeto". "De qualquer forma, desapareceria o atual Capítulo II — 'Da Cominação da Pena'. E seus dispositivos passariam a integrar o capítulo 'Da Aplicação da Pena'.

O Projeto enviado ao Congresso Nacional com a Mensagem presidencial n. 241, de 29 de junho de 1983, refundiu toda a matéria, distribuindo-a pelos arts. 53 **usque** 58 e seu parágrafo único. Na essência, porém, a matéria continua como uma excrescência, pelo que pode, como no Projeto e no Anteprojeto, ser abolida; ou, quando muito, distribuída pelos dispositivos concernentes à **aplicação da lei penal,** que o novo estatuto disciplina nos arts. 59 **usque** 76. Assim, a **cominação das penas,** que o novo Código prevê nos arts. 53 **usque** 58, repito, é um conglomerado de normas que mais se ajustariam se inseridas no capítulo "da aplicação da pena".

Fica, aí, estabelecido que "as penas **restritivas de direitos** são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em **substituição** à pena **privativa de liberdade,** fixada em quantidade **inferior**

a um ano, ou nos **crimes culposos"** (art. 54, grifou-se). Na hipótese da **substituição,** alvitrada, "as penas **restritivas de direitos terão a mesma duração** da pena **privativa de liberdade** substituída" (grifou-se/art. 55). Esclarece-se que as penas de "prestação de serviços à comunidade" e "interdição temporária de direitos" (arts. 56 e 43, incs. I e II) "aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes". Já a pena de "limitação de fim de semana" é aplicável "aos crimes culposos de trânsito" (art. 47, inc. II c/c e art. 57).

O art. 58, concernente à pena pecuniária, remete ao art. 49 e seus parágrafos, que tratam da pena de **multa.** Uma redundância.

Reafirmo que a epígrafe "da cominação das penas" não se justifica, pois a matéria aí contida ficaria mais bem situada no capítulo "da aplicação das penas", de que tratarei, imediatamente após.

15. Aplicação da pena

O instituto foi disciplinado nos arts. 59 **usque** 76 do novo estatuto penal. Tema do maior relevo, pois, por seu intermédio, a pena, abstratamente cominada, na parte especial, e na legislação extravagante, — se concretiza na **sentença** condenatória. Quanto à **fixação** da pena, — art. 59, — leva-se em conta a "conduta social" do agente, bem assim o "comportamento da vítima", a **quantidade** e a **qualidade** da pena devendo ser o "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Também estabelecerá o **regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade** (art. 59, inc. III); bem como "a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível" (art. 59, inc. IV). A propósito reza que "a pena **privativa de liberdade** aplicada, não superior a **seis meses,** pode ser **substituída** pela de **multa"** (grifou-se/art. 60, § 2o., c/c o art. 44, incs. II e III).

Mantém a **temporariedade da reincidência** (art. 64) introduzida no Dir. penal pátrio (art. 57, §§ 1o. e 2o.), pelo Código Penal de 1969, bem assim pela Lei 6.416/77, que alterou o art. 46 e seu parágrafo único, e, ainda, o art. 47 do Código Penal vigente. Assim, "para efeito de reincidência (I) não prevalece a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; ((I) não se consideram os crimes militares próprios e políticos" (art. 64, incisos I e II).

16. Crime continuado

O novo estatuto penal deu especial tratamento ao instituto do crime continuado, totalmente diverso do que lhe vem atribuindo a doutrina, igualmente diferente daquele que lhe dispensaram o Anteprojeto Hungria, o Código de 1969, e o Anteprojeto de 1981. O Anteprojeto Nélson Hungria (art. 62 e seu parágrafo único) rezava que "não é reconhecível a continuação quando se trata de crimes ofensivos de **bens jurídicos inerentes à pessoa,** salvo se as ações ou **omissões sucessivas** são dirigidas **contra a mesma vítima"** (grifou-se). Idêntico tratamento dispensou ao tema o chamado Código Penal de 1969 (art. 66, §§ 1o. e 2o.).

Na mesma linha de concepção, o Anteprojeto de 1981, art. 71, parágrafo único: "não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos arts. 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213", do Código Penal vigente (respectivamente, "homicídio", "roubo", "extorsão", "extorsão mediante sequestro" e "estupro").

O novo estatuto penal, contudo, (art. 71 e parágrafo único) admite o crime continuado "contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa", hipótese em que a pena pode ser aumentada "até o triplo", respeitado o limite de "trinta anos" de pena privativa da liberdade (arts. 71 c/c o art. 75).

Uma inovação infeliz.

17. Suspensão condicional da pena

O "sursis", no novo estatuto penal, segue o perfil que lhe traçou a Lei 6.416/77. Mas avançou alguns passos, no sentido da liberalização. A matéria é tratada nos arts. 77 **usque** 82 do novo Código Penal. Como novos ingredientes, destacam-se: a) — o beneficiário pode ter sido condenado, anteriormente, pela prática de crime culposo (art. 77, inc. I); b) — "a condenação anterior a **pena de multa** não impede a concessão do benefício" (grifou-se/art. 77, § 1o.); c) — O "sursis" pode ser concedido ao precito **maior de setenta (70) anos de idade,** mesmo que seja condenado a pena privativa de liberdade "não superior a quatro anos" (art. 77, § 2o.).

Ao "sursis" tem prevalência a substituição da pena **privativa da liberdade** por uma pena **restritiva de direitos** (art. 44 e seu parágrafo único c/c o art. 77, inc. III).

Também dispõe, o novo estatuto, que, "no primeiro ano do prazo (da 'suspensão condicional da pena') deverá, o condenado, prestar

serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). A aplicação, durante a vigência do "sursis", dessas penas **restritivas de direitos,** pode ser elidida, "se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibiliade de fazê-lo" (art. 78, §§ 1o. e 2o.). Neste caso, o juiz aplicará ao beneficiário do **sursis** as proibições de "frequentar determinados lugares" ou de "ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz", ou a obrigatoriedade de "comparecimento pessoal (. . .) a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades" (art. 78, § 2o., letras "a", "b" e "c"), alternativa ou cumulativamente.

18. Do livramento condicional

O instituto recebeu inovações que visam à sua concessão, com mais freqüência. Como aconteceu com o **sursis,** foi amplamente liberalizado. Algumas das principais alterações: a) — o beneficiário basta haver cumprido "mais de um terço da pena (. . .), se não for reincidente em crime **doloso** e tiver bons antecedentes" (grifou-se); b) — se o sentenciado houver cumprido "mais da metade" da pena privativa da liberdade, se "reincidente em crime doloso" (art. 83, incs. I e II). Enquanto que no Código Penal vigente (art. 60, **caput**), o condenado deverá ter cumprido **mais da metade** da pena, se primário; ou, se reincidente, "mais de três quartos" (inc. I/art. 60).

Para a concessão do benefício, na vigência do Código de 1940, "as penas que correspondem a infrações diversas **podem** somar-se, para efeito do livramento" (grifou-se/parágrafo único do art. 60). Já no Código de 1984, essas penas **devem somar-se** (art. 84). Ou seja, no Código Penal vigente, a soma das penas é **facultativa;** no novo estatuto penal, a soma das penas é **obrigatória,** para efeito de concessão do livramento condicional da pena privativa da liberdade.

19. Efeitos da condenação

O instituto está previsto, no novo estatuto penal, nos arts. 91 e 92, seguindo, de perto, os lineamentos traçados no Código Penal vigente. Com efeito, o art. 91, incs. I e II, letras "a" e "b", repete, **ipsis verbis,** o disposto no art. 74, incs. I e II, letras "a" e "b", do Código Penal vigente.

As inovações são introduzidas pelo art. 92, incs. I, II e III, que transformam em **efeitos da condenação as penas acessórias** previstas nos arts. 67, inc. I; art. 68, inc. I; e art. 69, incs. I, II, III e IV, do Código Penal vigente.

Diz, em verdade, o art. 92: "São também efeitos da condenação: I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos; II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso".

Todavia, com uma diferença fundamental, no que tange à aplicação da pena **acessória,** e os efeitos da **condenação.** É que as penas **acessórias** são aplicadas, em alguns casos, automaticamente, **ex vi** do art. 70 e seu parágrafo único, Código Penal vigente. Enquanto que, pelo art. 92, parágrafo único, do novo Código Penal, "os efeitos de que trata este artigo (art. 92) **não são automáticos,** devendo ser motivadamente declarados na sentença" (grifou-se).

20. Da reabilitação

Consta, no Código Penal vigente, erroneamente, como hipótese de **extinção da punibilidade** (art. 108, inc. VI, c/c os arts. 119 e 120 do Código Penal vigente). Ocorre que a **reabilitação** não é, intrinsecamente, causa de extinção da punibilidade. Já o vem demonstrando, há muito, o notável penalista mineiro, Prof. Jair Leonardo Lopes. Ademais, em nenhuma passagem do Código Penal vigente existem traços normativos de que a reabilitação extinga a punibilidade. Daí por que, corretamente, o novo estatuto penal nos arts. 93 **usque** 95, disciplinou o instituto, não como causa extintiva da punibilidade, mas como capítulo à parte, no **título das penas, — capítulo VII, do título V.**

No art. 93, **caput,** o novo estatuto estabelece que "a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o **sigilo dos registros sobre seu processo e condenação"** (grifou-se). Doutra parte, o prazo para seu requerimento é reduzido para "dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução" (art. 94), em vez de cinco anos, como agora (art. 119, § 1o. — CP/40). Negada a realibitação pode ser requerida **a qualquer tempo** (art. 94, parágrafo único), em vez de dois anos após a negativa (art. 119, § 3o., CP/1940).

21. Medidas de segurança

O instituto recebeu profundas inovações. Dele cuida, o novo

estatuto penal, nos arts. 96 **usque** 99. Essas inovações, aliás, já vinham do anteprojeto Nélson Hungria, que tratou das **medidas de segurança** nos arts. 37 **usque** 97. Igualmente, no Código Penal de 1969, em que o instituto das medidas de segurança foi disciplinado nos artigos 91 **usque** 100. No anteprojeto de 1981, a matéria foi abordada nos arts. 96 **usque** 99. E, também, nos arts. 96 **usque** 99, no Projeto de 1983.

Em todos esses documentos, uma inovação fundamental: a eliminação do capítulo concernente, no Código Penal vigente, às medidas de segurança em geral, que o Código de 1940 disciplina nos arts. 75 **usque** 87. Aí, com efeito, o diploma penal em vigor cuida: a) — da lei aplicável às medidas de segurança (art. 75), que é a "vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução"; b) — dos critérios para identificação da **periculosidade,** que pode ser **verificada** (art. 77), ou **presumida** (artigo 78); c) — da **aplicação provisória da medida de segurança** (art. 80); d) — da **revogação** do instituto (art. 81); e) — de sua **execução** (art. 82); f) — da **superveniência de doença mental** (art. 83); g) — da **inobservância da medida detentiva** (art. 85); h) — dos **efeitos da extinção da punibilidade** (art. 86); i) — e da **extinção por decurso do tempo** (art. 87).

Apesar de o anteprojeto Hungria haver suprimido o capítulo referente às **medidas de segurança em geral,** quanto às espécies manteve o critério do Código Penal vigente, dividindo-as em **pessoais** e **patrimoniais,** subdivididas aquelas em **detentivas** e **não detentivas.**

O anteprojeto de 1981 abandonou essa dicotomia, preconizando sua divisão, em: a) — **internação em manicômio judiciário;** e b) — **internação em estabelecimento psiquiátrico** anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal ou em seções especiais de um ou outro (art. 96).

O Projeto de 1983, no art. 96, estabeleceu que "as medidas de segurança são: I — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II — sujeição a tratamento ambulatorial".

Idêntico tratamento lhe daria o novo estatuto penal, igualmente no art. 96.

No art. 97, cuida da "imposição da medida de segurança ao inimputável" (art. 26, **caput**), preconizando-lhe a internação, medida substituível pelo **tratamento ambulatorial,** se a pena cominada for detenção (art. 97, **segunda parte**). No § 1o. do art. 97, estabelece o **prazo mínimo** da medida, — de **um** a **três** anos, a critério do juiz, com base, porém, em **perícia médica,** realizada ao término do prazo mínimo fixado, e repetida anualmente (§ 2o./art. 97). O **tratamento am-**

bulatorial pode converter-se em **internação** do agente, se necessária para a sua cura (§ 3o./art. 97).

O art. 98 do novo estatuto prevê a substituição de **pena** por **medida de segurança,** no caso do **relativamente imputável** (art. 26, parágrafo único), conseqüência do sistema **vicariante,** em lugar do **duplo binário.**

O art. 99 cuida dos "direitos do internado": o estabelecimento deve ter características hospitalares.

22. Extinção da punibilidade

As causas extintivas da punibilidade tiveram, na Lei 7.209/84, no que tange às **espécies** e ao **perfil** de algumas dessas causas, adequado tratamento.

O Código Penal vigente cuida da matéria nos arts. 108 **usque** 120, enumerando, como causas de extinção da punibilidade: a) — a morte do agente; b) — a anista, a graça e o indulto; c) — a **abolitio criminis;** d) — a prescrição, a decadência e a perempção; e) — a renúncia ao direito de queixa, e o perdão aceito, nos crimes de ação privada; f) — a reabilitação; g) — a retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; h) — o casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes definidos nos arts. 213 **usque** 222, da Parte Especial do Código Penal vigente; i) — o casamento da ofendida com terceiro, nas hipóteses dos crimes aludidos, se não cometidos com violência real ou grave ameaça, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal ou prazo de 60 dias, a contar da celebração do casamento; j) — o ressarcimento do dano, no crime de peculato culposo (art. 108, **caput,** c/c a Lei 6.416/77).

O anteprojeto Hungria inseria, entre as causas de extinção da **culpabilidade,** o **perdão judicial** (art. 107, inc. V). No Código Penal de 1969, o **perdão judicial** era, também, — art. 107, inc. V, — incluído entre as causas extintivas da **punibilidade.** O anteprojeto de 1981 não contemplou o **perdão judicial** dentre as causas extinivas da punibilidade, elencadas no art. 107, que retornaria no Projeto de 1983, art. 107, inc. IX.

O novo estatuto penal, — art. 107, — inseriu, entre as causas extintivas da punibilidade, o **perdão judicial** (inc. IX), "nos casos previstos em lei". E excluiu a **reabilitação** e o **ressarcimento do dano,** no peculato culposo (art. 108, incs. VI e X CP-1940). A exclusão destas causas, contudo, se deu apenas por motivos de natureza técnica, eis que os institutos da **reabilitação** e do **ressarcimento do dano**

no crime de peculato culposo permanecem na sistemática de nosso Direito Penal. A **reabilitação** passou, pela Lei 7.209/84, a ser disciplinada nos arts. 93 **usque** 95, de que já tratei, linhas volvidas. O **ressarcimento do dano** se mantém, como causa específica de extinção da punibilidade, no art. 312, § 3o., do Código Penal vigente. Doutra parte, a mesma previsão se verifica no anteprojeto da Parte Especial ("Diário Oficial" da União de 19.7.84), art. 322, § 3o. A **reabilitação,** de acordo com a nova ótica legislativa, passa a ser **capítulo** (VII) do **título** genérico **das penas** (V).

A meu ver, as inovações introduzidas, neste particular, têm pertinência.

23. Da Prescrição

Dentre as causas extintivas da punibilidade, a prescrição é, sem dúvida, o instituto mais complexo e, por isso mesmo, o mais importante. Não admira, pois, que, a propósito desse instituto, se tenham elaborado normas em maior número.

Para dirimir possíveis dúvidas originadas na doutrina, já o anteprojeto Nélson Hungria, no art. 109, orientava: "A prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena". E, adiante, no art. 110 e seu § 2o., bem assim no § 4o., dispunha sobre a prescrição da **ação penal.** No mesmo sentido, o Código Penal de 1969, nos arts. 109, 110 e seus §§ 2o. 4o. e 5o.

Na linha do anteprojeto de 1981, e do Projeto de 1983, o novo estatuto penal não distingue entre prescrição **da ação** e prescrição da **execução.** Como, aliás, o Código Penal vigente.

Entretanto, elaborou outros dispositivos, sobre a matéria.

Após cuidar, no **caput** do art. 109, dos **prazos prescricionais,** trata, no parágrafo único desse artigo, da "prescrição das penas restritivas de direito", assinalando que se aplicam "às **penas restritivas de direito** os mesmos prazos previstos para as **privativas de liberdade**" (grifou-se).

No art. 110, após disciplinar a "prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória" (**caput**), e, no § 1o., "a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado **para a acusação**" (grifou-se), estabelece, no § 2o. (art. 110), que a "prescrição, de que trata o parágrafo anterior, **pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa**" (grifou-se), orientação diametralmente oposta à fixada no art. 110, § 2o., do Código Penal vigente, onde se estabelece que, nesta hipótese, a pres-

crição **não pode** ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

No art. 111, exclui, o novo Código, do **termo inicial** da prescrição **antes** de transitar em julgado a sentença final, **o crime continuado** (art.111, inc. III), permanecendo a norma concernente aos crimes **permanentes.**

Quanto à **redução** dos **prazos** prescricionais, dispõe, no art. 115, que "são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, **ao tempo do crime,** menor de vinte e um anos, ou, **na data da sentença,** maior de setenta anos" (grifou-se), distinção que o Código Penal vigente não estabelece, art. 115 (entre **tempo** do crime e **data** da sentença).

No art. 119, frisa que, "no caso de **concurso de crime,** a extinção da punibilidade incidirá sobre a **pena de cada um, isoladamente"** (grifou-se). Com isso, evita celeuma na interpretação do art. 75, § 1o., do novo estatuto, que prevê a **unificação das penas.**

24. Do Perdão Judicial

Esta causa extintiva da punibilidade **explicitada** no art. 107 do novo Código Penal, a bem dizer já existia, na sistemática do direito punitivo pátrio.

Só que não na parte geral do Código Penal, cujo art. 108, que cuida, no Código Penal vigente, das causas extintivas da punibilidade, — ignora o instituto.

Na Parte Especial, contudo, o **perdão judicial** é encontrado, disciplinando situações específicas.

Com efeito, após tipificar, no art. 180, **caput,** o crime de **receptação,** o Código Penal vigente, no parágrafo 3o. daquele dispositivo, reza que,

"No caso do § 1o. (**receptação culposa**), se o criminoso é primário, **pode, o juiz,** tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena" (grifou-se). Está, aí, embutido o instituto do **perdão judicial,** — eis que a lei faculta ao magistrado **deixar de aplicar a pena.** Ou seja, **perdoar** o condenado.

Não há dúvida, todavia, de que o legislador de 1984 agiu acertadamente ao inserir, entre as causas extintivas da punibilidade, o perdão judicial. Porquanto, previsto na Parte Geral do Código Penal, aplica-se a todas as figuras típicas da Parte Especial do Código Penal, bem assim a toda a legislação extravagante, vale dizer, a legislação penal especial, deixando, assim, de referir-se, apenas, a uma figura típica, ou a algumas figuras típicas.

Daí por que o anteprojeto Nélson Hungria explicitou o instituto no art. 107, inc. V. Orientação seguida pelo Código Penal de 1969, art. 107, inc. V, igualmente. E, embora o Anteprojeto de 1981 não o tenha contemplado, no art. 107, — supriu a lacuna o Projeto de 1983, art. 107, inc. IX, especificando que o **perdão judicial** se aplica **nos casos previstos em lei.**

O art. 120 do novo Código Penal, — com o que se encerra a Parte Geral do estatuto, — é dedicado ao **perdão judicial.** Estabelece que "a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência".

Aí se localiza a essência das normas concernentes ao perdão judicial. Porquanto, no sistema penal vigente, mesmo **perdoado,** o réu será tido como **condenado.** De sorte que, se vier a ser, novamente, condenado, ter-se-á a reincidência.

Pelo art. 120 do novo estatuto penal, essa sentença, concessiva do perdão, — embora, em princípio, tenha **natureza condenatória,** como tal será considerada, na hipótese de o agente vir a cometer nova infração penal.

Uma inovação muito feliz, que acentua o caráter liberal da nova legislação penal.

25. Considerações Finais

O novo Código Penal brasileiro apresenta algumas singularidades, de forma e conteúdo. Suas inovações são alvissareiras, pois tendem a liberalizar o tratamento do indivíduo que, por infelicidade, vier a cometer uma infração penal.

No que tange à **aplicação da lei penal,** — arts. 1o. **usque** 12, — é de elogiar-se a ampliação de nossa soberania, no que tange à **territorialidade,** cujo conceito transcende a noção de **território** propriamente dito, pela nova lei (art. 3o. e §§ 1o. e 2o.).

No que diz respeito ao **crime,** — é de aplaudirem-se os institutos do **arrependimento posterior** (art. 16) e do **erro sobre a ilicitude do fato** (art. 21, **segunda parte).** Além da explicitação sobre a **omissão relevante** (art. 13, § 2o.). / (Arts. 13 **usque** 25).

No título da **imputabilidade penal** (arts. 26 **usque** 28), a introdução do sistema **vicariante,** substituindo o sistema **duplo binário,** evitará que o indivíduo sofra, com a condenação, **pena** simultaneamente à **medida de segurança.**

No **concurso de pessoas** (arts. 29 **usque** 31), individualizou-se a responsabilidade penal do agente, precisando o grau de participação no evento delituoso.

No conglomerado de normas concernentes às penas, título V, arts. 32 **usque** 95, — as inovações foram as mais profundas: a) — introdução das penas restritivas de direito; b) — a pena de multa relacionada ao **dia-multa**, e, com isso, podendo identificá-la com o poder econômico-financeiro do sentenciado; c) — o **sursis** e o **livramento condicional** serão mais frequentemente aplicáveis; d) — antigas penas **acessórias** se transformam em **efeitos da condenação;** e) — a **reabilitação** deixa de ser o que **nunca** foi (causa extintiva da punibilidade) para ser o que **sempre** foi, instrumento de **recuperação do status** do condenado.

As **medidas de segurança** foram reduzidas, quantitativamente, à mínima expressão: apenas duas espécies (arts. 96 **usque** 99).

As **causas extintivas da punibilidade** (arts. 107 **usque** 120) foram mais bem disciplinadas, como já foi assinalado.

Não há razão, porém, para que se previsse a entrada em vigor da Lei 7.209, de 11.7.84, para "seis meses após a data de sua publicação", — o que se deu a 13.7.84. Assim, a nova lei penal entrará em vigor no **dia 13 de janeiro de 1985.**

Melhor seria que houvesse disposto, no seu artigo 5o., que "esta lei entra em vigor no **dia 1o. de janeiro** de 1985". Como o fez o Código Penal de 1940, cujo art. 361 reza que entraria em vigor no **dia 1o. de janeiro de 1942.**

Como, efetivamente, a partir de então, passou a viger.

RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

(Algumas Observações Pertinentes)

GETÚLIO TARGINO LIMA
Procurador do Estado e
Professor de Direito da UFG

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 496, **verbis:** "Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:

I — apelação;
II — agravo de instrumento;
III — embargos infringentes;
IV — embargos de declaração;
V — recurso extraordinário".

Há que se começar, pois, pela análise do recurso apelatório em certos pontos que me parecem pedir alguma observação a mais.

I — DA APELAÇÃO

O art. 514 do Código de Processo Civil, mencionando a petição mediante a qual se interpõe o recurso apelatório, declara que ela conterá:

a) — os nomes e a qualificação das partes;
b) — os fundamentos de fato e de direito;
c) — o pedido de nova decisão.

(*) Palestra proferida no auditório da Faculdade de Direito da UFG, em 23 de agosto de 1983, em Jornada Cultural do IAG.

Sem embargo da validade dos outros requisitos, parece-nos que, no recurso de apelação, ter o apelante que, de novo, qualificar-se e ao apelado é formalismo perfeitamente dispensável.

E assim entendemos, porquanto, nesse recurso, os efeitos são ou apenas devolutivo ou devolutivo e suspensivo. Em qualquer das duas hipóteses, os autos sobem ao Tribunal, pois neles está ínsita a peça recursal e, nesses autos, a qualificação das partes é peça obrigatória da petição inicial, conforme o art. 282, II do C.P.C. . E tanto parece verdadeira tal conclusão que a prática do recurso não registra rejeição, corrigenda ou reprimenda de juízes ou tribunais ante a petição de recurso apelatório onde não se qualifiquem as partes.

Ressalva-se apenas a hipótese de o recorrente ser alguém que, até o momento, não figurava no processo (terceiro prejudicado), como bem lembra BARBOSA MOREIRA. Em tal hipótese, todavia, temos a qualificação da parte e não **das partes,** como pontifica a legislação processual.

O art. 515, **caput,** do C.P.C., afirma que a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, enquanto que o art. 520 do mesmo Diploma trata dos efeitos devolutivo e suspensivo do recurso.

No uso de ambas as palavras, não parece ter sido o legislador de felicidade completa, pois, embora os bons dicionaristas reconheçam no verbo **devolver** o sentido de transferir, entregar, conceder, esse verbo é muito mais freqüentemente utilizado com outros significados, tais como mandar ou dar de volta, restituir, dizer em resposta, replicar, não aceitar, recusar, refletir, retratar. Parece que a tradição, o uso repetido, consagrou a terminologia jurídica do verbo, embora com mais vantagem pudesse ser utilizado outro de nossa língua.

Destino melhor não tem a palavra suspensivo, que sobre ser errôneamente interpretada, em termos de doutrina, como o efeito que tem o recurso de impedir a execução da decisão atacada, quando na verdade o recurso, pelo efeito suspensivo, impede toda a eficácia da decisão atacada — além disto, repito, pelo valor e significado específico da palavra (suspensivo), deixa a perfeita impressão que a decisão tinha eficácia geral e ou executiva, se fosse o caso, eficácia essa que se suspende ante a interposição do recurso, o que não é verdade. A decisão, passível de recurso, **não é eficaz,** enquanto transcorre o prazo para a interposição desse remédio processual. Interposto, prorroga-se por mais algum tempo a ineficácia já existente, face à pendência da possibilidade de um recurso com efeito suspensivo. A suspensividade, portanto, não suspende uma eficácia existente. Prorroga a ineficácia que existia face à possibilidade do remédio recursal.

Os §§ 1o. e 2o. do art. 515 do Código Instrumental referem-se a aspectos graves do recurso apelatório: O seu raio de abrangência e a sua profundidade.

Dispõem, com efeito, os dois parágrafos:

"Art. 515 .....

§ 1o. Serão porém objeto da apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2o. Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juíz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".

Desse texto legal se dessume que, em termos de profundidade, o efeito devolutivo é completo. Não se restringe apenas às questões efetivamente resolvidas no primeiro grau de jurisdição. Alcança também as que poderiam ter sido apreciadas.

Assim,

a) — as questões examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão inferior não se tenha manifestado (por exemplo, a nulidade do ato jurídico de que se tenha originado o suposto direito do autor e as **quaestiones juris);**

b) — as questões que, não sendo examináveis de ofício, não foram apreciadas, embora suscitadas e discutidas pelas partes.

Daí resulta que a apelação, no caso do § 1o. do art. 515, devolve ao tribunal o conhecimento de todas as questões **suscitadas e discutidas.** Não basta, pois, que a parte as haja levantado. Para que o tribunal delas tome conhecimento, pela apelação, é necessário que, levantadas por uma parte tenham sido discutidas pela outra, impugnadas pela parte adversa.

No que respeita ao § 2o., mais colorido apresentam as hipóteses que dele decorrem.

Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro ou repelindo-o, a apelação do réu devolverá, automaticamente, ao tribunal, o conhecimento de ambos os fundamentos. Nesse caso, a sentença será cassada, se nenhum dos dois fundamentos, ao ver do tribunal, for suficiente para mantê-la, prevalecendo as alegações do apelante. Poderá, todavia, ser mantida a sentença, por seus próprios fundamentos, se o tribunal entender que o outro fundamento, não apreciado no primeiro grau, realmente é inservível para a hipótese, assim como pode acontecer

de o tribunal entender impróprio o fundamento segundo o qual o pedido fora julgado procedente e próprio o fundamento que fora omitido ou repelido. Nesse caso, o recurso do réu será improvido, confirmada a sentença, na sua conclusão, mediante correção dos motivos.

No mesmo sentido ocorre quando o réu opõe ao pedido do autor duas defesas e o juíz julga improcedente o pedido, mas acolhendo apenas uma das duas defesas do réu. A apelação do autor devolve ao tribunal o conhecimento de ambas as defesas.

O que me parece, aí, da maior relevância é que a parte vencedora, em caso de rejeição de um de seus fundamentos ou omissão a respeito deles, não precisa interpor apelação autônoma ou adesiva (que, aliás, seria imprópria, e até mesmo inadmissível). Nem mesmo para insistir no fundamento desprezado precisa a parte apelada contra-arrazoar o recurso do apelante para finalidade de o tribunal conhecer o fundamento, do pedido ou da defesa, desprezado ou omitido.

A devolução e, portanto, o conhecimento pelo tribunal do fundamento omitido ou desprezado se dará de qualquer maneira, por força do dispositivo legal, automaticamente, com a interposição do recurso apelatório.

II – DO AGRAVO

De início, nomeia o Código este recurso com a denominação expressa de **agravo de instrumento** (art. 496, II do C.P.C.), silenciando sobre outro tipo desse mesmo recurso, embora no § 1o. do art. 522, do mesmo Código, reconheça o legislador processual ao agravante o poder de pedir que o agravo fique retido nos autos, a fim de ser apreciado oportunamente pelo tribunal.

Eis o texto do art. 522 e seus parágrafos:

"Art. 522 – Ressalvado o disposto nos arts. 503 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

§ 1o. na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal.

§ 2o. Requerendo o agravante a imediata subida no recurso, será este processado na conformidade dos arts. seguintes".

Diante dos dispositivos legais, e ante a prática procedimental, não vejo como de boa técnica denominar-se o recurso que ataca as decisões interlocutórias de agravo de instrumento, ficando o agravo retido

como uma subespécie do agravo de instrumento. Pelo contrário, ao meu ver, a nomenclatura mais condizente com a realidade seria a de chamar-se o recurso, simplesmente, de **agravo.** A qualificação viria a **posteriori,** ante a escolha do procedimento a ser adotado. Assim, desejando o recorrente que o recurso tivesse subida imediata ao tribunal, necessário se faria, e imperioso mesmo ante o caráter meramente devolutivo do agravo, que se formasse o competente instrumento, que nada mais é do que a soma das peças da inicial, de resposta ao recurso e mais aquelas que devem ser obrigatoriamente trasladadas, assim como as que recorrente e recorrido pedirem para a formação do falado instrumento. Aí a razão de ser da nomenclatura "agravo de instrumento", porquanto, para que esta espécie de agravo se processe, imprescindível é que se forme o competente instrumento, que sobe ao tribunal, evidentemente apartado dos autos do processo de conhecimento. O mesmo não se dá com o agravo retido. Este não depende da formação de qualquer instrumento, porque é interposto nos autos do processo de conhecimento. A petição através da qual o mesmo é interposto não será autuada à parte, mas juntada aos autos onde se proferiu a decisão interlocutória considerada prejudicial. É pois de se ver que não há que falar em instrumento, pois as peças que o formariam já se encontram nos autos, aos quais também se juntará a inicial do recurso. Fique desde logo lembrado que a eficácia, o significado e finalidade do agravo de instrumento são as mesmas que as do agravo retido. Assim, não havia como o Código de Processo Civil, ao elencar os recursos, mencionar como um deles o agravo de instrumento, como se o retido fosse uma subespécie deste, provocando inclusive a corruptela que às vezes se ouve e lê do "agravo de instrumento retido".

Ainda sobre o agravo retido, importante é um aspecto de seu procedimento. Tenho observado, no dia a dia do exercício profissional, que juízes e tribunais têm processado, os primeiros, e admitido, os segundos, que o agravo retido se reduza à petição do agravante, que contém o tradicional despacho: "Recebo o recurso. Junte-se aos autos", terminando por aí, de tal sorte que, quando da apelação, pede o recorrente a análise, como preliminar, do agravo retido, e o tribunal o faz, sem que a peça recursal tenha tido qualquer oposição.

Entendo que o agravo retido tem o mesmo caráter de contenciosidade, de bilateralidade que o agravo de instrumento e que os demais recursos propriamente ditos têm. Logo, inadmissível que o mesmo seja processado sem que o agravado seja intimado expressamente para apresentar suas contra-razões ao recurso interposto. Dir-se-ia que o Código, em nenhum momento, determina expressamente que isto se faça. É verdade, tanto quanto é certo que, em apenas um parágrafo, o § 1o.

do art. 522, fica regulado todo o procedimento do agravo retido. Todavia, nem por isto o bom senso jurídico deve ausentar-se. No texto específico do agravo retido não há, também, qualquer menção de que as razões do recurso devam acompanhar a petição com a qual o mesmo é interposto, mas os tribunais, sabiamente, têm deixado de conhecê-lo, quando não esteja acompanhado das razões de sua interposição. E isto, face ao bom senso e ao sistema jurídico-processual que impõem ao recurso a competente fundamentação. As mesmas razões impõem ao agravo retido a resposta do agravado, pena de ficar o tema jungido à análise de apenas uma parte interessada, produzindo-se inegável cerceamento de defesa.

O único "recurso" que se opõe sem obrigatoriedade de resposta são os embargos declaratórios que, por isto mesmo, não são considerados como um recurso, na inteireza da conceituação processual, mesmo porque, ao invés de visarem as mudanças totais ou parciais na decisão atacada, se destinam a produzir o esclarecimento da sentença ou do acórdão, quando neles se possam detectar contradições, omissões, dúvidas ou obscuridades. Tal desiderato é de interesse de ambas as partes litigantes, não havendo porque uma delas se opor à outra. O mesmo não acontece no agravo retido onde o agravante busca a mudança da decisão atacada, no que contraria o interesse do agravado, que foi beneficiado com o pronunciamento judicial.

III — EMBARGOS INFRINGENTES E DE DIVERGÊNCIA

O art. 531 do C.P.C. declara que os embargos infringentes serão deduzidos por artigos. Tal assertiva, no dizer dos doutrinadores, implica a petição articulada, pormenorizada, com a indicação específica dos pontos onde se verificaram os desacordos entre o pensamento da maioria, expresso no acórdão e o pensamento da minoria, lançado nos votos vencidos.

Tenho para mim que esse cuidado, essa preocupação em mostrar, articuladamente, os pontos de desacordo entre o que deseja o recorrente, e o que decidiu a justiça, são apanágios de todos os recursos e não apenas dos embargos infringentes. Aí por que tenho por desnecessária a disposição do art. 531, como que a especificar a exigência que só fosse cabível para o recurso ora sob análise.

No processamento dos embargos infringentes, declara o Código, no § 2o. do art. 533, que "a escolha do relator recairá, quando possível, em juíz que não haja participado do julgamento da apelação ou da ação rescisória".

Tal preceito consagra regra importante, porém com pequeno defeito de técnica, por ao estabelecer o "quando possível" do parágrafo acima mencionado, quis evitar que o relator a ser sorteado fosse juíz já participante do julgamento embargado, reconhecendo, todavia, que nem todos os tribunais do país podem cumprir essa regra. Assim, o relator sorteado, se não for possível de outra forma, poderá ser algum dos participantes do julgamento da rescisória ou da apelação, todavia, nos precisos termos do art. 533, **caput,** NUNCA SERÁ O MESMO RELATOR, por motivos óbvios.

Nesta parte do estudo, porém, o que desejo é enfocar a necessidade premente da implantação dos embargos de divergência nos tribunais ordinários do país. Como se sabe, o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 546, tratando do procedimento do Recurso Extraordinário, acabou por instituir, no Supremo, a presença de um outro recurso, que não são os Embargos infringentes, e que a lei denominou apenas de embargos, nestes termos: "Art. 546. . . . . .

. . . . . .

Parágrafo Único — Além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário.

É certo que o texto não determina que tais embargos sejam de divergência, apenas nomina o recurso como "embargos", porém, no uso correntio, passaram a se denominar "de divergência", pois o seu fundamento é exatamente a divergência, o dissenso entre o julgamento embargado e o de uma outra turma ou do plenário do S.T.F.

Nos tribunais ordinários, o C.P.C. não contempla a possibilidade dos embargos de divergência, sob a alegação de que, para isto, já existe a uniformização de jurisprudência, que é um dos sucedâneos dos recursos.

Como se viu do disposto no parágrafo único do art. 546 do C.P.C., o que caracteriza a possibilidade dos embargos "de divergência" no Supremo é exatamente o dissenso entre o pensamento de uma turma e outra do S.T.F. e entre uma turma e o plenário do S.T.F.

Nos tribunais ordinários, ocorrido esse tipo de dissenso, de divergência entre uma turma e outra, ou câmara, ou grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas, procede-se à uniformização de jurisprudência, que é um incidente nos julgamentos dos tribunais, mas que, inegavelmente, se aplicado, viria a dar coerência e unidade ao pensamento jurisprudencial interno das Cortes de Justiça. Acontece que, como bem lembra JOAQUIM DE ALMEIDA BATISTA, em recente trabalho pu-

blicado na Juriscível a respeito da tese, "a uniformização de jurisprudência não resolveu a questão da diversidade de se encarar o Direito. Não se conhece a edição de uma Súmula sequer do TJESP; nos Tribunais de Alçada, poucas foram editadas. A razão é simples: não se sumula, com receio de que o S.T.F. venha a decidir diversamente do Tribunal Ordinário. Sumulando o S.T.F., é despiciendo os Tribunais Ordinários fazerem-no sobre o mesmo assunto". (Juriscível do S.T.F., n. 120/13).

E o resultado é que continuamos com posicionamentos controversos dentro dos diversos tribunais ordinários do país.

IV – DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Quanto ao Recurso Extraordinário, a matéria é vasta. Todos sabemos como o RE hoje se tem tornado cada vez mais penoso, do mais dificultoso acesso, de tal maneira que se conseguir que a Suprema Corte se manifeste sobre a questão posta em juízo, no seu mérito, é tarefa gigantesca, consolidando-se a crença de que, de ordinário, as causas terminam no julgamento dos tribunais inferiores.

Mesmo assim, pela vivência na prática e exercício desse recurso, desejo fazer observação sobre dois aspectos de seu procedimento. Um acrisolado ainda no Código de Processo Civil, e outro no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Como é de todos sabido, o Recurso Extraordinário se interpõe de decisões proferidas por outros Tribunais, nas hipóteses previstas no art. 119, III, alíneas **a** até **d** da Contituição Federal e arts. 139 e 143 da mesma Constituição, observadas as ressalvas do art. 325 incisos, alíneas e parágrafos do RI do S.T.F.

Diz o Código de Processo Civil que a petição do recurso extraordinário, que é apresentada ao Presidente do Tribunal recorrido, deverá conter a exposição do fato e do direito e os fundamentos jurídicos do pedido de reforma da decisão (art. 452, I e II).

Tais fundamentos, todavia, pertinem ao cabimento do recurso, tanto que, recebida a petição pela secretaria do Tribunal, intimar-se-á o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de 5 (cinco) dias para impugnar o cabimento do recurso e, findo este prazo, o Presidente do Tribunal recorrido, em decisão fundamentada, admitirá ou não o recurso. Evidentemente que não lhe julgará o mérito, assunto que compete ao

S.T.F., nem sua decisão de admissibilidade obriga o S.T.F., que pode, na subida do recurso, dar por sua inexistência, não o conhecendo. Por isto, se admitido o recurso pelo Presidente do T.J., abrir-se-á vista dos autos ao recorrente e ao recorrido sucessivamente, no prazo de 10 (dez) dias para cada um, a fim de que apresentem suas **razões.** Aí o problema, para o recorrente. É que, para não correr o risco de perder o primeiro lance do recurso, a sua admissão inicial, o recorrente, a título de demonstrar sua admissibilidade, geralmente esgota todos os argumentos de que dispõe, nada mais tendo que fazer nesta nova oportunidade de razões de que fala o C.P.C. E, já prevendo isto, na petição de interposição do recurso extraordinário, apresenta razões dirigidas aos Ministros do S.T.F., sem com isto, de forma alguma, pretender menosprezar o Presidente do Tribunal Ordinário, mas simplesmente porque as razões de cabimento e as de fundo do recurso de tal maneira se amalgamam que é impossível separá-las. Para evitar ferir, todavia, suscetibilidades, deve o recorrente declarar, expressamente, que as razões anexas, apenas por interesse didático ou de economia processual, já estão dirigidas aos Ministros do S.T.F., sendo, porém, as mesmas a que alude o item II do art. 542 do C.P.C.

Outra interessante situação é a da argüição de relevância, prevista nos artigos 325 e 328 do RI do S.T.F. Como se sabe, a argüição de relevância da questão federal é uma das fórmulas de se levar ao S.T.F., em recurso extraordinário, matéria que não pode ser objeto desse recurso, em virtude de estar incluída entre as vedações do artigo 325 do RI.

Pois bem, ao argüir o recorrente, no RE, a relevância da questão federal, sem que outros fundamentos sustentem o apelo extremo, **ipso facto** estaria confessando que o seu caso é vedado pelas proibições do art. 325 do RI.

Tanto que, nessas hipóteses, o Presidente do Tribunal recorrido nega seguimento ao RE, mas manda processar a argüição de relevância. E não há que se pensar em agravo de instrumento, porquanto o próprio recorrente reconheceu a vedação legal, apelando então para a argüição de elevância. Situações existem, todavia, em que o recorrente não está bem certo quanto a se enquadrar o seu caso nas proibições do RI do S.T.F. Interpõe o extraordinário, mas também está assaltado do receio da não admissão do mesmo, sendo de valer-se então da argüição de relevância. Em tais hipóteses, julgo perfeitamente válida a interposição do recurso extraordinário com e sem argüição de relevância, isto é, a presença da argüição de relevância (face a razoável dúvi-

da quanto à vedação ou não do RI) não implicará na renúncia ao direito de o RE subir independentemente da relevância, oportunidade quando, negado o seguimento e determinado o processamento da relevância, cabe o agravo de instrumento contra o ato que denegou o seguimento do recurso, valendo-se, assim, o interessado de dois meios de chegar ao Supremo.

2 - JURISPRUDÊNCIA