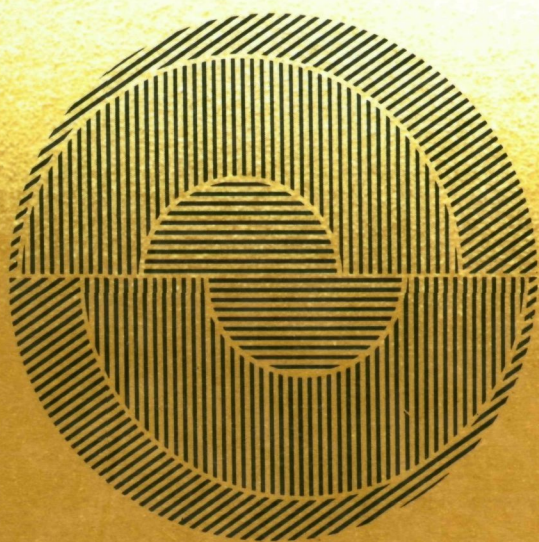


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1980

ANO 17 • NÚMERO 67

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
a. 17 n. 67 — julho/setembro 1980

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

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

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

Direção:
LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Redação:
ANA VALDEREZ AYPES NEVES DE ALENCAR (Chefe)
PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:
Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 17	n. 67	jul./set. 1980
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 120,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	Pág.
HOMENAGEM	
João Mangabeira — Senador <i>Paulo Brossard</i>	5
COLABORAÇÃO	
Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	61
Prerrogativas do Poder Legislativo — <i>Nelson de Souza Sampaio</i>	77
Relações entre os Poderes Legislativo e Executivo — <i>A. Machado Pauperio</i>	111
O ombudsman parlamentar — <i>Osmar Alves de Melo</i>	119
O <i>judiciário</i> republicano e sua realização através da doutrina brasileira do <i>habeas corpus</i> — <i>Haroldo Valladão</i>	127
Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal — <i>Rubem Nogueira</i>	135
Direito de informação — <i>Barbosa Lima Sobrinho</i>	147
Inscrição de estrangeiros nos quadros da OAB e a exigência inconstitucional da reciprocidade — <i>Arx Tourinho</i>	199
Intervenção do Estado nas relações industriais nos anos 80 — <i>Coqueijo Costa</i>	207
Ilegalidade no lançamento dos impostos predial e territorial urbano — <i>Alberto Xavier</i>	227
Diretor de S.A. e relação de emprego — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	231
Normas de trabalho no Anteprojeto da nova CLT — <i>José Martins Catharino</i>	263
Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo — <i>Hely Lopes Meirelles</i>	273
O Direito Disciplinar — <i>Ney da Fontoura Boccanera</i>	283
Novos rumos do Direito Civil português — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	297
Sugestões para uma reforma da lei do divórcio — <i>Celso Antonio Rossi</i>	303
Domínio público em matéria de Direito de Autor — <i>Antônio Chaves</i>	307
Sistema tradicional e sistema finalista na dogmática jurídico-penal continental europeia — <i>Nelson Pizzotti Mendes</i>	333
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	353

João Mangabeira

Senador PAULO BROSSARD

De João Mangabeira se costuma dizer que era o discípulo amado de Rui Barbosa. Não contesto. Acho até que em João se renovou o fenómeno Rui, cuja herança doutrinária adiu por direito de conquista. A mesma linha de cultura, o mesmo brilho de expressão oral, o mesmo gosto pela controvérsia, a mesma paixão pelo Direito. Até no olhar arde-lhe a chama da combatividade. Vi-o na glória da tribuna e na prisão. Sempre igual.

JOÃO NEVES DA FONTOURA

Memórias, 1958, I, p. 175.

O Senado reverencia hoje, no centenário de seu nascimento, a memória de JOÃO MANGABEIRA. Parlamentar por longos anos, Deputado Estadual, Deputado Federal, foi Senador apenas alguns meses. Aqui chegou em maio de 1930, para em outubro ver as portas do Congresso fechadas pelo movimento revolucionário vitorioso. Mas, a despeito da fugacidade de sua passagem por esta Casa, foi aqui que ele exarou o famoso e formoso voto, que se tornaria parecer da Comissão de Justiça, em favor da viúva de um guarda civil. Por si só ele revela a formidável musculatura intelectual do seu autor. Remonta à histórica decisão de 4 de agosto de 1789 para asseverar que

“a igualdade é uma abolição de privilégios dos fortes. Não é, nem pode ser nunca, um obstáculo à proteção que o Estado deve aos fracos. Consiste a igualdade, sobretudo, em considerar desigualmente situações desiguais, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da

O tempo destinado aos oradores do expediente da sessão de 23 de junho foi dedicado a reverenciar a memória de JOÃO MANGABEIRA, nos termos do Requerimento n.º 226, de 1980, de autoria do Senador PAULO BROSSARD e outros Srs. Senadores. Em nome do Senado falou o Senador PAULO BROSSARD.

sorte das classes. A concepção individualista do direito desaparece ante a sua socialização, como instrumento de justiça social, solidariedade humana e felicidade coletiva.”

É o parecer que termina com estas palavras:

“no Brasil, se tem feito, até hoje, a política dos ricos, o direito dos ricos, a justiça dos ricos. É tempo que se faça também a dos pobres. O Estado, que tem favorecido sempre as classes abastadas, ou mais felizes na luta pela vida, não pode afrontar a pobreza humilde, sofredora e miseranda, valendo-se, como devedor relapso, da iniquidade de uma prescrição para recusar a uma viúva sexagenária e miserável o pagamento de uns mil réis com que possa comprar uns metros de pano ou umas padas de pão”.

Fugaz foi sua passagem pelo Senado, Senado que ele, unicameralista que era, considerava assembléia “decrépita e supérflua”. Pois é esta Câmara, por ele tão severamente julgada e que ele por tão pouco tempo integrou, que neste momento lhe rende homenagem e merecida homenagem.

É que quaisquer que sejam os juízos que se possam fazer sobre tais ou quais idéias que haja emitido o parlamentar baiano, ele aparece entre as grandes figuras do Parlamento brasileiro. Se deste se fizesse reduzida seleção, segundo critérios rigorosos, ninguém votaria pela exclusão do nome de MANGABEIRA.

Homem de raro talento, aos dezessete anos terminou o curso jurídico. Seu pai, homem pobre, procurou o Governador da Bahia para solicitar um emprego de promotor ao filho recém-formado, tendo o Conselheiro LUIZ VIANA respondido mais ou menos desta forma: “mas JOÃO ainda não tem figura para exercer autoridade”. Ele tinha dezessete anos.

Pobre, muito pobre, foi advogar em Ilhéus. Lá, ninguém dava crédito àquele bacharel com cara de criança. Até que um dia, iniciando-se a sessão anual do júri, entrava em julgamento um réu pobre e sem advogado. Para defensor do réu pobre e sem advogado o Juiz nomeou o Dr. JOÃO MANGABEIRA, que lá se encontrava. Do processo ele ignorava tudo. Mas, ouvindo o relatório do magistrado, tudo guardou, nomes, páginas, pormenores. E mal o promotor conclui a acusação, o jovem advogado de defesa, minutos antes designado, estraçalha a acusação, apontando-lhe contradições, corrigindo nomes, indicando páginas do processo que ele não chegara a manusear. O réu foi absolvido... e a partir de então Ilhéus passou a acreditar no advogado que era pouco mais que uma criança e seu escritório entrou a ter clientes. Não tardou a ingressar na Assembléia do Estado e dali passar à Câmara dos Deputados. Foi quando se iniciava a campanha civilista; as circunstâncias haveriam de aproximá-lo, desde logo, de RUI BARBOSA, a quem haveria de seguir sempre, e desde então, até 1930, salvo engano, só em

uma legislatura deixou de representar a Bahia naquela Casa do Parlamento. Cedo firmou seu conceito de parlamentar, de jurista, de homem público, passando a figurar entre as grandes expressões daquela Casa, quer dizer, entre as altas expressões da inteligência do País.

De uma feita, disse ele não ser escritor.

“Não sou escritor. Não fui jamais homem de letras. Não sou historiador. Sou apenas um homem que não corteja a riqueza, não lisonjeia a força, não adula o Poder.”

De certa forma ele repetia RUI quando disse não ser homem de letras. JOÃO MANGABEIRA não foi escritor no sentido de não haver colocado a atividade puramente literária como preocupação fundamental de sua inteligência, como ocupação precípua de sua atividade intelectual. Mas ele foi, segundo o depoimento unânime dos que o ouviram, e segundo o julgamento de quem o leia, um grande orador.

E não existe grande orador que não seja antes e ao mesmo tempo grande escritor. Pode haver grande escritor que não seja orador, e numerosíssimos são os escritores notáveis que não têm o dom da oratória. Se houvesse necessidade de demonstrar a evidência, bastaria lembrar o nome de MACHADO DE ASSIS, o escritor primoroso, o escritor perfeito, desdotado, contudo, para as aventuras da tribuna. Mas se é certo que um grande escritor nem sempre é um orador, com igual segurança se pode proclamar que todo grande orador é necessariamente escritor, que tenha da língua o domínio, que lhe conheça os segredos, que sinta o seu ritmo, que ouça a sua música interior.

JOÃO MANGABEIRA foi escritor admirável. Realmente admirável. Não fora assim e não teria sido o “príncipe dos oradores” da Câmara dos Deputados em seu tempo, no juízo de outro orador e escritor, JOÃO NEVES.

Fosse necessário provar o que sabem quantos conhecem os *Anais* parlamentares e eu escolheria o exórdio do discurso com que, em nome da Câmara, ofereceu a HERCULANO DE FREITAS a toga de juiz. HERCULANO DE FREITAS, rio-grandense de nascimento, mas deputado por São Paulo, é o Líder da Maioria a conduzir na Câmara o projeto de reforma constitucional de 1926; nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, coube a JOÃO MANGABEIRA falar em nome da Câmara oferecendo ao professor e parlamentar paulista a toga de magistrado. O discurso que então profere, quer sob o ponto de vista literário, quer sob o ponto de vista jurídico-político, é perfeito.

Permita-me o Senado que eu reproduza o seu exórdio:

“Se a carreira de uma vida, desdobrada, num contraste de todos os dias, entre o suave remanso da academia e a frágua fervente da política, devesse de ter por coroa de seus dias terminar o curso de ascensão numa esplanada augusta, intermédia ao vale rasteiro onde se estreitam e se chocam os nossos

interesses e o azul infinito e escampo da imensidade divina, seria de certo no cimo desta eminência fulgurante, donde a justiça resplandece, decidindo, sem apelo, na voz de seus oráculos, as grandes causas do regime.

Vossa prolongada estada no magistério, vossa vasta experiência nos altos ramos da administração pública, vosso longo tirocínio parlamentar, vosso largo renome de constitucionalista, uma existência inteira, ativa, proficiente, militante, na cátedra, no foro, no governo, no parlamento, na política, tudo vos indicava para a preclara investidura, que a Nação, por seus órgãos constitucionais, vos conferiu.

Porque bem pouco sabem das coisas deste regime, bem pouco percebem do tino das nossas instituições, bem pouco apreendem do espírito do nosso sistema, bem pouco aquilatam das funções deste tribunal os que pensam dever essa magistratura suprema se compor exclusivamente de juizes amadurecidos no serviço austero da judicatura, encanecidos na prática serena do julgamento de pleitos de direito privado ou de processos crimes, nas cortes estaduais.

Fosse esta a orientação prevalecente no espírito dos patriarcas do regime, quando ele alvorejava sua manhã no outro hemisfério, e o meio-dia portentoso que alumia a mais poderosa nação da terra, não teria o deslumbramento daquele sol, a cujo esplendor inigualado se ostenta à face do mundo, formidável e magnífico, o império norte-americano."

E mais adiante esta sentença, que é uma síntese perfeita:

"É que nestes tribunais supremos, não raro se devem alliar, num julgamento, o critério do juiz com a visão do estadista, a lógica do magistrado com o descortino do político."

Lidos, os seus discursos encantam e arrebatam, privilégio dos oradores que são escritores, quer dizer, artistas da palavra, que por isto transferem à palavra escrita as vibrações da palavra enunciada. "Só a arte marmoriza o papel e transforma a pena em escopo", escrevera Rui; só a arte é capaz de fazer comovente um discurso, lido anos depois de pronunciado, e pronunciado sob as inspirações fugazes de um momento.

Se ainda fosse necessário demonstrar os altos padrões estéticos alcançados pelo orador, eu deixaria a oratória, em que se notabilizou, para deparar o artista, abrindo, ao acaso, o seu livro *Em Torno da Constituição*, que não é senão uma coletânea de artigos de jornal, escritos dia a dia, ao acompanhar os trabalhos da Constituinte de 33-34. Em um dos derradeiros, analisando discurso proferido pelo Líder da Maioria, o preclaro Deputado RAUL FERNANDES, que se ocupara da crítica jornalística de MANGABEIRA, e para tanto recorrera ao Sermão

da Montanha, eis como o escritor, em sua prosa musical, prepara o leitor para a discussão das teses constitucionais:

“Perdeu aquela doçura, aquela tolerância, aquela flexibilidade que peculiarizavam o habilíssimo político e arguto embaixador. Veio, ao contrário, inclemente e terrível como um inquisidor espinhoso e eriçado como um ouriço. Não parecia, como asseverara, ter lido, à noite da véspera, o Sermão da Montanha, nos trechos referentes aos pacíficos, aos misericordiosos e ao temor dos julgamentos, e cujos versículos citou. Pelo menos quanto a mim, não foi pacífico nem misericordioso, atribuindo-me faltas que não cometi; emprestando-me “alusões pessoais”, que não as possuo, nem havia motivos para elas; varandome o fundo da consciência, para julgar-me, nas minhas intenções; e, o que é mais, condenando-me por apostasia, e sem apelo. Se os que rezam todas as noites, “pelos próprios pecados”, como S. Ex^ª o faz, e relêem nos dias de tribulação a página divina da Montanha, perdem, assim, a mansidão que ela abençoa, e o reino do céu que ela lhes abre, e passam a julgar, temerariamente, os que, sem intenção, lhes feriram a vaidade, que farão os outros, que não se beatificam nessas leituras sagradas? E agora interrogo com o versículo do sermão do Senhor: “si sal evanuerit, in quo salietur?” A prece resmungada todas as noites, como dever de ofício, pelo praticante sonolento, não é muita vez senão uma forma larvada de superstição e não raro de interesse. Ao meu ver, a oração para não se profanar exige o fervor místico, o ardor extremado que transmuda de verdade a alma do crente, elevando-a, no seu êxtase, até Deus. Dessas alturas santas, dessa exaltação imaculada, nas ardentias desse fogo sagrado, é que se deve orar. E a não serem os entes privilegiados, a quem uma vida inteira de abnegação, de renúncia e de fé, outorga, pelo simples recolhimento, a presença do Senhor, pouca valia terá, segundo penso, a reza bocejada entre dois cochilos, na noite que separa, no curso permanente dos interesses, o negócio do dia ao do postrídio. Nem dos Evangelhos talvez seja a página mais sublime o Sermão da Montanha. Prefiro a cena do encontro com o moço rico, que satisfizera todos os mandamentos religiosos, e cuja crença não tinha, contudo, forças para, em troca do reino do céu, despegar-se da riqueza da terra.

Coloco acima de tudo a parábola do Bom Samaritano. Ai e nas palavras à mulher de Samaria, no poço de Jacó, a conjunção da qualidade humana com a condição divina atinge o seu ápice supremo. Tenho sempre à mesa de trabalho uma estampa do Bom Samaritano. Deu-me uma pessoa que reza todas as noites, não pelos seus pecados, que os não tem. Presente de uma freira que, desde os meus primeiros anos, conhece como

eu o avesso da minha alma e o fundo do meu coração. Rezar é santo. Mas os fariseus rezavam. E continuam a rezar. Deles estão repletas as sinagogas. O difícil é descer da sela; socorrer o pobre; tomá-lo nos braços; pensar-lhe as feridas; conduzi-lo ao albergue; pagar-lhe a hospedagem; custear-lhe o tratamento. E partir, em seguida, sem procurar nem sequer receber o agradecimento do favorecido. Por isto mesmo, o moço rico, com todas as suas rezas e todos os seus deveres religiosos cumpridos, não logrou o reino do Céu, onde o Samaritano entrou apenas pela sua piedade.

E agora conversemos tranqüilamente, com o preclaro relator, imbuído eu da mesma admiração, que sempre tive pelos seus altos méritos.”

E depois dessa página, de uma beleza austera, com toques marciais, passa a discutir altas questões de Direito e de Política, com domínio pleno da matéria examinada.

Veja o Senado esta página da conferência proferida no Teatro Municipal de São Paulo, a 11 de agosto de 1930, a convite dos estudantes da velha Academia do Largo de São Francisco, sobre “Rui e a Liberdade”... Referindo-se à atuação de RUI no Ministério da Fazenda, diz que ele

“continua projetar sobre a Pátria a sua luz, como, na amplidão do oceano, alumina a rota do barco o farol que lampeja do colo negro da noite”.

A sua prosa tem a cadência do verso, algo que lembra C. STRC ALVES, “o farol que lampeja do colo negro da noite”.

E a seguir é assim que ele descreve a vida de RUI:

“Como, porém, descobrir em RUI o eixo de sua vida? O núcleo cuja força centrípeta atraísse e mantivesse gravitantes em torno dele tantas qualidades prodigiosas? Como um rio que mana das vertentes; separa-se em braços e reúne-se nas confluências; cresce nas enchentes e mingua nas vazantes; espraiase nas várzeas e estreita-se nas gargantas; adormece nos remansos e ferve nas cachoeiras; desliza nas planícies e despenha-se nas catadupas, mas conservando sempre nítida, visível, a linha do seu curso, até desaguar no seio imenso do mar; a existência de um grande homem conserva sempre, através de todas as lutas, surpresas, mutações, aspectos e imprevistos, uma diretriz que a caracteriza e que lhe aparece no transcurso do tempo, como o veio da torrente da vida, até que ela se despeje no estuário eterno da morte!”

Eu não resisto à tentação de repetir a peroração do discurso de paraninfo na Faculdade de Direito da Bahia, proferido em dezembro

de 1944, em pleno *Estado Novo*, e cuja publicação no Rio a censura haveria de proibir.

“E agora, meus jovens colegas, me cumpre concluir.

Bem ou mal, já vos falei sobre democracia tal como a entendo. Já vos dei a lição que me pedistes. Mas o paraninfo não é apenas um mestre. É também um pai. E sob este aspecto eu vos dou agora o conselho derradeiro. Acabastes de penetrar na vida pública por um gesto heróico — o da consagração de um perseguido. Grande a glória deste ato. Maiores, ainda, as responsabilidades. Dele não podereis decair. Ele vos obriga a tê-lo como padrão em vossa vida. Assim, não transijais nunca com a vossa fé, não fraquejeis jamais na luta pela democracia e pela liberdade, não vos curveis em caso algum aos potentados da opressão ou do dinheiro. Lembrai-vos de CARNEIRO RIBEIRO, sábio e santo a quem a Bahia não elevou ainda a estátua que lhe deve, ele que, ao fim da vida, pendente ao peito a longa barba branca, encerrava uma conferência com esta sentença digna dos Evangelhos: “Todas as riquezas do mundo não valem uma só vida de virtude.”

Mas eu quero, neste momento, resumir tudo quanto vos possam aconselhar nesta mesquinha narrativa. Há quase meio século, um jovem, aos 17 anos, abandonava, num dia como este, esta casa sagrada. Pobre e só, ele subia cantando pelas encostas da vida. E o sol, que o apanhava de frente, doirava-lhe a fronte com todas as ilusões. Tinha uma confiança enorme em si mesmo e uma fé inabalável em certos princípios morais, que a maldade dos homens pode conturbar mas não pode destruir.

O peito aberto a todos os sofrimentos humanos. Julgava que ia vencer e conquistar a glória. Mas vieram as tormentas, veio a dor, veio a noite. E nada do que previu se realizou, e nada do que sonhou aconteceu. Vieram as desilusões, as preterições, as calúnias, a prisão, a condenação. Mas a umas arrostou, de outras zombou e algumas desprezou. E a todas venceu, porque a sua consciência era sã e a sua alma era forte. E por fim veio a treva. Treva estreita, treva suja, treva de túnel sem luz, em que a traição e o egoísmo há sete anos mergulharam o País. Mas por entre todos os contratempos e reveses, a flama que iluminava o adolescente de outrora não se apagou jamais, porque era a do ideal. Transmitiu-se da adolescência à idade viril e daí à maturidade. Hoje ele desce a encosta que dá para o vale da morte. Os cabelos branqueiam. As faces enrugam-se. Mas o espírito não envelhece. É o mesmo dos 17 anos de então. A mesma flama. O mesmo peito aberto ao sofrimento dos pobres donde saiu, blindado por certas virtudes que somente a pobreza dá. E por isso mesmo, apesar de todos os desenganos e derrotas,

a felicidade o coroa na velhice. O prêmio de uma vida que se apurou no sofrimento e não se empederniu no egoísmo.

Intrate per angustam portam. E daí, do esquecimento tranqüilo, em meio à noite do silêncio forçado pela supressão da liberdade, e da solidão do ostracismo, o foi buscar uma revoada de moços, para que ele os aconselhasse no dia da sua formatura.

E ele lhes diz: só envelhece de espírito o cínico, o cético, o egoísta, aos quais Deus privou de um reflexo de sua graça. O que ama o ideal, o que tem uma fé, não envelhece jamais. A carcassa pode quebrar. Mas o espírito é sempre moço, no ardor, no entusiasmo, na flama com que corre à linha de fogo na luta pela democracia, pela liberdade, em suma pelo ideal, a mais permanente das realidades na vida transitória e flutuante do homem.

E esta perene juventude do espírito lhe dá a felicidade no isolamento e na velhice, no gozo plácido da consciência tranqüila de quem não faltou jamais aos grandes deveres, que põem na fragilidade humana um pouco da grandeza divina. E, como vedes, a arte de ser feliz, através de todas as peripécias e intempéries da vida, consiste em não trocar jamais o ideal pelo dinheiro, pela força ou pelo poder. É, depois da lição, o conselho que vos dou. E assim sereis felizes.

E agora chegou o termo final da despedida. O momento fatal da separação. E eu vibro da cabeça aos pés, como se o meu corpo todo fosse possuído pela gratidão. E nesta altura eu já não sei falar. A palavra é o mais inadequado dos instrumentos para traduzir uma sensação. E, se os pensamentos fogem, a imaginação se apaga, a palavra desmaia e os lábios emudecem, valham-me ao menos os gestos com que, ao descer desta tribuna, como se fora vosso pai, eu vos lanço a minha bênção, e, como se fora vosso irmão, contra o meu peito eu vos abraço."

Assim terminou MANGABEIRA o seu discurso de paraninfo na solenidade de formatura dos bacharelados na Bahia de 1944, todo ele feito em torno do discurso do orador da turma, do qual repetia sentenças para depois fazer a glosa eloqüente e erudita, discurso que, ao chegar à Bahia, um agente do DIP lhe pediu para o visto da censura e a quem ele respondeu batendo na testa: "o discurso está aqui", deixando o zeloso funcionário do Departamento de Imprensa e Propaganda a ver navios...

Será o homem de letras que na difícil arte da oratória encontrou a sua manifestação mais acabada que esta Casa homenageia? Penso que não, ainda que nela tenha ele atingido padrões modelares.

Dir-se-á que é o jurista o homenageado, o autor de pareceres lapidares, como o que exarou na qualidade de relator da Comissão Especial do Código Comercial acerca da unidade ou pluralidade do Direito Privado; ou sobre o reconhecimento de filho ilegítimo e a desnecessidade de escritura especial para esse fim; a responsabilidade de diretores de bancos ou ainda acerca de impedimentos de testamenteiro que se não encontre na posse da herança, todos eles versando temas de Direito Privado; sobre nacionalidade e cidadania, ato administrativo, organização do Poder Legislativo ou ainda a respeito do orçamento, onde examina largamente os princípios da legalidade e anualidade em matéria tributária, temas estes de Direito Público?

Embora tenha atingido eminência excepcional no mundo jurídico, creio que não é propriamente o jurista que é lembrado no dia de seu centenário.

Tenho para mim que é fundamentalmente o homem público, o parlamentar, o político, o pensador, o humanista que era um homem de ação.

Mas se escritores se contam às dezenas, se muitos têm sido os juristas eminentes, se políticos ilustres tem havido muitos, JOÃO MANGABEIRA, em certo momento, atinge situação sem paralelo.

Promulgada a Constituição de 16 de julho de 34, voltou à Câmara em 35 e nela permaneceu até o seu fechamento, a 10 de novembro de 37. A esse tempo V. Ex^a o teve como colega, Sr. Presidente, V. Ex^a talvez o mais moço dos Deputados, ele com quase trinta anos de vivência naquela Casa.

Logo que instalados os trabalhos, em reunião presidida pelo Deputado ARTUR BERNARDES, aos 28 de abril de 1935, em nota pública ele define sua posição "de inteira liberdade de ação, no desempenho do meu mandato nesta Câmara", "embora em campo oposto ao da situação federal".

Deste documento, recolho esta passagem que bem define o seu pensamento àquele tempo:

"Não sou comunista, nem integralista. Porque sou contra todas as ditaduras.

O integralismo não passa de um jogo de palavras, não raro sem nexos, e de uma salada de idéias que não se combinam, tal como o fascismo, e o nazismo, fantasias com que se mascaram as ambições dos ditadores. Comunismo é, pelo menos na sua fase transitória, a ditadura de uma classe. Mas nem por isso menos odiosa. Até mesmo porque, se a proletária é a mais numerosa das classes de uma nação, não constitui, contudo, em parte alguma, a maioria popular. E se era de repelir como ditadura de maioria, menos suportável será como domínio de minoria. O que o proletário precisa é de ser incorporado à socie-

dade onde continua acampado, tal como o divisou AUGUSTO COMTE.

Para isso, impõem-se grandes transformações no regime social vigente. Esta a questão capital do momento em todos os povos. Malgrado o misoneísmo político, o mundo marcha para a frente. Nesta marcha, porém, as correntes em que se divide tendem para a direita ou para a esquerda. De mim, sou homem da esquerda. Assim, sou pela liberdade ampla de pensamento e de cátedra, pela exposição livre de todas as doutrinas, pelo livre exame sem restrições. Sou pela separação entre a igreja e o Estado.

Como RUI, não creio em nações atéias; mas também não creio em nações clericais. E uma rajada clericalista ameaça o Brasil, expressa no desejo visível da Igreja intervir no Estado e, sob mão oculta, manejá-lo. A religião é uma força indispensável à conservação e à perfeição da sociedade. Mas o clero que se mantenha nos templos e os governos que dirijam livremente o Estado.

Na ordem social, sou pelas reivindicações proletárias e por deveres maiores impostos à propriedade. Sou pelos direitos da pobreza sobre o Estado e as classes abastadas. Sou pela melhoria de vida da classe média, nas suas famílias pobres, talvez a mais sofredora de todas as camadas do povo. Por isto mesmo sou por uma distribuição mais eqüitativa da riqueza. A dissipação dos ricos, além de um crime perante Deus, é uma afronta aos sofrimentos e à dignidade dos povos. Sou por todas as leis que apressem o fim do regime capitalista agonizante, que degradou a força humana do trabalho à condição de mercadoria, que desvirtuou a função social da máquina e transformou o dinheiro, de instrumento de trocas e medidas de valores, em instrumento de poder.

Sou pelo Estado forte dirigindo a economia nacional segundo um plano preconcebido. Sou pela nacionalização das opulentas empresas capitalistas, que deixam grandes lucros graças a monopólios de direito ou de fato. Ou pelo menos na participação do Estado nos lucros de tais empresas. Sou pela ampliação de serviços sociais, num país onde em plena capital da República um sábio como o Professor ESCUDEIRO denunciou que a raça decai e degenera, devido à subalimentação oriunda do desemprego ou de salários de fome. Sou pela criação, custe o que custar, da nossa indústria pesada, forma única por que os países se libertam da condição colonial. Sou por todas as soluções tendentes a retirar o País do estado de colonização em que se encontra.

Num partido, ou agremiação de partidos, com tais objetivos, poderia enquadrar-me submetendo-me à sua disciplina.

Ao contrário, embora em campo oposto ao da situação federal, reservo-me o direito de guardar inteira liberdade de ação, no desempenho do meu mandato nesta Câmara.”

Na plenitude de sua força intelectual, os discursos que então profere são modelares, assim sob o ponto de vista jurídico, como pelo aspecto político.

Eis senão quando estoura a estúpida e brutal sublevação comunista de 35 e a ela se segue uma repressão violenta e desmedida. Todo mundo passou a suspeito. Brasileiros eminentes, profissionais liberais, escritores, jornalistas, professores, eram presos às dúzias e recolhidos à cadeia, sem que contra muitos deles se iniciasse um processo ou sem que fossem sequer interrogados. Houve quem permanecesse preso por mais de ano sem que fosse interrogado. Abriu-se o ciclo do terror a pretexto da repressão ao comunismo.

MANGABEIRA comete então o primeiro dos seus crimes e estava sendo apenas o discípulo fiel de RUI; naqueles dias de pânico, de terror, de vazio, em que as pessoas tinham medo de falar, JOÃO MANGABEIRA passa a impetrar à Corte Suprema sucessivos *habeas corpus* em favor dos presos, sem ordem judicial e sem processo.

É por este tempo que ele vai revelar alguma coisa mais do que o talento, literário ou oratório, mais do que a cultura jurídica, vasta e profunda. A firmeza do caráter, a fidelidade aos princípios, a bravura indomável. De uma feita ele aludira à

“coragem moral no sofrimento muito mais rara que a física diante do perigo”,

e é dessa coragem que ele vai dar exemplo, talvez sem igual na nossa vida política; pelo menos, só comparável à de RUI, em distintas circunstâncias.

Deputado federal, na plenitude de suas prerrogativas constitucionais, na noite de 23 de março de 1936, JOÃO MANGABEIRA é preso. Preso sem licença da Câmara.

Preso, ele se recusa a responder às perguntas que a polícia pretende fazer-lhe, e no ato lavra um protesto, altivo e digno. Invoca as imunidades parlamentares lembrando que elas

“não são direitos, nem garantias. São atributos da função, tais como a vitaliciedade e a inamovibilidade dos Juizes”.

E acrescenta:

“A tudo responderei perante uma Comissão Parlamentar ou à Justiça. À Polícia, nada. É uma questão de decoro.”

E continua:

“Da tribuna da Câmara examinarei o decreto de 21 de março e a Mensagem Presidencial à Seção Permanente. Antes

de tudo, não tinha o Presidente competência para prorrogar o sítio além de 24 de março. Muito menos para, além dessa data, e por 90 dias, decretar o estado de guerra. E o decreto declara o Brasil em "estado de guerra", por *grave recrudescimento* das atividades subversivas. E isto, quando todos os representantes dos altos Poderes *veraneiam*, e nenhum deles interrompeu sequer o seu repouso. Assim, veranelam: o Presidente da República, em Petrópolis; o da Câmara, em Buenos Aires; o do Senado, na Bahia; o da Corte Suprema, em Belo Horizonte. Enquanto isso, a virtuosa esposa do Chefe do Estado parte de avião para um veraneio no outro extremo da América. Quem conhece o padrão de virtudes, máxime como esposa e mãe, que é a Ilustre Senhora, hoje em passeio, bem sabe que ela não abandonaria seu marido e seus filhos, se a possibilidade mais longínqua do mínimo perigo sombreasse a tranqüilidade do seu lar. Não! O farsante é outro. E a informação presidencial ainda, por cima, me atribui, a mim absolutamente alheio a qualquer trama, o papel de comparsa na comédia dessa futura insurreição, verdadeira e tipicamente *fontouresca*. E tudo isso porque, no cumprimento estrito do meu dever, procurei defender o direito e a liberdade, impetrando *habeas corpus* contra prisões evidentemente inconstitucionais."

Este protesto é de 30 de março de 1936, da Polícia Central.

Preso, sem contato com o exterior, chegou-lhe ao conhecimento que se pactuava uma composição em benefício dos parlamentares encarcerados.

A 16 de abril MANGABEIRA escreve ao Líder da Minoria, Deputado JOÃO NEVES, carta que circulou mimeografada, pois não pôde ser publicada na imprensa, e que começava assim:

"Vocês, que estão ao par de tudo, resolvam como for melhor, colocando a dignidade da Nação e os princípios essenciais do regime acima de tudo, sem a mínima consideração pelo nosso caso pessoal, que, de fato, não tem importância, pois se trata de uma farsa policial, que poremos a limpo logo que formos ouvidos; e que ainda quando tivesse aparências de seriedade, nada valeria ante aqueles interesses supremos."

E mais adiante:

"De mim, prefiro ficar preso por essa ditadura, a ficar livre, pactuando com ela."

E não poupou palavras para condenar a "ditadura policial" que estava levando "o País às formas inferiores e mais degradadas do fascismo".

Em sessão secreta e sem ouvir os parlamentares, a Seção Permanente do Senado homologou a prisão deles. Relator o Senador CUNHA MELO.

Quando requerida licença à Câmara para processar os deputados presos, MANGABEIRA envia ao Líder JOÃO NEVES uma exposição, que este encaminha ao Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, o Deputado e Professor WALDEMAR FERREIRA. Escrita na cadeia, sem livros, é uma exposição vibrante e brilhante, na qual ironiza a Mensagem Presidencial que aludia às regalias “inerentes” aos mandatos e demonstra que o delegado

“bem sabia que se tratava de uma dessas conspirações de polícia, organizada para fins políticos e de verba secreta”.

Mas como a acusação contra ele feita era a de que, além de haver impetrado *habeas corpus* em favor de presos, ter aconselhado ou inspirado ou auxiliado a impetrar *habeas corpus* em verdade requeridos pelo Senador ABEL CHERMONT, nega o fato, mas acrescenta: e se fosse verdadeiro, onde o crime? Vai além, e diante de hipótese, indaga se recusaria o auxílio, para responder:

“Não. Não praticaria jamais a covardia de recusar o seu amparo, como advogado e como homem, a um preso torturado, fosse qual fosse a gravidade do seu crime. É que ninguém lhe pediu nada.”

E faz esta declaração, que é um depoimento:

“Estabeleceu-se no País, em parte provocada pelos exageros do Governo, uma atmosfera de pânico e covardia generalizada; e a tal ponto que professores ilustres, que exerciam a sua advocacia, há longos anos nesta Capital, presos absolutamente inocentes, por perseguição religiosa ou integralista, não encontraram um companheiro de foro, com a coragem de impetrar a favor deles um *habeas corpus*.”

Foi quando MANGABEIRA se levantou ante a Justiça, em defesa da liberdade perseguida e das vítimas da reação clerical ou integralista, a que a Polícia estava prestando e continua a prestar apoio e braço forte, sob a fórmula hipócrita de perseguição ao comunismo. Em meio à tristeza e à agonia que anoiteciam tantos lares, era uma luz que se acendia. Desde então, seu escritório e sua casa passaram a ser procurados por parentes e amigos das vítimas que ora iam reclamar providências judiciárias, ora consultá-lo sobre defesa dos presos, ora sobre estes pedir informações.

A exposição é de 30 de abril de 36.

Quem falava esta linguagem, de altivez insuperável, era um homem preso e incomunicável. Trancafiado, sem ar e sem sol, fato que o levou a protestar junto ao seu carcereiro, o Comandante do Batalhão da Polícia Militar, nestes termos, enérgicos, duros, condenatórios:

“O que se está passando aqui, com homens, alguns dos quais de saúde precária, privados há 59 dias de sol e ar livre, é um assassinato lento. Contra isto protestamos, pois não pode-

mos crer que V. S^a tenha recebido essa ordem. A incomunicabilidade não priva o preso de ar e sol. Basta dizer que os próprios condenados à prisão celular têm uma hora por dia ao ar livre. E os presos políticos que estão na detenção, embora incomunicáveis, inclusive GHIOLDI, que é membro do Komintern, têm uma hora e meia de ar livre e sol. Somente aqui existe essa proibição integralista. Contra esse crime, embora presos, protestamos, até mesmo para que V. S^a não se furte amanhã à responsabilidade criminal que lhe cabe, se um dos detidos vier a falecer, por falta de regime de ar e sol, indispensáveis à vida."

Este protesto acusatório é de 20 de maio.

Mais tarde ele dirá à Câmara que a sua situação era a mais melindrosa, "porque as pernas já me começavam a inchar". Para ele, e não para os outros presos parlamentares, abriram-se as portas, mas ele recusou:

"Eu não cometeria o ato indigno de aceitar o privilégio de gozar sozinho do sol e do ar livre — a não ser que fosse carregado pelos outros companheiros — diante da gravidade do meu mal. Não transigi e fiz o comandante integralista curvar-se. Não aceitei o obséquio e disse-lhe então: "o Sr. é um homem de honra. Há de ver que procedo dignamente não aceitando em meu favor um privilégio que não é extensivo aos meus companheiros. *Como favor, não aceito; como direito, requeiro.* Diante disso, abriram-se as portas para todos os parlamentares detidos."

E da tribuna da Câmara há de censurar a omissão do seu Presidente:

"Este era o tratamento dispensado aos Deputados, enquanto a Presidência da Câmara não cumpria o seu dever, permanecendo indiferente diante de todas essas misérias e vilanias."

E como se o ferrete não bastasse, ainda mais o acerou:

"Completamente abandonados e incomunicáveis, não achamos um Presidente da Câmara que zelasse pelo Regimento e, sobretudo, pela dignidade do próprio Parlamento. Só encontramos de sua parte displicência. Procurava agir jeitosamente, na esperança malograda de continuar no cargo que ocupava. Vivíamos trancados, sem ar, sem sol."

A 31 de maio outra vez escreve a JOAO NEVES, a quem rende homenagem "pela dedicação inexcedível aos companheiros injustamente perseguidos"; mas como "duas folhas notoriamente suas amigas, cujos diretores são pessoas de sua intimidade", publicassem o resumo de uma conferência com o Chefe do Governo "sob a base da trégua parlamentar, sem que um protesto surgisse contra tais notícias", admitindo que

uma trégua estivesse sendo cogitada, é com esta energia que ele se dirige ao Líder da Oposição na Câmara:

“E na carta que você não recebeu, mas cujos termos tenho na memória, dizia textualmente: “Num homem de sua energia e seu caráter, isso se explica nobremente pelo seu devotamento aos companheiros presos, cuja liberdade coloca acima de tudo. Eu, porém, não quero ficar livre por tal preço. Prefiro continuar preso a transigir com a ditadura. Em liberdade, na Câmara e nos tribunais, atacarei o Governo e seus crimes, com a energia que não me falta e a coragem que Deus me deu. E como não quero que amanhã se diga que eu faltei a uma trégua estipulada entre a Minoria e o Governo, se isso se der, eu dela me considero desde logo desligado, não podendo, portanto, a minha liberdade servir de base para nenhum pacto que se queira estabelecer. Creia-me, meu caro JOÃO, que é com o maior constrangimento que tomo esta atitude. A minha dignidade não me permite outra. E conforta-me a certeza de que seria a sua, se você estivesse em minha situação. Nem o meu patriotismo, nem o meu verdadeiro amor à liberdade e ao direito me consentem transigir com este Governo, que, sob a cor de combater o fantasma de um comunismo que ele exagera, o que de fato deseja é permanecer no poder, onde se instalou em 1930 e de cujos gozos não deseja abrir mão jamais, embora reduzido o País a esta caricatura de fascismo que ora nos degrada.” Eis a minha carta, que era apenas a exposição leal do meu sentir.

Esta, porém, que agora lhe escrevo, é a expressão unânime do pensamento de todos os parlamentares aqui aprisionados. Você nos merece a mais inteira e absoluta confiança. Resolva, como entender, o caso entregue à sua solução. Temos certeza que ela se ditará de acordo com a sua grande inteligência e, sobretudo, assentará na lealdade, na altivez e na honra, que estes sentimentos ninguém os tem, nem os poderá ter, em grau mais elevado que você, a quem abraçamos com todo o afeto e gratidão.”

Nos primeiros dias de julho impetra à Corte Suprema ordem de *habeas corpus* em seu favor e dos demais parlamentares presos, três deputados, um senador.

O relator é CARVALHO MOURÃO. A 20 de julho, o Supremo Tribunal, àquele tempo denominado Corte Suprema, nega a ordem. A decisão é unânime.

No dia seguinte faz chegar à Câmara, para ser lida pelo Deputado que a recebesse, carta em que analisa o acórdão da véspera. Começa assim:

“A decisão de ontem da Corte Suprema, sobre o *habeas corpus* por mim requerido, é de fazer desmaiar um frade de pedra.”

E mais adiante:

“Nesta hora sombria, a Corte Suprema e seus Ministros não podem escapar ao julgamento nacional. Cada qual deles tem que assumir, pessoalmente, perante as vítimas e perante a história, a responsabilidade do seu apoio aos crimes da ditadura policial que nos degrada. Os documentos dessas horas tristes devem pertencer à História.”

E terminava a carta com as palavras que RUI escreveu para se tornarem imortais:

“Este estado de guerra há de passar. Baterei de novo às portas da Corte Suprema, embora sem esperanças de justiça, mas sobretudo para definir e precisar a responsabilidade pessoal dos seus Ministros ante a Nação. E peço a Deus que não possa esta repetir as palavras de RUI, no seu imortal artigo de *Sexta-Feira Santa*: “Medo, venalidade, interesse supremo, razão de estado, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de PILATOS. O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.”

Chegando às mãos de OTÁVIO MANGABEIRA, foi ele à tribuna, porque, explicou, “acho que só a mim deve caber o ônus dessa leitura”.

Deixo nos *Anais* o inteiro teor da carta de 21 de julho de 36, escrita da prisão, no dia imediato ao julgamento do *habeas corpus*, que seria o primeiro a ser impetrado.

“Rio, 21 de julho de 1936.

A decisão de ontem da Corte Suprema, sobre o *habeas corpus* por mim requerido, é de fazer desmaiar um frade de pedra. A Corte poderia, com muito menor incoerência, embora contra o espírito da Constituição, ter concluído por não tomar conhecimento do pedido, de acordo com o voto do Ministro BENTO DE FARIÁ. Mas entrar no mérito e concluir que a prisão dos parlamentares é legal, porque a Câmara, concedendo licença para o processo, legalizou a detenção violenta, é demais. Porque, *de facto*, nunca foi pedida à Câmara licença para prender os Deputados; porque *de facto*, a Câmara nunca se pronunciou sobre tal prisão; porque, de fato, como assinala o Relatório do Acórdão, o parecer da Comissão de Justiça da Câmara conclui, textualmente, por estas palavras: “sem que a concessão dessa licença envolva a apreciação da legitimidade atual da prisão dos mesmos Deputados”. Concluir, portanto, diante desses fatos, que a Câmara legalizou a prisão é afrontar a verdade material colocada diante dos olhos. Demais, ainda quando a Câmara isso houvesse feito expressamente, o impetrante havia demonstrado na petição, e é evidente, que a maioria dessa Casa do Poder Legislativo não tem o poder de legalizar prisões inconstitucionais, uma vez que, pelo art. 32 da Cons-

tuição, os Deputados só podiam ser presos em flagrante delito ou mediante prévia licença da sua Câmara ou da Seção Permanente, e nenhum desses casos se verificara. Não obstante tudo isto, e de terem os Ministros proclamado que o estado de guerra não suspende as imunidades parlamentares; não obstante o Relator ter salientado que "o pensamento da Câmara se esgueira como as ondas do mar", a Corte Suprema concluiu por declarar que a prisão era legal, porque a Câmara concedera a licença para o processo. Nem se diga que a decisão da nossa mais alta Corte de Justiça não deve ser objeto de exame ou crítica no Parlamento. Não, enquanto o caso está *sub iudice*, devem todos aguardar o julgamento. Uma vez este proferido, passa também a ser julgado. *Non judicare uti non judicemini*. Não julgueis para que não sejais julgados. São as palavras do Senhor do alto da montanha. Da tribuna do Senado, verberou mais duma vez RUI BARBOSA certas sentenças. Nesta hora sombria, a Corte Suprema e seus Ministros não podem escapar ao julgamento nacional. Cada qual deles tem que assumir, pessoalmente, perante as vítimas e perante a História, a responsabilidade do seu apoio aos crimes da Ditadura policial que nos degrada. Os documentos dessas horas tristes devem pertencer à História. Peço, pois, ao meu prezado amigo a bondade de ler esta carta da tribuna da Câmara, bem como a petição de *habeas corpus* e o protesto cujas cópias lhe remeto.

O tempo há de passar sobre este estado de guerra decretado e corrido por entre churrascos e canjicaças, e a Nação há de julgar a todos. Ver-se-á, então, que, na assentada de ontem, um Ministro, notoriamente meu inimigo gratuito e pessoal, em vez de se dar por impedido, como lhe impunham as leis humanas e os mandamentos divinos, como lhe ordenavam os escrúpulos mais elementares da consciência e da honra, condenou-me tranquilamente com o seu voto. Esse estado de guerra há de passar. Baterei de novo às portas da Corte Suprema, embora sem esperanças de justiça, mas sobretudo para definir e precisar a responsabilidade pessoal dos seus Ministros ante a Nação. E peço a Deus que não possa esta repetir as palavras de RUI, no seu imortal artigo de *Sexta-Feira Santa*: "Medo, venalidade, interesse supremo, razão de estado, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de PILATOS. O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde."

Um grande abraço do seu — *João Mangabeira.*"

Da cadeia, analisa o projeto de criação do Tribunal de Segurança Nacional.

"Sem consulta possível a qualquer livro e tendo em mãos apenas um exemplar da Constituição, passo a demonstrar que a criação de um Tribunal Especial, para processo e julgamento

dos crimes capitulados na Lei de Segurança, é a mais ousada e monstruosa subversão constitucional que se poderia imaginar.”

Evidencia a inconstitucionalidade do projeto, pois, por expressa disposição constitucional, aos juizes federais competia processar e julgar, em primeira instância, os crimes políticos, e eram políticos os crimes assim definidos pela lei de segurança, de 1935. Tratava-se de uma inconstitucionalidade gritante, retirar a competência dos juizes federais, a eles constitucionalmente conferida, para atribuí-la a um tribunal de exceção, criado à margem da Constituição e contra ela.

O articulado é brilhante e candente, e pelo Deputado REGO BARROS foi lido à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

Enumerando as garantias, que em estado de guerra podiam ser suspensas, mostra que certos direitos não podem ser suspensos em caso algum, porque “pairam acima do legislador ordinário”.

Contra eles, braveja o prisioneiro,

“Contra eles nada poderão o Executivo e o Legislativo, ainda em pleno estado de guerra, porque não são garantias, únicas outorgas que essa medida de exceção autoriza a suspender. E é a dois desses princípios supremos, essenciais à democracia e à civilização humana, que o projeto pretende subverter, atirando-nos ao regime abominável dos tribunais de exceção, cuja tradição e cuja crônica enchem de negror, de abjeção e desonra a espécie humana. É disto que se quer, agora, fazer a revivescência no Brasil. O projeto faz lembrar a lei de 22 de praial. Em 42 horas, ROBESPIERRE e COUTON, arvorado este em jurista, forjaram a lei monstruosa que a 10 de termidor havia de levá-los ao patíbulo, sufocados no sangue de DANTON, como na antevéspera ao primeiro, em plena sessão, berrara GANIER. A justificativa daquele projeto monstruoso era mais ou menos a seguinte, embora exposta a falhas de memória: “Toda a demora é um crime; toda a formalidade um perigo público; o tempo para punir os inimigos da Pátria não deve ser senão o de os reconhecer.”

Tudo isso não evitou que, pouco após, os dois sicários fossem arrancados dos postos de Governo e decapitados sob os aplausos da multidão, na Praça da Concórdia, ROBESPIERRE, já com o queixo fraturado pelo tiro que, na véspera, no ato da prisão, lhe desfechara MEDA. Esses os precedentes sinistros dos tribunais de execução. Nem de juizes se poderão crismar os energúmenos contratados, sob o desprezo público, para esses julgamentos de empreitada. A esses tribunais já os ferreteou, sob o 3º NAPOLEÃO, a bravura cívica de um advogado como MIGUEL DE BOURGES, bradando-lhes, face a face, esta após-trofe imortal:

“A infâmia do julgador é a glória do acusado.”

Veja o Senado a dureza inexcusável desta sentença de fogo:

“Nem de juizes se poderão crismar os energúmenos contratados, sob o desprezo público, para esses julgamentos de empreitada.”

Estava preso, fazia meses, o homem que aos que haveriam de julgá-lo lançava esta condenação definitiva, quando o ambiente era de terror e covardia.

A maioria do Congresso aprovou o projeto, escandalosamente inconstitucional, que criava o Tribunal de Segurança.

O homem que não poupava os Ministros da Corte Suprema não haveria de poupar os “energúmenos contratados... para esses julgamentos de empreitada”. E do fundo da cadeia, incomunicável, repetia a apóstrofe imortal: “a infâmia do julgador é a glória do acusado”.

Não se passam muitos dias e novo *habeas corpus* é por ele impetrado à Corte Suprema, “em defesa das imunidades parlamentares violadas”, demonstrando que o acórdão anterior,

“ainda quando não se tratasse de *habeas corpus*, não constitui jurisprudência, nem faz caso julgado, por ser absolutamente nulo, pelos seguintes fundamentos: 1º) porque proferido contra o texto literal da Constituição; 2º) porque proferido contra a prova material, constante dos autos e dos próprios votos dos juizes; 3º) porque subverte as nossas instituições, despidendo a Corte Suprema de sua função primacial em nosso regime. Como, porém, até esta data não esteja publicado aquele acórdão, o signatário desta petição impetra, sob novo fundamento, o *habeas corpus*, que neste momento apresenta a essa Corte.”

Esta segunda petição de *habeas corpus* teve como relator o juiz federal FRANCISCO TAVARES DA CUNHA MELO, que funcionou em substituição ao Ministro EDUARDO ESPÍNOLA. Parece ter sido escrito com ferro em brasa. Dela vou reproduzir estas passagens:

“A ditadura policial cobre, agora, com a sua ignominia, todas as instituições republicanas. Não há mais Parlamento, porque o Governo prende Deputados, *absolutamente isentos de culpa*, e forgica, para processá-los, *depoimentos e documentos antedatados e falsos*, como ficou patentemente demonstrado na defesa apresentada pelas vítimas às Casas do Congresso. Não há mais Justiça, porque uma autoridade militar *subverte as nossas instituições políticas*, prendendo réus absolvidos pelo Juiz Federal e o advogado que os defendeu, sem que até hoje o julgador afrontado encontrasse, nos seus superiores, quem o desagravasse, com a punição do rebelado. Não há mais Exército, porque aos caprichos dos poderosos do momento se arrancam, sem julgamento nem inquérito, os galões, a oficiais com mais de 40 anos de serviço e se reformam, sob a suspeita de covardes, outros, que nunca se viram processados, por esse crime, capitulado no Código Militar. Não há mais garantia da fa-

mília, porque centenas e centenas de esposas e filhos menores se esvaem de miséria, pois seus maridos e pais, presos há mais de 8 meses sem processo, já perderam, sem julgamento, os postos e os cargos, de cujos vencimentos se mantinham, sem fome, a pobreza de seus lares. Não há mais equidade, porque o Governo lança na miséria e no cárcere os seus desafetos e os dos seus lacaios, pela suspeita de terem pertencido à Aliança Libertadora, ao passo que o vice-presidente dessa sociedade no Ceará é premiado com a nomeação para um cargo rendoso. Não há mais decoro nem decência porque o Governo prende e encarcera, durante 8 meses, *homens inocentes*, ao passo que o Chefe de Polícia e o Ministro da Viação, como consta do documento lido no Senado pelo seu Presidente, preparam e consumam a fuga de um dos chefes confessos do movimento de novembro. Não há mais imprensa, porque a liberdade da palavra desapareceu e o Governo chamou a si o monopólio da mentira. E dessa ditadura se poderá dizer o que, sob o domínio do Rei Bomba no sul da Europa, afirmava um dos maiores estadistas ingleses: "O Governo fala e mente só". Não há mais civilização cristã, porque desde o *assassinio impune de Augusto de Medeiros*, continua o torturamento e a trucidação de certos presos, levantando de outras partes da terra o clamor das consciências livres, como, contra a tirania dos BOURBONS em Nápoles, trovejava da tribuna e da imprensa a palavra gloriosa de GLADSTONE. Não há mais nada, senão a ditadura vaga, indefinida, incontrolável da Polícia, com os vulcões de sua violência e os alçapões de sua verba secreta."

O Ministro da Justiça, dirá ele mais tarde, ao voltar à tribuna da Câmara,

"queria aplicar contra réus penas, que podiam subir até à de morte, com efeito retroativo. Projetava tribunais hediondos de cujas sentenças não haveria recursos. Essa a atmosfera em que nos achávamos. O Sr. VICENTE RAO não havia, ainda, surgido, como apareceu depois, travestido de democrata. Nessa época o que ele defendia era um tribunal de terror instituído para liquidar, de plano e sem recurso, as vítimas do ódio do Governo."

Pois era neste ambiente de terror, no dia imediato ao de impetrar o segundo *habeas corpus* à Corte Suprema, aos 6 de agosto de 36, que ele escreve nova carta a JOÃO NEVES. Nela está desenhada a forte personalidade de um homem inteiriço, que se não acovardava diante da violência e do pânico geral.

A carta é longa, mas vale ser inserida por inteiro nos *Anais* desta Câmara. É esta:

"Rio, 6 de agosto de 1936.

Meu caro JOÃO NEVES.

Somente agora respondo a sua última carta de julho. Era nosso desejo — de todos os parlamentares presos — que V. Ex^ª

fosse o nosso advogado, no infame processo que o Presidente da República forgicou contra nós. Porque só por covardia poderíamos atribuir aos lacaios o papel principal no crime do patrão, por mais graduados que sejam, na lista da criadagem. Na verdade, nenhum desses fâmulos, desde os que andam a pé até aos que farreiam de automóvel, nenhum deles ousaria prender-nos, nem fabricar contra nós documentos antedatados e falsos, se não tivesse recebido para isso ordem expressa daquele. E somente ele teria força para, fechando a questão, coagir a maioria a votar a licença para um processo, baseado em documentos evidentemente falsos, e que a mais simples noção de decência não teria permitido a Câmara receber. Por outro lado, não tínhamos confiança na Justiça togada.

Mas, ainda assim comparecíamos ante ela, porque era a que a Constituição nos haveria dado. V. Ex^a demonstraria ante a Nação, com a eloquência com que o demonstrou perante a Câmara, a nossa inocência absoluta nos *supostos* crimes que nos imputavam e como eram antedatados e falsos os documentos que a Polícia fabricara contra nós. Eu analisaria esse inquérito monstruoso, que rola há mais de 8 meses, e ninguém sabe quando findará. Inquérito de documentos falsos e depoimentos tomados sob tortura ou de pistola ao peito, para o comprometimento de oficiais sem culpa; inquérito de calúnias contra os próprios presos em flagrante, e de detidos cujos cadáveres não aparecem, ou surgem na Vista Chinesa, crivados de bala. A Nação veria assim, em plena Avenida, e em face à Corte Suprema, o estourar de um cano de esgoto, cujo esguicho de sangue e fezes seria capaz de cobrir as suas podridões o teto dos arranha-céus da Cinelândia! É a isso que o governo quer obviar com o projeto de um julgamento secreto, sem a presença dos acusados, e ditado, fora de provas dos autos, "pela consciência livre" do julgador. É à simples vontade da Procuradoria, a unidade processual prolifera, num enxame de processos, como a multiplicação de certos vermes, nos ambientes propícios. Para tais julgamentos, só mesmo os Juizes que o Governo tem no pensamento e aos quais ordenará, como lhe aprouver, a impunidade dos culpados ou a condenação dos inocentes. Bem de ver que a esse crime não nos podemos acumpliciar, dando-lhe a participação do nosso comparecimento.

Como em Pavia, salve-se, ao menos, a honra. A nossa, o que já é muito; e a da Pátria, o que é muito mais. Não posso crer que os acusados não repilam com o seu desprezo a ignomínia desse Tribunal de empreitada. Os seus julgamentos não serão, como tais, considerados. Enquanto durar a ditadura getuliana, e o silêncio das conveniências políticas sobre ela estender a proteção de que o Governo vai vivendo, o Presidente poderá praticar, sem protesto, todos os crimes, e esses simulacros de julgamento poderão prevalecer. Mas a Nação reagirá afinal

contra a inércia das maiorias parlamentares; e tais juízos e julgamentos não de ficar como padrões de ignomínia e desonra. Agora mesmo, centenas de presos políticos definham nas *gela-deiras* da Polícia Central e centenas de outros — operários, bancários, médicos, jornalistas, advogados — gemem na Colônia de Dois Rios, sujeitos ao chicote que os capatazes dessa ilha sinistra denominam “Camarão”, trabalhando sob o látigo desses bandidos e tendo por alimentação única um miserável caldo de feijão, uma vez por dia, e dormindo no chão duro, sem o mínimo conforto, que não se recusa nem mesmo a um matricida. Lá está o jornalista NEWTON FREITAS; lá está, ou ao menos esteve, o Dr. SEBASTIAO HORA, um dos maiores clínicos de Maceió, e apesar de absolvido pelo juiz federal de Alagoas; está, ou pelo menos lá esteve, o grande romancista GRACILIANO RAMOS; lá esteve o bacharelado FRANCISCO CHERMONT, filho do Senador ABEL CHERMONT, a quem a vilania policial queria ferir, com essa mesquinharia inominável, para depois de mais de 30 dias de sofrimento, soltar a vítima inocente, sem que sequer a interrogasse. E será possível que não haja uma vez que se levante, ou que interceda junto a esse ditador, lerdo, risonho e perverso, pedindo-lhe, em nome da piedade cristã, que não desonre o Brasil, com a prática de tantas crueldades?

Eu, porém, não me submeto. Ao tribunal da ditadura, não compareço. Perante ele, não me defendo. Sejam quais forem os riscos ou os castigos que me aguardem, não recuo, não me acomodo com uma ditadura coberta de lodo e de sangue, não cedo, não transijo com um tribunal, que é a negativa da Justiça, a supressão da democracia e a desonra das tradições de nossa Pátria.

A V. Ex^a pessoalmente agradeço tudo quanto por mim tem feito, com a generosidade e a galhardia que são suas, e a velha, leal e estreita amizade que sempre nos uniu e não há de arrefecer.”

O ambiente era de terror e quem dizia estas palavras era um preso que já vira denegado um *habeas corpus* pela mesma Corte Suprema, em relação à qual haveria de dizer:

“Tudo depende da consciência de onze homens, que a Constituição resguardou com a triplice couraça da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos seus vencimentos, os maiores com que a Nação remunera um funcionário vitalício.”

Como o anterior, o segundo *habeas corpus* é indeferido. Desta vez obtém dois votos. Sejam lembrados os seus autores: BENTO DE FARIA e COSTA MANSO.

Não tarda, um mês depois, e terceiro *habeas corpus* é impetrado pelo preso à Corte Suprema com fundamento diverso dos pedidos anteriores. Aos juizes ele diz:

“Nem deveriam nesta insistência ver os Preclaros Ministros uma impertinência, senão um preito à sua integridade. Nenhuma homenagem mais alta se poderá prestar a um julgador, do que apelar de sua consciência para ela mesma. Nem julgador nenhum, digno deste nome, se sentirá mais nobre na sua investidura, do que ao reparar, ante um novo apelo e ante um novo exame, a injustiça, pela falibilidade humana anteriormente cometida.”

Como as anteriores petições, esta também foi inserida nos *Anais* da Câmara. A iniciativa coube a um jovem Deputado pela Bahia, o Sr. LUIZ VIANA FILHO, que ora preside esta Sessão.

Se o primeiro *habeas corpus* se fundava na inconstitucionalidade da prisão em face do art. 32 da Constituição, e o segundo, porque inconstitucional o Decreto nº 702, que declarara o estado de guerra, o terceiro faz invocação da regra exarada no § 4º do art. 175 da Constituição.

O relator é CARLOS MAXIMILIANO. Mais uma vez foi denegado o pedido. A favor, só um voto: o de COSTA MANSO.

Dias depois, ainda em setembro de 36,

“ameaçado como se encontra pela coação de se ver processado e condenado por um tribunal de exceção, que arranca aos Juizes Federais a competência privativa que lhes conferiu o art. 81 da Constituição”,

MANGABEIRA impetra à Corte Suprema *habeas corpus* preventivo.

É o quarto e talvez seja o mais admirável. O Senado há de compreender porque lhe vou repetir trechos e trechos, alguns um tanto extensos. É preciso que o episódio seja conhecido e ele é praticamente ignorado.

O impetrante reclama o direito de ser processado e julgado pelos crimes que quisessem imputar-lhe pela autoridade judiciária que a Constituição designava, expressamente, para processar e julgar os crimes políticos. E se insurgia contra a violência iminente de se ver processar e condenar por um “tribunal de empreitada”, por um tribunal pré-fabricado, porque o Presidente da República e o seu Ministro da Justiça

“não confiavam nos Juizes Federais, para a condenação dos inocentes ou absolvição dos culpados, como aprouvesse à ditadura”.

É assim que ele justifica o cabimento do *habeas corpus*:

“O caso é de *habeas corpus* preventivo, tanto possa provar o paciente que se encontra ameaçado de ser processado e condenado, por um tribunal de todo em todo incompetente.

Nem poderá haver maior ameaça à liberdade, do que estar em risco certo de ser processado e condenado, por um tribunal cuja existência a Constituição proíbe e a civilização amaldiçoa, ao mesmo tempo que se arranca o acusado ao Juiz que a Lei Suprema expressamente instituiu para tais casos.

Mas, é evidente que, obedecendo às ordens do Ministro da Justiça e à lei que ele e o Presidente obtiveram das Câmaras, o Procurador não tardará em denunciar o paciente ao Tribunal de Segurança. Está, portanto, o paciente ameaçado de processo e condenação por um tribunal, a que não se submete, perante o qual não se defenderá, pela materialidade de sua incompetência, pela aberração da sua inconstitucionalidade e pela hediondez de sua natureza. E é sob a ameaça de tal processo e de tal condenação, que o paciente comparece ante essa Corte, muito mais obrigada do que ele a defender e preservar a Constituição, cujo edifício estremece da flexa até aos alicerces, assaltado pelos que procuram destruí-lo, a pretexto de salvá-lo.

É que o Procurador Criminal pediu e obteve licença da Câmara para processar o paciente, por crime capitulado na Lei de Segurança, de 4 de abril de 1935. A *notoriedade do fato*, de que essa Corte, em mais de um julgamento, já se ocupou, dispensa o paciente do ônus da prova.

Mas todos os crimes previstos nesta lei são *políticos* ou contra a *ordem social*. E se a uma ou outra destas categorias pertencem, o processo e julgamento dos mesmos, em 1ª instância, cabem *privativamente* aos Juizes Federais, *ex vi* do art. 81, letras i e l, da Constituição.

Mas a Lei nº 243, prescrevendo nos arts. 3º e 4º que todos esses crimes, ainda quando a ela *anteriores*, serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança, arrancou, por isto mesmo, ao Poder Judiciário, uma de suas atribuições constitucionais *privativas*, e, retirando o paciente ao Juiz que a Constituição lhe deu, submeteu-o a um foro de exceção, por ela expressamente proibido.

Porque os Juizes Federais que, pelo art. 81 da Constituição, têm a competência *privativa* do processo e julgamento, em 1ª instância, dos crimes acima referidos, são os magistrados de que fala o art. 80, nomeados pelo modo e nos termos nele fixados, Juizes Federais escolhidos por outro processo só existem os da Corte Suprema, aos quais a Constituição denomina de Ministros, e os do Tribunal previsto no art. 79, que embora não possuam esse título, e sejam qualificados simplesmente de *juizes*, são contudo nomeados "na forma e com os requisitos do art. 74". Todos os demais juizes, inclusive os dos Tribunais previstos no art. 78, se nomeiam de acordo com o art. 80. Ora, os membros do Tribunal de Segurança, pelo art. 2º da lei que o criou, são nomeados *livremente* pelo Presidente da República.

Logo, não são os *Juízes Federais* a que se referem os arts. 80 e 81 da Constituição.”

Quantos brasileiros têm ciência destes fatos? Já não falo dos brasileiros em geral, indago quantos doutores, de diploma na parede e anel no dedo, conhecem estes episódios monstruosos e têm notícia da formidável resistência, jurídica e moral, do prisioneiro abandonado, cuja memória o Senado homenageia neste instante?

O Senado há de compreender por que vou reproduzir estas páginas exemplares. E há de perdoar-me a extensão das citações.

“Ainda mais. Não são nem sequer *Juízes*, porque não fazem parte do Poder Judiciário, tal como a Constituição instituiu. Porque, pelo art. 64 dessa Carta, todos os *Juízes*, da União ou dos Estados, “gozarão das seguintes garantias”: a) vitaliciedade; b) inamovibilidade; c) irredutibilidade dos vencimentos.” Ora, de tais garantias não gozam os membros do aludido Tribunal. Pelo § 2º da citada lei, apenas “durante o tempo em que funcionar o Tribunal, os seus juizes não poderão ser demitidos, nem os seus vencimentos poderão ser reduzidos”. São, portanto, declaradamente, funcionários de garantias temporárias. Logo, juizes não são, nem fazem parte do Poder Judiciário, pois a Constituição só os admite, na União ou nos Estados, com aquelas garantias permanentes.

O Tribunal de Segurança que funciona esporadicamente, isto é, “quando for decretado o estado de guerra”, é, no fundo e na forma, um *tribunal de exceção*. Por isto mesmo os seus juizes “julgam por *livre convicção*”, como prescreve o parágrafo único do art. 10. Mas isto é exatamente o característico dos tribunais da Inquisição. Porque as próprias cortes marciais, funcionando em plena zona de operações de guerra, não julgam por esse critério o espião ou o desertor, mas segundo o alegado e provado. E num dos crimes mais abomináveis da história — o do fuzilamento do Duque de Enghien, indefeso, no fosso de Vincennes, ainda assim, o Conselho que o condenou afirmava que o fizera pelas provas contra ele apresentadas. Vai o Brasil instaurar, agora, os julgamentos *ex informata conscientia*. A tanto não se animou o hitlerismo, no processo pelo incêndio do Reichstag. Mas criando esses juizes de seus palpites, uma vez que são de “consciência livre”, e executórios, malgrado o recurso interposto para o Tribunal Superior; pelo disparate deste, a julgar pela prova dos autos e aquele, fora dela; por toda sua transitoriedade, arbitrariedade e esdruxulidade, esse juízo esporádico é o tipo característico do tribunal de exceção.

E, como tal, expressamente proibido pelo nº 25 do art. 113 da Constituição.”

Poderia ser mais transparente a demonstração da monstruosidade da lei infame e de sua inconstitucionalidade gritante?

“Não param, porém, aí as inconstitucionalidades e os atentados contra os princípios basilares da vida jurídica e essenciais à civilização humana, que essa lei — *monstrum horrendum ingens* — acumula em seu bojo.

Assim, o art. 13 ameaça o paciente com a possibilidade de esses juízes de *consciência livre* o condenarem sem prova nenhuma, ou contra *todas as provas*, a cumprir pena “em colônia agrícola”. Mas a Lei nº 38 — a Lei de Segurança — pune os culpados de qualquer desses delitos com a pena de *reclusão*.

E a nova lei estabelece a de *trabalhos forçados*, pois a isso equivale o cumprimento em “colônias agrícolas”, e faz retroagir a pena contra o réu, em oposição aberta ao disposto no inciso 27 do art. 113 da Constituição que assim prescreve: “A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.” Não é, como se vê, a declaração de uma garantia, mas de um princípio básico da democracia e essencial à vida jurídica de todos os povos livres. Mas a lei da ditadura zomba de tudo isso e manda que os juízes de “consciência livre” façam retroagir a lei penal em *maleficio* do réu; e ainda prescreve que o recurso para o Tribunal Superior, embora incompetente, mas em todo o caso de Justiça, não tenha “efeito suspensivo”.

No rol dos crimes praticados pela tirania, através da história, não conhece o impetrante nenhum que a esse ultrapasse em violência, perversidade ou ignomínia. E dessa pena retroativa está ameaçado o paciente, arrancado ao Juiz que a Constituição lhe deu, para ser processado e julgado por outros, “de consciência livre”.

E dizer que esta lei foi feita pelo Congresso. É triste, mas é preciso dizer e redizer: esta lei infame, que tísna a história brasileira, esta lei sob todos os aspectos inconstitucional foi feita pelo Congresso, como o Executivo quis que ela fosse feita.

Argumentava o impetrante:

“Ainda mais: o paciente vai ser processado, com violação afrontosa do nº 26 do art. 113 da Constituição, que é outra declaração de *direito* e não de garantia, e que se expressa nestes termos:

“Ninguém será *processado nem sentenciado*, senão pela autoridade competente, em virtude de lei *anterior ao fato*, e na forma por ela prescrita.”

Pois bem, o paciente vai ser processado pela nova lei, que restringe, ou a bem dizer, quase elimina a defesa, que o inciso 24 do art. 113 da Constituição, repetindo um desses axiomas dos regimes jurídicos ou das democracias, determinou fosse “ampla, com os meios e *recursos* essenciais a ela”. Já se viu que só há recurso da decisão final, e assim mesmo “sem efeito

suspensivo". No processo, abolida a regra fundamental da igualdade das partes em juízo, tudo se concede ao Procurador e quase tudo se recusa aos acusados. Assim, ele pode apresentar as testemunhas que quiser, os réus somente 5. Aquele pode inquirir como quiser; mas a defesa tem apenas "direito às perguntas que o Juiz "de consciência livre" permitir"; o primeiro terá 5 dias para falar nos autos; os acusados 3. As testemunhas de defesa têm que comparecer a juízo "independente de notificação, *entendendo-se* que o réu *desiste* do depoimento das que não se apresentarem *espontaneamente no momento oportuno*". É por assim dizer a abolição da defesa. Porque o réu pode apresentar como testemunha quem não tenha nenhum interesse em ser-lhe favorável, e que, somente sob intimação judicial, compareceria "no momento oportuno", embora fosse incapaz de mentir em seu depoimento; porque o réu pode apresentar como testemunha pessoa que, no "momento oportuno", só possa deixar a repartição civil ou militar em que serve, com ordem do seu chefe, mediante requisição do Juiz; porque o réu pode apresentar por testemunha um preso. *Demais, na* atmosfera de insegurança e terror, ora reinante, raríssimos os homens capazes de comparecer "espontaneamente" para depor, em favor de um réu, arriscados a, logo em seguida, serem presos por comunistas, e julgados por "juizes de consciência livre".

O próprio paciente, sabido e notoriamente sem a mínima culpa, somente por ter requerido uns *habeas corpus*, está preso há mais de 6 meses, apesar de suas imunidades, e não encontrou nem mesmo na Corte Suprema o amparo legal que ela *estritamente lhe devia*, com a restituição da liberdade.

Como, portanto, querer que pobres testemunhas compareçam *espontaneamente* a defender os acusados? E como não comparecerão, a lei declara que essa falta importa em *desistência da defesa*.

A caviliosidade humana ainda não havia inventado maquinação mais odiosa para a supressão *total* da defesa do acusado." Vou repetir:

"A caviliosidade humana ainda não havia inventado maquinação mais odiosa para a supressão total da defesa do acusado."

Continua a petição de *habeas corpus*:

"O próprio paciente, em processo regular, e uma vez que o agente de polícia ESDRAS DE MELLO, disfarçado em "comerciário", disse, num depoimento *antedatado e falso*, que viu o impetrante, em certo dia, na Aliança Libertadora, conversando com os Srs. CASCARDO, SISSON e AMORETY, fato que nunca se realizou, teria que desmentir essa falsidade,

embora inóqua, com o depoimento daqueles militares, dois dos quais se acham presos e um serve na sua guarnição. Em todo caso, nenhum dos 3 poderia “espontaneamente comparecer no momento oportuno”. E, se o processo contra o paciente não fosse apenas uma *vilania política*, ficaria ele absolutamente indefeso, por falta que não poderia jamais ser atribuída, nem a ele, nem às pessoas, cujos depoimentos invocara.

Mas a lei, de subversão em subversão, de tudo quanto constituiu os fundamentos de civilização jurídica, vai ao ponto de inverter a regra suprema do processo e da justiça e pela qual o ônus da prova compete ao acusador, e prescreve que, “tendo sido o réu preso de *armas nas mãos*, a acusação se presume *provada*, cabendo ao réu *provar o contrário*”.

Notai bem, Senhores Ministros:

Nem os tribunais de salvação pública da Revolução francesa; nem os russos, em meio à guerra civil; nem os do hitleirismo, no primeiro movimento de sua explosão, e ainda inseguro no poder, como no caso do incêndio do Reichstag; nem agora na Espanha, as cortes marciais, de ambos os lados, condenando à morte os seus adversários; nem, em plena zona de guerra, de 1914 a 1918, os conselhos militares, julgando espíões, covardes, desertores ou traidores; em nenhum desses casos, nenhum país ousou inverter a regra suprema do processo e atribuir preliminarmente ao acusado a prova de não haver praticado o crime. Reservara o destino ao Brasil a torpeza dessa iniciativa abominável. Como nos julgará a história, se a Justiça regular não opuser o seu *non possumus* ao delírio furioso dessa loucura?

Porque é tão sagrada essa tradição, é tão fundamental à Justiça esse princípio, que, no primeiro dos livros bíblicos, o próprio Deus Onipotente e Sabedor de todas as coisas, não ousou condenar CAIM, manchado no sangue do irmão, sem primeiro interrogá-lo — *quid fecisti?* Que fizeste? Ele próprio não dera, desde logo, por provado o fratricídio que Sua onividência presenciara. Ele — o *judex justus*. Os juizes de “consciência livre” procederão, porém, de outra maneira. É esse princípio, que remonta às mais longínquas tradições da história e se embebe nas origens divinas, que a ditadura renega e elimina com a displicência de sua ignorância e o sorriso da sua inconsciência.”

Estas coisas aconteceram entre nós e, para que não voltem a acontecer, se faz necessário exhibi-las aos olhos da Nação, para que a Nação horrorizada delas se não esqueça.

Quantos brasileiros, doutores inclusive, delas têm notícia?

“Mas, ainda assim, com todos esses poderes absurdos, o Tribunal “de consciência livre” não se anima a enfrentar a

publicidade, que sempre foi um dos característicos do processo e julgamento entre nós. Por isto mesmo, a lei autoriza o Tribunal a "dispensar o comparecimento dos acusados" e determina que "o processo poderá fazer-se no presídio ou estabelecimento a que estejam recolhidos os réus."

E toda essa clandestinidade, que restringe a defesa, uma de cujas garantias é a publicidade das provas e dos debates, se enxertou espuriamente nessa lei, contra todas as nossas tradições processuais e contra o espírito do nosso regime político, tão-somente porque a ditadura não poderia resistir ao escândalo da discussão aberta, em face da Nação, sobre esse inquérito monstruoso, de documentos falsos e depoimentos tomados sob tortura; de calúnias inúteis até contra os próprios presos em flagrante; e de detidos, cujos cadáveres não aparecem, como o de ABDENAGO MARTINS, ou surgem, como o de AUGUSTO DE MEDEIROS, crivados de bala na Vista Chinesa! E é, sobretudo, para se encobrirem os crimes desse inquérito, que se forja o Tribunal de Segurança, sob o pretexto irrisório de que a Justiça Constitucional não poderia levar a cabo a tarefa desse julgamento. Ninguém, melhor que vós, Senhores Ministros, saberá da falsidade dessa afirmativa. No seu notável discurso publicado no *Diário Legislativo*, de 29 de agosto, o Deputado PRADO KELLY demonstrou que, se o Procurador tivesse oferecido a denúncia quando o inquérito se encerrou, já de há muito os réus teriam sido julgados pela Corte Suprema, em grau de recurso. Porque "o processo e julgamento em 1ª instância podem completar-se em 40 dias se não for inativo o Procurador Criminal".

Por fim, esta afirmação altiva e bravía:

"Bem de ver, portanto, que razão nenhuma justifica a instituição de um tribunal de exceção, cujos membros nomeados apenas para esse fim, ao livre arbítrio do Presidente da República, julgam, de "convicção livre", e num processo clandestino, acusados indefesos, aos quais poderão aplicar retroativamente uma nova pena, mais grave que a prescrita na época do crime!

E, ao mesmo tempo, para a prática de tão monstruoso atentado contra direitos declarados na Carta Suprema e essenciais à civilização humana, se arrancam ao Poder Judiciário atribuições privativamente suas e fixadas expressamente na Constituição.

Não pode crer o paciente que a Justiça togada, pelos seus representantes supremos, não ponha o obstáculo do seu julgamento irrecurável a essa inconstitucionalidade formidável.

Mas, ainda quando todos os Poderes da República, acumulados à ditadura que nos oprime, se conluiassem na abolição da democracia, no desrespeito à Constituição, na renegação

do direito, na extinção da Justiça, no opróbrio da civilização, proclamando a legitimidade desse novo Tribunal, o impetrante não rebaixaria a sua personalidade, não degradaria o reflexo divino que alumia todas as criaturas, à ignomínia e à covardia de compactuar com a sua presença, num julgamento contrário ao que a Lei Magna de sua Nação determinou e ditado *fora e além* das provas dos autos, por juízes de “convicção livre”.

Perante juízes tais, não se defenderá o paciente, sejam quais forem os perigos ou sacrifícios que o aguardem, a ele, absolutamente livre de culpa, e de consciência absolutamente tranqüila. Em meio à covardia generalizada, que se estabeleceu no País, não se curva o paciente às imposições do ditador; não esmorece o requerente na luta pela liberdade; não deserta o impetrante na defesa da Lei. Não se defenderá, em caso algum, perante o tribunal da ditadura; perante esse tribunal, que é o renegamento da Constituição, a supressão da democracia, a negação da Justiça, o repúdio da civilização jurídica e a desonra das tradições de nossa Pátria.

Como RUI, em 1892, poderá também dizer o impetrante: “o tempo há de passar por sobre estas misérias, e lavá-las, como o oceano lava do lixo das praias a orla sempre alvejante do seu azul”.

Mas, esses julgamentos de “consciência livre”, por juízes nomeados *livremente* pelo Poder Executivo, e com a faculdade de aplicarem, ao cabo de um processo clandestino, penas retroativas, contra acusados indefesos, hão de ficar na história da civilização humana, como símbolos eternos de ignomínia e de desonra.

E é sob a ameaça iminente dessa coação que o impetrante recorre a essa egrégia Corte, e lhe impetra este *habeas corpus*, para que não seja processado pelo monstruoso Tribunal de Segurança, mas por um dos Juizes Federais, deste Distrito, como lhe assegura o art. 81 da Constituição.”

Lendo estas páginas imortais, confesso sentir-me acabrunhado. Meça o Senado as dimensões formidáveis desse prisioneiro que do fundo do cárcere, desamparado pela sua Câmara, por três vezes desamparado pela Corte Suprema, a ela outra vez se dirige dardejando raios:

“ainda quando todos os Poderes da República, acumpliciados à ditadura que nos oprime, se conluiassem na abolição da democracia, no desrespeito à Constituição, na renegação do direito, na extinção da Justiça, no opróbrio da civilização, proclamando a legitimidade desse novo Tribunal, o impetrante não rebaixaria a sua personalidade, não degradaria o reflexo divino que alumia todas as criaturas, à ignomínia e à covardia de compactuar com a sua presença num julgamento contrário ao que a Lei Magna de sua Nação determinou e ditado fora e além das provas dos autos, por juízes de “convicção livre”.

Perante juizes tais, não se defenderá o paciente, sejam quais forem os perigos ou sacrifícios que o aguardem, a ele, absolutamente livre de culpa, e de consciência absolutamente tranqüila. Em meio à covardia generalizada, que se estabeleceu no País, não se curva o paciente às imposições do ditador; não esmorece o requerente na luta pela liberdade; não deserta o impetrante na defesa da Lei. Não se defenderá, em caso algum, perante o tribunal da ditadura, perante esse tribunal, que é o renegamento da Constituição, a supressão da democracia, a negação da Justiça, o repúdio da civilização jurídica e a desonra das tradições da nossa Pátria.”

Difícilmente a palavra humana poderia atingir alturas mais altas. Difícilmente um homem só, desamparado e encarcerado, poderia honrar de maneira mais viva os deveres da cidadania. Difícilmente um homem só, pela sua resistência legal e pela sua bravura moral, poderia melhor resgatar uma época de vilania e de medo.

Esta a linguagem empregada pelo encarcerado quando o terror a tantos amordaçava e quando, impunes, atrocidades inomináveis eram cometidas no desvão das prisões.

Esta a linguagem usada pelo prisioneiro em relação ao tribunal — aquele simulacro de tribunal que enxovalha a História do Brasil — que haveria de julgá-lo, em relação ao tribunal cujos membros ele definiu nesta sentença encandescida e fulminante:

“nem de juizes se poderão crismar os energúmenos contratados para esses julgamentos de empreitada”.

Esta página, que é uma página de glória nos anais forenses do Brasil, que é uma página fulgurante na história da inteligência brasileira, que é uma página de honra na história política da nossa terra, esta página... estava destinada a ser amortalhada por um despacho denegatório.

O relator do novo *habeas corpus*, o quarto, é HERMENEGILDO DE BARROS, que, *in limine*, denegou a ordem.

O preso não se dobra e agrava da decisão.

E como no despacho agravado o relator asseverasse que “a petição está desacompanhada de qualquer prova”, o paciente, aludindo à notoriedade dos fatos, conhecidos do povo inteiro e da Corte como tal, ao conhecer os três *habeas corpus* anteriores, não abranda a pena para fustigar o despacho:

“Porque o processo não pode ser o ridículo, nem a chicana. Pois será possível que se alguém se firmar de *fato* numa opinião de RUI BARBOSA, tenha que começar por fazer a prova de que ele existiu? Em tal caminho, não estaria devidamente instruída a petição em que o signatário tendo afirmado que o fato se dera ao nascer ou ao pôr-do-sol, não provasse, ao menos

por um atestado, que o sol existe. Não! Os fatos notórios do conhecimento unânime do povo, os acontecimentos históricos dispensam quem os alega do ônus da prova. O mais seria transformar a lei num jogo estéril de palavras; o direito num formalismo ridículo; o processo numa rabulice grotesca.”

Era esta linguagem severa que o preso empregava em relação ao despacho miserável. E aduzia altivo:

“Porque não há nesta cidade quem não saiba: 1º) que o paciente está preso; 2º) que o Procurador Criminal pediu e obteve da Câmara licença para processá-lo, como incurso na Lei de Segurança. E mais, muito mais disso que qualquer pessoa, sabem todos os Ministros da Corte Suprema que acabam de julgar os *Habeas Corpus* 26.178, de que foi relator o Ministro CARVALHO MOURÃO, 26.206, de que foi relator o Juiz CUNHA MELLO e o derradeiro, cujo número o agravante não conhece, julgado a 21 deste mês, e de que foi relator o Ministro CARLOS MAXIMILIANO. Em todos estes *habeas corpus* prestou informações o Ministro da Justiça; de todos tomou conhecimento a Corte Suprema.

Em nenhum deles apresentou o impetrante a prova que agora se pretende. E não apresentou, apenas por esta razão absolutamente decisiva: a notoriedade dos fatos.”

O recurso é desprovido. E por unanimidade. A ameaça partiria do Procurador e do Tribunal de Segurança, ambos sob a jurisdição do Supremo Tribunal Militar, ao qual o *habeas corpus* deveria ser impetrado originariamente.

O preso não se dobra e em Manifesto se dirige à Nação em termos nos quais resplandece aquela bravura moral a que aludira de uma feita, mais rara do que a física diante do perigo:

“A decisão de ontem da Corte Suprema, no *habeas corpus* por mim impetrado, embora proferida contra o texto expresso de vários dispositivos da Constituição, é a verdade legal no Estado democrático limitado pelo Direito. Bem de ver que, proferido contra o texto literal da Constituição, o acórdão não passa em julgado, não faz jurisprudência, e contra ele, pelos meios legais, perante aquela Corte, eu próprio, no primeiro ensejo, me erguerei.

Enquanto isso, porém, só me cabe acatar o julgado irrecorível. É o que farei, respondendo às perguntas da qualificação, no Tribunal de Segurança. É o meu dever de jurista; é o meu dever de cidadão. Defender-me, porém, ante esse juízo, seria, quando muito, o uso de um direito. Não seria mais uma obrigação legal, mas um ato de livre consciência. E contra isso é que ela se rebela. O meu amor ao Direito, a minha devoção à liberdade não me permitem defender-me ante um Tribunal de Ex-

ção, que é o maior atentado que se poderia conceber contra os princípios cardiais do nosso regime político, levantado sobre mais de cem anos de tradições liberais. E quando todos, inclusive os sacerdotes supremos, desertarem os altares, eu não cometerei a covardia de deixar a nave deserta.

Assim, declaro à Nação que, sem nenhum intuito de desatenção pessoal aos membros do Tribunal de Segurança, perante ele não me defenderei do processo em que o Procurador Criminal só articula contra mim supostos fatos, que jamais existiram, e apanhados na boataria das esquinas, e que, ainda quando fossem verdadeiros, não podiam constituir, todos eles reunidos, o mais remoto indício de crime nenhum.

E vão dez meses que, Deputado, me acho preso, sem crime, sem licença da Câmara e sem julgamento, sem que tivesse até hoje, através de denegações sucessivas de Justiça, encontrado um juiz em cuja consciência a honra lhe impusesse o desagravo da Lei.

Rio, 12 de janeiro de 1937. — JOÃO MANGABEIRA.”

Vou repetir-lhe uma frase:

“E quando todos, inclusive os sacerdotes supremos, desertarem os altares, eu não cometerei a covardia de deixar a nave deserta.”

Passados mais de quarenta anos, os fatos então ocorridos ainda horrorizam e fazem imaginar a inteireza moral do preso que, vendo falhar todas as soluções legais, que, assistindo a todas as capitulações e covardias, do fundo do cárcere, mantinha-se indômito e desafiadoramente bravo, ainda quando visse falharem todas as medidas que a lei lhe punha ao alcance.

Em relação a esses *habeas corpus*, sucessivamente impetrados e sucessivamente malogrados, outra coisa não me vem ao espírito senão a famosa imprecisão do Padre VIEIRA ao Deus Nosso Senhor no “Sermão pelo Bom Sucesso das Armas de Portugal contra as de Holanda”:

“Não hei de pedir pedindo, senão protestando e argumentando, pois esta é a licença e liberdade que tem quem não pede favor, senão justiça.”

Quatro *habeas corpus* indeferidos, o último para entregar o parlamentar balano ao julgamento de um tribunal de exceção, a “juizes de empreitada”, contra a letra da Constituição, livremente nomeados pelo governo, pela lei infame autorizados a julgar por “livre convencimento”.

Naqueles dias amargos em que talvez nunca tão inteiriça houvesse se evidenciado a sua consciência e tão inamoldável o seu caráter, naquelas horas tristes em que prosperavam a deserção e a covardia, como ele

não deveria lembrar-se das formosas sentenças engastadas na peroração do memorável discurso com que, em nome da Câmara, ofertara a **HERCULANO DE FREITAS** a toga de Ministro do Supremo Tribunal:

“Encaradas as funções deste tribunal das alturas em que as divisamos, são tremendas as vossas responsabilidades ao entrardes neste aerópago. Mas, nota!, a toga que vos oferecemos não tem o azul das alegrias, o verde da esperança ou o vermelho do triunfo; mas o negro da abnegação e da renúncia, do devotamento e do sacrifício. Agradecendo a um preito de vossos amigos de São Paulo, dissestes que, sob as roupas comuns ou sob as vestes talares, o que havia em vós era um coração que não mentiu. Que ele não vos minta jamais no cenário augusto em que ides entrar, é o que vos desejam, sobretudo, os vossos companheiros da Câmara, nestas palavras derradeiras. Confessor do Direito, que o declareis sempre contra todos os interesses conjugados. Que à vossa consciência não vos minta nunca o coração no soberano julgamento da verdade! Bem quiséramos ver nas paredes deste tribunal, ao invés destas inscrições em língua morta, duas sentenças lapidares de RUI, proferidas sob unção religiosa, num dia sagrado: “Não há tribunais que bastem para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados”, eis a primeira. “O bom ladrão salvou-se, mas não há perdão para o juiz covarde”, eis a segunda. É o final daquela cena em que a pusilanimidade de PILATOS entrega ao furor da maioria popular a inocência de JESUS! E numa apóstrofe rubra, que se assemelha ao anátema do Nazareno contra os fariseus, o grande apóstolo do direito entre nós exclama, numa imprecação digna de evangelhos: “Medo, venalidade, subserviência, interpretação restritiva, razão de estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de PILATOS. O bom ladrão salvou-se. Mas não há perdão para o juiz covarde”. Que esse coração que não mentiu não vos minta jamais! Contra o poder, os poderosos, as maiorias políticas, ou as patulérias populares, que não vos minta nunca, sussurrando perfidamente, à consciência, às escusas da covardia ou às lábias da mentira. Melhor não vos poderiam desejar ou querer vossos amigos. E esse coração, que nas amarguras da política e nas ambições da mocidade nunca vos mentiu, não vos mentirá na madureza e na serenidade olímpica desse posto oracular. E que nos dias de tribulação, quando uma grande causa aguardar, nesse tribunal augusto, a decisão dos seus oráculos, que a vossa educação jurídica, que o vosso tino jurídico, embebidos da seiva generosa de um coração que não mentiu, inspirem e alevantem vossa consciência até as alturas iluminadas, em que o espírito do homem se avizinha de DEUS, e dessa eucaristia emane imaculado o vosso voto, arraiando os horizontes morais do direito com a claridade divina da justiça.”

Quatro vezes desamparado pela Corte Suprema, volta-se para o Supremo Tribunal Militar, que assim se chamava o Superior Tribunal Militar, e a ele requer *habeas corpus*, argüindo a inconstitucionalidade do Tribunal de Segurança, que a Corte Suprema deixara de apreciar sob a alegação de que a competência originária para conhecer do pedido era do Supremo Tribunal Militar, dado que a autoridade coatora a ele estava subordinada.

Mostra que pela Lei nº 243, de setembro daquele ano de 1936, fora instituído o Tribunal de Segurança e a ele submetidos os indiciados por crimes políticos, ainda que anteriormente praticados. Mostra ainda que, concluído o inquérito em fins de março, a 9 de julho concedida a licença parlamentar para o seu processo, ainda não fora oferecida denúncia... porque era mister criar antes o tribunal de exceção. Demonstra que a competência do Supremo Tribunal Militar resulta do pronunciamento da Corte Suprema.

“A competência desse Tribunal resulta do pronunciamento da Corte Suprema.

Em fins de setembro, impetrou o primeiro paciente um *habeas corpus* à Corte Suprema, para não ser processado perante o Tribunal de Segurança. Foi o *Habeas Corpus* nº 26.254, de que foi relator o Ministro HERMENEGILDO DE BARROS, que o indeferiu. Desse despacho, interpôs o impetrante o agravo do art. 44; e a Corte Suprema — que dos *Habeas Corpus* n.ºs 26.178, 26.206 e 26.243 tomara conhecimento, por considerar que a prisão do paciente se fizera por ordem do Presidente da República — neste último caso — o de *Habeas Corpus* nº 26.254 — resolveu dele não conhecer, porque a ameaça, se verdadeira, partiria da Procuradoria Criminal e do Tribunal de Segurança, que se acham, por lei, sob jurisdição do Supremo Tribunal Militar, ao qual deveria originariamente ser impetrado o pedido.”

E como no seio da Corte Suprema um voto fora prolatado no sentido de desacolher a argüição de inconstitucionalidade do Tribunal de Segurança, porque a Constituição, ao fixar a competência dos juizes federais para processar e julgar os crimes políticos, não dissera “todos” os crimes políticos, mostra como a Constituição empregava centenas de vezes o artigo definido pelo coletivo — os, as, por *todos os, todas as*.

E arrasa, literalmente arrasa o voto de BENTO DE FARIA. A ironia se entrelaça à lógica:

“É que, na Constituição, como na linguagem comum, habitualmente o artigo definido equivale ao coletivo. Quando, na primeira das bem aventuranças, JESUS proclama: Bem-aventurados os pobres de espírito, porque deles é o reino dos céus — seriam *todos*, ou apenas *certos*, os recompensados pela graça divina?

Na gramática rudimentar, que aos cinco anos puseram em mãos do impetrante, aprendeu ele de cor, desde esses dias dis-

tantes, que o artigo indicativo ou definido precede o substantivo para determinar o *gênero*, a *espécie* ou o *indivíduo*. Assim, quando a Constituição diz: compete aos Juizes Federais processar e julgar os *crimes políticos* — designa a *espécie* do gênero *crime*, sobre a qual eles têm de sentenciar, e não uma certa parte dessa espécie.

Se, àquela época longínqua, o seu professor de primeiras letras desse ao impetrante para compreender e analisar esta sentença: os *juizes são falíveis* — ele bem saberia que a falibilidade atingiria todos os julgadores, como triste condição da espécie humana. Até mesmo porque — *Judex Justus* — só DEUS.”

Naqueles casos memoráveis e extraordinários, o sábio jurista tinha de entrar em demonstrações de beabá em matéria de hermenêutica.

Até à evidência ele demonstra que o Tribunal de Segurança Nacional era um típico tribunal de exceção:

“1º) porque é *excepcional o exercício de sua ação judicante*, como reconhece o ilustre Ministro;

2º) porque é um *tribunal esporádico*, que *desaparece* apenas extinto o prazo de que fala o art. 1º da Lei nº 243;

3º) porque, sendo, por lei, considerado um Tribunal militar, só processa e julga crime político;

4º) porque os seus membros não são juizes federais, pois nomeados sem indicação da Corte Suprema, como exige o art. 80 da Constituição;

5º) porque os seus membros não são nem sequer juizes, dentro dos termos do art. 64 da Constituição, desde quando *não são vitalícios*, podendo ser dispensados por decreto, logo que o Tribunal cesse de funcionar;

6º) porque é um tribunal que *processa* e “*julga de convicção livre*”, o que não é permitido a nenhum órgão do Poder Judiciário, em *qualquer* país de regime livre;

7º) porque processa, e julga de fato, o que nem ao júri é permitido, que se limita ao julgamento, e contra o qual tem o réu recurso, com efeito suspensivo, para uma Corte judiciária;

8º) porque, pelo § 14 do art. 30, pode dispensar o comparecimento do réu preso, tanto para o processo como para o julgamento, o que não se permite a nenhum outro juiz, em nenhuma nação;

9º) porque, autorizado a fazer o processo nos presídios (§ 11 do art. 30) e a julgar sem a presença do acusado, o Tribunal poderá cercar tudo isso de uma *clandestinidade incompatível com a defesa*, constituindo isso faculdade excepcional que, à face da Terra, nenhum Juízo jamais possuiu.

Por todos esses motivos, que o singularizam através de toda a nossa História e de todos os nossos Juizes; por essas peculia-

ridades que o distanciam de todos os tribunais do mundo, o Tribunal de Segurança é caracteristicamente o tipo do tribunal de exceção.

É uma espécie dessas *Comissões Mistas*, criadas por LUIZ NAPOLEÃO, após o golpe de Estado de 2 de dezembro, e que desonram a História da França e da civilização com as suas 40 mil condenações.”

E assim terminava ele a petição, que é de novembro de 36, quer isto dizer que fazia oito meses que estava preso:

“O Tribunal de Segurança, portanto, pela temporariedade de seu funcionamento; pelo sistema da nomeação de seus membros; pela forma de seu julgamento; pelas restrições impostas à defesa; pela violência da execução imediata de suas sentenças, ou melhor, de seus palpites, uma vez que são de “consciência livre”, e executório *malgrado o recurso interposto para o Tribunal Superior; pelo disparate deste julgar pela prova dos autos e aquele, fora dela*; pela excepcionalidade do exercício de sua função, como reconhece o próprio Ministro BENTO DE FARIA; pela excentricidade de ser um juízo *militar* que só conhece de crimes *civis*; por toda sua transitoriedade, arbitrariedade e esdruxulidade, esse juízo esporádico é o tipo característico do tribunal de exceção.

E como tal expressamente proibido pelo nº 25 do art. 113 da Constituição.

Demonstrado, portanto, que os pacientes se encontram sob a coação iminente de processo e julgamento por um juízo de todo em todo incompetente, espera o impetrante desse Egrégio Tribunal a concessão deste *habeas corpus*, para que eles sejam processados por um dos Juizes Federais deste Distrito, como a Constituição no art. 81 expressamente determina.”

Mas ainda não seria desta vez que ele encontraria amparo ao seu direito. O *habeas corpus*, impetrado em seu favor e no de seu filho FRANCISCO MANGABEIRA, é denegado pelo Supremo Tribunal Militar. Era o quinto *habeas corpus* malgrado.

Estava irremediavelmente entregue à sanha do tribunal de exceção; de mãos amarradas entregue aos

“energúmenos contratados para esses julgamentos de empreitada”.

É sob essa perspectiva que ele vê passar o Natal de 1936 e chegar o Ano Novo e com ele a denúncia, a denúncia que ele responde com este documento de suprema altivez, de 2 de janeiro de 1937:

“Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Segurança Nacional:

Devolvo a V. Ex^a os papéis que me foram enviados pelo Tribunal de Segurança, ao qual não reconheço competência le-

gal para processar-me, por considerá-lo instituído contra o texto expresso dos artigos 81 e 113 da Constituição, e como um atentado escandaloso contra a honra da nossa cultura jurídica e os princípios essenciais à civilização humana.

Aliás, só um Tribunal de “convicção livre” poderia ter recebido denúncia inepta, com que o procurador criminal, cobrindo o crime perpetrado a 23 de março pelo Ministro da Justiça, aponta como “co-réu da Revolução de 27 de novembro” um homem contra o qual só alega fatos posteriores àquela data, fatos absolutamente falsos e resultantes de depoimentos antedatados de agentes de polícia, como tudo se demonstrou na defesa feita perante a Câmara e que os membros do Tribunal conhecem; mas, sobretudo, fatos que, se fossem absolutamente verdadeiros, não constituiriam jamais nenhum crime. É que todos eles se referem a *habeas corpus* impetrados em favor de pacientes presos; e impetrados, não a juízes de empreitada, mas a magistrados de verdade, tal como a Constituição determinou. — JOÃO MANGABEIRA.”

Era assim que o preso reagia, do fundo da prisão, onde fazia meses permanecia incomunicável.

Era assim que reagia a sua consciência, de jurista e de político, arrostando o tribunal de empreitada que julgava por livre convicção, fora das provas, além das provas, ou contra as provas!

O ofício lhe foi devolvido pelo presidente do tribunal de empreitada: “devolva-se ao réu, por não se achar em termos”...

O homem que se recusara a defender-se perante o tribunal de exceção, por ele qualificado de “atentado escandaloso contra a honra da nossa cultura jurídica e os princípios essenciais à civilização humana”, dirige-se à Nação em manifesto de 18 de janeiro de 1937.

O manifesto dirigido à Nação por aquele homem entregue de mãos amarradas ao tribunal de exceção, volto a dizer, corta e queima. Mas dá a real estatura, intelectual e moral, cívica e jurídica, do grande brasileiro.

“Não me tendo defendido ante o Tribunal de Segurança, venho fazê-lo ante a Nação. Ela, o Supremo Juiz, nestes dias tristes de permanente estado de guerra, em plena paz, e a cuja sombra todos os Poderes se acumpliciaram nos golpes repetidos à República, à democracia e à Constituição, que haviam jurado guardar e defender.

Especialmente à Bahia me dirijo, a ela, cujo afeto materno me tem, desde 1907, levantado através de 30 anos, passados quase todos por entre as urzes do ostracismo, ao posto de seu representante, que, a consciência me diz, eu sempre honrei e a terra natal tem proclamado, no prêmio das sucessivas reeleições, que tenho recebido na linha de fogo da oposição, com as

mãos enegrecidas ao fumo da luta. E a gloriosa Mãe Querida verá que seu filho não lhe deslustrou as tradições; não desmereceu de seu mandato; não cometeu crime nenhum, senão o de quebrar o silêncio da covardia, com a defesa judicial da liberdade, supressa pelo terror branco, pleiteando, perante uma Justiça doméstica, o cumprimento da lei.”

E depois de esquadriñar a denúncia, inepta e sórdida, termina o manifesto com estas palavras de fogo:

“Eis a que se reduz o processo iníquo e monstruoso contra os parlamentares, absolutamente sem culpa. O delegado BELLENS PORTO prestou-se ao papel de forjicar, contra pessoas inocentes, depoimentos antedatados e falsos de agentes de polícia, mascarados em homens do “comércio”. Não haveria país policiado onde ele não estivesse purgando a sua prevaricação. De mim, eu lhe perdôo. Basta-me o juízo que de si próprio ele mesmo fará. A prisão arbitrária não me abate. Ao contrário, me enobrece. É o prêmio da minha devoção ao Direito e à Liberdade, num país sem Justiça!

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 1937. — JOÃO MANGABEIRA.”

Vou repetir as palavras derradeiras:

“a prisão arbitrária não me abate. Ao contrário, me enobrece. É o prêmio da minha devoção ao Direito e à Liberdade, num país sem Justiça.”

Num país sem Justiça!

Pelo crime de haver quebrado

“o silêncio da covardia, com a defesa judicial da liberdade, supressa pelo terror branco, pleiteando, perante uma Justiça doméstica, o cumprimento da lei”,

por este “crime hediondo” JOÃO MANGABEIRA estava sendo processado... e a denúncia só fora apresentada depois de criado o tribunal de exceção.

O Tribunal de Segurança Nacional o condena... pelo voto de desempate do seu Presidente! Embora secreto o julgamento, ele descobre, por dedução, que a decisão fora 2 a 2 que o Presidente votara duas vezes para condená-lo.

A decisão condenatória é de 12 de maio de 37. Nomeia então advogados os Drs. SEBASTIÃO DO REGO BARROS e PEDRO LAGO para que, em recurso ao Supremo Tribunal Militar, fizessem a sua defesa, “ante juízes de verdade”.

Um mês depois lança novo manifesto à Nação, em que analisa o acórdão que o condenou. Começa por afirmar:

“Cumpre-me, agora, analisar, ante a Nação, o acórdão que me condenou ao mínimo do art. 4º da Lei nº 38 e que é uma

dessas decisões iníquas de que somente seria capaz um tribunal de exceção. Sob a aparência de "convicção livre", o Tribunal julgou de fato inspirado pela animadversão contra mim, a quem se queria punir a nobre rebeldia de não ter reconhecido a legitimidade do órgão espúrio, que o estado de guerra enxertou nos flancos da Justiça Militar, com violação expressa da letra da Constituição, dos foros da nossa cultura jurídica e da honra de nossas tradições liberais."

E continuava, recordando precedente histórico:

"Mas, repudiando o Juízo de exceção, não fazia eu senão repetir a cena da Revolução Praieira, quando em Recife, a 17 de agosto de 1849, o Dr. LOPES NETTO, "por si e todos os acusados", lançava, rosto a rosto, ao tribunal que os ia julgar, o seu imortal protesto, cujas palavras finais parecem fotografar os nossos dias:

"Em vista, pois, do que acabamos de expor, de tantas violações da Lei, dos desprezos da Constituição e de todas as garantias sociais, em face de um tribunal que não reconhecemos competente, nem podemos reconhecer sem renunciar ao próprio direito de defesa, direito, que invocamos nesse momento solene, para quando tivermos os nossos juizes naturais: o que nos cumpre fazer? Legitimar com a nossa aquiescência todas as nulidades, todas as violências, todos os arbítrios, todos os escândalos praticados contra nós, com notável abuso de força e da autoridade pública? Concorrer com a nossa submissão servil para estabelecer um precedente que pode ser funesto às liberdades públicas, autorizando, deste modo, o governo a criar em outros casos comissões semelhantes, visto que a mais insuportável tirania é a que se exerce em nome da Lei e sob as formas protetoras da Justiça? Não, mil vezes não!"

Em vão o advogado PEDRO LAGO requer fosse certificado que MANGABEIRA fora condenado nos termos do artigo 99, parágrafo primeiro, do Regimento Interno do Tribunal de Segurança — o que dava ao Presidente o voto decisivo, "quando houver empate, prevalecerá para a decisão o voto do presidente".

A certidão foi negada. O julgamento era secreto... julgamento que é uma página negra de um tribunal de empreitada.

Mesmo sem a certidão do fato, passa a demonstrar que longe de ter sido condenado ele fora absolvido. Isto porque

"no meu julgamento só tomaram parte quatro juizes. Dois votaram pela minha absolvição e dois contra, sendo um deles o presidente, que de fato desempatou contra mim, graças à inaudita prescrição do parágrafo 1º do art. 99 do Regimento, que assim estabelece: "E quando houver empate prevalecerá para a decisão o voto proferido pelo presidente."

Essa disposição, ao mesmo tempo ilegal e torpe, viola o art. 10 da Lei nº 244, que instituiu o Tribunal de Segurança, e revoga um dos princípios mais antigos, mais nobres e mais assentes da civilização humana — o voto de Minerva. Coube ao Sr. BARROS BARRETO essa iniciativa regimental entre nós. Nem se recordou esse juiz que o Supremo Tribunal, não há muitos anos, julgando o *Habeas Corpus* nº 17.263 impetrado em favor do Dr. CAIO MACHADO, concedeu a ordem, porque o Presidente da Corte de Apelação do Paraná violara “preceito de direito universal, firmemente amparado pelas nossas tradições legais e judiciárias, desempatando contra o acusado”.

Mas o art. 10 da Lei nº 244, que instituiu o Tribunal de Segurança, determina: “As decisões serão tomadas por maioria de votos.” Nada dizendo sobre o empate, em face dessa omissão, deveria o Tribunal julgar de acordo com o nº 37 do art. 113 da Constituição, que prescreve que, em casos tais, o juiz decidirá “por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”. Tudo isso importaria, em caso de empate, ao Tribunal a absolvição do acusado. Demais, o artigo 1º da Lei nº 244 instituiu o Tribunal de Segurança, como órgão da Justiça Militar. Mas o Código dessa Justiça prescreve no art. 101: “O empate importa em decisão favorável ao réu.”

É sempre o princípio legal, proclamado no Código processual do Império e no art. 42 da Lei nº 848 (Organização da Justiça Federal) e declarado nos arts. 54 e 59 dos Regimentos da Corte Suprema e do Supremo Tribunal Militar.

Fui, portanto, legalmente absolvido, uma vez que houve empate no meu julgamento. Duvido que os senhores LEMOS BASTOS, RAUL MACHADO, COSTA NETTO, e PEREIRA BRAGA, que se declarou impedido quanto a mim, mas assistiu ao julgamento, duvido que afirmem, sob sua palavra, que não tive entre os quatro juizes votantes, dois a meu favor. Não tenho, porém, meio legal de apurar o fato desse empate, visto como o art. 100 do Regimento determina que o acórdão “será assinado pelo presidente e por todos os juizes, sem declaração de voto, mencionando-se apenas se a decisão foi tomada por unanimidade ou por maioria”. Assim, quando houver empate e prevalecer, como no caso, o voto do presidente, o acórdão dirá, apenas, sem precisar a responsabilidade de cada um dos julgadores: “por maioria”.

Parece incrível! Porque nos tribunais, quando o julgamento é secreto, o sigilo cobre apenas a discussão e a deliberação dos juizes entre si. No acórdão, porém, o voto vencido vem expresso, como o do relator. O Regimento não pode contrariar este preceito legal e juridico. O artigo outra coisa não é que a precaução pela qual os juizes se tornam irresponsáveis, pois

não há como distinguir, numa sentença “por maioria”, os que tenham por ventura praticado o crime de prevaricação, e “por afeição, contemplação, ódio ou interesse julgarem contra literal disposição da lei”.

Mas o nosso regime é o da responsabilidade; e nenhum juiz a ela se pode esquivar, derogando o art. 207 do Código Penal, e de fato anistiando-se, por meio de um dispositivo de regimento. Esse acórdão é, portanto, nulo, pois o regimento não podia estabelecer a irresponsabilidade dos juizes e revogar um princípio essencial no julgamento e à segurança da defesa, como o da publicidade do voto vencido. Quem não tem coragem de assumir a responsabilidade de seu voto, não se senta num Tribunal.

Tem assim a Nação, logo de plano, a fisionomia moral do juízo, que, absolvendo, me condenou.”

E desce o cajado no “acórdão monstruoso”, “absolutamente injustificável”, porque, prossegue,

“porque a artificiosa “maioria”, composta apenas de metade dos votantes, tudo subverteu, para condenar-me: a lógica, a lei, e a própria verdade material documentada nos autos”.

Os fundamentos do acórdão monstruoso são reduzidos a trapo. O seu crime máximo seria o de ter pseudônimo... Era o primeiro fundamento da decisão condenatória. Outro seria o ter dado “informações sobre maus tratos infligidos a presos”. O terceiro, o de haver requerido *habeas corpus* a presos. A respeito, vale reproduzir esta passagem do manifesto:

“É que em meio ao terror, propositadamente provocado e mantido pelo governo, para fins políticos, quando o ambiente de pânico era tal, que advogados com tirocínio de dezenas de anos em nosso foro, e presos sem a mínima culpa, não encontraram um companheiro que lhes requeresse um *habeas corpus*, eu me ergui sozinho e enfrentei a Ditadura, batendo sem cessar, e sem esmorecimento, às portas trancadas da Justiça. E em meio da aflição em que se afundavam tantos lares, era eu a primeira vela de salvamento que surgia.”

E ao cabo da análise dos fundamentos do acórdão monstruoso, tudo sintetiza nestas proposições singelas e terríveis:

“Em resumo, e tomando por verdade divina todas as afirmações falsas do acórdão, fui condenado pelos seguintes fatos que lhe servem de fundamentos: 1º) ter sido vítima de dois pseudônimos postos por ILVO em duas de suas cartas; 2º) ter dado ao Senador CHERMONT notícias de maus tratos de presos; 3º) ter manifestado desejo de articular as oposições sobre a base de um programa mínimo (como suspensão do sítio e libertação de presos); 4º) ter querido ser apresentado a um

general; 5º) ter opinado sobre dois *habeas corpus* para transferência de presos para um presídio político.

Não parece um julgamento. Parece uma anedota”.

Não pára aí. Prossegue no libelo, libelo contra o acórdão infame:

“Mas, para se ter uma idéia do valor dos documentos em que se firma a sentença, basta pôr em relevo o seguinte:

Quando, a 27 de abril de 1936, o procurador pediu à Seção Permanente do Senado licença para processar os parlamentares, juntou apenas os retalhos de cartas em que se baseia o acórdão. Compunha-se a Seção de correligionários dedicados do governo, que colocou a licença no terreno da confiança política. Mas, ainda assim, a Seção considerou impossível, com tais documentos, arranjar qualquer indício de crime, capaz de permitir a licença pedida. Como é notório, o relator, Senador CUNHA MELLO, pediu ao procurador outras provas. Isso a 28. A 30, entrou o procurador com os depoimentos de quatro testemunhas, o que permitiu a uma corporação política salvar as aparências, e conceder, embora constrangida, a licença solicitada.

Mas os parlamentares demonstraram no sumário, e a toda a evidência: 1º) que os depoimentos eram antedatados e tinham sido fabricados pelo delegado BELLENS PORTO, a 29 de abril, embora tivessem a data de 15 e 16 de março; 2º) que as testemunhas eram agentes de polícia transformados em comerciantes; 3º) que os depoimentos eram falsos. Pediram, por isso, a remessa dos autos ao juiz competente, para o processo criminal dos falsificadores. O Tribunal desprezou, por “falsa”, a prova testemunhal, “escandalosa”. E com os mesmos documentos com que a Seção Permanente considerou impossível conceder a licença, condenou dois dos acusados. Não mandou, porém, processar os responsáveis pelo crime de falsidade, que apurara. De sorte que, em resumo, o acórdão é a impunidade dos criminosos e a punição dos inocentes”.

E com estas palavras, limpas, dignas, serenas e altivas, próprias de um espírito verdadeiramente superior, ele encerra o seu Manifesto à Nação:

“A condenação monstruosa moralmente não me atinge. Não há quem me creia culpado em nenhuma insurreição: na verdadeira ou na arranjada. O acórdão é a prova da minha inculpabilidade e o corpo de delito do crime judicial. A opinião não se degradou, entre nós, até o ponto de considerar criminosa a defesa judicial da liberdade, nos dias de terror. Nada fiz, senão cumprir esse dever. E tanto assim que, a quase totalidade dos pacientes, a cujo favor impetrei os *habeas corpus* que a Corte Suprema negou, foi posta em liberdade, após treze meses de prisão, sem que os nomes dessas vítimas, muitas das

quais verdadeiramente ilustres, figurassem ao menos nos inquéritos da polícia. Essa a minha culpa, e dela me enobreço. Era tão certa em mim a convicção de minha inocência, no crime que me atribuíam, que à noite do julgamento, como sempre, às 10 horas já dormia. Acordei quando minha mulher e minhas irmãs, aflitas, me deram a notícia da incrível decisão. Tranqüilizei-as. Meu filho, meu irmão e vários amigos, que entraram pouco depois, poderão dar testemunho da minha serenidade em face da vingança. Ao saírem, dormi, logo em seguida, até às 5 horas da manhã, como todos os dias. Não sei se o mesmo puderam fazer os meus juizes. Iniquamente condenado, tenho pena dos que me condenaram. Como deve ser infeliz o homem, cuja formação lhe permite, sob qualquer motivo, a condenação de um inocente! Deus que lhes perdoe. De mim, estou tranqüilo. Preso há quatorze meses, sem ter cometido crime, nem encontrado justiça, apesar de todas essas covardias triunfantes, não cedi, não esmoreci, não transigi; não cessei de falar, de protestar, de requerer, na defesa da Liberdade, do Direito, da Democracia e da Lei.

Deu-me a natureza a fibra rija da resistência e da luta. Dotou-me com uma intensa vida subjetiva. Os gozos materiais da existência não têm poder sobre mim. Nunca me senti mais livre do que na ignomínia desta prisão."

O manifesto, publicado a 13 de junho de 1937 sob o título "Ante a Nação: Eu e o Tribunal de Segurança", é seguido de outro, estampado no dia 15. É breve. Como o Coronel COSTA NETO declarasse à imprensa, referindo-se ao Deputado JOÃO MANGABEIRA, "que fora um dos juizes que o condenaram" — ele comenta: "para mim não foi novidade. Já o sabia" — e deduz que os votos condenatórios foram dois. E interpela: "defina-se agora o outro. Até mesmo porque foi ele quem desempatou contra o acusado e o condenou, procedendo assim "contra literal disposição de lei", e violando "preceito de direito universal, firmemente amparado pelas nossas tradições legais e judiciárias".

Uma semana depois, a 21 de junho, está o preso outra vez batendo às portas do Supremo Tribunal Militar. Alega que fora condenado graças ao voto duplo do Presidente do Tribunal de Segurança, quando em verdade fora absolvido porque ocorrera empate no julgamento e em tal caso prevalece o voto absolutório. Requisitadas informações, o Presidente do Tribunal de Segurança, alegando o caráter secreto do julgamento, ainda procura sonégá-las. Mas as coisas se vão tornando tão claras que não é mais possível negar a evidência. E por unanimidade de votos o Supremo Tribunal Militar, honra lhe seja feita, aos 25 de junho de 1937, concede a JOÃO MANGABEIRA a ordem de *habeas corpus* para o fim de ser posto em liberdade — eram passados 15 meses e dois dias de sua prisão —

"porque, tendo havido empate na votação, a sua condenação não reuniu a maioria do voto do Tribunal julgador e, assim,

absolvido deve ser considerado, porque a absolvição decorre da própria lei em confronto com o direito universal”.

É preciso frisar que, alegando o sigilo do julgamento, até informações ao Supremo Tribunal Militar o Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, cujo voto condenatório valeu dois votos, procurou ocultar.

Veja a Casa até onde chega a ignomínia humana e veja como é necessária a guarda de certas cautelas, que nos tempos de paz e de ordem jurídica podem parecer desnecessárias ou obsoletas, para evitar que em tempos tumultuosos as fezes da humanidade não cheguem a dominar a sociedade desarmada e o indivíduo desamparado.

Há momentos em que não há conveniências que justifiquem reticências. Por que não lembrar que o autor do voto duplo, como juiz e como presidente, o Sr. BARROS BARRETO, FREDERICO BARROS BARRETO, pouco depois, já no Estado Novo, instituído para durar sempre, foi feito Ministro do Supremo Tribunal Federal! Foi em 1939. E, esquecia-me de dizer, continuou Presidente do Tribunal de Segurança Nacional!

Libertado pela ordem de *habeas corpus* que o Supremo Tribunal Militar lhe concedeu, no dia seguinte ao de sua libertação recebe a visita do Presidente da Corte Suprema e ouve de EDMUNDO LINS que o Supremo Tribunal Militar restaurara no Brasil o domínio da lei.

De volta à Câmara ele há de dizer:

“saí, afinal, absolvido, por decisão unânime da justiça togada, da justiça de verdade, do Supremo Tribunal Militar”.

E depois de repetir o juízo do Presidente EDMUNDO LINS, acrescentou:

“O Supremo Tribunal Militar subiu aos olhos da Nação à altura dos grandes tribunais — soberano nas suas decisões, sereno no seu julgamento, inflexível nas suas sentenças. De fato, não se amedrontou ante os fantasmas da reação, não tremeu ante os duendes do comunismo, não recuou ante as ameaças do governo. Cumpriu seu dever. E cumprir o seu dever é a maior honra de um juiz ou de um tribunal dignos desses nomes.”

Libertado pelo Supremo Tribunal Militar nos últimos dias de junho de 37, a 10 de julho ele ocupa a tribuna. V. Ex^a estava lá, Sr. Presidente, eu lá não me encontrava. V. Ex^a viu o que eu não vi. Mas, segundo uma testemunha, a impressão era a de um leão que rugia e passeava pela tribuna, diante de uma Câmara silenciosa e cabisbaixa, de uma Câmara que não soubera defender as suas próprias prerrogativas e muito menos a de seus membros, cujo Presidente, o da anterior sessão legislativa, o orador haveria de ferretear.

Foi um discurso, melhor dizendo, foi um libelo. Sob “palmas prolongadas”, começa assim:

“Sr. Presidente, após mais de quinze meses de prisão e quase dois anos de lutas, em que a misericórdia divina me envolveu na sua graça, não me permitindo a fraqueza de um minuto sequer de transigência, esmorecimento ou hesitação, ao penetrar neste recinto, a primeira impressão que do fundo do passado emerge à superfície do presente não é, como deveria ser, a da indignação e surpresa com que, às primeiras horas da noite de 23 de março, eu via as imunidades do meu mandato violadas pelo golpe de força pelo qual o Sr. Presidente da República, traíndo o regime confiado à sua guarda, assumia a ditadura — duplicando o prazo de noventa dias, que a Constituição fixara e a lei lhe concedera, para o período de suspensão das garantias individuais — e iniciava, entre nós, a infâmia do estado de guerra em plena paz, à custa de cujo terror branco, outro objetivo não visava senão o de perpetuar-se no poder.”

Depois de referir-se a JOÃO NEVES, para “dar o público testemunho da devoção com que nos acompanhou, a nós, parlamentares, durante todos os transe desse longo sofrimento”, depois de acentuar que das hostes governistas “apenas um homem ficara de pé — e honra lhe seja feita — o General Flores da Cunha, impertérrito na defesa das imunidades parlamentares, estraçalhadas num golpe de brutalidade e força”, profere estas sentenças de fogo:

“Não foi esse, porém, Sr. Presidente, o primeiro sentimento que me veio à tona da memória ao defrontar com estas bancadas. Não; foi uma outra impressão mais triste e amargurada; foi a de revolta e de espanto, quando nós, parlamentares, presos por entre as grades do alojamento, cujas portas se fechavam por grossos cadeados, sob a vigilância de sentinelas em armas, ao pôr-do-sol de 3 de maio do ano passado, líamos estarecidos, em todos os periódicos que ocultamente, furtivamente, a nós, incomunicáveis, nos chegavam, líamos estarecidos a notícia dos aplausos com que o Congresso, reunido em sessão solene, recebia, rosto a rosto, o decreto de sua *capitis diminutio*, a proclamação de sua subalternidade, no ato com que a ditadura policial do Sr. GETÚLIO VARGAS, do alto de sua majestade sorridente, lhe fazia chegar a notícia de que resolvera, “doravante”, respeitar as imunidades, ressalvadas, porém, expressa e declaradamente, as violações que lhes fizera. E redobrando na afronta e refrisando no epigrama, essa carta de servidão era entregue aos parlamentares pelas mãos do Ministro da Justiça coberto de crimes.

Por muito menos, em 1892 — não tinha eu então 12 anos — o Senado baiano, tendo à frente um de seus senadores, o Contra-Almirante ALMIRO RIBEIRO, despedia, quase aos tombos, escada abaixo, uma alta patente militar, que era nada

mais nada menos do que o representante e emissário da espada triunfante e triunfadora de FLORIANO PEIXOTO.

Aqui não houve quem tivesse a lembrança de chamar um continuo para despedir o atrevido, de chamar um servente para botar porta afora o insolente que afrontava o Poder Legislativo, portador que era de uma mensagem indigna de sua majestade soberana.

O protesto, há mais de um ano sufocado na garganta, ruge e vibra agora neste recinto. Ao menos um ano depois se desafrota na sua honra uma consciência que nunca cedeu, uma vontade que nunca esmoreceu, uma espinha que nunca se curvou, em protesto retardado, mas nem por isso menos altivo, nem por isso menos enérgico, nem por isso menos decisivo, nem por isso, sobretudo, menos redentor.

Levantado este protesto, que a honra do Parlamento brasileiro exigia, para que não ficássemos na mudez dessa subserviência, o meu primeiro ato é insurgir-me contra a condenação monstruosa do Deputado OCTÁVIO DA SILVEIRA, a última vítima que a maioria, dócil às injunções políticas, atirou, de mãos atadas, a um tribunal de exceção, que agoniza sob o desprezo político, por entre atentados e escândalos que revelam sintomas de um corpo em decomposição."

E aquele homem generoso — é a lembrança que dele guardo das conversas que com ele mantive, algumas vezes —, aquele homem marcadamente generoso foi de inexcedida dureza em relação ao Ministro da Justiça e ao Chefe de Polícia, a VICENTE RAO e a FILINTO MÜLLER, cujo procedimento fulmina com palavras que queimam.

Refere-se à Emenda Constitucional nº 1,

"escandalosa e monstruosa, votada contra a Constituição processada durante o estado de sítio. Foi uma emenda votada sob o pânico, quando os jornais, em letras grandes, em manchetes, estampavam: "A Câmara votará as emendas ou será dissolvida." Essa ameaça militar, que se atribui ao ex-Ministro da Guerra General JOÃO GOMES, pairava no ar, e a Câmara processou a emenda em pleno estado de sítio, fazendo-se apenas a pilhéria de suspendê-lo, para satisfazer, com este expediente, certos escrúpulos, mais ou menos complacentes, à semelhança de certos unguentos destinados a restaurar virgindades perdidas."

Declara que, "decretado o estado de sítio, achei justa a própria prisão de meu filho, porque o sítio autoriza a prisão do suspeito", acrescenta, "porém há um prazo para a apuração das responsabilidades". E aduz:

"decorreu o primeiro mês; decorreu o segundo. No começo do terceiro bati às portas da Justiça, pedindo a liberdade de ho-

mens que a polícia, depois de três meses de prisão, pôs em liberdade, sem que sequer figurassem nos seus inquéritos”.

Recordo-me bem de que a informação da polícia dizia, textualmente, quanto ao Professor CARPENTER: “Preso por ser professor convicto de idéias avançadas.”

Todo o crime se resumia nisso; e o governo fascista do ditador que se preparava com o estado de sitio para o estado de guerra desfechava contra o velho professor, nimbado por uma bondade apostólica, apenas essa acusação: suspeito de professar idéias avançadas! E 10 ou 12 meses, no Pedro I e no cubículo, curtiu ele, o homem de idéias avançadas, enxovalhos de toda a sorte!

E hoje o chefe de polícia tem a coragem de afrontar a opinião nacional, num relatório de que é um padrão de imprudência, dizendo que a polícia não exagerou, ela que tem as mãos pingando o sangue de AUGUSTO DE MEDEIROS, assassinado pela polícia dois dias após a sua detenção e cujo cadáver foi transferido, à noite, para a Vista Chinesa e crivado de balas! E a polícia teve o descaro de afirmar que ele foi assassinado pelos próprios companheiros! Foi trucidado barbaramente, torturado até extremos nunca vistos e em seguida assassinado!

As truculências, a ferocidade da polícia do Sr. FILINTO MÜLLER, quando reveladas publicamente hão de encher de horror o mundo civilizado.

Agulhas quentes pelos dedos, surras de fazerem perder as nádegas e as costas, choques elétricos, pontas de fogo! Debaixo do quarto do Capitão WALTER POMPEU, no Hospital da Polícia, não podia esse oficial dormir com os gemidos de um marinheiro que tivera as nádegas arrancadas a chicote! Suplícios hediondos, como o de mulheres, completamente nuas, torturadas a alicate.

As vítimas hão de comparecer à Câmara, aqui, rosto a rosto, por ocasião da prestação de contas do estado de guerra.

Quero ver a atitude da Câmara quando deparar com aqueles corpos mutilados.

O que se fez com o estudante de engenharia, MARIGHELA, no dia 19 de maio, é de fazer piedade a um coração empedernido. As torturas infligidas a esse rapaz — a noite inteira chibateado, pisado, ora na Polícia Central, ora na Polícia Especial, se revelam até nas fotografias que tenho, publicadas num dos jornais matutinos, com seu retrato como comunista, com tabela em que vem o seu número.

Tudo isso se passou, realmente, sob a chefia do Sr. MÜLLER. Tudo isso de que a Câmara não tem notícia, monstruosidades como essas que degradam a civilização brasileira e desonram o nosso nome perante o mundo civilizado, *tudo isso foi perpetrado*

do por esse chefe de polícia que hoje tem a desfaçatez de aparecer de público, dizendo que o Governo agiu com brandura!

.....
No dia 3 de maio, quando aqui compareceu o Ministro da Justiça, já fora espancado o Senador CHERMONT. Fora levado à Polícia Especial para ser brutalmente surrado.

Ele próprio declarou isso no Senado; e este, em sua mudez, não reparou que se suicidava moralmente, em cena aberta perante a opinião nacional.

Não me calarei! Não é possível que os crimes e violências do Governo fiquem impunes.

.....
Há marinheiros e operários cujos tornozelos, cujas carnes foram arrancadas, queimadas a maçarico! Dizem-me que algumas dessas vítimas têm-se apresentado ao Almirante VASCONCELLOS.

No dia 27 de julho de 1936, os detidos de então, oficiais do Exército e da Marinha, professores, jornalistas, médicos, advogados, fizeram um ofício ao Presidente da República, que lhe foi entregue em mãos, narrando todas essas monstruosidades. Mas a indiferença do ditador sorriu ante a desgraça humana!

Que lhe importava isso, se ele estava fumando tranqüilamente dentro do seu automóvel e recebendo vinte contos por mês à custa da Nação! Que importava ao Ministro da Justiça, despejado pelo Sr. JOÃO ALBERTO, da chefia da polícia de São Paulo, tais as violências que em 40 dias lá praticou?

O que importaria a eles é que se conservassem no poder. Um e outro visavam perpetuar-se no poder; mas ambos foram logrados pelos acontecimentos, que podem mais que todas as maquinações do egoísmo.

Mas o sangue das vítimas clama por justiça!

Hei de trazer aqui, traremos todos nós, Deputados que fomos detidos, haveremos de trazer provas materiais do que se passou com os presos.

.....
Mas, se quiser apontar um caso monstruoso, direi que a 19 de maio deste ano uma moça de 18 anos, ERIDE FACCIOLI, porque queriam que denunciasse o namorado como comunista, foi presa na Lagoa Rodrigo de Freitas, alta noite, sendo trazida a murros e pontapés, dentro de um automóvel, até o Largo da Lapa, onde desmaiou.

Em seguida, levada à Polícia Central, foi no dia seguinte, transferida para o que se chama o "consultório de beleza".

Despiram-na e, com alicates, torturaram-lhe o corpo inteiro.

Desse tratamento bárbaro, durante três dias, numa criança de 18 anos apenas, resultou que está inutilizada para toda a vida e com duas hérnias.

Abriram-lhe a porta da prisão com ameaça de morte se isso relatasse. Mão piedosa acolheu e esconde a infortunada.

No dia seguinte, seu irmão GENTILE FACCIOLI passava pelo mesmo processo. E, depois de ser deitado no cimento da geladeira da Polícia Central, urinando sangue do espancamento que recebera, tiraram-lhe o único abrigo que trazia — um paletó de casimira, para que se deitasse no chão frio!

Após 60 dias soltaram esse homem, que havia sido detido sem culpa alguma.

Eis as benemerências da polícia do Sr. FILINTO MÜLLER, que ele não se peja de alardear no relatório com que afronta a dignidade humana!

Não podemos ser coniventes nesses crimes.

A minha voz, solitária embora, reagirá. Enquanto tiver o mandato, ela não há de servir de co-participante dos crimes dos poderosos.

Assim procedendo, não faço senão manter a linha que consegui conservar íntegra, através de todos esses sofrimentos prolongados.”

V. Ex^ª, Sr. Presidente, me chamou a atenção, outro dia, para o último livro de JOSUÉ MONTELLO, *A Coroa de Areia*. O romance se desdobra entre 5 de julho de 22 e o ano de 37, antes do golpe, porque nele não se fala. Quem quiser ver retratado o medo, o pânico, o terror que imperou naquele tempo, vá às páginas finais do livro; quem quiser sentir a brutalidade da tortura praticada no fundo dos cárceres naqueles tempos, vá às páginas finais do romance; quem quiser medir o grau de insegurança da sociedade desprotegida e do indivíduo desarmado, vá aos capítulos derradeiros daquele livro, que é um retrato fiel do Brasil naqueles dias tormentosos; e quem quiser deparar alguns tipos miseráveis, que a indignidade e a torpeza fazem proliferar nas quadras de medo, de terror e de insegurança, deixe-se levar pelo enredo de *A Coroa de Areia*. E há de ver que o painel debuxado pela pena fidalga do primoroso escritor maranhense se casa com o rugido do orador da sessão de 10 de julho de 37 (*).

(*) A insegurança por esse tempo existente foi assim registrada por JOSUÉ MONTELLO em *A Coroa de Areia*, 1979, p. 269:

“— O que a senhora me pede é mais do que razoável. Mas eu não devo iludi-la. Seria uma incorreção. Ouça o que lhe vou dizer, com toda a confiança, só para a senhora: hoje, este meu mandato de Senador não vale nada. Amanhã posso acordar sem ele, e ser recolhido a uma prisão, sem saber por que, como seu marido. Antes da senhora, vieram aqui outros parentes de maranhenses, que

se acham na mesma situação do Dr. João Maurício. E eu tive de dizer a todos eles o que disse em carta ao Padre Chaves, e agora lhe repito, com muita tristeza: nada posso fazer. Nada. Absolutamente nada."

As prisões arbitrárias então praticadas e as atrocidades cometidas no fundo dos presídios foram retratadas por JOSUÉ MONTELLO no seu admirável romance, pp. 261, 278, 279:

"E estou nesta miséria há mais de um ano! Em São Luís, os presos se conheciam uns aos outros. Aqui, tudo mudou. Somos muitos. Nem todos me conhecem. Os arredios, como eu, sofrem mais. E há professores, médicos, engenheiros, bacharéis, escritores, jornalistas, misturados a assassinos, ladrões e assaltantes. Mas isto aqui, em comparação com a Ilha Grande, é o paraíso. Lá é um horror. Quase todos marginais, e muitos deles tarados, sem qualquer escrúpulo ou formação moral. Os mais novos, se não podem defender-se, são agarrados e estuprados, e a Polícia fecha os olhos. Os que acabam mortos, nas brigas internas, são dados como desaparecidos: para todos os efeitos, fugiram da ilha. Uma miséria. Uma vergonha. E foi para ver isto que eu sacrifiquei minha mocidade, de armas na mão? Mandaram para lá o filho da Eponina, ainda com o braço entalado. Não sei o que vai ser daquele rapaz. A humilhação dos presos, naquele inferno, começa com a cabeça raspada. Das violências sexuais nem os meninos escapam. E tudo se sabe aqui, por um ou outro que, aos pedaços, consegue voltar à Casa de Detenção para morrer. Chego a pensar que estou num pesadelo. Mas me apalpo, abro os olhos, ando, ouço minha voz, e vejo que não estou sonhando. Antes de eu vir para cá, um dos presos, ao saber que tinha sido transferido para a Ilha Grande, correu como um doido, até se atirar de cabeça contra a chapa de ferro do portão. Fez assim várias vezes, por entre o riso dos guardas, até tombarem morto, deitando sangue pela boca."

.....
"— Chegou anteontem aqui, vindo da Ilha Grande, um dos nossos companheiros, o Jorginho, filho de uma rapariga de São Luís, a Eponina. Chegou feito um trapo. Está aqui na Enfermaria, na outra ala. Não o reconheci. De noite, ouvindo-o arquejar, aproximei-me, e dei com uma figura ossuda, de cabeça raspada, só pele e osso, os olhos crescidos, o nariz afilado, um brilho de febre nas pupilas. Foi ele que me perguntou: "Não está me conhecendo, Dr. João Maurício? Sou o Jorge. Vim do Maranhão com o senhor." Depois, foi-me dizendo, devagar, respirando com dificuldade: "Acabaram comigo, na Colônia da Ilha Grande. Vim aqui para morrer. Estou no fim. Já não tenho forças para me levantar. Não sei como me mandaram para cá. Sofri muito. Fizeram comigo as coisas mais abjetas. Enquanto pude, resisti. Me amarraram, me forçaram. Apanhei muito. De ladrões, de assassinos, da própria Polícia. Quem vai para aquele inferno raramente escapa. São uns miseráveis os que nos mandam para lá. Uns canalhas. Agora, só peço para morrer o mais depressa possível. Com nojo da vida. Com nojo do mundo. Com nojo da humanidade."

.....
"— Que foi que aconteceu, João Maurício?

— Acordei por volta das onze horas com a repentina impressão de que o Jorge estava morrendo. Corri para lá, e vejo-o arquejando, com o sangue a lhe escorrer pelos cantos da boca. Apertei o botão da campainha de socorro: não veio ninguém. Corri para a balaustrada, gritando. Desci ao pátio, gritando. Algumas luzes se acenderam. Por fim o médico apareceu, com ar irritado. Fora de mim, cresci para ele. Por que não atendera ao chamado da campainha? Como tinha coragem de deixar uma pessoa morrendo sem lhe prestar socorro? E ele, para mim: — "Fique no seu canto, moço. O senhor está aqui de favor. Acabe com esses gritos, antes que eu o devolva à galeria, ou o mande também para a Ilha Grande."

Aglala, lívida, indagou:

— E tu, João Maurício?

— Meti a viola no saco. Tratei de me encolher no meu canto. Aqui domina o arbítrio. E não há para quem apelar. Pensei no teu sacrifício, chorando para

Depois de relatar a sua resistência durante a prisão, depois de publicar as cartas que ao líder JOÃO NEVES endereçara enquanto encarcerado, depois de denunciar "o grande farsante que engendrou esta miséria do estado de guerra em plena paz, desconhecido até hoje no universo", depois de aludir às palavras que lhe dissera, acerca da decisão do Supremo Tribunal Militar, "o grande jurista que é o egrégio Presidente da Corte Suprema", depois de aludir à presença no Ministério da Justiça de "um homem da energia e da dignidade do Sr. MACEDO SOARES, que restaurou no Ministério os métodos de verdade, de juridicidade, de humanidade, de dignidade essencial a todos os governos. Não fora isso, e a comédia teria prosseguido infinitamente, encenada por FILINTO MÜLLER e BARROS BARRETO", reafirma a sua convicção democrática exposta na primeira reunião da minoria, em abril de 35, que começa assim: "não sou comunista nem integralista, porque sou contra todas as ditaduras"; e volta a declarar-se um homem de esquerda:

"mas afirmando que sou homem da esquerda, declaradamente da esquerda, não se arrepie com isto a burguesia, nem se encham de contentamento os demagogos. Porque a esquerda é uma espécie de íris, arqueando-se na sucessão de suas cores nitidamente percebidas nos tons próprios que os distinguem, mas imperceptíveis nos limites de mudança de seus matizes."

Quanta coisa haveria a dizer a respeito do parlamentar insigne e eu, que me excedo na tribuna, limitei-me a abordar fatos e posições relativas a apenas dois anos de sua longa e intensa vida pública, pois JOÃO MANGABEIRA chegou aos oitenta anos na plenitude da sua vida intelectual, sempre reto, bravo e generoso.

Contudo, penso que não há necessidade de dizer mais para homenagear dignamente a memória de um homem digno, e cuja dignidade exemplar ficou estampada nos episódios e no comportamento rememorados.

obter do Diretor que eu viesse transferido para cá, e baixei a cabeça. Não podia te expor a uma nova cena de desespero.

E Aglaia, apressando a conversa:

— Esquece isso, esquece isso. O que passou, passou. E o rapaz melhorou?

— Talvez não passe de hoje. Tem as pernas quebradas, o busto cheio de equimoses do chicote, os órgãos genitais arreventados. Um horror. Não sei onde isto vai parar. E foi para isso que eu lutei, de armas na mão, meu Deus?

Levantou-se, atirou a ponta de cigarro para o pátio. E de volta ao banco, com uma contração de ódio no rosto chupado:

— Estava aqui também um senhor de Alagoas, escritor, romancista, secretário da Instrução Pública em Maceió. Homem fino, caladão, meu companheiro de cigarro. Ontem, sem que nem mais, foi mandado para a Ilha Grande. Por quê? Ninguém sabe. Mistério. Como ele, outros. A esta hora, já lhe raspam a cabeça, já o obrigaram a trabalhos degradantes, para humilhá-lo. Tenho pensado em Dostoiévski, nas *Recordações da Casa dos Mortos*. Não podia ser pior que a Colônia Correccional da Ilha Grande a Casa dos Mortos, na Sibéria. Não, não podia."

Quem não sabe que desse tempo são as *Memórias do Cárcere*, de Graciliano Ramos?

Dos muitos traços, notáveis todos eles, que davam relevo tão marcante à personalidade do baiano insigne, os que aqui foram lembrados, ainda que de modo defectivo, são bastantes para realçar-lhe o lugar que lhe coube ocupar e o papel que lhe estava reservado para desempenhar.

No meu modo de ver, é este o homem que o Senado homenageia. Não é o orador excepcional, de inteligência luminosa e memória abençoada por Deus, não é o jurista brilhante, capaz de versar com a mesma abundância de saber qualquer tema de Direito Público ou Privado, não é o pensador político, vigoroso e atuante, não é o conferencista, não é o humanista, não é o expositor, nem o *causeur* saboroso; é o homem que permaneceu ereto e digno quando o medo e a covardia abriram um vazio e num abandono crescente, à medida em que falhavam as soluções da lei, uma a uma, pela deserção geral dos seus responsáveis, pela desagregação das instituições... é o homem que encarnou a dignidade do homem, do intelectual, do jurista, do político, numa fase de pânico e de vilania.

Passado o período infernal, retornando à Câmara, ele dirá:

“Ao longo de toda essa travessia, se pude manter intacta a reserva de minhas energias, se pude resistir a todos os golpes e ameaças, é que a minha atitude repousava em convicções profundas, numa fé sincera, haurida no trato dos livros e na experiência da vida. A boçalidade de uns e a maldade de outros diziam, cuidando ferir-me, que sou um homem de idéias avançadas. Disso me ensoberbeço. Reafirmo tudo quanto disse na primeira reunião da minoria, em abril de 1935, para que fique consignado nos nossos *Anais*: não sou comunista nem integralista, porque sou contra todas as ditaduras.”

Dir-se-á que nenhuma palavra foi dita a respeito do pensador político, que sob forma impecável, enunciava conceitos lapidados. Para mim, no entanto, mais vale o homem fiel às suas idéias do que o brilhante expositor de idéias sedutoras...

Mas, por que não lembrar uma ou outra de suas sentenças?

Elaborava-se a Constituição em 1933/34 e ele, pela imprensa, acompanhava os trabalhos da Constituinte. Analisando o direito de propriedade e sua função social, eis como se posiciona e fixa, em meia dúzia de palavras, a grande transformação operada na sociedade e, por conseguinte, no Direito:

“A regra jurídica que regulou o fuso, quando a matrona romana tinha como título de nobreza fiar a lã, enquanto o marido estava no fórum ou na guerra, não pode reger a produção coletiva, absolutamente antindivíduo, inerente à maquinaria dos nossos dias. A produção, profundamente social na sua estrutura, nas suas relações e no seu destino, somente por leis adequadas a essa condição se poderá reger.

Mas a propriedade não pode ter um caráter, ou uma função diversa da fonte donde ela se origina. A época da aquisi-

ção da propriedade pela ocupação individual, a bem dizer, já passou. Hoje, seja qual for o critério que se adote, funde-se ela no trabalho, no capital, ou no complexo de ambos, o característico destes, e por conseqüência daquela, é a sua origem, a sua função, o seu destino social.”

Tenho para mim que JOÃO MANGABEIRA foi injustiçado. Já não me refiro aos episódios brutais de 36 e 37, nos quais foi envolvido pela torpeza de uns e pela covardia de muitos. No meu modo de ver, mais injustiçado ainda ele o foi depois disso. O homem que enfrentou o inferno daqueles tempos, com dignidade exemplar e bravura invulgar, não voltou a exercer a deputação senão como suplente da bancada baiana, de 1947 a 1950. Depois, não voltou ao Parlamento, seja como Deputado, seja como Senador. E era a maior figura intelectual da Bahia, era um luminar em qualquer lugar.

Ele que, na linguagem corrente, era um homem de idéias “avançadas”. Numa época em que proliferavam, às dúzias, os “reformadores sociais” que nunca haviam aberto um livro de ciência política, em que pululavam os energúmenos rotulados de “amigos do povo”, o socialista declarado e convicto, não o socialista de véspera ou de ocasião, deixou de receber o voto da sua terra, bem como do Rio de Janeiro, quando candidato pelo antigo Distrito Federal. A mim doía o ostracismo decretado contra o grande homem, exatamente quando prosperavam os sicofantas de todos os matizes.

Falei em socialista, e JOÃO MANGABEIRA o era por convicção amadurecida. Mas não preciso dizer que o era democrático. Antes de a “Esquerda Democrática” transformar-se no Partido Socialista, ele haveria de proclamar:

“A Esquerda Democrática não é um partido de classe. ... como partido do povo, não tem uma concepção própria da vida, nem credo religioso e reconhece a cada qual o direito de seguir, nesta matéria, a sua própria consciência. ... Pleiteia profundas transformações na ordem social vigente. Mas pleiteia tudo isto progressivamente, ... e tudo dentro da Democracia, pelos processos democráticos, pelo voto livre do povo, no debate livre de todos os partidos e de todas as opiniões.”

Dizem os seus amigos que ele formou as suas convicções socialistas ainda estudante na Bahia, quer dizer, no fim do século passado, refletindo sobre os fiapos dos debates parlamentares em França, estampados na imprensa baiana... Assim chegou à convicção de que a humanidade evoluía necessariamente para um sistema de cooperação, superando um sistema de exploração.

Crítico veemente do capitalismo, na oração antes referida e publicada sob o título “Democracia, Capitalismo e Socialismo”, vergastava-o com a sua eloqüência habitual:

“É que no regime capitalista o que o move, o que o impele é exclusivamente o lucro. Do ponto de vista do mercado, tanto

vale fazer berços para os que nascem, como caixões para os que morrem. O ponto é que dê lucro. E assim o produtor dos primeiros deseja recém-nascidos em quantidade e o dos segundos, defuntos em profusão. E ambos estão certos, nem há como os censurar. Como produtores não vivem da vida nem da morte alheias. Vivem do lucro.”

O elenco de reformas por ele defendido em 1932, ainda hoje pode ser subscrito por homens chamados “avançados”.

Mas tudo e sempre dentro das normas democráticas, pelo consenso traduzido no voto.

No discurso com que paraninhou os bacharéis de 1944 na Faculdade da Bahia, asseverou a certa altura:

“Para que a liberdade exista, é preciso que a sociedade se *estruture sobre a cooperação e não sobre a exploração*. E assim os homens serão livres. Para isto a democracia política não basta. Nem tampouco a democracia social. Quanto à última, diremos com os Evangelhos que “nem só de pão vive o homem”. Sem a liberdade de pensamento, de crença, de palavra, de reunião, de associação, de partido, em suma, sem as chamadas liberdades civis e a liberdade política, pode o homem ter pão na casa farta; todavia, muito lhe faltará, faltando aquilo.”

Como hei de terminar este discurso, este discurso que é menos meu do que dele?

Creio que a melhor maneira de fazê-lo é retornando ao tempo que, com tanta dor, rememorei, faz pouco, tempo que, ao meu juízo, foi o mais alto de sua longa vida. Ele confirmou, com o sofrimento, que não era por acaso que fora o discípulo amado de RUI. Com RUI ele aprendera

“de cada vez que uma opinião ameaçada se debata contra uma ditadura, de cada vez que a lei sofra num dos nossos semelhantes, estaremos invariavelmente a seu lado. Pouco nos importa o seu nome. Não temos nada com o seu passado. A sua impopularidade não nos demove. É nosso inimigo? Pouco se nos dá. Tentou contra a nossa própria vida? Nada tem com isso o nosso dever público. Professa convicções inconciliáveis com as nossas? Tanto melhor. Assim justamente se assinalará com eloquência mais solene a santidade de um princípio, em cuja presença se desarmam e fraternizam as mais fundas separações pessoais.”

Com RUI ele aprendera que

“toda vez que uma opinião lícita for convertida em crime, eu, em revolta com os inquisidores políticos, me inscreverei na opinião perseguida”.

Veja o Senado como entre o pensamento de RUI e o de MANGABEIRA não havia solução de continuidade, como o discípulo amado não fazia senão honrar o mestre estremecido:

“Democracia sem direito, democracia sem liberdade, democracia não é. Qualifiquem-na como quiserem. Será sempre ditadura: de um homem, de um grupo, de uma raça ou de uma classe; mas sempre o domínio do arbítrio do vencedor, apoiado na força, sobre o vencido desamparado. A liberdade e o direito só existem nos países livres, que abroquelam e garantem a todos, sem exceção de ninguém, seja a minoria, ou seja o indivíduo isolado. O mais alto momento do direito e da justiça na democracia é quando um Governo digno de um povo livre, ou um juiz, digno de seu sacerdócio, cobre com a tutela da liberdade um inimigo odiento, na propaganda de uma idéia odiada.”

A mesma idéia ele externaria mais de uma vez. Veja o Senado esta passagem:

“Quando um democrata se levanta contra uma opinião, seja qual for, e pede, só por isto, o castigo do opinante, que outra coisa não fez senão usar do seu direito de opinar de acordo com o que em sua consciência julga certo, este democrata fez, sem querer, o serviço da reação, que um dia o há de amordarçar. ... Porque uma opinião, por si só, e por mais absurda que seja, pode varar todos os limites do erro, mas não atingirá jamais nenhum dos limites do crime.”

Como vê o Senado, o discípulo continuava o mestre. E só um homem com estas convicções, fundidas no seu ser, nele encontraria a energia moral para resistir, como resistiu, ao sofrimento e às decepções, especialmente quando a covardia de tantos abria em torno dele o vazio do desamparo e quando o medo a tantos aconselhava a prudência...

Não preciso dizer que a Câmara não chegou a ver “aqueles corpos mutilados” pelo banditismo policial de 36 e 37; a ferocidade e as truculências da polícia não encheram “de horror o mundo civilizado”, porque não chegaram a ser reveladas à Câmara. O “plano Cohen” ia cumprir o seu papel. Criminosamente forjicado e criminosamente explorado, serviria de pretexto para o fechamento da Câmara e para a eliminação do Senado.

E se a V. Ex^a eu perguntasse, Sr. Presidente, se foi responsabilizado algum dos bandidos, se foram processados os criminosos que praticaram os atos hediondos que encheriam de horror o mundo civilizado quando revelados publicamente, a resposta teria de ser negativa. Os criminosos ficaram impunes e imunes. Nada aconteceu, senão o seu triunfo por muito tempo.

Enquanto isto, o grande brasileiro continuou altivo e ereto. Porque dele se poderia dizer o que ele mesmo disse a seu respeito, ao chegar à Bahia, em 1944, quer dizer, em plena ditadura, para paraninfar os bacharelados da Faculdade de Direito, *um homem cuja espinha não se dobra e cuja fé não deserta.*

Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati). Ex-Assessor Jurídico da ONU em Genebra. Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

S U M Á R I O

1. *Introdução*
2. *Teorias relativas aos fundamentos e princípios do Direito Internacional*
3. *Território (soberania territorial)*
4. *Imunidades*
5. *Reconhecimento*
6. *Tratados: classificação e interpretação*
7. *Responsabilidade do Estado e proteção diplomática*
8. *Direito Aeronáutico*
9. *Organizações internacionais*
10. *Observações finais*

1. *Introdução*

Observou-se recentemente que "ficções são usadas em todos os ramos do direito e muitas vezes tornam-se a tal ponto arraigadas no sistema jurídico que não mais são reconhecíveis como ficções. Numerosas normas do direito moderno baseiam-se em regras que evoluíram

há séculos atrás e que então se basearam em ficções. O direito moderno recebeu e desenvolveu tais regras, mas ficaram esquecidas as ficções subjacentes" (1). O Direito Internacional não parece fazer exceção a isto, e mesmo hoje compreende um grande número de ficções, algumas das quais tão freqüentemente reiteradas na prática que seu verdadeiro caráter torna-se obscuro, dando a impressão de que são genuínas representações da "realidade".

Seria assim pertinente considerarmos algumas das ficções mais notáveis prevaletentes no Direito Internacional, tomando ficção aqui no sentido de "um artifício da técnica jurídica pelo qual uma situação é caracterizada de modo contrário à realidade a fim de atribuir-lhe as conseqüências jurídicas que decorrem de tal caracterização" (2). Para esse exame, partiremos de algumas das teorias relativas aos fundamentos e princípios do Direito Internacional, para em seguida percorrermos alguns capítulos desse ramo do direito na busca e identificação das ficções mais comumente utilizadas.

2. Teorias relativas aos fundamentos e princípios do Direito Internacional

Tem-se repetidas vezes ponderado que o problema dos fundamentos do Direito Internacional é essencialmente um problema do pensamento jurídico internacional moderno, decorrente da infiltração neste último, em fins do século XIX, de doutrinas positivistas (3). Com efeito, assim que passamos a abordar os fundamentos do Direito Internacional Público confrontamo-nos com a presença persistente do elemento da ficção. As incertezas circundando a formação e determinação das regras costumeiras do Direito Internacional, por exemplo, deram margem a um certo grau de especulação teórica; mas não se hesitou muito em denunciar e rejeitar o "caráter fictício" da construção doutrinária segundo a qual o costume seria um *pactum tacitum* (4).

Os esforços teóricos de fundamentação da validade das normas do Direito Internacional em manifestações da vontade de seus sujeitos cedo caíram em descrédito. Vale aqui ressaltar a rejeição categórica de FITZMAURICE da proposição de que o consentimento dos Estados

(1) P. J. J. OLIVIER, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, Rotterdam, University Press, 1975, p. 115. Há exemplos de ficções no Direito Romano (cf. pp. 5-12), e tem-se mesmo sugerido que de certo modo "as ficções judiciais modernas lembram as ficções pretorianas romanas" (p. 130); há outros exemplos de recurso a ficções legais na sociedade antiga: cf. Sir HENRY MAINE, *Ancient Law*, London, Dent, 1972, cap. II (Legal Fictions), pp. 13-25.

(2) J. J. A. SALMON, "The Device of Fiction in Public International Law", 4 *Georgia Journal of International Law* (1974), p. 251.

(3) A. VERDROSS, "Le Fondement du Droit International", 16 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1927), p. 262; R. AGO, "Science Juridique et Droit International", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1958), p. 873.

(4) J. L. KUNZ, "The Nature of Customary International Law", 47 *American Journal of International Law* (1953), pp. 663-664.

seria a fonte última das regras do Direito Internacional: tal posição voluntarista-positivista é, a seu ver, contraditória e inconsistente, uma vez que o consentimento, externalizado por tratados ou pela prática dos Estados, é *ex hypothesi* incapaz de explicar ou justificar sua própria validade ou seus efeitos jurídicos, e tampouco a existência e validade dos princípios de direito essenciais a todo e qualquer sistema jurídico⁽⁵⁾. KAPLAN e KATZENBACH, rejeitando igualmente a tese do consentimento como elemento essencial e preponderante na formação do costume internacional obrigatório, ponderam que o “consentimento”, assim entendido, nada mais é do que “uma ficção usada para harmonizar a prática com a teoria”⁽⁶⁾.

As duas principais correntes positivistas que tentaram buscar a validade das normas de Direito Internacional na vontade dos Estados não resistiram à passagem dos tempos. A primeira teoria, a da autolimitação dos Estados (JELLINEK), mostrou-se contraditória ao tentar reconciliar o irreconciliável: as regras e obrigações emanando de uma vontade livre (e.g., de um Estado) dificilmente poderiam ser obrigatórias, podendo sempre ser revogadas por atos de vontade contrários⁽⁷⁾. A segunda teoria, a da *Vereinbarung* (defendida por TRIEPEL), não logrando apresentar uma explicação para a formação e natureza da “vontade coletiva” dos Estados, mostrou-se incapaz de fornecer uma base para o Direito Internacional⁽⁸⁾; não é, pois, surpreendente ver a teoria da *Vereinbarung* ou do *traité-loi* ser caracterizada como “pura ficção”⁽⁹⁾.

A seu turno, a teoria de Kelsen da *Grundnorm* também foi caracterizada como “pura ficção”, muito embora se opusesse a correntes voluntaristas. Foi outro expoente da chamada escola de Viena do Direito Internacional que, indicando a diferença essencial entre a norma hipotética no domínio jurídico e as hipóteses das ciências experimentais (que não passam de “antecipações da experiência”), acrescentou: “M. TRIEPEL a par contre raison quand il déclare que la norme fondamentale hypothétique n'est qu'une pure fiction. La théorie de la norme fondamentale hypothétique a bien pour but de fonder le droit sur une règle objective, et cela est le progrès dû à cette doctrine, mais en réalité elle ne base le droit que sur la fiction d'une telle règle”⁽¹⁰⁾.

(5) G. G. FITZMAURICE, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, *Symbola Verzijl (Présenté au Professeur J. H. W. VERZIJL à l'occasion de son LXXème. anniversaire)*, Haia, M. Nijhoff, 1958, pp. 162-167 e 175.

(6) M. A. KAPLAN e N. de B. KATZENBACH, *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Zahar, 1964, p. 272.

(7) L. DUGUIT, *L'État, le Droit Objectif et la Loi Positive*, vol. I, Paris, A. Fontemoing, éd., 1901, pp. 122-131 e 613-618.

(8) A. VERDROSS, *op. cit.* supra n. 3, pp. 262-267 e 275-279; R. AGO, *op. cit.* supra n. 3, pp. 875 e 879-881; E. SUY, *Les Actes Juridiques Unilatéraux en Droit International Public*, Université de Genève (Tese nº 134), 1962, pp. 6-9.

(9) MAX SORENSSEN, *Les Sources du Droit International*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, p. 16; ao caracterizá-la como uma “pura ficção”, observa o autor que tal teoria dificilmente pode explicar o surgimento de um sistema normativo.

(10) A. VERDROSS, *op. cit.* supra nº 3, p. 280.

Vê-se assim que algumas das mais conhecidas teorias explanatórias dos fundamentos do Direito Internacional não escaparam das críticas de se constituírem em ficções, ou se basearem em ficções. Tal uso da ficção como um artifício da teoria jurídica internacional não é de modo algum novidade: exemplos desse uso consciente remontam pelo menos a meados do século XVIII ⁽¹¹⁾.

Tem-se algumas vezes recorrido a ficções não propriamente na teoria geral dos fundamentos do Direito Internacional, mas mais particularmente na falsa caracterização de alguns supostos "princípios" do Direito Internacional. Lembre-se, por exemplo, que, há pouco mais de uma década e meia atrás, FRIEDMANN advertia pertinentemente que "any attempt to stamp a particular social order as being consonant with nature is a disguised way of giving the halo of perpetuity and sacrosanctity to a particular political or legal philosophy" ⁽¹²⁾.

FRIEDMANN dirigia sua advertência especificamente àqueles que, no que era essencialmente uma controvérsia política, tentavam argumentar que o pagamento de compensação imediata, completa e adequada (em casos de nacionalização de interesses estrangeiros, constituía um princípio de "direito natural" ⁽¹³⁾.

3. Território (soberania territorial)

O território, ou a soberania territorial, tem sido uma das áreas mais férteis do Direito Internacional para o uso e desenvolvimento de ficções. O movimento historicamente mais recente do colonialismo remonta à formação dos impérios "de cruzadas" dos séculos XVI e XVII (da Espanha, Portugal e França), e dos impérios comerciais (das companhias comerciais britânicas e holandesas): "o objetivo professado dos primeiros era a difusão da cristandade e da civilização ocidental, tendo como indubitável propósito adicional um anseio pelo comércio, ao passo que os segundos se formaram em grande parte para fornecer mercados e matérias-primas, sendo assim uma conseqüência direta da revolução industrial. Em nenhum dos casos prestou-se muita atenção a interesses outros que os da companhia ou poder ocupante até o segundo meado do século XVIII, a partir do qual se pode traçar a evolução da preocupação nacional e internacional com o colonialismo" ⁽¹⁴⁾.

(11) Em seu *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), e.g., CHRISTIAN WOLFF constatou que o uso de ficções (como encontrado em seu trabalho) era permitido "em todo tipo de ciência, para o propósito de depreender verdades, assim como prová-las"; cit. in F. S. RUDDY, *International Law in the Enlightenment*, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1975, p. 98.

(12) W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 78.

(13) *Ibid.*, p. 78, nº 6.

(14) C. E. TOUSSAINT, *The Trusteeship System of the United Nations*, London, Stevens, 1956, pp. 3-4.

Mas bem antes disso, já na primeira metade do século XVI, surgiam indícios da presença de advogados, acompanhando os primeiros conquistadores do Novo Mundo, capazes de redigir os documentos legais que considerassem necessários ou suficientes. Com relação à conquista do Peru, por exemplo, há notícia de um contrato celebrado aos 12 de junho de 1535 entre PIZARRO e ALMAGRO, em Cuzco; e em 1536, um contrato celebrado entre PIZARRO, ALMAGRO e LUQUE estipulava *inter alia* que “tenemos licencia de señor governador PEDRO ARIAS DE AVILA para descubrir y conquistar las tierras y provincias de los reinos llamados de Peru...” (15).

Em seu livro *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800*, KELLER, LISSITZYN e MANN observam, com base nos dados examinados, que no período das grandes descobertas nenhum Estado parecia considerar a mera descoberta “física” ou “apreensão visual”, ou o mero desembarque em qualquer parte das regiões descobertas, ou a mera denominação de tais regiões, “como sendo de qualquer modo suficientes *per se* para estabelecer um direito de soberania ou um título válido com relação à *terra nullius*”; entretanto, o desempenho de uma cerimônia formal de tomada de posse, o ato simbólico, “era geralmente encarado como sendo inteiramente suficiente *per se* para estabelecer imediatamente um direito de soberania ou um título válido em relação a áreas reivindicadas, e não precisava ser suplementado pelo desempenho de outros atos, tais como, por exemplo, *ocupação efetiva*” (16). Com efeito, muito raramente especificaram os descobridores “com qualquer grau de precisão a extensão do território que alegavam ter adquirido para os seus soberanos por atos de posse simbólica” (17).

Os atos simbólicos variavam até certo ponto; os espanhóis e os ingleses utilizavam maior grau de formalidade em suas cerimônias, ao passo que as dos portugueses, franceses e holandeses eram geralmente mais simples. A prática espanhola tinha um aspecto religioso que em muito faltava às práticas inglesa e holandesa. Tais cerimônias ou atos simbólicos compreendiam, por exemplo, o hastear da bandeira, a construção de sinais de posse (tais como uma cruz ou um pilar adornado com as armas da coroa, a *fleur-de-lys*, ou algumas lendas ou inscrições), o recitar de fórmulas verbais (proclamando título à região), e

(15) Cit. in B. A. WORTLEY, “Idealism in International Law: a Spanish View of the Colonial Problem”, 24 *Transactions of the Grotius Society* (1938), pp. 149-150 e n. (e).

(16) A. S. KELLER, O. J. LISSITZYN, F. J. MANN, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800*, N. Y., Columbia University Press, 1938, pp. 148-149. Note-se, porém, que no início do século XVII publicistas holandeses tentaram reabilitar a noção de “ocupação efetiva”, uma vez que a apropriação de vastos territórios no século anterior pelos espanhóis e portugueses tinha “effectively prevented the Dutch from acquiring titles by right of having taken formal possession” (pp. 140-141).

(17) *Ibid.*, p. 149, e cf. pp. 22-23, 32, 45, 99 e 131.

assim por diante ⁽¹⁸⁾. Mas pode-se traçar uma linha divisória entre ficções baseadas em pressupostos contrários aos verdadeiros fatos de determinada situação e descrições de tal situação ou de instituições jurídicas em termos simbólicos (metáforas) ⁽¹⁹⁾.

A história de mudanças de soberania territorial, de títulos ganhos pela força, reflete a função diminuta exercida pelo direito em tais questões de *policy* geralmente determinadas pelo resultado de lutas de poder entre Estados soberanos individualistas; "as grandes redistribuições históricas de território resultaram de resoluções de conferências de paz em que a vontade do vencedor se aplicava pela coação. Interpretar tais mudanças importantes na balança de poder simplesmente em termos das técnicas jurídicas de cessão ou subjugação é formar uma opinião (sobre a situação) tão limitada e parcial que chega a ser quase irrelevante" ⁽²⁰⁾.

Pode-se aqui lembrar, por exemplo, que a rivalidade entre as nações industriais adiantadas, intensificada pela busca do controle de mercados e matérias-primas, que se seguiu à revolução industrial, levou aqueles países a procurar adquirir "áreas adicionais, o que resultou no *scramble for Africa* em fins do século XIX"; ademais, "as nações industriais começaram a ter planos comerciais nas colônias de outros Estados", daí advindo a conclusão de acordos bilaterais — posteriormente expandindo-se em acordos multilaterais — entre os poderes interessados "para a aplicação da (política de) *open door* em uma base recíproca, para a solução de disputas fronteiriças, e para outros assuntos mutuamente vantajosos" ⁽²¹⁾. Durante esse período o uso — e abuso — de ficções nas relações internacionais foi particularmente impressionante.

A hipocrisia da prática internacional refletiu-se no uso freqüente de ficções tais como, no levantamento de POUVOURVILLE: "cession à bail (convention directe), conventions restrictives (pactes de non-allénation), sphères d'influence politique, États-tampons, zones neutralisées, zones de pénétration et d'influence commerciale" ⁽²²⁾. Frequentemente

(18) Cf. *ibid.*, pp. 22-149. Em sua penetração pacífica e aquisição da Sibéria, os atos simbólicos dos russos consistiam principalmente na cobrança e pagamento de alguma forma de tributo (pp. 143-147). A prática holandesa fornece exemplos de "protetorados" ou "tratados de aliança" com populações nativas, artifícios que, entretanto, "assumed no real sovereignty in the native government party to these acts, and in effect were akin to symbolic acts of possession" (p. 140).

(19) P. J. J. OLIVIER, *op. cit. supra* nº 1, pp. 68 e 57, e cf. pp. 64-65 e 76. Nem todas as noções abstratas, construções e classificações (H. VAHINGER) são necessariamente ficções; cf. *ibid.*, pp. 38 e 47-48.

(20) R. Y. JENNINGS *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, University Press/Oceana, 1963, p. 69.

(21) C. E. TOUSSAINT, *op. cit. supra* nº 14, p. 12, e cf. também p. 13.

(22) Para ilustrações históricas de cada uma delas, e críticas, cf. A. de POUVOURVILLE, "Les fictions internationales en Extrême-Orient", 6 *Revue Générale de Droit International Public* (1899), pp. 113-125.

tais artifícios fictícios foram utilizados como meio de encobrir anexações de territórios e outras vantagens, não sem muito embaraço por parte dos teóricos da legalidade (23).

Um exame de outras noções associadas com o território no Direito Internacional pode igualmente desvendar suas muitas insuficiências (24). No entanto, a despeito da expansão das relações transacionais em nossos dias, o fato é que as "soluções territoriais" parecem ainda prevalecer no Direito Internacional (25), muito embora dêem elas às vezes a impressão de desafiar a realidade de modo um tanto quanto anacrônico.

4. *Imunidades*

Uma ficção antiga, aplicada aos edifícios de embaixadas, residências de chefes de missões e mesmo aos próprios agentes diplomáticos, é a da "extraterritorialidade" ou "extraterritorialidade" (26). Tem-se atribuído o uso dessa ficção à "preguiça mental e falta de imaginação", e tem-se argumentado que ela "parece estar completamente ultrapassada e deveria ser substituída pelo conceito de imunidade, que é bem mais flexível e versátil" (27). Este é o ponto de vista de SALMON, que espera que "as Convenções de Viena de 1961 e 1963 sobre Relações Diplomáticas e Consulares, que excluíram completamente esse conceito (de "extraterritorialidade"), acabarão por impor o de imunidade, que é muito mais flexível e mais apto a explicar o *status* privilegiado dos diplomatas" (28).

5. *Reconhecimento*

O uso de ficções no Direito Internacional tem às vezes refletido ou servido propósitos ideológicos. É o que tem ocorrido com relação, *e. g.*, ao reconhecimento, em que os Estados se sentem livres, seja para se recusarem a reconhecer algo que é real, ou para reconhecerem algo que é falso. Para citar apenas um exemplo notório, os Estados ocidentais e seus aliados levaram mais de vinte anos para reconhecer o governo da República Popular da China; "a pretensão do governo de Chiang

(23) Para ilustrações históricas e críticas, cf. J. PERRINJAQUET, "Des annexions déguisées de territoires", 16 *Revue Générale de Droit International Public* (1909), pp. 316-367.

(24) Cf., por exemplo, as observações críticas sobre a noção de "servidões" internacionais, in: E. NYS, *Le Droit International les Principes, les Théories, les Faits*, vol. II, Bruxelles/Paris, A. Castaigne/A. Fontemoing, 1905, cap. IX (Les Prétendues Servitudes Internationales), pp. 271-279; A. D. McNAIR, "So-Called State Servitudes", *Lord McNair: Selected Papers and Bibliography*, Leiden, Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 17-33.

(25) Cf. críticas in L. DEMBINSKI, "Le Territoire et le Développement du Droit International", 31 *Annuaire Suisse de Droit International/Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* (1975), pp. 121-152.

(26) Também utilizada para explicar o *status* jurídico de navios em alto mar.

(27) J. J. A. SALMON, *op. cit.* supra nº 2, p. 258.

(28) *Ibid.*, pp. 257-258.

Kai-Shek de representar o continente da China nas Nações Unidas, com o apoio dos aliados ocidentais, constituiu um verdadeiro desafio à realidade, assim como uma situação escandalosa, que perdurou até outubro de 1971, vinte e dois anos após Mao Tsé-Tung ter efetivamente tomado o poder sobre todo o continente da China" (29). O caráter discricionário da política de reconhecimento tem sido sempre manifesto; e particularmente em períodos de muita tensão política nas relações internacionais, o reconhecimento parece às vezes ser tão-somente "um instrumento de política de poder" (30).

É conhecida a polêmica clássica, em relação aos efeitos do reconhecimento, entre as teses *constitutiva* (para a qual o reconhecimento condiciona até mesmo o surgimento da personalidade internacional do novo Estado e os direitos e deveres normalmente a ela associados) e *declaratória* (para a qual o reconhecimento é tão-somente um ato político, formal, que normalmente precede o estabelecimento de relações diplomáticas com um Estado que já existe como tal). Não surpreende que esta última seja hoje bem mais aceita, pois tentar condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado, e dos direitos e deveres concomitantes, à vontade soberana dos Estados que o reconhecem, já estabelecidos, é um exagero e excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretendia há algumas décadas que a vontade arbitrária dos Estados constituía fonte não apenas de alguns de seus direitos, mas também de sua própria existência (31).

Tal posição é realmente insustentável, pois chegaria a tornar a própria existência de um Estado uma questão relativa, dependente do reconhecimento individual de cada outro Estado (32); e, o que é mais grave, se o Estado não-reconhecido fosse juridicamente não-existente, tudo então seria permissível em relação a ele, bastando aqui recordar a declaração de HITLER da não-existência da Tchecoslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação da União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país de 17 de setembro de 1939 (33).

6. *Tratados: classificação e interpretação*

Ao expressar suas reservas em relação à distinção entre os chamados tratados *law-making* e outros tipos de tratados, HERSCH LAU-

(29) *Ibid.*, pp. 264-265, também para outros "exemplos clássicos de ficções desse tipo".

(30) CH. de VISSCHER, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4ª ed. rev., Paris, Pédone, 1970, p. 258.

(31) HERSCH LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, pp. 2, 51, 59, 62-63, 75 e 77.

(32) TI-CHIANG CHEN, *The International Law of Recognition*, London, Stevens, 1951, pp. 40-42.

(33) KRYSZYNA MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2ª ed., Genève, Droz, 1968, pp. 146 e 148-149, e cf. também pp. 149-150; T.-CH. CHEN, *op. cit.* supra nº 32, pp. 33-38.

TERPACHT advertiu cautelosamente que toda classificação dessa natureza tem apenas um valor relativo, sendo até certo ponto artificial e contendo um "elemento de ficção"; em particular, "na classificação baseada no caráter legiferante (*law-making*) dos tratados o elemento de ficção faz-se representar em grau marcante" (34). Felizmente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) agiu acertadamente ao afastar classificações abstratas de tratados (como a entre *traité-contrat* e *traité-loi*) e voltar-se mais diretamente para problemas práticos.

Observou-se certa vez que "é duvidoso se qualquer parte litigante em uma disputa envolvendo a interpretação de um tratado pode deixar de tirar algum proveito da rica escolha de armas no arsenal de VATTEL de regras de interpretação" (35). Estas palavras precederam em duas décadas a conclusão da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Particularmente no período que antecedeu a Convenção houve tentativas impiedosas para denunciar os elementos fictícios prevalentes na interpretação de tratados. De início, parece que as relações internacionais, como as relações sociais em geral, são freqüentemente tão limitadas e superficiais, senão altamente inarticuladas, de modo a "permitir que sejam conduzidas satisfatoriamente em nível de considerável incerteza. Mesmo modalidades mais sofisticadas de relações podem ser conduzidas com sucesso em, talvez, forma surpreendentemente vaga, mas serem aceitas como adequadas pelos interessados" (36). A esse respeito, há alguns exemplos de interpretação de tratados dignos de menção.

Tentativas de detectar o que se poderia considerar como a "intenção" das partes há muito vêm sendo encaradas como baseadas em uma ficção (37). As noções de "função", "propósito" ou "efetividade"

(34) HERSCH LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, Longmans, 1927 (Archon Books reprint 1970), p. 157, e cf. pp. 157-158, e cf. também, em geral, p. 53.

(35) HERSCH LAUTERPACHT, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", 26 *British Yearbook of International Law* (1949), p. 48.

(36) G. SCHWARZENBERGER, "Myths and Realities of Treaty Interpretation", 22 *Current Legal Problems* (1969), pp. 221-222.

(37) L. EHRLICH, "Interprétation des Traités", 24 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1928), pp. 67-68; J. STONE, "Fictional Elements in Treaty Interpretation — A Study in the International Judicial Process", 1 *Sydney Law Review* (1953-1955), pp. 347 e 349, e cf. p. 367; há, ademais, bastante divergência quanto à verdadeira função dos *travaux préparatoires* na interpretação de tratados (*ibid.*, p. 350). Sobre a função, reconhecimento limitada, dos trabalhos preparatórios na interpretação de tratados, cf., e.g., B. NARAIN MEHRISH, "The Role of *Travaux Préparatoires* as an Element in the Interpretation of Treaties, in the Light of Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", 40 *Yearbook of the A. A. A.* (Kala, 1970), pp. 43-92; M. K. YASSEEN, "L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", 151 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1976), pp. 83-93.

de um tratado, a seu turno, bem podem dirigir as atenções para a atitude das partes ou do intérprete quanto à questão de "para que existe" o tratado; STONE fornece uma ilustração pertinente com relação à Carta das Nações Unidas. A Carta contém dispositivos concernentes aos poderes de manutenção da paz do Conselho de Segurança (segurança coletiva), assim como dispositivos relativos ao veto dos grandes poderes e a assuntos internos cujo "propósito" ou "função" é "claramente o de assegurar aos membros o gozo continuado das prerrogativas anárquicas da soberania tradicional"; as atitudes dos Estados têm variado a esse respeito, alguns aceitando a Carta como subordinando a soberania do Estado à manutenção coletiva da paz, outros considerando-a como garantindo suas prerrogativas soberanas, e outros ainda tomando uma atitude ambígua; a leitura dos comentários de KELSEN em sua conhecida obra *The Law of the United Nations* (1950) revela "um verdadeiro museu das contradições que podem basear-se em interpretações literais das próprias palavras da Carta" (38).

Os princípios da "efetividade" e "interpretação restritiva", as noções de "efetividade" e "intenção" encontram-se em constante tensão; o cânon do "sentido comum" das palavras é igualmente problemático, uma vez que o sentido próprio do qualificativo "comum" é frequentemente o ponto crucial da própria interpretação; o "contexto" (dentro do qual se devem ler as palavras) é frequentemente indeterminado e constitui um preceito de versões múltiplas (39). A suposta primazia de cada um dos principais cânons de interpretação é frequentemente tanto negada quanto afirmada, e o termo "interpretação" propriamente dito encerra uma multiplicidade de sentidos, e desse modo a interação das regras de construção pode bem conduzir a diferentes conclusões conforme desejado pelo intérprete (40).

7. Responsabilidade do Estado e proteção diplomática

Poucas áreas do Direito Internacional se deixaram infiltrar tanto de ficções como a da responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros e proteção diplomática. Talvez a mais celebrada de todas as ficções desse domínio seja a máxima de VATTEL frequentemente citada: "Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit pro-

(38) J. STONE, *op. cit.* supra nº 37, pp. 352-353 e nº 51. Para um exemplo de tais ambigüidades, cf., sobre a cláusula do domínio reservado, da Carta da ONU, A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 15-43; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: a Comparative Analysis". 18 *Indian Journal of International Law* (Nova Délhi, 1978), pp. 187-218.

(39) Para uma discussão desses pontos, cf. J. STONE, *op. cit.* supra nº 37, pp. 353-359.

(40) *Ibid.*, pp. 344-346. Sobre a "clarté fictive" do processo de interpretação de textos cf. CH. DE VISSCHER, *op. cit.* supra nº 30, pp. 413-414. E cf. também J. RAY, "Des Conflits entre Principes Abstraits et Stipulations Conventionnelles", 48 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1934), pp. 635-704.

téger ce citoyen" (41). A rigor não há aqui um direito de proteção, dado que a proteção é concedida pelo Estado em base inteiramente discricionária. Argumentar que a personalidade do indivíduo lesado "se trouve fusionnée dans celle de l'État par l'effet de l'intervention" (42) é certamente pura ficção.

CHARLES DE VISSCHER nutria fortes reservas a definições da proteção diplomática que tentassem descrevê-la como uma "instituição do Direito Internacional" (43); objetava ele em particular que "l'entière discretion politique laissée à l'État dans l'exercice de la protection s'accorde assez mal avec le principe que le traitement dû à l'étranger relève du Droit International" (44).

Difícilmente se pode duvidar de que a suposta regra de que um dano causado ao nacional de um Estado equivaleria a um dano causado ao próprio Estado "é uma ficção"; na prática não se têm encarado os estrangeiros como a "personificação viva de seu Estado" (45). A tese clássica da proteção diplomática baseia-se em uma "ficção", com a nacionalidade operando como um *vinculum juris* para o exercício da proteção (concedida em base discricionária), dada a estrutura descentralizada da chamada "comunidade internacional" (46). A proteção diplomática se assemelharia ou aproximaria mais realisticamente a uma modalidade, por assim dizer, de "necessidade de procedimento".

Se o Estado protetor está fazendo valer o seu próprio direito, ou o de seu nacional lesado no exterior, ou ambos — uma questão que

- (41) E. VATTEL, *Le Droit des Gens* (1758), livro II, § 71; e cf. E. VATTEL, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758) — *Classics of International Law* (trad. C. FENWICK, 1916), p. 136. Tal postulado cedo infiltrou na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional; cf. CPJI, caso das *Concessões Mavrommatis na Palestina* (Jurisdição), Série A, 1924, nº 2, p. 12. O apoio da Corte à ficção vatteliana foi logo denunciado e criticado por internacionalistas respeitáveis como BRIERLY e DE VISSCHER: J. L. BRIERLY, "Le Fondement du Caractère Obligatoire du Droit International", 23 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1928), p. 531; CHARLES DE VISSCHER, Observações in 37 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1932), pp. 494-485. E cf. também nº 45, *infra*.
- (42) C. G. TELÉKIDÉS, "L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", 14 *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1933), p. 532.
- (43) Cf. CH. DE VISSCHER, *op. cit.* supra nº 30, p. 300, nº 1.
- (44) *Ibid.*, p. 305.
- (45) CLIVE PARRY, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1956), p. 698, e cf. p. 722; para uma crítica à doutrina do "dano ao Estado *via* seu nacional", cf. S. N. GUHA ROY, "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?", 55 *American Journal of International Law* (1961), p. 878. — Para críticas ao dogma de VATTEL (supra), cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph. D. Thesis), volume I, Universidade de Cambridge, 1977, pp. 318, 334-335, 344, 410 e 414 (circul. interna).
- (46) G. BERLIA, "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", 3 *Annuaire Français de Droit International* (1957), p. 65.

tem gerado longa e considerável controvérsia acadêmica —, o fato é que o Estado patrocina a reclamação de seu nacional *nos limites em que tal reclamação existe, i. e.*, em benefício do indivíduo lesado (47). É o dano causado ao próprio indivíduo que dá início, e fornece a base, a todo o processo, e é o próprio indivíduo que tem que levar o seu caso diante dos tribunais locais e esgotar os recursos de direito interno (48) (do país de residência) antes que se torne permissível a intervenção diplomática por parte de seu próprio Estado.

A teoria da “defesa dos interesses do Estado” torna-se ainda mais claramente fictícia se se invocar, em relação ao tema em questão, a Cláusula Calvo. Esta última, não obstante ser contestada por alguns autores, teve aplicação na prática internacional, em uma ilustração clara do “caráter fictício” da concepção clássica da proteção diplomática (49). Tem-se argumentado, com relação a determinados casos de responsabilidade por violação de uma obrigação contratual, que “é ao preço de uma pura ficção, concebida sobretudo para salvaguardar o prestígio político e os demais interesses do Estado reclamante, que se pode contestar que o titular do direito violado seja o particular estrangeiro que celebrara um contrato com o Estado em que residia” (50).

É pertinente acrescentar que, no sistema ou mecanismo da Convenção do BIRD sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (1966), a concessão de acesso direto a investidores particulares perante uma jurisdição internacional (sob a Convenção) mitiga consideravelmente o exercício por seu próprio Estado da proteção diplomática; exceto pela circunstância excepcional prevista no artigo 27 (1), *in fine*, da Convenção (51), o dogma vatteliano é na Convenção realisticamente abandonado em sua virtual totalidade pelos Estados Contratantes (52).

8. Direito Aeronáutico

No domínio do Direito Aeronáutico, uma ficção notória é a atribuição de nacionalidade a aeronaves (como a navios), um artifício pelo

(47) A. MAKAROV, “Consideraciones sobre el Derecho de Protección Diplomática”, 8 *Revista Española de Derecho Internacional* (1955), p. 518; P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, 1ª ed., Genève, George & Cie., 1953, p. 311, nº 2.

(48) Sobre a aplicação desse princípio, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* nº 45, volume II, pp. 819-1.680.

(49) H. GOLSONG, “Nationalité et Protection Diplomatique — à propos de l'affaire Nottebohm”, 8 *Jahrbuch für Internationales Recht* (1959), p. 265.

(50) F. V. GARCIA AMADOR, “Le sujet passif de la responsabilité et la capacité d'être demandeur en Droit International”, 34 *Revue de Droit International des Sciences Diplomatiques et Politiques* (1956), p. 270.

(51) Cf. o texto da Convenção in 4 *International Legal Materials* (1965), pp. 532-544.

(52) Por outro lado, porque, *inter alia*, a Convenção parece conceder uma posição especial ou favorável ou privilegiada a (certos) indivíduos *qua* investidores estrangeiros, tem-se defrontado com a oposição de diversos Estados, especialmente, como é sabido, de Estados latino-americanos.

qual os Estados "assumem sobre as aeronaves o direito de proteção diplomática e o dever de responsabilidade, sem que se torne necessário explicitar esse direito e esse dever", e sem que seja necessário reafirmar a natureza desse direito e desse dever⁽⁵³⁾. Certos Estados têm ido mesmo mais além, ao recorrer à ficção da assimilação da aeronave ao território nacional (muito embora, nos dias de hoje, tal assimilação tenha sido em grande parte abandonada). Tais ficções no Direito Aero-náutico, pelas quais aeronaves são tidas como nacionais, ou, menos fre-quentemente, como partes do território nacional, podem ser artifícios convenientes para afirmar, assim como ampliar, o direito, muito em-bora dificilmente escapem a críticas⁽⁵⁴⁾.

9. Organizações internacionais

Também no campo das organizações internacionais pode-se discer-nir o uso da ficção, particularmente com relação à incorporação legis-lativa (nacional) ao direito interno (dos Estados) de recomendações de organizações internacionais. A esse respeito, observou-se em 1972-1973 que "*the practice of some countries (such as Switzerland) yields the doctrine that binding resolutions of a law-making nature have the same place and status, in the municipal legal order, as the treaty which authorizes their enactment. Here the consent of the legislature to the treaty is being interpreted intensively: it is meant also to cover the future law-making by international organs set up under the treaty. It is, no doubt, a useful legal fiction, for it facilitates the domestic appli-cation of rules made by international organizations*"⁽⁵⁵⁾.

10. Observações finais

Em seu livro *Legal Fictions*, FULLER observa que "os pressupostos fundamentais de qualquer ciência, quando examinados de perto, mos-tram-se ilusórios e frequentemente contraditórios. O advogado não con-segue formular uma distinção clara, geral, entre "direito" e "fato", em-bora essa distinção pareça fundamental à sua ciência"⁽⁵⁶⁾. No plano teórico, já se falou mesmo de *law-creating facts* (no sentido e contexto da formação de regras costumeiras e da *opinio necessitatis*), particular-mente na presença de uma certa uniformidade de conduta em cir-

(53) BIN CHENG, "Analogies and Fictions in Air and Space Law, 21 *Current Legal Problems* (1968), p. 153, e cf. pp. 147-149 e 145; "it is sufficient for an aircraft to be treated as if it were a national" (*ibid.*, p. 153).

(54) Para comentários cf. *ibid.* pp. 152-156.

(55) K. SKUBISEWSKI, "Recommendations of the United Nations and Municipal Courts", 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973), p. 356.

(56) L. L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, University Press, 1967, p. 100. Observa outro autor que "perhaps it is not by throwing out all fictive and mythological accretions that truth is best courted. The truest explanation of anything is not necessarily the one that is most efficient or that is most free from incidental error. Perhaps truth, like certain precious metals, is presented best in alloys". Ph. Wheel-wright, *Metaphor and Reality*, Bloomington, Indiana University Press, 1962 (2nd printing 1964), p. 173.

constâncias semelhantes, um comportamento razoavelmente bem estabelecido e uma tendência psicológica pronunciada de agir conforme o costume (57).

As ficções constituem apenas *um* dentre muitos artifícios legais (58). No tocante, *e.g.*, às provas no processo legal internacional, por meio de *presunções*, por exemplo, o juiz internacional “aprecia as provas que lhe são submetidas pelas partes, para os fins de fixar a situação de fato em relação à qual deverá ele em seguida determinar as consequências jurídicas” (59). Admitindo-se que a ficção consiste estruturalmente em uma *assumptio contra veritatem pro veritate* (60), parece estar implícito que possa ela servir alguns propósitos úteis distintos, tais como modificar ou expandir o direito, sanar suas deficiências, superar ou então representar conservadorismo, harmonizar o direito com as necessidades sociais, reconciliar o velho e o novo, alcançar um novo resultado legal em um sistema antigo que se procura manter (61), e assim por diante.

Tomando por exemplo a noção de *personnalité morale*, PAUL DE VISSCHER, embora expressando suas reservas sobre a teoria da ficção, admite no entanto seus “efeitos úteis” (62). A despeito de sua hesitação, chega o autor à conclusão de que “no plano jurídico, a personalidade moral é uma construção técnica que não pode ser qualificada de pura ficção pela razão de que esta construção responde a uma necessidade

-
- (57) H. KELSEN, *Pure Theory of Law* (trad. 2ª ed. alemã), Berkeley/L. A., University of California Press, 1967, pp. 9, 225 e 53. E cf.: P. VINOGRADOFF, *Custom and Right*, Oslo, H. Ascheloug & Co., 1926, pp. 27, 21 e 36; L. KOPELMANAS, “Custom as a Means of the Creation of International Law”, 18 *British Year Book of International Law* (1937), p. 129; P. VINOGRADOFF, “Some Considerations on the Methods of Ascertaining Legal Customs”, *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1928, pp. 402-409; P. GUGGENHEIM, “Les deux éléments de la coutume en Droit International”, *La technique et les Principes du Droit Public — Études en l’honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 275-284.
- (58) O. R. MITCHELL, “The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?”, 7 *Harvard Law Review* (1893), p. 261; L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 73.
- (59) J. M. GROSSEN, *Les Présomptions en Droit International Public*, Neuchâtel/Paris, Delachaux & Niestlé, 1954, p. 153; as *presunções* podem também influenciar na interpretação de tratados.
- (60) P. J. J. OLIVIER, *op. cit.* supra nº 1, pp. 59, 73, 81 e 167.
- (61) Cf. exemplos in, *e.g.*: L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 9; BIN CHEING, *op. cit.* supra nº 53, pp. 153-156; Sir HENRY MAINE, *op. cit.* supra nº 1, pp. 13-25; P. J. J. OLIVIER, *op. cit.* supra nº 1, p. 130; J. SMITH, “Surviving Fictions”, 27 *Yale Law Journal* (1917), p. 147; S. PUGLIATTI, *op. cit.* infra nº 68, pp. 672-673; J. J. A. SALMON, *op. cit.* supra nº 2, pp. 251-277.
- (62) PAUL DE VISSCHER, “La Protection Diplomatique des Personnes Morales”, 102 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1961), pp. 402-403, também para seus outros comentários sobre a teoria da ficção nesse contexto. Sobre a utilidade do “conceito da pessoa jurídica fictícia” (dos juristas romanos), cf., *e.g.*, P. P. REMEC, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, Haia, M. Nijhoff, 1966, p. 166.

natural e a uma das necessidades mais fundamentais do homem vivendo em sociedade" (63).

Tomemos outro exemplo: sem nos determos na controvérsia clássica se os indivíduos são ou não sujeitos do Direito Internacional, é aqui suficiente indicar que "the exclusiveness of a subject of any law finds its limits in the fulfilment of its usefulness"; podem-se considerar o método e os conceitos "instrumentos na técnica jurídica" visando a regulamentação do comportamento humano em esferas distintas de atividade (*e.g.*, internacional ou interna), e concepções tais como "pessoa jurídica" ou "Estado soberano" parecem ser "não fins em si mesmas, mas ficções convenientes facilitando a operação do direito no campo respectivo" (64) (*e.g.*, internacional ou interno).

A ficção de que ao assumir a proteção de seus cidadãos no plano internacional está o Estado fazendo valer "seu próprio direito", tão contundentemente criticada (*cf. supra*), tem-se no entanto mostrado como uma "ficção necessária ao desempenho do processo internacional" (65), no contexto da proteção de nacionais no exterior em base interestatal. A esses poderiam ser acrescentados outros exemplos (*supra*) ilustrativos da utilidade — senão necessidade — do uso das ficções no Direito Internacional Público.

As reações ao uso das ficções legais têm variado. Sabe-se que BENTHAM condenou-as categoricamente, e GÉNY atribuiu parte de seu uso a uma "enfermidade natural" do espírito humano (66). Por outro lado, tem-se também argumentado que a alteração fictícia da realidade "é um sinal não da fraqueza do intelecto humano, mas, sim, de sua força. Se lidássemos com a realidade como ela é, em sua forma crua, desordenada, estaríamos à sua mercê" (67). Ao invés disso, nos-

(63) P. DE VISSCHER, *op. cit.* supra nº 62, pp. 404-405, e *cf.* também pp. 410 e 453.

(64) F. E. KRENZ, "The Refugee as a Subject of International Law", 15 *International and Comparative Law Quarterly* (1966), p. 95. — A esse respeito, por exemplo, se o direito de asilo é um direito exclusivo do Estado territorial soberano ou um direito do indivíduo, o fato é que dificilmente se poderia negar que em última análise "os verdadeiros beneficiários são os próprios perseguidos"; *ibid.*, p. 91.

(65) CH. H. SCHREUER, "The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts", 24 *International and Comparative Law Quarterly* (1975), p. 165.

(66) In BIN CHENG, *op. cit.* supra nº 53, pp. 154 e 158; Sir HENRY MAINE, *op. cit.* supra nº 1, pp. 13-25.

(67) Permitimo-nos transcrever, a esse respeito, parte do inesquecível monólogo de THOMAS BECKET, pouco antes de seu martírio, na peça de T. S. ELIOT *Murder in the Cathedral*:

— "You shall forget these things, toiling in the household,
You shall remember them, droning by the fire,
When age and forgetfulness sweeten memory
Only like a dream that has often been told
And often been changed in the telling. They will seem unreal.
Human kind cannot bear very much reality".

— T. S. ELIOT, "Murder in the Cathedral", *Collected Plays*, London, Faber and Faber, 1962, p. 43.

sas mentes têm a capacidade de alterar, simplificar, reordenar a realidade" (68).

A freqüência do uso de artifícios como as ficções jurídicas no Direito Internacional Público talvez não deva ser tão surpreendente quanto à primeira vista possa parecer. Nem por isso se deve ligar tal fator às características peculiares do ordenamento jurídico internacional, quais sejam, uma ordenação jurídica de coordenação, descentralizada, desprovida de um legislativo permanente e de órgãos estritamente supranacionais, voltada a relações individualistas (soberanas), e historicamente bem mais recente que os sistemas jurídicos internos. Donde a dificuldade de se aplicar ao Direito Internacional a medida do direito interno. Da mesma forma, há que se examinar com muita cautela e espírito crítico a tese do chamado "estado primitivo do Direito Internacional": se há autores respeitáveis que a defendem, como KELSEN (69), GUGGENHEIM (70) e SCHELLE (71), também há os que hoje a rejeitam, como VIRALLY (72) e AGO (73), concentrando-se nas características essenciais do ordenamento jurídico internacional; há, enfim, os que preferem limitar-se a uma discussão geral da matéria, como LAUTERPACHT (74) e WALZ (75).

-
- (68) L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 104; e cf. S. PUGLIATTI, "Finzione", *Enciclopedia del Diritto*, vol. 17, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 672-873. — Admitindo-se ou não que "no princípio era a ação" — como na exclamação ou desabafo do *Fausto* de Goethe, "In Anfang war die Tat" — pode-se, em relação ao Direito Internacional como a todos os demais ramos do direito, pertinentemente relembrar a observação de IHERING de que a história do direito bem poderia ter como divisa ao início de seu primeiro capítulo a frase, "no princípio era a Palavra..."; *cit.* in L. L. FULLER, *op. cit.* supra nº 56, p. 11. SALMON comenta que tanto na prática como na teoria o jurista parece carregar "a tremendous burden of responsibility in using the law as a means of perpetuating domination and exploitation. His traditional pretense of being objective and apolitical is also shown to be completely lacking in substance". J. J. A. SALMON, *op. cit.* supra nº 2, p. 277.
- (69) H. KELSEN, *op. cit.* supra nº 57, p. 323.
- (70) PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, 2ª ed., Genève, George & Cie., 1967, pp. 22-23.
- (71) G. SCHELLE, "Théorie et Pratique de la Fonction Exécutive en Droit International", 55 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1936), p. 164.
- (72) M. VIRALLY, "Sur la prétendue 'primitivité' du Droit International", *Recueil des Travaux* (1969), Assemblée de la Société Suisse des Juristes, pp. 201-213.
- (73) ROBERTO AGO, *Scienza Giuridica e Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 106-108 (em relação à sua tese de um processo "espontâneo" de criação de normas de Direito Internacional).
- (74) HERSCH LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, cap. XX, pp. 399-438.
- (75) G. A. WALZ, *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*, Madrid, ed. Rev. de Derecho Privado, 1943, pp. 1 ss.

Prerrogativas do Poder Legislativo

NELSON DE SOUZA SAMPAIO
Professor da Universidade Federal
da Bahia

SUMÁRIO

PRERROGATIVA

PRERROGATIVAS DO PODER LEGISLATIVO

DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES EM GERAL

- *Conceito de imunidade*
- *Histórico*
- *Espécies de imunidade e o problema terminológico*

A INVIOABILIDADE PARLAMENTAR

- *Inexistência da inviolabilidade*
- *Classificação da inviolabilidade*
 - *Inviolabilidade plena*
 - *Inviolabilidade restrita*
 - *Inviolabilidade espacialmente ampla*
 - *Inviolabilidade espacialmente restrita*
 - *Inviolabilidade temporalmente ampla*
 - *Inviolabilidade temporalmente restrita*

A IMUNIDADE PROCESSUAL

- *Inexistência da imunidade processual*
- *Classificação das imunidades processuais*
 - *Imunidades processuais completas*
 - *Imunidades processuais incompletas*
 - *Imunidade processual amplíssima*
 - *Imunidade processual ampla*
 - *Imunidade processual restrita*
 - *Imunidade processual temporalmente ampla*
 - *Imunidade processual temporalmente restrita*
 - *Imunidade fracamente protetora*

PRERROGATIVA

Prerrogativa é o feminino do adjetivo latino **praerogativus, a, um**. Ao pé da letra, significa "o que vota em primeiro lugar". Na Roma antiga, quando o comício das centúrias (*comitia centuriata*) era a mais importante das assembléias populares para votar as leis ou eleger os magistrados, a centúria que, por tiragem de sorte, votava antes das demais, se chamava **praerogativa centuria**. O termo passou a ter voga no campo político e jurídico na Inglaterra, especialmente para designar os poderes e privilégios gozados pela Coroa. Ainda no alvorecer do liberalismo nesse País, JOHN LOCKE, dois anos após a Revolução Constitucionalista de 1688 (*The Glorious Revolution*), dava a lume o seu **Two Treatises of Government** ⁽¹⁾, cuja segunda parte tem sido editada sob o título abreviado de **Ensaio sobre o Governo Civil**, onde ele enumera como poderes do Estado: o Legislativo, o Executivo, o Federativo (as competências na ordem internacional, como a de declarar guerra e fazer a paz, enviar e receber embaixadores etc.), e a **Prerrogativa Real**. Não figura nesse elenco o Poder Judiciário, cuja função se distribuía pelo Executivo, pela Prerrogativa e mesmo pelo Legislativo. Até hoje, a Câmara dos Lordes é considerada o mais alto Tribunal do Reino Unido. Mas essa condição é apenas nominal. Na verdade, quem julga não é toda a alta Câmara, mas, sim, a sua Comissão de Apelação (*Appellate Committee*), formada pelos **Lords of Appeal in Ordinary** (no máximo 11), nomeados pelo Monarca pares hereditários para esse fim, e os **Lords** que já ocuparam certas funções judiciárias previstas em lei. Todos atuam sob a direção do **Lord Chancellor**, que é o Presidente da Câmara dos Lordes. Por aí, pode-se notar como MONTESQUIEU nos deixou uma descrição idealizada da Constituição inglesa, vendo nela uma perfeita — embora não absoluta — separação dos poderes conforme se verifica no famoso Capítulo VI do Livro XI do **Espírito das Leis**. Equívoco fecundo para a história do liberalismo. É evidente, porém, o que ele bebeu em LOCKE, ao enumerar os Poderes do Estado. O seu Poder Executivo das Coisas do Direito Internacional (*puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens*) não é senão o "Poder Federativo" de LOCKE, como o Poder Executivo das Coisas do Direito Civil — civil no sentido romano de Direito Interno ou relativo à *civitas* — (*puissance exécutrice de celles [choses] qui dépendent du droit civil*) é o "Poder de julgar". Propondo que se chame o primeiro de Poder Executivo e, o segundo, de Poder Judiciário (*puissance de juger*), temos, com o Poder Legislativo, a trílogia clássica dos Poderes do Estado.

Todavia, o próprio LOCKE, ao caracterizar, no capítulo do seu livro já citado ⁽²⁾, a Prerrogativa Real, prevê, de certo modo, o seu definhamento. Foi o que se verificou no correr da história, até a completa implantação do parlamentarismo, quando tudo, no Reino Unido, é feito em nome do Rei, mas, na realidade, ele quase nada faz: "o Rei reina,

(1) O título completo é mais longo, como costumavam fazer alguns autores de tempos mais remotos: **Two Treatises of Government; in the former the false principles and foundation of Sir Robert Filmer and his Followers are Detected and Overthrown; the latter is an Essay concerning the True Original, Extent and End of Civil Government.**

(2) Consultamos a edição francesa **Essai sur le Pouvoir Civil**, traduzido e anotado por JEAN-LOUIS FYOT, Press Univ. de France, Paris, 1953

mas não governa". Em estudos feitos nos anos 60 do século passado, BAGEHOT distinguia as **partes imponentes** e as **partes eficientes** nas monarquias parlamentaristas. As primeiras produzem e conservam o respeito dos governados. As segundas dão ao governo "o movimento e direção". E acrescentava, no primeiro capítulo dedicado à realeza: "O papel da Rainha, enquanto poder imponente, é de utilidade incalculável" (3). Pode-se afirmar que o papel da Rainha é o de um poder neutro, pairando acima dos partidos, como representante da unidade do reino. A isso se acrescentou, quando surgiu a Comunidade de Nações, a de ser o seu símbolo visível, reverenciado até pelas repúblicas que vivem no seio dessa singular associação de povos, que não se baseia nem em tratado nem em uma Constituição. A tanto estaria reduzido, em nossos dias, a outrora ampla Prerrogativa Real.

O vocábulo "prerrogativa" pode assumir, porém, sentido mais amplo, como vemos no **Dicionário de Direito** de BLACK. Além de definir o termo como "um exclusivo ou peculiar privilégio", ele registra a seguinte significação: "O poder, privilégio, imunidade ou vantagem especiais conferidos a pessoa detentora de função pública, quer de um modo geral, quer em relação às tarefas de seu cargo; ou a um órgão oficial, como uma corte judiciária ou assembléia legislativa." Mais sinteticamente é o mesmo conceito que encontramos em RAFAEL DE PINA: "Atribuição de algum dos poderes do Estado em vista do seu exercício ou das relações com os demais" (4).

Desse modo, seria lícito falar das **prerrogativas do Poder Executivo**, que envolveriam as suas atribuições e privilégios bem como das **prerrogativas do Poder Judiciário** e das **prerrogativas do Poder Legislativo**.

PRERROGATIVAS DO PODER LEGISLATIVO

Tais prerrogativas variam em número, extensão e grau, segundo os ordenamentos jurídicos. Mas a quase totalidade deles inclui as seguintes prerrogativas para as Câmaras legislativas:

- I — poder legiferante em todos os seus graus;
- II — poder de iniciativa legislativa;
- III — deliberação sobre o veto;
- IV — promulgação da lei quando o Chefe de Estado não o fizer;
- V — resolver sobre tratados e convenções;
- VI — declarar ou autorizar a declaração de guerra, e permitir o trânsito ou permanência de tropas estrangeiras no território nacional;
- VII — conceder anistia;
- VIII — poder de inaugurar a sessão legislativa, de adiar ou prorrogar os seus trabalhos e convocar-se extraordinariamente;

(3) W. BAGEHOT, *La Constitution Anglaise*, Paris, 1869, págs. 5 e 68.

(4) *Black's Dictionary of Law*, 4 th ed., St. Paul, Minn., 1968; RAFAEL DE PINA, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1975. Vejam-se também, inclusive para a etimologia da palavra, L. QUICHERAT e A. DAVELUY, *Dictionnaire Latin-Français*, Libr. Hachette, Paris 1879; e *Webster's Third New International Dictionary*, ed. Encyclopaedia Britannica.

- IX — poder de escolher os membros dirigentes dos seus trabalhos, e organizar a sua secretaria;
- X — poder de fixar os subsídios e ajuda de custo dos seus membros, e os subsídios do Chefe de Estado ou do Governo;
- XI — poder de polícia dentro da órbita de suas atividades;
- XII — fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo;
- XIII — aprovar ou recusar a nomeação de algumas autoridades;
- XIV — ser foro de determinados titulares de cargos executivos e judiciais;
- XV — terem os seus membros as imunidades necessárias para o exercício de suas funções.

A primeira observação a fazer é que a enumeração acima representa, para usar expressão de MAX WEBER, um conjunto que somente se encontra num **tipo ideal** de parlamento, isto é, de um completo sistema democrático. O país que possuísse a integridade dessas prerrogativas seria um pleno Estado de Direito democrático. Seria possível imaginar um **continuum** de regimes políticos, desde os governos de fato (mais ou menos passageiros) sem Câmaras representativas, passando pelas ditaduras que as possuem apenas para dar-lhes visão de legitimidade, até os Estados em que o parlamento é uma das peças essenciais e atuantes do mecanismo governamental.

Em segundo lugar, deve-se anotar que tais prerrogativas são atribuídas da assembléia ou assembléias que compõem o Poder Legislativo, isto é, seja este de estrutura unicameral, bicameral ou, mais raramente e em via de extinção, multicameral. No feudalismo, os vassallos estavam obrigados a prestar ao suzerano **auxílio e conselho**, este último quando se tratava dos assuntos mais importantes da corte senhorial ou da corte régia. Foi desse dever de **conselho** que nasceram as Câmaras, as quais evoluíram paulatinamente de órgãos consultivos para órgãos legiferantes. No continente europeu, o conselho dos magnatas do reino — a **Curia Regia** dos monarcas franceses — se ampliou, com o ingresso da burguesia, nos Estados Gerais, um modelo tricameral, em que a votação era coletiva e não por cabeça, tomando-se separadamente o voto do clero, da nobreza e do povo. O mesmo sucedeu em Espanha e Portugal, onde as Cortes eram formadas dos “três braços do Reino”, que votavam de modo igual ao dos Estados Gerais. Findo o **antigo regime**, pode-se dizer que hoje desapareceu a multicameralidade. Sob NAPOLEÃO BONA-PARTE, porém, houve um anômalo quadricameralismo: Conselho de Estado, Tribunado, Corpo Legislativo e o Senado. A Suécia manteve quatro Câmaras representativas dos seus estamentos até 1867 (Reforma Constitucional de 1866): a da nobreza, a do clero, a da burguesia e a do campesinato. O Brasil conheceu um exemplo de tricameralismo na Constituição de 1937, embora tivesse ficado apenas no papel. Essa Carta política estatua que o Poder Legislativo era exercido pelo **Parlamento Nacional** — única das nossas Constituições a usar o termo “Parlamento” (composto da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, novo nome para o Senado), “com a colaboração do Conselho de Economia

Nacional e do Presidente da República" (art. 38). Previa, porém, que, mediante plebiscito, o Conselho de Economia podia ser investido de "poderes de legislação sobre algumas ou todas as matérias de sua competência" (art. 63). Nessa hipótese, teríamos um unicameralismo para os assuntos econômicos e corporativos, sem falar nos poderes **normativos** normalmente exercidos pelo Conselho de Economia (art. 61). Todavia, a Constituição só estabelecia imunidades — restritas, como se sabe, para os membros do Parlamento (arts. 42 e 43).

A Inglaterra ofereceu, desde o século XIII, o modelo de bicameralismo, quando o **Magnum Concilium** (Grande Conselho do Rei), formado dos altos dignitários eclesiásticos e da alta nobreza, se alargou com a convocação de dois cavaleiros de cada condado, e, posteriormente, de mais dois representantes dos burgos. Desde então, o clero superior e a alta nobreza, ou "os **senhores** espirituais e os **senhores** temporais" se uniram na Câmara dos **Lords**, enquanto a pequena nobreza e a burguesia se juntaram na **Câmara dos Communs** (ou seja, das comunas). O bicameralismo gozou de grande voga até a II Guerra Mundial e não faltaram apologistas para demonstrar, sobretudo na época dominante do Estado liberal, que era a *estrutura ideal do Poder Legislativo*. Hoje, está em visível declínio, a começar pela própria Inglaterra, chamada a "mãe dos Parlamentos", em virtude da atrofia da Câmara Alta, especialmente na área legislativa. Várias são as propostas para modificá-la ou suprimi-la. Por esses motivos, já se denomina o Reino Unido como um país de "bicameralismo imperfeito" ou de "um quase unicameralismo". De cerca de 160 países existentes hoje, 39 são bicamerais, ou seja, menos de um quarto. O direito positivo e alguns constitucionalistas já não apresentam o bicameralismo como essencial para a federação. Sem dúvida, todas as federações existentes são bicamerais. Contudo, não se pode dizer que, em todas elas, haja uma "Câmara dos Estados". É o caso do Canadá, cujo Senado é composto por nomeação do Governador-Geral. Na Malásia, a Câmara Alta, composta de 58 membros, tem 38 senadores, mais da metade, portanto, nomeados pelo Rei. Também a segunda Câmara da Iugoslávia não é, exclusivamente, uma representação das unidades federadas. Em doutrina, acompanhamos os que sustentam não ser uma característica indispensável para o federalismo, a presença de uma segunda câmara. Entre nós, o campeão dessa tese foi JOÃO MANGABEIRA, relator-geral do Anteprojeto de Constituição de 1933, elaborado pela Comissão nomeada pelo Governo, e conhecida pelo nome de "Comissão do Itamarati". O Anteprojeto retirava à Câmara dos Estados a qualidade de segundo ramo do Legislativo, transformando-a num "Conselho Supremo" (art. 67), de composição híbrida, e que teria, entre outras funções, a de defender os interesses dos Estados-Membros (5).

Cresce cada vez mais a tendência ao unicameralismo, como se vê pelo predomínio numérico na cifra redonda de 160 países: 74 têm apenas uma Câmara legislativa, quase o dobro das nações bicamerais, ou 46% dos Estados do globo. Os restantes estão sob governo de fato ou sob ditaduras sem disfarce, onde as leis são feitas por um chefe revolucio-

(5) Veja-se também o livro de JOÃO MANGABEIRA, *Em Torno da Constituição*, Cia. Ed. Nac., S. Paulo, 1934, pág. 60.

nário (com os seus assessores, é claro), por juntas governativas ou por comissões nomeadas pelo Poder Executivo. Ainda entre os países unicamerais e bicamerais, encontra-se uma grande parcela com parlamentos subordinados ou submissos ao Poder Executivo. Para tais assembléias se pode repetir a frase de KRANENBURG em relação ao **Reichstag** de Hitler, a de ser "um receptor acústico das declarações do **Fuehrer**" (6). Muitas são câmaras unânimes em toda a sua existência, como exemplificam os dois maiores parlamentos, em termos numéricos, da atualidade: o Congresso Nacional da República Popular da China, com seus 3.497 membros; e o Soviete Supremo da URSS, com 1.517 componentes. Tudo isso forma um quadro onde se retrata a indistigável crise do Legislativo. Nos Estados Unidos, o escândalo de Watergate, seguido de dois Presidentes de fraca liderança, GERALD FORD e JIMMY CARTER, serviu para que o Congresso recobrasse certo alento. De qualquer sorte, vai-se distanciando o tempo em que o Legislativo estava na ofensiva e o Executivo na defensiva. Depois de citar DE LOLME sobre a necessidade de pôr certos freios ao Poder Legislativo, STORY, com o mesmo pensamento, escrevia:

"A verdade é que o Poder Legislativo é o grande e dominante Poder em todo governo livre. Observou-se, com igual ênfase e sagacidade, que o Poder Legislativo está, por toda parte, alargando a esfera de sua atividade, e atraindo todo poder para dentro do seu impetuoso vértice" (7).

Nos próprios Estados Unidos, a luta atual é para que não se enfraqueça ainda mais o Legislativo na sombra de uma "Presidência Imperial" (8). Na verdade, estamos bem longe da fase áurea das Assembléias, que lideraram a luta contra o absolutismo monárquico. Na Inglaterra, a vitória do Parlamento sobre o Rei, na Gloriosa Revolução de 1688, levou à afirmativa, ainda mantida teoricamente, de que a soberania reside no Parlamento. DE LOLME exprimiu essa convicção numa frase pitoresca, que se tornou proverbial, embora sem prever as façanhas da cirurgia atual:

"O Parlamento tudo pode, exceto transformar um homem em mulher, ou uma mulher em homem."

Na França, foi a transformação dos **Estados Gerais** em Assembléia Constituinte que selou a sorte do Antigo Regime. Na guerra de emancipação das colônias inglesas da América do Norte, não se pode falar em Assembléia Legislativa. Mas foi um órgão colegiado, o Congresso Continental, espécie de assembléia de plenipotenciários das Colônias, que dirigiu a guerra emancipadora e liberalizante contra a metrópole.

(6) R. KRANENBURG. *Teoria Política*, Fondo de Cult. Económica, México, 1941, pág. 123.

(7) JOSEPH STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, em 3 vols., Hilliard, Gray & Co., Boston, 1833, vol. 2.º, pág. 15.

(8) Veja-se a análise do crescimento do Poder Executivo nos Estados Unidos em ARTHUR M. SCHLESINGER JR., *The Imperial Presidency*, Popular Library N. York, 1974; e RAYMOND ARON, *República Imperial*, Zahar, Rio, 1975. — Quanto à França, veja-se a pesquisa realizada por ROLAND CAYROL, JEAN-LUC PORODI e COLETTE YSMAL sob o título "L'image de la Fonction Parlementaire chez les Députés Français", publicada na *Revue Française des Sciences Politiques*, vol. XXI, n.º 8, dezembro 1971. A pesquisa revela que 59% dos deputados acreditam no declínio dos Parlamentos e que esse declínio se verifica em proveito dos tecnocratas.

Por fim, consignemos que nas prerrogativas arroladas nem todas são de natureza legislativa. Isso resulta do fato de que a divisão de poderes não pode ser entendida no sentido absoluto ou como compartimentos estanques. Pensar de *outro modo redundaria em ser mais montesquiano do que MONTESQUIEU*. Uma separação absoluta dos poderes acabaria na inércia, porque eles não se entrosariam como rodas dentadas a fim de dar movimento ao mecanismo do Governo. Sua representação gráfica poderia ser a seguinte:



DUGUIT observou que as Constituições francesas que adotaram uma rígida separação de poderes caíram vítimas por golpes de Estado, se bem que o texto constitucional não fosse a causa única deles. A Constituição de 1791, que se pautou por esse ensinamento, não foi aplicada. Mas a Constituição do Ano III (1795), seguidora daquele precedente, foi derrocada pelo 18 de Brumário de NAPOLEÃO BONAPARTE. Com a Constituição da Segunda República, a de 1848, a história se repetiu, com um protagonista portador do mesmo nome de família: LUIS NAPOLEÃO destruiu-a com o golpe de 2 de dezembro de 1851 ⁽⁹⁾. A divisão de poderes foi esboçada, como um sistema de freios e contrapesos do poder, por MONTESQUIEU no seu já citado Livro 11, Capítulo VI, do **Espírito das Leis**, e posto em prática pelos autores da **Constituição norte-americana**. No Capítulo IV do mesmo Livro 11, MONTESQUIEU assevera ser "uma experiência eterna que todo homem que detém o poder tende a dele abusar". E oferece, como preventivo dessa tendência, a fórmula: "Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, **o poder freie o poder**".

No capítulo sobre a Constituição da Inglaterra, MONTESQUIEU recomenda o sistema de duas câmaras como freio interno do Poder Legislativo, enquanto fala do veto do Executivo — parece ter em mente o veto absoluto — como freio externo daquele poder, e traça as linhas mestras do **impeachment**.

O sistema de freios e contrapesos do poder — única expressão prática da separação de poderes — significa que cada poder possui a essência das atribuições que, pela natureza ou conteúdo do seu próprio nome, *lhe deveria pertencer, mas exercita, ao mesmo tempo, algumas atribuições que, pela matéria, seriam dos dois outros poderes*. Significa que o Legislativo não se limita a fazer leis. O Executivo não se cinge às tarefas administrativas. Nem o Judiciário se restringe a prolatar sentenças. Por

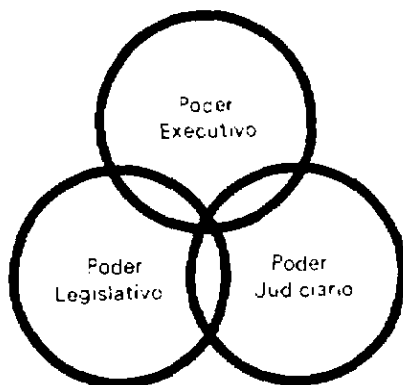
(9) LEON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^o ed., Paris, 1926, Tomo II, pág. 681.

outras palavras, a divisão orgânica dos poderes não coincide com uma divisão material das tarefas de uma organização política. O Legislativo, ao mesmo tempo que legifera, executa atos administrativos, como, por exemplo, o de nomear os funcionários de sua secretaria, e pratica funções judiciárias, quando se transforma em tribunal de **impeachment**. Por sua vez, o Executivo, ao lado dos seus encargos administrativos, participa na elaboração legislativa, através da iniciativa dos projetos de lei, do veto ou da sanção, além de baixar regulamentos — que, materialmente, são peças normativas —, e detém um resíduo de Poder Judiciário quando comuta ou indulta penas. O Judiciário, por seu turno, além de julgar os litígios, exerce papel legislativo, quando os tribunais elaboram os seus regimentos internos, e age como executivo quando nomeia os funcionários de sua secretaria ou realiza medidas preventivas em proteção dos menores.

Todos esses exemplos são da época clássica da divisão de poderes, que hoje estão muito mais entrelaçados.

Nos países que seguem o figurino soviético existe uma verdadeira interpenetração, senão confusão, dos poderes. O parlamento reúne-se poucos dias no ano. O órgão por ele eleito, o **Presidium**, é, ao mesmo tempo, uma espécie de comissão permanente da Assembléia e um Executivo colegiado, exercendo funções executivas, e no recesso da Câmara, funções legislativas.

Mas retornemos à doutrina dos freios e contrapesos do poder. Sua representação gráfica seria esta:



A angústia de tempo não nos permite analisar cada uma dessas prerrogativas. Por isso, passaremos a cuidar daquelas que nos parecem as fundamentais — as imunidades parlamentares —, uma vez que, sem elas, as demais não poderiam exercitar-se a contento.

DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES EM GERAL

Conceito de imunidade

Em sua origem latina — **Immunitas, immunitatis** —, imunidade significa isenção de alguma obrigação ou encargo, impostos como norma geral. Assim, **immunitas militiae** traduz-se como "isenção do serviço mili-

tar". Daí, o termo se estendeu a diferentes domínios da vida e atividades humanas.

Modernamente, a palavra passou a ter amplo emprego na Biologia e na Medicina, para designar a aptidão que um ser vivo tem para resistir à invasão, no seu organismo, de substâncias ou germes daninhos à saúde. A Imunologia, como parte da Fisiologia, estuda tanto essas resistências como as reações que este ou aquele organismo desenvolve para sobreviver a tais ataques. Muitos dos avanços médicos consistem em encontrar meios preventivos — como as vacinas —, que vençam as investidas desses inimigos de nosso equilíbrio orgânico. Quando um ser humano ou qualquer ser vivo triunfa nessa luta, dizemos que ele está imune a determinadas infecções.

A palavra logo se aplicou ao terreno jurídico. Seu primeiro uso foi feito no campo internacional, onde, desde a Idade Média se começou a prática constante — que na Antigüidade era esporádica — da troca de embaixadores entre os povos, e a cercá-los de garantias. Seja pela ficção da extraterritorialidade, seja pelo costume da reciprocidade, tais garantias tomaram o nome de **imunidades diplomáticas**. Os agentes diplomáticos são imunes às leis do país onde servem, ficando sujeitos apenas às leis do seu próprio país.

Fala-se, ademais, em **imunidade judicial**, pois os juízes não podem ser responsabilizados por seus despachos ou sentenças, salvo se erram de má fé, incidindo nos crimes de concussão, corrupção passiva, prevaricação ou outro ilícito penal.

Quando pessoas físicas ou jurídicas estão isentas de determinados tributos, alude-se à **imunidade tributária**. Um exemplo conhecido de tal imunidade se encontra nas alíneas do item III do art. 19 de nossa Constituição, que proíbe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre: "a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; b) os templos de qualquer culto; c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei; e d) o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão".

Também os indivíduos ou seus procuradores gozam de imunidade quanto à injúria ou difamação quando a ofensa for "irrogada em juízo, na discussão da causa", salvo se lhe der publicidade (art. 142, I, e seu parágrafo único, do Código Penal Brasileiro). Quando muito, o Juiz do pleito poderá mandar riscar as expressões consideradas impróprias à linguagem forense.

As pessoas que estão obrigadas, por cargo, função, ministério, ofício ou profissão, a guardar segredo têm **imunidade** quanto à obrigação de depor em juízo ⁽¹⁰⁾. A não ser que sejam desobrigadas pelos interessados na manutenção do sigilo, a revelação deste constituirá crime.

Por fim, chegamos à **imunidade parlamentar**, que é a de que nos ocuparemos. Seu alcance varia de acordo com os ordenamentos jurídicos.

(10) O art. 207 do Código de Processo Penal brasileiro preceitua que tais pessoas "são proibidas de depor". A expressão não retira a **imunidade processual**, pois podem furtar-se a prestar depoimento alegando à autoridade, desconhecadora do sigilo, a existência deste.

As imunidades de que usufruiria o parlamentar — encontradas num pleno Estado de Direito democrático — seriam as seguintes: **a)** não ser imputável pelos votos e pronunciamentos emitidos no desempenho do mandato; **b)** não ser preso ou processado, sem licença de sua Câmara, por delitos cometidos fora do exercício da função parlamentar, ressalvados os casos previstos pela Constituição; **c)** não ser incorporado às Forças Armadas, ainda que seja militar, sem licença da respectiva Casa legislativa; **d)** direito de recusar-se a depor sobre fatos, cujo conhecimento lhe foi confiado em virtude de sua condição de parlamentar.

Todas as espécies de imunidades aqui mencionadas, das diplomáticas às parlamentares, se justificam pelo interesse da coletividade, e não como um privilégio puramente pessoal, violador do princípio da igualdade de todos perante a lei.

Histórico

É óbvio que só se pode falar em imunidade **parlamentar** onde existe **parlamento**. A Antigüidade não teve a experiência do governo representativo. Somente conheceu a autocracia de tipo oriental ou, como no mundo grego e no romano — quando um e outro não viveram sob tiranias ou sob o cesarismo —, o governo direto. Contudo, aponta-se, na democracia direta de Atenas, algo que prefigura a imunidade parlamentar ou, melhor dito no caso, a imunidade legislativa. Nesse Estado-cidade, era o próprio corpo de cidadãos, reunidos em assembléia popular ou **Ecclesia**, que discutia e votava as leis. O orador que usava da palavra, para discutir um projeto de lei ou uma emenda, tinha a cabeça cingida por uma coroa de mirtos, para simbolizar que, então, a sua pessoa se tornava inviolável e sagrada. Mas não podia apresentar uma proposta que modificasse as leis vigentes — especialmente as mais importantes, reputadas como o cerne da Constituição de Atenas, a saber, as leis de DRÁCON, de SÓLON e de CLISTENES —, sem antes ter uma autorização da **Ecclesia**, a **adeia**, que lhe garantia a impunidade. Sem isso poderia ser acusado por uma ação pública de violação das leis — a **graphé paránonon**. Nessa medida, que procurava obstar a volubilidade das multidões em matéria legislativa, alguns autores enxergam o mais longínquo antecedente do controle de constitucionalidade das leis, não obstante a diversa natureza da **graphé paránonon**, que punia o autor da ilegalidade, enquanto o atual controle de constitucionalidade atinge apenas a lei inconstitucional, deixando de aplicá-la a um caso particular ou a todos os casos, conforme o sistema adotado ⁽¹¹⁾.

Entretanto, as imunidades somente puderam surgir quando as assembléias representativas se libertaram do mandato imperativo e das intromissões do poder real. Pelo mandato imperativo, os deputados recebiam

(11) ARISTÓTELES, *A Constituição de Atenas*, ed. bilingue do Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1948, *passim*; G. GLOTZ, *La Cité Grecque*, La Renaissance du Livre, Paris, 1928, Cap. III; A. CROISSET, *As Democracias Antigas*, Garnier, Rio, 1923, págs. 51 e segs.; PAUL CLOCHÉ, *La Démocratie Athénienne*, PUF, Paris, 1951 *passim*; ALFRED ZIMMER, *The Greek Commonwealth*, The Modern Library, N. York, 5.^a ed., 1931, págs. 121 e segs.; R. MAISCH F. POHLHAMMER, *Instituciones Griegas*, Editorial Labor, Barcelona, 1931, págs. 75 e segs.

instruções escritas dos eleitores, como vemos nos **Cahiers da França**, que somente foram abolidos com a Revolução de 1789. Os parlamentares recebiam um verdadeiro mandato de direito privado. A palavra **mandato** tinha aí um sentido correto, pois os eleitores exigiam o *cumprimento* dessas instruções e podiam destituir os seus mandatários infiéis. A expressão "mandato", porém, se conservou até hoje, embora tecnicamente incorreta, depois que o deputado passou a "representar" todo o País (no caso das Nações federativas, os senadores são "representantes" de todo o Estado-Membro) e não a circunscrição que o elegeu. Além disso, o deputado passou a obedecer apenas à sua consciência. MAITLAND escreve: "Durante a Idade Média, o direito de cada Casa debater livremente e sem interferência do Rei ou da outra Casa parece ter sido admitido e observado" (12). O autor parece esquecido de que os "representantes" dos estamentos estavam vinculados por mandato imperativo e formavam um Conselho consultivo dos Reis, que o convocavam e o dissolviam quando bem entendessem. As imunidades vão surgir como uma conquista dos "parlamentares" nessa luta de duas frentes: contra o eleitorado, que o peava com o mandato imperativo, e contra o monarca, sobretudo quando este se tornou mais dominador, com o absolutismo. Somente com a vitória nesse duplo embate, os parlamentos se converteram de órgãos consultivos em órgãos legislativos.

O primeiro palco dessa luta foi a Inglaterra. O antagonismo começou antes mesmo da dinastia TUDOR, cujos Reis foram bastante hábeis para mascarar o seu absolutismo, além do fato de que souberam estimular o avanço inglês em todos os campos, desde o econômico até o das artes e ciências. Quando os inábeis Reis da dinastia STUART pretenderam implantar um absolutismo declarado e sistemático, a hostilidade entre o monarca e o Parlamento se radicalizou até terminar com a vitória do Parlamento, que firmou a sua hegemonia entre os órgãos políticos do reino. MAITLAND cita vários casos curiosos (13) e mais recuados no tempo. Assim, o caso de THOMAS HAXEY (14), que havia apresentado à Câmara dos Comuns, em 1397, uma petição de queixas (bill of complaints). As reclamações eram em número de quatro. A última foi a que mais irritou o Rei RICARDO II: criticava o fato de os bispos viverem na Corte em lugar de se conservarem em suas propriedades. O monarca pediu o nome do autor das reclamações, enquanto os Lords o declaram traidor. HAXEY foi condenado à morte, da qual escapou porque o Arcebispo alegou tratar-se de um seu secretário. Dois anos depois, com a subida ao trono de HENRIQUE IV, o julgamento foi anulado, a pedido da Câmara dos Comuns, que via nesse processo um atentado às "suas liberdades". Em verdade, HAXEY não era membro da Câmara, porquanto não passava de um procura-

(12) F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge Univ. Press, 1950, pág. 241. Sobre a impropriedade dos termos "mandato" e "sistema representativo" para os legisladores contemporâneos — impropriedade contra a qual é inútil toda luta, pela consagração do uso —, veja-se o verbete "Eleições", que escrevemos para a *Enciclopédia Saraiva de Direito*.

(13) Ob. cit., págs. 241 e segs. Esses episódios são também mencionados e comentados por ALCINDO PINTO FALCÃO em sua valiosa monografia, *Das Imunidades Parlamentares*. Forense, Rio, 1955, pág. 20 e segs.

(14) Veja-se também WILLIAM STUBBS, *The Constitutional History of England*, 3 vols., Oxford Press, 4.ª ed., 1896, 3.º vol., págs. 515 e segs.

dor eclesiástico designado para freqüentar as sessões dessa Casa do Parlamento em virtude do direito que, para tanto, possuía o bispado. Mas a Câmara dos Comuns não deixou de ser atingida, uma vez que havia aceito a petição de HAXEY. Mais de duas décadas antes, em 1376, tinha havido fato mais grave: a prisão de PETER DE LA MARE, Presidente (Speaker) da mesma Câmara, por sua conduta no Parlamento. A prisão só foi relaxada quando o Rei RICARDO II subiu ao trono, sucedendo a EDUARDO III. Outra prisão de um Presidente dos Comuns, a de THOMAS THORPE, se verificou em 1453, durante um período de adiamento das sessões da Câmara, e teria como fundamento a falta de pagamento de dívida. O motivo alegado teria sido, segundo MAITLAND, um pretexto, sendo a razão principal para o encarceramento a oposição de THORPE ao Duque de York.

De maiores conseqüências, para a liberdade de palavra no Parlamento, foi a prisão, em 1512, de STRODE, membro da Câmara dos Comuns, pela Stannary Court, por haver apresentado um projeto de regulamentação do privilégio dos mineiros de estanho. O acontecimento provocou a aprovação da primeira lei sobre a inviolabilidade dos debates no Parlamento. Segundo a mesma fonte, a lei declarava nulo o processo contra STRODE e estabelecia, "em caráter geral, que quaisquer processos contra todo membro do presente Parlamento ou de qualquer futuro Parlamento, por discursos neles pronunciados, seriam absolutamente nulos e de nenhum efeito". Em 1541, iniciou-se a praxe de o Presidente da Câmara dos Comuns, na abertura da sessão, incluir a liberdade de palavra entre os antigos e irrefutáveis direitos e privilégios que os Comuns reivindicavam do Rei. No entanto, outros vexames a figuras dessa Câmara continuaram a ser praticados, como a expulsão de STRICKLAND do Parlamento, em 1571, por haver apresentado projetos eclesiásticos, embora a Rainha ELISABETH I tivesse, depois, reconsiderado o seu ato. Em 1576, foi a própria Câmara dos Comuns que prendeu, na Torre de Londres, o deputado PETER WENTWORTH, por ter feito violentos discursos sobre a liberdade de discussão. O fato repetiu-se com o mesmo personagem em 1588. Expressivo da docilidade dos Comuns em relação à Rainha ELISABETH I é o consentimento deles à ordem da Soberana para que evitassem discutir matérias religiosas, animando-a a declarar, em 1593, que, em tais assuntos, os parlamentares devem votar apenas por "sim" ou "não", sem debate. Novamente, um membro dos Comuns, MORICE, é preso, por apresentar um projeto de natureza eclesiástica.

Contudo, é com a subida da dinastia STUART que a luta se acirra. O primeiro Rei dessa dinastia, JAIME I, subiu ao poder em 1603. Muito cioso da sua erudição teológica, declarou abertamente que governava por direito divino, e viveu em constantes atritos com o Parlamento. Em 1614, ao dissolver o seu segundo Parlamento, ele prendeu quatro deputados. Em 1621, além de prender o deputado SANDYS, JAIME I proclamou que os privilégios dos parlamentares só existiam como ato de tolerância do Monarca. Os Comuns replicaram em sentido contrário, reafirmando que os privilégios do Parlamento eram um direito antigo e fora de qualquer dúvida, e que eles podiam tratar de qualquer assunto com plena liberdade de palavra.

É o problema da liberdade de opinião que vai provocar a Guerra Civil entre o Longo Parlamento e CARLOS I, sucessor de JAIME I. Em 1642, indignado com os discursos pronunciados na Câmara dos Comuns pelos cinco membros mais exaltados da oposição — PYM, HAMPDEN, HOLLES, HASLERIG e STRODE —, CARLOS I dá ordens ao Procurador-Geral para processá-los por alta traição. Em seguida, mandou o seu ajudante de ordens (sergeant-at-arms) à Câmara a fim de prender os cinco rebeldes. Em vão, porque os Comuns recusaram entregá-los. CARLOS I decidiu, então, ir pessoalmente à Câmara, acompanhado de 400 homens armados. Senta-se na cadeira do Presidente, e a este pergunta pelos cinco oposicionistas (que já se tinham evadido). O Presidente ajoelha-se diante do Rei e profere a sua famosa resposta: “Bem haja Vossa Majestade, mas neste lugar não tenho olhos para ver nem língua para falar, a não ser que me ordene esta Casa, da qual sou servidor; e humildemente peço o perdão de Vossa Majestade por que não posso dar outra resposta ao que Vossa Majestade se dignou perguntar-me” (15). A Guerra Civil se inicia. O Rei abandona a City (o distrito do alto comércio de Londres), enquanto os cinco parlamentares retornam triunfalmente, escoltados por troços de cidadãos armados da mesma City. Doravante se firma o princípio de que o **Speaker** é servidor da Câmara dos Comuns, e nasce o costume de jamais ser permitido ao Monarca o ingresso nessa Casa do Parlamento. Seguiram-se os acontecimentos que a História registra, e cujo relato não nos cabe aqui: a Guerra Civil entre o Parlamento e o Rei, a derrota e decapitação deste, o parêntese de um novo absolutismo sob CROMWELL, a Restauração e a Gloriosa Revolução de 1688. No ano seguinte, a Declaração de Direitos (Bill of Rights) formaliza em termos jurídicos o resultado de quase um século de divergências entre o Rei e o Parlamento. Ao contrário das declarações posteriores, aprovadas em vários países e que se ocupam mais dos direitos e garantias individuais, a inglesa é consagrada predominantemente a uma reafirmação explícita e solene das franquias parlamentares. Aí se inscreve “que a liberdade de palavra e de debates no Parlamento não pode ser objeto de acusação ou de processo em nenhum tribunal ou lugar fora do Parlamento” (art. 9º).

Menos de um século depois, a onda liberalizante passava para o outro lado do Atlântico e, quando as ex-Colônias inglesas se uniram para formar uma única Nação, consagraram, na Constituição, as imunidades dos Congressistas no art. 1º, secção 6ª, cláusula 1, onde se lê que os deputados e senadores “em nenhum caso, salvo traição, felonía e perturbação da paz, poderão ser presos durante sua assistência à sessão das respectivas Casas, e enquanto a elas se dirigirem ou delas retornarem. Eles não poderão ser interpelados, em nenhum lugar, por discurso ou debate realizados em qualquer das Casas”.

Dois anos depois, a mesma onda liberal refluía ao seu Continente de origem, para assegurar imunidades aos revolucionários franceses de 1789.

(15) “May it please Your Majesty, I have neither eyes to see nor tongue to speak in this place but as this House is pleased to direct me, whose servant I am here; and humbly beg your Majesty's pardon that I cannot give any other answer than this to what your Majesty is pleased to demand of me” In J. R. TANNER, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century — 1603-1689*, Cambridge Press, 1960, págs. 113 e segs.

Depois de terem desobedecido às ordens do Rei para que se reunissem no velho estilo de "estados" ou estamentos separados, e não como Assembléia Nacional, os seus componentes, receosos de qualquer represália real, se apressaram em votar a proposta de MIRABEAU, e aprovaram, assim, a Resolução de 23 de julho de 1789, segundo a qual "a pessoa do deputado é **inviolável**". No ano seguinte (em 26 de junho de 1790), a Assembléia Nacional explicou que a **inviolabilidade** significava que os deputados somente poderiam ser presos em flagrante delito nos termos da lei. E acrescentava que, salvo os casos mencionados na Resolução de 23 de junho, não se receberiam queixas nem se faria instrução contra eles, não podendo nenhum juiz sentenciá-los antes que o Corpo Legislativo, à vista das informações e das peças dos autos, tivessem autorizado o prosseguimento da acusação ⁽¹⁶⁾. A Constituição de 1791 acolheu todas essas imunidades, no seu Título III, Secção 5, arts. 7º e 8º. Diz o art. 7º: "Os representantes da nação são **invioláveis**, não podendo ser processados, acusados nem julgados, em tempo algum, pelo que tiverem proferido, escrito ou praticado no exercício de suas funções". Art. 8º — "Somente poderão ser presos, por fato criminoso, em flagrante delito ou em virtude de mandado de prisão, dando-se ciência imediata ao Corpo Legislativo. O processo somente poderá continuar depois que o Corpo Legislativo houver decidido sobre a procedência da acusação."

A partir de então se generalizou, até hoje, a acolhida das imunidades parlamentares nas Constituições, mesmo naquelas de países autoritários ou de regime unipartidário.

Espécies de imunidade e o problema terminológico

Aquele elenco de imunidades compreende duas espécies que, embora aparentadas, têm caracteres distintos. Na boa técnica legislativa deveriam sempre ser disciplinadas em artigos diferentes do texto constitucional. Muitas Constituições assim procedem, mas outras não seguem essa regra. O primeiro tipo de imunidade, numa caracterização preliminar, consiste na proibição de o parlamentar ser incriminado por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. A segunda, a de não ser preso, salvo as exceções previstas, nem processado, sem licença de sua Câmara, por delitos cometidos fora do exercício das funções parlamentares.

Os ingleses, cujo senso prático não os detém em questões terminológicas, denominam a primeira imunidade **liberdade de palavra** (freedom of speech) e a segunda, **liberdade contra prisão** (freedom from arrest). Reúnem ambas na expressão genérica de **privilégios parlamentares** (parliamentary privileges), que se completam com uma terceira espécie, a de **acesso ao soberano**.

No Brasil, é costume empregar-se a palavra imunidade em sentido genérico para designar as duas variedades. A imunidade pelas opiniões emitidas no exercício do mandato é chamada **imunidade substantiva** ou **material**, e também **inviolabilidade**. A outra espécie é **designada** como **imunidade processual** ou **formal**. Quanto à primeira imunidade, todas as

(16) EUGÈNE PIERRE, *Traité de Droit Politique Electoral et Parlementaire*, Librairie — Imprimerie Réunis, Paris, 6.ª ed., s/d., vol. 2.º, págs. 1.203 e segs.

nossas Constituições, com exceção da de 1937, usam o adjetivo “invioláveis” em relação aos parlamentares.

A França começou por declarar **inviolável** a pessoa do deputado pelas opiniões e votos proferidos no exercício do mandato (Resolução de 23 de junho de 1789, e Constituição de 1971, Tit. III, Capítulo I, Seção 5, art. 7º). O primeiro texto a empregar o vocábulo **responsabilidade** foi a Constituição do Ano VIII (1799), que estabeleceu o Consulado. Em seu art. 69, preceitua que “as funções dos membros do Senado, do Corpo Legislativo, do Tribunado, dos Cônsules e dos Conselheiros de Estado não acarretam nenhuma responsabilidade”. A Constituição da II República (1848) voltou a assegurar que “os representantes do povo são invioláveis” (art. 36). ESMEIN considera imprópria a palavra “inviolabilidade”, porque “desperta idéias exageradas ou falsas. Poder-se-ia dela deduzir que o representante fica, em princípio, subtraído à ação das leis” (17). A crítica, ao nosso ver, não procede. O parlamentar somente se subtrai da lei naquelas infrações penais (e suas conseqüências civis) indicadas no texto constitucional, que são atos puníveis para os que não exercem funções legislativas. O certo é que a nomenclatura francesa é o inverso da nossa. O que nós rotulamos de **inviolabilidade** eles nomeiam **irresponsabilidade** parlamentar, e usam aquele termo, **inviolabilidade**, para o que nós chamamos imunidade processual.

Os autores da Lei Fundamental de Bonn (1948) inovaram em matéria de terminologia em relação às Constituições anteriores, a imperial, de 1871, e a de Weimar (1918). O art. 46, que engloba as duas espécies de imunidade, vem sob a rubrica “Indenitaet, Immunitaet”. Toma a primeira palavra como equivalente à nossa “inviolabilidade”, e a segunda como designativa da **imunidade formal**. HERMANN VON MONGOLDT diz-nos que o conceito de **indenidade** era desconhecido no projeto primitivo. Na segunda edição dos seus comentários à Lei Fundamental, atualizada por FRIEDRICH KLEIN, censura-se a novidade, por afastar o conceito amplo de imunidade que abrange os pronunciamentos feitos no exercício do mandato (art. 46, nº 1), para dar-lhe o sentido restrito de proteção contra os atos delituosos praticados fora da função legislativa (n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo). Além disso — continuam —, o termo poderia despertar idéias diversas sobretudo pelo seu equivalente em línguas estrangeiras, tais como o **bill of indemnity** dos ingleses, ou a **indemnité** francesa (subsídio na linguagem parlamentar). Por fim, acrescenta que tal palavra está ligada, na História Constitucional, “com o projeto de indenidade da Câmara dos Deputados prussiana, através do qual o **Landtag** (Assembléia Legislativa) de BISMARCK, depois dos êxitos deste nos anos de 1864 até 1866, diminuiu a responsabilidade do seu Governo desprezador da vontade da representação popular e perdoou suas arbitrariedades, designando o termo, portanto, algo completamente diverso do que se quis significar no nº 1 do art. 46” (18). Em alemão, aliás, o termo que traduziria “inviolabilidade” seria **Unverletzlichkeit**.

(17) *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Recueil Sirey Paris, 8.ª ed., 1928, 2.º vol., pág. 418.

(18) HERMANN VON MONGOLDT, *Das Bonner Grundgesetz*, Franz Vahlen Gmb H., Berlin und Frankfurt, 1953, pág. 254; e MONGOLDT und FRIEDRICH KLEIN, que é a 2.ª ed. do anterior, pela mesma editora, 1964, 2.º vol., págs. 966-7.

Desta resenha, conclui-se que a palavra "imunidade", no sentido genérico, tem curso universal. As divergências repontam quando se trata de achar sinônimos para a "imunidade material" ou a "processual". No presente contexto, usaremos "inviolabilidade", como termo equivalente ao primeiro espécime de imunidade, por ser o tradicional tanto em nossos textos constitucionais e na jurisprudência como na doutrina.

A INVIOABILIDADE PARLAMENTAR

Já manifestamos nossa preferência pelo termo "inviolabilidade" para significar a imunidade material, conforme a nossa tradição — tradição que não é somente nossa mas também da península hispânica, de onde emigrou para a América Latina. Nesta também, a maioria das Constituições reza que os deputados e senadores são "invioláveis" por suas opiniões e votos no exercício do mandato. Não obstante, algumas Constituições mais recentes usam o qualificativo de "irresponsáveis" nessas situações⁽¹⁹⁾. Alguns autores caracterizam a **inviolabilidade** como uma derrogação de certas normas penais e civis a favor dos parlamentares no exercício de suas funções. Na verdade, eles não podem praticar crimes nem serem imputados civilmente pelos seus atos no desempenho do mandato. São, pois, nessas condições, inimputáveis. A palavra **inviolabilidade** tem uma indistigável raiz histórica. Remonta ao tempo em que os Parlamentares lutavam para arrebatar a soberania política aos monarcas, cujas pessoas eram "invioláveis". Dizendo-se também "invioláveis", os parlamentares se igualariam aos Reis, quando não reivindicavam o uso exclusivo do termo para eles, como os verdadeiros detentores da **soberania** popular. Não seria, conseqüentemente, razoável que o próprio povo se incriminasse a si mesmo ou fosse limitado por outros Poderes repressores, quando tomasse deliberações sobre as leis ou os assuntos públicos. Assim como na Inglaterra se diz que "o Rei não pode fazer mal" (The King can do no wrong), também o representante do povo não pode praticar nenhum crime quando age nessa qualidade.

Por ser também uma prerrogativa das Casas Legislativas, a **inviolabilidade** tem as seguintes características: 1ª) ela é irrenunciável por parte do parlamentar; 2ª) é ilimitada no tempo, pois o legislador não pode ser responsabilizado em nenhuma época, mesmo depois de findo o mandato, porquanto, não existindo ilícito penal, a **inviolabilidade** não significa mera suspensão da prescrição penal; 3ª) a **inviolabilidade** implica, dessa sorte, que o parlamentar não pode ser responsabilizado civilmente por suas opiniões ou votos expressos em função do mandato. Tudo isso levou o já citado MONGOLDT a dizer que a imunidade prevista no número 1 do art. 46 da Lei Fundamental de Bonn é "um irrenunciável direito público subjetivo dos deputados do **Bundestag** tomados isoladamente no sentido de um

(19) Talvez por isso MONIQUE LIONS utilize a terminologia francesa: "irresponsabilidade" para a imunidade substantiva e "inviolabilidade" para a imunidade formal, no seu livro *El Poder Legislativo en América Latina*, Inst. de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, págs. 34 a 36. Assim, a Constituição do Peru, de 1933 (com emendas até 1966), disciplinando as imunidades processuais dos senadores e deputados, adota, em relação a eles, o adjetivo "invioláveis". Por sua vez, a Constituição guatemalteca de 1958, denomina "irresponsabilidade" a imunidade material (art. 132, 2.º).

direito funcional do órgão" (20). Dir-se-ia que são dois os titulares da inviolabilidade: o parlamentar e a Câmara. Tanto esta como o primeiro têm o direito de exigir o seu respeito e de pleitear sanções contra os seus violadores.

Entenda-se, porém, que, por mais liberal que seja um regime, a **inviolabilidade** não pode ser compreendida em sentido absoluto. Primeiramente, ela só cobre as opiniões, palavras e votos, não incluindo os **atos** criminosos do parlamentar, no exercício do mandato, tais como a prática de lesões corporais ou de homicídio. Nessas hipóteses, ele teria de invocar a **imunidade formal**, que só permite o processo com licença da respectiva Câmara, nem ficaria livre da responsabilidade civil por tais atos. Ademais, as opiniões, palavras e votos devem ser manifestados nos termos regimentais, não ficando o parlamentar imune ao poder disciplinar e de polícia do Presidente da Casa legislativa ou da comissão a que o parlamentar pertence. Desse modo, o Presidente pode censurar a sua palavra e até cassá-la se foge ao estilo parlamentar, ou impedir a sua publicação. Se o orador ultrapassa esses limites e emprega termos escabrosos ou pornográficos, incidindo em falta de decoro parlamentar, a sanção poderá ir até a perda de mandato.

Existem gradações na inviolabilidade. Mas antes de classificá-las, devemos fazer menção dos países onde o instituto é inexistente.

Inexistência da inviolabilidade

Alguns países, geralmente de regimes autoritários, não concedem inviolabilidade aos membros das câmaras representativas. Na União Soviética, ela não aparece em nenhuma de suas Constituições, desde a de 1923, passando pela de 1936, até a atual, de 1977. A de 1923 silencia a respeito de imunidades em geral. A Constituição de uma das repúblicas federadas da URSS, da maior delas, a República Socialista Federada Russa, de 1925, guarda o mesmo silêncio. Em seu artigo 75, confere aos eleitores o direito de destituir do Soviete, a qualquer momento, um deputado. Não diz que os eleitos estão ligados por mandato imperativo. Na verdade, pode haver revogação popular de mandatos, sem que os parlamentares recebam instruções dos seus eleitores, como é o caso de vários Estados-Membros da União norte-americana. Neles, essa revogação — o **recall**, como é chamado — não deriva do fato de que os eleitores dêem instruções aos eleitos, o que seria, aliás, irreconciliável com o voto secreto. Poder-se-ia supor que os eleitos estariam ligados às plataformas ou promessas eleitorais. Mas tal não sucede. Todo deputado, senador estadual ou vereador bem como governador ou prefeito — a medida não existe apenas para os cargos legislativos — pode ser alvo de uma petição de **recall**, por qualquer motivo, bastando que certo número ou percentagem de eleitores decida ter a iniciativa do pedido. Mesmo juizes (em poucos Estados) e funcionários não-eletivos podem ser atingidos pelo **recall**. Este tanto pode servir para afastar um representante negligente ou

(20) VON MONGOLDT-KLEIN, *ob. cit.*, comentário ao art. 46, n.º 1. No mesmo sentido ANDREAS HAMMAN, *Das Grundgesetz*, Mermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1956, pág. 243.

corrupto como um representante independente, capaz de contrariar interesses de poderosos. Em alguns casos, sobretudo municipais, grandes empresas, que tiveram as suas pretensões contrariadas por políticos zelosos da coisa pública, mobilizaram os meios de comunicação a fim de denegri-los perante a opinião pública e ter êxito no seu intento de afastá-los de suas funções.

Mas na Rússia, ao que tudo indica, os seus constituintes parecem não enxergar incompatibilidade entre os dois institutos: o mandato imperativo e o voto secreto. Na Constituição de 1936, essa circunstância ainda não está clara. No texto somente se assegura aos deputados do Soviete Supremo a imunidade processual (art. 52), mas se acrescenta que eles são obrigados a prestar contas do seu trabalho parlamentar e do trabalho do Soviete aos eleitores, podendo estes, a qualquer momento, revogar o mandato outorgado (art. 142). A eleição, entretanto, continua a ser feita por "escrutínio secreto" (art. 134). Na Constituição de 1977, as quatro coisas estão presentes: ausência da inviolabilidade parlamentar (art. 118), mandato imperativo (art. 102), voto secreto (art. 95) e revogação popular do mandato (art. 107).

A Constituição da República Popular da China, de 1945, desconhece a inviolabilidade parlamentar (art. 34) e admite o **recall** no estilo soviético (art. 38). A atual Constituição, de 1978, não menciona nenhuma espécie de imunidade, enquanto abriga a revogação popular de mandato (art. 29).

Também excluem a inviolabilidade a Constituição romena (de 1948) e a da Hungria de 1949. Na mesma situação está a Constituição tcheca de 1960, ao contrário da Constituição de 1948, cujos §§ 44 a 47 eram minuciosos em prever todas as espécies de imunidades. A Constituição iugoslava de 1945 emprega uma linguagem dúbia, em seu art. 69, que nos leva à incerteza quanto à existência da inviolabilidade parlamentar, principalmente quando vemos a revogação popular de mandato, em seu art. 79. Reza o art. 69: "Os deputados da **Skupstina** popular da República Popular Federativa da Iugoslávia gozam de imunidade. Os deputados não podem ser presos nem ser objeto de processo penal sem a aprovação da respectiva Câmara ou do **Presidium** da **Skupstina** popular da República Popular Federativa da Iugoslávia, salvo em caso de flagrante delito e sob reserva de uma comunicação imediata ao **Presidium** da **Skupstina** popular da República Popular Federativa da Iugoslávia" (21). Mas a Constituição de 1953 acolhe de modo indubitável a inviolabilidade parlamentar (art. 57) e mantém o **recall** nos seus arts. 29 e 32. A Constituição da Albânia, de 1945, também é ambígua no particular, usando de linguagem semelhante à da Constituição iugoslava de 1945. Com efeito, o art. 49 da Carta Política albanesa reza: "Os representantes do povo na Assembléia Popular gozam de imunidade. Eles não podem ser presos nem processados criminalmente sem o consentimento da Assembléia Popular e de seu **Presidium**, salvo em caso de flagrante delito" (22). O artigo dá idéia de prever apenas a imunidade processual. O **recall** aparece no art. 39, § 3º

(21) Não se pode deixar de observar como é palavroso o texto constitucional, como acontece, aliás, com as Constituições da URSS e das chamadas democracias populares.

(22) Não nos foi possível consultar os textos das atuais Constituições da Iugoslávia, de 1974; da Romênia, de 1965; e da Albânia, de 1976.

A primeira vista, não deixa de ser estranho o fato de adotar-se a imunidade processual, excluindo-se a material, quando se considera que a primeira é um complemento da segunda. Inexistindo o principal, não haveria razão para existir o acessório. A estranheza desaparece, porém, quando se tem em mente que as Câmaras desses países são Câmaras de deliberações unânimes. A democracia de tipo marxista só admite as divergências na fase de discussão, a portas fechadas, de qualquer matéria. Tomados os votos, a minoria se curva à vontade da maioria, aparecendo como resultado, em público, sempre uma decisão unânime. São democracias à la ROUSSEAU, segundo o qual a maioria tem sempre razão.

Nos totalitarismos de direita, também não se cogita de inviolabilidade parlamentar. Nas Câmaras de HITLER e de MUSSOLINI as vozes dissidentes desapareceram ou foram sufocadas. Na verdade, perderam o caráter de órgãos legislativos, transformando-se em corpos de aclamação dos atos do **Fuehrer** ou do **Duce**, como havia acontecido com o Senado romano diante da pessoa sagrada dos Imperadores. Na Espanha franquista, a *Lei Constitutiva das Cortes, de 1942 (com as modificações até 1967)*, nada contém sobre a inviolabilidade parlamentar. Na Constituição polonesa de 1935, de cunho ditatorial e que foi o molde em que se vazou a Carta brasileira de 1937, também é difícil lobrigar a inviolabilidade parlamentar. Seu art. 41 parece dar guarida à inviolabilidade e, ao mesmo tempo, esvaziá-la de conteúdo. Façamos a sua leitura: "Art. 41 — 1) Os deputados gozam apenas das imunidades indispensáveis à sua participação nos trabalhos da Câmara dos Deputados. 2) Os deputados respondem somente perante a Câmara dos Deputados pelo teor dos discursos pronunciados, propostas apresentadas, interpelações, e pelas atitudes inconvenientes que assumiram no decorrer das sessões. 3) Pelas manifestações contrárias ao dever de fidelidade para com o Estado polonês ou que contenham indícios (sic) de criminalidade punível por lei, qualquer deputado pode, com o consentimento da Câmara dos Deputados ou por pedido formal do Marechal (Presidente) da Câmara dos Deputados ou do Ministro da Justiça, ser submetido ao Tribunal de Estado e, por decisão desse Tribunal, pode ser cassado o seu mandato. 4) No caso de atentado contra direito de terceiros, durante as sessões, o deputado poderá ser processado criminalmente somente com o consentimento da Câmara." Tais disposições, que também se aplicam aos senadores, por força do art. 48, colocam o deputado à mercê do Presidente da Câmara e do Poder Executivo. O artigo seguinte, o 42, trata das atividades dos deputados e senadores (art. 48) fora das sessões, isto é, da imunidade processual propriamente dita. Cremos que cabe o mesmo juízo em relação à Constituição brasileira de 1937, que, aliás, não foi aplicada na quase totalidade de suas normas. Basta relembrar o seu art. 43: "Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício de suas funções. Não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, **ultraje à moral pública** ou provocação pública ao crime. Parágrafo único — Em caso de manifestação contrária à existência ou indepen-

dência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar de deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento." Esses preceitos reproduzem quase literalmente os §§ 1º e 2º do art. 89 da Constituição portuguesa de 1933. Expressões tão vagas não cercam o parlamentar de garantias suficientes para assegurar-lhe independência no exercício de suas funções, que é justamente o fundamento da inviolabilidade. Elas representam, antes, um convite à mudez do parlamentar, salvo para louvar ou aprovar os atos do Executivo.

Classificação da inviolabilidade

A inviolabilidade comporta ser classificada de vários pontos de vista. Materialmente ou quanto ao conteúdo, pode-se distinguir entre **inviolabilidade plena** e **inviolabilidade restrita**. Especialmente, será lícito diferenciar entre **inviolabilidade em qualquer lugar onde o parlamentar aja nessa condição** e **inviolabilidade cingida à atuação no recinto da Câmara legislativa**. Temporalmente, é admissível falar em **inviolabilidade perdurável em todo o tempo em que o parlamentar atue nessa qualidade** e **inviolabilidade sujeita a suspensão em certas conjunturas**.

Inviolabilidade plena — É aquela que escuda todos os pronunciamentos do parlamentar no exercício do mandato. É a mais freqüente nos regimes demoliberais. É a que vem enunciada desde o já citado art. 9º — do **Bill of Rights** inglês de 1689. A Constituição francesa de 1791 deu-lhe uma formulação completa: "Os representantes da nação são invioláveis: não poderão ser processados, acusados nem julgados, em tempo algum, pelo que disseram, escreveram ou fizeram no exercício de suas funções de representantes." Foi a modalidade que conhecemos em todas as nossas Constituições (excetuada a de 1937) até a Emenda nº 1, de 1969, à Constituição de 1967. Sua mais feliz redação é a do art. 19 de nossa primeira Constituição republicana: "Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato." Tais expressões foram reproduzidas, em sua essência, nas Constituições de 1934 e 1946.

Inviolabilidade restrita — Deixamos de lado os diplomas constitucionais que excluem uma variada gama de figuras criminais do abrigo da inviolabilidade, ou usam de linguagem tão vaga que acabam, praticamente, negando essa prerrogativa parlamentar. Foi o que vimos nos casos da Constituição polonesa de 1935 e da brasileira de 1937.

A Constituição da Bulgária, de 1947, em seu art. 29, nº 2, dispõe que "os deputados não incorrem em responsabilidade **penal** pelas opiniões e votos emitidos no **Norodino Sobranie**". De teor semelhante é o art. 27 da Constituição da República Dominicana de 1947: "Os membros de uma e outra Câmara gozarão da mais completa imunidade penal pelas opiniões que expressarem nas sessões." Consignando apenas a imunidade **penal**, essas Constituições se desviam do genuíno conceito de inviolabilidade, que é o da exclusão de qualquer ilícito nas manifestações e votos dos

parlamentares. Numa interpretação literal, os dispositivos citados expõem o parlamentar a ações cíveis por aqueles que se julgarem prejudicados pela atuação do deputado ou senador. Essa conseqüência coarctada seria a liberdade do parlamentar no exercício do seu mandato, a não ser que, como lembra ALCINO PINTO FALCÃO (23), o Judiciário, numa interpretação construtiva, entenda que o parlamentar não incide em responsabilidade civil pelo desempenho de suas funções.

A Lei Fundamental de Bonn excluiu da inviolabilidade (ou da **Indenidade**, na terminologia nela usada) as "ofensas caluniosas" (art. 46, § 1º, *in fine*). A figura criminal excluída é a calúnia, tipificada no art. 187 do Código Penal alemão. O mesmo fez a Constituição da Alemanha Oriental de 1949, e com mais cautela, ao retirar a calúnia do manto protetor da imunidade material. O seu art. 67, depois de caracterizar a inviolabilidade, acrescenta: "Isso não se aplica às calúnias definidas no Código Penal, quando estas tiverem sido caracterizadas como tais por uma Comissão de Inquérito da Câmara Popular." Nesses casos, a calúnia cai no domínio da imunidade formal, sendo necessário o pedido de licença para processar o deputado.

Provavelmente, o que teria inspirado dispositivos como os das Constituições das duas Alemanhas tenha sido o desejo de defender o cidadão comum, inerte contra atentados à sua honra por parte de parlamentares abroquelados pela inviolabilidade. O risco, porém, se encontra — especialmente nos países de fraca estabilidade democrática — no fato de que sejam os detentores do Poder que se sintam atingidos por ofensas caluniosas. Qualquer crítica mais veemente da oposição pode ser traduzida como calúnia. Sem dúvida, toda prerrogativa pode dar margem a abusos. Mas, no caso da inviolabilidade parlamentar, tais abusos são preferíveis às câmaras dóceis, submissas ou emasculadas. O cidadão comum deve pagar esse preço para ter assembleias representativas independentes. Se tiver suficientes recursos, poderá publicar a sua defesa em qualquer meio de comunicação. Caso não disponha de situação financeira que lhe permita dar maior publicidade à sua resposta, poderá usar do direito de petição, dirigido ao presidente da Câmara de onde partiu a calúnia, pedindo que tal petição seja lida em plenário e inserida nos anais. Nenhum presidente de órgão legislativo **deverá** (na prática vemos o oposto) permitir que o coleguismo o impeça de receber, de modo neutro, uma petição dessa ordem — desde que vazada em termos parlamentares —, partida de qualquer pessoa do povo em defesa do que julgar um agravo à sua honra feita por representante do mesmo povo.

Há mais de um século, PIMENTA BUENO, comentando a inviolabilidade parlamentar na Constituição do Império, arrematava com estas palavras sempre atuais: "Esta inviolabilidade legal não produz a inviolabilidade moral na opinião do País, que certamente tem o direito de apreciar

(23) *Da Imunidade Parlamentar*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1955, pág. 36. Não conhecemos a atual Constituição dominicana, de 1966.

como os seus representantes cumprem o seu mandato e a liberdade de reelegê-los ou não, segundo seus atos e opiniões" (24).

Passemos, agora, a examinar as restrições à inviolabilidade no Brasil, posteriores à Constituição de 1967. Esta acolhia a inviolabilidade plena. Mas a Emenda nº 1, de 1969, retirou essa salvaguarda "nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional". Isso é o que consta na redação do art. 32. Existe, entretanto, mais um caso para o qual não há inviolabilidade: a falta de fidelidade partidária (parágrafo único do art. 152). Em 1978, a Emenda nº 11 à Constituição de 1967 diminuiu para duas as hipóteses banidas do refúgio da inviolabilidade parlamentar: crime contra a segurança nacional (art. 32) e a quebra da fidelidade partidária (art. 152. § 5º).

Indagar-se-á, em face dessas restrições, se a inviolabilidade parlamentar, na sua essência, ainda existe no Brasil de hoje. Não nos parece possível, como veremos, concluir pela afirmativa. A Lei de Segurança Nacional (25) encerra nada menos de 56 figuras criminais, muitas delas de contornos imprecisos. Mencionemos alguns dos seus dispositivos que poderiam, com pouco esforço dos defensores da situação dominante, servir para enquadrar um opositor incômodo. Assim o art. 11: "Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição." Por aí seria fácil condenar qualquer adepto de uma reforma constitucional que, como parlamentar, distribuisse material que fizesse imprimir, no exterior, até por ser mais barata a publicação. Note-se que a atual Constituição já sofreu 13 emendas, algumas das quais significaram retrocesso, senão negação, do "regime representativo e democrático" que, segundo a mesma Lei de Segurança Nacional, constitui um dos objetivos nacionais (art. 2º, parágrafo único). O art. 19 é do teor seguinte: "Ofender, publicamente, por palavras ou por escrito, chefe de Governo (26) de Nação estrangeira." Eis um crime, cuja punição dependerá das idiosincrasias do Executivo ou das preferências da Justiça. O parlamentar que condenasse os atos de um IDI AMIN, de um BOKASSA, ou de qualquer reincarnação de ADOLF HITLER seria classificado como criminoso? Eis outra figura delituosa na qual facilmente se poderia enquadrar um parlamentar opositor: "Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado e de Governadores de Estado, do Distrito Federal ou de Territórios" (art. 33). Se essa lei existisse nos Estados Unidos, NIXON poderia pôr na cadeia todos os congressistas que denunciaram o escândalo de Watergate e atos de

(24) *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, J. VILLENEUVE E. C., Rio, 1857

Com. ao art. 28.

(25) Lei n.º 6.620, de 17 de dezembro de 1978.

(26) Anote-se que, como a sua precedente, a atual Lei de Segurança Nacional somente considera crime a ofensa a "Chefe de Governo". Desse modo, quem ofender a Rainha da Inglaterra (Chefe de Estado) nada sofrerá, mas quem ofender a Primeira-Ministra MARGARETH THATCHER (Chefe de Governo) poderá ser levado à barra dos tribunais.

corrupção, enquanto os seus autores ficariam impunes. Os corruptores passariam a inocentes, e seus denunciadores, a criminosos. Pelo art. 36, item II, considera-se crime "incitar à desobediência coletiva às leis". Conforme sejam as idéias de alguns, muitas leis são injustas — lei não é sinônimo de justiça — e devem ser revogadas ou mesmo desobedecidas. Sem falar nos objetores de consciência, figure-se a hipótese de um parlamentar solidário com o movimento feminista que aconselhe a desobediência à norma que proíbe o aborto provocado. Lembro-me de, há poucos anos, ter visto, em periódico ilustrado, uma passeata, na Alemanha Ocidental, em que mulheres portavam cartazes, onde se lia: "Eu cometi aborto". Apesar da confissão, não passaram por nenhum vexame, até porque vexame maior seria das autoridades se as prendessem, sobrecarregando o erário com as despesas de manutenção de tantas manifestantes pacíficas, inconformadas com a lei de aborto. Mas, no Brasil de hoje, qualquer parlamentar que se solidarizasse com elas poderia ser preso e perder o mandato. Na verdade, contrariando a Constituição, a Lei de Segurança Nacional contém muitos "crimes de opinião". Se estamos, com freqüência, fazendo referência a parlamentares oposicionistas, é porque a inviolabilidade foi criada mais para eles, porquanto os que vivem à sombra do Poder pouco precisam de outro manto protetor.

Mais difícil ainda de conciliar-se com o instituto da inviolabilidade é a "infidelidade" partidária elevada a motivo de perda de mandato. Com ela, criou-se uma esdrúxula figura delituosa de ordem constitucional, embora em chocante conflito com partes nucleares da Constituição. Por essa originalidade, o senador, deputado federal ou estadual e o vereador poderá perder o mandato se, "por atitudes (sic) ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, salvo se para participar, como fundador da constituição de novo partido" (art. 152, § 5º). Essa grotesca tipicidade penal é contraditória em seus próprios termos. Com efeito, se o que se pretende punir é a falta de fidelidade partidária, a fundação de um novo partido pelo infiel não poderia constituir dirimente, pois é também consumação do delito. Mas afirmamos que essa disposição briga com a letra e o espírito da Constituição em seus pontos mais vitais. Senão vejamos:

1) Em seu art. 39, a Constituição diz que os deputados são "representantes do povo", enquanto os senadores, segundo o art. 41, representam os Estados. Mas nem o povo nem o Estado podem destituir, respectivamente, os deputados e os senadores, uma vez que nem uns nem outros recebem instruções do povo ou do Estado. Desde a Revolução Francesa de 1789, as Constituições vêm proibindo o "mandato imperativo". Ressalvadas algumas Cartas Políticas de tipo soviético, muitas Constituições atuais ainda abrigam a mesma proibição. Nas outras Constituições que silenciam a respeito, considera-se que a vedação é implícita, decorrendo da própria natureza do mandato moderno ou mandato livre, que, por toda parte, substituiu o mandato imperativo do Antigo Regime. Uma vez eleito, o representante não mantém nenhum vínculo **jurídico** com o

eleitorado, e passa a agir de acordo com a sua consciência. Quando muito, poderá ter um vínculo **moral**, cujo alcance dependerá do juízo ou do foro íntimo do eleito.

2) Não se compreende, pois, por que passe de mágica, a Constituição dispõe que os eleitos recebem instruções do partido, introduzindo, clandestinamente, um tipo estranho de mandato imperativo, como se eles fossem **representantes dos partidos**. Na realidade, passariam a ser fantoches das camarilhas partidárias, que se autoperpetuam na direção, pois todo partido, conforme acentua ROBERT MICHELS em seu livro clássico **Os Partidos Políticos**, pela sua própria natureza de grupo de combate, tende a petrificar-se numa estrutura oligárquica. Nossa Constituição, numa ambigüidade indisfarçável, dá um passo no sentido do "Estado de Partidos" — o **Parteienstaat** dos autores alemães —, que costuma abrir o caminho para o Estado totalitário. Para tanto, basta que um partido conquiste a hegemonia política, banindo os demais, e proclamando-se ser o próprio povo, por uma espécie de união hipostática. Não nos furtamos a reproduzir um trecho da crítica de MARCEL WALINE a essa concepção de Estado, no seu sugestivo ensaio **Les Partis contre la République**: "Tudo se passa, com efeito, como se cada partido constituísse uma potência, e a vida política interior do **Parteienstaat** se tornasse comparável às relações de potência a potência. Equivale a dizer que cada partido constitui um Estado dentro do Estado. Poder-se-ia suprimir o Parlamento e atribuir a cada partido um coeficiente correspondente à percentagem de seus votos no país. Se num país, por exemplo, existem, segundo a última consulta eleitoral, quatro partidos, reunindo cada qual, respectivamente, 40%, 30%, 20% e 10% dos votos, bastaria um diretório de quatro pessoas, deliberando uma com 4 votos, a outra com 3, a terceira com 2, e a última com um só. Far-se-ia a economia de um Parlamento e o resultado seria o mesmo." Em nota ao pé da página cita uma frase de 1581 do Hetman polonês WIELECKI: "Parece que quem envia deputados **cum limitata potestate** (com poder limitado) poderia fazê-lo com menos despesas mandando uma carta por um doméstico" (27). Num partido em que os eleitores decidissem a sorte dos eleitos, tal processo ainda seria tolerável, jamais, porém, em partidos que têm donos ou oligarcas à frente. Continuando nessas considerações metajurídicas, porque de cunho sociológico, poder-se-ia prever que as primeiras cabeças sacrificadas seriam as dos parlamentares mais corajosos, mais independentes e mais sérios no trato da coisa pública, enquanto seriam poupados os acomodados e adiestrados, justamente os verdadeiros desertores da aridez da oposição em busca da sombra do poder. Com o preceito da fidelidade, a Constituição fomenta, ademais, a hipocrisia política. A fim de não ser apanhado por ela, o parlamentar, embora divergindo das "diretrizes" do partido, dissimularia as suas opiniões e voto, salvo quando este último, sendo secreto, lhe permitisse seguir a voz de sua consciência. A disciplina partidária jamais deve resultar de imposição legal. Sua consecução deverá ser fruto do amadurecimento democrático, que promana do acompanhamento dos atos do representante popular pelos eleitores, como se vê na Inglaterra.

(27) *Les Partis contre la République*, Ed. Rousseau et Cie., Paris, 1948, págs. 65-6.

O eleitorado é que deve ser o supremo juiz, reelegendo ou não determinado parlamentar. O instituto da fidelidade aparenta uma casa dividida. Ao mesmo tempo que a Constituição exige a "disciplina partidária", a divergência interna é estimulada por meio da adoção das sublegendas.

3) A perda de mandato por infidelidade partidária briga com outro princípio cardinal de nossa Constituição, o da igualdade perante a lei. A infidelidade partidária só é exigida de membros de corpos legislativos: senadores, deputados federais ou estaduais e vereadores *podem perder o mandato se considerados autores desse "delito"*, enquanto prefeitos, governadores e presidentes da República podem emigrar, impunemente, para qualquer agremiação política.

4) A norma constitucional comina a perda de mandato para o parlamentar que, "por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes **legitimamente** estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito". Somente se eximirá, na segunda hipótese, daquela sanção, se abandonar o partido a fim de ser fundador de novo partido. Mas quem, embora divergindo da direção partidária, não deserte as fileiras do partido e nele queira permanecer poderá ser expulso por decisão judicial. O preceito fala em "diretrizes **legitimamente** estabelecidas". Mas o conceito do que é legítimo nem sempre é unívoco, levantando, geralmente, interpretações, por vezes, as mais desencontradas. Se houvesse univocidade em matéria jurídica, não haveria necessidade da profissão de advogado, e os próprios juizes poderiam ser dispensados, substituídos por computadores. Por isso, o preceito suscita várias indagações: o conceito de infidelidade partidária pode abranger problemas técnicos, questões de consciência ou divergência sobre constitucionalidade das instruções partidárias? No último caso, se o dissidente estivesse com a interpretação correta, poderia verificar-se a ironia de ver-se punido pelo Poder Judiciário o incumbido de velar pela constitucionalidade das leis.

5) Por fim, a disposição constitucional entrega à apreciação da Justiça — no caso a eleitoral — um problema eminentemente político, violando o princípio universal que a afasta de questões dessa natureza. — Uma Justiça mais audaciosa, como a anglo-saxônica, formada no trato com o **common law**, poderia de logo fulminar o preceito da fidelidade nos termos em que está delineado entre nós. Não se poderá, certamente, tachar de inconstitucional a norma, pois tal adjetivo não caberia para o que está na Constituição. Mas é evidente que o preceito entra em choque — como demonstramos — com outros da mesma Constituição: o de que nenhum legislador representa o partido, a vedação (implícita no caso brasileiro) do mandato imperativo, e o princípio da igualdade perante a lei. O julgador teria, pois, de escolher entre normas conflitantes, e o mais acertado seria se preferisse estas últimas, que, além de mais ponderáveis, são em maior número, rejeitando a primeira como corpo estranho enxertado no organismo constitucional.

Inviolabilidade espacialmente ampla

Muitas Constituições dispõem que os parlamentares não serão impu-
tados pelos discursos e votos emitidos em sua respectiva Câmara. É o
caso dos dizeres da Constituição norte-americana. A Lei Fundamental de
Bonn confere a mesma inviolabilidade pelo "voto ou manifestação feita
no Parlamento ou em uma de suas comissões". Tais expressões não
devem ser tomadas ao pé da letra, para significar que a inviolabilidade
se limita ao que foi expresso ou votado no espaço físico do edifício da
Câmara. O parlamentar fica resguardado pela inviolabilidade sempre que
age como tal, ainda que fora do prédio da Câmara, como, por exemplo,
numa comissão de inquérito que se reúne em outro local, ou quando
está como representante da sua Câmara em qualquer parte. Por isso, a
melhor formulação é aquela que caracteriza a inviolabilidade sem refe-
rência ao local, e sim ao exercício das funções parlamentares. Muitas
Constituições, inclusive todas as brasileiras, usam essas expressões que,
por mais abrangentes, não dão margem a dúvidas.

Relacionado com o presente problema, está o do órgão de imprensa
que publica os discursos ou discussões da Câmara. Alguns países não
estendem a inviolabilidade a publicações não oficiais do Parlamento. Com
o desenvolvimento da imprensa e o interesse dos parlamentares para
que o eleitorado acompanhe a atuação deles, essa restrição foi sendo
posta de lado. Quase todos os Parlamentos de hoje costumam reservar
espaço para o pessoal da imprensa. Quando a sessão da Câmara é
pública, como acontece de regra, sendo exceção a sessão secreta, não
vemos razão para se cercear a divulgação do que nela se passou, nem
para que se faça, sob o pálio da inviolabilidade, a reprodução, mesmo em
edições privadas, dos discursos proferidos. Com o aparecimento do rádio
e da televisão, cremos que o mesmo tratamento, quanto à reprodução
de discursos, deve ser estendido a esses meios de comunicação. Antes
disso, a França já havia consagrado em lei que "as reproduções de dis-
cursos e os relatos exatos e de boa fé não podem ser objeto de processo
contra os jornais ou contra os autores dos relatos" (Lei de 29 de julho
de 1881). Na Alemanha, essa norma tem categoria constitucional desde
a Constituição de Weimar (art. 30) e vem reproduzida na Lei Fundamental
de Bonn: "Os informes verídicos das sessões públicas do Parlamento
Federal e de suas comissões ficam isentos de toda responsabilidade"
(art. 42, nº 3).

Inviolabilidade espacialmente restrita

Dizendo a atual Constituição brasileira que "a comissão parlamentar
de inquérito funcionará na sede do Congresso Nacional" significa que
toda reunião fora desse recinto será inconstitucional e, conseqüente-
mente, as suas discussões e votos não terão o abrigo da inviolabilidade
(inviolabilidade, aliás, já restrita materialmente, como vimos, senão efeti-
vamente inexistente).

Na Inglaterra, a inviolabilidade (freedom of speech) se estende à
"publicação de quaisquer documentos impressos por ordem da Câmara",

e “qualquer editor de jornal que publique exatos e honestos noticiários do que se passou na Câmara também é protegido”. Mas o mesmo não acontece com um membro do Parlamento que publica, “por sua própria iniciativa, quaisquer discursos que pronunciou no recinto da Câmara” (28). A situação é a mesma nos Estados Unidos (29). Parece-nos uma sutileza essa distinção quando o discurso publicado pelo parlamentar é igual ao impresso no órgão oficial, ou seja, depois de passado pelo crivo do Presidente da Câmara, no uso de seu poder de polícia.

Inviolabilidade temporalmente ampla

Nas democracias estáveis, a inviolabilidade perdura por todo o tempo de exercício do mandato parlamentar. No Brasil, essa foi a prática em todas as Constituições até 1946. Não levamos em conta, para o caso, a Constituição de 1937, na qual, como vimos, a imunidade material era praticamente inexistente. A Constituição de 1946 permitiu, durante o estado de sítio, a suspensão das “imunidades”, sem adjetivação, envolvendo, conseqüentemente, a inviolabilidade. Nas democracias tradicionais, procura-se conservar a inteireza do Parlamento no estado de sítio ou situação equivalente, por considerar que, então, se torna mais necessária a função de fiscalização e de controle do Legislativo, em virtude do reforço dos poderes do Executivo. Na França, a Constituição de 1958 suspende a atribuição de o Presidente da República dissolver o Parlamento enquanto estiver investido dos poderes excepcionais previstos no art. 16.

Inviolabilidade temporalmente restrita

Denominamos, assim, a inviolabilidade suscetível de ser suspensa em determinadas situações excepcionais, como o estado de sítio, o de emergência, o de guerra ou que outro nome tenha. Repetindo que deixamos de lado a Constituição de 1937, pelo motivo já exposto, a suspensão da inviolabilidade parlamentar passou a ser possível, durante o estado de sítio, com a Constituição de 1946. Seu art. 213 estabelecia, como regra, que “as imunidades dos membros do Congresso Nacional subsistirão durante o estado de sítio”. Logo a seguir previa a exceção nestes termos: “Todavia, poderão ser suspensas, mediante voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado, as de determinados deputados ou senadores cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da Nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais.” O voto seria, então, secreto, em virtude do art. 43. O parágrafo único do mesmo artigo 213 cogitava da hipótese no intervalo das sessões legislativas. Então “a autorização (30) será dada pelo Presidente da Câmara dos

(28) NORMA WILDING e PHILIP LAUNDY, *An Encyclopaedia of Parliament*, verbete “Privilege”.

(29) Veja-se BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Forense, Rio, 1966, págs. 81-2.

(30) A palavra “autorização” é de todo imprópria, pois a Câmara ou o Senado não autorizava a suspensão das imunidades de determinado congressista, mas a decretava.

Deputados ou pelo Vice-Presidente do Senado" **ad referendum** dos respectivos plenários, convocando-se imediatamente o ramo competente do Congresso para reunir-se dentro de quinze dias. A Constituição de 1967 foi mais cautelosa no particular: manteve a votação secreta, com o mesmo **quorum** de deliberação, e retirou ao Presidente de qualquer Casa do Congresso a atribuição de decretar a suspensão provisória da inviolabilidade de congressista. As modificações feitas nessa Constituição pelas Emendas n.ºs 1 e 11 não nos interessariam para o problema em foco, uma vez que a inviolabilidade parlamentar ficou, efetivamente, sem conteúdo. Observe-se, porém, que não havia, com tais Emendas, necessidade de suspensão da inviolabilidade, porquanto, no estado de sítio como no de emergência, os crimes cuja repressão mais interessa ao poder público são os previstos na Lei de Segurança, e estes deixaram de ser resguardados pela inviolabilidade. Com a Emenda nº 11, a suspensão das imunidades, nessa hipótese, passou a ser uma redundância, porquanto nos crimes contra a segurança nacional, cometidos por congressistas, o processo "independe de licença da respectiva Câmara".

A IMUNIDADE PROCESSUAL

A imunidade processual completa a material ou a inviolabilidade parlamentar. Por ela, o parlamentar fica, geralmente, amparado contra a prisão ou o processo penal, e outros vexames que possam criar empecilhos à sua atividade como legislador ou trazer obstáculo ao pleno funcionamento da Câmara a que pertence. Seu fundamento é, pois, o mesmo da inviolabilidade. Se o juiz supremo quanto à prisão de um parlamentar ou o seu processo é a Câmara a que ele pertence, o parlamentar também tem o direito de defender essa imunidade nos casos de violação. Seus traços são: **1)** a limitação a infrações penais (embora haja umas poucas exceções, no direito positivo, que a estendem a ações civis); **2)** ao contrário da inviolabilidade, seus efeitos não são ilimitados no tempo. Ela apenas suspende — no caso em que a Câmara negue a autorização para o processo — a prescrição da ação penal. Significa, portanto, que, finda a legislatura, a ação penal prosseguirá no seu curso; **3)** a imunidade material é irrenunciável em princípio (se bem que haja ordenamentos constitucionais que admitam a renúncia).

Um rol, mais ou menos completo, dessas imunidades abrangeria:

- 1 — a proibição de prisão do parlamentar, salvo em flagrante delito;
- 2 — comunicação imediata da prisão à Câmara para que esta decida sobre a sua manutenção ou não;
- 3 — proibição de processo contra parlamentar, sem autorização da respectiva Câmara;
- 4 — relaxamento da prisão ou suspensão do processo contra parlamentar a pedido da respectiva Câmara;

5 — não poder o parlamentar ser incorporado às Forças Armadas sem licença da respectiva Câmara;

6 — direito do parlamentar de recusar testemunhar sobre fatos que lhe foram confiados em virtude da sua condição de legislador.

Do mesmo modo que fizemos em relação à inviolabilidade, devemos frisar que a relação acima é um enunciado "ideal" das imunidades processuais, do qual a realidade se aproximará mais ou menos. As espécies enumeradas encontram-se, porém, na maioria das Constituições democráticas de tipo europeu (as anglo-saxônicas formam um caso à parte). Nos regimes totalitários, elas são em menor número e figuram mais nos textos constitucionais do que na realidade, dada a composição monopartidária dos seus Parlamentos, de onde está ausente a oposição.

Está claro que, sem tais imunidades, o Governo poderia prender e afastar todos os parlamentares incômodos ou da oposição, ou mesmo deixar as câmaras sem **quorum** suficiente para deliberar. Por isso, no pedido de licença para prisão ou processo do parlamentar, o que a Câmara deve investigar primordialmente é se a restrição à sua liberdade pessoal se inspira em motivos políticos. É verdade que, quando a política chega a uma radicalização excessiva, vizinha da revolução ou da guerra civil, todas essas medidas protetoras do Parlamento e, em especial, da oposição, são desrespeitadas sumariamente. Foi o que se viu com os expurgos dos oposicionistas na Itália fascista, na Alemanha hitlerista e na Rússia stalinista. Mas tais considerações já são de natureza sociológica e não jurídica. Do ponto de vista do jurista, o que vale salientar, agora, é que as imunidades processuais comportam variações em extensão e grau. Todavia, vejamos antes a inexistência das imunidades dessa natureza.

Inexistência da imunidade processual

Assim como vimos alguns países que não conhecem a imunidade material mas acolhem a imunidade processual, o inverso ocorre em outros, onde a primeira espécie existe mas falta a segunda. Praticamente, esse é o caso da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos. A **freedom from arrest**, no primeiro país, somente protege contra as prisões civis. Dessa imunidade estão excluídos os crimes de "traição, felonía e de perturbação da ordem". A imunidade visava sobretudo a proteger contra as prisões por dívidas. Como estas não mais existem, no Reino Unido, o **privilégio** perdeu sua significação prática. Aquelas figuras delituosas passaram para a América do Norte, cuja Constituição diz que os senadores e deputados "não poderão ser presos durante o período de sessão das respectivas Casas, nem na ida para elas ou no seu regresso, exceto nos casos de traição, felonía e perturbação da paz" (art. I, seção 6). Segundo BIDEGAIN, tais ofensas cobrem todas as figuras penais, mesmo as de

menor importância (31). Desse modo, a imunidade processual, nesses países, passou a ter interesse apenas histórico, ou, nas palavras de BERNARD SCHWARTZ: "Como a prisão de pessoa, pelo atual direito americano, quase nunca é autorizada a não ser por crimes, segue-se que o privilégio da isenção de ser preso outorgado aos membros do Congresso americano tem apenas significação teórica" (32).

Classificação das imunidades processuais

Como a inviolabilidade, podemos classificar as imunidades processuais sob diversos ângulos de visão. Quanto ao número de **imunidades processuais** reconhecidas, pode-se diferenciá-las em **completas** e **incompletas**. Quanto à extensão ou às espécies de processos contra os quais protege o parlamentar, pode-se falar em **imunidade processual amplíssima, ampla e restrita**. Quanto à sua duração, pode-se distinguir entre **imunidade temporalmente ampla** e **imunidade temporalmente restrita**. De referência aos delitos que dão margem à prisão em flagrante de parlamentares, a imunidade será **fortemente protetora** ou **fracamente protetora**. Em relação à renunciabilidade, pode distinguir-se entre **imunidade renunciável** e **irrenunciável**. Quanto à possibilidade de sua suspensão em determinadas circunstâncias, as imunidades processuais serão **suspensíveis** ou **insuspensíveis**. Essas distinções são, em geral, de grau, e, por isso, a classificação é feita a fim de facilitar a exposição.

Imunidades processuais completas

Assim dizemos quando todo aquele elenco de imunidades apresentado acima vem contemplado na legislação de um país. É o caso da Constituição de Weimar, em seus arts. 37 e 38. Ali figuram até o direito de recusar-se a depor sobre fatos que foram confiados ao parlamentar em virtude de sua qualidade de deputado e a proibição de seqüestro dos correspondentes documentos. Na Lei Fundamental de Bonn, essas imunidades são reproduzidas (arts. 46 e 47). A última prerrogativa é, também, incluída na lei ordinária sobre as testemunhas. Nessas duas Constituições alemãs, não se prevê a necessidade de licença da Câmara para a incorporação de parlamentar às Forças Armadas. Em democracias já consolidadas, entretanto, a incorporação às Forças Armadas seguirá as normas gerais, não se concebendo que o governo possa agir de modo discriminatório contra qualquer deputado. Em outras sociedades

(31) CARLOS MARIA BIDEGAIN, *El Congreso de Estados Unidos de América*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, pág. 111. Os crimes excetuados da imunidade são "treason, felony and breach of the peace". Segundo MAX RADIN, no atual direito norte-americano, as *felonies* "são diferenciadas de infrações penais menores, chamadas *misdemeanors*, pela maior severidade da punição. Além da execução, tal punição, nos Estados Unidos, consiste em encarceramento por mais de um ano, numa prisão de Estado, em lugar de em uma penitenciária ou cadeia similar" *Law Dictionary*, Oceana Publications, N. York, 1955, verbete "Felony".

(32) *Direito Constitucional Americano*, Forense, Rio, 1966, pág. 80.

pluralistas, as imunidades processuais estão geralmente inscritas de modo ou completo ou satisfatório para que o Parlamento possa funcionar normalmente. A partir da Constituição de 1934 — excetuadas a de 1937 e a de 1967, esta agravada com as modificações das Emendas n.ºs 1 e 11 —, o Brasil tem conferido um elenco de imunidades formais abrangente do essencial. Se, na Constituição de 1934, de 1946 e na de 1967, não se registra o direito de recusar-se a depor sobre fatos que lhe foram confiados em razão da sua qualidade de parlamentar, este não deixa de possuir tal direito nos termos do art. 207 do Código de Processo Penal, que protege mesmo o cidadão comum nas situações nele previstas.

Imunidades processuais incompletas

Catalogamos sob essa denominação as Constituições que não concedem toda a lista de imunidades formais. Em vários países, somente se cuida de proibir a prisão (exceto em flagrante) ou o processo penal contra parlamentares sem licença da sua Câmara. A Constituição Soviética de 1977, em seu art. 118 (reproduzindo o art. 52 da Constituição de 1936), é sucinta ao disciplinar a imunidade formal: "Um deputado do Soviete Supremo da URSS não pode ser processado ou preso nem sofrer uma penalidade judicial sem o consentimento do Soviete Supremo da URSS ou, no intervalo de suas sessões, sem o consentimento do **Presidium** do Soviete Supremo da URSS." Fórmulas semelhantes encontramos em algumas das chamadas democracias populares que seguem o modelo soviético. Por exemplo, a Constituição húngara de 1949 (art. 11, II) e a romena de 1948 (art. 59). A Constituição da Polônia de 1935, então sob uma ditadura da direita, também é sumária na mesma matéria. Limita-se a prescrever que "os deputados gozam apenas das imunidades indispensáveis à sua participação nos trabalhos da Câmara dos Deputados" (art. 41, n.º 1). Um exemplo de casa temos na Constituição de 1937, cujo art. 42 assim reza: "Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável." A Constituição de 1967 cerceou, porém, a imunidade processual, ao estabelecer que a deliberação sobre a licença para processar congressista deverá ser tomada no prazo de 90 dias, findos os quais o pedido será automaticamente incluído em ordem do dia. Se, depois de quinze sessões ordinárias consecutivas, perdurasse a falta de deliberação, a licença seria considerada como concedida. A Emenda n.º 1 retirou essa licença tácita, mas, em compensação, silenciou sobre a obrigação de a autoridade coatora comunicar, dentro de 48 horas, a prisão em flagrante, a fim de que a Câmara interessada sobre ela resolvesse, por voto secreto, e autorizasse, ou não, a formação da culpa. A Emenda n.º 11 enfraqueceu ainda mais a imunidade processual. O processo nos crimes contra a segurança nacional deixou de depender de licença do respectivo ramo do Congresso; a licença tácita teve o seu prazo encurtado para 40 dias sem deliberação, houvesse ou não inclusão na ordem do dia; a votação deixou de ser secreta no caso de decisão relativa à prisão em flagrante.

Imunidade processual amplíssima

Assim apelidamos aquela que estende a sua proteção até às ações civis, e não apenas às penais. É figura que destoa do conceito doutrinário de tal imunidade. Contudo, aparece em algumas Constituições, como, por exemplo, na da Bolívia de 1945 (art. 53), disposição mantida na reforma de 1947 (art. 52); na de El Salvador, de 1886, art. 65, mantido na reforma de 1945 (imunidade supressa, porém, na Constituição de 1950); na do Panamá, de 1946, art. 114, conservado na reforma de 1956; na de Honduras, de 1936, art. 98, nº 2, dispositivo que passou para o art. 185, 4ª, da Constituição de 1957; na da Nicarágua, de 1948, art. 125, nº 3, e na Constituição de 1950, art. 140, § 3º O Projeto de Constituição do Império brasileiro, elaborado pela Constituinte de 1823, também admitia a imunidade formal contra ações civis (art. 73).

Imunidade processual ampla

É a que protege contra todas as infrações penais. Por ser a mais comum, dispensa exemplos. Vemo-la em todas as Constituições brasileiras, até a Emenda nº 11 à Constituição de 1967, que excluiu da imunidade processual os crimes contra a segurança nacional.

Imunidade processual restrita

Não resguardada contra todos os ilícitos penais, mas, sim, contra determinadas espécies deles. O exemplo clássico é o da França, onde essa imunidade só existe nos casos de crime e delito, excluindo as contravenções⁽³³⁾. Reza o art. 26, § 2º, da atual Constituição francesa: "Nenhum membro do Parlamento pode, durante o período de suas sessões, ser processado ou preso em matéria criminal ou correcional, sem autorização da Assembléia a que pertence, salvo em caso de flagrante delito." É a mesma norma da III República (Lei Constitucional de 16 de julho de 1875) e da IV República (art. 22 da Constituição de 1946). A Constituição de El Salvador, de 1886, reformada em 1945, faz uma distinção entre delitos graves e delitos menos graves, dispondo: "Pelos delitos graves que cometem desde o dia da eleição até o recesso, [os deputados] só poderão ser julgados pela Assembléia, para o exclusivo efeito de destituir o culpado e submetê-lo aos tribunais comuns. Pelos delitos menos graves e faltas que cometam durante o mesmo período, serão julgados

(33) A França adota, como se sabe, a tripartição das infrações penais definindo-as no art. 1.º do Código Penal: "A infração que as leis punem com penas de polícia é uma *contravenção*. A infração que as leis punem com penas correccionais é um *delitto*. A infração que as leis punem com uma pena aflictiva ou infamante é um *crime*." Essa triplicidade também existe na Alemanha Federativa, cujo Código Penal, em seu art. 1.º, faz diferenciações equivalentes, em linhas gerais, às do Código francês. O Código germânico distingue, segundo a natureza e grau das penas, entre *delitto* muito grave (*Verbrechen*), delitos de menor gravidade (*Vergehen*) e *contravenções* (*Verbertretungen*). Todavia, a imunidade processual, diferentemente do que sucede na França, abrange todas essas espécies de ilícito penal.

pelo juiz competente, mas só poderão ser detidos, presos ou chamados a depor depois do recesso" (art. 65). A Constituição de 1950 manteve essa discriminação, com modificação quanto ao julgamento, limitando-se a Assembléia, no caso de delitos graves, a permitir o processo (art. 44).

Imunidade processual temporalmente ampla

É aquela que ampara o parlamentar durante toda a legislatura ou até por mais tempo. Muitas Constituições não prevêm o início e o término da imunidade processual, deixando a matéria para a lei ordinária ou (o que não nos parece recomendável) para o regimento interno. No Continente europeu, quando há silêncio na Constituição e na lei, geralmente se deve entender que a imunidade processual vigora, sem interrupção, durante todo o mandato, ou seja, mesmo nos recessos dentro da mesma legislatura. A Constituição francesa de 1946 estabeleceu a vigência da imunidade durante o mandato (art. 22), dispondo de igual modo a atual Constituição espanhola (art. 71, § 2º). Nossa Constituição do Império seguia a mesma norma, dizendo: "durante a deputação". Com a República, as nossas Constituições liberais estenderam mais a duração da imunidade. Na Constituição de 1891, essa prerrogativa ia desde o recebimento do diploma até a nova eleição — fórmula que não nos parece feliz, porque a nova eleição poderia verificar-se antes de finda a legislatura. Teríamos, assim, *parlamentares sem imunidades processuais desde a eleição para a nova legislatura até o fim da legislatura em curso*. Na Constituição de 1934, a imunidade se estendia desde "o recebimento do diploma até a expedição dos diplomas subseqüentes" (art. 32) — o que poderia acarretar a mesma situação referida, há pouco, se a diplomação dos novos congressistas se realizasse antes de expirado o mandato dos parlamentares da legislatura findante. Tal falha não foi corrigida com a fórmula usada em 1946 e 1967, modificada com a Emenda nº 1, e restabelecida na Emenda nº 11: "Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte." O inconveniente apontado poderia acontecer no início e no fim da legislatura durante a qual se processaram as eleições: parlamentares com mandato, mas sem imunidade processual, a não ser que se adote a conclusão de que tanto os parlamentares prestes a deixar a Câmara como os novos gozariam dessa prerrogativa — o que soa algo estranho, mas nos parece a única interpretação cabível.

Imunidade processual temporalmente restrita

É a que só vigora no período das sessões, desaparecendo nos recessos. Temos os exemplos da Constituição vigente da França, art. 26, que retomou, nesse ponto, critério da III República; o da nossa Constituição de 1937 (art. 42: "Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento..."). Na Emenda nº 1 à Constituição de 1967, o prazo era

um pouco mais longo: "Durante as sessões e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem..." (art. 32, § 1º).

Quanto às infrações penais em que a prisão em flagrante é legitimada, dividimos a imunidade processual em **fortemente protetora** e **fracamente protetora**. Na primeira categoria, acham-se as Constituições que só permitem prisão em flagrante de parlamentares nos crimes de penas mais graves. A Constituição do Império brasileiro era desse gênero, pois só admitia a prisão "em flagrante delito de pena capital". Com a abolição da pena de morte na República (só existente na legislação militar em tempo de guerra), a prisão em flagrante de parlamentares se restringiu aos crimes inafiançáveis. Só a Emenda nº 1 à Constituição de 1967 se desviou desse critério, permitindo o flagrante em "crime comum ou perturbação da ordem" (art. 32, § 1º). A Emenda nº 11 restabeleceu a tradição republicana, no particular.

Imunidade fracamente protetora

Empregamos essa denominação para os casos em que o flagrante de parlamentar é permitido em qualquer infração penal. É o que vemos com mais freqüência nas Constituições. A Lei Fundamental de Bonn exige o consentimento da Câmara para a prisão de deputados, "a não ser que sejam detidos em flagrante delito ou no curso do dia seguinte" (art. 46, § 2).

Quanto à possibilidade de renúncia da imunidade processual, a regra é a irrenunciabilidade pela própria natureza da prerrogativa, que é de ordem funcional, cabendo somente à Câmara a decisão sobre a conveniência, ou não, de ser concedida a licença para a prisão e processo do parlamentar. A admissão da renúncia é, pois, espécie anômala, que contraria o conceito da prerrogativa. Conhecemo-la, porém, na Constituição de 1891, que determinava a obrigação de a autoridade processante remeter os autos à Câmara respectiva "para resolver sobre a procedência da acusação, **se o acusado não optar pelo julgamento imediato**" (art. 20). A Constituição de Costa Rica, de 1947, também admite a renúncia (art. 110).

Relativamente à manutenção ou suspensão desta imunidade em circunstâncias excepcionais, como o estado de sítio, vale tudo que dissemos sobre o mesmo problema de referência à inviolabilidade parlamentar. Isso porque as Constituições costumam usar a palavra "imunidades" sem adjetivação, ou seja, em caráter geral, quando proibem ou permitem a sua suspensão em tais conjunturas.

Na análise da imunidade formal, é relevante também o modo de votar a licença para prisão ou processo de parlamentar. A votação secreta e por maioria qualificada — por dois terços ou pela maioria absoluta dos componentes da Câmara — protege mais as minorias do que o voto a descoberto e por simples maioria dos presentes.

Relações entre os Poderes Legislativo e Executivo

A. MACHADO PAUPERIO

Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da UFRJ

Como muitos juristas, entendemos que a principal fonte do direito não é propriamente a lei, que é apenas um meio de sua explicitação, mas, sobretudo, como quer GOLDSCHMIDT, a união de dois elementos psicológicos, a força normativa dos fatos e o ideal axiológico do direito justo (1).

Esse ideal axiológico ou a idéia clássica de um direito natural superior ao direito positivo, em geral, transpôs-se para o direito público por intermédio da superioridade das normas constitucionais sobre as chamadas normas ordinárias.

Assim como as normas legais estão sujeitas às chamadas normas supra-legais, na mecânica dos poderes o Executivo está sujeito ao Legislativo, o que se deu com ênfase na Inglaterra, por meio do Governo de Gabinete. Pois que é o governo parlamentarista senão a própria democracia, ou melhor, a sua fórmula mais apurada e final, por constituir o regime máximo de representação ou o regime por excelência da "opinião pública", que os constitucionalistas ingleses louvam sem cessar ao influxo de sua formação consuetudinária?

O Poder Legislativo foi então sempre o que se pretendeu preservar contra as prerrogativas do Soberano. Nesse tocante, a Inglaterra permaneceu sempre como um incentivo e um exemplo. Nas elucubrações sobre a separação dos poderes, preocuparam-se constantemente os pensadores políticos com a posição ímpar do Legislativo.

Daí apresentar-se o constitucionalismo essencialmente como um pacto de separação de poderes e de garantias individuais. Os poderes constitu-

(1) V. JAMES GOLDSCHMIDT, *Problemi Generali del Diritto*, trad. de T. Raá, Padova, 1950, pág. 65.

cionais, portanto, não podiam ser concebidos sem a salvaguarda dos direitos, que os exigiam divididos. Não foi senão por isso que toda Constituição passou a compor-se obrigatoriamente de uma parte orgânica e de uma parte dogmática, sem o que não podia ser considerada como tal.

O Poder Legislativo é, de certo modo, o poder por excelência, por ser o responsável pela ordem jurídica, como queria LÖCKE. Talvez por isso se possa dizer que o Executivo e o Judiciário se submetem à lei enquanto o Legislativo, como criador da lei, apenas se submete à ordem constitucional.

De qualquer maneira, conceituada a lei como fonte do direito, como o fez o espírito positivista e legalista que nos precedeu, não houve modo hábil e prestante de controlá-la. Considerada como forma de expressão do direito, contudo, como de fato o é, a noção de fonte ganha sem dúvida outro sentido.

Bastante judicioso é NELSON SALDANHA quando diz: "Na verdade, a teoria das fontes pode ser considerada como básica, mas por isso mesmo deve ser revista. Toda fundamentação democrática do direito tem, inclusive, de começar pela referência às fontes: mas isso não quer dizer referência à lei ou à jurisprudência que são formas de expressão; quer dizer referência às entidades em que o valor do direito enraíza" (2). Para o brilhante professor pernambucano, desde a Idade Média o povo vem sendo indicado como fonte do direito. Do direito e do poder, acrescentamos nós. **Omnis potestas a Deo per populum**, diziam os mestres da escola espanhola.

Mas o povo, para nós, não é ainda a fonte por excelência do direito, trazendo antes a noção de **depositário**. Como depositário do direito, pode o povo, entretanto, perdê-lo, como aconteceu na triste época do nazismo. Produto da cultura, o direito aprimora-se com o crescimento da consciência jurídica do povo. De qualquer maneira, porém, é o povo que, por intermédio de seus representantes, nas democracias, erige em ordem ou sistema os preceitos fundamentais extraídos de sua consciência jurídica. Em última instância, são os valores que conserva em si o homem que aprimoram a acidentada vida jurídica dos povos.

Evidentemente, o campo das essências constitucionais há de temperar-se com as suas necessidades existenciais, para quem é sempre importante o efêmero e o contingente. Por essa razão, não podem os regimes, ainda que democráticos, ser uniformes e imutáveis. O homem há de ser flexível e cambiante pelas condições que o cercam, justamente por ser inteligente.

Daí as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo serem altamente dinâmicas.

Com relação ao Legislativo, apesar de suas funções executivas nas comissões parlamentares de inquérito, na aprovação dos tratados internacionais e na aprovação senatorial de nomeações, não houve maior invasão da seara própria daquele outro poder.

(2) V. NELSON SALDANHA, *Legalismo e Ciência do Direito*, São Paulo, Atlas, 1977, pág. 112.

Com relação, porém, ao Executivo, ele invadiu, via de regra, o campo específico do Legislativo, justificando até estudos como o de OTTO GIL, subordinado ao título **O Poder Legiferante do Presidente da República** ⁽³⁾.

Dos poderes do Estado, o mais forte continua sendo o Executivo, que obviamente comanda as forças armadas e detém, além dos dinheiros públicos, o poder de nomear e demitir. Cabe-lhe o poder de administrar e governar, funcionando, por isso mesmo, sem férias e sem recessos, ao contrário dos outros dois poderes.

No Brasil, mais do que em qualquer outro país, deu-se sempre isso, num fortalecimento crescente do Executivo ⁽⁴⁾.

Sua influência maior, entretanto, dá-se na área legislativa, onde se amplia cada vez mais a sua ação, que se fez sentir tanto nos Estados Unidos como alhures.

Entre nós, são as seguintes as funções legislativas exercidas pelo Poder Executivo:

- a) iniciativa de leis, inclusive com competência exclusiva para alguns casos;
- b) sanção ou veto;
- c) promulgação e publicação das leis;
- d) poder regulamentar;
- e) leis delegadas;
- f) decretos-leis.

Quanto à iniciativa de leis, por parte do Executivo, havia, de início, nos Estados Unidos, uma certa timidez, mas, a partir de 1908, tornou-se mais comum, sobretudo com THEODORE ROOSEVELT, a remessa de projetos formais formulados pelo Ministério da Justiça ⁽⁵⁾.

Na Constituição brasileira vigente, cabe a iniciativa ao Presidente da República nos projetos seguintes: **a)** de emendas à Constituição (art. 47, n^o II); **b)** de leis ordinárias (art. 51); **c)** em caráter exclusivo, das leis que disponham sobre matéria financeira, criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública; fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas; disponham sobre a administração do Distrito Federal e dos Territórios; disponham sobre servidores públicos da União; concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho

(3) V. OTTO GIL, "O Poder Legiferante do Presidente da República", in *Jurídica*, n.º 120 (janeiro-março de 1973).

(4) V., a esse respeito, ANNIBAL FREIRE DA FONSECA, *O Poder Executivo na República Brasileira*, Rio, 1916, e FRANCISCO DE SÁ FILHO, *Relações entre os Poderes do Estado*, Rio, Editor Borsoli, 1959.

(5) V. CORWIN, *The President, Office Power*, 3.ª ed., 1948.

de Segurança Nacional (art. 57). Em tais projetos não se admitirão emendas que possam aumentar a despesa prevista ⁽⁸⁾.

Tal dispositivo, do art. 57, representa uma diminuição da soberania congressual, mas força é reconhecer que foi uma válvula para o procedimento de muitos membros do Congresso em busca demagógica de clientela eleitoral fácil.

Quanto ao veto, que representou inicialmente a diminuição do poder da Coroa, quando se desenvolvia o poder parlamentar, é em toda parte válido e faz parte da mecânica de freios e contrapesos constitucionais, apesar de extinto no seu país de origem, a Inglaterra, do mesmo modo que na França, a partir de 1875.

O veto tanto pode basear-se em motivo de ordem constitucional quanto em razões de conveniência ou interesse público, caso em que deverá ser autorizado expressamente pela Constituição.

O que é preciso obviamente é que o veto não deturpe o sentido da lei, transformando-a, por exemplo, em proposição afirmativa, pelo simples corte do advérbio **não**. Entre nós, vingou, contra o voto de PRADO KELLY, que só admitia o veto parcial de artigo, parágrafo ou inciso, a admissão do veto atingindo apenas parte de qualquer dispositivo, contanto que encerre compreensão autônoma.

De qualquer maneira, porém, o veto é um resquício do absolutismo real e, dentro dos postulados democráticos, pode ser entendido à guisa de mero pedido de reconsideração ao Congresso, para nova deliberação, como lembra DUGUIT, e exigência de simples maioria, para fazê-lo cair.

Esse critério foi de certo modo o adotado pela Constituição italiana de 1947, que, no prazo de um mês dado ao Presidente da República, permite-lhe pedir nova manifestação do Legislativo sobre a aprovação da lei, que, se é novamente aprovada, torna obrigatória a sua promulgação.

No caso de veto parcial, suspensivo e não absoluto, em não sendo acolhido, restaura-se a parte vetada e, ratificada, reintegra-se na parte não vetada, para retroagir, geralmente, à data da publicação da lei.

O veto, porém, não encerra maiores dificuldades nas relações entre o Legislativo e o Executivo, o mesmo acontecendo com a promulgação e publicação das leis, de atribuição do Presidente da República.

Quanto ao poder regulamentar, institucionalizado em França sob o Consulado, tem sido objeto de uso e abuso.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, foi mais modesta, de início, a concessão do poder regulamentar mas, em face das necessidades concretas, o Executivo ganhou crescentemente tal poder, implícito, segundo alguns, em suas atribuições.

Entende-se hoje constitucional a delegação das funções regulamentares, necessárias à execução das leis, só vedada em casos penais.

(8) V. A. MACHADO PAUPERIO, "O Poder Executivo", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, número 54, abril a junho 1977, pág. 96.

Dentro da doutrina francesa, defendida por DUGUIT, o regulamento, do mesmo modo que a lei, é ato-regra, criador de direito objetivo e de preceito positivo sujeito às mesmas sanções.

Dentro da doutrina alemã, defendida sobretudo por LABAND e JEL-LINEK, enquanto a lei cria direito novo, o regulamento somente atua dentro da ordem jurídica existente.

De qualquer maneira, regulamentar implica em interpretar e nessa qualidade a regulamentação passa a ser preceito novo, de aplicação óbvia.

Entre os vários tipos de regulamentos, temos não só os complementares da lei, espontâneos ou ordenados pelo próprio Legislativo, como os regulamentos autônomos, que têm por fim a disciplina do funcionamento de serviços públicos ou do próprio poder de polícia.

Na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o poder regulamentar, embora nem sempre legalmente explícito, é usado com frequência.

Mas força é ficar bem claro que regulamentar não é inovar nem muito menos revogar.

O regulamento não pode exorbitar da lei, sob pena de ficar eivado do vício de inconstitucionalidade, uma vez que o poder regulamentar não se pode substituir ao Legislativo, embora não possa a Administração, nesse caso, eximir-se de cumpri-lo, por não lhe caber o julgamento da legitimidade dos atos do Executivo.

De outro lado, não pode o legislador impedir a regulamentação de seu ato.

O prazo estabelecido para a regulamentação não é fatal e mesmo quando superado não a leva à nulidade, apenas retardando a execução da lei.

A ilegalidade dos regulamentos tanto pode ser corrigida pelo Judiciário como pelo Legislativo, apesar de lhes não estarem eles sujeitos à homologação.

Os chamados **regulamentos autônomos**, expedidos de modo espontâneo pelo Executivo, sem relacionamento com qualquer lei, é hoje praxe frequentíssima nas democracias. Admite-se, porém, que só os regulamentos de serviços públicos e os de polícia são plenamente legítimos.

Os regulamentos de serviços públicos, que disciplinam o funcionamento dos órgãos do governo, não podem criar empregos, despesas, penas ou competências.

É também corrente o entendimento de que o Executivo pode expedir regulamentos de polícia, especialmente sobre o tráfego de veículos, circulação de pedestres, medidas de higiene pública e de comércio nas ruas etc.

Os que admitem, porém, tal competência, negam-se muitas vezes a admitir a imposição de penalidades. Mas, nesse terreno, somos obrigados a aceitar uma delegação implícita do Legislativo, em face de não se poder criar regulamentos sem sanção.

Em geral, todavia, o regulamento é auxiliar da lei, a quem só e exclusivamente cabe estabelecer, modificar e extinguir direitos e competências.

As múltiplas funções do Estado moderno exigem cada vez mais o aumento da ação regulamentar, sempre preferível à prática da delegação de poderes, raramente imune às tendências ditatoriais e totalitárias.

Quanto à **delegação de poderes** ou aos **decretos-leis**, usados na França, em várias épocas, e em outros países da Europa, são prática que nem sempre se pode advogar, dependendo dos termos em que são instituídos.

Entende-se, geralmente, que um poder delegado, como é o Poder Legislativo, por parte do povo, não possa, por seu turno, delegar poderes. **Delegatus non potest delegare**. A não delegação é proclamada torrencialmente pelos constitucionalistas clássicos, a começar por COOLEY.

Não nos referimos, evidentemente, à delegação do poder regulamentar, por meio de decretos executórios. Referimo-nos à delegação legislativa, de que se tornou exemplo moderno o da Constituição francesa de 1958, que implica num alargamento daquele poder.

Entende-se, porém, que, quando outorgada, deve essa legislação especial e excepcional condicionar-se não só ao prazo para sua elaboração como à delimitação das matérias e à posterior ratificação pelo Congresso.

Entre nós, reagindo contra a Constituição de 1937, a Constituição de 1946, pelo § 2º de seu art. 36, vedou expressamente “a qualquer dos poderes delegar atribuições”, o que também não é prática aconselhável, em face das necessidades do mundo moderno, e tem encontrado repulsa por parte de grandes constitucionalistas e parlamentares, como é o caso do Prof. AFONSO ARINOS.

A delegação, entretanto, continuou a campear, transferindo inclusive o poder de legislar a órgãos subordinados ao Executivo, como foi o caso do Conselho de Política Aduaneira, seguindo as pegadas da Superintendência da Moeda e do Crédito.

Em face das necessidades do momento, a Comissão designada pelo Ministro da Justiça em 1956 para apresentar sugestões à reforma constitucional propôs que o Congresso Nacional poderia autorizar o Poder Executivo a elaborar projeto definitivo de lei, dentro dos limites e diretrizes que estabelecesse.

São judiciosas, nesse sentido, as medidas propostas pelo Prof. SÁ FILHO, para que a delegação de poderes não fira os postulados da democracia:

“1ª — restringir as matérias, como penas e tributos, em que é vedada a delegação do poder legislativo;

2ª — com essa ressalva, admitir autorização ao Executivo para adotar determinadas providências, dentro de certos limites, ou emprestar a natureza regulamentar a leis existentes, tornando-as alteráveis por decreto;

3ª — submeter os decretos autorizados à aprovação do Congresso, que deverá deliberar dentro de prazo preestabelecido, sob pena de serem promulgados, para se tornarem obrigatórios” (7).

Inovação da Constituição vigente, as leis delegadas podem ser elaboradas pelo Presidente da República, por Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas. O Congresso pode delegar poderes especiais ao Presidente da República para elaborar leis, respeitados os casos de competência privativa do Poder Legislativo e de suas Casas e da legislação constante dos três incisos do parágrafo único do art. 52, que não admitem delegação.

A delegação ao Presidente da República, de acordo com o art. 54, será feita por intermédio de resolução do Congresso Nacional, a quem cabe especificar “seu conteúdo e os termos do seu exercício”.

Apesar da restrição do parágrafo único (“Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”), a válvula de delegação legislativa ao Presidente da República não se torna antidemocrática, por depender ela substancialmente do Congresso Nacional. A vedação de qualquer emenda, entretanto, podia, talvez com vantagem, ser extirpada.

Com relação aos decretos-leis com força de lei, aludidos pelo art. 55 da Constituição, podem eles ter lugar em casos de urgência ou de interesse público relevante, e, desde que não haja aumento de despesa, em matérias relativas à segurança nacional, finanças públicas e cargos públicos.

Tais decretos-leis, entretanto, estarão sujeitos à homologação a posteriori do Congresso Nacional, que os pode aprovar ou rejeitar, o que parece atestar a soberania do Legislativo. Tal aprovação ou rejeição, contudo, só podem ser levadas a efeito a contar de sessenta dias do seu recebimento e sem emendas, ressalvada a validade dos atos praticados durante a sua vigência, em caso de rejeição (§§ 1º e 2º do art. 55).

Apesar de não termos nada a objetar contra a necessidade dos decretos-leis, usados modernamente na Itália, na Alemanha e na França, as restrições impostas à homologação pelo Congresso parecem, nessa fase de abertura democrática, uma sensível restrição à soberania do Legislativo.

Com relação às atribuições de natureza extraordinária do Executivo, a Constituição vigente fez depender somente do Presidente da República a decretação do estado de sítio, que na Constituição anterior dependia do Congresso Nacional. É verdade que fica o Executivo obrigado a posteriori, dentro de cinco dias, a submetê-la ao Legislativo (art. 156, § 4º, com a redação da Emenda Constitucional nº 11, de 1978).

Nessa ordem de coisas, seria aconselhável a participação maior do Congresso, que também seria de se desejar nos casos das medidas de emergência e do estado de emergência previstos pelos artigos 155 e 158 da Constituição.

(7) V. FRANCISCO SA FILHO, *Relações entre os Poderes do Estado*, Rio, Editor Borsol, 1950, págs. 245/246.

Foi fato incontestável o reforço do Executivo, que se evidencia muitas vezes pelo prazo do Congresso Nacional, fatal e improrrogável, para se pronunciar sobre os projetos de lei do Executivo, findo o qual são estes automaticamente aprovados. Outras vezes, veda-se ao Legislativo emendar o projeto. Outras, ainda, faculta-se ao Presidente da República solicitar processo legislativo especial para os projetos de lei de sua iniciativa ⁽⁸⁾.

Agora, porém, diante da abertura democrática, impõe-se a desconcentração dos poderes do Executivo, em benefício do Congresso, em tudo aquilo que não possa prejudicar a capacidade governante e o bem comum.

O Legislativo está, sem dúvida, minimizado. Por uma estatística publicada no **Jornal do Brasil**, em 25-5-80, de 1964 a 1979, entre decretos e decretos-leis, o Executivo baixou cerca de 32.000 diplomas, enquanto o Legislativo aprovou pouco mais de 3.600 projetos. De outro lado, em dez anos, de 1965 a 1975, das 1.743 leis aprovadas pelo Legislativo, 1.724 correram por conta da iniciativa do Executivo.

A isso deverá dar remédio a aprovação da emenda que devolve as prerrogativas do Congresso, já em tramitação.

Ao que parece, pelas notícias que nos dá a Imprensa, o Governo não abre mão da aprovação das matérias emanadas do Executivo quando superados os prazos constitucionais sem decisão do Congresso. De outro lado, não aceita também a eliminação do dispositivo constitucional que dispensa a licença da Câmara e do Senado no processo de parlamentares acusados de crimes contra a segurança nacional.

Mas, quanto ao resto, está disposto a negociar a proposta que devolve as atribuições do Legislativo, subtraídas pela Emenda nº 1, da Junta Militar, de 1969.

No primeiro caso, se o prazo dado for aumentado, não se cerceará a atividade do Congresso, a quem cabe também trabalhar sem desfalecimentos em prol de projetos quase sempre necessaríssimos e urgentes.

No segundo caso, as prerrogativas de inviolabilidade do Congresso hão de ser gradualmente retomadas, uma vez que ele há de fazer prevalecer sempre o seu clima de responsabilidade sobre o seu eventual clima demagógico de algumas épocas passadas.

O exame do veto do Executivo poderia fazer-se, porém, por votação secreta, para se obviar qualquer tipo de coação, ainda que moral. A inviolabilidade da tribuna é também prerrogativa de que se não pode despir o Legislativo, embora sob a égide da liberdade responsável.

É o que o bom senso e o momento exigem, para a evolução pacífica e integradora de nossa tradição constitucional.

(8) V. A. MACHADO PAUPERIO, "O Poder Executivo", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, número 54, abril a junho 1977, pág. 98.

O ombudsman parlamentar

OSMAR ALVES DE MELO
Advogado

SUMÁRIO

O envelhecimento das potências: a queda de Roma, do Império Medieval Espanhol, a sucessão como potência do Império Britânico pelos Estados Unidos. O envelhecimento das nações. A tendência à imitação das instituições. O extravio das funções do Poder Executivo e a presença decorativa dos Poderes Legislativo e Judiciário. A experiência vivida pelo Brasil desde 1964 e a incapacidade dos institutos jurídico-constitucionais de conter os abusos. Não se trata de fato jurídico *sui generis*! A experiência dos Decênvros. A necessidade de o poder frear o poder. O Poder Legislativo brasileiro é desarmado de mecanismos de controles. Os Ministros do Tribunal de Contas e sua nomeação pelo Poder Legislativo. A violação dos direitos e garantias individuais por funcionários do Poder Executivo. Necessidade de mecanismos de acompanhamento da execução das leis e o Ombudsman Parlamentar na Suécia, Finlândia, Dinamarca, Noruega, Nova Zelândia, Israel. O Provedor da Justiça em Portugal. O Promotor Especial nos Estados Unidos. As atribuições do Ombudsman.

ARISTÓTELES, em *Política*, Livro II, Capítulo IX, afirma que “o espírito, tal como o corpo, envelhece”. As nações, como os homens, envelhecem e, envelhecendo, envilecem também muitas vezes. As grandes potências, como as nações, também envelhecem. Como as plantas, o ciclo da vida nos animais, inclusive os seres humanos, nas nações e nas potências, não dá saltos. Segue uma lei universal e invariável: nascem, crescem, envelhecem e morrem.

A queda de Roma, ante a avalanche incontrolada dos bárbaros, e bárbaros são todos quantos não se conformam com os padrões institucionalizados pelos Estados, pelos Impérios, pelas grandes potências, só se explica pelo envelhecimento das instituições e dos costumes romanos, que já não respondiam aos anseios populares. A perda do Império Medieval Espanhol, onde o sol não se punha, para a Grã-Bretanha, segue a mesma lei invariável da sucessão de instituições envelhecidas por insti-

tuições rejuvenescidas. A substituição da influência do Império Britânico, com o domínio de todos os mares, e sua sucessão, como potência mundial, pelos Estados Unidos, não se afasta da mesma premissa. Mais cedo ou mais tarde, a atual divisão de influências políticas, econômicas e sociais, entre os Estados Unidos e a União Soviética, pelo mesmo processo, terá sucessores, no Ocidente e no Oriente, ou poderá ter um sucessor apenas, caso as distâncias entre sistemas sociais, políticos e econômicos existentes continuem diminuindo, pelo processo de absorção de princípios socialistas, pelo capitalismo, e do processo de produção e consumo capitalista, pelo socialismo.

Da mesma forma, internamente, em cada nação, observa-se o mesmo processo de envelhecimento de conceitos e idéias e sua substituição por conceitos e idéias não ortodoxas. A idéia subversiva, na época dos incondientes mineiros de independência e república, substituiu a resistência à descolonização e desmonarquização e, hoje, subversivo é pretender retornar os *status* de Colônia e Monarquia. É a lei da dialética.

Por isto é que a sabedoria política consiste em saber adaptar as instituições aos novos tempos.

MAQUIAVEL, psicólogo, político genial, muito pouco lido, porém muito citado, apreende o fato que faz parte da lógica das leis universais, afirmando que os homens — acrescentem-se os Estados, os Impérios — tendem a imitar ações, no primeiro caso, e instituições, no segundo, que deram resultado positivo e, assim, ALEXANDRE MAGNO imitou a AQUILES, CÉSAR a ALEXANDRE, CIPIAO a CIRO, acrescentado que “os homens percorrem quase sempre as estradas já existentes” (1). A razão fundamental dessa afirmação é que nas sociedades humanas e politicamente organizadas, já que não se cria praticamente nada em matéria de formação dos Estados, deve-se procurar absorver e adaptar processos vitalizadores utilizados por outras nações, no interesse da manutenção do seu equilíbrio funcional.

Seria como na medicina, a cirurgia de membros gangrenados ou a implantação de membros amputados ou simplesmente a medicação de partes enfermas capazes ainda de se revitalizarem. Seria como na jardinagem, a podação das plantas como forma de provocar sua revitalização.

A experiência vivida pelo povo brasileiro, a partir de 1964, demonstrou a incapacidade das instituições incorporadas ao nosso Direito Constitucional de conter abusos de indivíduos ou grupos de indivíduos sequiosos do poder. Observou-se que, apesar de, teoricamente, em pleno

(1) *O Príncipe*, Livraria Exposição do Livro, São Paulo, pp. 32 e 49.

funcionamento os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, apenas o Poder Executivo, extraviado de suas finalidades, funcionou, na prática, já que a presença dos dois outros era meramente consentida, quando não decorativa.

Não se trata de um fato *sui generis* na história da humanidade. Em plena República Romana, nas disputas entre patrícios e plebeus, estes reclamaram leis fixas, a fim de que os julgamentos não fossem resultado de uma vontade caprichosa ou de um poder arbitrário. O Senado aquiesceu e nomearam-se os decênviros para elaborar tais leis. Pensou-se que deveriam ser-lhes outorgados grandes poderes, visto que deveriam dar leis a facções quase incompatíveis. Por este raciocínio, nos comícios, os decênviros foram eleitos os únicos administradores da República e foram investidos do poder consular e tribunicio. Ao primeiro concedeu-se a faculdade de convocar o Senado e ao outro, a de convocar o povo. Não convocaram nem o Senado nem o povo.

Comentam os historiadores que dez homens sozinhos possuíram, na República, todo o Poder Legislativo, todo o Poder Executivo, todo o Poder dos Julgamentos, e Roma viu-se submetida a uma tirania tão cruel como a de TARQUÍNIO, com a diferença de que, quando este praticava suas arbitrariedades, Roma estava indignada com o poder que ele usurpara, mas, quando os decênviros cometeram as suas, Roma admirou-se do poder que lhes concedera.

No caso brasileiro, praticamente, um único homem, munido de poderes arbitrários conferidos por Atos Institucionais de juridicidade discutível, exerceu todo o Poder Executivo, quase todo o Poder Legislativo e só não exerceu todo o Poder Judiciário porque não quis, posto que, nos casos mais alarmantes, juízes tenham feito toda sorte de malabarismo intelectual para afastar princípios de hierarquia das leis que conflitariam com a vontade do príncipe enquistado no poder. Em matéria de inelegibilidade, há exemplos notáveis do esforço de homens cultos e inteligentes encontrando saídas jurídicas contrárias à literalidade da lei, a fim de que o legislador único não viesse a ser censurado.

A propósito dessa vocação absolutista do homem, MONTESQUIEU afirma que “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites”. E exclama: “Quem diria! A própria virtude tem necessidade de limites.” E conclui: “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (2).

(2) O Espírito das Leis, Cap. IV, p. 179.

O Poder Legislativo no Brasil é totalmente desarmado de meios de controle da execução das leis pelos Poderes Executivo e Judiciário. Até o Tribunal de Contas da União que, teoricamente, é órgão auxiliar do Poder Legislativo, na prática perde essa condição a partir do momento em que seus Ministros são de livre escolha do Chefe do Poder Executivo, quando deveriam ser escolhidos pelo Congresso Nacional e nomeados pelo Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou do Congresso Nacional.

Como os filhos desnaturados, as leis saem por aí sem qualquer vigiância do pai. A nação, quando delega poderes de legislar, delega implicitamente os de acompanhar a aplicação das leis, a começar porque o Poder Legislativo é fonte de interpretação autêntica destas, sobretudo no capítulo dos direitos e garantias individuais, incorporados ao texto constitucional por força de tratados internacionais, e que são freqüentemente violados por simples policiais, que são abrigados pela impunidade, uma vez que o Poder Judiciário só se pronuncia a respeito quando formalizados processos próprios, quase sempre alcançados pela prescrição, os abusos chegaram a excessos condenáveis e além do limite do insuportável.

Como é mais fácil prevenir do que remediar, impõe-se, pois, estabelecer mecanismos de acompanhamento da aplicação das leis, quer digam respeito às liberdades individuais, à incolumidade pública, ao contribuinte, à proteção e segurança do trabalho, do menor, da maternidade etc.

Como os homens percorrem quase sempre as mesmas estradas, porquanto é mais fácil adaptar instituições já testadas do que criá-las, a experiência sueca do Ombudsman Parlamentar, que vem se estendendo a outros povos do mundo, merece toda consideração.

Desde 1809, a Suécia adota essa instituição especial de fiscalização dos atos das autoridades administrativas e judiciárias. Ao longo do tempo, formou-se, consolidou-se e se desdobrou recentemente em Ombudsman Antitruste, Ombudsman do Consumidor, Ombudsman da Imprensa, sendo este último de natureza privada.

O Ombudsman Parlamentar sueco, que é o que interessa focalizar, no momento, era inicialmente um único. Atualmente, divide-se em quatro, sendo que um deles com funções principais de coordenação.

Os Ombudsmen são nomeados pelo Riksdag — parlamento sueco — por um período de quatro anos de mandato, quase sempre recaindo a

escolha de seus titulares em juristas, advogados e juizes proeminentes. Não há proibição de recondução ao cargo, tanto assim que, em diversas oportunidades, a mesma pessoa foi nomeada para diversos periodos consecutivos.

A função principal e primordial do Ombudsman é acompanhar as atividades do Poder Executivo e dos Tribunais e empenhar-se para que observem e apliquem as leis da nação, especialmente aquelas que salvaguardam a liberdade, a segurança e a propriedade dos cidadãos.

Assessorados por pessoas de formação jurídica, podem realizar inquirições e requisitar das autoridades executivas e judiciárias todas as informações que julgarem necessárias.

Supervisionam, desde 1976, os governos municipais e a qualquer pessoa que assuma funções públicas de natureza executiva.

Substancialmente, a instituição tem por objetivo assegurar o pleno exercício das liberdades individuais, fiscalizando e corrigindo eventuais abusos da autoridade pública. Desde que tomem conhecimento, de ofício, através de queixa de qualquer pessoa do povo, ou pela imprensa, de alguma lesão de direito individual, os Ombudsmen investigam o fato e propõem a correção da distorção inclusive sugerindo medidas disciplinares ou a exoneração do funcionário responsável pelo fato apurado.

Embora tenham poderes de instituir processos administrativos e criminais, os Ombudsmen não são juizes e, portanto, não julgam. Mas fazem pronunciamento sobre o que, em sua opinião, tem de ilegal ou reprovável no ato ou decisão de qualquer servidor público, tanto do Executivo como do Judiciário e do próprio Poder Legislativo.

Os Ombudsmen submetem ao Riksdag um relatório anual que contém, muitas vezes, sugestões para o aperfeiçoamento de leis, em pontos onde eles descobriram normas existentes ineficientes.

Na Suécia, o sistema de Ombudsman é de grande importância como garantia contra medidas opressoras dentro do sistema judiciário e da administração civil, contribuindo em alto grau para a confiança pública, nas atividades dos Tribunais e das outras autoridades.

Os demais Ombudsmen não são nomeados pelo Riksdag, mas têm deveres semelhantes, cada um no seu esquema particular dos investimentos privados, do consumidor etc.

Essa instituição democrática fortalecedora do Poder Legislativo e fiscalizadora da plena vigência dos direitos humanos, estendeu-se, ini-

cialmente, aos demais países nórdicos, sendo introduzida na Finlândia, em 1962, na Dinamarca, em 1955, e na Noruega, em 1962. Desde 1959, a Nova Zelândia incorporou a instituição a seu direito público interno. Israel também a adotou.

Sob diversos nomes e com atribuições mais amplas ou menos amplas, o Ombudsman vem se incorporando ao direito constitucional de muitas nações européias. Na Alemanha Federal, desde a Lei Fundamental, de 23 de maio de 1949, foi criado o Comissário do Parlamento Federal para assuntos de defesa "a fim de salvaguardar os direitos fundamentais e como órgão auxiliar do Parlamento no exercício do controle parlamentar" (artigo 45b).

Na Inglaterra, segundo a Lei do Comissário Parlamentar, de 1967, o Comissário Parlamentar é um funcionário da Câmara dos Comuns, independente do Executivo. Sua função é, segundo a lei de nomeação, investigar as queixas e injustiças administrativas levadas a seu conhecimento por membros do Parlamento em favor de seus eleitores. Seus poderes de investigação se estendem a qualquer seção de um departamento do governo no exercício de função administrativa, mas não tem ação no que diz respeito a decisões políticas (com que tem a ver o governo) nem tampouco no que se refere a assuntos que afetam relações internacionais ou atividades de altos funcionários britânicos fora do Reino Unido.

Alguns outros assuntos são também excluídos de seu campo de investigação, mas podem ser incluídos por uma ordem do Conselho. O Comissário não intervém em casos em que haja uma solução alternativa para resolver a questão, quer perante um tribunal administrativo, quer perante uma corte de justiça, mas cabe a ele decidir se vai ou não investigar o assunto. As decisões tomadas por um departamento do governo não são revistas pelo Comissário através de apelação.

No cumprimento do seu dever, o Comissário Parlamentar tem acesso a todos os documentos dos departamentos e, de um modo geral, ele relata suas conclusões ao deputado que apresentou o caso e submete seu relatório anual, bem como quaisquer outros relatórios que tratem de princípios gerais de importância, a um Comitê de Seleção nomeado com essa finalidade pela Câmara dos Comuns (3).

Na alínea *d* do artigo 166 da Constituição portuguesa, de 2 de abril de 1976, o Ombudsman incorporou-se ao direito público interno lusitano sob a denominação de Provedor da Justiça.

(3) Texto do Serviço Britânico de Informações.

Nos Estados Unidos houve a experiência do Promotor Especial para o caso Watergate, mas nomeado pelo Presidente da República.

Dos artigos 96 a 101 da Constituição da Suécia, que tratam dos Ombudsmen, deduz-se que são da essência da instituição:

a) supervisionar a execução das leis orçamentárias da administração civil e militar;

b) supervisionar a aplicação das leis pelas cortes militares, judiciárias e administrativas, podendo, inclusive, acionar tribunais que, no exercício de suas funções, por favor, parcialidade ou qualquer outro motivo, tenham cometido qualquer ilegalidade ou negligência no cumprimento de seus deveres;

c) comparecer às reuniões dos tribunais judiciários, administrativos e militares, acompanhando suas deliberações, ou resoluções, sem direito, contudo, a emitir opinião;

d) relatar, anualmente, ao Riksdag o estado da administração da justiça, inclusive administrativa e militar, assinalando os defeitos da legislação e propondo modificações para seu aperfeiçoamento e atualização.

Por ocasião da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no Hotel Glória, no Rio de Janeiro, de 11 a 16 de agosto de 1974, o advogado JOÃO DE OLIVEIRA FILHO submeteu à discussão em uma das Câmaras uma tese sob o título "Ombudsman, Instrumento de Defesa dos Direitos Humanos nas Democracias Modernas" (4), que contém valiosos subsídios para a compreensão da extensão dos poderes deste órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Ao lado de uma Comissão Permanente do Legislativo para substituí-lo nos períodos de recesso e da escolha dos Ministros do Tribunal de Contas da União pelo Poder Legislativo, a instituição de órgão auxiliar do Poder Legislativo para fiscalizar a execução e aplicação das leis, sobretudo relativas às liberdades individuais, é medida altamente salutar para o equilíbrio dos poderes, dentro do princípio do ideólogo da República de que é preciso que o poder freie o poder para que haja verdadeiro governo de leis e não de homens e que todos os governantes e governados sejam sujeitos ao império da lei como é da índole do regime democrático.

O Ombudsman, com o *nomen iuris* mais apropriado a cada país, é instrumento eficaz para a boa e correta aplicação das leis, se encaixa na

(4) Anais da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, pp. 563/586.

doutrina norte-americana dos “pesos e contrapesos”, indispensáveis no regime democrático, onde cada poder exerce controle sobre os outros, de modo que haja harmonia entre eles e cada um se deve aos demais respeito e consideração.

Na República, nenhum poder poderá ser absoluto. Na mesma medida que o Judiciário controla a legalidade do exercício do Executivo e do Legislativo, através de seus juizes, e o Executivo fiscaliza o exercício do Poder Judiciário, através de seu corpo de procuradores e promotores, o Legislativo, origem de todas as leis, com muito mais razão, tem o dever de fiscalizar a execução das leis pelo Executivo e pelo Judiciário, identificando eventuais desvios, corrigindo abusos, propondo a atualização da legislação incompleta ou a revogação dos dispositivos legais ultrapassados pela realidade política, econômica e social e que deixaram de corresponder às aspirações nacionais do bem comum.

A experiência histórica indica a necessidade de introduzir em nossa Carta Política formas jurídico-constitucionais verdadeiramente democratizantes do exercício do poder político, salvaguardando a vontade nacional, as aspirações nacionais e a vocação democrática do povo brasileiro de atropelos periódicos desestabilizadores da política, da economia e das instituições jurídicas, para evitar retrocessos nocivos a toda a comunidade nacional.

Democracia é também renúncia aos ímpetos de fazer prevalecer o direito da força sobre a força do direito, assim como a atos violentadores da vontade das maiorias, mas é sobretudo respeito absoluto ao direito dos outros, sinceridade, humildade e honestidade na estratificação das instituições jurídico-constitucionais, de tal modo que a regra que sirva para um, sirva igualmente para todos os habitantes do país.

Repugna que um poder dito democrático não resista à fiscalização de outro poder igualmente democrático. Repugna ao regime democrático que apenas alguns se julguem com a razão e donos da verdade, porque a razão e a verdade democrática é a razão e a vontade da maioria do povo. Os que exercem o poder devem ser servos da nação.

Assim, pois, quanto mais sentinelas alertando para os desvios e abusos, mais possibilidade de estabilidade social, econômica, política e jurídica, algo de que nenhuma nação pode prescindir, se quiser prosperar e desenvolver-se harmoniosamente.

Na hipótese do Ombudsman, o que é bom para tantos países desenvolvidos, econômica e socialmente estáveis, certamente será muito bom para o Brasil.

O judiciarismo republicano e sua realização através da doutrina brasileira do “habeas corpus”

PROFESSOR HAROLDO VALLADÃO
Das Universidades Federal e Católica do
Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. Presença do autor no Supremo Tribunal Federal há sessenta anos — Estréia e aproximação de PEDRO LESSA.
2. A realização máxima da República, 1890/1930: o Judiciarismo através da doutrina brasileira do **habeas corpus**.
3. Precedentes imperiais: PIMENTA BUENO e PEDRO II.
4. A Constituição Republicana de 1891, antecedentes e conseqüentes. Decreto nº 848, de 1890, e Lei nº 221, de 1894.
5. A exeqüibilidade judicial do primado da Constituição Federal: necessidade de recurso sumaríssimo e ef.caz.
6. O apelo ao **habeas corpus**, adotado desde o Império, Código de Processo Criminal — 1832, com pena criminal para o seu não-cumprimento, Código Criminal — 1830.
7. A consagração, na República, pelo Supremo Tribunal Federal, através de acórdãos de PEDRO LESSA e, afinal, de EDMUNDO LINS, do **habeas corpus** como remédio supremo para defesa dos direitos individuais.
8. A doutrina brasileira do **habeas corpus**, sua extensão abusiva, crítica, reação.
9. A criação do mandado de segurança desde a Constituição de 1934, complemento necessário do **habeas corpus**.
10. A doutrina brasileira do **habeas corpus** e seus efeitos no processo penal.
11. O uso abusivo do **habeas corpus** no processo penal.

1. Tenho o grato privilégio de freqüentar o Supremo Tribunal Federal há sessenta anos, a princípio como estudante de direito (1917-1921) assistindo a suas sessões já no Palácio da Avenida Rio Branco, no Rio de Janeiro, conhecendo, pessoalmente, vários de seus grandes juízes, muitos deles das relações de meu pai, o saudoso jurista ALFREDO VALLADÃO, do qual tinham sido mestres ou colegas na Faculdade de Direito de São Paulo.

Aproximei-me logo de PEDRO LESSA, o ídolo dos acadêmicos de direito, pelo seu saber, cultura, fibra e independência político-jurídica, e a ele devo minha estréia na advocacia, na criminal em 1919, no Tribunal do Júri de Lambari, estação de águas de Minas Gerais, ainda estudante, quando

inexistia a exigência de diploma, ao lado de um advogado provisionado por não ter ainda 21 anos.

Veraneávamos ali e tinha a honra de acompanhar o sábio mestre e juiz em passeios e caminhadas pela cidade, conversando sobre os problemas jurídicos da época, ouvindo suas réplicas e sua dimensão realista às minhas idéias de um jovem ávido de renovações, sequaz de FRANÇOIS GENY, do "droit libre", do direito "au delà de la loi" (1).

Num dia em que ele visitou o Foro local, acompanhado do Juiz de Direito, um réu, preso para julgamento de homicídio, pediu-lhe fosse seu patrono (ele, um magistrado...). PEDRO LESSA falou ao Juiz, passou com este pelo meu hotel, convidou-me para a causa. Fiz a defesa, consegui a absolvição e recebi um telegrama seu, de felicitações.

Recém-formado em direito, passei a ser um militante contínuo da casa grande de nossa Justiça, desde 1922 até hoje, ali estreando como advogado em abril (tinha então vinte anos, sou de 5-9-1901) conseguindo **habeas corpus** para isenção de serviço militar em favor de filho único de mulher viúva (2). Minha atividade advocatícia no Pretório Excelso, qual o chamava CARLOS MAXIMILIANO, só foi interrompida de abril a novembro de 1967, quando ali funcionei como Procurador-Geral da República no governo do Marechal COSTA E SILVA.

2. A realização máxima da República, 1890 a 1930, foi o **Judiciarismo**, sobrepujando o próprio Federalismo, pois coube ao primeiro assegurar a existência do segundo (3).

Acompanhei como acadêmico de direito, a seguir como advogado iniciante e, afinal, participante, a consagração e a integração definitiva do Judiciarismo no Direito Constitucional brasileiro, período áureo, de 1915 a 1926, com a sua garantia extrema e heróica, com a magna construção constitucional pátria, a criação da doutrina brasileira do **habeas corpus**.

3. A idéia teve certos precedentes imperiais.

PIMENTA BUENO, o grande publicista do Império, o autor da primeira obra científica sobre Direito Público e Constitucional, 1857, na América Latina, anteveria a grandiosa função constitucional do Poder Judiciário, pregando-a como decorrente da nossa própria Carta Constitucional de 1824 (4).

Exalte-se a elevadíssima função que pleiteou, em sua obra, **Direito Público e Análise da Constituição do Império**, para o Supremo Tribunal de Justiça do Império, "instituição filha de um sublime pensamento... que conseguiu firmar a ordem e a harmonia na divisão dos poderes políticos, de acordo com a **perfeição e a inteira independência do Poder Judicial**", "mista

(1) Vd. H. VALLADÃO, Discurso de Orador da Turma dos Bacharéis de 1921, da primeira turma da Fac. Direito da Univ. do Rio de Janeiro, em 7-9-1920, no livro de H. VALLADÃO, **Aos Novos Juristas**, Rio, 1968. Continuel nessa advocacia, avulsa, do Júri, como estudante, em outros Juizes do Sul de Minas, como o da Campanha, até me formar.

(2) Vd. H. VALLADÃO, **Novas Dimensões do Direito**, RT, 1970, pág. 245.

(3) Vd. H. VALLADÃO, **História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro**, 3.ª ed., 1977, Cap. XXII, n.º 5.

(4) **Direito Público e Análise da Constituição do Império**, pelo Dr. JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, Rio de Janeiro, 1857, págs. 345/6/7.

de caráter político e judiciário, e em que o primeiro predomina mais, **por isso mesmo que é o que mais garantias oferece à ordem social**", **guarda vigilante da exata divisão dos poderes**. Vejam-se, ainda, estas suas palavras: "Era pois essencial, indispensável descobrir um meio, criar uma autoridade que tivesse a alta missão, não de ser uma terceira instância, *sim* de exercer uma elevada vigilância, uma poderosa inspeção e autoridade, que defendesse a lei em tese, que fizesse respeitar o seu império, o seu preceito abstrato, **indefinido**" (5).

Considerando que ele era o jurista do imperador, o seu preferido, melhor se compreende o fato histórico, que rememorei em 1961 (6), de que uma das últimas manifestações do nosso sábio e liberal D. PEDRO II foi em prol da adoção, no Brasil, de um tribunal idêntico à Suprema Corte dos Estados Unidos, **ao qual seriam transferidas** as grandes atribuições que a nossa Carta Constitucional de 1824 dava ao mesmo Imperador *sob o título*: "Do Poder Moderador", dizendo no art. 98 que tal poder "é a chave da organização política" e "é delegado privativamente ao Imperador".

Eis suas palavras textuais, reproduzidas pelo Delegado do Brasil à 1ª Conferência Internacional Americana de Washington, Min. SALVADOR DE MENDONÇA, que as ouviu em visita feita à Sua Majestade, em julho de 1889: "Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. *Entre nós* as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto" (**Salvador de Mendonça**, de Carlos Sussekind de Mendonça, 1960, pág. 136).

Rendo minha homenagem ao insigne brasileiro D. PEDRO II, que propunha reformar a Constituição Imperial para se despojar de suas altíssimas atribuições, daquele Poder Moderador que, no dizer do Visconde do Uruguai, é a "suprema inspeção dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial" (**Ensaio sobre o Direito Administrativo**, v. II, pág. 61), e entregá-los à Suprema Corte de Justiça e que declarava, proclamada a República, "se contentaria em ser mestre-escola no Brasil, reitor, por exemplo, do colégio que tinha seu nome" (**Salvador de Mendonça**, cit., pág. 304).

4. O princípio da supremacia do Poder Judiciário, na interpretação da Constituição e das leis, a sua atribuição de decretar a inconstitucionalidade dos atos dos Poderes, Legislativo e Executivo, veio a ser proclamado no Brasil pela República, inspirada na tradição marshalliana dos Estados Unidos, mas em fórmulas melhores, em declarações precisas, desenganadas, desde 1890, no Decreto nº 848, que criou a Justiça Federal, dando recurso expresso ao novel Supremo Tribunal Federal para interpretação dos preceitos constitucionais, art. 9º, parágrafo único, c.

(5) Vd. H. VALLADÃO, Pimenta Bueno, Grande Publicista e Constitucionalista do Império, 1948, e Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, vol. 199, págs. 176 e ss. e Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, vol. 10, págs. 31 e ss. e depois no livro de H. VALLADÃO, Paz, Direito, Técnica, 1959, págs. 70/74.

(6) H. VALLADÃO, *Novas Dimensões do Direito*, pág. 317.

E mais, na Constituição de 1891, art. 58, § 1º, b (recurso extraordinário), e, sobretudo, no art. 59, a, competência dos juízes e tribunais federais para causas estribadas em disposição da Constituição Federal.

Coroava-se com esse texto magnífico da Lei nº 221, de 1894, art. 13, § 1º: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (7).

5. Outorgada, assim, pela Constituição e leis federais, ao Poder Judiciário, aos juízes e em especial ao Supremo Tribunal, a faculdade privativa de interpretar e a de defender a Constituição Federal, abriu-se magno problema processual, o do recurso cabível, a fim de assegurar aquele primado da Constituição, prevenindo ou reparando quaisquer inconstitucionalidades praticadas pelos outros Poderes, Executivo ou Legislativo.

Tal recurso, visando garantir direitos supremos, direitos constitucionais, muitos ligados diretamente ao básico, ao da **liberdade individual**, teria de ser um recurso heróico, preventivo ou repressivo, garantindo prontamente os que acudissem ao Judiciário, e, pois, sumaríssimo e eficaz.

6. E aconteceu que a decretação de inconstitucionalidade de leis e decretos pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu logo justamente em **habeas corpus** ali pedido pelo célebre advogado e político RUI BARBOSA, contra prisões ordenadas pelo Presidente da República (vd. seu trabalho monográfico, **Dos Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, Capital Federal, 1893, também em suas **Obras Completas**, ed. Ministério da Educação), concedido pelo Acórdão 410, de 16 de agosto de 1893 — padrão para a proclamação judicial de inconstitucionalidade —, com esta afirmação inicial do julgado: “. . . incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar efeitos jurídicos àqueles que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do País”.

Note-se que o **habeas corpus** fora recurso adotado no Brasil há longos anos, desde o Código de Processo Criminal do Império de 1832, art. 340, na tradição inglesa que inspirou o referido Código (qual se viu com a instituição do Júri) e em termos amplos e com uma garantia eficiente, **determinando** já no anterior Código Criminal do Império, de 1830, arts. 183 e ss., **penas criminais** às autoridades que não cumprissem a respectiva ordem.

(7) Se RUI BARBOSA, o maior cultor de então do direito norte-americano, nos dá a excelente monografia, **Dos Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, 1893, sequem-se logo as traduções, no Brasil, por ilustres juristas pátrios, do texto da Constituição dos Estados Unidos e dos grandes trabalhos sobre a mesma dos juristas americanos. Assim, do livro de Joseph Story, **Commentaries on the Constitution of the United States**, pelo Professor THEOPHILO RIBEIRO, da Fac. Dir. de Minas Gerais, de Ouro Preto, 1894, tradução mui rara, de que dei exemplar, em 1955, à Faculdade de Direito da Universidade de Harvard; e o mesmo THEOPHILO RIBEIRO teria traduzido, em 1896, **The Federalist**, já traduzido no Império em 1840; do texto constitucional norte-americano na publicação **Constituições Federais — Contraste dos Textos da Constituição do Brasil com a dos Estados Unidos, Argentina e Suíça**, Rio, 1897, do Professor RODRIGO OCTAVIO; das **Declarações Constitucionais de John Marshall** pelo jurista da Campanha, Minas Gerais, Min. AMÉRICO LOBO, do Supremo Tribunal Federal, do Rio de Janeiro, 1905; do livro **General Principles of Constitutional Law in the United States**, de THOMAS McINTIRE COOLEY, pelo Professor ALCIDES CRUZ, do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1907.

PIMENTA BUENO, após destacar aquela adoção de uma “garantia pronta e eficaz”, “da bem meditada instituição do **habeas corpus**, capítulo precioso da legislação inglesa e digna de todos os povos livres”, houve de excluir: “É o grande recurso que faz cessar todo o constrangimento ilegal, restaurar a liberdade do homem e punir a autoridade arbitrária” (op. cit., nº 566) (8). Depois, quando integrou o Governo, vinculou-se PIMENTA BUENO à reforma judiciária de 1871, Lei nº 2.033, de 20 de setembro, que viria estabelecer, também, o **habeas corpus preventivo** e o **estendia aos estrangeiros**, art. 18.

De outra parte, o texto da Constituição de 1891, art. 72, § 22, dava o remédio: “sempre que o indivíduo sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, ou se sentir vexado pela iminência evidente desse poder”, redação mais ampla. E o Código Penal de 1890, art. 207, punia autoridades que não o cumprissem.

Esta associação do writ à pena para o seu não-cumprimento seguia, também, o direito inglês, quando este, no “Habeas Corpus Act”, de 1816, estabelecia para a não-obediência do writ a severíssima pena de prisão, do “contempt of court” (9).

7. A construção constitucional do **habeas corpus** como remédio eficaz, sumariíssimo (o Prof. LUIS CARPENTER denominava-o nessa linha: “ação cível sumariíssima”) para a defesa de direitos ameaçados ou violados, na asseguarção do judiciarismo, vai se desenvolver em outros acórdãos dos fins do século e, em especial, no grande julgado do Supremo, de 14 de janeiro de 1903 (PHANOR J. EDER, op. cit., pág. 467, nota) proclamando que “o direito brasileiro era bem amplo no assunto, diverso das doutrinas inglesa e americana, inaplicáveis no Brasil, onde, na ausência de outros recursos lá existentes (*writs of mandamus, quo warranto and prohibition*), o sentido da expressão **habeas corpus** não significa o simples direito de não ser levado à prisão ou nela mantido”. “É”, acrescenta, “instrumento apropriado para suspender ou prevenir infrações por ilegal violência ou abuso do poder, pela aplicação da máxima *ubi jus, ibi remedium*”.

Alteia-se em acórdão primeiro do insigne Ministro PEDRO LESSA, no **Habeas Corpus** nº 2.990, de 25-1-1911, continuando no seu livro, **Do Poder Judiciário** de 1915 (com a expansão da doutrina), págs. 277 e ss., em especial 285/290, e, após, no **Habeas Corpus** nº 5.519, de 27-12-1919, **Revista Forense**, v. 34/362.

Baseando-se no texto constitucional, art. 72, § 22, “violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” que considerava “amplo, vasto, perfeitamente liberal (e isto ressalta dos seus próprios termos), mais adiantado que o preceito similar de outros países”, conclui PEDRO LESSA pelo cabimento da ordem de **habeas corpus** sempre que se restringisse a liberdade

(8) E mostrara, antes, no seu belo livro, **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**, nº 305, que ele é conferido “não somente contra a prisão arbitrária, e sim contra todo constrangimento ilegal, ou ele provenha de uma detenção injusta, ou de ser ela verificada em lugar ilegítimo, em cárcere privado, ou resulta de uma exigência forçada, ou opressão que comprima indevidamente a liberdade do cidadão, ou do homem”.

(9) Vd. o magnífico estudo de PHANOR J. EDER, “Habeas Corpus Disembodied: The Latin American Experience”, na obra em homenagem ao Professor HESSEL E. YNTEMA, *xxth. Century Comparative and Conflict Law*, Sythoff, Leyden, 1961, pág. 465/468.

de locomoção, meio, condição, para o exercício de um direito escopo, certo, líquido, incontestável⁽¹⁰⁾.

Foi, afinal, defendido por outros Ministros, principalmente pelo eminente EDMUNDO LINS (ac. in *Rev. For.* v. 39/212), dando **habeas corpus** para garantir a liberdade de reunião, H.C. nº 4.781, ac. de 5 de abril de 1919 (*Rev. For.* 34/213) e, sobretudo, evoluindo no seu acórdão de 24-12-1919, para acompanhar “a jurisprudência do Tribunal, que admite o **habeas corpus** para proteger o exercício de qualquer outro direito ou função pública, sempre que não houvesse, para a sua proteção, outro remédio jurídico e desde que a situação jurídica do paciente fosse certa, líquida e incontestável; que a razão por que assim procedia era que, não podendo haver lesão de um direito individual sem a conseqüente reparação pelo Poder Judiciário, essa interpretação lata tem sido a garantia única dos oprimidos, não devendo, portanto, ser suprimida enquanto o Legislativo não adotar, entre nós, outros remédios jurídicos mais adequados”⁽¹¹⁾.

Posteriormente, outro grande juiz do Supremo, o Presidente LAUDO DE CAMARGO, em notabilíssimo acórdão no H.C. nº 24.637, de 25-7-1932 (*Jurisprudência STF*, 6/1, e ss. e *DJ*, 10-1-1934, 1 e ss.), concedeu **habeas corpus** a estrangeiro para não ser expulso, durante o Governo provisório da Revolução de 1930, **que restringira o uso do remédio apenas à matéria de crimes comuns**. Tratava-se, no fundo, de uma extradição inadmissível (em navio de Estado estrangeiro, direto ao mesmo Estado, onde o expulsando estaria sujeito à pena de morte), extradição disfarçada, assim, em expulsão. E o acórdão concluiu: “Só assim (concedendo a ordem para que, posto fora do território brasileiro, escolha o estrangeiro o rumo que lhe convenha) o direito de expulsão é exercido normalmente. Do contrário, à sombra desse direito, se poderia vir a feri-lo, praticando uma injustiça, que se deve evitar” (vd. H. VALLADÃO, *Paz, Direito, Técnica*, pág. 113).

A Justiça em primeiro lugar: o remédio processual terá que vir sempre a seu serviço.

8. Estava criada e consolidada a doutrina brasileira do **habeas corpus** e garantido o judiciarismo republicano.

E essa doutrina do **habeas corpus** aplicou-se extensivamente para: exercício de funções públicas eletivas; exercício de uma profissão; durante o estado de sítio; em casos de intervenção nos Estados (federalismo, segundo se vê no cit. livro de PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*). Até para presos,

(10) “Pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer. Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pôr em prática um direito de ordem civil, ou de ordem comercial ou de ordem constitucional, ou de ordem administrativa, deve ser-lhe concedido o **habeas corpus**, sob a cláusula exclusiva de ser juridicamente indiscutível este último direito, o direito escopo. Para recolher à casa paterna o impúbere transviado, para fazer um contrato ou um testamento, para receber um laudêmio, ou para constituir uma hipoteca; para exercitar a indústria de transporte, ou para protestar uma letra; para ir votar, ou para desempenhar uma função política eletiva; para avallar um prédio e coletá-lo, ou para proceder ao expurgo higiênico de qualquer habitação; se é necessário garantir a um indivíduo a liberdade de locomoção, porque uma ofensa, ou uma ameaça, a essa liberdade foi embaraço a que exercesse qualquer desses direitos, não lhe pode ser negado **habeas corpus**. Que juiz, digno desse nome, indeferiria o pedido de **habeas corpus** em favor do cidadão que, estando no gozo dos seus direitos políticos, não pudesse chegar até à mesa eleitoral, porque lho vedasse a violência de qualquer esbirro, ou de qualquer autoridade energúmena?”

(11) Apud ARAUJO CASTRO, *A Reforma Constitucional*, 1924, págs. 138/139.

durante o estado de sítio, irem ao Tesouro receber seus vencimentos, para alunos serem considerados aprovados.

Suscitou grandes problemas quando se ampliou mesmo a assuntos essencialmente políticos, p. ex., reconhecimento de poderes (vd. ARAUJO CASTRO, *Manual da Constituição Brasileira*, págs. 214/216). Ai o Supremo Tribunal dividiu-se, segundo se pode ver do acórdão de 16-12-1914, de ENEAS GALVÃO, no célebre H.C. 3.697 (*Rev. Sup. Trib.*, v. 4, págs. 3 a 28), dado ao Senador NILO PEÇANHA para se empossar como Presidente do Estado do Rio, vencido o próprio Ministro Pedro Lessa (12).

Compreende-se tal doutrina brasileira do **habeas corpus**, única no mundo jurídico internacional — segundo se pode ler no excelente estudo, já citado, de PHANOR J. EDER, “Habeas Corpus Desembodied: The Latin American Experience”, e consta do acórdão citado de EDMUNDO LINS — como consequência do princípio fundamental, *ibi jus ibi remedium*, a exigir um, o **habeas corpus**, dada a ausência de outros remédios processuais.

E na matéria política, da inexistência então de uma justiça eleitoral, que só seria criada após 1930 (13).

9. O abuso na concessão do **habeas corpus** (14) determinou que o próprio Governo (Presidente BERNARDES, 1926) pedisse ao Congresso ações rápidas e seguras e foram mesmo apresentados, então, projetos de lei pelos deputados de Minas Gerais e do Ceará, GUDESTEU PIRES (mandado de proteção ou restauração) e J. C. MATOS PEIXOTO (admitindo interdito possessório para direitos pessoais) não amparáveis pelo **habeas corpus**, que seriam, afinal, a origem do instituto do mandado de segurança, criado pela Constituição de 16 de julho de 1934 (15).

Eis o texto da criação do novo **writ**, art. 113, § 33: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do **habeas corpus**, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.” Manteve-o a Constituição de 1946 nessa fórmula, onde se vê sua afinidade clássica com o **habeas corpus**, art. 141, § 24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus**, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” E assim perdurou na Constituição de 1967, art. 150, § 2º, e na Emenda Constitucional nº 1, art. 153, § 24.

Representam, assim, o **habeas corpus** e o **mandado de segurança**, os dois remédios processuais básicos para a garantia do judicialismo, para a

(12) Vd. o notável elogio de PEDRO LESSA, por ocasião do 50.º aniversário de seu falecimento, feito em Sessão Plena do Supremo Tribunal Federal, de 25 de agosto de 1971, pelo eminente Ministro LUIZ GALLOTTI.

(13) Na Revisão Constitucional de 1926 alterou-se a redação do texto para restringir o **habeas corpus**, mas o Supremo Tribunal interpretou-o no sentido de manter sua “construction”.

(14) PHANOR J. EDER declara que tribunal de Instância Inferior deu **habeas corpus** a menores sob pátrio-poder, a fim de participar das festas de carnaval... (cap. cit., pág. 468).

(15) Vd. a publicação, *Discursos Parlamentares*, Rio, 1927, com notável trabalho de JOSÉ CARLOS MATOS PEIXOTO defendendo-o na tradição do direito português e, antes de RUI BARBOSA no célebre trabalho, *A Posse dos Direitos Pessoais*, 1886. Ainda o livro de LEVI CARNEIRO, *Federalismo e Judicialismo*, 1930.

defesa completa do primado da Constituição, completados com a **instituição da justiça eleitoral**.

10. Aquela doutrina brasileira do **habeas corpus** repercutiu, amplamente, no processo criminal.

Os tribunais passaram a dá-lo mesmo a réu condenado, isto é, para casos que eram do **novo remédio**, originário da Constituição republicana de 1891, art. 81, de **Revisão Criminal**, de competência privativa do Supremo, regulado pela citada Lei nº 221, de 1894, art. 74, § 1º

Assim passaram a ser concedidos **habeas corpus** em casos ali previstos: 1º) de contrariedade a texto expreso da lei penal; 2º) de nulidade substancial do processo; 3º) de incompetência ou suspeição do juízo; 4º) . . . Deu-se, também, em caso ali não antevisto, de extinção da punibilidade, p. ex., de prescrição do crime ou da pena e passou-se, ainda, depois, a conceder o **writ** quando o fato criminoso, tal qual descrito na denúncia, não constituía crime em tese.

Nessa linha maior requeri, e defendi em grau de recurso, muitos **habeas corpus**, na minha mais que cinquentenária prática de advogado no Supremo Tribunal Federal.

11. Afinal, o vigente Código de Processo Criminal de 1941, art. 621, **após restringir os casos de revisão criminal** (já descentralizados do STF para os Tribunais de segunda instância, art. 624), seis da primitiva lei (221 cit.) para quatro, predominantemente versando matéria de prova ou de fato, **aumentou os tradicionais casos de habeas corpus**, art. 648, em sete, a começar por este genérico, I, **quando não houver justa causa**.

Na prática constata-se uma pleora de **habeas corpus** (basta consultar as atas das sessões do Supremo e dos Tribunais de 2ª instância) e, não raro, chega-se a distorcer o **writ**, com tumulto judiciário e inversão de competências. Chega-se, através de descobertas surpreendentes de "justa causa", a substituir, ou mesmo, suprimir, a atuação no feito da primeira instância criminal, que é, realmente, a que conhece os fatos e suas circunstâncias, o criminoso e suas atividades e antecedentes.

Preferem os réus, sobretudo os poderosos (p. ex., nos grandes delitos, em especial contra a economia popular), com notáveis advogados, obter, em sucessivos pedidos de **habeas corpus**, o trancamento logo do processo, chegando, às vezes, a conseguir a requisição pelo tribunal do inquérito policial, para decidir se o Ministério Público devia, ou não, denunciar.

A autonomia da promotoria ou da procuradoria na matéria é fundamental, e a denúncia é a abertura de uma instrução criminal, com o seu habitual largo curso, onde, em face do desenrolar do processo, inclusive de novos fatos aparecidos, a própria denúncia pode e deve mesmo ser alterada.

De outra parte intervém, também, às vezes, o tribunal de segunda instância, através do **habeas corpus**, no curso do processo criminal de primeira instância, interrompendo-o, prolongando-o (a facilitar prescrição em crimes de curtas penas), p. ex., concedendo prisão preventiva denegada pelo juízo da causa, do local do delito, evidentemente muito mais instruído a respeito, conhecedor melhor do procedimento e do passado do réu, das circunstâncias envolventes do fato criminoso.

Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal

RUBEM NOGUEIRA

Professor na Faculdade de Direito da
Universidade Católica da Bahia — Do
Instituto dos Advogados Brasileiros.

... Fizemos deste Tribunal o sacrário da
Constituição, demos-lhe a guarda da her-
menêutica, pusemo-lo como um veto per-
manente aos sofismas opressores da Ra-
ção de Estado, resumimos-lhe a função
especifica nesta idéia.

RUI BARBOSA (Do discurso de sus-
tentação do Habeas Corpus nº 300,
em 23-IV-1893).

Quando uma idéia nova tem de ser di-
fundida pela Providência num só povo
ou por toda a humanidade, nasce um ho-
mem que a formula na criação do gênio,
e que a propaga pela fascinação da pala-
vra eloqüente.

LATINO COELHO (Garret e Cast-
lho — Estudos Biográficos, s/d, pág.
93).

TEMPOS OBSCUROS DE UMA JUDICATURA SOBERANA

1. Com a mudança de regime político, em 1889, nem todos tiveram imediatamente, inclusive juizes, uma idéia da alteração profunda operada no órgão cúpula do Poder Judiciário: de *Supremo Tribunal de Justiça* passara a *Supremo Tribunal Federal*. Quanto significava isto? É possível que os seus integrantes, eles próprios, na maioria vindos do antigo tribunal monárquico, se não tivessem dado conta da natureza da transformação havida.

Ainda com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça continuou a funcionar por muitos meses, depois da queda do Império, sob a presidência do VISCONDE DE SABARA, julgando, principalmente, como sempre, os velhos *recursos de revista*, nos casos de *injustiça notória* ou de *manifesta nulidade*, nas sentenças proferidas em todos os juízos em última instância, segundo o art. 6º da lei de sua criação (Lei de 18 de setembro de 1828). Compunham-no, então,

Trabalho feito a pedido da Universidade de Brasília (que propôs o título), para comemorar o Sesquicentenário do STF.

os Ministros ANDRADE PINTO (João José de), BANDEIRA DUARTE, FREITAS HENRIQUE (João Antônio de Araújo), SAMPAIO, GOUVEIA, FARIA (Joaquim Francisco de), MENDONÇA UCHÔA (Inácio José de), QUEIROZ BARROS (Luiz Corrêa de), SOUZA MENDES (Antônio de), BUARQUE DE LIMA, AUGUSTO DA SILVA, ARARIPE (Tristão de Alencar), AQUINO E CASTRO (Olegário Herculano de), BRITO E O VISCONDE DE SABARÁ.

Não imaginavam possivelmente que os idealizadores da nova distribuição de atribuições dos três Poderes, decorrente do sistema federativo, entre os quais figuravam, como expoentes, MANOEL FERRAZ DE CAMPOS SALES (Ministro da Justiça) e RUI BARBOSA (Ministro da Fazenda), no Governo Provisório chefiado pelo Marechal DEODORO DA FONSECA, confeririam ao órgão máximo do Poder Judiciário uma função até ali desconhecida inteiramente em nossa experiência jurídico-forense: a de verificar a legitimidade dos atos dos outros Poderes, com a autoridade de declarar a inconstitucionalidade das leis.

2. A 30 de novembro de 1889, o Governo Provisório, em cujo seio predominavam experimentados juristas, promulgou, sob a forma de decreto, a Lei nº 25, abolindo os tratamentos de *majestade* e *senhor*, devidos aos tribunais superiores desde o Alvará de 20 de maio de 1769, e mantendo outras *praxes tradicionais do foro*, não incompatíveis com o regime recém-instaurado. Assim, ficavam os advogados dispensados de começar os seus arrazoados com a vetusta fórmula: *Senhor! Para V. M. Imperial recorro etc.*

Ao longo do ano de 1890 continuou a denominar-se *Supremo Tribunal de Justiça*, como que indiferente à marcha do País para a organização de novas estruturas políticas e jurídicas. O próprio Governo Provisório também assim o designou, quando, pelo Decreto nº 210, de 20 de fevereiro de 1890, estabeleceu que o presidente do *Supremo Tribunal de Justiça* fosse eleito por votação nominal e maioria absoluta de votos dos seus ministros.

3. A denominação nova, de *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*, surge pela primeira vez no Projeto de Constituição, que o Governo Provisório se comprometia a *cumprir e fazer cumprir*, o qual se publicou com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e seria, quatro meses depois, com umas poucas alterações, submetido ao Congresso Constituinte. No seu art. 53 estava dito: "O Poder Judiciário da União terá por órgãos um *Supremo Tribunal Federal*, com sede na Capital da República, e tantos juizes e tribunais federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar", segundo a redação do punho de Rui Barbosa, substitutiva da constante do Projeto discutido pelo Ministério, que era a seguinte: "O Poder Judiciário Federal será exercido por um *Supremo Tribunal de Justiça* e por tantos juizes ou tribunais federais quantos o Congresso criar, tendo em vista a extensão do território, a disseminação da população e o número mais ou menos provável de causas e questões." Previam-se aí também as suas atribuições novas de fazer o controle de constitucionalidade das leis.

Mas foi o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que, ao organizar a Justiça Federal, estatuiu, no art. 1º: "A Justiça Federal será exercida por um *Supremo Tribunal Federal* e por juizes inferiores intitulados — Juizes de Seção", dando ao Supremo Tribunal a competência jurisdicional que depois seria confirmada pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

4. Contudo, por algum tempo ainda perseverou ele na rotina de julgar nos casos de *injustiça notória* e *nulidade manifesta*, tendo como *injustiça notória*, que autorizava a concessão da *revista*, o julgamento contra direito expresso, e não a consistente em julgamento contra o alegado e provado nos autos — conforme disse o acórdão de 12 de setembro de 1891, na *Revista Cível* nº 30, de Pernambuco (*O Direito*, ano XIX — setembro a dezembro, vol. 56, pág. 192).

Nos antigos *recursos de revista*, o Supremo Tribunal de Justiça, segundo a organização judiciária do regime monárquico, não apreciava os fatos, as provas, o merecimento enfim da causa, mas revia tão só a *injustiça* ou a *nulidade* da sentença recorrida, para declarar a violação da lei. A *revista* era negada, uma vez se convencesse o Tribunal de que o acórdão recorrido aplicara bem o direito e observara as solenidades essenciais do processo. Se, pelo contrário, entendesse que houvera falsa aplicação da lei ou preterição das formalidades substanciais do processo, concedia-a, oferecendo a verdadeira inteligência da lei e designando outro tribunal para proferir novo julgamento.

Assim procedeu o Supremo Tribunal Federal depois do Decreto nº 848 e até sua instalação oficial, quatro dias depois de promulgada a Constituição de 24 de fevereiro de 1891. De fato, por acórdão de 21 de fevereiro de 1891, concedeu a *Revista Crime* nº 2.709, originária de Ouro Preto, *pela manifesta nulidade do acórdão recorrido*, e ainda designou a Relação da Capital Federal para rever o feito e de novo julgá-lo (cf. *O Direito*, revista mensal de doutrina, legislação e jurisprudência, de propriedade do Dr. João José do Monte, Rio, ano XIX — maio a agosto, vol. 55, pág. 53). O Supremo Tribunal continuava a chamar o tribunal de segunda instância da Capital Federal de *Relação*, nome que vinha do tempo da Colônia, mas, pelo decreto que organizou a justiça no Distrito Federal, os seus órgãos de segunda instância eram o Tribunal Civil e Criminal e a *Corte de Apelação*. Parece, aliás, que foi esse o último julgamento de recurso de revista, em que o Supremo Tribunal Federal ainda procedeu como o antigo Supremo Tribunal de Justiça, isto é, designando outro tribunal para proferir novo julgamento do caso.

5. Porque, depois de instalado solenemente, no dia 28 de fevereiro de 1891, e já integrado de alguns ministros nomeados pelo Governo Provisório, como PIZA e ALMEIDA e JOAQUIM DA COSTA BARRADAS, o Supremo Tribunal Federal passou a decidir recursos de revista, não mais mandando-os, quando providos, a outro tribunal para proferir novo julgamento, e sim julgando-os *como se fosse a instância revisora*. Parece que o primeiro caso, em tal sentido, foi a *Revista Crime* nº 2.711, originária de Fortaleza. O Supremo Tribunal Federal concedeu-a, por acórdão de 8 de abril de 1891, e, *conhecendo do merecimento dos autos e julgando a causa como se ainda não tivesse sido julgada em 2ª instância*, confirmou a sentença por seus fundamentos (cf. *O Direito*, vol. cit., pág. 50).

Nessa mesma ocasião foi decidida a *Revista Cível* nº 11.300, originária de Ouro Preto. Concederam-na pelo fundamento de *injustiça notória e conseqüente nulidade do processo*, julgando *procedente e provada a ação*. Houve três votos vencidos: QUEIROZ BARROS, *in totum* mas sem dar razões; AQUINO E CASTRO, quanto ao mérito, *por improcedente e não provada a ação*, e PEREIRA FRANCO. Este último entendia viciosa e merecedora de proscrição a fórmula de

concessão de revista *por injustiça notória e conseqüente nulidade do processo*, visto serem duas hipóteses distintas, funcionando a nulidade processual como questão preliminar e a injustiça notória, como questão de *mérito*. Inconcebível, portanto, que *da injustiça notória se siga a nulidade do processo* (cf. *O Direito*, vol. 55, pág. 407). O argumento era irresponsável, mas não sensibilizou o Supremo Tribunal Federal.

Já na *Revista Cível* nº 11.258, procedente de São Paulo, o Ministro MENDONÇA UCHÔA, vencido no acórdão de 28 de janeiro de 1891 que designou a Relação da Capital Federal para revisão e novo julgamento, conhecia do recurso, mas *para julgar-se definitivamente o feito com a mesma amplitude concedida à Relação revisora*, e isto, dizia, *por já não ter o Supremo Tribunal competência e jurisdição para conceder a revista*, em virtude da Lei Orgânica da Justiça no Distrito Federal (v. *O Direito*, vol. 54, pág. 390). Na verdade, o Decreto nº 1.030, de 14-11-1890 (Lei Orgânica da Justiça no Distrito Federal) abolira o recurso de revista, declarando-o extinto a partir da instalação do Supremo Tribunal Federal (art. 217). Quanto aos recursos de revista *interpostos até a data de sua publicação*, e ainda não decididos pelo Supremo Tribunal de Justiça, mandava que este conhecesse, ou o Tribunal Federal, desde que fosse instalado e se extinguisse aquele, denegando o recurso ou revendo e julgando o feito com a mesma amplitude concedida às relações revisoras (art. 219). Por sua vez o Decreto nº 1, de 26-2-1891, que providenciou sobre a instalação do Supremo Tribunal Federal, mandava guardar as disposições dos arts. 218 a 221 do Decreto nº 1.030, de 14-11-1890.

6. Não obstante a disposição taxativa do art. 219 da Lei nº 1.030/90, o Supremo Tribunal Federal, por acórdão unânime de 25 de novembro de 1891, sob a presidência de FREITAS HENRIQUE (eleito na sessão de instalação), concedeu a *Revista Cível* nº 2, originária de Cuiabá, interposta *fora do prazo legal*. De fato, o acórdão revisto, da então ainda denominada *Relação* de Cuiabá, era datado de 5 de dezembro de 1890, mas pela Lei nº 1.030 (art. 219, cit.) somente até a data de sua publicação — 14 de novembro — a revista poderia ter sido interposta (cf. *O Direito*, ano XX — 1892 — janeiro a abril, vol. 57, pág. 27).

7. Estava, assim, o Supremo Tribunal absorvido por julgamentos dessa espécie, sem grandeza merecedora de registro, talvez, quem sabe, pela mentalidade dos seus juizes vindos dos tempos imperiais, não de todo desembaraçados ainda de certa timidez ante o Executivo. Este, pouco antes, através do Aviso nº 83, de 17 de dezembro de 1888, subscrito pelo Ministro da Justiça, FRANCISCO DE ASSIS ROSA E SILVA, o havia publicamente repreendido por não ter, segundo o Ministro, bem aplicado *as salutaras e garantidoras disposições da Ord. liv. 3ª, tit. 66, § 7º e dos arts. 232 e 737 do Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850* — o que levou a uma não muito cordial troca de ofícios entre o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Visconde de Sabará, e o Governo imperial — (cf. *O Direito*, ano XXI — 1893 — setembro a dezembro, vol. 62, págs. 98-101).

PELA SOBERANIA INTERPRETATIVA DO JUDICIÁRIO

8. Urgia conduzir o Supremo Tribunal Federal para o desempenho de sua função primordial: dar a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos

do Congresso e do Executivo, ser o guardião da Constituição e a fortaleza dos direitos e garantias individuais. O que a nova ordem jurídica lhe reservara capitalmente era o poder de conferir, em caráter definitivo, a legitimidade constitucional dos atos administrativos e das leis, para o fim, impossível de ser atingido no regime anterior, de recusar aplicação a um ato, fosse de que Poder fosse, incompatível com a Constituição. Estaria o órgão cúpula do Poder Judiciário imbuído da consciência de sua nova força? Ou seria preciso alguém que lhe revelasse, *in concreto*, as singularidades de sua missão?

Os acontecimentos se incumbiram de abrir a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ser chamado a exercer as suas novas atribuições; e suscitaram ao mesmo tempo o homem dotado das qualificações necessárias para tão ingente iniciativa. Ingente e arriscada, em face das tendências autoritárias do Governo.

O Supremo Tribunal Federal não se rendeu imediatamente às evidências jurídicas reveladas pelo patrono da legalidade. Antes, pelo contrário, vacilou, teve avanços e recuos, alguns até chocantes, como ocorreu nos dois julgamentos sucessivos de 26 de março e 16 de abril de 1898, em que, com diferença de poucos dias, proferiu sentenças diametralmente opostas acerca da mesma matéria e em relação às mesmas pessoas, segundo adiante indicaremos.

Artífice principal do Projeto de Constituição que o Congresso Constituinte havia promulgado a 24 de fevereiro de 1891; ex-ministro e vice-chefe do Governo Provisório; parlamentar experimentado em embates de tribuna e trabalhos jurídicos de comissões técnicas; jornalista que muito concorrera, com os artigos de fundo do *Diário de Notícias*, da Corte, para a queda do regime monárquico; autor de livros e traduções, advogado forense conceituado e jurisconsulto tido já entre os mais insignes mestres do Direito no Brasil — tudo isso deu imediata repercussão social ao ingresso de RUI BARBOSA no Supremo Tribunal Federal, em defesa das primeiras vítimas de atos inconstitucionais do prestigioso Chefe do Executivo, Marechal FLORIANO PEIXOTO.

O seu pedido foi, porém, negado — a despeito da longa e irrefutável fundamentação, em dezenas de folhas dos autos do *habeas corpus*, que depois encheram vinte e sete páginas na revista *O Direito*, e do verdadeiramente luminoso discurso de sustentação, reproduzido em dezesseis páginas do livro publicado por amigos do autor, sob o título de *O Estado de Sítio, Sua Natureza, Seus Efeitos, Seus Limites* (Capital Federal, Companhia Impressora, Rio 1892) (1).

Ali estava a análise do fato e a exposição das modernas doutrinas jurídicas aplicáveis, particularmente as do Direito anglo-americano, fonte imediata onde se inspiraram os elaboradores da Constituição em vigor. A essa luz revelava-se em toda a sua crueza a violação constitucional causada pelos atos executivos que, sob o estado de sítio, haviam demitido e reformado, sumariamente, funcionários vitalícios, prendido, sem delito e sem flagrante, senadores, deputados,

(1) O número de ordem desse *habeas corpus* era 300, mas em verdade, dada a sua singular importância jurídica, poderia considerar-se o nº 1 de toda a série até ali decidida, pois pela primeira vez se utilizava aquela garantia, nos termos da amplíssima fórmula que lhe fora dada pelo art. 72, § 22, da nova Constituição, para tutelar direitos fundamentais do indivíduo.

jornalistas, oficiais-generais, e deportado a maioria para regiões longínquas e inhóspitas do território nacional. Um quadro de violências como igual jamais fora antes visto no País.

9. O Supremo Tribunal Federal, segundo os termos da petição, era um órgão de reparação inexistente sob a monarquia, e sua sentença iria delinear-lhe a fisionomia, o destino histórico para a consolidação da República Federativa. Para logo o impetrante afastou a questão *política* derivada da decretação do estado de sítio. Os casos — advertiu — que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos *individuais*, não podem ser desfechos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do Executivo. Expunha a doutrina jurídica a ser consagrada em próximo futuro: “Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este o princípio fundamental de todas as Constituições livres. Se, sob o pretexto da natureza política das necessidades, que legitimam esse temeroso parêntesis da ordem constitucional conhecido pelo nome de estado de sítio, o governo, fora das condições extremas taxadas na lei, puder arremessar contra os seus antagonistas políticos essa mole de arbítrio, e o direito esmagado não tiver contra ela a sua salvaguarda natural nos tribunais, quem conterá mais o Poder Executivo?” E como que prevendo o que anos depois o Executivo todo poderoso faria com o Legislativo e o Judiciário, alertava: “Quando ele quiser penetrar nas imunidades protetoras da representação nacional, eliminando os seus adversários, para ajeitar maiorias na legislatura, quem lhe porá cobro? Quando ele quiser, no seio deste tribunal mesmo, assegurar-se a impunidade, arredando votos suspeitos, que será dos supremos juizes da União, que será de vós, se voluntariamente houverdes despedido a vossa prerrogativa constitucional agora invocada, subscrevendo uma declaração de incompetência nos *habeas corpus* reclamados pelas vítimas de uma suspensão inconstitucional de garantias?”

Este ponto não podia ser olvidado: “Se os efeitos do estado de sítio fossem *exclusivamente* políticos, os tribunais federais não teriam, de certo, nada que ver com as conseqüências do seu uso. Mas, desde que estas interessam ao direito privado, à individualidade civil dos cidadãos, arriscando-os às mais intoleráveis misérias da opressão, não há conveniência de governo que possam extorquir às vítimas a faculdade do apelo à justiça”. Era preciso ter bem presente que as duas jurisdições: a parlamentar e a judicial, não se anulam reciprocamente, tendo cada uma sua função peculiar. “O Congresso aprecia o fato político à luz da conveniência ou do direito fundamental. A justiça entende nas questões civis, restabelecendo o direito do indivíduo, quando o Executivo, para o ferir, transpôs a barreira constitucional” (2).

10. O impetrante tudo fez para que o Supremo Tribunal Federal não se detivesse ante o espantelho ou sofisma de ser aquele assunto vedado à justiça pela sua natureza *política*. “Não vos enredeis em tal sofisma”, suplicou.

(2) Em sessão de 13 de novembro de 1897, quando o Supremo Tribunal Federal negou o *habeas corpus* requerido por MEDEIROS E ALBUQUERQUE a favor de FORTUNATO DE CAMPOS MEDEIROS, por se tratar de crime político, com relação ao estado de sítio, o Ministro MACEDO SOARES votou vencido, com apoio num dos argumentos de Rui, expendidos no *Habeas Corpus* nº 300, como se pode ver em *O Direito*, ano XXVI, 1898, vol. 75, pp. 572-75.

“Qual é a disposição constitucional, onde se ache essa exceção limitativa à vossa autoridade geral de negar execução às leis inconstitucionais e aos atos inconstitucionais do Poder Executivo?... Vós, Tribunal Supremo, fostes instituído para guarda aos direitos individuais, *especialmente contra os abusos políticos, porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer...* Logo, senhores juizes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não o subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade, ferida, negada, conculcada pelo governo, se levanta diante de vós, exigindo reparação... Ora, a regularidade orgânica das instituições republicanas e a inviolabilidade dos direitos particulares foram-vos entregues em custódia, estão-vos confiadas em depósito, são a matéria peculiar da vossa autoridade. Tudo o que atente contra elas toca ao vosso poder, desde que se defina perante vós sob as formas da questão judicial.” E concluiu: “Só uma proibição explícita da Carta Federal poderá restringir esse poder.”

O Supremo Tribunal Federal, num acórdão de cinquenta e cinco linhas, em apenas oito considerandos que nenhuma interpretação dos textos apontados pelo requerente encerravam, cometeu o grave equívoco de virtualmente declinar a sua *incompetência* para conhecer da espécie e ao mesmo tempo negar o *habeas corpus*. De fato, dizia o acórdão de 23 de abril de 1892: “*Considerando que, pelo art. 80, § 3º, combinado com o art. 34 da Constituição, ao Congresso compete privativamente aprovar ou reprová-lo o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medidas excepcionais, que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificação dos motivos em que se fundam; Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que também não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo*” (grifamos).

Diante dos motivos apresentados, que importavam na sua *incompetência* para conhecer do caso naquela altura, o regular é que o Supremo Tribunal Federal não conhecesse do pedido, e não que o negasse, isto é, proferisse julgamento *de mérito*. Além disso, incidiu noutros equívocos que depois viria a corrigir, como o de afirmar que os *efeitos do estado de sítio* subsistiriam após o prazo de duração da medida excepcional (a Constituição de 1967 com a Emenda 1/69, a exemplo da de 1934 e 1946, dispõe: “Art. 158 — *Findo o estado de sítio, cessarão os seus efeitos* e o Presidente da República, dentro de trinta dias, enviará mensagem ao Congresso Nacional com a justificação das providências adotadas” (grifamos).

Por fim, registre-se que o acórdão reconheceu que *estavam ou podiam estar envolvidos direitos individuais* na situação criada pelo estado de sítio, mas ainda assim negou a ordem de liberdade, recusando a argumentação do advogado requerente, cuja substância, entretando, passaria a integrar o texto da Constituição a partir de 1946, no art. 141, § 4º, assim concebido: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

11. Mas o patrono da *legalidade constitucional, servida pelos tribunais*, não resesperou. Foi à primeira instância e lá propôs ações cíveis de reparação

dos danos patrimoniais infligidos às vítimas dos atos arbitrários do Presidente da República, ações nas quais revelou extensamente o papel da justiça federal no novo regime, o seu poder de declarar a nulidade dos atos inconstitucionais do Legislativo ou do Executivo, de negar enfim aplicação, *in casu*, às leis contrárias à Constituição. Demonstrava, com apoio no Direito norte-americano e nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, as novas atribuições conferidas à magistratura, de verificar a compatibilidade das normas jurídicas e dos atos administrativos com a Constituição, para o efeito de, num caso concreto levado à sua apreciação, recusar aplicação às normas e aos atos violadores de textos constitucionais. Partia dos princípios de que "o direito de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos, ou administrativos, é a chave do nosso regime constitucional, seu princípio supremo, e de que as ações propostas emanam de um direito superior à força de todos os poderes constituídos, e correspondem a uma obrigação dos tribunais, rudimentar no regime americano, que é o nosso". Matéria jurídica então nova entre nós, desvendou-lhe RUI todos os segredos, revelou-a, com extensão e profundidade, aos juizes brasileiros que pela primeira vez se defrontavam com procedimentos daquele tipo (cf. RUI BARBOSA, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Capital Federal, Companhia Impressora, 1893, págs. 5-249, ou *Obras Completas*, vol. XX, 1893, Tomo V, *Trabalhos Jurídicos*, págs. 7-218).

As ações foram julgadas procedentes e confirmadas as sentenças respectivas pelo Supremo Tribunal Federal, que já então reconheceu ser o Poder Judiciário *guarda da inviolabilidade da Constituição* (acórdão de 19 de setembro de 1895). Ao mesmo tempo, novos pedidos de *habeas corpus* RUI formulava a favor de outras vítimas da ditadura florianista, sempre insistindo, com abundância de fundamentos, na técnica de estimular o Supremo Tribunal ao exercício dos poderes, que a Constituição lhe dera, de rejeitar todo efeito às leis e atos executivos inconstitucionais.

12. O caso dos quarenta e oito presos civis do navio "Júpiter" (*Habeas Corpus* nº 406, requerido a 31 de julho de 1893) teve bom sucesso: o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de soltura por acórdão de 9 de agosto de 1893, vencido apenas o Ministro FARIA LEMOS (cf. *O Direito*, vol. 62, págs. 70-88), decisão em virtude da qual recebeu um agressivo ofício do Ministro da Guerra, lamentando que sua decisão não fosse fundamentada, apesar de envolver graves questões de ordem pública e de surpreendente impugnação das leis aplicáveis (textual). O Supremo Tribunal Federal, depois de agitados debates, resolveu aprovar a proposta do Ministro JOSÉ HIGINO, que mandava consignar em ata esta impávida declaração, verdadeiramente digna da augusta condição daquele órgão judicante: "Não cabendo ao Poder Executivo fixar a competência dos tribunais, dar-lhes instruções, ou determinar a jurisprudência que devem seguir, a não ser pela forma regulamentar, e em virtude de execução de lei, o Supremo Tribunal Federal resolve não tomar conhecimento da matéria do ofício que em 10 de corrente lhe foi dirigido pelo ajudante-general do exército em nome do vice-presidente da República, visto como o mesmo ofício não é compatível com os princípios constitucionais, que devem dominar as relações entre o Poder Executivo e o Judiciário" (cf. *O Direito*, vol. cit., págs. 95-112 e pág. 117).

Em sessão de 16 de agosto, foi também deferido o *Habeas Corpus* nº 408, pedido em favor do imediato do “Júpiter”, MÁRIO AURELIO DA SILVEIRA, preso incomunicável na fortaleza da Ilha das Cobras. Esse acórdão é particularmente histórico, porque nele o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, afirma de maneira explícita o seu poder de *controle da constitucionalidade das leis* — o que significava uma dupla vitória do advogado requerente. Em verdade diz-se ali: “É considerando: Que incumbe aos tribunais de justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar os efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser ela a lei suprema e fundamental do País” (cf. *O Direito*, vol. 62, pág. 114) (3).

Indeferiu, porém, o *habeas corpus* que RUI impetrou, ainda nesse agosto de 1893 (uma semana antes de eclodir a Revolta da Armada), para a soltura do Senador Almirante EDUARDO WANDENKOLK, DUARTE HUET BACELAR PINTO GUEDES e ANTÃO CORREIA DA SILVA, também presos nas fortalezas de Santa Cruz, Laje e Villegaignon como envolvidos no caso do “Júpiter”. A inconstitucionalidade argüida dos atos governamentais determinantes das prisões dos pacientes resultava da violação das imunidades parlamentares de um deles e da privação do foro comum a que, na qualidade de oficiais reformados, todos tinham direito.

Recordando ao Senado, cerca de nove anos mais tarde, esse episódio judiciário, RUI declarou que, à véspera do dito julgamento, o Supremo Tribunal Federal tinha sido obrigado a reunir-se em sessão secreta para, clandestina e previamente, deliberar sobre o “*habeas corpus*” (cf. *Obras Completas*, vol. XXIX, Tomo V, págs. 117-118).

13. Foi assim, entre marchas e contramarchas, que começou a dar os seus frutos a campanha do patrono da *legalidade constitucional*. Mais tarde, nos autos de uma ação que não chegou a ser decidida — a de reivindicação do Acre Setentrional pelo Estado do Amazonas, proposta em 1905 perante o Supremo Tribunal Federal e conduzida até a produção de razões finais, em 1910 —, retomou o tema do *controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário*, que foi o primeiro, no Brasil, a expor minuciosamente ou, por assim dizer, didaticamente, pedagogicamente.

Na questão do Amazonas insistiu-se no argumento, a que de princípio se ateu o Supremo Tribunal Federal, o da sua *incompetência* para conhecer de pleito onde se impugnasse a validade de um ato legislativo. RUI BARBOZA, rebatendo-o, voltou a demonstrar o poder do Supremo Tribunal Federal de negar execução às leis inconstitucionais, *poder incomparável, função excelsa*, desconhecida nos outros regimes, latente no regime americano e ex-

(3) Esse acórdão, relatado pelo Ministro JOSÉ HIGINO, foi publicado na revista *O Direito* (vol. 62, pág. 112) com o nº 408, e nas *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XX — 1893 — Tomo V — *Trabalhos Jurídicos*, pág. 298, com o nº 410, onde lhe omitiram o nono considerando assim concebido: “Que o paciente não pode ser compreendido em nenhum dos casos excepcionais mencionados no art. 1º da lei citada; porquanto falta na hipótese a circunstância clementar do estado de guerra”. O *habeas corpus* requerido a favor de EDUARDO WANDEKOLK e outros tomou o n.º 415, segundo a revista *O Direito* (ano XXI — 1893 — setembro a dezembro — vol. 62, pág. 393). Mas o número de ordem certo é o que consta da reprodução fotográfica do rosto dos autos respectivos, em *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XX, Tomo V, pág. 305, isto é, 412.

pressa na Constituição brasileira. De tal modo que *transcende essencialmente a esfera judiciária, para assegurar a essa magistratura uma interferência manifesta na própria elaboração legislativa. Donde dizer: Que é, de feito, o que sucede, quando um julgado supremo averba de inconstitucionalidade uma lei? Essa lei deixou virtualmente de existir.*

Ao completar esse pensamento, antecipava-se ao que hoje é verdade asente: "Ferido o ato legislativo por uma sentença destas, nem o chefe da Nação, nem a legislatura se aventurariam a sustentá-lo. Ora a lei abandonada pelos poderes políticos do Estado e entregue ao desrespeito geral pela certeza de que não encontrará senão repúdio nos tribunais do País, é uma lei definitivamente morta. E, se ela expirou simplesmente em consequência do aresto judicial, que a taxa de inconstitucionalidade, embora tecnicamente circunscrita à espécie, embora adstrita às formas processuais, praticamente atua, pelos seus efeitos, como um ato de cassação da lei, como um verdadeiro veto. Daí o nome, com que o têm qualificado alguns autores americanos, de *veto judicial*."

A sentença definitiva tinha a virtude de tornar nenhuma a lei considerada inconciliável com a Constituição. É bem verdade que "a ação judicial não se manifesta senão provocada, e, legalmente, se circunscreve a um caso individual", ponderava. "Mas, uma vez que o julgado baixa do intérprete supremo, impõe-se à obediência de todos os tribunais, e estabelece para todos os casos análogos a certeza da mesma solução, os seus efeitos, gerais, permanentes, inevitáveis, importam no aniquilamento da lei exautorada pela sentença. Que diferença vem a ficar, então, em derradeira análise, entre o ato de uma das câmaras, que abortasse a lei em projeto, o do chefe do Estado, que lhe recusasse a sanção, e o do Supremo Tribunal, que a torna inexecúvel?" Este tema ocupa as cento e vinte e nove páginas iniciais do primeiro volume das razões finais editadas sob o título de *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Rio, 1910, Tipografia do *Jornal do Comércio*, de Rodrigues & C.

Compreendendo a excelência jurídica dessa doutrina, o constituinte de 1934 prescrevia no art. 91, inciso IV, da Constituição de 16 de julho, a competência do Senado para *suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário* — preceito este mantido, com mudança apenas redacional, na Constituição de 1946 (art. 64) e na de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969 (art. 42, VII).

Na essência do pensamento de RUI BARBOSA deveria ter o Supremo Tribunal Federal atribuições semelhantes às do seu congênera norte-americano, cujos arestos exercem, de um lado, como fez ver, uma influência depuradora, de ordem substancialmente legislativa, sobre os atos da legislatura, escoimando-os das leis inconstitucionais, e, de outro, operam uma evolução constituinte, sobretecendo uma Constituição viva à Constituição escrita. A faculdade, que os tribunais têm, de expor e interpretar o ato legislativo por eles taxado de inconstitucional, *promove, como dizia, a elaboração de leis por obra judiciária, assegurando à justiça uma espécie de ascendente sobre a legislatura.*

A jurisprudência em geral não teria entre nós, segundo a síntese das idéias que então defendeu, a imperatividade que lhe é peculiar no sistema do com-

mon law, onde prevalece o princípio do *stare decisis et non quita movere*. Mas RUI queria que a justiça federal, notadamente o Supremo Tribunal Federal, desempenhasse função idêntica à da Suprema Corte, no que entendesse com a vocação constitucional dessa judicatura, com o seu poder de demarcar a legítima fronteira da ação legislativa e da ação governamental. Por isso se deteve, ao longo de dezenas de páginas do arrazoado, no caso do Amazonas, no exame de arestos históricos da Suprema Corte, cujas matérias, como a dos autos da ação reivindicatória do Acre Setentrional, eram a um tempo *jurídica e politicamente* da maior gravidade, e que não a impediu de manifestar-se, pois “esse tribunal, enquanto guarda e expositor da Constituição, tem precedência à própria legislatura, é o verificador soberano do direito constitucional”. Sua competência, pois, destacava, abrange a proteção de todo e qualquer direito que estribe na Constituição — inclusive os de caráter *político*. No particular havia igualdade entre o nosso e o regime norte-americano. “Políticos”, dizia, “são os direitos que se contestam ou limitam, se mantêm ou reivindicam entre os Estados e a União. E é da essência das Constituições federativas que, alheia à zona da ação política, a imparcialidade judiciária fiscalize a linha constitucional de respeito entre a soberania da União e a autonomia dos Estados”.

Como nos casos de 1892 e 1893 (os vários *habeas corpus* e as ações civis de reparação de dano) e de 1898 (*Habeas Corpus* nº 1.063 requerido em favor de congressistas presos e desterrados para Fernando de Noronha), o do Amazonas era também de direito violado por atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. Em todos eles a União suscitou a preliminar da *incompetência* do Supremo Tribunal Federal fundada na natureza *política* da matéria (4).

(4) O *Habeas Corpus* nº 1.063 foi negado por uma ocasional maioria de cinco votos num Tribunal de 15 juizes, presentes nove com direito a voto (acórdão de 26 de março de 1898), ausentes os Ministros PISA E ALMEIDA, AMÉRICO LOBO, LÚCIO DE MENDONÇA e JOÃO BARBALHO, que tinham, na sessão anterior, concedido ordem para o comparecimento dos pacientes. A inicial apontava como principal vício do ato do Governo o de *perdurar o desterro, acabado o estado de sítio*. Como em abril de 1892, afirmava que o *estado de sítio, apenas levantado, morre imediatamente em todos os seus efeitos*, reiterando ainda o fundamento da inconstitucionalidade da suspensão das imunidades parlamentares com a decretação do sítio (outra das teses sustentadas em 1892). Menos de um mês depois (acórdão de 16 de abril), no *Habeas Corpus* nº 1.073 requerido por outros advogados, mas com os mesmos fundamentos jurídicos da petição de RUI BARBOSA e em favor dos mesmos pacientes, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem. Foi relator LÚCIO DE MENDONÇA (ausente no julgamento anterior) e votaram com o relator, pela concessão da medida, os Ministros JOÃO BARBALHO (*idem*), MANUEL MURTINHO (vencido no julgamento anterior), H. DO ESPÍRITO SANTO (*idem*), PEREIRA FRANCO (*idem*), BERNARDINO FERREIRA (relator do *habeas corpus* anteriormente negado e que agora, curiosamente, rejeitava a tese de que, cessada a duração do estado de sítio, cessavam os seus efeitos, mas reconhecia inconstitucionalidade no ato de detenção em lugar designado aos réus de crimes comuns, como era o presídio de Fernando de Noronha) e AMÉRICO LOBO.

Nesse acórdão o Supremo Tribunal Federal reconheceu duas das teses que RUI tinha sustentado em 1892, a saber: 1) que “a imunidade parlamentar não se suspende com o estado de sítio”; 2) “que com a cessação do estado de sítio cessam os seus efeitos”.

RUI regozijou-se com esse resultado, em discurso de 22 de setembro de 1898 ao Senado. “É certo” — disse — “que o tribunal variou nas suas sentenças. Mas devem todos levantar as mãos para o céu, e dar graças a Deus, pois que variou no sentido da justiça e da liberdade”.

Contestando a ação disse, com efeito, o Procurador-Geral da República, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, PEDRO ANTÔNIO DE OLIVEIRA RIBEIRO (por essa época, o Procurador-Geral da República ainda era escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal), no item 12 de sua resposta: *Que em um regime de poderes definidos e limitados, qual é o da Constituição vigente, pelo qual cabe ao Poder Judiciário tão-somente a aplicação ou execução das leis de direito privado em ordem a assegurar os direitos individuais das pessoas naturais ou jurídicas, escopo a que obedece a mesma prerrogativa de não aplicar as leis que forem contrárias ou lesivas aos direitos individuais*, escapa naturalmente à competência deste egrégio Supremo Tribunal Federal conhecer de assuntos de ordem legislativa e de organização administrativa da alçada de outros poderes, *que com eles se ocupam no momento atual, não se dando nem violação da Constituição pela lei do Congresso, nem lesão de direito a resguardar por atos executivos contrários a mesma lei* (grifamos).

Conforme os estilos processuais da época, RUI BARBOSA ofereceu, em fevereiro de 1906, *réplica* a um por um dos treze artigos da Contestação da União Federal, demonstrando fundamentalmente, à luz das contribuições do direito das nações cultas, particularmente do anglo-americano, os equívocos do Procurador-Geral. Mais tarde, nas razões finais (1910), se deteria principalmente nas *preliminares* suscitadas (incompetência do juízo, a pendência legislativa da questão e a impropriedade da ação), temas do primeiro volume do arrazoado que editou. Daí escrever o patrono do Amazonas: a exceção de incompetência pela natureza política do caso foi, desde 1892, o subterfúgio com que se tentou matar, à nascença, a melhor instituição do novo sistema.

Lutar contra isso, para fazer com que o Supremo Tribunal Federal, *tribunal entibiado* a princípio, ocupasse a sua posição augusta no seio da organização política e jurídica instaurada em 1891, parece ter sido um título conquistado, palmo a palmo, pela atividade judiciária de RUI BARBOSA.

A experiência das duas primeiras décadas do regime de supremacia da Constituição inaugurado em 1891 mostra-nos que foi ele quem ensinou o Supremo Tribunal Federal a encontrar o caminho que lhe estava marcado no mecanismo das novas instituições, ou que pelo menos lhe iluminou esse caminho. Por seu turno, o egrégio órgão judicial, que até hoje desenvolveu longa marcha por esse difícil caminho, com o tempo, aliás, muito ampliado, teve no passado diversas alternativas de erro e acerto, ora alegrando, ora amargurando o defensor de suas prerrogativas. Ainda em nossos dias, não obstante a auréola que o envolve e a confiança que nele deposita o povo, não escapa às vicissitudes da condição humana dos seus componentes. O Supremo Tribunal Federal — disse um dos seus maiores juízes —, “conquanto seja infalível, porque é definitivo, comete erros, *data venia*, e tanto os comete que os reconhece, toda vez que emenda Súmula ou varia a jurisprudência” (do voto do Min. ALIOMAR BALEEIRO, no RE nº 80.093-SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal Pleno, aos 2-4-75 — RTJ, 82/820).

A RUI BARBOSA, reconhecamo-lo, deve a Nação o haver integrado o Supremo Tribunal Federal na plenitude de sua autêntica vocação constitucional.

Direito de informação

BARBOSA LIMA SOBRINHO

Presidente da Associação
Brasileira de Imprensa

SUMÁRIO

O instituto da comunicação — A revolução de Gutenberg — Liberdade de informação — Da opinião à informação — A importância crescente da informação — A cibernética e a função social da informação — Obstáculos e perigos na procura da verdade — Em busca de uma verdade precária — A questão da responsabilidade — Nos domínios da repressão — O júri da imprensa — Sentido e valor da liberdade de imprensa e de informação.

Acredito que se poderia atribuir à procura da informação a força ou poder de um instinto. Como um corolário da afirmação de ARISTÓTELES de que o "homem é um animal social". O que basta para transformar a existência da criatura humana numa existência social, mesmo quando se trate de um ermitão isolado no deserto, mas procurando fazer de sua vida um exemplo ou um modelo para os seus semelhantes. ROBINSON CRUSOÉ, perdido na sua ilha desabitada, não tinha outro ideal do que o restabelecimento de uma perdida convivência e, na falta de seus semelhantes, comunicava-se com o seu papagaio, ensinando palavras que tudo fazia para que não se apagassem na sua memória. É esse instinto de comunicação, associado à curiosidade, que conduz o homem à busca da informação, no esforço com que procura devassar o mistério da vida, conhecendo as circunstâncias que o envolvem, para que assim se possa alcançar a soma das experiências individuais e a expansão dos meios de expressão.

Com o desenvolvimento dos grupos sociais, é ainda esse instinto de comunicação que vem criar, como um desdobramento natural, essa

Tese apresentada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus — 18 a 22 de maio de 1980) e aprovada por unanimidade.

outra necessidade, não menos imperiosa, de informação. Conhecer e acompanhar a vida dos vizinhos, saber como procedem os outros grupos sociais, é o meio de proporcionar elementos com que se consolida a segurança de todos. Vive, pois, como propulsor do progresso, fortalecendo os vínculos de coesão, com que os grupos se constituem e se unificam.

Quando escasseia a comunicação, pelo afastamento e separação dos grupos sociais, cresce a necessidade de aproximação com as forças invisíveis, que passam a ser responsáveis por tudo que acontece, das chuvas como dos cataclismas, dos raios como dos trovões, das colheitas más ou das searas abundantes. "Nenhum esforço terá êxito, observa LUCIEN LÉVY-BRUL, sem o concurso desses poderes ocultos". O feiticeiro precederá o rapsodo. Este, por sua vez, antecipará a presença do cronista ou dos primeiros redatores de folhas volantes, destinadas à transmissão de novidades.

MARCELO e CYBELE DE IPANEMA nos advertem, na sua **História da Comunicação**, que a comunicação tanto se podia realizar pela imagem, como pelo som, pelo olfato como pelo tato. Nem podia ser considerada privilégio ou monopólio dos seres humanos, embora viesse corresponder à humanidade seu desenvolvimento surpreendente, que às vezes toca à raia do inacreditável. É ainda desses autores a lição de que "quanto mais se aperfeiçoam as técnicas de comunicação, mais seguro se vai sentir o homem na sua área de ocupação". Multiplicam-se os veículos de comunicação. Não se ignora que a chegada dos espanhóis às terras dos Incas foi transmitida pelo rufo dos tambores, cobrindo a enorme distância entre o litoral e o interior da região.

Os gregos não sentiram a necessidade da informação, pois que viviam num regime de permanente comunicação, nas assembléias em que se reuniram, sendo eles próprios um povo comunicativo e loquaz, localizado num pequeno território. Já os romanos sentiram a necessidade, pela extensão de seus domínios, de recorrer aos anais, com que se informavam do passado, que lhes fornecia os exemplos com que iam pouco a pouco dilatando as suas fronteiras. Já nos tempos de CÉSAR, havia a **Acta Diurna do Povo Romano** que durou do ano 69, antes de Cristo, até à queda do Império, "tão jornal como qualquer outro, guardadas as proporções de tempo e local". Era um amplo repositório de informações a respeito de tudo que se passava no Império, dia a dia, sucessos de interesse efêmero, a exemplo de cerimônias fúnebres, de incêndios, os **faits-divers** de todos os tempos. Até mesmo curiosidades como os exemplos de longevidade ou os milagres de fecundidade, tão importantes para um povo cuja grandeza se alimentava com o número de suas legiões. É claro que não omitia os atos oficiais, para o conhecimento de todos os súditos do império, espalhados numa área imensa.

Nesse assunto, a Idade Média chegou como um colapso do sistema de informações já organizado. O que a caracteriza é a presença de muralhas, ou de fortificações, com que se protegessem os castelos e as cidades, limitando-se as comunicações às áreas defendidas. Mas o instinto ou a necessidade das informações, que antes havia produzido os rapsodo-

dos, inventa agora os menestréis que vão repetindo, de castelo em castelo, acontecimentos que já se transformaram em lendas, pela contribuição pessoal de imaginação dos narradores.

A REVOLUÇÃO DE GUTENBERG

Sistemas precários de comunicação e de informação, como estamos vendo. Até que, em meados do século XV, a invenção de GUTENBERG teve o sentido e a força de uma revolução. A expressão de McLUHAN é precisa: a galáxia de GUTENBERG. Era como a descoberta de um novo sistema estelar, com milhões de estrelas em derredor, embora as descobertas não fossem imediatas e a revelação se fizesse lentamente, à medida que aparecessem as invenções necessárias, dos tipos aos linotipos e à policópia, da impressora plana à rotativa. De começo, pensando-se apenas na divulgação, até que se chegasse à conclusão de que o novo processo serviria também para a sustentação e à defesa de idéias e de doutrinas, num proselitismo que fosse conquistando novos campos de ação e de influência.

Vem dessa época a luta ou o confronto entre os dois objetivos e as duas finalidades da imprensa; a informação e a doutrinação. A divulgação de notícias e a propaganda de idéias, numa espécie de duelo que teve numerosas alternativas. Havia fases e momentos em que predominava a informação. Mas outras vezes o que passa a ter importância era a propaganda, senão de idéias, pelo menos de posições definidas, em que se extremavam as facções.

No Brasil, por exemplo, se a primeira folha que surgiu relembra antes de tudo a informação, com a divulgação dos atos oficiais e acontecimentos que interessavam à Casa Real, através da **Gazeta do Rio de Janeiro**, iniciada a 10 de setembro de 1808, toda a fase das lutas pela Independência corresponde a periódicos doutrinários, empenhados na defesa da autonomia do Brasil, como o **Revérbero Constitucional Fluminense**, de JOAQUIM GONÇALVES LEDO e JANUÁRIO DA CUNHA BARBOSA, como o **Conciliador do Reino Unido**, de JOSÉ DA SILVA LISBOA, o futuro Visconde de Cairu, como **A Malagueta**, de LUÍS AUGUSTO MAY. Já **O Espelho**, de MANUEL FERREIRA DE ARAÚJO GUIMARÃES, não desprezava de todo o setor informativo, embora militando na campanha autonomista. **O Correio do Rio de Janeiro**, de JOSÉ SOARES LISBOA, como **A Sentinela da Liberdade na Guarita de Pernambuco**, de CIPRIANO JOSÉ BARATA DE ALMEIDA, dedicavam-se de todo à defesa de idéias, lutando pelo constitucionalismo e pela adoção de um regime federativo.

Enquanto era essa a orientação que prevalecia no Brasil, surgira em Londres, redigido por um brasileiro, o **Correio Braziliense**, de HIPÓLITO DA COSTA, como uma espécie de revista, pois que se publicava de mês em mês, de todos os acontecimentos que pudessem interessar o público brasileiro, desde as guerras de NAPOLEÃO aos movimentos destinados à libertação das colônias espanholas no continente americano. O que não impediu que o seu dono se empenhasse também na defesa de programas que, a seu ver, pudessem também convir aos destinos do Brasil.

Mais tarde, gazetas que surgiram no País voltariam também ao campo doutrinário, como a **Aurora Fluminense**, de EVARISTO DA VEIGA, **O Brasil**, de JUSTINIANO JOSÉ DA ROCHA, **O 16 de Junho**, de JOSÉ DE ALENCAR, **A República**, propriedade do Clube Republicano, **A Cidade do Rio**, de JOSÉ DO PATROCÍNIO.

Essa, por sinal, a tendência dominante, em periódicos semanais ou bissetimanais, pois que a informação, para ser completa, exige de fato a folha cotidiana que, por sua vez, exige e impõe redações numerosas. As gazetas doutrinárias se faziam com o esforço de poucos redatores, às vezes tão-somente do jornalista que as editava. Não se conhece colaborador freqüente ou constante do **Correio Braziliense** ou de muitas gazetas partidárias que surgiram para a defesa de agremiações políticas.

JUSTINIANO DA ROCHA declarava, na tribuna da Câmara dos Deputados, quando era membro da bancada mineira, que o seu jornal, **O Brasil**, "não é folha noticiosa, é folha de discussão". Por isso mesmo eram periódicos efêmeros, desaparecendo com as paixões que haviam provocado o seu aparecimento. No fundo, mais aventuras do que empresas, embora comesçassem também a surgir empresas, responsáveis pela edição de gazetas destinadas a uma duração maior. Era o caso de **O Spectador Brasileiro**, de PLANCHER, publicado de 1824 a 1827, transformando-se no **Jornal do Comércio**, que ainda circulava em nossos dias. Ou do **Diário do Rio de Janeiro**, que duraria de 1821 a 1878, de começo limitado a informações comerciais, que mais tarde vieram a ampliar-se, tornando-o numa folha mais importantes da imprensa brasileira, sendo ao mesmo tempo doutrinária e noticiosa como o próprio **Jornal do Comércio**. Para o cumprimento dessa dupla função exigia-se redação mais numerosa, para a coleta de notícias, pois que são poucas, quando não suspeitas, as que seguem voluntariamente para as mesas dos redatores. O **fait-divers** custara a se impor ao público, como uma exigência de todos os dias, quase como a xícara de café com que se inicia o dia-a-dia dos fumantes. A função principal dos jornais era, em substância, a defesa de opiniões. Nem se chegara a falar em direito de informação. O que se impunha era resguardar a liberdade do pensamento e da comunicação das idéias.

Assim, já na Constituição brasileira de 1824 se dizia, no art. 179, nº 4:

"Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras escritas e publicá-las pela imprensa, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem, no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar."

A Constituição republicana de 1891 trocara a "comunicação" por "manifestação de pensamento", dizendo, no art. 72, § 12:

"Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem depender de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar."

Manifestação de pensamento é a fórmula consagrada nos textos constitucionais de 1934 (art. 113, § 5º) e 1946 (art. 141, § 5º). Somente na Carta de 1967 é que surge, pela primeira vez nos textos básicos, esse direito, destinado a pôr em relevo o que passava a ser a *função social* mais importante da imprensa, como do noticiário oral: o direito ou a liberdade de informação.

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Assim é que, na Constituição de 1967 se pode ler, no seu art. 153, § 8º:

“É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação, independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.”

Informar passou a ser mais importante que **doutrinar**, numa evolução lenta, que dilatou o âmbito da própria informação. O Dicionário de Littré, em 1862, ainda ficava na significação passiva do verbo: *informar-se*, procurar indícios, investigar. Deve ter sido uma longa evolução, do latim aos idiomas modernos, para deixar de lado o significado de dar forma, esboços, para chegar a valer como transmissão de notícias. O verbo de uso corrente era **noticiar**. Mas para alcançar **informação**, houve que lhe adicionar outros significados implícitos, que lhe atribuíram dignidade, esforço e merecimento das contribuições pessoais. A função social da imprensa não consiste em **noticiar**, mas em **informar**, o que já envolve autoridade e, **ipso facto**, responsabilidade, pois que implica ou pressupõe autoria.

ROGER PINTO, no seu importante livro *La Liberté d'Opinion et Information*, entende que a imprensa oferece ao seu público uma distração, um divertimento. “A função da Informação”, acrescenta, “passou ao segundo plano”. Mas ele próprio adverte, mais adiante, que “a melhor informação é recreativa” (ob. cit., p. 33). O que me parece refletir um equívoco de tão eminente jurista. O que se procura no jornal é tornar agradável, fácil, divertida a informação. Mas o essencial é a própria informação. A maneira de apresentá-la é que ficará em função do jornalista que a escrever, naturalmente levado a optar entre uma forma ríspida, dura, difícil e um estilo alegre que tenha condição para conquistar o leitor. Do contrário, o modelo do jornalismo estaria nos periódicos humorísticos, que fazem rir, sem qualquer preocupação de informar. São em grande quantidade as publicações desse gênero, mas não alcançam as tiragens, nem a importância dos jornais sérios que se preocupam mais com informar do que com divertir.

Acredito mais na opinião de CAMILO TAUFIC quando, num livro sobre *Periodismo y Lucha de Clases*, embora admitindo que as funções se diversificam de um país capitalista para um país socialista, ensina que o papel universal da comunicação e, em consequência, da informação é “orientar e organizar”, contando, para isso, com a contribuição da im-

prensa e dos meios de comunicação em geral. Analisando essa função, distingue os elementos com que ela contribui, como seja:

a) supervisão do ambiente; b) correlação social; c) transmissão do patrimônio cultural; d) socialização. Por fim, **divertir** (ob. cit., pp. 54-58).

A supervisão do ambiente permite orientar a própria ação de acordo ou em face dos acontecimentos que se vão sucedendo. Serve de alerta e de precaução, sobretudo num momento em que vai crescendo a independência. Acompanhar as crises do mercado mundial, conhecer as suas necessidades, estar ao corrente de seus excedentes, facilitar os planejamentos nacionais, não somente do comércio como da atuação governamental. O próprio avanço da tecnologia corre, em parte, pelo conhecimento dos progressos realizados nos demais países do universo. Como lembra TAUFIC, a comunicação transforma o mundo numa espécie de "mesa-redonda", para que todos os componentes "adultos e responsáveis" da comunidade possam debater os assuntos de interesse comum, procurando o "consenso" como base da ação política. Mais do que qualquer outro gênero de informação, o jornal vale como um elo entre o presente e o passado, o que valoriza a sua presença na preservação e transmissão do patrimônio cultural de qualquer país. Por último há o interesse da socialização como "o processo pelo qual o indivíduo descobre, adquire ou internacionaliza as normas sociais de seu grupo, adaptando sua conduta, numa relação que começa na infância e continua até a velhice".

É através da informação que cada país se pode situar no concerto das nações. Como é através dela que se vai formando a sua personalidade, no confronto com o seu passado e no contraste com os outros sócios da comunidade humana. FRANÇOIS PERROUX, no seu livro sobre **La Coexistencia Pacífica**, defendendo a necessidade do diálogo como recurso para a aproximação das nações e mostrando que nem o capitalismo nem o comunismo encontram fórmulas definitivas de coexistência, acentua: "Trata-se, por último, de ampliar o domínio do intercâmbio de informações que favoreçam a permuta de novas experiências e que, como todo diálogo humano, engendram conseqüências imprevisíveis (ob. cit., p. 28).

A consciência desse valor e dessa utilidade de informação levou a Assembléia-Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1946, a considerar a liberdade de informação como um direito humano fundamental, "a pedra de toque de todas as liberdades consagradas pelas Nações Unidas". E como não era possível reunir e harmonizar os dois blocos, o dos países ocidentais, defensores dessa liberdade, e o bloco oriental que não concordava com a tese da defesa dos direitos da pessoa humana, deliberou-se então convocar uma Comissão Especial para elaborar um texto de Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, texto que foi afinal discutido e aprovado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948. O projeto inicial era de autoria do Professor RENÉ CASSIN, delegado da França. Na Assembléia que contou com a

colaboração da Sra. ELEANORA ROOSEVELT, teve o Brasil a felicidade de se fazer representar pelo jornalista AUSTREGÉSILO DE ATAÍDE. Pela primeira vez os direitos da pessoa humana se tornavam objeto de uma declaração universal, numa assembléia em que estavam representados mais de 47 países. A União Soviética e seus Satélites se abstiveram de votar. E nos artigos 18 e 19, a Declaração era expressa e categórica:

"Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."

A elaboração dos dois artigos abriu margem a diversos pronunciamentos, cabendo a um delegado inglês, M. DUKES, propor a inclusão da liberdade de informação, já considerada "direito fundamental e condição essencial de todas as liberdades defendidas pelas Nações Unidas" (ALBERTO VERDOODT, **Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme**, p. 284). Já havia, na ONU, uma comissão especial para a defesa do direito de informação, que continuou em debate, com a preocupação de afirmações ainda mais categóricas e mais amplas do que as que constavam da Declaração Universal de 1948 (UNESCO, **Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme**, KAREL VASAK, *redacteur général*, 1978, p. 285).

A convenção européia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades públicas, de 4 de novembro de 1950, foi mais explícita, dizendo:

"Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias sem que possa haver ingerência de autoridade pública e sem consideração de fronteiras" (JEAN MARIE AUBY e ROBERT DUCOS, **Droit de l'Information**, p. 8).

Já não é tão explícita a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá em 1948:

"Art. IV — Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio."

A intenção ou preocupação de síntese restringiu o conceito de liberdade que se procurava garantir. Difusão do pensamento não se confunde com a difusão de informações. Bem que se poderia ter acrescentado ao texto: difusão do pensamento e de informações. Compreende-se, por isso, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em

S. José da Costa Rica, e conhecida como Pacto de S. José da Costa Rica, tenha tido o cuidado de ser mais abrangente, dizendo:

"Art. 13 — 1 — Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e defender informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2 — O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades posteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e serem necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

3 — Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares do papel de imprensa, de preferência radioelétrica ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obter a comunicação e a criação de idéias e opiniões.

4 — A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5 — A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência."

O Pacto acrescentava a esse dispositivo um outro, o art. 14, regulando o direito de retificação ou resposta, através de nosso órgão de difusão que houvesse divulgado a informação.

DA OPINIÃO À INFORMAÇÃO

Pelos textos legais que reunimos, verifica-se que o direito que se preservava era o direito de opiniões, a liberdade de pensamento e de expressão. E o movimento que se observa é para admitir o direito de informação e lhe dar mais ênfase do que à liberdade de pensamento.

Verdade que há escritores, como AUBY, Professor da Universidade de Bordeaux, que considera implícita a inclusão do direito de informação no conceito amplo de liberdade de expressão. Reconhece que a expressão "liberdade de informação" só começa a aparecer na época contemporânea. Mas observa que essa "novidade é aparente". Trata-se, em realidade, de síntese das liberdades afirmadas antigamente, a propósito dos processos então existentes de informação. Durante sé-

culos, com efeito, os liberais se esforçaram na defesa dos processos usados e relembram, por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de noticiar ou de cartazes. Na época atual, essas liberdades parciais continuam indispensáveis, mas pareceu necessário resumi-las numa liberdade geral de informação que engloba todos os processos atuais e futuros de ação informativa” (ob. cit., p. 5).

Na verdade, dada a tendência geral da imprensa, o interesse estava em assegurar a liberdade de opinião, numa época em que eram raros os periódicos noticiosos. A liberdade de informação não chegava a preocupar ninguém, uma vez que a função principal da imprensa era a de defender opiniões, ficando em plano secundário o encargo do noticiário, até mesmo pela circunstância de sua escassez e da escassa credibilidade das informações prestadas, à vista da maneira como se exercia a profissão de jornalista. A expansão dos jornais inverteu as posições. O noticiário superou o comentário. Tanto mais quando começaram a aparecer outros meios de comunicação, como o rádio ou a televisão, que mal cuidavam de opinar e eram muito mais perigosos na informação do que no comentário. Daí a conclusão a que chegou ROGER PINTO, em sua obra **Liberté d'Opinion et d'Information**, ao observar: “A ressonância histórica da liberdade de imprensa, a importância sempre considerável do jornal, incitaria a conservar a expressão tradicional dando-lhe um sentido mais amplo. Todavia, renunciámos a usá-la, uma vez que evoca um processo técnico de expressão, qual seja o de valer-se da impressão. De certa forma o cinema, a radiodifusão e a televisão utilizam também processos de impressão. A extensão assim atribuída à palavra **imprensa** não seria extemporânea nem excessiva. Mas a liberdade de imprensa é também a das editoras e dos autores. Veremos que a liberdade do leitor, do ouvinte, do espectador deve ser igualmente garantida pela imprensa e contra a imprensa. Para realçar essa evolução, preferimos uma fórmula que não prejudique o conteúdo da liberdade de opinião e de informação e que abranja o conjunto dos meios de expressão, quaisquer que sejam eles” (ob. cit., p. 7).

Outro autor, FOLLIET, distingue as duas acepções, baseando-se numa exposição de BERNARD VOYENNE, autor de livros importantes no assunto. FOLLIET deseja que se não confundam dois problemas: a verdade de informação e a liberdade de expressão. embora os dois, praticamente, se entrossem e se condicionem. E explica então: “o direito à informação interessa diretamente a todos os cidadãos e a cada um deles. Têm direito idêntico à verdade da informação e devem gozar das mesmas faculdades para alcançá-la. Levando em conta a ordem pública, o mesmo acontece com a liberdade de expressão, quando se trata de exprimir, pela palavra ou pela escrita, nas relações interpessoais ou nos pequenos grupos ao alcance da voz ou da missiva.”

Entre a “liberdade de expressão” e o “direito à informação” há que absorver diferenças, que impõem a coexistência das duas. A liberdade de expressão é um direito de quem a utiliza. O direito à informação alcança e abrange o público a que ele se dirige. Há, entre os dois, a

distância que vai de um direito pessoal a um direito coletivo. O direito à informação não se limita ao jornalista que o utiliza. Alcança também o público que dele se serve. Até mesmo porque, em relação ao jornalista, como ao locutor, deixa de ser um direito para se converter num dever, o dever de informar. A liberdade de expressão é um direito, não um dever. Um direito subjetivo por excelência. **Direito de Imprensa** também exclui, de certo modo, as transmissões de rádio ou de televisão. Já o **direito de informação** abrange todos os meios de comunicação e acompanha de perto a evolução da própria imprensa, que se tornou predominantemente informativa.

Resta ver a eficácia que se pode atribuir à Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana quando reconhece os dois direitos, o da liberdade de expressão e o de informação. Terá apenas o sentido de uma recomendação aos governos que a subscrevem, como um documento não obrigatório, circunscrito a um valor moral, sem força executória? RENÉ CASSIN, redator do texto original de que resultou a Declaração Universal, entende que o seu valor jurídico excede o de uma simples recomendação. E invoca, em apoio de sua tese, o artigo 55 da Carta das Nações Unidas, em que todos os membros da ONU se comprometem "ao respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". O que leva um dos colaboradores do documentário da UNESCO, IMRE IZABO, a concluir: "Se alguns Estados se abstiveram na Assembléia-Geral, por ocasião da votação da Declaração, a Declaração começou a gozar, progressivamente por todo o mundo, de uma autoridade crescente, e, apesar de todas as lacunas, sua importância se situa no mesmo nível da Carta. Pelo menos é considerada hoje como uma das peças fundamentais do edifício das Nações Unidas. Não obstante todas as críticas e todos os julgamentos de valor, é possível afirmar que a Declaração teve um êxito como dificilmente se encontrará outro na história do Direito Internacional" (UNESCO, ob. cit., p. 25). O Professor da Universidade do Paraná, Dr. JOSÉ SOLER, concorda com a tese do colaborador da UNESCO, doutrinando: "Chegamos, destarte, à conclusão final de que a Declaração de Direitos das Nações Unidas não constitui um documento formalmente legal; possui, entretanto, mais do que simples valor moral". E acrescenta: "Não se pode afirmar com LAUTERPACHT que a Declaração está fora do Direito das Gentes. Constitui, porém, uma proclamação de diretrizes gerais para o comportamento dos Membros das Nações Unidas. Não se poderia conceber que uma solene declaração de direito, num plano tão augusto qual é o da Assembléia-Geral das Nações Unidas, não tivesse nenhum valor jurídico no plano internacional. O caminho indicado seria marchar de recomendação a convenção, como escreve o Professor JOSÉ SOLER, ao observar, em nota acrescentada ao texto de seu livro, que "esta nossa interpretação está sendo confirmada pela praxe internacional. Muitas convenções internacionais elaboradas a partir de 1948, tratados bilaterais e até Constituições recentes de Estados se reportam explicitamente à Declaração ou a algumas de suas determinações" (JOSÉ SOLER, **Direitos do Homem**, 1960, pp. 218-219). A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma, em 4 de novembro de

1950, vale pela realização desse passo essencial, com a responsabilidade dos 17 países que a subscreveram, como nos mostra KAREL VASAK (**La Convention Européenne des Droits de l'Homme**). O Pacto de S. José da Costa Rica seria mais uma demonstração desse esforço para consolidar e prestigiar a Declaração Universal de 1948. Infelizmente esse novo documento, de tanta importância para as Américas, não mereceu ainda, ninguém sabe por que, a homologação do Brasil. A Convenção (pois que já é uma **Convenção**) teve a assinatura da Colômbia, dos Estados Unidos da América, do Equador, da Venezuela, do Peru, da Costa Rica, dos países da América Central. Como nos informa CARLOS A. DUNSHEE DE ABRANCHES, que tanto se vem batendo pela sua extensão a todos os países do hemisfério, dos 28 Estados-Membros da OEA, "apenas sete ainda não se pronunciaram a respeito: Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Paraguai e Uruguai" (**Jornal do Brasil**, de 26 de junho de 1978).

Sendo que, no Brasil, se não existe uma Convenção, para atribuir eficácia jurídica, no domínio das relações internacionais, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana tem a sua validade confirmada pela criação de um Conselho que encontra, entre os seus deveres ou as suas finalidades, no capítulo de sua competência, a de "promover inquérito, investigações e estudos acerca da eficácia das normas asseguradoras dos direitos da pessoa humana", inscritos na Constituição Federal, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres Fundamentais do Homem (1948) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) (Lei nº 4.319, de 16-3-1964, e Lei nº 5.763, de 15 de dezembro de 1971).

Sempre entendi que fosse qual fosse o valor jurídico da Declaração Universal de Paris, simples recomendação ou convenção de obrigatoriedade definida, a sua observância constituía, para qualquer país que a houvesse subscrito, mais que um dever de ordem moral, mas até mesmo um atestado de civilização. Uma espécie de documento ou atestado de maioria, para comprovar que a nação que o possuísse teria atingido aquele nível de cultura que a tornaria respeitada e digna, com o direito de olhar de frente todos os Estados do mundo. Seria como acrescentar à soberania nacional a soberania do direito, em obediência a normas fundamentais de convivência humana.

A IMPORTÂNCIA CRESCENTE DA INFORMAÇÃO

Nem foi por acaso que a informação conquistou essa importância, entre os meios de comunicação. Basta indicar alguns fatos que o esclarecem. Os Estados Unidos, em 1850, contavam com um cotidiano para 80 habitantes. Em 1900 a percentagem subira de um para 5 habitantes. Já em 1980, teria um cotidiano para três habitantes. Embora esse país tivesse uma população que apenas representava 5% da população do mundo, possuía 20% dos cotidianos, 45% dos receptores de rádio e 36% dos televisores, segundo dados de CLAUDE JEAN BERTRAND (**Mass Media aux Etats-Unis**, pp. 7, 9).

Na França, SARTRE registrava que toda a gente estava agora melhor informada do que outrora. Tinha no **France Soir**, em 1972, sua folha de

maior tiragem, com 792 mil exemplares diários. E era interessante acompanhar, num quadro, o número de cotidianos de cada país e a tiragem total em 1972, segundo FRANÇOIS BALLE (*Institution et Publication des Moyens d'Information*, p. 165):

	Número de cotidianos	Tiragem total em milhões de exemplares
Bélgica	51	3.300
Itália	84	7.700
França	79	11.325
R.F.A.	148	19.700
Grã-Bretanha	128	23.600
Japão	168	56.000
Estados Unidos	1.763	62.000

A maior tiragem de um jornal americano é a do **New York Daily News**, com 2.100.000 exemplares. O **Bild Zeitung**, da Alemanha Ocidental, tem uma edição de 3.497.000, inferior ao do **Daily Mirror**, da Grã-Bretanha, com 4.316.000. Os jornais franceses e italianos não chegam a alcançar o milhão de exemplares. Com o seu imenso prestígio universal, **Le Monde** não ia além, naquele ano, de 398 mil exemplares. Mas o Japão supera as edições de todos os cotidianos do mundo em três de seus jornais, com a respectiva tiragem:

Asahi Shimbun	10.071.000
Jaminri Shimbun	9.321.000
Mainichi Shimbun	7.450.000

ROBERT GUILLAIN, o notável correspondente de **Le Monde** no Extremo Oriente, observa que o "Japão estará provavelmente, dentro de pouco tempo, à frente de todos os países, quanto às inovações mais ousadas no domínio da informação. Estuda-se, por exemplo, a torre de televisão do futuro que fornecerá ao telespectador, ao mesmo tempo que a imagem em cores, um jornal impresso a domicílio (impresso telefotograficamente pela torre) (ROBERT GUILLAIN, *Japon-Troisième Grand*, p. 35).

Também não se pode ignorar que a imprensa deixou de ser o mais importante meio de comunicação para a transmissão de informações, superada tanto pelo rádio, como pela televisão. Os autores do livro que estuda a **Presse, Radio et Télévision aux Etats-Unis** (R. BURBAGE, J. CAZEMAJOU e A. KASPI) nos revelam a importância do rádio na década de 1920 e 1930, permitindo a um candidato à presidência da República, FRANKLIN ROOSEVELT, ganhar o pleito pela influência de seu magnetismo radiofônico. O timbre da voz, a presença "radiofônica" e a força de sua retórica, ao mesmo tempo simples e funcional, conquistaram a simpatia de milhões de eleitores. A clareza de sua exposição, acrescentam aqueles autores, foi bem adaptada a um meio de comunicação de massa, valorizado pelo uso racional do tempo que lhe cabia. Suas palestras ao pé da lareira (**fireside chats**) criaram um novo estilo de

discurso político e demonstraram ao público americano que o chefe do Executivo podia, e devia, ele próprio, se adaptar às flutuações da economia e da técnica. A política deixava de ser, daí por diante, uma profissão de amadores. E FRANKLIN ROOSEVELT, dotado de um senso agudo da informação, passou a ser considerado como "o melhor jornalista que já houvesse conquistado a Presidência dos Estados Unidos" (Id. 1920).

Terminada a guerra, o rádio começou a declinar, capitulando diante da televisão, que colocava os candidatos dentro dos lares americanos, para uma campanha em que a voz e a imagem deles, e até os seus gestos, passariam a ser elementos decisivos. Tanto EISENHOWER, como STEVENSON procuraram aproveitar todos os recursos proporcionados pela televisão. E foi através dos grandes debates entre JOHN KENNEDY e NIXON "que se cristalizou a opinião pública e que se decidiu a sorte da eleição, numa árdua campanha".

Em todos esses momentos, a influência da imprensa foi secundária. Não se pode esquecer que os Estados Unidos possuíam, em 1968, 64 e meio milhões de aparelhos preto-e-branco e 20.100.000 em cores. E não seria o caso de esquecer nem o disco e o "cassete" e muito menos o cinema, que todos ocupam a sua faixa no que se convencionou chamar a determinação do **mass-media**. A conclusão geral será a que se encontra na obra de CLAUDE-JEAN BERTRAND: "A informação é agora a matéria-prima mais abundante e mais preciosa, e a indústria de comunicação é fundamental". Porque a prazo curto a informação e a ação são indissociáveis, sobretudo na democracia e na economia liberal. A médio prazo, porque a vida em sociedade exige que o indivíduo se sinta solidário com o grupo, na sociedade de massa, e só as médias têm esse poder de integração. A prazo longo, enfim, porque toda nova técnica de comunicação provoca uma mutação do meio social que pode ser traumatizante se não é bem controlada" (ob. cit., p. 6).

Ou a lição não menos preciosa de FERNAND TERROU: "No decurso do terceiro período, de 1914 aos nossos dias, vai se precisar e se enfrentar a informação moderna. Os fatores e caracteres específicos da evolução, no decurso desse último período, dos meios de informação são aqueles mesmos que determinam ou permitem definir sua condição atual. A imprensa vai-se desenvolver ainda mais com um ritmo e uma amplitude variáveis segundo os países. Sua industrialização, e as particularidades que dela derivassem para a sua estrutura, sua economia, seus caracteres vão se acentuar. Depois a situação vai ser transformada pelo aparecimento e, mais tarde, pela extraordinária expansão das novas técnicas: o rádio, o cinema, a televisão. Os meios audiovisuais quebraram o monopólio da imprensa, disputando-lhe a preeminência. Ampliarão ao mesmo tempo a função de informação. Essa evolução será determinada ou favorecida pela transformação do clima intelectual e do mundo político, econômico e social. A informação tornar-se-á, assim, tanto ou mais que o exercício de uma liberdade pública, o suporte de toda atividade social e de publicidades invasoras, o campo fechado das competições entre os grupos públicos ou privados" (ob. cit., p. 43).

Tão importante a informação, que a desinformação surge como característica do subdesenvolvimento. É de um relatório da UNESCO a conclusão que passamos a descrever: "Num estudo cuidadoso, concluído num país latino-americano, descobriu-se que mais da metade dos adultos das zonas rurais não podiam dar o nome nem do antigo, nem do Presidente que acabava de ser eleito. Aproximadamente 95% não sabia quem era KENNEDY ou CASTRO. As grandes notícias do dia — a guerra fria, a bomba nuclear, os sucessos de Cuba etc. — só provocaram respostas em alguns. Um estudo realizado na Índia, há aproximadamente dez anos, mediu a difusão das idéias modernas em aldeias situadas a distâncias diferentes de sua metrópole. Na aldeia mais distante, ninguém, fora o chefe, havia ouvido falar de outros países e sobre ideologias tais como comunismo, socialismo ou capitalismo ou sobre sucessos recentes e importantes, ou que nações eram amigas ou inimigas" (apud CARLOS TAUFIG, ob. cit., p. 24).

A extensão, a variedade, a influência da informação associada ao exercício de democracia trouxeram para os governantes um novo problema ou uma obrigação irredutível, qual fosse a necessidade de persuadir como fórmula de êxito. O que acarretou a necessidade de entrar no páreo das informações, como requisito para conquistar ou se manter no poder. Como um timoneiro, num barco em que precisava convencer a tripulação dos benefícios do rumo adotado, sob a inspiração de uma arte que não excluía a colaboração das estrelas e, muito menos, o emprego dos computadores. E não foram outros os ingredientes de uma nova ciência, a Cibernética.

A CIBERNÉTICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA INFORMAÇÃO

Vinha de PLATÃO, pela palavra de SÓCRATES, a lição preciosa, com o piloto na barra de leme, guiando o seu navio sem esquecer, em nenhum momento, o interesse e o apoio da tripulação. E como a arte do piloto era indicada, em grego, como **techné Kybernetike**, o nome da nova ciência se impunha naturalmente, sem exigir maior esforço. Apenas se alteravam os critérios na adoção do título. Para PLATÃO, ele vinha caracterizar uma direção que se realizava no interesse da tripulação e atualmente procura valorizar a contribuição da comunicação, o que vale dizer da informação. Por sinal que o raciocínio de SÓCRATES, através de PLATÃO, e em resposta a TRASIMACO, não era muito convincente, quando eliminava o interesse do piloto para realçar o da equipagem, sem esclarecer qual era o salário de ambos.

AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, preciso como sempre, define a Cibernética como a "Ciência que estuda as comunicações e o sistema de controle não só nos organismos vivos, mas também nas máquinas". Para SCHWARTZENBERG, professor da Universidade de Paris, é o estudo dos processos de pilotagem e de controle, nos diferentes tipos de sistema. Na essência, **Cibernética** seria, quando muito, a arte de pilotar. Como não há pilotagem sem controle do que a dirige, os dois conceitos se unem ou se completam.

Para LUIZ COUFFIGNAL, a Cibernética é a arte de tornar a ação eficaz, e para obter essa eficácia, há que recorrer a dois elementos: a comunicação, isto é, a transmissão da informação e os diferentes mecanismos de comando, de orientação ou de controle da ação. O que leva o autor a definir o controle da eficácia da ação como a comparação dos resultados obtidos com as previsões anteriores, para tornar possíveis operações corretivas que possam remover as falhas.

Já um dos grandes mestres de Cibernética, HARD DEUTSCH, lembrando que a palavra "governo" vem de uma raiz grega, reportando-se à arte de pilotar um navio, escreve que "existe uma certa similaridade entre a arte de governar um navio ou uma máquina (seja pela mão do homem, seja pela pilotagem automática) e a arte de governar organizações humanas: pilotar um navio se assemelha a guiar um comportamento futuro, a partir de informações, concorrendo, de um lado, à sua marcha no passado e, de outro lado, à posição que ocupa no presente com relação a um certo número de elementos que lhe são exteriores, notadamente a estrada, o fim ou a meta a alcançar".

A partir de informações — dizia um dos mais autorizados formuladores da Cibernética. A práxis marxista, ao atribuir autonomia relativa à teoria, entende que ela não existe sem um conhecimento da realidade que é objeto de transformação e o conhecimento dos meios de sua utilização — da técnica exigida em cada prática — com que se leva a cabo essa transformação, e um conhecimento de prática acumulada, em forma de teoria que sintetiza ou generaliza a atividade prática na esfera em que ela se realize, posto que o homem só pode transformar o mundo a partir de um determinado nível técnico, ou seja, inserindo sua práxis atual na história teórico-prática correspondente" (ADOLFO SANCHES VASQUES, *Filosofia da Práxis*, p. 240). Como seria possível tal conhecimento sem a contribuição da informação e como se efetivaria a ação sem a comunicação e sem os meios e recursos de que ela se vale?

Nem as comunidades, nem as nações existiriam sem uma consciência comum que está na base de sua unidade. Suprimir os meios de comunicação, suprimir a informação seria o retorno à Idade Média, que não foi mais do que o isolamento de pequenas comunidades, privadas de comunicações e da informação, trazendo consigo a fragmentação do idioma geral, que ainda era o latim. Na frase de DAUZAT, "au morcellement politique et social de la féodalité correspond un morcellement linguistique parallèle". A degeneração do latim de CÍCERO no **Sermo cottidianus** e no **Sermo Plebeius** era uma consequência natural da ausência ou do enfraquecimento das comunicações e das informações.

Se uma das realidades sociais fundamentais é a interação, como desprezar ou subestimar a função exercida pela comunicação ou pela informação que lhe dão as condições necessárias da existência e da influência? E se essas verdades são admitidas, temos que partir para o reconhecimento de que os meios de comunicação que se manifestaram através da imprensa, do rádio, da televisão exercem uma função não apenas importante, como até mesmo vital. Através dela se formam as

comunidades, surge e se consolida a consciência de um interesse comum, com que se constituem as pátrias, não como um monólogo, mas no diálogo a que não é estranha a contestação, a discordância, a crítica, pois que é o contraste da sombra que valoriza as fotografias. Sem as vaias ou sem a sua possibilidade ou até mesmo a sua presença, que valeriam os aplausos? A dialética não destrói, antes constrói, com uma segurança maior, pois que já conhece a contradição, a antítese, e conseguiu superá-la, na síntese que conciliou as divergências ou, pelos menos, as enquadrou na solução final.

Nos regimes comunistas, é o Estado que se incumbem desse encargo indispensável de comunicação e de informação, pelo menos através dos meios de que se vale ou de que se utiliza. Mas nos países capitalistas, a pressão se exerce naturalmente, ou na sua maior parte, através da contribuição da iniciativa privada. É uma colaboração da maior significação para a sociedade em que se realiza, assim como para o Estado que a acompanha. Já se imaginou um país sem imprensa, sem rádio, sem televisão? Quando a comunicação se restringisse à atividade individual? Se considerarmos que basta a censura prévia para a criação de um mundo de boatos, no domínio das notícias proibidas, a ausência dos órgãos de informação forçaria o aparecimento de uma sociedade de notícias tão fantásticas, quanto absurdas. O "ouvir dizer" seria acrescentado pelos milhares de fontes de quem recebesse o conto. Um mundo de irrealismo, talvez mesmo de Frankenstein.

Essa a função social dos meios de comunicação, a busca da verdade ou da realidade, substância do direito de informação. E de que recursos dispõe para isso? Com que instrumentos pode contar para essa função tão importante quanto difícil e complexa? Essa função essencial à existência das sociedades, à formação da consciência nacional, ao progresso da ciência, à aproximação dos povos da terra?

OBSTÁCULOS E PERIGOS NA PROCURA DA VERDADE

Já vimos que a informação é um dever dos jornalistas e um direito de seus leitores ou dos ouvintes ou dos espectadores da televisão. Um dever que não existe para o cidadão que, sem ser jornalista, resolve difamar, injuriar ou caluniar algum de seus desafetos ou até mesmo a autoridade pública que o maltratou, através de um jornal que o acolheu, sem que ele tivesse sequer a profissão ou a carteira de jornalista. E quando se tem a obrigação de informar, a primeira indagação a fazer seria, naturalmente, a de saber se houve intenção dolosa, ou até mesmo simplesmente culposa, na divulgação da notícia que se incrimina.

Num livro realmente importante sobre *La Liberté de la Presse*, JACQUES BOURQUIN, delegado da Federação Internacional dos Editores de Jornais junto às Nações Unidas, considerou o chamado delito de imprensa um delito *sui generis*. Enumerava os cantões suíços que submetiam esse delito ao direito comum e os que submetiam a um direito penal especial. Citava o professor HAFTER, partidário da orientação dos que o

regulam através do direito comum, entendendo que nada apresentava de específico ou de excepcional. Ao que JACQUES BOURQUIN obtemperava:

“Esse ponto de vista, característico dos penalistas, que *podem fazer variar indefinidamente o **corpus delicti**, mas recusam* admitir qualquer especialização do delito, não se revela satisfatório. Com efeito no caso de um delito de imprensa, a importância do meio é tal que deve acarretar uma qualificação diferente do delito. A comadre que dirige à sua vizinha referências difamatórias não pode ser comparada com um redator de jornal escrevendo para leitores que não conhece.”

De onde a conclusão a que ele chega:

“A natureza particular da imprensa torna necessárias sanções especiais, ora mais severas, em razão do mal considerável que pode causar pela circunstância de sua imensa difusão, ora menos graves se levar em conta a missão que pode desempenhar e as condições difíceis nas quais se elabora um jornal. É, pois, preferível não submeter a imprensa ao direito comum, mas antes a um direito especial” (ob. cit., pp. 396-397).

BOURQUIN citava ainda SCHIMID que distinguia entre os delitos de imprensa cometidos com um objetivo ideal e os delitos praticados com uma finalidade interesseira. No fundo, pois, um delito **sui generis**, levando em conta as condições difíceis da elaboração de um jornal que assumira o dever de informar, sem ter todas as condições, inclusive as de tempo, para a verificação dos fatos ou das críticas que difundia. Não se deve esquecer que o jornal informa e critica pelo fato de que esse é o seu dever de informar e de criticar. Não se trata de uma questão de diletantismo, mas de obrigação, no exercício de uma profissão cujas dificuldades precisam ser conhecidas e divulgadas.

Começemos pela pressa com que se elabora o jornal, sob a ansiedade de recolher o maior número possível de informações, em todos os setores de vida social, para atender a leitores variados e exigentes. É uma profissão exercida sob a tirania dos relógios. Tem hora certa para fechar a edição, para não perder o público que o aguarda, a tempo de atender aos veículos de transporte e aos aviões da carreira. Qualquer demora pode importar em prejuízo. Mas os fatos não obedecem a horário. Podem ocorrer quando a redação está quase deserta, presentes tão-somente os redatores de plantão. Isso quanto à pressa, à necessidade de rapidez na elaboração de noticiário, realizado sob um sentimento de angústia que aproxima a profissão do jornalismo da situação de um **Sprinter** disputando, a todos os instantes, corridas de cem metros. As notícias vão chegando à redação ou têm que ser colhidas nas fontes consideradas idôneas. As que chegam à redação são, quase sempre, levadas pelos interessados na sua divulgação. Às vezes, não raro, simples telefonemas, veiculando informações que tudo indicam que sejam verdadeiras. Outras vezes são colhidas pelos redatores em fontes em que só

têm razão para acreditar, mas são, também comumente, de interessados, vale dizer de pessoas a quem aproveita a divulgação daquela informação. Vale dizer que não aproveita ao jornalista que a leva ou que a obtém, mas tão-somente ao informante que a transmite ou comunica.

Se invocássemos a regra do direito criminal — **cui prodest scelus is fecit** — seria o caso de perguntar: a quem aproveita a informação? Muito mais, em regra, ao informante do que ao jornalista que a transmite. O interesse do jornalista, de maneira geral, e excluindo casos, não muito freqüentes, de uma conexão de objetivos — é um interesse meramente profissional, o de não falhar no seu dever de informar, o de levar ao público de seu jornal uma informação que o próprio leitor gostaria de encontrar. Qual seria o fundamento do ilícito penal: uma leviandade de jornalista? Uma negligência? Uma apreciação errada da realidade? Um julgamento favorável do informante?

A pessoa prejudicada pela divulgação, vamos dizer o Governo na maioria dos casos, teria ao seu alcance o direito de resposta ou de retificação. Não seria bastante a resposta, para o restabelecimento da verdade? Mas, nesse caso, a culpa já não seria do jornalista, mas do leitor que não houvesse dado crédito ao desmentido.

Até mesmo porque o jornalista se defronta comumente a um dilema que o aflige. Recebe a informação. Não teve como apurar a sua autenticidade. Se não a transmite, à espera de dados melhores que a venham confirmar, arrisca-se a ser ultrapassado pelos outros jornais que podem ter recebido a mesma informação. Se se omite, embora acreditemos que seja verdadeiro, comete um dos crimes mais graves da profissão, qual seja o do não cumprimento de seu dever de informar. JOSEPH FOLLIET, jornalista com uma longa militância na imprensa católica, apreciou muito bem essa situação, ao escrever:

“Não raro as verdades que agarraste serão parciais, nebulosas, fugazes, para não dizer decepcionantes. Não desanimes: procura sempre. É a grandeza de nossa profissão essa busca incessante de uma verdade sempre fugidia. Quando acreditas conquistar uma verdade, teu dever profissional é comunicá-la, custe o que custar, a menos que a justiça ou a caridade te proibam. Nem toda a verdade deve ser dita — não é aforismo de nossa profissão. Para nós, toda verdade é, em princípio, boa para dizer, desde que seja verdade, porque o público precisa da verdade. Deixa Pilatos e os governantes, que com ele se parecem, indagar o que é a verdade. A autocensura é, para o jornalista, o princípio da demissão e da abdicação” (**Tu serás jornalista**).

Haja vista o episódio recente de Watergate, nos Estados Unidos da América. De começo, tudo que se publicava no **Washington Post** era considerado falso, quando não mentiroso, ou talvez “cascata” na gíria da profissão. No fundo de tudo havia apenas o aluguel de uma sala, para a instalação de um escritório destinado à propaganda da candida-

tura NIXON a um segundo mandato presidencial. Com o tempo é que foi surgindo a realidade, denunciando um grupo de pessoas, vinculadas à Casa Branca, mais interessadas em prejudicar a imagem dos competidores de NIXON do que em promover a sua candidatura, usando, para aquele efeito, todos os processos imagináveis, os mais tortuosos e os mais perversos.

Conquistava-se uma boa base de operações para penetrar nos escritórios do Partido Democrático, situados no mesmo edifício, usando microfones que revelassem todos os segredos do partido da oposição. Um só entre muitos outros expedientes, todos eles extralegais, para prejudicar as candidaturas dos adversários de NIXON. A prisão dos arrombadores dos escritórios do Partido Democrático foi o ponto de partida para a revelação de um escândalo formidável que abalava as estruturas da democracia americana. De começo, uma notícia que parecia banal e que não teve maior repercussão no primeiro momento e que só tomou vulto graças à capacidade de investigação dos jornalistas que nela se empenharam. Não fosse a diligência da imprensa americana, sobretudo do **Washington Post**, e a presença de jornalistas como ROBERT WOODWARD, CARL BERNSTEIN, HARRY ROSENFELD, e a energia da proprietária da folha, Sra. KATHERINE GRAHAM, e tudo se teria reduzido à ação de alguns arrombadores desconhecidos. O trabalho para encobrir os objetivos reais da operação, desenvolvido sob os auspícios de pessoas que mantinham contactos diários com o Presidente NIXON, teria abafado o que os autores do livro **Watergate — The Full Insight Story**, consideraram uma “terrível composição de crimes e de ilegalidades de toda a ordem, chefiadas por uma gang de funcionários da maior confiança do Presidente NIXON. Foi, na verdade, o “escândalo do século”. Mas começou como um duelo entre a autoridade pública e o jornalismo americano. O objetivo dos amigos de NIXON, todos eles funcionários da Casa Branca, era reunir informações que desmoralizassem os competidores ou os possíveis candidatos do Partido Democrático, como HUMPHREY, JACKSON, McGOVERN ou MUSKIE, atribuindo-se a eles declarações as mais insensatas e inconvenientes e que não pudessem ser desmentidas a tempo de influírem nas eleições em andamento. À medida que se conheciam os pormenores da campanha, tinha-se a impressão de que estavam sendo aniquilados os competidores de NIXON, pela quadrilha de AL CAPONE. Uma circunstância fortuita, a prisão dos encenadores que violaram os escritórios do Partido Democrático, foi o fio da meada que permitiu a revelação do que foi considerado um crime inominável contra a democracia americana.

As primeiras revelações encontraram desmentidos veementes, impressionando mais a opinião pública do que o noticiário das irregularidades e dos crimes que começavam a ser apontados pelos jornalistas incumbidos da apuração dos fatos. Houve um momento em que a folha que mais se empenhara na descoberta do escândalo, **The Washington Post**, começou a sofrer as conseqüências da ausência de credibilidade nas suas informações. Os jornalistas do **The Sunday Times**, de Londres, resumindo os episódios do escândalo, esclarecem que dos 2.200 repórteres existentes na capital dos Estados Unidos, apenas 14 se empenharam na pes-

quisa para o esclarecimento dos fatos registrados no edifício Watergate. As provas eram escassas, pois que a massa imensa de corrupção continuava ainda imersa, como um **iceberg** de que ainda não se podia avaliar o volume. E era de ver a arrogância indignada do informante da imprensa, na Casa Branca, RONALD ZIEGLER, ao verberar as denúncias do **The Washington Post**!

A 10 de outubro de 1972, esse jornal havia noticiado "que a invasão do quartel-general do DNC (Comitê Nacional dos Democratas) estava ligada a uma imensa campanha de sabotagem política, conduzida pelos assessores de NIXON e pelo Comitê da Reeleição do Presidente". A denúncia foi recebida como "viciosa e desprezível". JOHN MITCHELL, que acabava de deixar o cargo de Ministro da Justiça do governo de NIXON, recomendava prudência à proprietária do **The Washington Post**, Sra. KATHERINE GRAHAM, em termos insólitos pela grosseria desabusada: "Se não, dizia ele, KATI GRAHAM vai acabar entalando seu rabo num enorme espremedor."

Por sua vez, RONALD ZIEGLER, na Casa Branca, falando em nome do Presidente, declarava desdenhosamente "que não iria dignificar, com os seus comentários, uma história baseada em boatos e insinuações para difamar e culpar por associação". Era ainda esse funcionário de tanta responsabilidade quem dizia: "Eu respeito a liberdade de imprensa, mas não respeito o tipo de jornalismo ordinário, vil, que está sendo praticado pelo **Washington Post**."

E podia usar essa linguagem, pois que ainda contava com o apoio da opinião pública dos Estados Unidos. Tudo parecia tão inverossímil que, em vez de abalar o prestígio da Casa Branca, era o crédito do jornal que vinha baixando, para que se veja a dificuldade da tarefa do jornalismo, em face de uma revelação que possa exigir provas concretas. A proprietária do **Washington Post** teve que confessar que já havia convivido com o ódio da Casa Branca em outras ocasiões, mas nunca vira nada que se parecesse com aquela espécie de fúria e de rancor. "Por vezes, dizia ela, o **Post** esteve tão isolado que nós nos perguntávamos se não existia um complô kafkiano, se não estávamos sendo levados para o fundo, desacreditando o jornal." A reputação do **Post** estava totalmente em perigo. Particularmente, BEN BARDLIE, seu editor executivo, colocou o assunto em termos mais abruptos: "O **Post**, realmente, esteve quase jogado às baratas." (Watergate, 198.)

Era uma situação de descrédito que alcançava toda a Imprensa americana, dando elementos ao Presidente NIXON e ao Vice-Presidente, esse estranho SPIRO AGNEW (que o Brasil teve oportunidade de conhecer quando veio na comitiva do cantor SINATRA) associados numa violenta campanha contra o jornalismo em geral. Usaram todos os argumentos, invocando até interesses de segurança moral dos Estados Unidos. Não fosse a teimosia do **Washington Post**, dentro em pouco ajudado por outro importante órgão da imprensa americana, **The New York Times**, e teriam triunfado os métodos da campanha política de que se havia valido a candidatura de NIXON. Não faltou quem classificasse o episódio como a

“mais grave crise política norte-americana, desde a Guerra Civil”. E a quem se devia o esclarecimento de fatos tão vergonhosos que faziam da eleição do Presidente dos Estados Unidos uma competição de “gangs”, valendo-se de processos incompatíveis com a dignidade da democracia dos Estados Unidos?

O episódio serviria, entretanto, para provar como era difícil levantar provas que evidenciassem a presença e a responsabilidade da autoridade pública, empenhada em desfazer ou apagar os indícios que fossem aparecendo, como quem desfaz pegadas que não puderam aprofundar-se, ao longo de uma caminhada em que já havia o esforço para pisar de leve. Não fosse a imprensa, e tudo teria ficado encoberto, com o benefício do êxito político da eleição de NIXON, obtido com uma diferença de votos quase sem precedentes, nos pleitos presidenciais americanos. O resultado final foi uma vitória da imprensa, com a reconquista de uma credibilidade que em certos momentos pareceu ameaçada.

Pouco antes, a 13 de junho de 1971, **The New York Times** iniciava a publicação de documentos do Pentágono, classificados como “ultra-secretos”. NIXON tomara a iniciativa de verberar essa divulgação, que lhe parecia comprometer interesses do país, na área de segurança nacional. Mas o assunto não demorou chegar à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, em acórdão de imensa repercussão entendeu que o direito de informar era um corolário da primeira emenda da Constituição Americana, quando determinou que “o Congresso não poderia promulgar nenhuma lei pela qual se estabeleça uma religião ou se proíba o livre exercício de qualquer delas, ou restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa”. No caso, aliás, tratava-se de documentos relativos a episódios militares de três anos antes ocorridos em 1968 e, por isso mesmo, já incorporados ao domínio do povo americano, como parte de sua história. Tanto mais quando não poderiam interferir em operações militares em curso. Admitia-se que era exagerada a classificação dos documentos como “ultra-secretos”, quando já haviam perdido todo interesse para a segurança nacional. O que, no caso, se podia aconselhar era a revisão da classificação dos documentos. E o que resultou da divulgação desse documento foi a convicção da falência de diversas administrações americanas, na condução da guerra do Vietnã, o que serviu de base para uma reformulação dos motivos que haviam levado os Estados Unidos a campos de batalha tão distantes de seu território. O **New York Times**, num dos comentários provocados pela decisão da Corte Suprema, concluía que a divulgação dos documentos se fizera em proveito do povo americano, que havia sido favorecido com o “conhecimento dos acontecimentos passados, de grande proveito para a condução do futuro. Ganhara o povo a confiança nos direitos que a Constituição lhe havia outorgado. E ganhara também com o esforço perene dos homens livres que lutavam para acompanhar e fiscalizar a ação de seus governos”. Num comentário excelente, CLAUDE-JEAN BERTRAND chamava a atenção para o que ele considerava “mania militar e diplomática” de considerar secretos quase todos os documentos. Não seria bem mania militar ou diplomática, mas governamental. Todos os governos não desejam outra coisa do que o sigilo em

torno de suas decisões essenciais. BERTRAND contava que o Presidente TRUMAN obedecera de tal forma a essa mania que se calculava, em 1971, que de 20 milhões de documentos classificados como secretos, apenas 0,5% seriam realmente secretos. E concluiu que o público americano tivera consciência dessa situação e aprovara, por isso, a divulgação dos documentos do Pentágono, pelos quais se revelava como o Congresso e a opinião pública haviam sido manipulados pelo Poder Executivo. Num momento em que o Presidente NIXON se isolava, e passara seis meses sem conceder aquelas conferências coletivas, que são tradicionais no sistema de governo dos Estados Unidos, trancavam-se todos os seus arquivos, invocando "o privilégio do Poder Executivo". E graças a essa reação, em torno da divulgação de documentos que interessavam profundamente à opinião pública americana, o povo se esclareceu o bastante para forçar o governo a retirar-se de uma guerra cruenta, em que nada poderia obter em proveito do povo dos Estados Unidos, senão os sacrifícios que tanto vinham custando em despesa para a sua manutenção, como nas vidas perdidas ou nos corpos mutilados que regressavam dos campos de batalha.

O que era, sem dúvida, uma vitória da imprensa ou dos meios de comunicação em geral, pois que já era importante, e não raro decisiva, a contribuição da televisão. O que levaria NIXON, na sua animosidade contra os meios de divulgação, no que era ajudado pelo seu Vice-Presidente SPIRO AGNEW, a procurar um novo processo de intimidação, que exigia dos jornalistas a revelação das fontes de que se valessem. Era o que se classificava como **subpoena**, numa nova tática que teve a aprovação da Corte Suprema, já bastante influenciada pelas nomeações de NIXON, que fora buscar os seus magistrados entre os simpatizantes de suas próprias tendências de militante do macartismo. O **New York Times** o acusava de pressionar a Suprema Corte no sentido de obter interpretação constitucional "que lhe parecia (a ele, NIXON) mais apropriada" (apud LEDA BOECHAT RODRIGUES, **Direito e Política**, p. 121). A **subpoena** é uma penalidade decorrente de uma intimação não atendida. No caso, de uma intimação para apontar o informante que fornecera ao jornalista a notícia que estava sendo contestada. É claro que o jornalista não podia atender à intimação, valendo-se do segredo profissional, com que se resguardava o dever de informação. Talvez escarmentado ainda com o que ocorrera com as testemunhas ocultas, ou anônimas, nos tempos da campanha do Senador McCARTHY, o Judiciário não aprovava o segredo profissional invocado pelos jornalistas, e bastava esse não atendimento para justificar a penalidade em que incidia o redator. Cabe aqui o testemunho de BERTRAND:

"Arma muito empregada foi a **subpoena**. No caso de um jornalista é uma intimação que lhe fez o Tribunal para revelar as fontes de que se valeu, sob pena de prisão. A maior parte das **subpoenas** visava fontes radicais. Diversos repórteres encarregados, como E. CALDWELL, do **New York Times**, autor de um artigo sobre as Panteras Negras. A Corte Suprema, tendo tomado partido contra ele (em junho de 1972), o número de intimações

se multiplicou. De tal maneira que, em 1973, sete Estados promulgavam leis para proteger a imprensa (**Shield laws**). Mais de vinte Estados já as possuíam e perto de dois terços dos americanos lhes são favoráveis. Efetivamente, as **subpoenas** procuram forçar os jornais e substituir as *funções da polícia e intimidam informantes eventuais e alguns repórteres*. Os escândalos de Watergate não teriam sido descobertos e revelados sem a proteção das fontes.” (CLAUDE-JEAN BERTRAND, **Les Mass-Media aux Etats-Unis**, pp. 107-108.)

O segredo profissional, que resguarda o exercício da Medicina e o prestígio do profissional, pode até encobrir crimes de toda a natureza, com prejuízo do interesse público. O segredo profissional do jornalista procura levar ao conhecimento de todo o povo informações que, *não raro, atendem ou correspondem ao interesse geral. Por que a desigualdade no tratamento? Tanto mais quando as maiores dificuldades, para o conhecimento da verdade, ficam mais para o lado do jornalista do que do confessor ou do médico, quando toda a luta do jornalista se reduz à busca de uma verdade precária, e se reveste de todos os requisitos de uma função social.*

EM BUSCA DE UMA VERDADE PRECÁRIA

Observamos as condições em que se exerce a atividade jornalística. Não me limito a um depoimento pessoal, embora tenha tido 14 anos de exercício como jornalista militante e mais de sessenta em convívio com as redações, três vezes presidente da Associação Brasileira de Imprensa. Prefiro o depoimento de Frei **GENIÈVRE**, um beneditino que escreve com o nome de **JOSEPH FOLLIET**. Já citei uma de suas obras — **Tu seras Journaliste**, na qual analisa os problemas e dificuldades da profissão, acrescentando preciosas informações técnicas. Outra de suas obras tem por título **L'Information Moderne et le Droit d'Information**, editada em 1969. Reporta-se o autor à sua longa experiência pessoal, sempre e sempre na imprensa católica. Dez anos como jornalista amador, 35 anos como *jornalista profissional, não apenas em hebdomadários e revistas, como em cotidianos e agências de notícias e, até mesmo, ocasionalmente, em rádios ou na televisão, não apenas como diretor, pois que também teve encargos de administração, e enfrentou responsabilidades editoriais*. Em suma, como ele próprio reconheceu, “uma experiência longa, extensa e variada”. No correr de uma existência em que a sua consciência estava presente, para avallar e analisar os deveres de um jornalismo bem informado. Reporta-se FOLLIET ao sonho de PEGUY, que desejava um “jornal verdadeiro”, que não contivesse senão fatos comprovados e informações fidedignas. O que parece a FOLLIET um sonho, e nada mais. Pelo que observa:

“Alguns jornais parecem desinteressados da verificação das informações que divulgam, estampando, sem maiores precauções, todas as notícias que lhes chegam. Essa observação se aplica sobretudo aos vespertinos, no mundo inteiro. Há que apressar-se. A busca do “sensacional” não deixa tempo para a verificação” (ob. cit., p. 84).

Até mesmo porque a segurança da informação depende de questões técnicas, críticas, culturais, morais e políticas. Ainda é de FOLLIET o reparo: "Os problemas críticos, os problemas culturais e os problemas morais confluem na procura e difusão da verdade. A lei da verdade que rege as relações entre pessoas, aplica-se, com efeito, à informação, tanto quanto a todas as outras formas de comunicação" (p. 15). Problemas que sempre existiram e que crescem de importância em face da extensão e das condições peculiares da informação moderna, que se caracteriza principalmente pela sua rapidez. "Outrora", lembra FOLLIET, "eram necessários dias, às vezes semanas, para conhecer um acontecimento e, mais, ainda, para conhecê-lo nas suas menores circunstâncias e, ainda assim, com uma grande margem de incerteza. Algumas horas bastam atualmente para que, não importa de que região da terra, um fato chegue ao conhecimento de público, pela imprensa, pelo rádio ou pela televisão". Não seria exagero falar em instantaneidade. Os telespectadores acompanharam pelo vídeo o crime de LEE OSWALD, assassino presumido do Presidente KENNEDY. E se considerarmos a tendência da informação à universalidade, sua continuidade, a abundância dos dados com que se alimenta e completa, a objetividade de que precisa revestir-se, é que podemos perceber a extensão dos problemas a enfrentar, para obter uma informação fidedigna.

Na vida política, não raro a informação se confunde com a insinuação. Não é o fato em si, mas o desejo de que ele se produza nas circunstâncias descritas ou relacionadas pelo informante. Fora da vida política, mesmo quando se trata de um informante gratuito, vale dizer sem interesse pessoal na versão que apresenta, há que desconfiar dessa gratuidade, que pode ressaltar da vaidade de parecer bem informado ou de um julgamento apressado, quando não tenha o intuito de prejudicar um desafeto de que o jornalista não tem notícia. Sem falar na imaginação do informante, que pode estar presente e concorrer para o desvirtuamento da notícia.

Seja o caso das informações que chegam por intermédio do governo e são comentadas e exaltadas pela legião dos "jornalistas a favor", a que se refere HÉLIO FERNANDES. Raras vezes o governo assume aquela função desempenhada por WINSTON CHURCHILL, quando declarou que não tinha nada a oferecer ao povo inglês do que "sangue, dobras de finados, suor e lágrimas". Os governos preferem fabricar miragens, num otimismo delirante que se confunde com a vaidade. Quanto sofreu o povo brasileiro com os 12% do custo de vida, quando a taxa de 25% seria verdadeira? A manipulação das estatísticas é a maior preocupação de todos eles. Na guerra do Vietnã, não foram poucas as vezes em que as informações do Pentágono desprezavam a verdade do que ocorria no campo das batalhas. Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Economia, da Fundação Getúlio Vargas, o economista ANTONIO CARLOS LEMGRUBER escrevia que "a partir do início da década de 70, o cálculo do **deficit** do Tesouro passa a ser subestimado, pelo fato de não considerar o serviço da dívida interna e os subsídios diretos além de operações com autoridades monetárias". Desse modo, **deficits** reais eram apresen-

tados como saldos. E não há notícia de processos, nem de condenação, por essa farta messe de informações falsas, por parte de autoridades que dispõem de elementos, com que a imprensa não pode contar, para oferecer informações exatas. O governo possui estatísticas completas. Recebe relatórios e documentos. E leva os jornais ao erro, quando veicula informações falsas, recebidas do próprio governo. Uma realidade que não é de hoje, nem de um só país, mas que atribui aos governos a impunidade pelo falseamento de informações, agravado pelo esforço laudatório dos "jornalistas a favor", a que se refere HÉLIO FERNANDES.

Já os jornais, para alcançarem informações, raramente contam com documentos autênticos e relatórios fiéis. Por isso contenta-se, em regra, com a mais precária das provas, a prova testemunhal. Não preciso dizer a advogados o que ela significa e vale. Tanto mais quando, na prova testemunhal, há que partir da avaliação do valor do testemunho, levando em conta a lição de BINET que não existe testemunho isento de erro. Depende menos da quantidade do que da qualidade das testemunhas, uma vez que não se contam, nem se pesam como já nos dizia a sabedoria de BACON.

Estão sujeitos esses testemunhos a uma elaboração, a que não falta a colaboração da fantasia e da imaginação dos que os prestam. Tenho sempre à vista a página famosa de ANATOLE FRANCE, quando nos relatou a odisséia de CRAINQUEBILLE, condenado por uma frase que não chegou a pronunciar e que lhe foi atribuída pela prova testemunhal, associada às prevenções do julgador.

A retórica já havia levantado os critérios a que devia ficar sujeita a análise dos testemunhos, reduzidos aos cinco W do jornalismo americano: Who, What, Where? When? Why? e que nos retóricos se ampliavam, num verso:

Quis? Quid? Ubi? Cur? Quomodo? Quando?

Aí estão, na frase de FOLLINET, a ossatura e a musculatura da informação. Valem como recurso, embora não haja sempre o tempo necessário para completá-la. Nem sempre é fácil compreender o que se passou, tais as hipóteses que surgem e a diversidade dos testemunhos. Como penetrar em tantos mistérios que ocorrem na vida de todos os povos? Como conhecer, ao certo, os verdadeiros responsáveis pela deflagração das duas guerras mundiais? Quem realmente matou JOHN KENNEDY? Como ter segurança em assuntos técnicos, lidando com informações que, vindas também de especialistas, não podem estar ao alcance do jornalista que as relata? Para discernir se a razão está com os ecólogos ou com os defensores da energia nuclear, acumulando um lixo atômico que por si só é um problema sem solução? Como ainda não se sabe ao certo o que fazer do vinhoto que sobra da fabricação do álcool e para o qual existem muitas indicações, menos a que se traduza num processo economicamente aproveitável e lucrativo.

Seria, então, sempre que houvesse aquela dúvida, ou aquela incerteza, o caso de realizar um longo e penoso trabalho, para encontrar a

resposta certa, a informação exata. Levantada a dúvida e divulgada, o público se interessa para encontrar respostas que atendam à sua curiosidade ou seu empenho de estar ao corrente das realidades, de que tantas vezes dependem os seus próprios planos. O jornalista sabe que ainda não alcançou a certeza por que tanto pelejou. Conhece alguma coisa dos fatos que se desenrolam. E o dilema que se lhe oferece é o de silenciar ou de divulgar o que conseguiu apurar e que ele sabe que ainda não é toda a verdade. Poderá abster-se de revelar o que sabe? Adotar a orientação do silêncio, quando o próprio público o interpretaria como cumplicidade, descaso ou corrupção? O primeiro protesto viria do leitor, se o jornal não lhe desse informações que outros jornais publicariam, quando ele, pagando o preço do exemplar que comprou, considerasse credor de informações que lhe não são dadas. Não raro a pressa obriga ou leva o jornalista a comentar como "verdadeiras" notícias de que ele próprio duvida, mas que não tem ainda a certeza de que são falsas. Há episódios famosos de necrológios publicados antes do falecimento da pessoa, ou por uma informação que se não teve o tempo para apurar, ou pelo receio de ser "furado" pela sua publicação em outros jornais. Quando eu tinha função efetiva na redação do **Jornal do Brasil**, então sob a direção de um jornalista honrado e digno como era o professor ANIBAL FREIRE, recebemos o encargo de preparar o necrológio de RUI BARBOSA, que ainda se achava em estado de coma. Tínhamos o receio de que a notícia da morte nos chegasse num momento em que já não houvesse tempo para prestar as homenagens que tanto merecia. De certo não é fácil usar o pretérito para uma pessoa que ainda está viva. Mas de que modo evitar que uma informação de última hora, com o expediente do jornal praticamente encerrado e os redatores ausentes, nos levasse a registrar, em duas linhas, o falecimento de tão ilustre brasileiro? E se alguém, acreditando-se bem informado, ou para se recomendar com a divulgação de uma notícia importante, nos houvesse dado como consumada a morte, ainda em vida de RUI BARBOSA, não estávamos correndo o risco de divulgar uma notícia falsa, tão-somente com a preocupação de render as homenagens devidas ao eminente brasileiro?

E não seria um caso esporádico. A imprensa francesa conhece o episódio famoso da chegada triunfal de NUNGESSER e COLI a Nova York, noticiada por **La Presse**, o jornal que ainda conservava o prestígio de haver sido fundado por EMILE DE GIRARDIN, um dos maiores nomes do jornalismo de seu tempo. Herói de guerra, NUNGESSER preparara minuciosamente o vôo da travessia do Atlântico, empreendimento que todos consideravam temerário, senão impossível. Por excesso de confiança no avião e seu companheiro, um jornalista francês se arriscou a noticiar a sua chegada a Nova York, relatando uma recepção que tudo indicava que seria triunfal, pelo noticiário com que a imprensa americana vinha acompanhando aquela grande façanha. Infelizmente, o avião havia desaparecido, sem deixar nenhuma indicação de seu final trágico. GEORGE RAVON, que então se iniciava na profissão, confessou mais tarde a sua responsabilidade na divulgação de uma informação, que havia de pesar muito no destino da folha que a divulgara.

Num longo capítulo intitulado **Crítica da Informação**, FOLLIET analisa os obstáculos de uma informação fidedigna. Começa pela "dificuldade de ver claro", isto é, de romper o nevoeiro com que surge a informação. Mostra a distância que separa a crítica da informação da crítica histórica, que dispõe de tempo e de numerosos elementos que facilitam a sua investigação. Detém-se na procura da informação, que depende tanto da natureza e importância do fato quanto de sua relação com o informante. Examina a malícia das contingências que podem envolver informados e informantes. Alude aos casos de pleora e de escassez de testemunhas, sem poder garantir o que será melhor para o jornalista, quando a diversidade de numerosos testemunhos acaba exigindo dos jornalistas o encontro do fio de Ariadne, para atravessar o labirinto das versões. Não omite a análise da consciência das testemunhas, para apurar o grau de credibilidade de que se revestem, enumerando enganos e falsidades que dependem da personalidade das pessoas que informam, não raro até por culpa ou colaboração da própria ignorância das testemunhas. Sem esquecer que tudo depende da concepção do que seja a informação para a própria testemunha. Será que ela considera importante o relato "objetivo" das ocorrências ou o que elas podem significar para o sentimento ou as tendências da própria testemunha? Sem falar nos erros de tradução, na transmissão de informação, nas falhas da condição, nos erros de revisão, na elaboração da informação sob as influências que podem predominar nas respectivas redações. E os "parasitas" da informação, como os denomina FOLLIET, desde a influência das relações pessoais do jornalista até a presença do poder econômico? E ainda teríamos que incluir a influência do público que compra o jornal, pois que o jornalista que nele escreve terá o cuidado de procurar adaptar a informação à mentalidade e às preferências de seu leitor, ou para torná-las mais sensacionais, ou para acomodá-las ao senso de moderação da maioria de seus leitores.

Na crítica histórica, os processos mudam desde que não fiquem sujeitos ao tempo fixado para a sua elaboração. Partindo do conceito de que o homem é naturalmente crédulo e acredita em tudo que lhe dizem, a crítica histórica se arma de todos os instrumentos que possam alcançar uma verdade científica, através de uma teoria do testemunho que parta da convicção que há testemunhos bons e testemunhos maus. "As boas testemunhas, dignas de fé, ensina SEIGNOBOS, são as que conheceram a verdade e procuram dizê-la, bem informadas e sinceras; as más testemunhas são os embusteiros e as pessoas mal informadas que não souberam a verdade ou não desejaram dizê-la." Essa doutrinação se aplica primeiramente às pessoas. Ao transportá-la para os escritos, classificam-se como documentos, que não ficam sujeitos à mesma distinção. Para se compreenderem as dificuldades a que se defronta o jornalista, basta comparar suas tarefas com as que incumbem à crítica histórica que, na lição de SEIGNOBOS, se divide essencialmente em três séries de operações, a saber:

1) a crítica de interpretação, que consiste em determinar o sentido do documento, isto é, a concepção do autor;

2) a crítica da sinceridade que consiste em discernir se o autor mentiu ou não, de modo que se determine sua crença a respeito de cada ponto;

3) a crítica da exatidão, que consiste em examinar se o autor se equivocou ou se observou bem, de modo que se determinem os fatos exteriores que observou.

Acrescentando-se a tudo isso uma operação prévia, qual seja a crítica da procedência, destinada a determinar quem foi o autor do documento ou o processo da sua informação.

Em suma, também é essa a tarefa do jornalista, com a diferença que o historiador dispõe do tempo necessário para chegar a uma conclusão, enquanto o jornalista conta apenas com o prazo marcado para a saída do periódico em que escreve, um prazo escassíssimo, se se trata de um jornal diário. E não obstante tantos cuidados e tanto esforço, a conclusão a que se chega, na História, é aquela que SEIGNOBOS nos aponta quando diz que "há muitas maneiras de enganar-se, em consequência muitos erros passíveis a respeito de qualquer fato e não há mais do que uma maneira de ver com exatidão" (Ch. SEIGNOBOS, *El Método Histórico Aplicado a las Ciencias Sociales*, p. 79). Terá o jornalista o segredo da infalibilidade, lidando com material escasso sob o ferrão da urgência? Na verdade, como o reconhece FOLLINET, "há muitas formas de erro e de mentira. Pode-se mentir travestindo uma informação. Pode-se errar ou mentir por omissão". Embora alguns jornais procurem manter o que FOLLINET classifica como o "mito da infalibilidade", publicando em tipo menor, e em lugar quase escondido, o desmentido de uma notícia da véspera. Conta-se que o *Times*, de Londres, fazia questão de levar tão longe esse "mito da infalibilidade" que, tendo noticiado a morte de alguém, não achou outra fórmula de retificação, diante da própria pessoa que apontara como morta, do que noticiar que havia nascido. O que um jornal americano repetira de certa forma, fazendo questão de proclamar que, como havia sido o primeiro a informar a morte, queria ser também o primeiro a noticiar que não era verdadeira a notícia que havia sido o único a publicar.

Por isso, discursando, certa vez, a diretores ou representantes de diversos jornais católicos, o Papa PIO XII reconhecia as dificuldades da profissão, dizendo:

"Não discriminamos os obstáculos que se levantam diante do jornalista quando quer ser fiel aos seus encargos perante Deus e diante dos homens ansiosos de justiça. Antes de tudo a imprensa, o rádio o tiranizam, fixando-lhe prazos, e essa dificuldade, a menos grave de todas, já é de per si suficiente. É muitas vezes arrastado a fornecer às redações impacientes trabalhos inacabados, insuficientemente controlados, repletos, amadurecidos. A situação é infinitamente mais séria quando os profissionais de imprensa e do rádio não podem dispor livremente desses poderosos meios de difusão do pensamento, porque dependem

de outras mãos mais fortes, de organizações, de partidos ou de fornecedores de recursos necessários. E, finalmente, o jornalista deve cuidar do que seus leitores e seus ouvintes pensam e desejam, isto é, da "opinião pública" que é preciso dirigir no bom sentido. Se ele não se preocupasse com essa opinião, não seria lido, nem ouvido e falharia às exigências de sua profissão. O ideal consiste, pois, em conservar a maior objetividade sem perder o contato com o seu público."

A tirania da rapidez, da pressa, estava bem indicada, na palavra do Papa PIO XII. Mas a opinião pública a que ele se referia não era mais do que a opinião dos leitores do jornal ou dos ouvintes do rádio. Cada jornal, cada estação de rádio ou de televisão tem o seu próprio público, com uma opinião formada, ou ditada por uma preferência que vem dos antecedentes desses meios de comunicação. Há leitores e ouvintes de informações, que não querem mais do que o fornecimento das novidades que desejam conhecer ou ouvir. Mas há leitores e ouvintes, ou espectadores — sobretudo leitores —, que acompanham um órgão de publicidade por simpatia pelas opiniões que ele defende ou aceita. Há também que levar em conta a tirania dos fornecedores de recursos, a que se refere PIO XII. Os jornais americanos conhecem, melhor do que ninguém, essa pluralidade de tiranias, não raro contraditórias ou opostas, mas sabem como atuar, mantendo-se fiéis ao fato, tratado com a possível objetividade, e aceitando a praxe do "colunista", que são jornalistas da maior autoridade e cuja independência de opinião é respeitada de maneira quase absoluta. Houve tempo em que o jornal fazia questão do anonimato e da coerência de todas as opiniões defendidas nas suas seções. A tendência atual é para ir ampliando a responsabilidade e a autonomia, não apenas de seus colaboradores, como até mesmo de seus redatores. Dessa forma, o jornal sensibiliza um público maior que nele pode encontrar a exposição e a justificação que está pensando, ou nos artigos da própria redação ou no pronunciamento de seus "colunistas". No jornalismo americano, o que se exige do colunista é, antes de tudo, personalidade e autoridade, de que pode decorrer a sua originalidade e um poder criativo, embora se possa distinguir entre os colunistas que se limitem a carrear notícias e o colunista cuja independência se assinala nos comentários ou na crítica dos próprios fatos. HARRINGTON e MARTIN opinavam que "para ter sucesso como colunista exige-se do seu autor maturidade, excelentes antecedentes (background) e muita experiência, uma filosofia agressiva de vida e um estilo seguro e flexível. O escritor deve ser tanto um ensaísta como um crítico e capaz de variar a sua maneira de escrever da sátira à irreverência e ao humor das homilias". Eu me limitaria a dizer que o colunista deve ter, antes de tudo, a recomendação de quem sustenta e defende opiniões por amor a essas opiniões, sem qualquer outro interesse que o da própria independência. Como era o caso, nos Estados Unidos, de WALTER LIPPMAN, entre tantos outros. E como é o exemplo, no Brasil, de ALCEU AMOROSO LIMA. O jornalista que faz de sua coluna assinada uma picareta não pode ser incluído no quadro dos colunistas. A instituição concorre, de certo, para o êxito do

jornalismo americano e se recomenda por isso mesmo que nem sempre coincide com a tendência dos editoriais de folha ou das folhas em que escreve, atendendo, por isso mesmo, à diversidade de opiniões de qualquer jornal.

A possibilidade de erros, de falhas, de imperfeições não foi bastante para que o II Concílio do Vaticano deixasse de proclamar "que é intrínseco à sociedade humana o direito à informação de assuntos que interessam aos homens, quer tomados individualmente, quer reunidos em sociedade, conforme as condições de vida de cada qual. O correto exercício deste direito, contudo, exige que a comunicação, quanto ao seu objeto, seja sempre verdadeira e, salva a justiça e a caridade, seja íntegra, ademais, quanto ao modo, seja honesta e equilibrada, isto é, observe as leis morais, a dignidade e os legítimos direitos dos homens, tanto na busca de notícias, quanto na sua divulgação, pois nem todo conhecimento aproveita à caridade, porém edifica. (I Cor., 8,1) (Vaticano II, Decreto **Inter Mirifica**, nº 1.468).

Esse direito à informação, que o Concílio considerava "intrínseco à sociedade humana", surge também como uma condição de regime democrático. Observa lucidamente FOLLIET que, "se se define a democracia como a participação ativa e responsável da pessoa cidadã na elaboração do destino coletivo, que condiciona seu próprio destino, é claro que, sem informação, não será senão quimera ou tão-somente mistificação" (ob. cap., p. 160).

O que FERNAND TERROU completaria dizendo: "A informação não é mais apenas o exercício de uma liberdade individual, condição de todas as outras liberdades individuais, não é somente um instrumento de ação política. Tornou-se, também na sociedade industrial, o instrumento de todo desenvolvimento cultural e econômico" (ob. cap., p. 51).

Tão importante a informação que a desinformação começou a ser considerada como uma conseqüência de subdesenvolvimento econômico. Nesse ponto, a UNESCO elaborou estatísticas minuciosas, para revelar a que ponto chegava essa desinformação em países latino-americanos. Cerca de 95% da população ignorava quem fosse KENNEDY ou FIDEL CASTRO. O número de periódicos era de 3,8% nos países subdesenvolvidos contrapostos ao índice 22,7 nos países desenvolvidos. Índices que permaneciam na distribuição dos outros meios de comunicação, como o rádio, o cinema e os televisores. Ao que TAUFIC objetava que "seria erro, todavia, confundir o subdesenvolvimento tão-somente com a ignorância e a pobreza. Embora lhe sejam consubstanciais, não são seu principal fator, que é a dependência. A qualidade de "subdesenvolvido" não se ganha numa rifa; resulta de imposições exteriores como imposição de nações que foram as primeiras no caminho da industrialização" (TAUFIC, ob. cap., p. 124). Não apenas, de certo, de imposições externas, mas também de capitulações internas de países que se prosternam diante do capital estrangeiro, em vez de fazerem como o Japão, que sempre cultivou a tese de que o capital se faz em casa. O que vem de fora não esquece nunca a companhia dos grilhões da dependência.

A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade pela divulgação de informações sempre existiu, traduzida nos perigos que podem acarretar. "Desde que CLEÓPATRA mandou matar o mensageiro que lhe trazia a notícia da morte de AN-TÔNIO, os jornalistas sabem que correm riscos quando anunciam fatos desagradáveis" (J.-J. SERVAN-SCHREIBER, **O Poder da Informação**, p. 148). No Brasil, os "jurados de **A Malagueta**, nos tempos de PEDRO I, e talvez com a anuência dele, precederam as sanções legais, na punição dos delitos de opinião, se é que se podia considerar delito a linguagem moderada de LUÍS AUGUSTO MAY que, lidas hoje, no volume que RUBENS BORBA DE MORAIS conseguiu publicar, com o apoio do editor ZÉLIO VALVERDE, afiguraram-se-nos uma crítica discreta da ação do Ministério que JOSÉ BONIFÁCIO presidia. Excetuava sempre a pessoa do Príncipe Regente, tratado de maneira respeitosa, na linguagem do tempo, quando o jornalista se declarava "prostrado aos pés de V.M.I. beija a sua Augusta Mão. De V.M.I. o mais reverente súdito e fiel criado, o Redator de **A Malagueta**". Na verdade, maior que a irreverência e a agressividade do jornalista tem sido a intolerância dos governantes. Para os donos do poder, na vaidade que os aproxima dos semideuses, a menor divergência, ou a mais leve censura, toma ares de sacrilégio.

Por isso mesmo, quando se proclamou a liberdade de imprensa, nas *Declarações de Direitos*, raramente se deixava de recordar a necessidade de limites, no exercício dessa faculdade. Na Declaração de Direitos da França, em 1789, determinava-se que "tais limites seriam apenas aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos direitos naturais que lhes cabiam". Adiantando-se, todavia: "ces bornes ne peuvent être déterminés que par la loi". Um direito que poderia estar sujeito a abusos, de onde a conclusão imediata: "salvo o responder pelos abusos dessa liberdade, nos casos determinados por lei". Um direito, pois, que cessava em face dos abusos praticados.

Que seria, porém, o **abuso** da liberdade de imprensa? A resposta seria tão difícil como a que viesse atender à pergunta de PILATOS — **Quid est veritas?** A resposta da lei se restringia à enumeração dos abusos. Uma enumeração difícil, com a variedade de posições assumidas pela autoridade. O grito **Viva a República Social!** foi condenado ao tempo da Segunda República Francesa. No *Segundo Império*, também da França, a **Marselhesa** era condenada como um canto sedicioso. Sob a terceira República francesa valia como sedição gritar **Viva Napoleão!** ou **Abaixo a República!** (ROGER PINTO, ob. cit., p. 49). O famoso FBI dos Estados Unidos já abriu inquérito em torno das pesquisas para apurar até que ponto a fome existia no território dos Estados Unidos, que aquela repartição americana considerava exemplo e modelo de opulência. No Brasil, na vigência do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, só não era abuso da liberdade de imprensa o que tivesse a aprovação dos censores designados pela autoridade pública. Somente no **Jornal do Brasil** funcionavam, para o cumprimento dessa tarefa, nada menos de sete censores, desempenhando uma função que ALBERTO DINES entendia que

tinha, como objetivo principal, impedir que o Rio de Janeiro continuasse a ser a caixa de ressonância de todas as aspirações do Brasil. Para isso, era preciso amordaçar a imprensa do Rio, no momento mesmo em que se concedia maior liberdade à imprensa de outros Estados. Por essa razão, e com essa finalidade, diz ALBERTO DINES, é que a "censura se concentrou nos jornais do Rio e não nos de São Paulo. Isso, conclui ele, é muito importante que seja dito, ainda que **O Estado de S. Paulo** tenha tido uma participação gloriosa na luta contra a censura".

Nesse regime de censura prévia, o governo não se limitava à função de censura, proibindo matérias ou regulando tudo o que pudesse ser divulgado, ou por meio de ordens diretas de autoridades presentes às redações, ou até mesmo através de simples telefonemas. Ia mesmo além dessas medidas, pois se julgava com o poder suficiente para divulgar versões que interessassem à autoridade pública. ALBERTO DINES nos informa que foi dessa forma que se publicaram, no **Jornal do Brasil**, a notícia a respeito do desaparecimento do Deputado RUBENS PAIVA, assim como a **confissão** do agente ADAUTO SANTOS, e tudo que pudesse servir de apoio à propaganda do "Milagre brasileiro", para justificativa do golpe de estado de 1964. Creio que, se vivo fosse, o Dr. GOEBBELS não pouparia aplausos a esse esforço para fazer passar como editoriais dos jornais, ou esforço de sua reportagem, informações e comentários saídos diretamente das repartições oficiais. O processo e os expedientes usados bem que encontrariam lugar nas cenas imaginadas pelos cineastas que construíram essa obra-prima de observação e análise, que foi exibida sob o título **Z**.

Não é apenas na fase do estado de sítio, ou dos regimes ditatoriais, que o governo tem a faculdade de divulgar informações falsas ou versões que pensam mais no interesse dos governos do que na realidade dos fatos. Mesmo em períodos normais, e em países que se desvanecem da excelência de sua imprensa, a autoridade pode-se dar ao capricho de fabricar versões, sem levar em conta o interesse da coletividade. Não há muito, o **New York Times** aceitava colaborar com o governo americano, deixando de publicar notícias, enviadas pelos seus repórteres, a respeito dos vôos do avião U-2, para não comprometer o governo de seu país, que estava servindo-se daquele avião para um trabalho de espionagem sobre o território da União Soviética. Também foram ocultadas informações, que já estavam de posse de diversos jornais americanos, a respeito do projeto de invasão de Cuba, na Baía dos Porcos. As fotografias do massacre de My Lai, na guerra do Vietnã, ficaram muito tempo guardadas nas redações, que não desejavam publicá-las, receando o mal que podiam fazer tanto ao governo do país, como ao povo dos Estados Unidos. (CLAUDE-JEAN BERTRAND, ob. cit., p. 103.)

O que mais nos surpreende é que as leis sejam implacáveis, quando a informação falsa vem do exercício da liberdade de imprensa, mas sejam omissas, ou singularmente indulgentes, quando a responsabilidade pela informação falsa corre por conta dos governos e não da imprensa. Severidade de um lado e impunidade do outro. O que nos deixa a impressão

de que os limites da liberdade de expressão têm como objetivo principal a defesa da autoridade pública, muito mais do que o interesse social ou o bem da coletividade. Se concorrem para restringir a ação da imprensa, também procuram favorecer os governos que os criaram.

Nesse particular, o regime legal dos Estados Unidos vale como exemplo de seu maior interesse pela liberdade da informação e da opinião. Basta considerar que a primeira emenda constitucional, apresentada à Carta de 1787, proíbe que o Congresso venha a coarctar a liberdade de expressão ou de imprensa: "Congress shall make no law respecting an establishment or religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or press." E com o receio de que esse dispositivo se restringisse à área federal, surgiu nova emenda, em 1868, estendendo essa proibição aos Estados, determinando que "os Estados não poderão promulgar, nem fazer cumprir qualquer lei que restrinja as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos" (No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law). A emenda vinha assim estender ao Poder Legislativo dos Estados a proibição estabelecida na Emenda nº 1 para o Poder Legislativo da União. O *Times*, de Londres, reconhecia que nenhum país excedia os Estados Unidos nas franquias com que se assegurava a liberdade de imprensa e de informação. Uma orientação que não prejudicou os Estados Unidos, como se comprovou com o seu imenso progresso. E tanto se convenceu da utilidade dessas medidas, que 81 anos depois da promulgação de sua Constituição de 1787, entendia que a liberdade deveria estender-se aos Estados, com a Emenda Constitucional nº 14. E é JOHN WILLIAM TEBBEL quem reconhece, no seu excelente **Os Meios de Comunicação nos Estados Unidos**, que "nenhum fator foi mais importante na definição dos Estados Unidos do que a imprensa escrita" (ob cit., p. 111).

A fórmula americana não prevaleceu nos outros países, mesmo quando reconheciam a necessidade da liberdade de imprensa. Preferiam limitar-se a falar em **abusos** e permitir que esses abusos tivessem limites, reforçados com as sanções legais. A fórmula, por sinal, vinha do Direito Romano, no aforisma célebre: "Libertas est potestas faciendi id quod juri licet." O mal era que a Constituição assegurava a faculdade, mas era a lei ordinária que vinha estabelecer as restrições, o que acabava deixando a liberdade da imprensa dependendo mais das leis que definiam os abusos do que da Constituição que proclamava a liberdade.

Na verdade, o legislador constituinte proclama e exalta o princípio da liberdade, reconhecendo a benemerência e utilidade do preceito. Mas como ele próprio admite restrições e autoriza o legislador ordinário a fixar os limites para os abusos, é ao legislador ordinário, mais do que ao constituinte, que vêm a caber a extensão e a substância da liberdade. Verdade que o Poder Legislativo é uma espécie de aliado da imprensa no uso da liberdade de expressão. Se dependesse especialmente dele, a fixação dos abusos não chegaria a comprometer a essência daquela

liberdade. Mas o Poder Legislativo sofre a influência do legislador ordinário que pode constituir obstáculo à liberdade da imprensa, ampliando a enumeração dos abusos e estabelecendo para eles sanções numerosas e severas.

De modo geral, a autoridade procura fazer tudo que esteja ao seu alcance, para evitar censuras e críticas à sua ação governamental. Pela sua vontade só haveria, na imprensa, aqueles jornalistas a favor, a que se refere HÉLIO FERNANDES, até mesmo porque se considera onisciente e infalível, acreditando mais no conjunto de cortezãos que o endeusam. NAPOLEÃO, por exemplo, achava que o apoio da imprensa podia valer tanto quanto a presença de um exército de 300.000 homens. E já em Santa Helena reconhecia que "a liberdade da imprensa, em mãos dos governos, deve ser um poderoso meio auxiliar para fazer chegar a todos os confins do Estado as opiniões sãs e os bons princípios. Abandonar a imprensa a si mesma significa, de certo, dormir junto a um perigo" (apud CASTRO FARINAS, *De la Libertad de Prensa*, p. 101). Mas que seria, para NAPOLEÃO, uma idéia sã, senão a que ele próprio esposasse ou defendesse? E entregar a imprensa ao governo seria anular a liberdade, fazendo-a oficiosa ou oficial, seja qual for o meio usado para alcançar essa transformação.

Nesse ponto, devemos fazer justiça a um governante brasileiro, que foi D. PEDRO II. Ele sustentou idéia completamente diferente da que NAPOLEÃO expusera. No seu longo reinado de 49 anos, sempre foi contrário a qualquer projeto que viesse restringir a liberdade de imprensa. Opôs-se a todas as iniciativas nesse sentido, com uma firmeza esclarecida e obstinada. Era através da imprensa que ele próprio acompanhava e fiscalizava a ação de todos os seus auxiliares. Para ele a imprensa, sobretudo a de oposição, impunha-se como um serviço especial que nada custava ao próprio Estado, salvo no caso de suborno, que era o primeiro a condenar. Parecia-lhe conveniente o aparecimento de uma imprensa dos partidos políticos, para defender e propagar os programas que houvessem apresentado. Mas para o cumprimento de sua tarefa, convinha, antes de tudo, que a imprensa fosse realmente livre. Não apreciava a imprensa laudatória, que podia servir apenas para ampliar a margem dos erros e dos equívocos dos governantes.

Nos **Conselhos à Regente**, em 1871, PEDRO II entregava à filha e ao genro "algumas páginas em que lançara certos conselhos relativos ao governo do Império, para que as tivesse presentes ao assumir os encargos que lhe cabiam, em substituição ao Pai que ia embarcar para uma longa viagem à Europa". No capítulo relativo às relações com a imprensa, embora condenando subvenções aos jornais e desejando que os partidos fundassem e sustentassem, à sua custa, periódicos que os apoiassem e defendessem, acrescentava o Imperador: "Entendo que se deve permitir toda liberdade nestas manifestações, quando não se dê perturbação da tranqüilidade pública, pois as doutrinas expendidas nessas manifestações pacíficas ou se combatem por seu excesso, ou por meios semelhantes menos no excesso. Os ataques ao Imperador, quando

ele tem consciência de haver procurado proceder bem, não devem ser considerados pessoais, mas apenas manejo ou desabafo partidário." O que JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES, prefaciador da publicação dos **Conselhos à Regente**, completava com o comentário oportuno: "Era ouvir e calar". Tanto mais que o Imperador reconhecia que "a tribuna e a imprensa são os melhores informantes do Monarca". E a SINIMBU declarava o Imperador que "sou partidário da completa liberdade de imprensa, pois esta é a melhor fonte de informação, senão a única". HEITOR LYRA, que documenta a afirmação a SINIMBU, observa que essa foi a lição do Segundo Reinado, comprovada com a atitude do Imperador, que não permitia que comentários desairosos, feitos por uma revista que criticava os chefes militares que conduziam a guerra no Paraguai, perturbassem a circulação da revista. Como não a tiveram periódicos que faziam do Imperador o alvo de críticas mordazes e até mesmo irreverentes. Pelo que HEITOR LYRA comenta: "É certo que nunca, como então, chefe de Estado ou autoridade pública do Brasil levou tão a sério o papel policiador da imprensa. Também nenhum autor foi mais livre em nosso País do que no seu tempo." O que se explicava pelo fato de que a liberdade da imprensa era, para PEDRO II, como um dogma do regime representativo. Ele próprio o dissera: "Sem liberdade de eleição e a de imprensa, não há sistema constitucional na realidade" (HEITOR LYRA, **História de D. Pedro II**, 2º, pp. 145-146).

Quando se considera a imprensa não auxiliar do governo, mas inimiga dele, a repressão cresce, mais preocupada em punir do que em compreender e justificar, como fazia o Imperador. Há que pôr na balança os dois pesos, de um lado os exageros da imprensa, ou até mesmo os seus destemperos, e do outro o que a sua ação significa como fiscalização e vigilância, para verificar o saldo que resulta desse confronto, sem deixar de levar em conta a influência dos leitores que desejam encontrar no seu jornal a opinião que eles próprios defendem ou sustentam. Há um público para as críticas ou censuras e pode haver outro, muito mais limitado, para os louvores e os ditirambos, como há também um público que procura, na folha que compra ou assina, manifestações de independência, pois sente, como ninguém, até que ponto a folha depende dos governos ou dos grupos econômicos. E se pode adquirir o jornal pela excelência ou variedade de sua informação, não o aceita como orientador de sua própria opinião. A impressão que se tem da imprensa a favor é que ela é estipendiada pelo governo ou pelas forças ocultas do capitalismo. A independência se manifesta ou se assinala pelo exercício da crítica, não raro pelo vigor da censura, desde que associada à verdade e à segurança da informação.

De certo modo, a democracia funciona como um teatro, como uma distribuição de papéis a todos os atores que nela se empenham. Há papéis para os governistas, que não precisam de tantos figurantes, pois que contam com as armas que os sustentam. Já o banco da oposição terá que ser maior e mais atuante. Na minha experiência de repórter parlamentar, recordo um deputado que, depois de numerosos mandatos (era o mais antigo de toda a Câmara), achava que a função do deputado do

governo era votar e não falar. Achava que todos os discursos a favor não convenciam ninguém e despertavam mais restrições do que aplausos. O papel da oposição era falar, o dos governistas o de votar. MAURÍCIO DE LACERDA, que conhecia essa doutrina, num momento de irritação, acabou batizando uma das maiores bancadas do governo como a "bancada das nádegas", uma vez que o Presidente da Mesa tinha sempre o cuidado, nas votações, de pedir que ficassem sentados os que votavam a favor dos projetos orientados pela maioria do plenário. A oposição exigia naturalmente outra postura e devia ficar de pé, protestando, veemente e exaltada. Lembro-me de um deputado que ficava tão zangado e gesticulava com tal entusiasmo que um companheiro, que conhecia as deficiências de suas coronárias, o procurou acalmar, ao que ele o tranquilizou, dizendo apenas que por dentro estava perfeitamente calmo. A gesticulação, dizia ele, destinava-se tão-somente às galerias, que estavam repletas e aplaudiam um pronunciamento que estavam julgando mais pelos gestos do que pelas palavras, que não chegavam a ouvir.

Quando se compreende a democracia como um teatro, em que os papéis devem ser diferentes, até para o êxito da peça, a tolerância se apresenta para compreender e desculpar excessos, que o regime absorve facilmente, pois que é essa a sua essência e a sua força, constituindo aquela "efervescência da democracia", de que já nos falava ARMITAGE, na sua história do primeiro reinado brasileiro. Porque a democracia é vida, é agitação, e pode ser tumulto. A paz e o silêncio são privilégios dos cemitérios. Nesse contexto, a imprensa também tem o seu papel, mais difícil de cumprir que o dos outros poderes do Estado, pois que o desempenho dos eleitos pelo povo é julgado de quatro em quatro anos, ao passo que o da imprensa é julgado dia a dia, na reação de seus leitores. E há que compreender que num país, em que os mais graves problemas do povo se eternizam, à falta de uma solução que os atenda, o papel da crítica encontrará sempre aplausos maiores do que os papéis do conformismo ou do contentamento. A fome não encontra forças para os aplausos.

Dai há que compreender que o que se considera abuso da liberdade de imprensa precisa ser examinado a fundo, para ver até onde reflete a realidade social. JACQUES BOURQUIN, no seu livro excelente, separa os abusos em diversas categorias, através dos limites que procuram evitar ou corrigir:

a) Limites *ratione personae*, incluindo o segredo da vida privada, as ofensas à consideração e à honra, as ofensas ao crédito.

b) Limites *ratione reipublicae* abrangem o interesse do Estado e a proteção da ordem, da independência e da segurança do Estado, a segurança militar, a proteção das autoridades, as ofensas ao crédito público, a proteção da paz e da ordem pública, a paz confessional, a proteção dos bons costumes.

c) Limites *ratione gentium*, incluindo a condenação aos ultrajes aos Estados estrangeiros e às organizações internacionais, a neutralidade

espiritual, com que a Suíça salvaguardava e protegia a independência do país e a liberdade do povo.

d) Limites **ratione materiae**, que incluem a natureza do escritor, a presença do meio em que ele vivia.

e) Limites **ratione auctoris**, abrangendo o respeito à verdade, os conhecimentos do autor, a provocação do autor, os motivos suficientes, a boa fé do escritor.

f) Enfim, limites **ratione lectoris**, examinando o escrito incriminado em face das influências dos autores, ou se não viria deles a interpretação que transforma em ilícita uma publicação inocente.

Na verdade, todos esses limites surgiram, ou se impuseram, levando em conta "o interesse superior da coletividade e os interesses merecedores de proteção de indivíduos em geral. A limitação da liberdade de imprensa resulta da necessidade de defender um outro direito fundamental: o direito à existência, à liberdade, à integridade moral da Nação e do indivíduo, um direito sem o qual não poderia subsistir a sociedade, ou não teria elementos para congregar os indivíduos que a compõem. Direitos ilimitados também criam problemas que devem ser evitados, no interesse da paz e da coesão social. Com efeito, se o pensamento e sua expressão permitem combater o erro e a injustiça, também podem concorrer para corromper e desagregar. Cabe, pois, ao Estado proteger as inteligências e as personalidades débeis contra atividades perniciosas. É a razão dos limites estabelecidos", conclui JACQUES BOURQUIN (*ob. cit.*, p. 200).

Até aí pode-se registrar a formação de um consenso universal. A segurança do Estado é interesse de todos, desde que não parta do sacrifício da segurança do cidadão, quando é possível o esforço para conciliar e harmonizar as duas seguranças. Para isso é necessário verificar e medir os dois interesses. Um interesse mínimo do Estado, em face de perigos ou ameaças hipotéticas ou remotas, não pode sacrificar um interesse máximo e atual do cidadão. Quando se condena, por exemplo, a propaganda subversiva, o que se pretende é impedir uma atuação que põe em perigo a própria existência do Estado. Mas, para que seja isso verdade, há que exigir que se trate de um perigo real, iminente, grave. Uma realidade e não um pretexto, como o famoso Plano COHEN. Ainda é perfeito o comentário de JOÃO BARBALHO: "Nem se concebe que a possam autorizar (a decretação do estado de sítio) fatos, ainda que muito graves, que sucedem na vida normal da sociedade, para os quais está aparelhada a autoridade com as faculdades ordinárias de ação. Fora contraditório, fora inepto, fazer uma Constituição e regular nela o exercício do poder público, para assegurar a liberdade e o direito do cidadão, dando à autoridade, ao mesmo tempo, a faculdade de apartar-se das normas tutelares para isso estabelecidas e empregar meios heróicos contra ocorrências que se podem vencer sem sacrifícios da liberdade individual, com os recursos ordinários. Constituição que tal permitisse seria antes uma negaça e uma armadilha, urdidura digna de Tibérios e de

Maquiavéis que não dos procuradores do povo para garanti-lo e mantê-lo soberano. Seria uma Constituição suicídio" (**Comentários**, 2ª ed., p. 161). Em seu precioso **Direito Público Brasileiro** já nos lembrava o insigne PIMENTA BUENO que "as leis humanas foram feitas para os homens e não os homens para as leis" (**Direito Público**, p. 486). Embora não faltem os que entendem que os homens nascem e vivem para o Estado.

Desde que se concorde em que o Estado foi criado para o homem, e não o homem para o Estado, as medidas de defesa do Estado acompanham as regras de exata proporcionalidade que justificam a legítima defesa, como resposta a uma agressão, sobretudo se considerarmos que os meios pacíficos são mais eficazes do que o apelo à violência e à repressão. Não caberia, nesse contexto, destruir uma tipografia sem importância, munida de um prelo manual, e prender os seus responsáveis sob a acusação de que punham em perigo a existência do Estado. O que se quer, em todos os momentos, é que as medidas de repressão atendam a um perigo ou a uma ameaça que ninguém pode contestar, e não a acusações mais inventadas do que reais, como obras de ficção atribuíveis à imaginação policial.

Como é necessário não esquecer que, na sua função informativa, a imprensa exerce, de fato, uma função pública, que o Estado não poderia suprir ou, se o pretendesse fazer, não teria a autoridade de uma informação livre e contraditória, merecedora, por isso mesmo, de maior credibilidade. Observe-se o que significa, por toda a parte, a imprensa oficial ou oficiosa, quer nos regimes totalitários, quer no regime democrático, em que costuma resumir-se à transcrição dos atos oficiais. As próprias estatísticas soviéticas só vieram a inspirar alguma confiança quando confirmadas pelas estatísticas mundiais. As informações do regime nazista acabaram arrastando a Alemanha ao despenhadeiro, de que resultam apenas as confissões assustadoras dos julgamentos de Nuremberg.

Se é necessária ou indispensável uma informação livre, por isso mesmo contraditória, e se está sujeita às imensas dificuldades da apuração da verdade, cabe indagar até que ponto os abusos da liberdade de informação e de expressão podem constituir razão para a imputabilidade do jornalista. Há que distinguir as duas hipóteses, a da informação e a da opinião. Na verdade, com o direito ou dever de informação, a função do jornalista se resume à divulgação, e se existe ou não o fato que ele noticiou ou se houve qualquer participação dele na maneira de redigir a notícia. Pode ser absolutamente neutro e pode ser voluntariamente parcial. Ou indiferente ou tendencioso. Como seria, mesmo no caso de distorção da notícia, o verificar se o jornalista agira de boa fé ou não, e até mesmo se tinha tido algum interesse pessoal, ou simplesmente profissional, na maneira de apresentar a notícia, dada a margem de erro a que está sujeita a informação, por mais honesta que pretenda ser.

Quando se tratasse da divulgação de opiniões, também seria justo o indagar se o jornalista agira de boa fé ou não, e até mesmo do grau

de interesse que poderia ter naquela versão e se ela correspondia, ou não, aos interesses da própria coletividade, a tudo enfim que pudesse explicar, ou justificar, a opção do jornalista. Tivemos, recentemente, uma acusação grave ou até mesmo caluniosa, apoiada num relatório oficial que *nunca foi negado*. Qualquer processo que não invocasse a inexistência desse relatório, ou que ele, divulgado, não apoiasse a denúncia do jornalista, estaria, na verdade, sacrificando a liberdade da imprensa. Qualquer processo, nesse caso, deveria começar pela exibição do relatório, provando que ele nunca existira, o que não chegou a ser alegado, muito menos provado.

“Todas as civilizações”, já ensinada ASTOLFO RESENDE, no prefácio à monografia de RAUL MACHADO intitulada **A Culpa do Direito Penal**, “têm a sua forma de delinqüência peculiar. A forma predominante de delinqüência, no estado atual da civilização, é a delinqüência culposa. Tanto basta para que a atenção do legislador e do sociólogo se detenha preponderantemente sobre ela, a fim de, colhendo das suas maneiras de ser, poder prevenir os males que dele resultem para a incolumidade pública”. E por mais que se caminhe no sentido da afirmação dos critérios objetivos, superando os critérios subjetivos da “voluntas”, não basta a violação ou a inobservância da norma legal para a caracterização do ilícito. Já na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 dizia o eminente FRANCISCO CAMPOS: “No tocante à culpabilidade (ou elemento subjetivo do crime) o projeto não conhece outras formas além do dolo e da culpa **stricto sensu**. Sem o pressuposto do dolo e da culpa **stricto sensu**, nenhuma pena será irrogada. **Nulla poena sine culpa**. Em nenhum caso haverá **presunção** de culpa. Assim, na definição de culpa **stricto sensu**, é inteiramente abolido o dogmatismo da “inobservância de alguma disposição regulamentar”, pois nem sempre é **culposo** o evento subsequente.” Reportando-se ao disposto no art. 15 do Código Penal, acrescentava a referida Exposição de Motivos de FRANCISCO CAMPOS: “Segundo o preceito do art. 15, nº 1, o dolo (que é a mais grave forma de culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (**effectus sceleris**), como quando assume o risco de produzi-lo. O **dolo eventual** é, assim, plenamente equiparado ao **dolo direto**.” E mais adiante esclarece melhor o seu pensamento: “Relativamente à culpa **stricto sensu**, absteve-se o projeto de uma conceituação teórica, limitando-se a dizer que o crime é culposo “quando o agente deu causa ao resultado por **imprudência, negligência** ou **imperícia**. Não é feita distinção entre culpa **consciente** e culpa **inconsciente**, pois que praticamente as duas se equiparam, pois tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobreviverá. É esclarecido que, salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido senão a título de dolo”.

Na transmissão de uma informação falsa nem sempre se poderá comprovar **imprudência, negligência** ou **imperícia**. Obedece o jornalista ao **dever** de informar e empregou todos os esforços possíveis para a

narrativa ou exposição do fato noticiado. Fez tudo que estava ao seu alcance para apurar a informação que lhe chegou, por meio de pessoas que lhe mereciam confiança. Valeu-se de todos os recursos que o tempo lhe permitia, para confirmar a informação em que acreditava. Consistiria o dolo em **acreditar** na informação? Quanto não lhe custaria publicar, nos dias seguintes, o desmentido que a retificasse ou contestasse?

Se o delito era mais de opinião do que propriamente de informação, seria o caso de recorrer à **Aeropagítica** de MILTON, que via na censura das opiniões o reinado da mediocridade. E qual seria a opinião errada, a do jornalista ou a do Estado, que se arvorava em censor de opiniões erradas? Era RADBRUCH quem dizia que a história está cheia de delinquentes por convicção, em seus momentos de crise. Os maiores mártires, os maiores herejes, os maiores revolucionários que outra coisa são senão delinquentes por convicção? — perguntava EUGÊNIO ZAFFARONI (**Teoria del Delito**, p. 567). Para SEELIG, o delinvente por ideologia, o delinvente político, se distinguia dos outros pela circunstância de que a motivação de seu ato comporta o sentimento do dever (SEELIG, **Traité de Criminologie**, p. 127). GAROFALO assinalava o caráter “artificial da delinqüência política, variável segundo o tempo e o lugar. Para GUISTOT o crime político retratava, tão-somente, a luta entre sistemas de governo (apud ROGER MERLE, **Droit Pénal Général**, p. 95). LOUIS PROAL, num livro que é verdadeiro manifesto em prol da moralidade na vida política e um libelo contra o maquiavelismo, doutrina “que, acima de tudo, é no progresso da razão pública que se precisa contar para tornar a política mais leal e mais justa. Os homens políticos, as assembléias e os soberanos, sabendo que estão arriscados a comparecer perante os tribunais da opinião, que lhes exigirão contas severas de sua conduta, tornar-se-ão mais circunspectos no emprego de meios que possam acarretar a indignação pública” (LOUIS PROAL, **La Criminalité Politique**, p. 295).

Não é fácil chegar à evidência de que houve realmente dolo na divulgação de uma notícia, ou na defesa de uma opinião. Já o nosso MACHADO DE ASSIS havia afirmado em **Dom Casmurro**, que “em matéria de culpa, a graduação é infinita”. Há casos de boa fé, em que o jornalista está realmente convencido das teses que defende e certo de que não está fazendo outra coisa do que cumprir um dever de patriota. E há casos em que seria possível identificar uma manifestação de ilicitude. Mas não é fácil a prova nem num caso, nem no outro, sobretudo quando se trata de um confronto entre o jornal e o governo, cioso de sua onipotência.

Conviria, por isso, distinguir se os abusos alcançam um indivíduo ou o próprio Estado. O interesse público está muito mais presente no segundo caso. Nem se deve esquecer que o jornalista não é um deus. Sofre, naturalmente, a influência do meio que o envolve, interpretando a opinião de seus leitores ou representando um setor da opinião pública, que tem o direito de ser ouvido e respeitado.

NOS DOMÍNIOS DA REPRESSÃO

Se o delito se consubstancia na divulgação, o meio mais eficaz de combatê-lo seria o exercício do direito de resposta ou de retificação. Uma solução que a própria homeopatia poderia recomendar, quando se procurasse curar a dentada do cão com o pêlo do mesmo cão, perdoada a irreverência do paralelo. Um direito que existe desde uma lei francesa de 1822. Embora JACQUES BOURQUIN considere “delicada” a aplicação do direito de resposta, tenho para mim que é o meio mais natural e o mais legítimo de emendar uma divulgação falsa. Embora RENAN, em **Feuilles Détachées**, houvesse recordado o conselho de seu mestre, DE SACY, que achava melhor não responder, fossem quais fossem os ataques feitos pela imprensa. Houve quem acusasse o escritor da **Vie de Jesus** de haver recebido um milhão de francos de ROTSCCHILD para a elaboração de um livro que transformava JESUS numa criatura humana. Mas RENAN replicava que não responderia, mesmo que publicassem o **fac-simile** do recibo que diziam existir e estava certo de que essa sua atitude mereceria, do outro mundo, os aplausos de DE SACY. “Estou certo”, acrescentava RENAN, “de que os pósteros esclarecidos *judgar-me-ão com verdade*, apesar de todas as calúnias. E, além disso, no seio do Padre Eterno, quanta indiferença não haverá para os erros da história literária!”

Uma indiferença que se não limita à história literária. Também no domínio político, não são raros os que vêem, nos ataques, *tão-somente*, a sua função de propaganda, temendo menos as calúnias ou as inverdades do que o silêncio nos comentários cotidianos. FABREGUETTES, no seu livro clássico, recorda que também GUISTOT se considerava invulnerável, acreditando que nenhuma calúnia poderia exceder a extensão de seu desprezo (FABREGUETTES, **Traité des Délits Politiques**, II, p. 174).

O melhor depoimento de que me recordo é o do estadista francês RAYMOND POINCARÉ, ele próprio jornalista, num longo período de sua vida e conseguindo alcançar culminâncias como a Academia de Letras e a Presidência da República de seu país. Ouvido num excelente inquérito pela **Revue Bleue**, lastima a ineficácia das leis que procuravam corrigir os abusos da liberdade de imprensa, atribuindo-se, em grande parte, a que as punições alcançariam, em regra, testas-de-ferro ou homens-de-palha, e não os verdadeiros autores ou interessados nas campanhas de difamação. Achava que, nesses casos, o remédio poderia estar em indenizações que viessem a pesar na bolsa dos verdadeiros responsáveis e aproveitadores de sua repercussão, o que também nem sempre seria rigorosamente justo, quando os processos refletissem a pressão ou os interesses dos donos do poder.

POINCARÉ advertia que era preciso levar em conta que “a confiança supersticiosa na informação tipográfica vai pouco a pouco se enfraquecendo e que acabaria desaparecendo sob as incontáveis contradições da própria imprensa. Os operários e os camponeses já sabiam que um artigo de jornal se equiparava a uma conversa de café, o bastante para reduzir a credibilidade de um e do outro. Embora fosse difícil, como

ele dizia, "curar a alma burguesa do terror provocado por um artigo ultrajante. O indivíduo, por exemplo, que, num campo de batalha, poderia ter atitudes de herói, tremia diante de algumas linhas impressas. E o que pode valer de escusa é que a sua reação pode resultar de um sentimento moral delicado de sua dignidade pessoal. É preciso, por isso, que as pessoas honestas se exercitem na nova forma de coragem exigida pelas condições modernas da vida social".

Poderia ser até que a injúria e a difamação tivessem a sua dose de utilidade, como advertência contra más companhias ou contra iniciativas ou atitudes inconvenientes. Mesmo que não houvesse nenhuma verdade na campanha, proporcionaria indicações interessantes para evitar parcsés que existissem no roteiro. Seria preciso, não raro, admitir que o jornalista estivesse de boa fé, baseando-se seu julgamento em opiniões falsas que lhe parecessem verdadeiras, ou fundado em aparências que poderiam ser evitadas, permitindo ao acusado livrar-se de amizades comprometedoras ou de complacências inconvenientes. Quem sabe se não viria a calúnia de hipócritas parisienses ou do ambiente febril das redações, como admitia ANATOLE FRANCE, no **Manequin d'Osier**? O que levava RAYMOND POINCARÉ a concluir:

"Conservemos a imprensa livre num país livre. Estabeleçamos, se o pudermos, responsabilidades reais, no jornalismo, reduzindo à justa medida o valor e o crédito das notícias impressas. Tenhamos até mesmo o necessário sangue frio e a serenidade bastante para não temer ataques injustos e, se possível, saber deles tirar partido. A última palavra ficará sempre com a razão e a verdade" (A. DE CHAMARE, **A Travers la Presse**, pp. 591-593).

Poderíamos dar como exemplo do que valem as campanhas da imprensa, quando não apoiadas em argumentos válidos, a eleição de 1950, no Brasil. Deixando o governo em 24 de outubro de 1945, GETÚLIO VARGAS se recolheu ao Rio Grande do Sul, sob um vendaval de ataques que não recuaram nem diante da difamação, nem da própria calúnia. Eram poucos os jornais que o defendiam, contra a quase totalidade da imprensa brasileira. Não obstante, cinco anos depois GETÚLIO VARGAS se via compelido a aceitar uma nova candidatura à Presidência da República e era eleito por uma maioria significativa, insurgindo-se contra chefias partidárias. Tinha contra ele a grande maioria dos jornais e os pronunciamentos de diversos líderes estaduais. Onde encontrar a explicação para essa vitória estrondosa, senão na convicção de que os ataques mais rudes, mais violentos, haviam valido de propaganda numa demonstração evidente de que a imprensa só é realmente perigosa e eficaz quando se associa com a verdade e a justiça? GETÚLIO VARGAS, jornalista na sua mocidade, nunca se mostrou interessado em promover processos contra os delitos de imprensa.

Como também não procurou usar o direito de resposta. Nos debates em torno de fatos, os governos possuem meios eficazes de defesa através da publicação de notas oficiais, que possam valer como informação. As

entrevistas coletivas dos Presidentes dos Estados Unidos abrem margem ao esclarecimento das controvérsias existentes, uma vez que as dúvidas, apresentadas pelos jornalistas, podem ser esclarecidas pela autoridade. Não as entrevistas coletivas de uso no Brasil, em que as perguntas são formuladas com antecedência e as respostas surgem escritas, para serem lidas pelo representante da imprensa, na área do governo, pois que esse processo permitia que fossem escamoteadas as perguntas a que se não quisesse responder, ou a que não se pudesse responder. Existem, pois, a favor do governo imensas possibilidades de defesa e de esclarecimento da opinião, se as quiser usar. Desde que esteja certo na sua orientação, e desde que forneça notícias exatas, poderá estar certo de que influenciará consideravelmente na formação da opinião pública que acompanha a sua atuação. Já o jornalismo que se deixa arrebatar pelas suas paixões arrisca-se a perder alguma coisa de seu prestígio, se quiser continuar a atacar sem razão e sem motivos. Já o resultado não lhe será tão favorável se pretender valer-se de embustes e de falsidades.

Num livro que publiquei em 1923, com o título de **O Problema da Imprensa**, debatendo o projeto de lei que o Senador de S. Paulo, ADOLFO GORDO, havia apresentado ao Senado Federal, ao tempo do governo do Presidente ARTUR BERNARDES, recordava que o direito de resposta vinha coincidir com a ação da própria imprensa que o admitia voluntariamente, sem que houvesse necessidade de recorrer a textos legais. Citava o pai do jornalismo francês, THEOPHRASTE RENAUDOT que já dizia, na sua **Gazette**, em 30 de maio de 1635: "Os que possivelmente se escandalizam com duas ou três notícias falsas que nos forem dadas como verdadeiras, são convidados a expor ao público, com a minha pena (que para esse fim lhes ofereço) as novidades que acreditarem mais verdadeiras e, como tal, mais dignas de publicidade." Nos Códigos de Ética do jornalismo ainda hoje se reconhece o direito de resposta. "Raramente", dizia eu naquele livro, publicado há mais de cinqüenta anos, "se negará acolhida a uma resposta moderada retificando trechos de notícias ou artigos de jornal." O Código do jornalismo divulgado nos Estados Unidos prescreve, na sua regra VI, que "um jornal não publicará acusações não oficiais afetando a reputação ou a moralidade de alguém sem lhe dar oportunidade de defesa" (Mott and others, **New Outline Survey of Journalism**, p. 17).

Com o imenso senso de responsabilidade que o caracterizava, HIPÓLITO DA COSTA, ao anunciar a publicação do seu **Correio Braziliense**, já admitia, em 1808, que "como é mui possível que o editor seja enganado, a refutação de semelhantes erros será sempre admitida, e candidamente exposta ao juízo do público". O que vinha confirmar o antigo programa do periódico, quando concluía: "O meu único desejo será de acertar na geral opinião de todos, para o que dedico a esta empresa todas as minhas forças, na persuasão de que o fruto de meu trabalho tocará na meta da esperança a que eu me propus" (**Correio Braziliense**, prospecto de propaganda, p. 3). Comentando o projeto de lei de imprensa que acabava de ser apresentado em Portugal, dizia HIPÓLITO DA COSTA que ele era fruto do "temor que os partidistas do despotismo têm infundido no público por

tudo que é, como o chamam, letra redonda". E acrescentava: "Os bons governos não têm nada a temer, antes de tudo a esperar da liberdade de imprensa; o contrário sucede com os maus governos, e por isso dizemos que estas precauções contra a letra redonda só são filhas de prejuízo" (BARBOSA LIMA SOBRINHO, *Antologia do Correio Braziliense*, p. 327).

Se partirmos da presunção da boa fé do jornalista, o direito de resposta ou de retificação deveria preceder a todos os processos que viessem a ser propostos contra a liberdade da imprensa, não havendo lugar para o processo antes de esgotada a instância do direito de resposta, para dar ao jornal a oportunidade de confirmar a sua lealdade e o seu amor à verdade das informações.

Também não se justificaria entregar o julgamento dos delitos de opinião a uma justiça de exceção, como é, sem dúvida, a justiça castrense. O julgamento dos delitos de imprensa exige mais tolerância do que severidade e a formação do espírito militar se faz sob a influência de dois princípios incompatíveis com a tolerância, qual seja, a hierarquia e a disciplina. CASTRO NUNES, que tanto concorreu para o prestígio do Supremo Tribunal Federal, ao conceituar as funções que deviam caber à Justiça Militar, no conjunto do Poder Judiciário, dizia que lhe cabia aplicar "sanções adequadas à violação à disciplina dos exércitos" (CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 399). A jurisdição militar, já dizia o eminente JOÃO VIEIRA, não é privilégio pessoal, nem uma prerrogativa da corporação ou seita, mas é ordenada sobre a essência do serviço militar, o qual não admite que a disciplina fique perturbada ou enfraquecida, que sejam subtraídos aos chefes militares a vigilância sobre as ordens, a subordinação e o juízo da violação delas, donde a competência militar é uma exceção de severidade, e não de favor, não respeita senão a matéria do fato criminoso cometido pelo militar nas relações que o envolvem no serviço militar" (JOÃO VIEIRA, *Direito Penal do Exército e da Armada*, p. 52). A infração, reiterava CASTRO NUNES, **há de ser militar**. A única exceção admitida, na extensão desse foro especial aos civis, era quando "cometessem crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares, crimes que, deslocados de outra jurisdição para aquele foro, passam a ser necessariamente crimes militares, porque de outros não conhece a justiça militar" (CASTRO NUNES, p. 1, citado).

Dentro dessa conceituação, como considerar **militar** o delito de imprensa? Será **militar** o abuso da liberdade de imprensa cometido por elementos **civis**? O General PERY BEVILACQUA, que tanto honrou o Superior Tribunal Militar com a sua consciência e o seu saber jurídico, já reclamava a necessidade de uma Assembléia Constituinte que venha "reintegrar a Justiça Militar em sua finalidade de processar e julgar crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas, podendo o foro militar ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou contra instituições militares. Houve época, na vigência do AI-5 (continua o eminente General), que a Justiça Militar julgava crimes contra a economia popular e, assim, açougueiros acusados de furtar no peso eram submeti-

dos a processo no foro militar" (Boletim da ABI de outubro-novembro de 1979, p. 3). Como explicar essa mudança de uma jurisdição para outra senão como uma precaução, não só de encontrar maior severidade no julgamento, como de estabelecer uma subordinação da imprensa ao poder militar?

Não faltariam elementos ou argumentos para desaconselhar essa transferência da competência do foro civil para o militar, no julgamento dos delitos de imprensa. A começar pela própria formação profissional do militar, fundada naturalmente no culto da disciplina, que deve ser muito mais rigoroso nos quartéis do que na vida civil. Por isso já dizia ALBERTO TORRES que a caserna forma o soldado, mas não o cidadão. "A caserna", dizia ele, "educa soldados, como soldados, para a faina de soldados" (apud SABOIA LIMA, **Alberto Torres e sua Obra**, p. 301). Por isso mesmo que exige e impõe a disciplina, estimula o autoritarismo como uma necessidade inelutável para a sobrevivência do quartel. Não pode ver com bons olhos uma profissão fundada na liberdade do debate, no direito à contestação, no pluralismo das idéias e das opiniões. Por isso mesmo não são poucos os militares que confundem a democracia com a desordem ou até mesmo com a anarquia. Quando se diviniza a ordem, usada até mesmo como símbolo, não se pode ser favorável às dissidências, aos antagonismos de ideais, ao conflito de opiniões. De certo que há exceções. Os advogados que atuam na justiça militar fazem justiça a militares que souberam ser admiráveis magistrados, tolerantes e compreensivos como os Generais PERY BEVILACQUA, MOURÃO FILHO, AUGUSTO FRAGOSO, GRUM MOSS, e tantos outros. Houve até um momento em que o Superior Tribunal Militar pôde usar de uma independência que não podia estar presente nas decisões da justiça comum. Mas há que raciocinar em termos gerais, não para uma determinada conjuntura, naturalmente passageira. E a extensão do foro militar aos delitos de opinião não tem nenhuma justificativa, como até mesmo não é conveniente para ninguém, nem mesmo para a justiça militar que fica, assim, exposta a uma área de atrito que tudo recomenda que seja afastada, em prol do próprio prestígio das jurisdições interessadas. Mesmo porque a extensão da competência de uma justiça especial não deixará de caracterizar a presença de um regime militarista.

Nos Estados Unidos é tão vigorosa a reação contra essa ampliação do foro militar a casos em que estão indiciados civis, que delitos classificados como militares, mas cometidos por civis, em tempo de guerra, desde que cesse o estado de beligerância, retornam à competência dos tribunais civis. Assim o informa LEDA BOECHAT RODRIGUES no seu admirável estudo sobre **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Pode-se ler nesse livro que "terminada a guerra, invalidou a Corte, em 1946, no caso *DUNCAN v. KAHAMANOKI*, o julgamento de civis por tribunais militares em Havaí". E o juiz BLACK, uma das mais autorizadas vozes da Suprema Corte, como relator do acórdão, assim justificava o seu ponto de vista: "Os tribunais e suas garantias processuais são indispensáveis para proteger as liberdades que tanto prezamos. O princípio estabelecido de todo povo livre é que só o direito deve governar, e a ele deve sempre submeter-se o poder militar" (ob. cit., p. 255). "Estava também nessa orien-

tação a decretação da inconstitucionalidade do preceito do Código Militar de 1950 que mandava submeter à corte marcial ex-militares, já reintegrados na vida civil, por crimes cometidos enquanto no serviço militar" (id., p. 256). E a impressão geral que se tinha, à margem dessas decisões, é que elas se inspiravam ainda na doutrinação de THOMAS JEFFERSON quando, quase dois séculos antes, sustentava a independência do poder civil em face da supremacia militar que havia caracterizado o período colonial, que JEFFERSON acusava de haver "tornado o militar independente do poder civil e a ele superior" (**American Historical Documents**, p. 83).

Até mesmo no caso excepcional em que se admite a presença da justiça militar, no julgamento de delitos de imprensa que possam envolver, comprovadamente, a segurança externa do país, há restrições à competência do foro castrense. ROGER PINTO, o notável jurista francês, observa que "a liberdade de imprensa é mais diretamente **ameaçada** (o grifo é meu) pela atribuição dada a tribunais militares ou marítimos do conhecimento das infrações contra a segurança exterior do Estado". Suas palavras são exatamente estas: "La liberté de la presse est plus directement menacée par l'attribution faite aux tribunaux militaires ou maritimes de la connaissance des infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat" (ob. cit., p. 184). Incluía-se nessa relação a revelação de documentos militares, nos casos em que essa revelação pudesse realmente afetar aquela segurança. E o comentário de ROGER PINTO é preciso: "Em todos os casos, deve-se assinalar, com a doutrina, o caráter perigoso (dangereux) para as liberdades fundamentais dessa atribuição de competência." E acrescenta: "Não é tanto a falta de independência dos tribunais militares que se deve temer. Não iria até o ponto de dizer, como M. H. TORRÉS, que o exército se arroga aparecer como "juiz e parte". Mas as decisões dos tribunais militares não são fundamentadas. Essa ausência de fundamentação facilita o arbitrário das decisões. Torna aleatório o controle da legalidade da sentença. Não permite à opinião pública informar-se da responsabilidade dos acusados, num domínio acessível à exaltação das paixões políticas" (ob. cit., p. 185). E a doutrina a que ele se reporta tinha a apoiá-la a autoridade do eminente professor DONNEDIEU DE VABRES, que considerava até mesmo "extravagante" (ele escrevia **piquant**) a **atribuição de competência ao tribunal militar**, significando novo progresso na marcha do autoritarismo. Ou, recordando todo o texto: "Il est piquant de voir l'attribution de compétence au tribunal militaire marquer un progrès nouveau dans le sens autoritaire."

Não percebo nenhuma vantagem na extensão dessa competência à justiça militar, quando se me afigura que é do interesse das classes armadas o afastamento de assuntos polêmicos que dividem a opinião pública quando a sua intervenção abre espaços a contestações, em episódios de caráter secundário, em que não seja evidente o interesse real da segurança nacional, substituído, no caso, pelos interesses dos governos constituídos ou tão-somente de seus dirigentes. A tese da "grande muette", de que se vale o exército francês, está longe de ser uma abdicação ou uma renún-

cia. É, ao contrário, a muralha com que eles se protegem para assegurar a unanimidade do apoio público, nos momentos culminantes da vida nacional de seu país. A extensão da jurisdição militar mais divide do que congrega. A própria Lei de Segurança Nacional está longe de valer como um arco de aliança de uma pátria consciente de seus deveres e de seu futuro, quando a verdadeira segurança de qualquer nação reside na presença de um pacto social que mereça os aplausos e a confiança de todos os cidadãos que a integram.

O JÚRI DA IMPRENSA

É claro que não defendo a atribuição do julgamento dos delitos da imprensa à justiça comum. Entre ela e a justiça castrense não tenho dúvidas na opção. Mas não vejo como deixar de reconhecer que ao júri popular é que cabe a preferência, em nome da própria liberdade de opinião e de informação. Já o Lord Chief da justiça inglesa proclamava, em 1789, que "todo homem é livre de publicar o que 12 de seus concidadãos não julguem censurável". E BENJAMIN CONSTANT expressava, pouco depois, o seu pensamento ao afirmar que "enquanto não existir júri, também não existirá a liberdade de imprensa" (FERNAND TERROU, *ob. cit.*, pp. 25, 35). ROYER-COLLARD dizia: "Nos processos de imprensa, há oportunidade antes para o arbitramento do que para o julgamento. Não há, não pode haver liberdade de imprensa garantida, se não está fundada na independência do júri" (*Id.*, p. 35). Fiel a esses ensinamentos, o Brasil, na sua primeira lei de imprensa, elaborada por JOSÉ BONIFÁCIO, instituiu o júri no julgamento dos delitos de opinião. Por isso, no livro que publiquei em 1923, sob o título **O Problema da Imprensa**, dizia eu, então, e não mudei de opinião em 57 anos de vida e de experiência:

"Em face da boa doutrina, os argumentos falam a favor do júri, principalmente em matéria de delito de imprensa. Já ESMEIN afirmava que o "júri era, no particular, uma jurisdição muito apropriada, sobretudo quando a lei penal é severa, pois que os seus defeitos se convertem em virtude. Ele julga menos com referência à lei que à opinião pública". É verdade que esse mesmo eminente constitucionalista acrescentava: "Mas essa independência e impressionabilidade podem ser perigosas quando a lei de imprensa afastou os delitos de opinião para incriminar fatos precisos e seguramente delituosos." Mas ainda aqui vinha outro grande mestre, LÉON DUGUIT, para nos ensinar que "os delitos de imprensa são delitos de opinião, no sentido de que a imprensa, pelo menos a imprensa periódica, constitui, por excelência, órgão da opinião pública, em vista disso, é à própria opinião pública que se deve obedecer. Ora, o único tribunal que existe como emanção direta da opinião pública é o júri, pois que se compõe de simples cidadãos designados por sorteio" (DUGUIT, **Manuel de Droit Constitutionnel** nº 69, p. 253).

A própria Inglaterra, apesar da rigidez escrupulosa e da tradicional respeitabilidade de sua justiça, concordou com a designação do tribunal

popular para a guarda e a vigilância da liberdade da imprensa. E há, nessa atitude, um princípio rigoroso de justiça. Muitas vezes o jornalista se vê arrastado pelas paixões que o envolvem e que, não raro, são mais do povo que dele próprio. A justiça exige que seja julgado por pessoas também expostas a essas paixões.

Pelo que eu acrescentava, num livro antigo, em que já reagia contra a supressão do júri nos delitos da imprensa:

"Compenetradas dessas verdades, as legislações mantiveram a jurisprudência do júri. As que se apartaram do preceito, adaptaram a jurisdição dos magistrados só para os delitos de ação privada. E BONAS, que defende esse regime misto, observa justamente que os "crimes de ação pública praticados por meio da imprensa têm sempre um caráter político mais ou menos forte, o que torna inoportuna, senão perigosa, a intervenção do magistrado inamovível."

E explicando o seu ponto de vista, dizia, com uma força de verdade que me leva à longa citação de seu parecer:

"Primeiramente, há sempre, nesses delitos, a que se mistura uma razão política, alguma coisa de relativo: a agitação à revolta que hoje pode ser perigosa por causa da irritabilidade dos espíritos, amanhã poderia tornar-se numa tentativa manifestamente inane. O magistrado, vinculado estreitamente à definição da lei, não pode curar dessas condições extrínsecas. O júri que, pela índole de sua instituição, julga um tanto discricionariamente, pode, segundo a feliz expressão de SCLOPIS, manter a equação entre a opinião pública e o exercício da justiça.

De outro lado, as sentenças dos magistrados nos delitos de imprensa, denunciados pela autoridade governamental, não têm, sobre a opinião pública, a autoridade dos veredictos do júri. A opinião pública, nessas matérias, acredita facilmente que os tribunais, nas causas que dizem com a política, se inclinam para o governo. Ao contrário, respeita nos jurados a independência da condição de privados de que saíram um momento, mas a que voltam imediatamente. Depois, se os tribunais absolvem os escritores acusados pela autoridade, estabelece-se entre eles e o governo um antagonismo pelo menos aparente, e que é sempre prejudicial nos corpos inamovíveis.

Finalmente, não se deve esquecer que a paixão política é o piche que suja as mãos mais imaculadas e se dela não se libertam sempre os júris, dificilmente dela se preservariam os magistrados quando fossem misturados a questões partidárias. Mas se não se consegue evitar um júri parcial, o que se lamenta nesse caso é apenas o veredicto errôneo;

ao passo que, se a magistratura se transviasse, teríamos, não só sentenças injustas, mas ainda instituições corrompidas.

Uma última consideração, e esta peculiar ao nosso País, é que, se confiamos na independência de nossos magistrados, é em homenagem à virtude das pessoas e não pelas garantias do governo que, marcadamente nos últimos tempos, tem feito quanto pode para diminuir, perante a opinião pública, o prestígio da magistratura."

Universalmente se adotou o júri para os delitos de imprensa, pensando-se, com FAUSTIN-HELIE, que "não há verdadeira liberdade sem o júri, pois ela não encontrará outro baluarte". A mesma coisa afirmava ROYER-COLLARD. Seria possível prolongar essas referências. (*)

O júri tem seus adversários e certamente não é infalível. Os autores modernos da escola antropológica de criminologia mostram-se seus adversários. Todavia, esses próprios inimigos do júri reconhecem a necessidade de uma exceção: os delitos políticos. Na Suécia, só se admite o júri para os delitos de imprensa. Por que, pois, levar o espírito reacionário até nos sujeitar a um regime excepcional em que falta, à liberdade de imprensa, aquela suprema garantia do júri?

Resta provar, como último ponto, que a magistratura comum se avanteja, pela inteireza, aos júris. Excede-o certamente pela competência, mas também pela sujeição maior ao poder, diante do qual se acha mais exposta do que o júri. Um pouco de experiência nos mostra que os juizes se comovem diante do que traz o apoio ou o apelo dos governantes. Existe de fato uma dependência, contra a qual se vem, há muito, lutando sem maiores resultados. Por isso em alguns países, como na França, não faltam terríveis libelos, como os que foram formulados por LÉON DAUDET num livro célebre, *Le Stupide XIX^e Siècle*, em que verberava julgamentos de uma Câmara famosa pela sua subserviência. "É curioso", dizia ele, "como os magistrados, tanto mais elevados na hierarquia judiciária, tanto mais dóceis ao poder central. Nada se pode equiparar ao servilismo à Corte de Cassação."

Se o júri apresenta inconvenientes, o remédio não está em suprimir o júri para procurar a justiça comum, exposta a tantas pressões, mas em corrigir os defeitos ou as falhas do júri. Já uma grande corrente de opiniões se inclina no sentido de um júri especial, que seja tanto quanto possível uma garantia de liberdade de imprensa e do cumprimento das responsabilidades penais. Autores como DELAFOSSE e FABREGUETTES, depois da enumeração dos defeitos e inconvenientes do júri, não se decidem pela magistratura comum, pois que a sabem ainda pior. Querem a adoção do júri especial, formado com um critério de seleção que lhe dê maiores condições para um julgamento ponderado e justo. Na Inglaterra,

(*) Basta ver FABREGUETTES, ob. cit., I, LXXV, CXXI, CLII, CCI, etc. BONASI, ob. cit., 189 e segs.

Na sessão de 16-12-1922, o Senador IRINEU MACHADO pronunciou a respeito um magistral discurso.

o júri é de algum modo especial, pelo critério com que se organiza (BARBOSA LIMA SOBRINHO, **O Problema da Imprensa**, pp. 267-269). O eminente jurista inglês DICEY acrescentava que, na Inglaterra, "desde a Restauração, os delitos cometidos por intermédio da imprensa nunca foram julgados por tribunais especiais. Para os ingleses, nada parece mais natural e nada contribui mais para a libertação da imprensa periódica de qualquer controle" do que submetê-la ao julgamento do júri (**Introduction à l'Etude du Droit Constitutionnel**, p. 222). Porque o júri sabia fazer justiça, apreciando todos os aspectos dos casos sujeitos ao seu exame. Tanto mais que o que se observa, na opinião de DICEY, é que "os períodos em que os governantes se esforçam para frear os excessos do jornalismo são aqueles em que existe um grande movimento de oposição hostil ao Poder Executivo" (Id., p. 223). Bastaria isso ao júri para chegar a uma decisão favorável aos acusados.

Acrescentaria a essas observações e às conclusões a que cheguei que a supressão do júri significa sujeitar o delito de imprensa ao julgamento dos que se sentem também atingidos pelo abuso incriminado. A opção, pois, se reduz quase que a um dilema sombrio: quem deve julgar os delitos de imprensa? Os que são capazes de se deixarem envolver pelas mesmas paixões que arrastaram o jornalista ou os que não têm condições para compreender que o jornalista, muitas vezes, não passa de um intérprete de sentimentos coletivos?

Eis um tema fascinante e que já foi objeto de um estudo exaustivo do professor GERALDO OCTAVIO BROCHADO DA ROCHA, sob título **Júri de Imprensa**, publicado em 1957, como tese para um concurso a que se habilitou, na cadeira de Ética, História e Legislação da Imprensa, na Faculdade de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. De certo uma excelente monografia, não menos importante que o livro de ALBERT GILLES sobre **La Presse devant le Jury**, em cujo prefácio dizia mestre JOSEPH BARTHÉLEMY que "a competência do júri para os delitos de imprensa é o sintoma, o sinal, o símbolo imenso da liberdade". Em suma, a supressão do júri não significa outra coisa que a supressão da própria liberdade de imprensa.

SENTIDO E VALOR DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO

Começemos com MIRABEAU. É um ato de justiça, se considerarmos o papel que ele desempenhou, no início do processo revolucionário da França, em 1788. Depois de enumerar todos os males que então afligiam o povo francês, dizia MIRABEAU:

"O verdadeiro remédio para todos esses males é a liberdade de imprensa, oriunda dessa arte tutelar da imprensa, depósito imperecível dos conhecimentos humanos, que deve ser, para sempre, a consolação dos sábios, a luz dos povos, o terror dos tiranos. Sem a liberdade de imprensa, não pode existir instituição, nem Constituição. E que não venham objetar, aproveitando a licença que daí pode advir: as restrições desse gênero, assim como em todos os outros, não afastam as pessoas honestas, as-

sim como o contrabando convém apenas aos velhacos" (apud EUGENE HATIN, **Histoire de la Presse**, IV, p. 429).

No fundo, os inconvenientes são bem menores que os benefícios. Tanto que é a essa liberdade que MIRABEAU, seguindo o Marquês de Caseaux, atribui o extraordinário progresso da Inglaterra, "essa prosperidade que espanta, essa riqueza que se inveja, esse poder capaz de tudo manter. É a essa espada de DÂMOCLES, por toda parte, na Inglaterra, suspensa sobre a cabeça de todos que meditassem, no segredo de seu coração, projetos funestos para o príncipe e para o povo; é a esse princípio, incrustado em todas as cabeças daquele país, de que um homem só não encerra todas as idéias, que a melhor opinião não pode ser senão aquela que ressalta da combinação de todas, e que não tem necessidade de ser declarada para ser sentida e tornar-se logo uma propriedade coletiva. Tirai da Inglaterra essa preciosa liberdade de que ela vem gozando, e logo essa nação florescente não será mais que um assunto de piedade para todos aqueles em que desperta inveja ou inspira admiração" (E. HATIN, 1. cit., pp. 431-432).

Era também CHURCHILL quem dizia que "a liberdade das palavras pode ser responsabilizada por todas as coisas estúpidas, desagradáveis ou venenosas que pode provocar, mas, em conjunto, preferiria suportá-la a suprimi-la" (apud ROGER PINTO, ob. cit., p. 69). Uma frase que reflete o pensamento do grande estadista, consciente dos defeitos e falhas das instituições, mas convencido sempre de que pior seria destruí-las, ou evitá-las. Para ele a democracia também não era o pior regime político, excetuado todos os outros? No que afinal coincidia com a opinião de THOMAS JEFFERSON, intérprete do pensamento americano e para o qual "as pessoas nunca podem estar em segurança sem informação. O que o levava a concluir que "onde a imprensa é livre, e cada homem é capaz de ler, tudo está salvo".

JAMES BRYCE, o notável publicista inglês, pode ser considerado como o homem que mais profundamente estudou as democracias de seu tempo. Seu livro sobre os Estados Unidos disputa, com o de TOCQUEVILLE, a glória de ser um dos melhores livros escritos por um estrangeiro sobre a grande República americana. Mas não se deteve nela e estudou numerosos regimes políticos, em outra obra sua, dedicada às democracias modernas da França, da Suíça, do Canadá, da Austrália, da Nova Zelândia. Não contente, veio olhar de perto as Repúblicas sul-americanas, que parece não ter tido a coragem de classificar como democracias. No começo da tradução francesa de sua obra **Les Démocraties Modernes**, assinala o eminente prefaciador, mestre JOSEPH BARTHÉLEMY, que JAMES BRYCE, "severo com as democracias, quando as estuda, torna-se indulgente quando as compara com outros regimes", o que o leva a terminar a obra com um hino de fé na democracia, não como uma manifestação de entusiasmo, mas como quem conclui a solução de um teorema. No capítulo destinado a examinar e a julgar a função da imprensa nas democracias, escreve JAMES BRYCE:

"Espero que ninguém venha a deduzir que, do fato de indicar os perigos que ressaltariam do uso do poder da imprensa,

pretenda subestimar os serviços inapreciáveis que o jornalista presta nos modernos países livres. Assim como já o observei, a democracia não teria podido, sem a imprensa, desenvolver-se para além dos modestos limites que foram designados para as comunidades do mundo antigo. Pelo jornal, a palavra do estadista atinge a todos os recantos do país; os legisladores, os agentes da execução do governo, estão sempre presentes aos olhos do povo. Embora ele próprio irresponsável, o jornal impõe a responsabilidade a todos os que detêm uma parcela do poder público. E é precisamente porque só a imprensa pode realizar, e realiza, um trabalho tão necessário e tão precioso, que é preciso evitar tudo que reduza a confiança que inspira ao povo, sacrificando os serviços que presta à coletividade" (*Les Modernes Démocraties*, I, p. 133).

Mesmo admitindo que o povo pudesse ser induzido a erros pela ação da imprensa, conclui que "a liberdade total da imprensa dará melhor resultado que qualquer regime de restrições". E observa que, nos povos livres, ninguém pensa em censurá-la porque não ofereça tudo que dela se poderia esperar, pois que basta a certeza de que a imprensa vale como uma Arca da Aliança das Democracias (cit., p. 115).

Afinal de contas, o dilema permanece, e já ALEXIS DE TOCQUEVILLE o havia percebido em 1838, ao iniciar a publicação de seu extraordinário *Les Démocraties en Amérique*:

"Se alguém me mostrasse, entre a independência completa e a sujeição total do pensamento, uma linha intermediária em que eu pudesse manter-me, não teria dúvida em deter-me nela, mas quem descobrirá essa posição intermediária? Partis da licença da imprensa, e desejais a ordem, que fazeis? Submeteis de início os escritores aos jurados, mas os jurados absolvem. Continuais a marchar. Entregais os autores a magistrados permanentes. . . Vossos tribunais prendem corpos, mas a alma lhes escapa sutilmente entre as suas mãos. . . É preciso continuar a andar. Abandonais enfim os escritores e os acusadores. Muito bem! Estamos mais perto. Mas a tribuna pública não é livre? Então, não fizestes ainda nada. Estou enganado. Aumentastes os males. . . É preciso, então, destruir a liberdade de falar, como a de escrever. Eis-vos agora no porto. Mas aonde chegastes? Partistes do abuso da liberdade e eu agora vos encontro sob o verdugo de um déspota" (*Les Démocraties en Amérique*, V. I, pp. 135-136 da edição de 1951).

Eis aí no que deu a procura ansiosa daquela linha intermediária. O medo da liberdade da imprensa, o medo de seus excessos, é o caminho mais fácil para o reduto das ditaduras. Seria o caso de perguntar, com ALEXIS DE TOCQUEVILLE: Encontrastes a felicidade?

Inscrição de estrangeiros nos quadros da OAB e a exigência inconstitucional da reciprocidade

ARX TOURINHO

Professor de Direito Constitucional da
UFBa. Procurador da República. Con-
selheiro da OAB-Ba.

SUMÁRIO

- 1 — Pressupostos de inscrição no quadro de advogados da OAB.
- 2 — O parágrafo único do art. 48 da Lei n.º 4.215/63.
- 3 — A OAB e a decretação de inconstitucionalidade.

1 — A Lei n.º 4.215, de 27-4-1963, denominada, geralmente, com propriedade, Estatuto da OAB (referência ao vocábulo *status*), impõe ao estrangeiro, através do art. 48, sete pressupostos para inscrição no quadro dos advogados. São eles: *a*) capacidade civil, que pela nossa lei civil se adquire aos 21 anos de idade, desde que não se configurem as hipóteses dos arts. 5º e 6º do Código Civil; *b*) diploma de bacharel ou doutor em Direito, formalizado de acordo com a lei; *c*) certificado de comprovação de exercício e resultado de estágio ou de habilitação no Exame da Ordem; *d*) não exercício de cargo, função ou atividades incompatíveis com a advocacia; *e*) inexistência de condenação definitiva, em processo criminal, a não ser que o delito pelo qual foi condenado o agente não importe em incapacidade moral; *f*) inexistência de conduta incompatível com o exercício profissional da advocacia; *g*) reciprocidade de tratamento a bacharel brasileiro pelo país de origem do estrangeiro.

Esse último pressuposto está delineado no parágrafo único do referido dispositivo legal e de tal forma é colocado que se sobrepõe a todos os outros pressupostos. Isto é, o bacharel estrangeiro, satisfazendo os pressupostos (a lei denomina requisitos) alinhados até à letra f, só poderá obter inscrição se seu país de origem admitir, também, a de brasileiros, em condições iguais.

É esse pressuposto que se tornou alvo de nossas atenções, quando tivemos oportunidade de apreciar, na Seccional baiana da OAB, um pedido de inscrição, formulado por uma bacharela de nacionalidade belga, diplomada por universidade brasileira.

2 — O parágrafo único do art. 48 da lei em foco estabelece de forma expressa:

“Satisfazendo os requisitos deste artigo, o estrangeiro será admitido à inscrição nas mesmas condições estabelecidas para os brasileiros no seu país de origem, devendo exhibir diploma revalidado, quando não formado no Brasil.”

Os “requisitos” a que se refere esse dispositivo são aqueles deliencados no item anterior.

A interrogação fulcral que se põe é relativa à constitucionalidade dessa norma, em sua *primeira parte*, quando condiciona a inscrição do bacharel estrangeiro, no quadro de advogados, à existência de tratamento idêntico para brasileiros, no seu país de origem.

A referida norma surgiu na vigência da Constituição Federal de 18-9-1946, que trazia, no seu bojo, o art. 141, § 14:

“É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

O vigente Texto Constitucional, tantas vezes emendado, mas nem por isso inválido, repete, no art. 153, § 23, o conteúdo normativo do dispositivo da nossa quarta Constituição republicana, com uma única diferença: ampliou a liberdade de exercício para qualquer trabalho ou ofício, mantendo a expressão “profissão”.

A norma constitucional, assim, proclama a liberdade de profissão (o que interessa *in casu*), deixando margem à lei ordinária para estabelecer “condições de capacidade” que deverão ser preenchidas pelo postulante à profissão que pretenda exercer.

Faz-se mister que se procure fixar o sentido da expressão “condições de capacidade”.

O termo capacidade tem, no sentido técnico-jurídico, conceituações diversas, segundo se verifique no campo do direito civil, penal, tributário, processual ou constitucional propriamente, mas há um ponto comum que reflete o mesmo sentido da expressão em qualquer ramo do direito, ou seja, aptidão, poder etc.

L. JORDANA DE POZAS e O. MERLIN, tratando do verbete "capacité", apresentam várias expressões, envolvendo este termo que, no fundo, têm significações semelhantes: "capacité de droit", "capacité d'ester en justice", "capacité de la femme mariée", "capacité de Jouissance", "capacité d'exercice" e "capacité électorale" (1). Vê-se, nestas expressões, que todas elas se referem a aptidão para alguém exercer algo; alude-se a poder. Do ponto de vista estritamente jurídico é assim. Mas não é só. É regra de interpretação constitucional, formulada por LINARES QUINTANA, com base na jurisprudência, de que "Las palabras que emplea la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y comun, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico" (2). Do mesmo entender é THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, quando doutrina que "as palavras devem ser tomadas em seu sentido usual, considerando-se como tal o seu sentido técnico, quando utilizadas com esse objetivo" (3).

CARLOS MAXIMILIANO, um dos maiores hermenutas deste País, já doutrinou:

"Supõe-se que não foi a Constituição escrita em linguagem arvezada e difícil, inçada de termos técnicos, e, sim, em estilo simples, claro, chão, como uma obra do povo, adotada pelo povo e pelo mesmo povo lida e observada. Não prevalecerá, portanto, exegese nenhuma em desacordo com o sentido comum da letra expressa da lei, muito embora se invoque o elemento histórico, ou o chamado Direito Natural." (4)

Colocado em suas devidas proporções o último parágrafo do trecho transcrito acima, pois é indubioso que a Lei Maior, por vezes, e não poucas vezes, emprega termos técnico-jurídicos (aí estão, *verbi gratia*, os termos *imposto, taxa, contribuição de melhoria*), não há negar-se que a doutrinação do constitucionalista pátrio é perfeita.

Sendo assim, analisando-se o termo "capacidade", no sentido da linguagem comum, verifica-se que sua significação é relativa a aptidão, habilidade, poder etc. (V. CALDAS AULETE, FRANCISCO BUENO, A. BUARQUE DE HOLANDA.)

No sentido técnico ou comum, o termo não se transmuda, como visto, de modo que a exegese se pode dar em ambas direções que desembocará no mesmo estuário.

O dispositivo constitucional sob enfoque só permite à lei fixar "condições de capacidade", mas a Lei nº 4.215, no parágrafo único do art. 48,

(1) *Dictionnaire Juridique*, Paris, Editions de Navarre.

(2) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, tomo II, pág. 474.

(3) *Do Controle de Constitucionalidade*, Rio, Forense, 1966, pág. 47.

(4) *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro. 4.ª ed., 1948. vol. I, Livraria Freitas Bastos, pág. 133.

estabelece uma condição que, a nosso ver, inteiramente convencido, não é de *capacidade*.

Afirma o grande PONTES DE MIRANDA, tratando dos pressupostos de capacidade para o exercício de profissão:

“A lei pode estabelecer pressupostos necessários (*subjetivos*) para o exercício (do direito) de qualquer profissão. Há direito de livre escolha de profissão, mas só se pode exercer a profissão escolhida se se satisfazem os pressupostos que a lei exigir. A permissão, título, licença, ou o que seja, não têm a mesma natureza.” (5) (*Grifamos.*)

Os pressupostos a que se refere o doutrinador (condições, no direito positivo) devem ser de ordem *subjetiva*. E não é de tal natureza a condição imposta pelo parágrafo único do art. 48 da Lei nº 4.215/63, quando exige, para permitir a inscrição de alienígena, que haja reciprocidade de tratamento a brasileiros, no seu país originário, ou seja, só pode ser admitida a inscrição de um estrangeiro no quadro de advogados, se o país, ao qual está vinculado político-juridicamente o pleiteante, conceder tratamento idêntico a brasileiros. Foge, pois, a condição a qualquer aspecto de natureza *subjetiva*. Não se refere a um pressuposto de ordem pessoal que se possa avaliar em relação a um indivíduo determinado, a um bacharel especificamente. Trata-se de uma condição *impessoal e objetiva*, à toda evidência. O bacharel estrangeiro pleiteante não preencherá esta “condição de capacidade”, a não ser que o seu Estado de origem haja legislado, *objetivamente*, no sentido de aceitar inscrição de brasileiros. A condição é, pois, de natureza objetiva e não poderá, jamais, ser pesquisada em relação ao candidato, mas apenas e tão só, de referência ao direito legislado de seu país.

Quando o constituinte pretendeu conceder ao legislador ordinário a faculdade de impor outras condições que não as referentes à capacidade, o fez expressamente.

Um vôo de pássaro na trajetória constitucional do dispositivo que tem por conteúdo a liberdade profissional, no nosso País, leva-nos a essa conclusão.

A Constituição de 16-7-1934 dispôs no art. 113, nº 13:

“é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e *outras que a lei estabeleça, ditadas pelo interesse público*” (*grifamos*).

Note-se que o preceito trata de “capacidade técnica” e de outras condições que sejam reclamadas, apenas, pelo “interesse público”. Se a Lei Magna não expressasse a última parte que grifamos, evidente que o legislador ordinário ficaria restrito à imposição, apenas, de “condições

(5) Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2.ª ed., 1974, tomo V, pág. 537.

de capacidade técnica". A liberdade, maior ao legislador e menor ao exercício da profissão, foi prevista pela parte final do dispositivo.

A Constituição de 10-11-1937, como também pretendesse outorgar ao legislador comum a faculdade de impor condições outras que não as referentes à "capacidade técnica", ampliou o conceito de "capacidade", subtraindo o adjetivo "técnica" que a qualificava, de modo que a capacidade a ser condicionada não seria, apenas, a técnica, mas, também, *exempli gratia*, a civil, moral, ética (*lato sensu*), social etc. Além disso, para conceder maior raio de ação ao legislador, estabeleceu que poderiam ser fixadas "restrições impostas pelo bem público".

Por aí se vê que o constituinte de 1967 só pretendeu que fossem produzidas pelo legislador ordinário condições de capacidade. Outro tipo de condição lhe é vedado.

Sendo assim, o parágrafo único do art. 48 do nosso Estatuto apresenta uma *inconstitucionalidade* do tipo *material*, pois violou-se um conteúdo constitucional impossível de sofrer restrição.

É manifesta a inconstitucionalidade, distinguindo a lei, onde não o quis o constituinte, ao lado de criar perplexidade, já que a legislação admite que o estrangeiro aqui estude em curso superior, obtenha grau, permaneça em nosso território e, entretanto, não desempenhará a profissão que pretendeu abraçar, porque, acidentalmente, ou não, a legislação de seu país não deu tratamento igual aos brasileiros.

O ilustre CLÓVIS RAMALHETE, em parecer sobre pedido de inscrição de bacharel estrangeiro, entendeu que o termo técnica, qualificador da expressão capacidade, termo que foi supresso na Constituição vigente, dava margem a que a palavra capacidade abrangesse, também, a nacionalidade, ou seja, que o legislador, com base na expressão constitucional, pudesse fixar condições de nacionalidade.

Mas, ainda que *ad argumentandum tantum* se desse ao termo capacidade esta abrangência indevida e injustificada, o dispositivo estatutário não estaria a salvo da mácula de inconstitucionalidade, já que desnivelaria estrangeiros que estivessem no mesmo plano, em razão tão só da legislação de reciprocidade.

O tratamento desigual entre nacionais e estrangeiros obtém o respaldo constitucional, mas, idêntica asserção inibimo-nos de proferir, quando estão colocados, no mesmo nível, dois ou mais alienígenas, em situações jurídicas iguais. A circunstância ocasional do país de um deles inadmitir reciprocidade relativa a nossos nacionais não torna esse estrangeiro em posição jurídica diversa daqueloutro.

A luz do art. 153, § 1º, da Constituição Federal, o princípio da igualdade de todos (igualdade de estrangeiros) estaria atingido.

O parágrafo único do art. 48 da Lei nº 4.215/63 é inconstitucional.

3 — Demonstrada a inconstitucionalidade da norma legal, resta-nos adentrar no segundo aspecto que, de início, chamáramos atenção, qual

seja o da possibilidade de um órgão de caráter ajurisdicional declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei e, por via de consequência, deixar de conceder-lhe aplicação.

Nos Estados Unidos da América, necessitou-se de um lento evoluir para se chegar à cristalização do entendimento de que cabia ao Poder Judiciário a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos. Essa definitividade foi alcançada, em 1803, quando a Suprema Corte, julgando a questão *MARBURY versus MADISON*, tendo como relator o excepcional juiz *MARSHALL*, assentou, naquele presente, com vistas ao futuro, que:

“Assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição, aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso conforme a lei desrespeitando a Constituição ou respeitá-la, recusando a lei, a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário” (6).

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade estabeleceu-se, seguindo a trilha delineada pela alta Corte americana, de modo que se prescindiu, aqui, da prática jurisprudencial. A consagração do sistema judicial se deu, implicitamente, através da Carta Constitucional de 1891 e, de forma expressa, pela Lei nº 221, de 20-11-1894.

O sistema não sofreu qualquer alteração até à hodiernidade, de maneira que cabe o controle de constitucionalidade, no Brasil, ao Poder Judiciário, a qualquer de seus órgãos jurisdicionais, segundo a quase unanimidade dos doutrinadores, pois para poucos só os órgãos colegiados que se põem nas cúspides dos Judiciários, federal e estadual, teriam competência controladora!

Em razão do sistema judicial, grande parte da doutrina verbera contra a possibilidade de quaisquer dos Poderes, Legislativo e Executivo, por seus órgãos, declararem inconstitucionalidade de leis.

Pronuncia-se **ALFREDO BUZAI**D:

“O poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário. Não o pode exercer o Legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria; aliás a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade. Também não o pode exercer o Executivo, pois isso o tornaria superior ao Congresso” (7).

No mesmo sentido são as lições de **THEMÍSTOCLES CAVALCANTI**, **JOSÉ AFONSO DA SILVA** e outros eminentes constitucionalistas.

(6) *Decisões Históricas da Corte Suprema*, de Carl Swisher, Rio de Janeiro, Forense 1964, págs. 11 e 12.

(7) *Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. S. Paulo, Ed. Saraiva, 1958, pág. 41.

Há autores, entretanto, como LÚCIO BITTENCOURT, que entendem de modo diverso. Esclarece, criticando posição de OSCAR SARAIVA, dizendo:

“Damos-lhe razão, apenas, quando nega aos funcionários administrativos competência para se recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do *poder executivo*” (8).

De logo, afastamos esse ensinamento de LÚCIO BITTENCOURT, pois a sanção do Chefe do Executivo não é sinete insofismável de constitucionalidade de uma lei. Se a ordem de um Chefe de Estado é baseada em uma lei inconstitucional, essa ordem é ilegal e ninguém está obrigado a agir contra a lei, nem mesmo o obscuro funcionário administrativo...

JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, embora afirme que “a guarda da Constituição incumbe a todos os Poderes, não é privilégio do Poder Judiciário” (9), manifesta que:

“Somente às altas autoridades e aos órgãos de cúpula do aparelhamento estatal se deve outorgar essa competência negativa, do não cumprimento, da não aplicação” (10).

CARLOS MAXIMILIANO foi dos autores nacionais que apreciou a matéria com singular propriedade.

Prelecionou em seus *Comentários à Constituição Brasileira*:

“A função de interpretar a Lei Fundamental não incumbe a um só dos Poderes, ou órgãos da soberania nacional, e, sim, aos três. Se naquele particular se atribuiu a supremacia do Judiciário, não foi para que ele impusesse aos outros a sua exegese, e, sim, para que evitasse ou corrigisse interpretações claramente forçadas, contrárias a toda evidência. Ele não intervém quando o Executivo e, sobretudo, o Legislativo *usam* do seu direito de interpretar o código básico; e, sim, quando *abusam*. Por isso os escritores de Direito Público exigem que o litigante, ao arguir a inconstitucionalidade, prove o prejuízo que a mesma lhe causa, sob pena de não ser atendido.” (11)

RUY BARBOSA NOGUEIRA também faz lúcido pronunciamento:

“O que os tribunais administrativos não podem é exercer o *controle “jurisdicional”* de constitucionalidade, porque o prin-

(8) *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 2.^a ed., 1968, pág. 92.

(9) *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, S. Paulo, Ed. Rev. Trib., 1968, pág. 113.

(10) *Op. cit.*, pág. 114.

(11) *Op. cit.*, pág. 157.

cípio assente é de que cabe privativamente ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (Const., art. 200), como função “jurisdicional”, o que é muito diferente do dever que têm todas as autoridades judicantes de não aplicar lei ou decreto contrário à Constituição e, portanto, a obrigação preliminar de examinar a lei em cotejo com a Constituição” (12).

O Judiciário nacional aceita a tese de que o Executivo pode deixar de aplicar a lei tida como inconstitucional (v. JOSÉ AFONSO DA SILVA — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, vol. I, pág. 22).

É, sem dúvida, o proceder mais consentâneo e lógico. Não se poderia admitir que um órgão administrativo, diante de um dispositivo de lei inconstitucional, o aplicasse, preterindo a norma que se coloca no ápice da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico nacional, na teorização de HANS KELSEN, para dar guarida a uma norma inferior.

Havendo duas normas jurídicas hierarquicamente diversas, uma superior à outra, apresentando-se antagonicamente, de forma inconciliável, é irrefutável o acerto do órgão administrativo que deixa de aplicar a norma derivada.

O princípio da supremacia da Constituição, que todo sistema de Constituição rígida há de adotar, não comporta a acomodação de norma “legal” inconstitucional, e toda vez que a administração pública se defronte com uma norma que apresenta este vício insanável, a ela deverá recusar aplicação, fazendo valer o princípio prefalado.

Quando se afirma que o sistema de controle de inconstitucionalidade é judicial, quer-se reservar ao Poder Judiciário a competência para declarar, em última invocação, sobrepondo-se a qualquer pronunciamento em sentido contrário do Legislativo ou do Executivo. Vale dizer, se o Judiciário declara constitucional uma norma legal que o Executivo deixou de aplicar por considerá-la inconstitucional, há de prevalecer a decisão jurisdicional. O inverso, ou seja, o Judiciário declara inconstitucional o que o Executivo entendeu como constitucional, é verdadeiro, também.

No caso *sub examen*, sendo o parágrafo único do art. 48 da Lei nº 4.215/63 inconstitucional, cabe a qualquer dos órgãos competentes da OAB, que a integram, negar-lhe aplicação. A função será meramente administrativa. A matéria, entretanto, não se esgotará, nesse âmbito, se levada ao seio do Judiciário, pois cabe-lhe, como poder exercente do controle de constitucionalidade, ditar o direito aplicável. Sua função será jurisdicional.

(12) *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1963, pág. 50.

Intervenção do Estado nas relações industriais nos anos 80

COQUEIJO COSTA

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor da Universidade de Brasília

SUMÁRIO

- I — O ESTADO MODERNO
- II — O ESTADO E A PRODUÇÃO
- III — O DIREITO ECONÓMICO
- IV — A EMPRESA NO CAMPO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL ECONÓMICO
- V — O INTERVENCIONISMO ESTATAL
- VI — CONCLUSÕES
- VII — BIBLIOGRAFIA

I — O ESTADO MODERNO

1. Após a 1ª Grande Guerra Mundial constitucionalizam-se os direitos sociais. Surgem os primeiros Estados socialista (URSS), fascista (Itália) e nacional-socialista (Alemanha). Em todos, o Estado mostra-se totalitário, com o predomínio do social e o desconhecimento ou a

Trabalho apresentado ao ENCUENTRO IBEROAMERICANO, organizado pelo Instituto de Estudios Sociales em colaboração com a Organización Internacional del Trabajo e com o Subdirector General de la OIT para las Américas, Dr. Julio Galer, e realizado em Madrid, Espanha, entre 18 e 25 de maio de 1980.

posição secundária dos direitos individuais. Nos demais Estados, desponta também o intervencionismo, reclamado inicialmente para assegurar o direito ao trabalho e a um mínimo de condições de vida, o que é propulsionado pela liberdade de associação, reconhecimento da greve, sufrágio universal etc.

Depois da 2ª Grande Guerra, nascem novos Estados socialistas, continua a tendência de constitucionalizar os direitos sociais, conscientiza-se o desenvolvimento econômico como condição de justiça social. Adota-se o planejamento econômico estatal. Certos empreendimentos, de tão vultosos, impõem a interferência do Estado, que amplia sua atividade social e econômica para atender necessidades várias, inclusive militares. O Estado se responsabiliza pela economia no seu conjunto e se torna o "Estado do Bem-Estar Social", deixando de ser árbitro para se fazer protetor, empresário, produtor, sócio, financiador e grande consumidor. Em suma: um Estado açambarcador.

2. Quem primeiro centralizou o poder jurídico e a administração no Ocidente foi FREDERICO II, da Sicília (1194-1250). Ele ousou até suprimir o Estado feudal.

O mercantilismo, mais do que uma doutrina monetária, é a própria formação simultânea de um Estado e de uma economia nacional, ou seja, do Estado no sentido moderno (GUSTAV SCHMOLLER), com concentração de poderes, criação de impostos, investimento na aventura transoceânica, enriquecimento e poder, impérios coloniais.

O Estado liberal, da Revolução Francesa, dissociou a atividade econômica da atividade política e aboliu as corporações de ofício, possibilitando o aparecimento das coalizões.

No século XX, com o ingresso da técnica na administração pública, a eficácia é erigida em critério de decisão política pelo Estado moderno centralizador, expropriador da soberania dos Parlamentos, que quase não controlam mais os atos do Executivo. O poder se transformou em potência e, em nome desta, o Estado procura fazer o que for possível, que, por sua vez, se transmuda em justo e verdadeiro.

O Executivo, munido de órgãos especializados, prepara a análise que leva à decisão, sem precisar do Legislativo, não tão bem apetrechado, pois os aparelhos técnico-burocráticos são praticamente um monopólio do Executivo. Entende-se, até, que uma pesquisa de opinião pública revele mais e melhor do que uma votação no Congresso ou eleições diretas.

A democracia econômica é que geraria a democracia social e esta consolidaria a democracia política. Desenvolvimento e industrialização podem ser obtidos tanto num sistema ditatorial como num sistema constitucional. Nem sempre o crescimento econômico transforma ditadura em democracia, infelizmente: é só ver o exemplo das nações ditatoriais.

O difícil é modificar o que já se vê a olhos nus: numa sociedade de consumo, o cidadão reage como consumidor e o bem-estar conduz à indiferença política. O técnico projetou-se como elemento importante nas decisões políticas das nações denominadas democráticas como daquelas ditatoriais, inclusive socialistas.

Por outro lado, a comunicação está massificada e estereotipada.

A tendência, pois, há de ser, na década de oitenta, o Estado cada vez mais interveniente nas relações de produção — industriais do trabalho etc. — com o sentido, porém, de uma regulamentação ou administração pública negociada, como se verá.

II — O ESTADO E A PRODUÇÃO

3. Em mais de sessenta anos de existência do Estado soviético, não se mostra encorajador o setor da produção de bens de consumo, no qual não houve qualquer inovação relevante. Em contrapartida, grandes avanços foram conseguidos na conquista do espaço, na produção de armamento, no transporte, no equipamento pesado.

Ora, a inovação é “o fenômeno fundamental do desenvolvimento” e, assim, “as deficiências do Estado único empresário significam ameaça à continuidade de todo o processo de desenvolvimento humano” (GERALDO VIDIGAL).

Houve, é certo, tentativas de recriação de um mercado, de descentralização de decisões econômicas, de lucro e juros nas empresas públicas, como rumos novos que podem ser apontados no Direito Econômico dos países socialistas.

4. Nos Estados capitalistas, avultam a participação do Estado na atividade econômica, o aperfeiçoamento de formas de direção da economia e as tentativas para superar distorções do mercado.

O Direito Econômico seria, por isso, aquele que regula os atos de intervenção econômica, que, de episódica, foi-se transmudando em procedimento sistemático, como uma síntese orientadora e diretora da economia, a superar os erros das teses liberais e da antítese coletivista do Estado empresário único.

O art. 163 da Constituição Federal do Brasil faculta a intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, “por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”.

Segundo essa Constituição, o poder público tem o dever de planejar, programar e promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar, orientando e dirigindo a atividade econômica privada (art. 8º,

incisos V, XI, XIII e XIV, e art. 160, combinados com os Atos Complementares nºs 43 e 76).

O Estado brasileiro pode *participar* de atividade econômica, pode agir sobre a atividade econômica (dirigir), e *intervir* no setor privado da economia, num dualismo de iniciativa nos setores público e particular.

III — O DIREITO ECONÔMICO

5. O Direito Econômico pode ser considerado eclético, já que integrado de normas de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal e Tributário e não pertence propriamente ao Direito Público ou ao Direito Privado. Ele é uma só pessoa na unidade do espírito, do objeto e do método. Esse caráter pluridisciplinar do Direito Econômico obriga ao seu estudo interdisciplinar.

Por outro lado, o capitalismo transformou a função social da propriedade, e, em consequência, sua regulamentação. A propriedade, hoje considerada “social”, é a que incide em bens de produção.

As regras do Direito passaram a ser aferidas pela sua eficácia técnica. As Constituições ordenam a economia. O Estado gere atividades econômicas e controla a iniciativa privada. Tudo isso, como doutrina ORLANDO GOMES, vai transformar a dogmática jurídica (*Direito Econômico*, ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, Saraiva, 1977, capítulo III, *passim*).

A política legislativa institucionaliza a política econômico-social. O Estado passa a depender da prosperidade da sua economia. A liberdade individual vai, a pouco e pouco, se estiolando. O Poder Executivo legisla mais do que o Poder Legislativo. (1) O Direito passa a proteger categorias ou grupos sociais. A macroeconomia do grupo se opõe à microeconomia do indivíduo. O Estado institui o Direito Econômico. O Direito Privado, fundado na excelência do contrato como instrumento da vida econômica, cede passo ao Direito Econômico, que abrange normas sobre relações econômicas, onde quer que se encontrem — em qualquer código ou lei, de Direito Público ou Privado, mas sob nova ótica filosófica e metodológica.

IV — A EMPRESA NO CAMPO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

6. Como remarca CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, novas especializações surgem no Direito Comercial, e uma delas é o Direito Internacional Econômico. Estados, no campo interno, e Nações, no cam-

(1) De março de 1964 a novembro de 1979, o Poder Executivo brasileiro baixou 30.370 decretos e quase 1.800 decretos-leis, que têm força de lei. Enquanto isso, no mesmo período, o Poder Legislativo só editou 3.631 leis.

po externo, tendem a disciplinar esse Direito. O Direito Público cada vez mais se conecta com o Direito Privado. Há um “movimento pendular do dirigismo e estatismo para o liberalismo e vice-versa”. A ordem econômica sofre cada vez mais transformações radicais, enquanto a ordem legal permanece intacta (*Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Prefácio, págs. 7-8, Editora Rio, 1973).

O Direito Internacional Público assume crescente aspecto econômico⁽²⁾, graças ao grande progresso dos meios de comunicação, gerando um *Direito Internacional Econômico* (relações internacionais de aspecto econômico e financeiro, e organizações internacionais econômico-financeiras). A principal assistência externa é a econômica. Os Ministérios de Relações Exteriores são bastiões da política econômica dos países. São frequentíssimos os acordos de natureza econômica (comerciais e de pagamento).

Como os investimentos no estrangeiro são feitos predominantemente pelo capital privado, as sociedades comerciais ficam sujeitas ao Direito Internacional. (Ex.: empresas de aço e carvão na comunidade européia, com direito de recorrer à Corte de Justiça das Comunidades). Governo e sociedade comercial têm o mesmo *status* perante essa Corte.

As empresas multinacionais, de conceituação econômica, levam o Governo do país onde elas operam a resguardar o bem-estar de parte da sua população que se emprega em tais entidades.

7. A propriedade é garantida hoje no mundo ocidental — desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XVII) à Convenção de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa, aos Pactos de Direitos Humanos (que se reportam aos “direitos humanos fundamentais”), à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 21). Sempre a propriedade é enfocada com função social, pelo que a propriedade estrangeira subordina-se ao “interesse estatal”.

8. A nacionalização de indústrias e meios outros de produção, concentrados no poder público para execução de uma política econômica e social, é outro fato a considerar, pois atinge também a propriedade privada, se bem que se diferencie da expropriação e do confisco. O confisco é impessoal e pressupõe expropriação sem indenização.

Sabe-se que, depois da 2ª Grande Guerra, aumentou de muito a nacionalização, intervindo os Estados cada vez mais no domínio econômico⁽³⁾. Nacionalizar é expressão da própria soberania estatal. Os instrumentos internacionais procuram apenas garantir um tratamento ao proprietário estrangeiro, igual ao do nacional que sofre a nacionalização ou a expropriação. A indenização deve ser adequada e será

(2) O conhecimento da miséria, em escala mundial, revelou a nova missão do Direito Internacional Público — pontua ARTUR JOSÉ ALMEIDA DINIZ, para quem o respeito internacional será muito mais o fruto de uma conquista cultural do que o simples adotar de normas e convenções internacionais.

(3) “Quando se fala em domínio econômico, está implicitamente aceito um ato de domínio cultural” (ARTUR JOSÉ ALMEIDA DINIZ).

resolvida pelas vias abertas pelo Estado nacionalizador ou expropriador, esgotadas as quais poder-se-á provocar a via diplomática (v. resolução da Assembléa Geral da ONU sobre soberania permanente dos recursos naturais, 1962), admitindo-se a possibilidade de os países em desenvolvimento aumentarem sua participação na administração e nos lucros de empresas operadas por capital estrangeiro, devendo os países investidores se abster de prática que disso impeça.

9. Não havendo tratado proibitivo de nacionalização, há esse direito por parte do Estado, mesmo que haja contrato de concessão, pois este não constitui obrigação internacional e nada obsta ao seu rompimento unilateral. Impõem-se apenas o interesse público, a critério do Estado nacionalizador, e a indenização, como necessidade política, mais do que jurídica, cujo pagamento deve ser procedido de acordo com o direito interno de cada Estado, conforme acordou o Comitê Jurídico Consultivo Afro-Asiático, nos anos de 1960 e 1961, sendo a indenização de valor adequado, feito o pagamento tão logo possível, não necessariamente prévio, e de forma efetiva, preferentemente em dinheiro, atendendo-se não só ao interesse do proprietário, mas ao do Estado que realiza a nacionalização.

Essa jurisprudência internacional, que tem variado, bloqueia as nacionalizações por parte de países do terceiro mundo, pobres ou em desenvolvimento.

10. Há casos em que o expropriante dá uma indenização global ao outro Estado pelo conjunto de bens expropriados ou nacionalizados, e este último faz a distribuição entre os seus particulares, através de comissões encarregadas dessa tarefa (lumpsum agreements).

Se os Estados interessados não acordarem numa solução, podem voluntariamente submeter o litígio a uma arbitragem ou a um julgamento de órgão internacional.

A Emenda HICKENLOOPER, que consta do "Foreign Assistance Act" dos EUA, autoriza a este país suspender o auxílio às nações em que bens de norte-americanos tenham sido expropriados sem indenização, nas empresas em que os americanos tenham, pelo menos, 50% de participação do capital. Sua aplicação prática é, porém, problemática, como se verificou com o Ceilão, em 1963, pois o interesse da nação não deve ser confundido inteiramente com o de particulares, que nem sempre investem no estrangeiro com o necessário procedimento escrupuloso.

11. A nacionalização, como ato normal de soberania, há de produzir efeitos extraterritoriais. Não reconhecê-la é ingerir em assuntos internos do país que nacionalizou (par in parem non habet imperium). A nacionalização atinge, portanto, os bens onde quer que estejam, mesmo se o ato emanou de governo não reconhecido, pois isso não tira a eficácia do direito sobre os bens que se acham no exterior. Ela é ato de "jure imperii".

Os tribunais de um Estado não podem julgar os atos de outro Governo realizados dentro do seu próprio território — assentou a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, desde o século XIX (*Digest of International Law*, vol. VI, 1968, págs. 1 e segs.), repetida em caso de expropriação de bens de norte-americanos situados em Cuba (*The Law of the Americans*, 1965, págs. 107 e segs.). Entretanto, nova emenda ao “Foreign Assistance Act” foi proposta pelo Senador HICKENLOOPER, e aprovada, sob fortes críticas, contra essa teoria do “act of State doctrine”, que só será aplicada a pedido do Presidente dos EUA, em nome da política externa norte-americana, ou quando houver compensação.

12. A proteção diplomática de sociedades comerciais já era objeto de vários tratados do século XIX. Por ela — como pela proteção diplomática propriamente dita, isto é, aos indivíduos — um Estado defende junto a outro os seus nacionais, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Excepcionalmente, pode a proteção ser deferida por uma organização internacional, ou pelo Estado, a indivíduos que não são seus nacionais, mas súditos de um Estado protegido por ele. Quando o Estado encampa a reclamação individual, a torna uma reclamação do próprio Estado.

Jurisdições internas decidem sobre recursos de indivíduos para cobrarem do nacional a indenização por este recebida do Estado que praticou o ato contra o indivíduo. Portanto, a relação entre o indivíduo e o seu Estado nacional é de direito interno e não internacional.

A proteção diplomática das sociedades comerciais demanda saber a nacionalidade de tais sociedades, já que vários são os critérios para se aferir isso: do Estado onde se encontram registradas, do Estado cujos interesses elas representam (tese do controle), ou do Estado onde elas têm a sede social.

A nacionalidade das sociedades comerciais cabe à legislação interna dos Estados. A proteção diplomática geralmente se faz quando há interesse substancial do Estado que vai dar a proteção e existe um ligamen entre o Estado e a entidade que pede a sua proteção.

No Brasil vigora o Código Bustamante, que determina a nacionalidade das sociedades anônimas pelo contrato social e, eventualmente, pela lei do lugar em que se reúna a assembléia-geral dos acionistas (art. 124, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas — Lei nº 6.404, de 15-12-76).

13. A proteção do acionista é complicada, pois nem sempre a sua nacionalidade é a da sociedade comercial e pode ser feita tanto em relação a um terceiro Estado como ao próprio Estado de que a sociedade é nacional. Mister se faz, todavia, que o dano constitua ilícito internacional; uma parte considerável do capital seja de nacionais do Estado que não causou o ilícito; a sociedade comercial não obtenha uma reparação face às razões que fogem ao controle dos acionistas; e não haja reclamação diplomática por parte do Estado de que a sociedade é pessoa jurídica nacional.

Também tinha sido reconhecido, ainda que com reservas, o direito de renunciar ao direito de pedir a proteção diplomática, quando tal cláu-

sula tenha sido colocada nos contratos de concessão entre governos latino-americanos e particulares estrangeiros ("Cláusula Calvo", do internacionalista argentino CARLOS CALVO). Havia uma corrente dos que não aceitavam essa cláusula nos casos de denegação de justiça, ou quando o governo estrangeiro declarasse nulo o contrato no qual constasse a cláusula, ou ainda, para o "Restatement of the Law", quando o investidor tivesse tratamento pelo menos igual ao do nacional e existisse um remédio judicial para impedir a denegação de justiça. Mas essa cláusula caiu em desuso, a partir da 2ª Grande Guerra.

Cresce a importância das sociedades comerciais na ordem internacional, mas a jurisprudência é variável.

V — O INTERVENCIONISMO ESTATAL

14. É interessante lembrar, com FRANCISCO AYALA, que a Revolução Industrial foi presidida pelo princípio fundamental da abstenção do Estado nas relações sociais de tipo econômico, e ninguém pode pensar que se trata de uma conexão acidental (*El Intervencionismo del Estado en las Actividades Económicas*, Montevideo, 1947, pág. 2. Consejo Interamericano de Comercio y Producción).

No século XX, a partir da 1ª Grande Guerra (1914-1918), aparecem as "economias de guerra", para o preparo do esforço bélico, o que dilatou as atribuições do Estado.

A depressão econômica mundial de 1929 foi combatida pela doutrina de que um Estado organizado, ou um grupo de Estados, é capaz de estabilizar, estimular e dirigir a economia sem instituir uma ditadura ou abolir a propriedade privada. O certo é que a economia e a política passaram a se ligar indissolivelmente e reconciliaram-se os dois maiores fatores de estabilidade econômica — a iniciativa privada e a ação governamental.

O intervencionismo totalitário nazifascista adotou planos quinquenais e introduziu a técnica do planejamento na atividade governamental, agasalhada depois no mundo ocidental (4).

O vocábulo "intervencionismo" alcança a economia dirigida, controlada ou organizada, o capitalismo regulamentado ou planejado, o neocapitalismo, o neomercantilismo, o reformismo social, o estatismo e até o corporativismo.

A consciência político-econômica do subdesenvolvimento recrudesce o nacionalismo, impondo a presença do Estado.

Nos países do mundo ocidental, a intervenção estatal precedeu o planejamento da economia.

(4) "Adquirimos a consciência planetária da pobreza das Nações. E a falácia dos planejamentos" (ARTUR JOSÉ ALMEIDA DINIZ).

Explicam G. H. CAMERLYNCK e G. LYON-CAEN que a insuficiência dos salários é o motivo da maior parte dos conflitos sociais, de consequências nefastas para o conjunto da coletividade. Por outro lado, já que o nível dos salários incide duplamente sobre o plano econômico, tanto sobre o custo de produção como sobre o poder aquisitivo das massas, o problema não é indiferente para os poderes públicos. O Estado começou, então, a intervir em favor dos assalariados mais desfavorecidos (*Derecho del Trabajo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974, Madrid, págs. 195-196).

A grande problemática da intervenção reside nos *limites* em que o Estado a pode operar. A contradição liberalismo *versus* dirigismo está presente na história das instituições.

A Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa JOÃO XXIII, afirma que “o Estado não pode manter-se ausente do mundo econômico; deve intervir com o fim de promover a produção duma abundância suficiente de bens materiais, cujo uso é necessário para o exercício da virtude, e também para proteger os direitos de todos os cidadãos, sobretudo dos mais fracos, como são os operários, as mulheres e as crianças”. Mas “a presença do Estado no campo econômico, por mais ampla e penetrante que seja, não pode ter como meta reduzir cada vez mais a esfera da liberdade na iniciativa pessoal dos cidadãos; deve, pelo contrário, garantir a essa esfera a maior amplitude possível, protegendo, efetivamente, em favor de todos e cada um, os direitos essenciais da pessoa humana”. Ao Estado é legítimo “possuir, em propriedade, bens produtivos, especialmente quando estes chegam a conferir tal poder econômico, que não é possível deixá-los nas mãos de pessoas privadas, sem perigo do bem comum”.

Tendem os povos desenvolvidos do Ocidente para a industrialização, a proletarianização, a diferenciação e o aburguesamento (RAYMOND ARON, *Novos Temas de Sociologia Contemporânea*, Editorial Presença, Lisboa, 1964, págs. 192 e segs.).

O Estado ingere diretamente na vida econômica e participa das funções da vida social, cabendo ao Direito regularizar equitativamente as relações sociais entre as forças econômicas. A lei passa a ser instrumento da programação econômica.

As estruturas gestonárias do poder público são de duas ordens: *administrativas*, encarregadas de gerir diretamente os serviços públicos, e *econômicas*, que resultam do exercício, pelo poder público, de uma atividade industrial e comercial.

Surge o Estado-Empresário, que legisla disciplinando o mercado, predetermina o conteúdo das relações patrimoniais, usa dos instrumentos jurídicos no interesse maior do desenvolvimento nacional, informa a população sobre os melhores rumos da economia, ajuda os empresários, controla o crédito (o que, no Brasil, cabe ao Banco Central), organiza a distribuição dos valores imobiliários (títulos de crédito e títulos de participação), disciplina o mercado de capitais, regulamenta os preços, atua

sobre produtores, distribuidores e consumidores e normatiza o comércio exterior.

Certos contratos passam a ter conteúdo predeterminado, cuja não observância implica sanções várias.

Não há mais economia de livre mercado ⁽⁵⁾, embora continue livre a iniciativa privada, dentro, porém, das regras impostas pelo dirigismo econômico, conforme estatuído na Constituição e nas leis.

A Administração Pública protege, presta serviços, é empresária industrial, dirige a economia e é árbitro (W. FRIEDMANN, citado na obra de ORLANDO GOMES — ANTUNES VARELA), mas tende a não ser unicamente o árbitro final, e sim o promotor e negociador do que se pretende fazer.

O Direito é, por isso, uma técnica empregada para o desenvolvimento econômico. Seu conteúdo humanístico descaracteriza-se no plano da normatização econômica, o que afeta, sobretudo, o Direito do Trabalho, cujo eixo protecionista se desloca e se amplia sobre a ordem pública econômica. “A principal força a impelir o Direito do Trabalho para novos rumos” — adverte OCTÁVIO BUENO MAGANO — “reside na ânsia pelo desenvolvimento econômico, que, nos últimos tempos, galvanizou a imaginação dos povos, em todas as partes do mundo” (*As Novas Tendências do Direito do Trabalho*, Editora LTr, São Paulo, 1974, pág. 183).

Politicamente, o Estado como que se apropria do indivíduo e dirige a economia. A atividade econômica dos particulares passa a ser limitada, fiscalizada e controlada pelo Estado e este se torna também empresário ⁽⁶⁾. Juridicamente, o individualismo é completamente superado: o indivíduo é um ser social, os direitos privados têm função social, decai o contratualismo (ou o contrato se socializa), generaliza-se a figura do abuso de direito.

Nas palavras precisas de JOÃO BAPTISTA VILLELA, “hoje, o Direito Privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada, e forte, a concorrência. Dos chamados contratos do Direito Social e do Direito Econômico disse VASSEUR que são contratos de boa vontade, e a economia contratual, ela própria, é uma economia de boa vontade, compreensiva do interesse geral” (*Por Uma Nova Teoria dos Contratos*, Coimbra, 1975, pág. 328).

Três submissões são apontadas por ORLANDO GOMES: a do individual ao social, a do interesse particular ao interesse coletivo, a dos direitos subjetivos ao direito objetivo (*op. cit.*, pág. 57). O Estado liberal

(5) O mercado livre, reliquia histórica, foi transformado nos últimos 40 anos por três sistemas de forças: a concentração acelerada da indústria e dos bancos, a intervenção do governo no setor privado e, em nossos dias, a alta espetacular da economia intra-societária (intra-corporate) e fora do mercado dos oligopólios globais (ARTUR JOSÉ ALMEIDA DINIZ).

(6) No Brasil, existem 213 empresas estatais federais, com despesas que correspondem a 50% do produto interno bruto e investimentos do País em 1980.

é sucedido pelo Estado social; o Estado absenteísta pelo Estado intervencionista (ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pág. 156). Note-se que ao Estado de Direito não repele o Estado social. E a superação da economia liberal não impede o liberalismo político em coexistência pacífica com o intervencionismo, que agrega aos direitos fundamentais os de participação.

O Estado-Empresário subordina-se às formas gerais do Direito Privado, iguala-se ao particular como sócio e faz do contrato “um meio de exercício da soberania”, para participar dos negócios, nos setores básicos da economia.

As vezes, o Estado chega a contratar com os particulares o congelamento dos preços, mediante compensações que oferece. É uma espécie nova, de administração contratual, concertada entre os poderes públicos e os poderes econômicos, sob forma de um contrato para a realização de um regime administrativo.

Parece, então, que tudo se contém ou se conterà no Direito Público.

Embora o modelo atual seja o de uma economia que esvazia a autonomia privada e minimiza o negócio jurídico, o Direito novo que o rege “não deve ser a negação do Direito”, como adverte oportunamente ANTUNES VARELA.

15. Quanto à *propriedade*, não é ela que merece intervenção, mas a atividade econômica, se bem que, conforme SÉRGIO FERRAZ, “qualquer que seja o alcance ou a modalidade da medida intervencionista, representa ela uma alteração no estatuto da propriedade privada”.

Quem gestiona os bens de produção não são mais os seus proprietários. Importa deter os malefícios do autoritarismo econômico.

O Estado, como se viu, passou a ser empresário e baixa normas para impedir os abusos do poder econômico, pois a propriedade é função social, e não um direito subjetivo ilimitado. Na Constituição brasileira assim está expresso (art. 160, inciso III).

Como acentua GEORGES SPYROPOULOS, “así, la creciente intervención del Estado en las decisiones económicas y la presencia de un sector público relativamente importante en varios países industrializados con economía de mercado han situado las relaciones de trabajo bajo el signo del interés público y de los imperativos del crecimiento económico, lo que no deja de recordar ciertos aspectos de la política propugnada en los países de economía enteramente planificada” (*Revista Internacional del Trabajo*, vol. 79, nº 3, março de 1969, reimpressão nº 20 do Instituto Internacional de Estudios Laborales, Genebra, pág. 9).

Assistimos a uma interpenetração cada vez mais evidente das regras de Direito Público e das regras de Direito Privado nos dois setores de atividade — aponta YVES SAINT-JOURS. O *Direito Público* penetra o Direito do Trabalho na justa medida em que o poder público é chamado a intervir diretamente para assegurar a proteção dos assalariados. E,

em sentido contrário, o *Direito Privado* penetra o setor público à proporção que o poder público intervém diretamente no domínio industrial e comercial, notadamente na gestão das empresas públicas.

16. Quanto ao *trabalho* e o Direito que o regulamenta, o antigo vínculo pessoal entre pessoas de duas classes antagônicas — empregados e patrões — não se mostra o mesmo.

Assinala ORLANDO GOMES que o patrão-proprietário foi substituído pelo patrão-anônimo e pelo patrão-público. Institucionalizaram-se as empresas em sociedades por ações. Despersonalizou-se o empregador. Aquele vínculo de trabalho despe-se do conteúdo humano, face ao patrão-anônimo. A reação não se faz contra o empregador, mas contra o sistema econômico. O capital na sociedade anônima dilui-se entre milhares de acionistas e é administrado por um pequeno grupo gerencial, que detém o poder de comando, sem, contudo, deter a propriedade, que não é sua. Apesar de assalariados, esses administradores e técnicos vão-se aburguesando e têm interesses opostos aos dos empregados e operários, que ingressam numa empresa (cujo patrão é difuso) por intermédio de contratos de adesão e normas regulamentares.

Na empresa pública, a relação ou vínculo de trabalho entre a administração e os servidores admitidos pelo regime da legislação do trabalho já não reflete a luta entre o trabalho e o capital, pois empregador é o Estado, sem objetivo capitalista. Essa relação vai-se tornando objeto do Direito Público.

O poder público é um empregador de tipo singular porque, em princípio, o poder público persegue não mais a busca de um lucro, mas a satisfação de necessidades coletivas da população. A noção de necessidades públicas é uma noção sócio-econômica, muito relativa, que evolui com as sociedades humanas (YVES SAINT-JOURS, *Les Relations du Travail dans le Secteur Public*, págs. 5 e 9, Paris, 1976, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

A concentração de forças econômicas elimina a pequena empresa. Não existem, quase, os patrões individuais independentes.

O esvaziamento do salário do seu conteúdo capitalístico conduz a vida econômica para um “pansalariato” — conclui ORLANDO GOMES (*Direito do Trabalho — Estudos*, 3ª ed., LTr, pág. 43).

17. Quanto ao *campo das negociações coletivas*, observa-se que há uma tendência mundial para a recessão da economia, principalmente pela crise da principal fonte de energia — o petróleo. Dela decorrem, inevitavelmente, a inflação e o desemprego, que desequilibram a economia dos países — sobretudo os da área democrática.

As relações entre empresas e sindicatos tornar-se-ão mais tensas, na década de 80. Em conseqüência, a intervenção estatal será mais freqüente, para tentar o consenso difícil nas negociações coletivas, para que o principal instrumento dessas negociações, que é a convenção coletiva, evite o pior para a crise da economia — as greves.

A sociedade tornar-se-á mais conflitiva do que consensual — o que nos países subdesenvolvidos, ou do terceiro mundo, assumirá proporções mais trágicas, com sérios reflexos no campo político-social (7).

Os governos, nesta década, não poderão permitir que os padrões transfiram os aumentos de salários ao consumidor.

A substituição das vontades das partes conflitantes pela vontade da justiça pode significar um retrocesso da autonomia privada coletiva para resolver os problemas da luta de classes e contraria toda a evolução do Direito Coletivo, pois a solução, vindo de fora para dentro, pode não atender aos interesses das partes, como bem adverte ANTÔNIO ALVARES DA SILVA (*Direito Coletivo do Trabalho*, pág. 48).

Segundo esse mesmo autor brasileiro, nos povos em desenvolvimento — como o Brasil — o Direito do Trabalho se cria e se desenvolve apenas como uma dádiva da lei e não como uma conquista do trabalhador. A excessiva intervenção do Estado e o autoritarismo das relações sociais geralmente amortecem a atividade sindical, o que impede a criação de normas através da convenção coletiva (pág. 132). E esta apresenta uma superioridade incontestável sobre a lei, na medida em que permite uma participação direta dos interessados na elaboração do Direito que os rege (*Enciclopédia Jurídica Dalloz*, 2ª ed., Tomo I, Paris, 1979; *Reper-tório de Direito do Trabalho*, item “Convention Collective de Travail”, A, 1 e 3).

No Brasil, a partir da Revolução de 1964, a política econômica de Governo foi ligada à política salarial.

As *convenções coletivas* só podem ser feitas entre dois sindicatos das respectivas categorias, obreiras (ou profissionais) e patronais (ou econômicas). Já os *acordos coletivos* foram criados pela legislação revolucionária para possibilitar um tipo especial de convenção entre os sindicatos de trabalhadores e uma ou mais empresas. Ambos não são, porém, os instrumentos preferenciais das classes em choque para resolver os problemas salariais. Predomina a solução heteronômica das sentenças coletivas dos tribunais de trabalho, que podem ser revistas anualmente, embora tanto as convenções coletivas como as sentenças coletivas sejam normativas e alcancem e beneficiem a todos os trabalhadores integrantes da categoria profissional interessada, sejam ou não filiados a sindicatos (eficácia *erga omnes*).

Os servidores públicos — mesmo os admitidos pelo regime da legislação do trabalho — não podem fazer greve nem se organizar em sindicatos. Em consequência, não podem firmar convenções coletivas com o Estado.

A liberalização política por que atravessa o Brasil tem demonstrado que a rígida política salarial, de controle dos índices salariais nas convenções coletivas e nas sentenças coletivas ditadas pelos tribunais de

(7) Muitos estudiosos chegam a propor que não existem países subdesenvolvidos; o que existem são países subanalisados (ARTUR JOSE ALMEIDA DINIZ).

trabalho (que pertencem ao Poder Judiciário), começa a ser contornada, na prática, por acordos à margem da forma legal das convenções coletivas, que fixam taxa salarial acima do limite legal, previsto para controlar a inflação crescente. Isso tem ocorrido sobretudo nas áreas industriais mais desenvolvidas do País (São Paulo e Rio de Janeiro).

Outro dado que se verifica em decorrência da crise que fez crescer a inflação é que o tratamento salarial fixado pelo Estado nivela os servidores públicos aos empregados em empresas particulares, no que diz respeito ao percentual dos aumentos anualmente decretados pelo Governo. Na mensagem que enviou quando da abertura dos trabalhos do Congresso este ano, no dia 1º de março de 1980, o Presidente da República enfatizou a “equalização dos regimes jurídicos do pessoal — estatutário e contratado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho — de modo que benefícios e relações do trabalho sejam idênticos para todo o serviço público, e tão aproximados quanto possível aos do setor privado”.

Infelizmente, a classe trabalhadora, notadamente a que está sindicalizada (o sindicalismo é unitário, não plúrimo, porém, livre), prefere obter melhores salários nos tribunais de trabalho, e não nas convenções coletivas, como seria de desejar. Talvez a liberalização da nova política econômico-salarial, que reajusta automaticamente os salários dos trabalhadores de seis em seis meses, porém deixa margem a uma negociação anual acima dos índices oficiais, conforme a produtividade setorial das empresas, venha a incentivar o uso dos convênios coletivos, na década que se inicia, como instrumentos importantes, porque flexíveis e úteis a uma boa política econômico-social, ditada unicamente pelo Estado, mas entrosada na planificação de uma economia global. Essa legislação, todavia, além de não ser aplicável aos servidores públicos em geral e ao pessoal das autarquias submetidas ao regime do Direito do Trabalho, permite que, na convenção coletiva, sejam fixados níveis diversos para aumentos de salários, em empresas de diferentes portes, e sejam excluídas as empresas que comprovarem incapacidade econômica para suportar a majoração salarial anual (Lei nº 6.708, de 13-10-1979, e Decreto nº 84.560, de 14-3-1980). O aumento salarial acima dos índices legais dependerá do acréscimo verificado na produtividade da categoria profissional, decorrente apenas do melhor desempenho do trabalhador. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, as privadas — subvencionadas pela União Federal —, e as empresas concessionárias dos serviços da União só podem celebrar acordos ou convenções coletivas concedendo aumentos de salários, nos termos das resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial (idem). Persiste, em grande parte, o controle estatal, por intermédio do Direito Econômico, sobre os instrumentos coletivos autônomos (convenções, acordos) e heterônomos (sentenças coletivas dos tribunais de trabalho).

A centralização, a nível nacional, de uma política de convenções coletivas continuará a ser difícil de se obter. Politicamente, é considerada perigosa à segurança nacional qualquer tentativa de formação de

confederações gerais de trabalhadores. E do ponto de vista geoeconômico, o Brasil tem áreas nitidamente distintas — umas bastante subdesenvolvidas (no Nordeste, principalmente), outras de grande desenvolvimento (o Sul do País, notadamente São Paulo).

No Brasil, a eficácia da convenção coletiva é garantida pela possibilidade jurídica de ser reclamado o seu cumprimento perante os tribunais de trabalho, em ações individuais (singulares ou plúrimas), ajuizadas pelos trabalhadores ou por seus sindicatos.

Para uma força de trabalho de trinta e cinco milhões de trabalhadores, existem cerca de sete mil organizações sindicais brasileiras — de empregados, quase 5.000, englobando quase dez milhões de trabalhadores filiados a sindicatos. A sindicalização patronal também é permitida. Ambas se compaginam em três graus: local (sindicatos), regional (federações), nacional (confederações). Isso facilitará o esperado incremento da negociação coletiva na década de 80 e a indispensável coresponsabilidade sindical, com o Estado, na luta contra a inflação, que parece ser o fantasma mundial da crise em todos os países da ordem democrática — desenvolvidos ou não.

A intervenção do Estado nas relações de trabalho não deverá ser tão freqüente, através de leis, decretos, regulamentações etc., à medida que se desenvolver o sistema das convenções coletivas. No próprio setor público, a regulamentação do serviço público tenderá a ser cada vez mais negociada, ainda que seja difícil, a curto prazo de uma década, a sindicalização do servidor público no Brasil. Mas já existem, entre nós, associações civis de funcionários do Estado que defendem os interesses dos seus filiados, sobretudo na época em que o Estado cogita de reajustar anualmente os vencimentos (salários) dos servidores públicos. Se bem que elas não tenham o poder de negociar, contudo exercem uma certa forma de pressão junto ao Governo, reivindicando melhores vencimentos para a classe dos servidores do Estado.

Na administração pública descentralizada, já se nota um sistema racional de salários, que permite flexibilidade aos dirigentes dos órgãos parapúblicos no que toca a um escalonamento salarial menos rígido.

Como a maioria dos Estados modernos, que sobrepõem o social ao individual, face às grandes e fechadas estruturas com que se mostra a sociedade industrial contemporânea, a Constituição brasileira estabelece, no artigo 160, a ordem econômica e social com finalidade de “realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social”, com base na:

- I — liberdade de iniciativa;
- II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III — função social da propriedade;
- IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;

VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

O Governo pode promover a desapropriação da propriedade privada (art. 161), segundo critérios legais e com indenização justa; os direitos fundamentais dos trabalhadores estão inscritos no art. 165 da Constituição, entre os quais “o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho” (inciso XIV); “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica” (art. 170, § 1º, da Constituição), “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista rege-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (art. 170, § 2º, da Constituição). Ao poder público cabe planejar, programar e promover o desenvolvimento econômico (art. 8º, incisos V, XI, XIII e XIV, da Constituição).

O conteúdo das convenções e dos acordos coletivos, hoje rigidamente previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 613), tenderá a ser liberalizado ou ampliado a critério das partes convenientes, pela nova regulamentação estatal que venha a ser dada a esse importante instrumento sócio-econômico, cujo papel na década de 80 será decisivo para o equilíbrio dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, porque a legislação deve indicar que as partes, na convenção, levem em conta, necessariamente, as questões econômicas e sociais que interessam ao Governo, na busca do bem comum. O ideal será um intercâmbio de informações entre os sindicatos convenientes e o poder público, para que tal fim seja alcançado. E ao Governo será lícito recorrer a meios legais, sobretudo judiciais, para evitar os males de uma convenção coletiva contrária a tais objetivos.

Já se nota, no Brasil, na prometida reformulação básica da legislação trabalhista, o desejo expresso do Governo de que dela participem as classes interessadas, sugerindo soluções e se fazendo representar na comissão que será constituída para elaborar o anteprojeto de lei de uma nova Consolidação das Leis do Trabalho, a ser publicamente discutido pela Nação no seu todo. É o que tem salientado à imprensa, repetidas vezes, o Ministro do Trabalho. O legislador, assim, não busca impor a ordem, mas intenta encontrá-la, conforme sublinha JUAN ANTÓNIO SAGARDOY BENGOCHEA (in *Política Gubernamental y Negociación Coletiva en un Contexto de Crisis Económica*).

Certas funções ou atividades públicas são geridas por conselhos de que participam representantes das classes sociais interessadas (representantes de patrões e empregados em órgãos previdenciários). É a técnica da regulamentação e da administração pública negociada, que marcará a década de 80.

A escassa participação, na vida política e econômica, das grandes massas dos países subdesenvolvidos é um empecilho para a racionalização conjunta das decisões individuais e sociais, que leve a quem negocia uma convenção coletiva, em nome de um grupo ou associação sindical, a pensar no todo social, e não unicamente no benefício salarial imediato da categoria econômica interessada, o que será mais difícil num período de recessão do que de expansão. Daí a vantagem que se aponta, hoje, para a negociação centralizada dos salários.

Com a ampliação da crise da energia, a crise social levará o Estado a intervir cada vez mais. A forma da intervenção é que se modificará, conforme aqui foi exposto. Mesmo nos conflitos sociais mais agudos — que são os sindicais, as greves etc. — essa intervenção se fará, ora por vontade unilateral do Estado para resguardar um possível equilíbrio econômico dentro da crise, ora a pedido das próprias partes interessadas.

Na América Latina, inclusive o Brasil, não atingimos a era da “politique de concertation”, lançada pelo Governo POMPIDOU depois da greve dos mineiros de 1963, para um engajamento moral, mais do que uma simples consulta, se bem que a parte sindical não disponha de nenhum poder de decisão em razão do caráter regulamentar da função pública. Consiste na consulta separada às mais representativas organizações sindicais em matéria de remuneração dos serviços públicos, reforma de carreiras etc. e se processa em nível interministerial e ministerial, para uma repartição de poder de decisão no seio da função pública.

18. Quanto ao *campo político*, o pluralismo social defronta-se com a concentração da Sociedade de Aparelhos (que leva ao poder pela informação), de mercados rigorosamente programados, de contabilização da opinião pública — como assinala CÂNDIDO MENDES.

Devem ser considerados: o binômio escassez de recursos—afluência concentrada; a assimetria entre as relações de poder econômico e político; a regulação da escassez como uma nova determinante política nas relações internacionais, a convivência das multinacionais com os Estados soberanos ⁽⁸⁾ e a gestão cada vez mais pública dos modelos emergentes do neocapitalismo social dos anos 80, em que se tem de reformular problemas como o da proliferação atômica, da volta aos armamentos convencionais ante o impasse da guerra nuclear e de um equilíbrio mundial dependente da rigorosa manutenção das áreas de influência hegemônica das grandes potências.

Foram superados o momento do populismo e o das rígidas tecnocracias autoritárias. Os processos internos de mudanças e as limitações de expectativas de desenvolvimento levam à dominância da temática internacional nas prioridades políticas da década (“A implosão do Es-

(8) Para ARTUR JOSÉ ALMEIDA DINIZ, a causa principal dos efeitos socialmente deletérios das “global corporations” é que continuam a ser tratadas como entidades de direito privado, a despeito do seu papel predominantemente público. As multinacionais possuem, de fato, a nacionalidade de sua direção, embora exercendo suas atividades em diversos Estados-Nações. O crescimento delas implica no ônus do consumo sempre crescente de energia.

tado como forma de poder nos anos 80", CÂNDIDO MENDES, in caderno especial do *Jornal do Brasil*, 24 de fevereiro de 1980, Rio de Janeiro, Brasil).

VI — CONCLUSÕES

1. O Direito Social vem ocupando, cada vez mais, o território do direito individualista, pois o trabalho é o instituto central da era industrial, e não mais a propriedade, que era o eixo da era agrícola; e a legislação trabalhista inspira e influi na elaboração de uma nova ordem jurídica.

2. O Estado visa ao bem-estar social, sendo, ao mesmo tempo, protetor, empresário, produtor, sócio, financiador e grande consumidor.

Esse continuará a ser o Estado da década de oitenta: interventor nas relações de produção.

3. Continuará a escalada, pelo Estado, da centralização, e, pelo Poder Executivo, da expropriação da soberania dos Parlamentos.

4. O Estado brasileiro pode participar, dirigir e intervir na atividade econômica, num dualismo de iniciativa, nos setores público e particular, tanto pela ação da administração direta, como pela ação de outras entidades do setor público.

5. A propriedade, tendo função social, subordina a propriedade estrangeira ao interesse estatal. Nacionalizar passou a ser expressão da própria soberania nacional. E os tribunais de um Estado não podem julgar os atos de outro Governo realizados dentro do seu próprio território, embora existam mecanismos internacionais de proteção diplomática às sociedades comerciais internacionais e, às vezes, aos seus acionistas. Essa proteção deverá ampliar-se, sob a égide do Direito Internacional.

6. O Estado ingere diretamente na vida econômica e participa das funções da vida social, cabendo ao Direito regularizar equitativamente as relações sociais entre as forças econômicas: a lei passa a ser instrumento da programação econômica. O Direito avultará como técnica de acomodação social e se intensificará a interpenetração das regras de Direito Público e de Direito Privado.

7. O Estado-Empresário, embora se subordine às formas gerais do Direito Privado, impede a livre economia de mercado, não obstante persista a liberdade de iniciativa privada, dentro das regras legais do dirigismo estatal, voltado para o desenvolvimento econômico, aqui incluído o próprio Direito do Trabalho, reduzindo-se a um instrumento desse desenvolvimento.

8. O Estado de Direito não repele o Estado Social, e a superação da economia liberal não obsta ao liberalismo político em coexistência

com o intervencionismo. Mas este irá absorvendo aquele, moldando-o aos seus objetivos.

9. A intervenção não mais se faz sobre a propriedade em si mesma, mas sobre a atividade ou o sistema econômico e os malefícios do seu autoritarismo. A propriedade tem função social, e não é um direito subjetivo ilimitado. Tenderá a socializar-se, ou estatizar-se cada vez mais.

10. O patrão-proprietário foi substituído pelo patrão anônimo e pelo patrão público. Na empresa pública a relação ou vínculo de trabalho dos servidores admitidos pelo regime da legislação do trabalho vai-se tornando objeto do Direito Público. O esvaziamento do conteúdo capitalístico do salário conduzirá a vida econômica para um "pansalariato".

11. A crise de energia poderá levar a uma recessão, que incrementará a inflação e o desemprego. A negociação coletiva e seu principal instrumento — a convenção coletiva — será a grande arma para contornar os conflitos que daí surgirão, para que a política econômico-social não seja ditada unicamente pelo Estado. A regulamentação do trabalho, mesmo no setor público, tenderá a ser negociada de forma centralizadora. A técnica da regulamentação e da administração pública negociada será desenvolvida.

12. Os processos internos de mudança e as limitações da expectativa do desenvolvimento conduzirão à predominância da temática internacional nas prioridades políticas da década.

13. A tendência mundial para a recessão econômica, a inflação e o desemprego continuarão desequilibrando a economia dos países e as relações entre empresas e sindicatos tornar-se-ão mais tensas, o que obrigará a freqüentes intervenções estatais nesse campo explosivo. O desenvolvimento das negociações coletivas será, ainda, o maior anteparo consensual aos conflitos.

14. No Brasil, onde vigora o sistema da unidade e da liberdade sindicais, o controle oficial das taxas de aumentos salariais aplicáveis nas convenções coletivas e nas sentenças coletivas vem sendo contornado, na prática, por acordos à margem da forma e do limite legais, sobretudo nas áreas de grande concentração industrial (Rio, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul), numa evidente revolta dos fatos contra o Direito. A nova legislação de política salarial, embora mais flexível, ainda revela uma acentuada intervenção do Estado, por intermédio do Direito Econômico, sobre os instrumentos normativos-coletivos autônomos (acordos e convenções) e heterônomos (sentenças coletivas dos tribunais de trabalho). E há uma tendência do Governo para igualar os salários dos servidores do Estado — dos funcionários públicos e do pessoal admitido pelo regime da legislação do trabalho. Já se nota o desejo do Governo de que da reformulação da legislação do trabalho, de que ora se começa a cuidar, participem as classes inte-

ressadas, sugerindo soluções e se fazendo representar na grande comissão que será constituída para elaborar o anteprojeto de lei de uma nova Consolidação das Leis do Trabalho.

15. Na América Latina, não cremos que na década de 80 se atinja a era plena da "politique de concertation".

VII — BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de — *Intervenção do Estado no Domínio Económico*, Editora Rio, 1973.
- ALMEIDA DINIZ, Artur José — "A Crise de Nossos Dias", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, maio de 1979, Brasil.
- ALVARES DA SILVA, Antônio — *Direito Coletivo do Trabalho*, Forense, 1979, Rio de Janeiro.
- ARON, Raymond — *Novos Temas de Sociologia Contemporânea*, Editorial Presença, Lisboa, 1964.
- AYALA, Francisco — *El Intervencionismo del Estado en las Actividades Económicas*, Montevideo, 1947, Consejo Interamericano de Comercio y Producción.
- BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy — *Política Gubernamental y Negociación Colectiva en un Contexto de Crisis Económica*, Madrid, 1980.
- CANDIDO MENDES — "A Implosão do Estado como Forma de Poder nos Anos 80", no caderno especial do *Jornal do Brasil* de 24-2-80, Rio.
- CARMELYNCK, G. H. e LYON-CAEN G. — *Derecho del Trabajo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974, Madrid.
- FERRAZ, Sérgio — Parecer no caso de Mandado de Segurança nº 19.983, impetrado pelo Estado da Bahia contra o Governador do Estado de Pernambuco.
- GOMES, Orlando — *Direito do Trabalho — Estudos*, LTr, 3ª ed., São Paulo, 1979.
- GOMES, Orlando e VARELA, Antunes — *Direito Económico*, Saraiva, São Paulo, 1977.
- JOAO XXIII — *Encíclica Mater et Magistra*.
- MAGANO, Octávio Bueno — *As Novas Tendências do Direito do Trabalho*, Editora LTr, São Paulo, 1974.
- SAINT-JOURS, Yves — *Les Relations du Travail dans le Secteur Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976.
- SPYROPOULOS, Georges — *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 79, nº 3, março de 1969, reimpressão nº 20 do Instituto Internacional de Estudios Laborales, Genebra.
- VENANCIO FILHO, Alberto — *A Intervenção do Estado no Domínio Económico*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, Brasil, 1968.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo — *Teoria Geral do Direito Económico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- VILLELA, João Baptista — *Por Uma Nova Teoria dos Contratos*, Coimbra, 1975.

Ilegalidade no lançamento dos impostos predial e territorial urbano

ALBERTO XAVIER

Professor Universitário e Advogado no
Rio de Janeiro e em São Paulo.

SUMÁRIO

- 1 — O acórdão
- 2 — A base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana
- 3 — A planta genérica de valores como presunção legal ou ficção
- 4 — O princípio de verdade material e os limites das presunções no Direito Tributário
- 5 — Majoração indireta
- 6 — Conclusão

1 — O acórdão

Um recente acórdão do Supremo Tribunal Federal merece um comentário detido, pela sua relevância, não só por negar apoio a uma prática administrativa fortemente lesiva dos interesses dos contribuintes, mas também por representar uma notável contribuição doutrinária ao entendimento do princípio da legalidade da tributação.

Trata-se do acórdão unânime de 19 de outubro de 1979, proferido no Recurso Extraordinário nº 85.732-O, de que foi relator o Ministro LEITÃO DE ABREU. Estava em causa uma segurança impetrada contra o Prefeito de Jundiá, insurgindo-se os impetrantes, contribuintes do imposto territorial urbano, contra o excessivo aumento dos tributos, sustentando a ilegalidade do Decreto municipal nº 2.601, de 26-9-73, que majorou a base de cálculo dos tributos predial urbano e territorial urbano. O Supremo — baseando-se em interpretação anterior em caso análogo (RE nº 87.763) — entendeu, e bem, que a alteração do valor venal do imóvel que não o decorrente de correção monetária

é objeto necessário de lei, não sendo legítimo o uso de decreto, por ofender o § 2º do art. 97 do Código Tributário Nacional.

Em São Paulo, à mesma censura ficaria submetido o Decreto municipal nº 16.255, de 13 de dezembro de 1979, que editou a Planta Genérica de Valores, regulou a forma de apuração do valor de imóveis para efeito de lançamento dos impostos predial e territorial urbano e deu outras providências.

2 — A base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana

O Código Tributário Nacional (que é lei com eficácia de lei complementar) estabelece no seu art. 33 que “a base de cálculo do imposto (sobre a propriedade predial e territorial urbana) é o valor venal do imóvel”; e o parágrafo único acrescenta que “na determinação da base de cálculo não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade”.

O problema central que se suscita consiste em saber qual a margem de liberdade concedida pelo referido código, seja ao legislador ordinário, seja aos órgãos de administração, para a determinação do que seja o “valor venal do imóvel”. Deve tal valor determinar-se por investigação direta, caso a caso, ou, ao contrário, poderá ser fixado presuntivamente, em função de certos critérios técnicos ou econômicos?

3 — A planta genérica de valores como presunção legal ou ficção

Antes de mais importa salientar que as “plantas genéricas de valores” consistem na fixação de critérios genéricos de apuração dos valores do metro quadrado de terreno e de construção, dos fatores de correção e dos métodos de avaliação. Revestem assim a natureza jurídica de **presunções legais**, o que redundaria no caso concreto em atribuir ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana uma **base de cálculo presumida**.

As presunções classificam-se em presunções “hominis” e presunções “legis”. Estas últimas podem ser absolutas ou relativas: as absolutas (*iuris et de iure*) não admitem prova em contrário, enquanto as relativas a admitem. Semelhante à presunção absoluta é a ficção legal que dele se distingue por, enquanto a primeira conferir certeza jurídica a algo que é provável, a ficção dar como certo algo que se sabe não ser certo. Para a generalidade dos efeitos jurídicos a presunção absoluta e a ficção legal têm natureza equivalente, não sendo em rigor meios de prova, mas normas dispositivas, que visam atribuir certos efeitos jurídicos a determinados fatos, dispensando a prova.

Ora, a planta genérica de valores é uma presunção legal absoluta ou uma ficção legal. Ela não faz prova do valor venal do terreno ou de construção, mas substitui-se à prova, dando como provado precisamente aquilo que se pretende provar. Adaptando o que RUBENS GOMES DE SOUSA afirmou a respeito da pauta de valores, no ICM, a planta genérica de valores do imposto predial e territorial urbano é um valor substitutivo, criando uma verdade legal a respeito do valor venal do terreno e da construção, independente da verdade material que a ele respeita (cf. "Um Caso de Ficção Legal no Direito Tributário: a Pauta de Valores como Base de Cálculo do ICM". RDP, nº 11, págs. 24-25).

4 — O princípio de verdade material e os limites das presunções no Direito Tributário

Importa, pois, saber se no Direito Tributário brasileiro o princípio da legalidade é ou não compatível com a existência de bases de cálculo presumidas ou fictas. O problema prende-se com o âmbito que neste ramo do Direito tem o princípio de verdade material. Com efeito, o Direito Tributário, sendo todo ele dominado por um princípio de legalidade, tendente à proteção da esfera privada dos arbítrios do poder, submete a investigação dos fatos a um princípio inquisitório e a valoração dos fatos a um princípio de verdade material. "A instrução do processo tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto; e daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitam formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário. Essa convicção é, porém, uma livre convicção, no sentido de que não está limitada à existência de regras legais de prova, antes os meios probatórios têm, em princípio, o valor que lhes resulte de sua idoneidade como elementos da referida convicção" (cf. ALBERTO XAVIER, *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, 1977, pág. 109, e a ampla bibliografia aí citada).

Por força do princípio a que nos referimos, o valor venal deve ser fixado através de uma livre e completa investigação no caso concreto, independentemente de regras legais predeterminadas. Esta mesma conclusão é reforçada pelo disposto no art. 148 do Código Tributário Nacional, que estabelece que, "quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial". Trata-se da figura do arbitramento, o qual se traduz no afastamento do princípio da verdade material quando a lei determina o recurso à prova indiciária, cujo resultado seja livremente apreciado pelo órgão de aplicação do Direito (cf. ALBERTO XAVIER, *op. cit.*, pág. 111). Significa isto que, fora das hipóteses taxativamente fixadas no

art. 148, não é lícito o afastamento ao princípio de verdade material, através de investigação apurada em procedimento inquisitório. Não pode o legislador ordinário ordenar o recurso à prova indiciária, através de arbitramento, nem por igualdade ou maioria de razão — o recurso a regras que dispensam ou substituem a prova, como as presunções legais ou ficções, em que se traduz a planta de valores.

5 — Majoração indireta

Por outro lado, a “planta genérica de valores”, como presunção ou ficção legal, pode representar uma **majoração indireta** do tributo, na medida em que o valor presumido ou ficto da base de cálculo — o valor venal — pode ser superior ao valor real, efetivo, tal como resultaria de investigação orientada pelo princípio de verdade material. Também por esta via ofende o princípio da legalidade, ofensa esta aliás expressamente prevista no Código Tributário Nacional, cujo art. 97, após estabelecer que somente a lei pode regular a majoração de tributos, esclarece no § 1º que “equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo que importe em torná-lo mais oneroso”. Assim, tendo a lei complementar (CTN) estabelecido como base de cálculo do imposto em causa o valor venal, não poderia a legislação ordinária permitir que ela fosse fixada através de presunções ou ficções legais que eventualmente o majorassem, como ilegalmente o fez, por exemplo, nos arts. 16 e 35 da Lei nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966, ao abrigo dos quais foi editado o Decreto municipal, de São Paulo, nº 16.255, de 13 de dezembro de 1979.

6 — Conclusão

O nosso entendimento é, pois, de que o princípio de legalidade e seu corolário, o princípio de verdade material, não comportam no âmbito em que se aplicam bases de cálculo presumidas ou fictas, apenas sendo lícito o recurso à prova indiciária, por via de arbitramento, nas hipóteses taxativamente enumeradas no art. 148 do CTN. Em vista disso, a **planta genérica de valores** adotada pelo referido decreto municipal é **ilegal**. De vez que não é viável a invocação de ilegalidade de **ato genérico** — pois de ato genérico se trata a planta de valores —, o contribuinte poderá reagir contra os **atos concretos** de lançamento que se tenham baseado em tal planta, invocando a sua **ilegalidade derivada** por meio dos remédios clássicos que o ordenamento jurídico faculta, em geral, para a anulação dos lançamentos fiscais.

Merece, assim, todo o aplauso o acórdão do Supremo, objeto de nosso comentário, e que indiscutivelmente representa um passo em frente no caminho da disciplina dos poderes discricionários de administração e, por conseguinte, do respeito pelo princípio de legalidade, como uma das traves mestras de um Estado de Direito.

Diretor de S.A. e relação de emprego

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz do TRT da 3ª Reg. aposentado.
Professor da Faculdade de Direito da
UFMG. Advogado em Belo Horizonte.

SUMÁRIO

1. *O diretor acionista*
2. *A diretoria e a relação de emprego*
3. *Diretor técnico de S.A. — Remuneração e relação de emprego*
4. *Empregado eleito diretor. Vínculo jurídico*
5. *S.A.: diretores e subordinação*

1. *O diretor acionista*

1.1. Desde que as sociedades comerciais, como as pessoas jurídicas, em geral, só podem participar da vida jurídica através de pessoas físicas ou de uma pluralidade de pessoas⁽¹⁾, os seus *órgãos*, há de procurar-se a fonte de sua legitimação.

Ao aludir-se à legitimação para a existência de um *órgão* de uma sociedade não se está referindo tão-somente à soma de poderes que lhe sejam entregues ou do desempenho de mandatos, através dos quais intervirá ela eficazmente no tráfego jurídico, mas antes a um princípio de incolumidade jurídica, segundo o qual esse *órgão não pode, arbitrariamente, sofrer turbção em sua fisionomia jurídica própria*.

Não resta a menor dúvida que o tema sob exame se encontra circulando no campo de ação da vida privada e, especificamente, em sua área negocial.

(1) Cf. KELSEN, Hans. *Théorie Pure du Droit*. Paris, Dalloz, 1962, pág. 200, e NAWIAS-KY, Hans. *Teoria General del Derecho*. Madrid, Rialp S.A., 1962, págs. 161 e segs.

Entretanto, é de corrente aceção, desde os autores de Direito Público, que a vida jurídica de um círculo social se desenvolve dentro de um sistema unitário e composto, em que as normas jurídicas se escalam e umas colhem de outra a sua legitimação. Todo ato humano, para que tenha efeito jurídico ou que esteja sujeito a uma consequência jurídica, tem como referência uma norma jurídica. Esta não só o limita como lhe confere poderes (2).

Se autonomia privada não constitui um poder originário ou soberano, se os atos negociais têm como suporte uma norma superior, "que regula sua atuação, estabelece encargos e limitações" (3), norma essa que, dentro da positividade jurídica, é a lei, o suposto da legitimidade e da incolumidade do *órgão* de uma pessoa acha-se de tal forma intrincado na estrutura do ordenamento jurídico que o bloqueio dos poderes desse órgão ou a sua desfiguração como tal importará em uma afetação de toda a ordem hierarquizada que o legitimou.

Para que se apreenda, em sua totalidade, a força representativa e indeformável de um *órgão* de uma sociedade anônima, é indispensável se explique a sua legitimidade em termos de vinculação à estrutura normativa de determinada ordem jurídica, como, em suas primeiras linhas, expõe KELSEN:

"A relação entre uma norma de um nível mais elevado e outra de nível inferior, por exemplo, a que existe entre uma Constituição e uma lei sancionada de acordo com ela, significa também que na norma mais elevada se encontra a razão de validade da norma inferior; uma norma jurídica é válida porque chegou à existência da maneira prescrita por outra norma" (4).

A construção do Chefe da Escola de Viena não só assoberbou o pensamento jurídico moderno como serviu, em suas subseqüentes implicações, para esclarecer a aparente desconexão que se via entre atos jurídicos, negócios jurídicos e leis, isto é, entre as normas jurídicas "concretas" e as normas jurídicas "abstratas" ou em maior ou menor grau de abstratividade.

Sob esse aspecto, HANS NAWIASKY fecha, axiomáticamente, a formulação da interdependência dos atos criadores de direito:

"... todos os atos jurídicos, desde a Constituição até o ato de ofício ou o negócio jurídico privado, são inteiramente de uma mesma qualidade; em todo caso se trata da produção de normas de Direito. E desse modo se demonstra a identidade de sua substância, o pertencer a uma mesma categoria: todo Direito consiste em normas jurídicas" (5).

(2) Cf. FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1969, pág. 8.

(3) FERRI, ob. cit., págs. 51 e segs. e 87 e segs.

(4) KELSEN, Hans. *La Idea de Derecho Natural y Otros Ensayos*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

(5) Ob. cit., pág. 80, nº 19.

A par do preceito de fundo, que afirma ser a lei a causa última de uma obrigação (TITO FULGÊNCIO), o princípio da estrutura escalonada da ordem jurídica explica e legitima os “estatutos autônomos”⁽⁶⁾ como fontes de regras a serem observadas pelos órgãos aplicadores do Direito.

Coerentes com essas linhas básicas, que, em etapa ulterior, se dobram na eficácia das obrigações, seja em decorrência da vontade das partes, pelo negócio jurídico, seja por direta função da lei⁽⁷⁾, os autores HANS WILHELMI e SYLVESTER WILHELMI, em comentário à nova lei alemã das sociedades anônimas, expõem que se devem distinguir, na composição personificadora das sociedades, os *órgãos necessários*, por determinação de lei, e os facultativos, que podem ser criados pelos estatutos⁽⁸⁾.

Ao leitor menos avisado poderia parecer um truísmo a invocação do fundamento legal na formação de uma sociedade anônima e na conformação dos órgãos que a devem “presentar”, se essa circunstância muitas vezes não passasse despercebida ao aplicador do Direito, quando mal lhe examina os requisitos *impostos* ou *permitidos* na sua criação.

1.2. Há, em sua focagem interdisciplinar, isto é, examinando-se o fato jurídico de natureza juscomercial sob o prisma do Direito do Trabalho, singularidades que devem ser ressaltadas.

Uma pesquisa jurisprudencial em superfície, no que reflete o espírito supostamente precavido de empresários, ao levantar decisões concernentes às relações de trabalho de diretores nas sociedades comerciais, sobretudo nas sociedades anônimas, localiza a hipótese sob o verbete “sócio X empregado” e, geralmente, em que, a par de uma relação de emprego anterior ou concomitante, existiu ou existe a condição de sócio ou acionista.

Levada pelo influxo do casuismo defrontado nos Tribunais do Trabalho, a doutrina jurídica trabalhista abriu tópicos expositivos especiais, em que a abordagem sempre parte da coincidência ou da subsequência de situações, a de sócio e a de empregado. Não escapamos a esse topismo⁽⁹⁾. Nesses casos, o diretor eleito sempre é portador de ações e, em muitos julgados, a tônica da possibilidade ou da impossibilidade jurídica da coexistência da relação de emprego com a de sócio assenta-se no maior ou menor número de ações do prestador de serviços e/ou diretor, o que, desde logo, se afigura um critério arbitrário.

(6) Cf. NAWIASKY, ob. cit., págs. 77 e segs.

(7) Cf. ESSER, Josef. *Schuldrecht*. 3. Auflage, KARLSRUHE, C. F. MULLER, 1968, s. 7 und 8, e PEREIRA, Calo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed., Rio, Forense, 1966, v. II — *Teoria Geral das Obrigações*, págs. 36 a 41.

(8) *Manunterscheidet zwischen notwendigen Organen, die kraft Gesetzes bestehen müssen und fakultativen, die Satzung vorgesehen werden können Aktiengesetz*. 3. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1967.

(9) Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 264 e segs., nºs 3-7.

LUDOVICO BARASSI, todavia, arguto em sua polivalência jurídica (foi civilista e trabalhista), abre os títulos de sua exposição em termos mais amplos e, ao tratar da “subordinação e o binômio empregador e trabalhador”, subtitula a matéria exposta sem o compromisso da qualificação de acionista ou sócio do empregado. Simplesmente, enuncia: “administrador de uma sociedade e dependente seu” (pág. 289) e “a relação entre sociedades e administradores” (10).

É interessante verificar que o mesmo e cauteloso tratamento discriminador é imprimido à matéria por MAZZONI, que fala: “a qualidade de sócio ou de administrador de uma sociedade” (11).

Não se agarravam os tratadistas, umbilicalmente, à figura do sócio, para o exame da relação entre administrador e empregado, e isto se explica na própria lei italiana de constituição das sociedades anônimas — o Código Civil, art. 2.380, que, em sua primeira parte, dispõe:

“A administração da sociedade pode ser confiada mesmo a não sócio.”

Anteriormente assim já o era, como se colhe de VIVANTE(12).

Estendendo-se um pouco mais a digressão por sistemas jurídicos estrangeiros, percebe-se que a posição da doutrina se acha umbilicalmente presa às disposições legais de cada ordem jurídica, sob que teoricamente desenvolve o problema.

Bastante elucidativa é a divergência de posições entre MARIO DEVEALI e ERNESTO KROTOSCHIN, ao abordarem os requisitos para eleger-se uma pessoa diretor de sociedade anônima.

O primeiro, referindo-se ao art. 336 do Código de Comércio argentino, diz: “c) exige que os diretores sejam sócios”, diferentemente do que ocorre quanto aos gerentes nas sociedades de responsabilidade limitada (13). Já o segundo, em obra de nossos dias, é textual:

“O diretor de sociedade anônima é designado pela assembléia de acionistas ou o conselho de vigilância, conforme o caso (Lei nº 19.550, art. 256). Não é obrigatória a qualidade de acionista (art. 256)” (14).

(10) Pág. 290 de sua obra clássica *Il Diritto del Lavoro*. Milano, Giuffrè, 1949, vol. I.

(11) Cf. MAZZONI, Giuliano. *Manuale di Diritto del Lavoro*. 4.ª ediz., Milano, Giuffrè Ed., 1971, pág. 344, nº 121, e de PERETTI, Griva, que subtitula “administrador e empregado” — Cf. GRIVA, Domenico Riccardo Peretti. *Il Contratto de Impiego Privato*. 4.ª ediz., Torino, UTET, 1963, pág. 158, nº 33.

(12) Cf. VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. Ed. Reus S.A., Madrid, 1932, vol. II, pág. 291, nº 534.

(13) Cf. DEVEALI, Mário L. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1948, págs. 323/24.

(14) KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1977, pág. 126 (grifos nossos).

A superveniência da legislação inovadora modificou as bases de equacionamento jurídico da questão e, se correntes doutrinárias perfilham a exigência da qualidade de sócio para eleger-se uma pessoa administrador ou diretor de sociedade anônima, deve-se essa circunstância à imposição ou ao silêncio da legislação, como se exemplifica no *Direito francês* e na doutrina trabalhista germânica.

Somente tais eventos é que explicam a posição de RIPERT, quando, remetendo-se à lei de 24 de julho de 1867, que impunha a qualidade de acionista no administrador, expende:

“O administrador deve ser *necessariamente acionista*. Esta condição é exigida porque, na concepção antiga, ele é um associado gerindo à conta de todos. Como deve ele depositar um número de ações, fixado pelos estatutos, em garantia de sua gestão, é possível exigir, por esse meio, que ele seja um dos mais importantes acionistas” (15).

Acentua-se que RIPERT não via diferença, senão prática, entre o administrador e o diretor de sociedade anônima (16).

Já HUBRECHT, sob a égide das modificações operadas na lei francesa, de 1867, pelos arts. 70 e segs. da lei de 24 de julho de 1966, sobre as sociedades comerciais, mantém-se, *pour cause*, na mesma linha:

“Os administradores devem possuir um certo número de ações da sociedade fixado pelos estatutos” (17).

Assim também se comportam os renomados autores alemães HUECK e NIPPERDEY, em obra atual, mas anterior à lei alemã das sociedades anônimas, de 6 de setembro de 1965.

Depois de sustentarem que “... a característica da dependência deve ser afastada do conceito de trabalhador também daquelas pessoas que prestam trabalho não com fundamento em um contrato de trabalho, mas de um contrato social”, acentuam: “é pressuposto que o referido (der Betreffende) esteja atuando em sua qualidade de sócio” (18).

Esse pressuposto encontra-se, e não por outras razões, ainda, em NIKISCH (19).

(15) RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 2ème ed., Paris, 1951.

(16) Cf. a terminologia e a aceção diária e corrente entre “administração e diretoria”, “administrador e diretor” em VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. 2.ª ed., Rio, Forense, 1953. vol. II, pág. 279, nºs 600 e 601.

(17) HUBRECHT, Georges. *Notions Essentielles de Droit Commercial*. 4ème ed., Paris, Sirey, 1972, pág. 143, nº 881.

(18) Cf. HUECK, Alfred e NIPPERDEY, Hans Carl. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*. 7. Auflage, Berlin-Frankfurt a.M.V. Franz Vahlen, 1963, 1. Band. S. 46, N. 27.

(19) Cf. NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auf. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 1º Band. s. 120.

Sucedem que ALFRED HUECK, em obra de Direito Comercial ⁽²⁰⁾, portanto no campo específico da disciplina que rege, tutela e assegura as relações entre as sociedades e seus órgãos, incisivamente, após a lei de 6 de setembro de 1965, depois de dizer que a direção da S.A. a representa externamente e internamente a dirige, acrescenta:

“Os membros da direção não precisam ser acionistas. Eles exercem, como se acionistas fossem, as suas atribuições (Befugnisse), não com base em sua posição acionária, mas são convocados pela companhia através de uma especial *designação* para aquela posição e através de um especial pacto de indicação.”

1.3. Como se expõe acima, a personalidade jurídica das sociedades comerciais é reconhecida pela lei, que originariamente lhes estabelece os requisitos de formação e a composição de seus órgãos.

Chama-se insistentemente a atenção para essa circunstância, a fim de que, no afã de aproximar-se de fontes doutrinárias estrangeiras ou de perfis ideológicos incompatíveis com os princípios extraídos da lei, ou, por autorização desta, do estatuto, não se venha a equacionar a posição jurídica de um diretor de sociedade anônima, no Direito brasileiro, fora das bases legais ou estatutárias em que se acha ela estruturada.

No Direito Comercial brasileiro, dispunha o art. 116 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (Lei das Sociedades Anônimas), então em vigor:

“A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, *acionistas ou não*, residentes no País, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo tempo” (*verbis* — grifos nossos).

No encaixo do dispositivo, como lhe difundindo as luzes, a mais autorizada doutrina nacional não lhe emprestou outro sentido que o de reputar literalmente exequível seu comando.

CUNHA PEIXOTO, com sua autoridade de jurista consumado e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, é de extraordinária explicitude. Depois de afirmar que a

“... lei brasileira, seguindo a tradição de nosso Direito, permite recair a escolha dos diretores em qualquer pessoa capaz, *acionista ou não*” ⁽²¹⁾,

lembra que a matéria não é de ordem pública e, exceção feita às exclusões do § 4º do art. 116, os estatutos

“... poderão vedar aos não acionistas de participarem da sociedade, ou estabelecer outras restrições ...” ⁽²²⁾.

(20) *Gesellschaftsrecht*. 16. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1972, s. 142. N. II.

(21) PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedades por Ações*. São Paulo, Saraiva, 1973, 4º vol., pág. 9.

(22) Ob. cit., págs. 10/11. nº 884.

A sua vez, MIRANDA VALVERDE repete o texto do dispositivo, ao enunciar “acionista ou não” (23).

EUNÁPIO BORGES é incisivo:

“A não ser que os estatutos disponham em contrário, a qualidade de acionista não é necessária ao diretor” (24).

Sob esse aspecto, sendo expresso o estatuto ao inequivocamente permitir recaia a escolha de membros da diretoria em acionistas ou não, comprova-se a base jurídica da singularidade da ocupação do órgão.

Embora a caução a ser prestada pelo diretor eleito deva ser em ações da própria companhia — fixado seu número nos estatutos — como dispunham, conjugadamente, o art. 117, *caput*, e o parágrafo único do art. 28 do Decreto-Lei nº 2.627/40, nada obsta, não sendo ele acionista, se cumpra a condição por outra pessoa acionista.

Não discrepa dessa orientação a doutrina, cujo magistério não é ocioso transcrever:

“Quando os estatutos não exigem que o diretor seja acionista, pode qualquer membro da sociedade prestar a caução por ele, verificando-se a hipótese” (25).

CUNHA PEIXOTO, depois de ponderar que a caução é instituto de ordem pública, portanto inafastável, conclui:

“pode ser realizada em bens de terceiro” (26).

Não dissente EUNÁPIO BORGES:

“Se for eleito diretor não acionista, ou, como geralmente acontece, ele adquire pelo menos as ações necessárias para a caução, ou esta será prestada em seu favor por outro acionista. A garantia é real, repousa sobre as ações, pouco importando, pois, que estas pertençam a este ou àquele. É indispensável, porém, que seja prestada” (27).

A obrigação de caucionar ações da própria sociedade — que pareceu a RIPERT um decisivo argumento em favor da condição de acionista para ser diretor — deixa de ter qualquer sentido, mesmo no pensamento do célebre privatista francês, ao supor que, fazendo coincidir a pessoa do administrador com “un des plus importants actionnaires” (28), a sociedade gozaria de alta garantia e confiança em sua gestão. Hoje,

(23) Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda, ob. cit., pág. 279, nº 603.

(24) BORGES, João Eunápio, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, pág. 470, nº 482.

(25) MIRANDA, Valverde, ob. cit., pág. 306.

(26) Ob. e vol. cit., pág. 48, nº 929.

(27) BORGES, João Eunápio, ob. cit., pág. 471, nº 483.

(28) Ob. cit., pág. 453, nº 1.130.

porém, é de corrente sustentação que na maioria das vezes o número de ações caucionadas é irrisório. Praticamente simbólica a caução, dela não advém qualquer segurança para os acionistas, na idoneidade, no zelo dos administradores ou no resultado de sua administração ⁽²⁹⁾.

Em arguta exegese à vigente lei das sociedades anônimas brasileiras (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), FRAN MARTINS, ao analisar o seu art. 146, que condiciona a elegibilidade dos membros do conselho de administração à qualidade de acionista, mas não dos membros da diretoria, adianta, com toda propriedade:

“Trata-se, na realidade, do problema, presente no Direito Societário atual, da distinção entre propriedade e gestão da sociedade; o Conselho é constituído por pessoas que participem da companhia, têm interesse direto nos destinos da mesma, enquanto que a diretoria é, na realidade, um órgão técnico, com a finalidade de fazer funcionar a contento a empresa, procurando agir de modo a obter lucros a serem distribuídos entre os sócios” ⁽³⁰⁾.

O fato de o diretor eleito ser ou não acionista da sociedade é irrelevante, como irrelevante vem a ser o número de ações que possua, a despeito de vários julgados trabalhistas se apoiarem na maior ou menor quantidade de ações do empregado diretor para desqualificarem-no como subordinado.

No plano jurídico, investida uma pessoa em órgão de uma sociedade, em virtude de eleição pela assembleia, esse deve ser o ponto de partida para o exame de sua situação, assim como dos efeitos ou consequências jurídicas que só daí podem nascer e decorrer.

Atendida pelo diretor eleito a formalidade da caução, consumou-se a sua integração como órgão, como diretor-gerente da sociedade com atribuições definidas em seus estatutos.

Como diretor eleito, o desenvolvimento de sua atividade pessoal, de seu trabalho, tem como indiscutível causa jurídica o fato de tornar-se ele um órgão da sociedade e, agindo como tal, é a própria sociedade que por ele age:

“Quando a sociedade age por intermédio de seus administradores, é ela mesma quem pratica o ato jurídico; os diretores, frente a terceiros, são a própria sociedade” ⁽³¹⁾.

Em princípio, afasta-se, aqui, a relação de emprego, que tem causa jurídica diversa. Nesta, o empregado não será a sociedade e com ela ajustará um contrato intercambial (NAWIASKY).

(29) Cf. CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cits., págs. 46/47 — nº 927, MIRANDA VALVERDE, ob. e vol. cits., pág. 307, e EUNÁPIO BORGES, ob. e pág. cits.

(30) MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, vol. 2, Tomo I, pág. 320, nº 655.

(31) CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cits., pág. 4.

2. A diretoria e a relação de emprego

2.1. A competência, a esfera de ação e as atribuições da diretoria de uma sociedade anônima são de natureza executiva e representam trabalho, trabalho humano desempenhado por seus órgãos.

A sua vez, é suficientemente explícito MIRANDA VALVERDE:

“O administrador ou diretor eleito pela assembléia geral, ou indicado por quem tenha autoridade para tanto, como nas sociedades anônimas de economia mista, não contrata com a sociedade o exercício das funções. Se o nomeado aceita o cargo, deverá exercê-lo na conformidade das prescrições legais e estatutárias, que presidem ao funcionamento da pessoa jurídica. Adquire uma qualidade, uma situação jurídica dentro do grupo ou corporação, a qual lhe impõe deveres e exige o desenvolvimento de certa atividade a bem dos interesses coletivos. O diretor ou administrador presta, inquestionavelmente, serviços” (32).

Desde logo explica-se, aqui, a filiação obrigatória dos administradores das sociedades na Previdência Social, como segurados.

Os órgãos diretores, em ação, significam a sociedade-em-sendo, em uma reminiscência a HEIDEGGER, pois somente através deles é que efetivamente realiza, em suas linhas básicas (as de *administração e gestão*), as suas atividades e alcança seus fins práticos.

Sob esse ângulo, sustentam, com correção, os autores ingleses G. ROBERTS e W. T. MAJOR que os diretores de uma sociedade são portadores de uma autoridade executiva e que essa autoridade executiva é derivada dos estatutos (from the articles of Association) (33).

O princípio da centralização e da unidade de comando faz coincidir os fins, os interesses em vista e fundamentais da sociedade, com a emanção originária de poderes de seus órgãos diretores da própria companhia, no caso representada pela assembléia geral.

Não se poderá jamais minimizar a relevância e a significação da idéia de incindibilidade que preside a inserção e a atuação dos órgãos diretores de uma sociedade, a fim de que não se caia em valas de evasão de fins ou, o que muito importa na sobrevivência da instituição (na acepção unitária que lhe deu HAURIUO), na contradição dos interesses que a fundamentam ou a conduzem.

Como acentua SANTORO PASSARELLI, as pessoas-órgãos da sociedade não são seus representantes, investidos de um distinto poder de agir, mas atuam a própria capacidade de agir da sociedade de que

(32) VALVERDE, Trajano de Miranda, ob. e vol. cit., pág. 279.

(33) Cf. sua obra *Commercial and Industrial Law*. 2nd. ed., London, MacDonald & Evans Ltda., 1972, pág. 197, nº 4.

fazem parte. Logo abaixo, depois de analisar a posição de sócio administrador, é textual:

“A mesma conclusão se deve chegar também quando o órgão da sociedade seja quem não revista a qualidade de sócio, como pode acontecer com os administradores das sociedades por ações (artigo 2.380) e, por vezes, da sociedade por responsabilidade limitada” (34).

A doutrina italiana, indiscrepantemente, exprime-se em fórmula de alta precisão, segundo a qual o órgão de uma sociedade como que nela ou no empregador se funde — *la persona fisica, prestatore di lavoro e il rappresentante della persona giuridica, datore di lavoro, si immedesimassero nella stessa persona* (35).

Duas conseqüências iniciais já se podem extrair dessas formulações.

Em primeiro lugar, a vinculação de uma pessoa física a uma sociedade, como órgão, não se funda em uma relação de natureza contratual. Conquanto o ato da eleição e da aceitação seja voluntário e revele, em seu ponto de partida e até em sua execução, o princípio da autonomia da vontade. Instrumental e estruturalmente, ele indica apenas uma forma de coincidência jurídica entre a pessoa investida e o órgão. Melhor dito, ainda, preenchimento dos cargos eletivos nada mais vem a ser do que passar sua realidade dinâmica à estrutura formal predisposta na lei e no estatuto de uma sociedade comercial.

Em sua invulgar objetividade, diz NAWIASKY que se chamam órgãos do Estado aqueles homens cujas declarações de vontade se reputam declarações de vontade do Estado (36). A fórmula aplica-se, em sua exação, às chamadas pessoas coletivas ou morais ou jurídicas privadas, em especial às sociedades anônimas, que agem em suas funções básicas através de seus órgãos. Como faz lembrar BARASSI, transcrevendo enunciado da Corte de Cassação italiana, para dizer:

“Con l'effetto che nei rapporti esterni in ambi i casi, il soggetto é uno solo: l'ente impersonato nella persona fisica che lo rappresenta” (37).

Em segundo lugar, os atos praticados pelo diretor eleito guardam uma causa fundamental e preliminarmente *associativa* e não *intercambial*, em relação à sociedade, aos sócios que o elegeram, o que

(34) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*. 18.ª ed., Napoli, Casa Ed. Eugenio Jovene, 1968, págs. 82/83, nº 41.

(35) MAZZONI, Giuliano. *Manuale di Diritto del Lavoro*. 4.ª ediz., Milano, Giuffrè Ed., 1971, pág. 345. Cf., ainda, GRIVA, Domenico Riccardo Peretti. *Il Contrato di Impiego Privato*. 4.ª ediz., Torino, UTET, 1963, págs. 158/9. A raiz do verbo italiano denuncia uma conotação exata da idéia da mesmidade entre órgão e sociedade. Cf., ainda, na mesma linha e expressão: PASSARELLI, ob. cit., pág. 83; NAPOLETANO, Domenico. *Il Lavoro Subordinato*. Milano, Giuffrè Ed., pág. 99, nº 97, e LITALA, Luigi de. *Il Contrato di Lavoro*. Torino, UTET, 1949, págs. 70/1, esp. em que fala em “incindibilidade de funções”.

(36) Ob. cit., pág. 161.

(37) Ob. e vol. cit., pág. 291.

significa não se admitir, sob pena de cair-se em uma *contradictio in adjectis*, a conversão da causa de inserção em causa diversa. O elemento a desfigurar-se, se assim fosse, não seria o elemento subjetivo, resultante da vontade da pessoa-órgão e da sociedade, mas o elemento objetivo do interesse unitário e fundamental da empresa que atua exteriorizando-se pelos seus órgãos constitutivos.

Em postura elementar, MIRANDA VALVERDE reduz a posição jurídica de um diretor eleito a uma formulação singela, porém correta:

“Mas a simples prestação de serviços, ainda quando remunerada, não basta para configurar o contrato de trabalho ou a locação de serviços” (38).

A prestação de serviço, o desenvolvimento de energias psicofísicas estão compreendidas na atuação dos órgãos da sociedade. Caso contrário, seria um órgão inerte, nocivo e em contradição consigo mesmo.

A sua figura, como tal — como órgão — parte, no plano jurídico, da causa, do título jurídico, que lhe legitima a posição na sociedade e nela a situa: no plano estrutural e organizacional, diz respeito às funções exercidas ou executadas pelo ocupante do cargo.

Verificados esses supostos, a descaracterização do diretor eleito, como tal, a sua redução a outra qualidade jurídica e a reimplantação da causa jurídica diversa, de que passaria a definir-se a prestação de serviços a uma empresa, não podem ser objeto de uma elaboração arbitrária ou da imposição indiscriminada de fatos mal elaborados na interpretação jurídica.

Comercialistas e técnicos em organização de empresas não discrepam quanto à indispensável observância de uma certa flexibilidade no relacionamento entre os órgãos diretores de uma sociedade, em que se abriga um vivo núcleo de recíproca colaboração:

“Claro é que a distribuição da competência, quanto à gestão dos negócios sociais, pelos diferentes postos da administração não impede, ao contrário, reclama a colaboração estreita de todos os diretores ou administradores” (39).

Desde que a lei tenha conferido ao estatuto o poder jurídico de fixar as atribuições dos diretores — na vida interna e nas relações externas da empresa (art. 116, e, do Decreto-Lei nº 2.627/40) —, salvo as retidas na própria lei (seus arts. 119 e parágrafo único, e 120) (40), goza a sociedade de plena autonomia para estabelecer a forma de execução do dispositivo legal, ora impondo círculos estanques de ação, ora atividades em comum, ora um sistema eclético ou “intermediário”, como denomina CUNHA PEIXOTO (41).

(38) Ob. cit., pág. 279.

(39) MIRANDA VALVERDE, ob. cit., pág. 293.

(40) Cf. ainda Miranda VALVERDE, ob. e vol. cit., págs. 295/6, nº 613, que as enumera.

(41) Ob. e vol. cit., pág. 27, nº 904.

Não resta a menor dúvida que entre os órgãos diretivos de uma sociedade não existe uma relação de subordinação, mas, se há coordenação e se a coordenação vem ditada pela necessária preservação da unidade de fins a serem alcançados pela empresa, a um órgão há de reservar-se essa tarefa coordenadora, que é a tarefa básica e elementar na estrutura, na organização e no funcionamento satisfatório da instituição.

Com argúcia MIRANDA VALVERDE:

“... A atividade dos órgãos de uma sociedade anônima se há de desenvolver no campo traçado pelo objeto da sociedade. Ele é que determina, no silêncio dos estatutos, a extensão dos poderes” (42).

E, linhas acima:

“O objeto ou fim desta (sociedade), para cuja realização os diretores devem praticar os atos necessários, é que determina, em regra, a extensão dos poderes.

Esses poderes ou se manifestam na organização interna dos serviços sociais, ou nas relações da sociedade com o exterior. Em ambas as esferas da atividade, o trabalho dos diretores visa à consecução do fim social” (43).

Antes de prosseguir na temática que ora nos propomos, nada obsta se advirta que a prestação do trabalho de um empregado a uma empresa, sob a ótica do Direito do Trabalho, não visa à consecução do fim social, mas ao salário. Esse trabalho integra os fins empresariais como resultado econômico, não como objeto específico da atividade.

Ressalve-se que uma empresa em ação significa a soma das atividades dos que nela laboram: administradores e/ou empregados.

Ao enfrentar-se o problema jurídico das relações entre diretores de uma sociedade, se vários são eles, não se pode escapar à penetração de seu suporte técnico, isto é, a natureza organizativa, a estrutura e a sistematização da empresa como um todo, que se institui para a realização de fins ou a consecução de certos objetivos.

Nesse aspecto, adverte AUBERT-KRIER:

“... Antes, entretanto, de entrar no detalhe do funcionamento de uma empresa, é bom interrogar-se de sua *função essencial* ou primordial, de que as *funções* mais particularizadas não são, no fundo, mais do que desmembramentos” (44).

O extraordinário teórico de organização das empresas, GEORGES DE LEENER, depois de equacionar que ela repousa no estabelecimento de relações interpessoais apropriadas, insiste em que se deva constituir

(42) Ob. e vol. cit., pág. 289.

(43) Ob. e vol. cit., pág. 297.

(44) AUBERT-KRIER, Jane. *Gestion de l'Entreprise*. Paris, Presses Universitaires de France. 1962, pág. 140.

a sua estrutura de regras administrativas que tenham por objeto ajustar ditas relações às diretrizes essenciais da organização (45).

Invocando FAYOL e sua escola, LEENER arremata o sentido básico da organização e da sistematização, através das quais uma empresa somente poderá alcançar seus fins uniformes se, em sua estrutura, se atender ao princípio da unidade de comando, a que corresponderá a coordenação de todos os seus órgãos e de seu pessoal, a fim de que se evitem iniciativas desordenadas, desgravitações de comando, acasos desconexados com as operações fundamentais na execução do programa, pois este há de ser calcado nos objetivos essenciais da empresa.

A unidade e/ou a coerência básica da administração de uma sociedade vem ressaltada pelo autor belga nesses preceitos da escola de FAYOL:

“Um só programa para um conjunto de operações que persigam o mesmo fim. Esta é a condição necessária da unidade de ação, da coordenação de forças e da convergência de esforços” (46).

Ora, a vocação centrípeta das atribuições dos diretores de uma sociedade anônima, tendo como ponto de referência inicial as atribuições e os poderes do diretor-presidente, não reflete senão o espírito de coordenação e de uniformidade de ação que deve presidir a marcha dos negócios da empresa.

A centralização, *ultima ratio*, do sistema de coordenação e de disposição dos negócios empresariais nas atribuições do diretor-presidente guarda fidelidade com os princípios fundamentais da organização da empresa, na consecução de seus objetivos e deve ter por primeiro escopo obstar a desagregação e/ou dispersão de suas forças operacionais, a começar por seus órgãos diretores.

É de muita ilustração lembrar essa passagem de DRUCKER:

“O chefe executivo raciocina através do negócio em que se empenha a companhia. Cria e estabelece objetivos gerais. Toma as decisões básicas necessárias para que sejam atingidos esses objetivos” (47).

Na França, a figura do “presidente-diretor-geral”, que não desapareceu com as modificações legais ulteriores (até a lei de 24 de julho de 1966), “encarna hoje o poder de direção de uma sociedade”, nas palavras de RIPERT (48).

Na expressão de POUDEIROUX a função do diretor-presidente *decide* o destino da empresa (49).

(45) *Tratado de Organización de Empresa*. Madrid, Aguilar, 1961, pág. 129, nº 2.

(46) Ob. cit., pág. 182, nº 2.

(47) DRUCKER, Peter F. *Prática de Administração de Empresa*. Rio, Ed. Fundo de Cultura, 1962, pág. 232, vol. I.

(48) Ob. cit., pág. 464.

(49) AUBERT-KRIER, ob. cit., pág. 148.

A fórmula da direção comunitária, adotada por uma empresa, atenua a exteriorização dos poderes centrais e gerais conferidos ao diretor-presidente, que terão por limite as atribuições técnicas de cada diretor, nitidamente conformadas nos estatutos da sociedade.

O formar-se, na administração da empresa, um verdadeiro "gabinete executivo", composto pelo quadro da diretoria ⁽⁵⁰⁾, não exclui a necessidade de manter-se a todo momento atuante o princípio unitário das deliberações essenciais aos objetivos da sociedade, seja em atos de resíduo estatutário, seja em atos de oportunidade, a par das tarefas a serem executadas e já atribuídas a qualquer dos demais diretores.

Ao conferir-se autonomia ao estatuto para repetir atribuições e fixar poderes aos diretores das sociedades anônimas, a ordem jurídica tutela, sob plano da legislação específica — a legislação comercial —, a incolumidade dos atos por eles praticados e lhes assegura os efeitos jurídicos que deles venham a decorrer.

O que se pretende demonstrar é que a maior ou menor soma de poderes conferidas a esse ou àquele diretor e a centralização das atribuições básicas coincidentes com os destinos da empresa em um deles não lhes desfiguram, a qualquer um, a qualidade de diretor eleito, órgão da sociedade, que internamente a dirige e externamente a *presenta*.

Incensurável é o ponto de vista de EUNÁPIO BORGES:

"Os estatutos devem determinar as atribuições de cada diretor assim como os poderes, de ordem interna e externa, em que são investidos. Geralmente a representação da sociedade, ativa e passiva, judicial e extrajudicial, é conferida ao diretor-presidente.

A lei, porém, não impõe qualquer critério para essa atribuição de funções que os estatutos costumam deixar a critério dos poderes diretores ⁽⁵¹⁾. Dir-se-ia, com mais precisão, "a critério da assembléia geral", que, como força representativa do capital e, portanto, da vontade social, é o seu órgão dominante. O parágrafo 78 da lei alemã de setembro de 1965 não dispõe de outra forma, a respeito da mobilidade da representação da sociedade" ⁽⁵²⁾.

Não se deve esquecer nunca que o diretor, como órgão da empresa *presenta* (PONTES DE MIRANDA), *in acto* ou *in fieri*, os interesses, dela.

Tanto isso é verdade que, outorgada por ele uma procuração, a sua morte não extingue o mandato, pois mandante é a sociedade e não ele ⁽⁵³⁾.

(50) Cf. DRUCKER, ob. e vol. cit., pág. 247.

(51) Ob. cit., pág. 473.

(52) Cf. GODIN e WILHELMI, ob. e vol. cit., págs. 379 e segs..

(53) Cf. MIRANDA VALVERDE, ob. e vol. cit., pág. 300, nº 817, e CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cit., pág. 34, nº 816.

A avaliação dos interesses e a sua identificação ou não com os fins sociais da empresa, quando se estendam as atribuições recomendadas a um diretor, tornam-se elemento de mais alta ponderabilidade para ter-se ou não por abalada a condição de órgão da sociedade e por vislumbrar a interferência de outra causa jurídica no relacionamento entre os seus órgãos.

A soma de poderes representada pelo diretor-acionista-majoritário, que joga com a faculdade da destituição *ad nutum* de outro qualquer membro da sociedade, da diretoria, não é elemento decisivo nas desfigurações do cargo. A faculdade em si, potencialmente pressentida, não basta para isso. Somente o exercício do poder em desvio de interesses é que servirá de critério para examinar-se se houve ou não a perda virtual da qualidade de diretor eleito e superposição de causa jurídica de outra índole, que seria, no caso, a de diretor-empregado.

3. *Diretor técnico de S.A. — Remuneração e relação de emprego*

3.1. Os diretores de sociedade anônima prestam-lhe serviços e percebem, por esses serviços, uma remuneração. Nada mais curial.

Não se trata de retribuição pelo capital investido, cuja titularidade se confere ao acionista. Trata-se, em realidade, de remuneração por serviços prestados, pelo desempenho, pelo zelo e pela eficiência na direção do negócio social ⁽⁵⁴⁾.

A lei alemã de setembro de 1965 não oculta, pelo contrário, declara expressamente, a natureza contraprestativa de serviços dos membros da diretoria (aos membros da diretoria por sua atividade — für ihre Tätigkeit — pode ser concedida uma participação).

No Direito Previdenciário brasileiro, essa natureza salarial contraprestativa acha-se inferida pelo recolhimento de contribuições previdenciárias dos diretores de sociedades comerciais em 8% do salário de contribuição, além dos 8% devidos pela empresa, da mesma forma em que o é para os empregados ⁽⁵⁵⁾.

A explicitude de CUNHA PEIXOTO não deixa campo a disceptações:

“A lei manda estipular os honorários dos diretores. A gratuidade dos serviços daquele que emprega seu tempo na direção de uma empresa é contrária aos princípios do Direito Comercial. Não se compreende que quem dirija uma sociedade comercial, dando em seu favor o melhor de seus esforços, assumindo não pequenas responsabilidades, exerça o cargo sem nenhuma retribuição, satisfazendo-se com os lucros que lhe tocarem na partilha” ⁽⁵⁶⁾.

(54) Cf. o § 7º do art. 116 do Decreto-Lei n.º 2.627/40.

(55) Cf. Lei n.º 3.807/70, arts. 5º, III, 68, I e III, com a redação dada pela Lei n.º 5.890/73, em seu art. 1º

(56) CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cit., pág. 20.

E MIRANDA VALVERDE, em fórmula precisa, não foge à acepção:

“... O exercício das funções de diretor há de ser remunerado. Não se alegue que quem dirige uma sociedade de fins lucrativos e assume responsabilidades não pequenas exerça o cargo sem nada receber” (57).

Tanto assim é que as formas de incidência dessa remuneração tomam como suporte ou o trabalho em si, em pagamentos de importâncias fixas mensais, ou os resultados obtidos em cada exercício financeiro, em importâncias variáveis, cujo percentual recai sobre o saldo do lucro líquido da sociedade.

A legitimidade da contraprestação social funda-se na lei e ganha peculiaridades nos estatutos, a que se defere o poder jurídico de estabelecer o modo de seu pagamento (Lei nº 2.627, art. 116, § 1º, letra b, combinado com seu art. 134).

Nada impede consista essa remuneração em uma parte fixa e outra variável ou em uma forma mista, uma remuneração mensal e uma participação nos lucros líquidos da sociedade (58).

A variação da remuneração dos diretores, desde que se atenda aos mesmos procedimentos formais de seu estabelecimento anterior (pelo estatuto ou pela assembléia, diretamente), não encontra qualquer obstáculo na organização societária e na legislação comercial. Nada impede sejam os honorários aumentados ou restringidos, mormente a parte variável, reflexo da potencialidade financeira da empresa na obtenção de seus resultados (59).

3.2. A função de um diretor técnico na dinâmica de uma empresa industrial inculca-se no processo produtivo em si, incluindo-se neste o preparo da matéria-prima ou sua entrada até a entrega do produto acabado.

A instalação, o funcionamento e a conservação da maquinaria, assim como todas as operações, principais e acessórias diretas ou/colaterais, no curso da elaboração técnica ou em linhas de apoio que digam respeito à especificidade da atividade e aos fins da empresa, têm como centro de comando a diretoria técnica.

Em suas bases, a função técnica domina a conjugação dos fatores componentes e atividades da confecção de um produto e nela se centraliza a empresa, como a sua alma e a sua vida.

Os serviços da “produção” — diz LEENER — “constituem a engrenagem mais essencial” de uma unidade industrial organizada (60).

AUBERT-KRIER, em uma postura sintetizadora, emprega o termo “função técnica” como sinônimo de “função da produção” porque ele

(57) Ob. e vol. cit., págs. 288/289.

(58) CUNHA PELXOTO, ob. e vol. cit., pág. 289, e EUNAPIO BORGES, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Rio, Forense, 1967, pág. 471, nº 484.

(59) CUNHA PELXOTO, ob. e vol. cit., págs. 20/21, e MIRANDA VALVERDE, ob. e vol. cit., pág. 289.

(60) Ob. cit., pág. 434.

é mais amplo e permite ter em conta todos os serviços que participam da fabricação propriamente dita. Esses serviços, no sistema organizacional e escalonado da hierarquia do trabalho, têm sua torre de comando e de acionamento na pessoa do “diretor técnico” ou “diretor de produção”, que abriga, além do planejamento aplicado, a preparação do trabalho: o aperfeiçoamento dos métodos de produção, a coordenação geral dos serviços afetos à área, o melhor aproveitamento da matéria-prima, os entretempos na escala produtiva, a linha disciplinar e o relacionamento pessoal das atividades subordinadas (61).

Há um parêntese a abrir: o diretor representa um sistema de relações, que são *externas* e *internas* no que concerne à vida da sociedade.

Quando se alude à distinção entre relações externas e internas de órgãos da sociedade, tem-se em mente que essa distinção poderá significar uma dissociação entre a eficácia (externa) dos atos jurídicos praticados pelo diretor (perante terceiros), que se preservam, e as novas formas comportamentais que venham a surgir em sua posição (interna) na empresa e de que fatalmente poderão resultar efeitos outros que os não tipicamente comerciais (*orgânicos*).

Por isso, ainda que não se tenha extinguido a originária legitimação do vínculo orgânico entre o diretor e a sociedade, a sua fisionomia jurídica começa a mover-se, a perder a fixidez de contornos, como na superfície da água ao sabor de ondulações intermitentes.

A despeito da centralização orgânica originária, as atividades do diretor, como diretor técnico, vêm a sofrer interceptações direcionais, rarefeitas e periféricas, gerais ou complementares.

Ora, se um diretor, a despeito da centralização orgânica originária — como diretor técnico —, passa a sofrer, no perímetro de seu comando, interceptações direcionais, ainda que rarefeitas e periféricas, gerais ou complementares, da parte de outros órgãos da sociedade, reduz-se o campo de autonomia de sua anterior disponibilidade administrativa.

Os atos que, antes — ao tempo de diretor-gerente, v. g. —, poderiam escoar-se normal e consecutivamente da explicação estatutária como atribuições nela compreendidas viriam a imiscuir-se de interferência de outros órgãos, sobretudo do diretor-presidente, cuja função coordenadora, intensificada, se transmuda e ganha uma feição diretiva ampla, que vai atingir, limitando-a, a indiscriminada mobilidade do diretor técnico.

Ainda que ocorram tais interceptações do diretor-presidente, na verdade elas podem coincidir com o leque das obrigações estatutárias do outro diretor, como o diretor-gerente.

Essa coincidência, todavia, vem a faltar agora com a perda da base da individualização das atribuições estatutárias do diretor técnico,

(61) Cf. algumas anotações a AUBERT-KRIER, Jane, ob. cit., págs. 166-172.

e o diretor-presidente, mesmo acionando seus poderes gerais e básicos de orientação à sociedade segundo seus destinos, assume a qualidade de órgão determinador de faixas de atividades do diretor técnico, sem afetar-lhe, é verdade, a específica esfera de mando executivo inerente à sua função, cargo de alta fidúcia na empresa.

A superveniência de diretrizes, sem a correspondente base estatutária de um diretor técnico, importa no gradual desfiguramento interno da qualidade de órgão da sociedade, que se transmuda em empregado-dirigente-técnico, como a nomeia a doutrina italiana, a par do art. 2.095 do Código Civil peninsular.

As linhas limítrofes, em tais hipóteses, não são facilmente acessíveis.

Como expõe DE LITALA, na esteira de PERGOLESÌ,

“O dirigente é o colaborador mais ativo e imediato do empresário; a sua função típica — assinalada por uma atividade que se expande no âmbito da empresa ou de uma parte autônoma sua (dela), considerada como organismo unitário — consiste principalmente na coordenação e no controle geral das diversas atividades de ordem administrativa e técnica, que se desencadeiam em diversos serviços, funções, repartições de operações etc., nas quais, por exigência da divisão do trabalho, necessariamente se cinde a organização produtiva” (82).

RIPERT, sem ocultar as dificuldades de um preciso equacionamento do problema, funda-se no título jurídico, através do qual se liga o diretor técnico à empresa:

“É preciso não confundir diretor-geral da sociedade nem o administrador membro do comitê de direção com o diretor técnico. Este é um empregado superior ligado à sociedade por um contrato de trabalho. Na prática, há, às vezes, confusão, porque o diretor técnico pode ser, também, ele, escolhido pelo conselho de administração e porque usa, às vezes, apenas, honorificamente, o título de diretor-geral. A distinção, portanto, é muito importante: o diretor-técnico ligado à sociedade pelo contrato de trabalho não poderia ser, na duração do contrato, despedido sem indenização, enquanto o diretor-geral é sempre demissível” (83).

A essa colocação responde PASSARELLI, um passo adiante, ao denunciar o elemento-condição que transforma um órgão da sociedade em empregado-dirigente:

“O órgão social de fato se funde (s'immedesima) com a organização, de que é parte, enquanto por ela age — que de

(82) Cf. LITALA, Luigi de. *Contratti Speciali di Lavoro*. Torino, UTET, 1958, págs. 412/3.

(83) Ob. cit., pág. 486.

outra maneira não poderia fazer —, não vem a encontrar-se em condições de subordinação com respeito à sociedade de cuja estrutura é parte essencial" (64).

No dia-a-dia dos fatos intra-empresariais, em seu irrefreável acontecer (das Geschehen) as relações entre o dirigente máximo da sociedade, o diretor-presidente, e o diretor técnico insensivelmente vão-se mudando e arredando os marcos jurídicos das atribuições deste para os terrenos da contratualidade, o que a doutrina, unissonamente, qualifica de assunção de uma situação subordinativa.

O deslizando para o contrato revela-se em formas elevadas de intervenção objetiva na atividade de diretor técnico, que nem por isso deixa de ser um alto dirigente da empresa, mas sob as vestes da relação de emprego.

Reconhecidamente, se a prestação passa a ser executada sob a forma de dependência, em que a causa jurídica da relação não mais se equaciona, em sua inteireza, sobre as bases de uma qualificação orgânico-estatutária, desenha-se em termos inquestionáveis a figura do empregado, aqui, alto empregado (65).

É mister salientar-se que aqui não se está acenando para a hipótese deliberada de encobrimento de uma relação de emprego, mas se está caminhando em linhas limitrofes, mas definidas, em que a situação jurídica oscila entre a natureza do cargo ocupado, os poderes e a fonte dos poderes que lhe são atribuídos, como órgão de uma sociedade, e a presumida identificação de interesses jamais contrastantes, como dizia GIUSEPPE D'EUFRASIA, ao lembrar o conflito básico, subjacente em um contrato de trabalho, que chega a sua expressão máxima no direito de greve, inconcebível em um órgão que se confunde com a própria sociedade (66). Vejam-se as soluções mais díspares da jurisprudência francesa, sobretudo na cumulação de cargos, entre um diretor técnico e um mandatário social apontadas por G. H. CAMERLYNCK (67).

Prudente deve ser o comportamento do analisador em tais casos, cuja solução traz, entre suas mais graves conseqüências, a invasão do campo próprio e reservado de uma disciplina jurídica — o Direito Comercial — por outra disciplina — o Direito do Trabalho —, que tem

(64) Ob. cit., pág. 83.

(65) Cf. HUECK-NIPPERDEY. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*. 7. Auflage, Berlin—Frankfurt a.M.V. Franz Vahlen, 1963. 1. Band. S. 46, N. 27 — que fala em "dependência da sociedade", e NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auf., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 1. Band. S. 120, N. 3, quando aponta para a conversão da situação de "coordenação" para a de supra e de subordinação das partes.

(66) Cf. *Nuovo Trattato de Diritto del Lavoro — Il Rapporto di Lavoro*. Dir. por LUIZA RIVA SANSEVERINO e GIULIANO MAZZONI, Padova, Casa Ed. Antonio Milani, 1971, vol. II, pág. 155.

(67) Cf. CAMERLYNCK G. H. *Traité de Droit du Travail. Contrat du Travail*. Paris, Dalloz, 1968, págs. 76/77. Cf. a colocação de MARCANTONIO, Amleto di. *Appunti di Diritto del Lavoro*. Milano, Giuffrè, 1968, pág. 15, que fala em "sócio ou não".

como suporte inicial de aplicação a caracterização da relação de emprego.

Atento a essa peculiaridade, ponderou o Tribunal Superior do Trabalho:

“Há que se distinguir entre o exercício do cargo de confiança *stricto sensu* e o empregado que foi eleito diretor de uma sociedade anônima por assembléia de acionistas.” TST — 3ª T. — RR 648/72. Rel. Min. BARATA SILVA, in *Rev. do TST*, ano 1972, pág. 15, Ementa nº 2.

Sob o aspecto formal a distinção faz-se em virtude da “relação orgânica” do diretor eleito, em contraposição à relação contratual do diretor admitido pela sociedade, através de um de seus órgãos.

A partir do momento, entretanto, em que, por uma fresta aberta na relação orgânica, o sistema de relacionamento de diretor eleito, em atribuições internamente predeterminadas, vai-se modificando, em sua substância, por força da gradual intervenção em sua atividade de atos direcionais de outro órgão, como o diretor-presidente da sociedade, principia a emergir, desse acontecer, uma relação nuclearmente nova, a de emprego.

Assentados em um lúcido esquema de JACOBI, sustentamos:

“A determinabilidade que se dá no *qué*, no *como*, no *quando* e no *quanto* prestar é que leva a uma das partes, o credor do trabalho, a constante ou contingentemente intervir na atividade do prestador. Eis aí o que se entende por *subordinação*, vista sob o ângulo *objetivo* e que abarca casos e hipóteses não alcançadas pelo critério personalista clássico tradicional de equacionar-se a subordinação como um poder de dirigir, a que corresponde um dever do trabalhador de obedecer” (68).

Como a *subordinação* é um elemento *gradual* e *relativo* (69), deve ela, na hipótese examinada, receber o tratamento condizente com a natureza da função exercida pelo alto prestador de serviços que tem poderes de mando, de coordenação, de gestão e de representação, mas em cuja atividade aparece, quase sempre, a possibilidade ou a efetividade jurídica de constante interceptação do poder de outro órgão da sociedade, da empresa, mais representativo em sua escala diretiva orgânica: o diretor-presidente.

(68) Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*, págs. 229/30. Na nota 178, citam-se autores, entre eles D'EUFEMIA, GHIDINI, MAZZONI e, no Brasil, DELIO MARANHÃO, para os quais indeterminação das prestações leva à subordinação, em vista da permanente necessidade de serem elas determinadas, através de atos que constituem direção e, portanto, poder de comando. A determinação alheia volta, com peculiaridade, na doutrina alemã, como se vê em ALFRED SÜLINER, que insiste no “*fremdsbestimmte Arbeit*” prestado. Cf. sua obra *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, Stuttgart-Berlin-Mainz, 1974, págs. 26/27, nº 1.

(69) Cf. ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona, Bosch, 1960, págs. 120 e segs., e CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Jurídica e Universitária Ltda. T. 1., págs. 262/3.

As limitações aos poderes do órgão que determina ⁽⁷⁰⁾ não desfiguram a *subordinação*; dosam-na, apenas, em razão da natureza da função e do grau hierárquico do trabalhador na empresa.

A força jurígena de tais fatos encontra incisiva ressonância na doutrina jurídica, ao versar a natureza jurídica dos chamados cargos de diretor técnico que propendem para a relação de emprego e que, muitas vezes, não são sequer cargos de confiança.

J. ANTERO DE CARVALHO, em capítulo circunscrito aos cargos de diretor técnico, escora-se no magistério de J. LESCUDIER de BAUDRY WAHL, ROUAST e transcreve passagem de PAUL PIC:

“A distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de mandato permite, também, precisar a diferença que separa o diretor administrativo de uma sociedade do diretor técnico: o primeiro é um mandatário do conselho de administração, o segundo é um empregado superior” ⁽⁷¹⁾.

Dá-se, no caso, a incidência dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

4. *Empregado eleito diretor. Vínculo jurídico*

4.1. Como expediente, visando à elisão da relação de emprego ou como realidade resultante de uma necessidade empresarial, de um lado, e de interesse do emprego, de outro, é fato comum alçarem-se empregados à condição de diretor eleito.

Muitas vezes, a passagem dá-se pelo aproveitamento de um empregado ocupante de cargo de confiança, cuja situação se modifica apenas em que passa ele a deter ações da empresa e a ser titular de um posto de natureza eletiva.

De relação contratual, passa-se a uma relação orgânica, através da qual o prestador de serviços se torna órgão da empresa e, em tal hipótese, incumbe ao pesquisador observar uma circunstância inarredável: a relação orgânica acha-se, de uma forma ou de outra, umbilicalmente ligada à anterior, a trabalhista, de que se originou ou de que decorreu.

Essa circunstância, se não contamina a relação orgânica, pelo menos autoriza que seja ela vista não simplesmente sob o prisma do Direito Comercial, das regras autônomas e estatutárias que explicam a posição jurídica do diretor eleito, mas a torna, sob certo aspecto, conceitualmente comprometida com a situação anterior de empregado. Tal comprometimento autoriza, no plano jurídico, que também se desloque o exame da condição de diretor para o campo do Direito do Trabalho.

A vinculação de um diretor eleito — v. g., o chamado diretor adjunto ou um diretor inominado (simplesmente, diretor) — com a socie-

(70) Cf. FERRARI, Francisco de. *Derecho del Trabajo*. — Buenos Aires, Ed. Depalma, V. II, pág. 99, nº 61.

(71) Cf. *Cargos de Direção no Direito do Trabalho*. Rio, Eds. Trabalhistas S.A., 1974, pág. 73. Cf. ainda as exposições de páginas 66 e 75.

dade, se goza de regência plena pelas regras mercantis e colhe sua direta fonte na Lei das Sociedades Anônimas, não impede que o entrelaçamento dos fatos resultantes do acontecer diário daquele órgão seja analisado também dentro do quadro conceitual da legislação trabalhista.

Aliás, as implicações da superposição jurídica de disciplinas diferentes (o Direito do Trabalho sobre relação formalmente constituída à luz do Direito Comercial) vão a tal grau de intensidade que, no tocante a empregado eleito diretor, já chegou a decidir o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

“O empregado eleito diretor de sociedade anônima não perde, por tal fato, a qualidade de empregado.” TST. Proc. nº 976/52 — Rel. Min. ANTONIO CARVALHAL. *Rev. do TST*, 1975, pág. 108, cit. por CARVALHO, J. Antero de. *Cargos de Direção no Direito do Trabalho*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1974, pág. 258, nº 8.

Duas outras manifestações ocorreram naquele ilustre Tribunal e cuja transcrição se impõe, tal a sua incisividade:

“Nenhuma controvérsia existe entre os doutrinadores quanto à existência ou à conceituação do contrato de trabalho, quando o empregado é eleito diretor de uma sociedade anônima...

De fato, se analisarmos o problema sob o aspecto formal, como no substancial, verificamos que não há razão alguma de ordem moral, jurídica ou social que determine a perda de condição de empregado para aquele que foi chamado a fazer parte da diretoria. Seria profundamente injusto se tal ocorresse, já pelo lado humano, como também subsiste o contrato de trabalho, se quisermos distinguir entre a pessoa jurídica da sociedade e a pessoa física de empregado eleito diretor... Não se diga também que, sendo o diretor encarregado de exteriorizar a vontade social, o contrato de trabalho ficaria dependente de seu arbítrio, podendo, então, ser modificado ou alterado a bel-prazer.

A esta objeção lembraríamos que a lei não permite que o interessado diretor participe de resolução atinente às suas relações com a sociedade, as quais ficam sempre na dependência da iniciativa e do assentimento das assembleias gerais.” TST — Proc. nº 2.533/48. Rel. Min. DELFIM MOREIRA JÚNIOR. *Diário da Justiça*, de 17-2-49, pág. 713, cit. por ANTERO DE CARVALHO, ob. cit., págs. 258/9.

“O empregado eleito diretor tem a mesma situação daquele que foi designado para exercer função de confiança, de que trata o art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho.” TST — Proc. nº 1.095/47. Rel. Min. DELFIM MOREIRA JÚNIOR. *Diário da Justiça*, de 20-10-47, cit. por ANTERO DE CARVALHO, ob. cit., pág. 259.

Essa posição em seu timbre extremado não se manteve, e a jurisprudência daquele Alto Colégio partiu de um critério distintivo de relações jurídicas, com precisão compendiado nesse aresto da lavra do Ministro BARATA SILVA:

“Há que se distinguir entre o exercente de cargo de confiança *stricto sensu* e o empregado que foi eleito diretor de sociedade anônima, por assembléia de acionistas.” TST — 3ª T., RR nº 648/72, in *Rev. do TST*, ano 1972, pág. 187, Ementa nº 2.

Entretanto, em princípio, a eleição de empregado a diretor assume aspectos peculiares quanto à qualificação deste e quanto aos efeitos jurídicos que possam daí advir, não se falando do resíduo da condição de empregado na situação de diretor nem na condição de concomitância de situações jurídicas, entre um e outro. Há decisões nesse sentido:

“Como expressamente ficou convencionada a manutenção do vínculo empregatício, para o empregado assumir e exercer função de diretor eleito, computa-se o tempo de diretoria como se fosse de relação de emprego.” TST — 3ª T. — RR. nº 1.858/73. Rel. Min. TARDIEU PEREIRA, in BOMFIM, B. Calheiros, e SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1975, pág. 176, Ementa nº 1.206.

“É de se computar como tempo de serviço, para todos os efeitos legais, o prestado por diretor de sociedade anônima, titular de cargo efetivo na empresa.” TRT — 3ª Reg. 1ª T., Proc. nº 2.118/74. Rel. Juiz MESSIAS PEREIRA DONATO, in BOMFIM & SANTOS, ob. cit., 13ª ed., 1976, pág. 203, Ementa nº 1.372.

“Rescisão indireta. Diretor de sociedade anônima. Mora salarial. Admite-se a concomitância da condição de sociedade anônima e de empregado, pela continuação do desempenho das mesmas atribuições anteriores e atinentes a essa última condição.” TRT — 4ª Reg., Proc. nº 759/76 — 2ª T. Rel. Juiz ALCINA T. A. SURREAUX. *Rev. do TRT da 4ª Reg.*, nº 10, ano XI, 1977, pág. 182, Ementa nº 3.372.

“O exercício cumulativo de cargo técnico com cargo de direção de sociedade anônima não fere a continuidade do tempo de serviço, porque o contrato de trabalho permanece íntegro na executividade de suas cláusulas.” TRT da 3ª Reg. — 2ª T., RO nº 661/72. Rel. Juiz MESSIAS DONATO, in PRUNES, José L. Ferreira. *Cargos de Confiança no Direito Brasileiro do Trabalho*, São Paulo. Ed. LTr., 1975, pág. 53.

Mais se adensa a comistão de situações e mais se avizinha a permanência da qualidade do empregado — embora ocupante de cargo de confiança — se, mesmo depois da eleição a diretor, as funções ou permanecem as mesmas ou em quase nada se diferenciam das ante-

riormente exercidas ou se o diretor continua tendo seu comportamento na empresa condicionado por determinações de outros órgãos da administração, tais como o diretor-presidente, a diretoria, em si, o diretor-vice-presidente ou outros órgãos que se lhe sobreponham em poder geral de comando.

A passagem de empregado a diretor, com a aquisição de pequeno número de ações, pode, ainda, encobrir o aproveitamento do trabalho fiduciário de um prestador de altas qualificações, através de uma fórmula sempre hábil, a eletividade, através da qual a empresa procura furtar-se à aplicação da legislação do trabalho ou, quando muito, com ela não preocupar-se.

Atenta a tais fatos, a jurisprudência vem-se manifestando no sentido da preservação da qualidade de empregado, sobretudo quando as linhas demarcatórias entre a atividade decorrente da condição de diretor eleito e a da condição de alto empregado se tornam quase imperceptíveis.

O próprio Ministro BARATA SILVA, no primeiro aresto acima emendado, sustentou:

“O autor não deixou de ser empregado pelo fato de ser eleito diretor e, conseqüentemente, deve prevalecer a maior remuneração nos termos da lei, no cargo efetivo, atualizado pelos aumentos concedidos aos demais empregados.” TST — 3ª T., Proc. nº 648/72, cit., agora, in BOMFIM & SANTOS, *Dicionário...* cit., 12ª ed., 1975, págs. 176/7, Ementa nº 1.209.

A Egrégia Terceira Região pontuou:

“A ereção do empregado a sócio, permanecendo ele nas mesmas funções que vinha exercendo anteriormente, não afasta a vinculação empregatícia, figurando aquela mutação como tentativa frustrada de mascarar a relação de emprego.” RO nº 3.015/73, 2ª T. — Rel. Juiz ALFIO AMAURY DOS SANTOS, in *Rev. do TRT da 3ª Reg.*, nº 25 — junho/76, pág. 406, Ementa nº 7.

Como pontuou a Egrégia 4ª Região:

“Ação declaratória. Vinculação empregatícia. Diretor de sociedade anônima. Não há incompatibilidade entre o exercício de cargo de diretoria de sociedade anônima e a condição de empregado, quando este último detém parcela inexpressiva do capital social e ao mesmo não é atribuído o comando acionário da empresa.” Proc. nº 3.761/74, 2ª T. Rel. ALCINA T. A. SURREAUX, in BOMFIM & SANTOS, ob. cit., 15ª ed., 1978, pág. 146, Ementa nº 1.006.

“Empregado eleito diretor de sociedade anônima, que desempenha sob subordinação, com presença dos elementos do liame empregatício, deve ter somado este tempo de serviço àquele anterior para todos os efeitos legais.” TRT, 3ª Reg.

RO nº 3.081/75, 1ª T. Rel. Juiz JOSÉ CARLOS GUIMARÃES, in *Rev. do TRT da 3ª R.* nº 26 — janeiro/junho/76, pág. 278, Ementa nº 1.

Mutatis mutandis, no tocante à natureza do cargo anterior, se configurados os fatos da perseverança de funções antigas e/ou de vinculação subordinativa a outros órgãos da diretoria, pode chamar-se à colação o seguinte acórdão ementado pela 8ª Região:

“O exercício de um cargo de direção não implica na automática transformação do empregado em empregador. O reclamante, no exercício da diretoria técnica da empresa, não tinha atribuições de empregador, continuando o antigo empregado apenas guindado a uma função de confiança.” Proc. nº 277/74. Rel. SEMIRAMIS FERREIRA, in BONFIM & SANTOS, ob. cit., 13ª ed., 1976, pág. 203, Ementa nº 1.371.

Qualquer afirmação, em tese, torna-se precária, pois a região em que transitam o alto empregado e o diretor eleito é limítrofe e está naquela zona *grise*, de que fala MARIO DEVEALI, ao estudar os casos especiais de relação de emprego (cf. sua obra *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, T.E.A., 1948, págs. 283 e ss.).

Em geral, a jurisprudência, sobretudo do mais alto Colégio Trabalhista do País, parte do suposto formal da eleição do empregado, da titularidade de ações e de seu número, para emitir o preceito excluindo-o da relação de emprego e declarando-lhe suspenso o contrato de trabalho.

Inúmeros são os pronunciamentos nesse sentido, como se seguem:

“Empregado que aceita eleição para diretor de sociedade anônima, em assembléia geral de acionistas, não passa a ocupar cargo de confiança, na forma do art. 499 da CLT. Na melhor das hipóteses, como *in casu* sustenta o empregador, opera-se a “suspensão” do contrato de trabalho, assegurados ao empregado a volta ao cargo efetivo e, em caso de indenização, o recebimento do que lhe for devido, calculado com base no salário do cargo efetivo e não de diretor.” TST — 2ª T. RR. nº 2.192/77. Rel. Min. VICTOR RUSSOMANO, in BONFIM & SANTOS, ob. cit., 15ª ed., pág. 146, Ementa nº 1.004.

“Ex-empregado que, após quitação válida, assume cargo de diretor não tem direito a vantagens decorrentes da relação de emprego.” TST — 3ª T. RR. nº 2.299/74. Rel. Min. BARATA SILVA, in BONFIM & SANTOS, ob. cit., 13ª ed., 1966, pág. 203, Ementa nº 1.368.

“O exercício efetivo de cargo de diretor financeiro de uma empresa, da qual faz parte como empregado, suspende os efeitos do contrato de trabalho do mesmo empregado, enquanto durar o respectivo mandato eletivo.” TRT da 3ª Reg., 1ª T. Rel. Juiz JOSÉ WALTER CHAVES, in *Rev. do TRT da 3ª Reg.*, nº 24, pág. 144, Ementa nº 1.

“Empregado eleito para diretor de sociedade anônima. Suspensão do contrato de trabalho. Não incidência das vantagens auferidas como tal, na remuneração como empregado, para a paga da indenização devida na rescisão do contrato de trabalho.” TST — 2ª T. RR. nº 844/75. Rel. (designado) Min. BARATA SILVA, in BONFIM & SANTOS, ob. cit., 14ª ed., 1977, pág. 146, Ementa nº 947.

Até o momento, a amostragem jurisprudencial conduz o intérprete a quatro posições distintas:

a) o empregado eleito diretor de sociedade anônima, por esse fato só, não perde a sua qualidade de empregado;

b) admite-se a concomitância da condição de empregado com a de diretor eleito, desde que tenha permanecido ele nas mesmas funções anteriormente exercidas e cujo exercício não sofreu modificação;

c) a titularidade de exíguo número de ações e a perseverança do *status subjectionis*, embora atenuando, preserva, no diretor eleito, a qualidade de empregado;

d) o só fato da eleição para cargo de diretoria, por ato de assembléia geral, suspende o contrato de trabalho e não se indaga, nessa postura, do conteúdo nem da forma da prestação de trabalho como diretor. O ponto de intersecção é o simples ato da eleição e a ocupação do posto diretivo.

Mesmo certos atos da empresa, a teor do entendimento da E. 1ª Região, para trazer a relação estatutária (orgânica) para o quadro do Direito do Trabalho:

“Não é empregado o diretor eleito por assembléia de sociedade anônima, mesmo que esteja, em razão de sua função, obrigado a relatório diário, receba férias e 13º salário.” Proc. nº 4.089/72. 3ª T. Rel. FLÁVIO RODRIGUES SILVA, in BONFIM & SANTOS, ob. cit., 12ª ed., 1975, pág. 177, Ementa nº 1.210.

Esse mesmo Tribunal, pela sua mesma 3ª Turma, coerente com o pronunciamento anterior, embora concluindo em sentido oposto, funda-se no simples ato da eleição para excluir a relação de emprego. Não ocorrida esta, o ocupante do cargo não é órgão da sociedade, mas empregado:

“Quem exerce as funções rotuladas de *diretor de vendas* em S.A. não exerce, por isso, funções de diretor legalmente falando, por *diretor de S.A.* é aquele que foi, comprovadamente, eleito para tal. Essa comprovação normalmente é feita por meio de ata devidamente arquivada.” TRT, 1ª Reg. 3ª T. Proc. nº 1.149/73. Rel. FLÁVIO RODRIGUES DA SILVA, in BONFIM & SANTOS, ob., ed. e pág. cit., Ementa nº 1.211.

Esta é, em seus delineamentos gerais, a posição da jurisprudência, que, aqui, apenas se colige como força de compreensão do problema do empregado eleito diretor.

5. S.A.: diretores e subordinação

5.1. A jurisprudência trabalhista, ao entender incompatível a condução do empregado ao cargo de diretor eleito com a qualidade de trabalhador subordinado, suspendendo-se a relação de emprego, vem-no fazendo indiscriminadamente, sem atentar para determinados fenômenos relacionais que se dão na posição desse diretor, seja no plano estatutário, seja no plano interno administrativo da mecânica da administração, seja nas formas de mobilidade ou de paralisação do ocupante do cargo diretivo.

É indispensável entender-se que, mesmo no quadro jurídico formalmente predisposto pelo Direito Comercial, há diretores e diretores.

De um lado, aparecem aqueles que vêm com suas atribuições definidas por estatutos, cujas esferas de ação não sofrem interferência de outro órgão qualquer da sociedade e cujas responsabilidades somente decorrem do exercício normal ou irregular do cargo.

Se muitos deles atuam com poderes de mando e gestão e representação definidos e intocáveis, até chegar-se aos incólumes cumes do diretor-presidente ou aos amplos e até discricionários poderes de um diretor-superintendente, outros, porém, são limitados em suas funções, não as têm fixadas nos estatutos (diretores "inominados") ou desenvolvem sua força-trabalho agregados a outros diretores (diretores adjuntos).

Em geral, esses "diretores" — conquanto eleitos —, os adjuntos e os "sem designação especial" (inominados), não substituem os diretores qualificados (o presidente, o vice-presidente, o comercial, o superintendente etc.) em suas ausências ou impedimentos, e, quando ocorre, entre eles, "substituição", esta se dá por ordem ou determinação da diretoria (superior).

Verifica-se, pois, dessa distinção que, mesmo no quadro da diretoria eleita, ocorre uma diferença qualitativa no comportamento entre uns e outros diretores, diferença essa que, vista sob o prisma objetivo das relações de poderes entre eles desenroladas, caracteriza um grau intenso de subordinação na prestação de trabalho, bastante para retirar a qualificação estatutário-comercial do administrador, deslocando-a para a esfera do Direito do Trabalho.

Note-se que o aspecto formal, aqui, recua e cede à realidade, efetivamente vivida no *intra muros* de uma administração empresária.

A atribuição de assistir outros diretores superiores na hierarquia do comando empresarial, a indeterminação ou o silêncio de funções nos estatutos, a mobilidade dirigida são fatos jurídicos de extraordinária riqueza na desfiguração da relação estatutária de um diretor e na fisionomização da relação de emprego de cargo diretivo.

Comporta a matéria desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais.

5.2. ERNESTO KROTOSCHIN, um dos mais autorizados doutrinadores atuais do Direito do Trabalho, ao abordar o tema do sócio-empregado, abre duas questões prévias da maior significação.

Como primeira advertência ao investigador, a procura da solução do problema deve ter

“... o critério de dependência como único conducente a um resultado definitivo. Um fator de certa importância é o grau de participação que ao sócio corresponde na administração” (72).

E, a seguir:

“O decisivo é a real situação interna entre sociedade e sócio; deve deduzir-se dela a existência ou não existência de uma relação de dependência agregada à de sócio (cumprindo-se os requisitos que, para esse efeito, estabelece o art. 27 da CLT)” (73).

Linhas abaixo, acrescenta:

“Nas sociedades comerciais o “patrão” é quem, apoiado em título próprio de direito, como estatuto, propriedade ou maioria de cotas ou ações, está juridicamente capacitado para exercer, diretamente, funções de mando supremo ou bem para influir, de forma decisiva, no exercício de funções diretivas que se houverem delegado em outras pessoas” (74).

Ainda o critério da subordinação vem a ser concludente para desqualificar-se o sócio como diretor-órgão e, na realidade, situá-lo como empregado.

HUECK e NIPPERDEY, para distinguirem aquele que presta serviços fundado em um contrato de trabalho do que o presta fundado em um contrato societário (die Arbeit nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages, sondern auf Grund eines Gesellschaftsvertrages), sintonizam, em pé de página:

“... Presta ele (o sócio) este serviço em situação de dependência da sociedade, então é empregado” (75).

O sócio, contudo, eleito diretor de sociedade anônima, ainda que portador de um pequeníssimo número de ações, sob o ângulo das relações externas, é a própria sociedade. Ela como que nele se imedia-tiza (76).

(72) Cf. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3.ª ed., B. Aires, Depalma, 1977, pág. 121.

(73) Cf. ob. cit., pág. 122.

(74) Ob. cit. e pág. cit.

(75) Cf. HUECK, Alfred e NIPPERDEY, Hans Karl. *Lehrbuch des Arbeitsrecht*. 7. Auflage, Berlin u. Frankfurt, Verlag Franz Vahlen G.m.b.H., 1963, I, Band., S. 46 und N. 27.

(76) “È la stessa società”, na expressão de GIULIANO MAZZONI, em seu *Manuale di Diritto del Lavoro*. 4.ª ediz., Milano, Giuffrè, 1971, pág. 344, nº 121.

Na enunciação do tratadista italiano, o representante da pessoa jurídica, o empregador, se funde na própria pessoa (77). Há mesmidade entre órgão e sociedade.

Calcado nesse princípio, DOMENICO NAPOLETANO arma uma equação:

“Se é exato que o administrador constitui o órgão ativo da sociedade e, como tal, exprime uma vontade própria da sociedade, não é possível nem concebível que ele mesmo possa contratar com ele, ou seja, consigo mesmo. E isto se dá tratando-se de um administrador único como tratando-se de membro de um conselho” (78).

No seguir de sua exposição, esse autor expõe os temperamentos doutrinários e jurisprudenciais dessa afirmação tão axiomática e que, em muitas circunstâncias, não consegue cobrir todo o quadro da realidade da vida, imposta pelas inúmeras formas de convivência fático-jurídica entre administradores sócios e a sociedade representada por outros órgãos.

Arguto e avalizado por sua alta competência de civilista, LUDOVICO BARASSI, depois de discorrer sobre a situação do “órgão”, que se identifica com a pessoa, como “todo”, passa a admitir a possibilidade de existência de nexos de subordinação entre administradores e assembléias, portanto, uma subordinação à própria pessoa jurídica:

“... Assim surge a dúvida que mesmo entre a pessoa jurídica, através de seu órgão (a assembléia geral), e o administrador se forma uma particular relação de subordinação (79).

E, linhas abaixo, acentua:

“Não cabe opor que só o administrador tem uma função ativa, porque, se os seus poderes de iniciativa são amplos, eles são todavia limitados entre o confinamento do estatuto, da lei, e, sobretudo, da vontade da assembléia” (80).

A razoabilidade, para não dizer a pertinência, da exposição do tratadista reside em que a assembléia exprime a sociedade em sua direção majoritária ou o compromisso das forças majoritárias, forças essas que, em geral, se fazem presentes nas diretorias. Para a diretoria, em sua relação interna entre diretores, como que se transportam as cargas de força trazidas do poder eletivo das assembléias.

(77) “La persona fisica, prestatore di lavoro e il rappresentante della persona giuridica, datore di lavoro, si immedesimassero nella stessa persona,” como se exprime à pág. 345.

(78) *Il Lavoro Subordinato*. Milano, Giuffrè, 1965, págs. 199/200.

(79) Cf. *Il Diritto del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 1949, pág. 292, vol. I.

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

Em razão disso é que a jurisprudência trabalhista brasileira tem como fator de alta ponderação para descaracterizar a qualidade do órgão (em sua autonomia societária) na pessoa de seu ocupante o fato de ser ele titular de escasso número de ações.

A relação de dependência transporta-se da assembléia para o seio da diretoria, em que o sócio diretor majoritário — via de regra o presidente — exerce o comando empresário sobre o grupo de diretores minoritários em ações.

No curso de tais princípios, a doutrina francesa, embasada em pronunciamentos jurisprudenciais, não discrepa da peculiaridade desses fatos, quando, em verdade ocorrem:

“É inexatamente qualificado de diretor-geral mandatário social o diretor assalariado que, beneficiando-se de largos poderes reconhecidos em um alto quadro, não é nada menos do que um subordinado submetido às diretrizes e ao controle do conselho de administração e de seu presidente”⁽⁸¹⁾.

No mesmo sentido, pronunciaram-se tribunais italianos, com agasalho da doutrina:

“A pessoa investida de administrador, e pois de órgão de uma sociedade, pode ter com ela as mais variadas relações jurídicas, compreendida aquela da prestação de trabalho subordinado, em todas as suas configurações, materiais ou intelectuais”⁽⁸²⁾.

“A coexistência, na mesma pessoa, da dúplici figura de administrador de sociedade e de empregado não é admissível quando ocasiona o desaparecimento do vínculo de subordinação como no caso do administrador único e não quando o poder seja limitado pelo conselho de administração ou pelo presidente”⁽⁸³⁾.

Vê-se que o problema não assenta a sua solução no simples ato da eleição do empregado. O seu equacionamento comporta temperamentos, que devem atender às peculiaridades de cada caso e sobretudo ao sistema de relações entre os diretores e a posição que cada um cumpre na diretoria, em que as ações ou são preponderantemente coordenadas ou preponderantemente subordinadas. É este o critério da distinção entre sócio-diretor e diretor-empregado, elaborada por NIKISCH:

“... Na relação de trabalho existe supra e subordinação, os sócios são uns com os outros coordenados”⁽⁸⁴⁾.

(81) Cf. CAMERLYNCK, G. H. *Traité de Droit du Travail. Contrat du Travail*. Paris, Dalloz, 1968, pág. 78, a.

(82) CASS. 24/3/1956, cit. por GRIVA, Domenico Riccardo Peretti. *Il Contrato di Impiego Privato*. 4.ª ediz., Torino, UTET, 1963, pág. 161.

(83) APP. GENOVA, Peretti GRIVA, ob. e pág. cit. (Grifos nossos.)

(84) Cf. NIKISCH, Artur. *Arbeitsrecht*. 3. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 1. Band. S. 120, N. 3.

5.3 Se não ocorre, no exercício do cargo, agregação ou indeterminação de atividade, e esta é diretamente fixada no estatuto da sociedade como definidora do órgão pela sua atribuição, não há falar em subordinação.

As prestações que incumbem, por exemplo, ao diretor comercial de empresa são insuscetíveis de determinabilidade por outro órgão da diretoria. Originam-se elas da própria regra estatutária, que define o campo de atribuições desse órgão, campo esse indevassável a uma penetração de situação jurídica diversa, como a que conflui na relação de emprego.

Importa se transcreva, desde logo, nosso entendimento do que seja *subordinação jurídica*, para fins de conceituação de relação de emprego. Exatamente por vir extraída de elementos objetivos e que revelam a incidência da regra legal (arts. 2º e 3º da CLT) sobre os fatos-superiores do ato-fato-trabalho, tem essa conceituação a propriedade de alcançar, com maior precisão, situações fronteiriças, como a que oscila entre sócio-diretor e empregado-diretor.

O elemento objetivo da configuração da subordinação dá-se na aptidão de determinação da prestação objeto do trabalho por outrem. Se uma pessoa tem o poder jurídico de determinar — efetiva ou potencialmente — as prestações de trabalho de outrem, aí estará nitidamente delineada a subordinação e que, em penetrante apanhado de JACOBI, sustentamos desdobrar-se:

“A *determinabilidade* que se dá no *que*, no *como*, no *onde* e no *quando* prestar é que leva uma das partes, o credor do trabalho a, constante ou contingentemente, intervir na atividade do prestador. Eis aí o que se entende por *subordinação* vista sob o ângulo *objetivo* e que abarca casos e hipóteses não alcançados pelo critério personalista clássico tradicional de equacionar-se a subordinação como um poder de dirigir a que corresponde um dever do trabalhador de obedecer” (85).

Se o diretor comercial se destaca desse quadro, o mesmo não se pode dizer dos diretores adjuntos e diretores inominados (sem designação), aparente ou formalmente órgãos da sociedade, mas na realidade verdadeiros mandatários de outros órgãos, dos quais cumprem ou cumpriam determinações.

Nesse ponto, dificilmente esses diretores se distinguem dos altos empregados, os empregados superiores, os diretores empregados, como expõe, com precisão DE LITALA, estado em PERGOLESI:

“... O dirigente é o colaborador mais ativo e imediato do empresário: a sua função típica — assinalada por uma atividade que se expande no âmbito da empresa ou de uma parte

(85) Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 229/230.

autônoma sua (dela), considerada como organismo unitário — consiste principalmente na coordenação e no controle geral das diversas atividades de ordem administrativa e técnica, que se desencadeiam em diversos serviços, funções, repartição de operações etc., nas quais, por exigência da divisão de trabalho, necessariamente se cinde a organização produtiva” (86).

Com a leitura de inúmeros acórdãos dos Tribunais do Trabalho do País e a investigação da doutrina, chega-se à conclusão de que o ato formal da integração de um empregado no quadro societário de uma empresa e a sua eleição a diretor não bastam, por si, para desfigurar-se a sua originária condição de prestador subordinado.

A fusão empresa-órgão como que se rompe pelo corte desferido através da caracterização do *status subjectionis* — embora respeitado o grau hierárquico do prestador —, captado na incidência das regras imperativas dos arts. 2º e 3º da CLT.

O certo é que, se por curto período, como diretor comercial, v.g., o administrador interrompeu a situação tipicamente subordinativa resultante dos cargos de diretor adjunto e de diretor inominado, a sua nova eleição para estes cargos atira-o no lusco-fusco da vida administradora ajurídica, e quem o apanha é o Direito do Trabalho. A interrupção, entretanto, preserva, em seu conteúdo, os mesmos limites de sua formalidade: as situações não se contagiam. Tal como, formalmente, foi eleito diretor comercial, assim essa diretoria não lhe inoculou autonomia na subsequente eleição para o cargo de diretor inominado. Voltou à subordinação objetiva, como “assistente” ou “colaborador” de outros diretores.

Além da consideração dos elementos intrínsecos do cargo, coincidentemente decidiu o E. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

“Diretor comercial, cuja contratação por assembleia geral da empresa e, mais tarde, é eleito por diversos períodos *para o cargo*, não pode ser considerado empregado no feito legal (*sic*).

Todos os aspectos formais que porventura tenham existido não demonstram que o reclamante tivesse exercido alguma função, senão um cargo de direção, ou que tivesse feito alguma coisa debaixo de ordem, como diretor comercial.” — Proc. 1.979/73, 1ª T. — 4ª Reg. — Rel. Juiz PERY SARAIVA, in *Ementário de Jurisprudência do TRT da 4ª Região*, ano IX, nº 8, 1975, pág. 172, Ementa nº 2.745.

Vê-se que cada posição de um diretor eleito conforma uma situação jurídica peculiar e diversa e por um caso específico, a ser especificamente examinado e julgado.

(86) LITALA, Luigi de. *Contratti Specialli di Lavoro*. Torino, UTET, 1958, pág. 13.

Normas de trabalho no Anteprojeto da nova CLT

JOSÉ MARTINS CATHARINO

Professor Titular de Direito do Trabalho
da Universidade Católica de Salvador.
Professor Catedrático de Direito do Trabalho
na Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO

- 1 — INTRODUÇÃO. Critério e metodologia adotados para a elaboração do anteprojeto. Omissões. Conservadorismo excessivo e inadequado no trato da matéria sindical, e sofrível quanto ao processo judiciário de normas jurídicas e ao processo de execução.
- 2 — SISTEMÁTICA. Sugestões quanto à matéria contratual. Crítica à sistemática do TÍTULO IV — “Das Normas Gerais do Trabalho”.
- 3 — ANÁLISE CRÍTICA FUNDAMENTAL do Capítulo II — “Do Salário”, do mesmo Título: Seção I — “Do Salário” (arts. 167 a 172); Seção II — “Da Estipulação e da Equiparação Salarial” (arts. 173 a 176); Seção III — “Da Proteção ao Salário” (arts. 177 a 195); Seção IV — “Do Salário Mínimo” (arts. 196 a 207); Seção V — “Da Gratificação Anual” (arts. 208 a 214); Seção VI — “Do Reajustamento e do Aumento dos Salários” (arts. 215 a 228); Seção VII — “Do Conselho Nacional de Política Salarial”.

EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA

Conforme declarado previamente ao eminente Coordenador, e levando na devida consideração o tempo para a exposição, foram excluídos *a priori* os Capítulos I e VI, sobre “Identificação Profissional e Registro dos Empregados” e “Segurança e Medicina do Trabalho”, respectivamente, este por ser preponderantemente jurídico atípico.

Síntese da exposição feita durante o “Seminário sobre a Reforma da Legislação Trabalhista”, promovido pela Câmara dos Deputados e pela Universidade de Brasília, em 11/1979, e coordenado pelo Ministro e Professor Mozart Victor Russomano.

Após haver aceito o convite, o expositor cuidou de examinar a matéria sobre "Salário" (Cap. II), "Duração do Trabalho" (Cap. III), "Repouso Semanal e em Feriados" (Cap. IV) e "Férias Anuais".

Entretanto, conforme confessou, logo no início da sua preparação, foi surpreendido pelo fato de a "Comissão", autora do "Anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho", ter incluído *quase toda a matéria sobre salário/remuneração* no seu "TITULO IV - Das Normas Gerais do Trabalho", e até reajustamentos e aumentos coletivos, e normas acerca do Conselho Nacional de Política Salarial, organismo administrativo, o que mais ainda o surpreendeu.

Por causa do ocorrido, e considerando o tempo destinado à sua exposição, preferiu, apenas, dedicar sua análise crítica à matéria "Do Salário", deixando para possível debate a relativa à Duração do Trabalho, *lato sensu*. Foi a única fórmula encontrada para, não cansando os ouvintes em demasia, prestar sua colaboração ao oportuno e significativo Seminário, promovido em conjunto pela Câmara, pelo povo brasileiro e pela Universidade de Brasília, em exemplo magnífico.

1 - INTRODUÇÃO

Na "Exposição do Anteprojeto", datada em 11-3-79, do renomado Ministro (aposentado) ARNALDO LOPES SUSSEKIND, dirigida ao Presidente da República, está sublinhado que "*consolidar* não significa apenas juntar leis em vigor, ainda que em obediência a um sistema", e que "o importante, na operação de consolidar, é a subordinação das normas atualizadas ao sistema legal preexistente e às diretrizes doutrinárias que dele emanam, ao contrário do que ocorre com a elaboração do Código, onde (*sic*) é livre a criação do Direito, sem dependência do regime vigente" (item 11).

Pelo dito, a "Comissão Interministerial de Atualização da CLT", sob o ponto de vista técnico-legislativo, ficou em *posição intermediária e ambígua*. Não se limitou a uma *reprografia sistemática* de textos em vigor nem criou normas "sem dependência do regime vigente" e das "diretrizes doutrinárias que dele emanam".

Por outro lado, a mesma "Comissão", subordinando-se ao Poder Executivo, realizou trabalho muito mais *consolidador, no sentido puro*, do que *inovador*, no sentido declarado. A distinção entre *consolidar* e *innovar* tem importância fundamental, porque o Executivo pode consolidar, sem sequer ouvir o Legislativo, e a este cabe *innovar ou criar*, com exclusividade (quanto à matéria, excluimos a exceção prevista no art. 55 da CF). Situação, portanto, inconfundível com a vigente em 1943, ano da atual CLT.

Apreciando-se globalmente o texto proposto, conclui-se que a sua porção *reconsolidada* é bem maior do que a sua *inovada*, inclusive por haver o Executivo rejeitado algumas "inovações" desejadas pela "Comissão": uma delas referente a "pôr fim ao sistema alternativo entre o regime do FGTS e o da estabilidade", da iniciativa do Prof. DELIO MARANHÃO (conforme a citada "Exposição", nºs 72 a 74).

Outrossim, apesar da declaração de que "o importante, na operação de consolidar, é a subordinação das normas atualizadas ao sistema legal preexis-

tente e às diretrizes doutrinárias que dele emanam”, o “Anteprojeto” lamentavelmente é omissivo em dois pontos de fundamental importância: 1º — não regulou a *participação nos lucros* (o PIS nada tem a ver com o instituto); 2º — nem a *participação na gestão*, “excepcionalmente”. Tanto mais lamentável a omissão por se tratar de dois institutos, assegurados na Constituição Federal como *direitos* (art. 165, *caput*, e inciso V), sem os quais não se cumpre o que está no art. 160 da mesma (*caput* e incisos II, III e IV, principalmente).

De lamentar-se também o insustentável *critério conservador — até retrógrado* — seguido no trato de *matéria sindical*, a que mais requer reforma estrutural. No particular, o texto, em vários aspectos, é até infiel à declaração metodológica inicialmente citada (“Exposição”, item II).

Quanto à organização e à atuação sindicais, genericamente consideradas, o “Anteprojeto” é mais fiel à Carta de 1937, sob a qual foi feita a atual CLT, do que à vigente, como já tivemos a oportunidade de denunciar, em 28-8-79, em similar conclave, em Curitiba. A matéria está enfeixada no TÍTULO VII — “Das Relações Coletivas de Trabalho”, arts. 516 a 626, mantidos: o enquadramento sindical rígido e apriorístico; o rígido controle estatal até agravado, pois o art. 519 do texto *faculta* ao Estado reconhecer associação profissional como sindicato; a “contribuição sindical”, verdadeiro imposto com destinação especial (ver o nosso *Tratado Elementar de Direito Sindical*, SP, 1977, Capítulo 2.4); o muito relativo e quase impraticável direito de greve.

Isso, sem falar no tratamento sofrível dado a outras matérias, como, p. ex., ao processo judiciário de elaboração de normas jurídicas, preponderantemente econômico e semi-abstrato, e ao processo de execução trabalhista, inclusive os instaurados contra a União.

2 — SISTEMÁTICA

A sistemática — em linguagem corrente, a arrumação — da matéria de determinado e unitário texto legislativo não implica “inovação” em si mesma. Mais ainda, o simples trabalho de consolidar exige, quase sempre, mudança sistemática.

Embora nossa tarefa seja restrita, e não ampla ou “atacadista”, consideramos útil, e até necessário, antes de falarmos sobre a sistemática do TÍTULO IV — “Das Normas Gerais do Trabalho”, tecer algumas observações de caráter geral a respeito do *direito material do trabalho*, ao qual pertence o assunto que nos foi distribuído.

Ressalvada fundamentação no curso dos debates, eis algumas sugestões:

TÍTULO I — “Normas Comuns”, ao invés de “INTRODUÇÃO”.

TÍTULO II — “Do Contrato de Emprego”, ao invés de “Do Contrato Individual de Trabalho”, compreendendo: CAPÍTULO I — “Disposições Comuns”, no lugar de “Disposições Gerais”. Os CAPÍTULOS II e III — “Da Suspensão do Contrato e da Interrupção Remunerada da Prestação de Serviços” e “Da Alteração das Condições de Trabalho” passariam a um — “Da Execução”, compreendendo sua descontinuidade suspensiva (suspensão) e reductiva (inter-

rupção remunerada), e sua alteração. O CAPÍTULO V – “Da Estabilidade no Emprego” passaria a ser o terceiro, antes do IV – “Da Cessação do Contrato” (“do contrato” é supérfluo), e este passaria a ser o quarto e último.

O TÍTULO IV – “Das Normas Gerais do Trabalho” (melhor a denominação do que a atual – “... De Tutela...”) foi transposto, bem como o atual III, V do projetado, também cortado “De Tutela”, merecendo aplauso o corte (assim nos manifestamos na “Comissão Revisora do Anteprojeto EVARISTO DE MORAES FILHO”).

Notável modificação no conteúdo do citado Título IV (atual II), o que ora nos interessa é esta: contém quase tudo sobre salário, no seu Capítulo II, e não apenas salário mínimo. (O correspondente título atual possui 5 capítulos; o projetado seis, com a inclusão de mais um, o IV – “Do Repouso Semanal e em Feriados”). Outras alterações contidas no Anteprojeto: acréscimo (Cap. I) de “... e do Registro de Empregados”; colocação de “Do Salário” (inclusive o mínimo) antes de “Da Duração do Trabalho”.

Antes do exame da “notável modificação” acima assinalada, colocamos em debate a distribuição das matérias “duração do trabalho, repouso semanal e em feriados, e férias anuais” (anuais é impróprio) em três capítulos.

Para nós, melhor seria unificá-las em um só capítulo – “Da Duração do Trabalho”, isto é, acerca da *quantidade temporal do trabalho*, compreendendo os períodos de sua *efetiva prestação, de fato, ou juridicamente assim tida* (ver o atual art. 4º da CLT e o 8º do Anteprojeto; *idem*, arts. 471 a 476, e 47 a 54, respectivamente) e os períodos de *descanso, de repouso, e de descanso e repouso* (os conceitos de descanso e repouso são distintos).

Esses segundos períodos são cinco: durante a jornada; entre jornadas; hebdomadário; em feriados, e o de férias. Os três últimos remunerados, sendo que o terceiro e o quarto a partir da Lei nº 605/49, cujas normas o “Anteprojeto” consolidou. O fato de serem remunerados não é decisivo para serem transplantados para capítulo sobre remuneração, retribuição ou salário. Igualmente, quanto aos adicionais por trabalho suplementar, extraordinário, noturno e outros *vinculados à duração do trabalho*.

Por outro lado, os adicionais por trabalho insalubre e perigoso, *que nada têm com a duração do trabalho*, podem ficar onde estão, no Capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho” (atual V, do Título II, e VI, do Título IV, do “Anteprojeto”), embora sejam desarrazoados.

Feitas essas observações, voltamos à “notável modificação” procedida, consistente principalmente, na *retirada da remuneração (salário, no “Anteprojeto”) do Título dedicado ao “Contrato Individual do Trabalho”* (atual IV; II do “Anteprojeto”) *para ser colocado no Título “Das Normas Gerais do Trabalho”*.

Temo-la como inadequada, no mínimo, sendo que o volumoso transplante envolve problemática bem profunda.

Para uma boa colocação do problema, fincamos algumas premissas: a) o direito material do trabalho é preponderantemente privado; b) suas normas, quase todas, são imperativas, privadas, de interesse ou de ordem pública; c)

essa imperatividade não é anticontratual, mas domina o conteúdo e a execução da grande maioria dos contratos de emprego, porém a estes e a nenhum atinge na sua fase de nascimento vincular; *d*) em relação às violações, duas são as hipóteses: 1ª – de cláusula puramente contratual; 2ª – de norma imperativa, inserida ou incrustada no conteúdo do contrato, ou incidente na execução deste; *e*) na segunda hipótese, além da sanção meramente privada (nulidade ou anulabilidade), pode o legislador prever sanção pública (administrativa e até penal).

Quando o consolidador – adepto da prevalência do institucional sobre o contratual, em pleno “Estado Novo”, sendo o direito do trabalho mais público do que privado – colocou as *normas sobre salário mínimo* entre as “tutelares” gerais, considerou-as, pelo menos, *de interesse público*, como as demais do mesmo tipo. Por isso, sua violação acarreta *nulidade e penalidade administrativa* (ver os arts. 49 a 56, 75, 120, 153 e 201, todos da atual CLT). Ainda, até sanção penal, a denunciar consideração de *ordem pública*.

Será que o “Anteprojeto”, efetuando o transplante, considerou *toda matéria salarial de interesse e até de ordem pública*? A resposta é negativa, e, por consequência, inadequada a nova colocação.

O art. 639 do “Anteprojeto” (Título VIII, Capítulo III), juntamente com os seguintes, dedicados às *penalidades* (públicas – administrativas), determina: “... será aplicada a penalidade prevista neste Capítulo, salvo quando a sanção corresponder a disposição especial do Título, Capítulo ou Anexo (não há referência a Seção) cuja norma tiver sido violada”. Indo-se ao Capítulo II, do Título IV, “Do Salário”, encontram-se, além das *sanções penais* dos arts. 195 e 227, *a administrativa e a judiciária* previstas no art. 228, estas referentes a “reajustamento e aumento de salário”. Nenhuma contra a violação de norma(s) sobre *salário mínimo*!

Além de injustificado o transplante (parcial), *envolvendo espécies voluntárias de salário*, mais injustificado ainda se nos parece ao abranger *matéria salarial coletiva*, de origem autônoma e heterônoma, e, até, administrativa (Conselho Nacional de Política Salarial).

Para concluir esta parte, a própria “Exposição”, que nada contém sobre as razões do transplante, no seu item 92, consigna: “As normas que compõem o capítulo sobre o *salário (remuneração)* da *atual CLT*, configuram sistema elogiado pela doutrina, inclusive fora do País, harmonizando-se com as *convenções internacionais sobre o tema, ratificadas pelo Brasil*”.

3 – ANÁLISE CRÍTICA FUNDAMENTAL

Análise crítica, por não vermos outra maneira de prestar nossa colaboração à Câmara dos Deputados, ao Parlamento, ao admirável povo brasileiro, real e heterogêneo, destinatário único das leis e do qual emana “todo o poder, em cujo nome deve ser exercido”. Se não, legítimo não será. O que não será criticado é por ser louvável, mais ou menos, ou por não ser fundamental.

SEÇÃO I – Disposições Gerais – *Conceito* (art. 167; corresponde ao atual 457). *Salário* (remuneração ou retribuição) é a *prestação* “devida pelo empregador ao empregado como retribuição” do trabalho ajustado.

Trabalho, prestação devida pelo empregado ao empregador por força de contrato de emprego. Do ponto de vista deste, tanto o salário como o trabalho, reciprocamente considerados, são *contraprestações*.

“*Contraprestação*... , como *retribuição* dos serviços ajustados”, é locução pleonástica e formalmente defeituosa. Se é *contraprestação*, é *retribuição*, por trabalho (subordinado) posto à disposição de alguém.

Por contrato de emprego, “individual” ou não, muito melhor que “no contrato de trabalho” (aqui, o “individual”, limitativo, não foi usado).

Os parágrafos são declaratórios. O 1º, abrangente, mais que o atual que lhe corresponde, embora supressa a referência a *abonos* e deslocadas “as ajudas de custo e as diárias” para o art. seguinte, de caráter excludente. O 2º, referente aos “*adicionais* previstos nesta Consolidação e os contratuais de natureza *retributiva*” (obviamente, por força da definição no *caput*, bem assim “os *prêmios* concedidos como *contraprestação* dos serviços executados”).

No § 1º não há referência à *gorjeta*, deslocada no art. 172 do “Anteprojeto” (ver o seu art. 153, § 1º). Entretanto, foi mantida a distinção entre *salário* e *remuneração*, sendo esta considerada o *salário mais gorjeta*, bem como mantido o erro (atual art. 457, § 3º) de considerar-se como *gorjeta* o *adicional nas contas*, espécie de *comissão* (ver as letras *b*, *c* e *f* do § 1º do mesmo art. 167, bem como o seu § 2º, que se refere a *adicionais*), de cujo valor o empregador é depositário, e, na prática, infiel, e, até, apropriador delinqüente.

Quanto aos *elencos declaratórios*, *positivo* (§§ do art. 167) e *negativo* (art. 168). Declaratórios, ou enumerativos, e não taxativos. Qualquer não enumerado estará compreendido na locução *qualquer que seja a designação ou o método de cálculo* (*caput*, parte final), desde que *por* trabalho posto à disposição, e não *para*, de acordo com o princípio da boa fé contratual.

O *salário-base* (inovação) pode ser considerado “a importância fixa estipulada (ou imposta) por unidade de tempo”, mas não “a importância fixa... por unidade de obra (peça) ou serviço (comissão, inclusive “adicional nas contas”), nem por tarefa (espécie mista, por tempo e por obra material). Em se tratando de salário de variação contínua, fixo estipulado é o *percentual*, e não a *importância*.”

“Cobranças” não são “negócios jurídicos”, e sim para liquidação de negócio jurídico. Melhor: comissão relativa a qualquer transação realizada pelo empregado (inclusive a de compra; de serviços etc.).

Percentagens (“ajustadas”, supérfluo). Melhor seria *participação em lucros*. Sobre o *faturamento*... é participação nas entradas, espécie de comissão.

Gratificações expressamente ajustadas ou pagas com habitualidade. Poderia ser, concisamente: expressa (por escrito ou verbalmente) ou tacitamente ajustadas (aqui justifica-se a referência a ajuste).

Adicionais previstos nesta Consolidação e os contratuais de natureza retributiva. Ou seja, os imperativos — por trabalho suplementar, extraordinário (inclusive em dias de descanso/repouso) e noturno; por remoção, unilateral e provisória; por insalubridade ou por periculosidade (arts. 335 a 339 do “An-

teprojeto”) — e os voluntários (p. ex., o por tempo de emprego ou por antiguidade).

O § 2º do mesmo art. 167 contém regra nova de grande importância prática ao sujeitar todo e qualquer adicional a *condição resolutive*: “... enquanto perdurar a situação determinante da obrigação” (ver o art. 337 do “Anteprojeto”). A nosso ver, deveria ter sido aberta exceção expressa para o caso de adicional por trabalho *suplementar*, que pode não ser extraordinário e sim *ordinário, estipulado* (art. 234, II), ou regulado por instrumento normativo (*idem*, III; esqueceram a sentença normativa).

Quanto ao elenco excludente, não há menção à *verba de representação* e à *quebra de caixa*.

A exclusão dos valores depositados pelo empregador na conta do empregado optante pelo FGTS é inovação, pois, como sempre sustentamos, *são salariais*.

No particular das *diárias*, que podem ser *por* ou *para* viagem, o Anteprojeto (art. 168, II, e § 2º) manteve o atual *critério quantitativo* (CLT, art. 457, § 2º), mas de modo diferente, quanto aos empregados “nômades”, e, acertadamente, considera salarial o que exceder o limite, o qual passaria a ser o “dobro do salário-dia...” (“do empregado”, supérfluo), ou “ao quántuplo”. O problema das falsas “diárias” e ajudas de custo foi atacado e bem resolvido.

Utilidades (arts. 169, 170 e 171; correspondem aos atuais 81, 82 e 458). Observe-se, inicialmente, que a entrega de “utilidade”, em regime inflacionário, importa o empregador suportar o ônus da desvalorização do salário nominal.

Infelizmente, foi mantida a expressão *in natura*, apesar de a quase totalidade das “utilidades fundamentais” não ser fornecida em estado natural.

Importantes inovações: 1ª — as “utilidades” salariais podem ser *familiares*; 2ª — o percentual foi fixado em 50% do salário contratual em moeda, no máximo; 3ª — desses 50%, a habitação e a alimentação concorreriam com 20% e 25%, respectivamente, e, sendo coletiva a primeira, em proporção, por empregado (ver o art. 9º da Lei nº 5.889/73, sobre trabalho agrário).

O prazo de 30 dias para desocupar a habitação salarial (igual ao previsto na Lei nº 5.889/73) se nos parece curto em demasia.

Gorjeta, em particular (art. 172; corresponde ao 457, *caput* e § 3º). Como já salientado, foi mantida a insustentável identidade entre a *gorjeta* e o *adicional nas contas*.

Para nós, à *gorjeta verdadeira* somente pode ser atribuído caráter salarial (de “remuneração”) se entendida como resultado de uma *utilidade sui generis*, qual seja a oportunidade oferecida pelo empregador ao empregado de receber gorjetas de clientela do primeiro, segundo doutrina alemã.

A solução encontrada para a avaliação monetária média das gorjetas somente merece alguns reparos.

O art. 153, § 1º, do “Anteprojeto” (atual § 1º do art. 29) manteve a exigência de anotação na CTPS, mas não foi prevista penalidade específica para

sua falta. Também falta a possibilidade de a "estimativa das gorjetas" constar de sentença normativa.

SEÇÃO II — *Equiparação salarial* (arts. 174 a 176; atual art. 461). A denominação da Seção (II) é "Da Estipulação e da Equiparação Salarial", sendo o seu primeiro artigo (173) dedicado à *estipulação*, correspondente aos atuais 444 e 460. É por demais evidente que a *estipulação* do salário em geral é *materia tipicamente contratual*, que aqui não deveria estar, e sim no TÍTULO II — "Do Contrato Individual de Trabalho".

O princípio da *isonomia salarial* já fora enunciado no art. 3º do "Anteprojeto", correspondente ao atual, restritivo e superado, apenas "sem distinção de sexo"; CF, art. 165, III: "... por motivo de sexo, cor e estado civil", com deliberada omissão quanto à idade.

O art. 174, *caput*, contendo remissão ao 2º (harmoniza-se com o texto constitucional), é mais amplo do que o atual correspondente, o qual somente faz referência a "sexo, nacionalidade ou idade". Entretanto, encampou o requisito da contemporaneidade, consagrado pela jurisprudência. Por isso, a rigor, o art. 176 do "Anteprojeto" (ver o atual 450, omissos quanto a salário) está mal colocado, pois não trata de equiparação havendo contemporaneidade de trabalho, e sim do *salário de substituto*, matéria muito debatida nos tribunais.

Quanto ao tempo diferencial de dois anos, também foi consagrado o que a jurisprudência firmou: *é o relativo à função* ("na função", impróprio), apesar de o texto atual referir-se a *tempo de serviço*.

No particular, foi perdida a oportunidade de ser alterada substancialmente a locução *entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for* ("seja" no "Anteprojeto") *superior a dois anos*.

A intenção do legislador, mal revelada, foi a de não assegurar equiparação salarial a um empregado em comparação com outro (paradigma), se este tiver mais de dois anos de diferença de tempo funcional, e não o inverso, o que seria absurdo.

Também perdida foi a oportunidade (art. 174, § 2º) de ser corrigida a péssima formulação do atual § 4º do art. 461, introduzido pela Lei nº 5.793/72, repetido literalmente. O *readaptado* deve ser excluído *como equiparando*, e não como paradigma, pois a sua readaptação acarreta redução da valia de suas novas funções, e, em consequência, também de salário.

SEÇÃO III — *Proteção ao salário* (arts. 177 a 195; atuais 459, 462, 463, 464, 465, 466 e 467). Na Seção (III), bem ampla, foram previstas as normas de proteção ao *efetivo recebimento do salário*, e não a este em si considerado.

Há certa desordem no conteúdo. P. ex., "a liberdade do empregado (e a empregada casada...) de dispor do seu salário", regra básica do art. 177 (corresponde ao atual § 4º do art. 462), devia estar imediatamente seguida do art. 181, contendo garantia do *recebimento pessoal do salário*, e este do art. 183, que institucionalizou o pagamento por cheque.

Quanto ao meio de pagamento, "em moeda corrente do País" (art. 178): o parágrafo deste deveria estar no anexo, obviamente. Este tipo de proteção

está complementado no artigo seguinte (igual, em parte, aos §§ 2º e 3º do atual art. 462).

Quanto ao dia e local de pagamento (art. 182): tornaríamos menos rígido o conteúdo do seu parágrafo, dando opção ao empregado (ver o § 3º do atual art. 651).

Quanto ao tempo de pagamento (arts. 186 e 187): excluiríamos, de modo absoluto, as comissões, mantendo apenas as duas outras exceções, assim: gratificações de balanço e participações em lucros. Se mensal o salário, deveria ser até o 5º dia do mês subsequente; se quinzenal, até o 2º da quinzena subsequente; se semanal, até o dia imediato ao em que a semana foi encerrada.

No particular das comissões (art. 188): o que está a respeito contradiz-se, em parte, com o contido no *caput* do art. 186. Mais uma razão para que deste seja excluída a exceção referente a “comissões”.

Retenção (art. 190): feita a observação de que o abandono implica denúncia implícita ou tácita sem justa causa, mister se faz estabelecer sintonia com o conteúdo dos incisos I e IV do art. 180. Lícito o desconto salarial, impõe-se a retenção, sem dúvida.

SEÇÃO IV – *Salário mínimo* (arts. 196 a 207, atualmente arts. 76 a 126): renovada a restrição ao uso de “contraprestação”, nota-se ter o “Anteprojeto” adotado um conceito claro e enxuto de salário mínimo (ver os atuais arts. 76 a 118).

Salário por peça, por unidade de obra, exclusivamente, não é igual a *salário por tarefa*, espécie mista, por tempo e por unidade de obra. Ademais, não merece aplauso o parágrafo único do art. 196 (ver o atual 78). Em primeiro lugar, a “remuneração” pode ser *horária*. Em segundo, garantir o mínimo *independentemente de sua produção* (do empregado), além de contrário ao ajuste “por tarefa ou peça”, fomenta a improdutividade. Na espécie, o mínimo deve ser do valor unitário, por peça, de modo a assegurar a percepção de mínimo fixado por tempo.

Empregado em domicílio: no art. 5º ficara essa possibilidade (“em seu próprio domicílio”). Preferimos a manutenção do atual art. 83, substituindo-se “trabalhador” por empregado. A expressão histórica e consagrada *trabalhador a domicílio* – este, no nosso Direito, não se confunde com *residência* – merece explicitação, pois não é tomada “ao pé da letra”, abrangendo “oficina”.

Sugestão: *É devido o salário mínimo ao empregado que trabalhe em local por si escolhido.*

Reportando-nos ao que já foi dito sobre o conceito legal de *gorjeta* (o art. 198 fala em “qualquer contribuição de terceiro”, sem utilidade), o “Anteprojeto” manteve a exclusão implícita que está no atual art. 76, combinável com o 118. A matéria é polêmica e de solução adequada difícil. De qualquer modo, a verdade é que, na prática, o empregado a quem é dada a oportunidade de receber gorjetas tem mais que salário mínimo garantido. Ainda, na prática, campeia a fraude contra os garçons...

Vigência (art. 202, parágrafo único): deu-se roupagem legal à realidade rebelada contra o atual 116, admitida pelo STF e pelo TST. Quanto à vigência

mínima de um ano (art. 205), já está superada, de acordo com o art. 18 da nova lei sobre "política salarial".

Salário mínimo individual ou familiar? Pelo art. 168, inciso III, do "Ante-projeto", o *salário-família* continuaria não sendo salário. Entretanto, no seu art. 201, está: "Na fixação do salário mínimo, levar-se-ão em conta... as necessidades normais do trabalhador e de sua família". Entretanto, o parágrafo do mesmo artigo somente prevê o "salário-família" em se tratando "do empregado com filho menor de 14 (...) anos ou inválido", sem indicar se *per capita*.

É difícil descobrir a verdadeira intenção da "Comissão". A família não se limita a "filho menor...", e, se o atual "salário-família" não é salário, nem familiar, não se pode entender seja ele componente do salário mínimo...

O art. 204 elimina um absurdo por nós denunciado desde dezenas de anos: do salário mínimo ser descontado o valor da *contribuição previdencial* do empregado. A fórmula encontrada foi a de acrescer ao primeiro o valor da segunda, a única viável.

O componente "higiene" não deveria ser igual aos demais, isto é, a cargo do empregador como utilidade dedutível, pois é do seu dever assegurar *higiene* aos locais de trabalho. Poderia ser mantido como componente relativo à *higiene pessoal* do empregado, às suas custas.

SEÇÃO V — *Gratificação anual* (arts. 208 a 214): melhor *décimo terceiro salário*, já consagrado. "Gratificação anual compulsória" não é gratificação...

O "Anteprojeto", quanto ao cálculo do *décimo-terceiro*, propõe alteração da lei em vigor, injusta ao determinar que o mesmo seja igual ao salário de cada dezembro.

Soluciona, também, claramente, o problema da vinculação do *décimo-terceiro* à cessação do contrato. Porém, à única exceção aberta — "salvo no caso de despedida do empregado, com (*sic*) justa causa" — acrescentaríamos outra: demissão praticada pelo empregado sem justa causa. As duas, por ser o empregado faltoso; ou nenhuma, por tratar-se de salário, embora especial, já que o 13º mês é ficção legal.

SEÇÕES VI e VII — *Reajustamento e Aumento dos Salários e Conselho Nacional de Política Salarial*. A toda evidência a matéria está mal colocada. Pertence à sindical e ao processo trabalhista a primeira, e à área administrativa a segunda.

Ainda quanto à primeira (arts. 215 a 228), cujo texto contém muito do Prejulgado do TST nº 56/76 — o único constitucional, pois o poder normativo da JT compreende o de autonormatividade, criador de "*standard jurídico*" —, nela vislumbramos grave atentado contra esse mesmo poder heterônomo e autonomamente considerado.

Regular os reajustamentos e os aumentos coletivos por lei formal, a fonte de direito objetivo de mais alta hierarquia, é, ao mesmo tempo, reduzir o campo de incidência da sentença normativa e o autônomo da negociação coletiva, ambos já sensivelmente afetados pela recentíssima lei que "instituiu a nova política salarial".

Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo

HELLY LOPES MEIRELLES

Advogado e Professor de Direito em
São Paulo

S U M A R I O

- I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES
- II. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA
- III. REAJUSTAMENTO CONTRATUAL DE PREÇOS
- IV. RECOMPOSIÇÃO DE PREÇOS
- V. CONCLUSÕES

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Já escrevemos em estudo anterior, e ora nos permitimos repetir, que a instituição do contrato é típica do direito privado, baseado na autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes, mas é utilizada pela

Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração), ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que os **princípios gerais** dos contratos tanto se aplicam aos ajustes de direito privado (civis e comerciais), quanto aos contratos públicos, de que é espécie o **contrato administrativo** nas suas várias modalidades (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, 4ª ed., RT, São Paulo, 1979, pp. 193 e ss.).

A teoria geral do contrato é a mesma para todo o gênero contratual, mas as peculiaridades da **espécie contrato administrativo** são regidas por normas próprias do direito público e se sujeitam a preceitos específicos da Administração. Nos contratos administrativos o direito privado é supletivo do direito público, mas nunca substitutivo ou derogatório das regras próprias da Administração.

Dentre as peculiaridades do contrato administrativo sobressai a possibilidade de alteração unilateral do ajuste por conveniência da Administração. E assim é porque as obras e serviços públicos devem acompanhar as mutações da técnica e as exigências da comunidade a que se destinam. Por isso, os contratos administrativos não podem ter — e não têm — a imutabilidade dos ajustes entre particulares, nem a rigidez das avenças de direito privado, cujos objetivos se restringem aos interesses individuais dos contratantes, diversamente do que ocorre nos negócios públicos, que visam ao atendimento dos interesses coletivos, ficando sempre sujeitos às conveniências da Administração e dos administrados.

Mas a alterabilidade unilateral do contrato não é arbitrária nem extensiva a todas as suas cláusulas. Encontra limites no interesse público e só permite a modificação das chamadas “cláusulas de serviço”, ou seja, daquelas que regem a execução do contrato nos seus aspectos técnicos e administrativos, sem atingir as denominadas “cláusulas econômicas” que prefixam a remuneração do particular contratante e asseguram o equilíbrio financeiro durante toda a execução do ajuste. Quanto a estas cláusulas, não pode a Administração alterá-las unilateralmente, mas terá que ajustá-las **bilateralmente** toda vez que a modificação do projeto ou fatos supervenientes agravarem imprevisivelmente os encargos da execução, modificando a equação econômico-financeira estabelecida originariamente pelas partes. É o que veremos a seguir.

II. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Equação econômico-financeira é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo, entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante, para a justa remuneração do seu objeto (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, cit., p. 206).

Essa correlação **encargo-remuneração** deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as “cláusulas de serviço”, modificados os projetos e programas, liberados trabalhos em quantidades inferiores às previstas, ou superados os prazos contratuais por mora da Administração, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, que, como observa WALINE, é “direito fundamental” de quem contrata com a Administração (MARCEL WALINE, **Droit Administratif**, Paris, 1959, p. 574). Para DE SOTO, acompanhado por LAUBADÈRE, “a manutenção desse equilíbrio constitui norma fundamental da teoria dos contratos administrativos. As obrigações das partes são tidas como calculadas de tal maneira que se equilibram do ponto de vista financeiro e o responsável pelo contrato deverá esforçar-se para manter, a qualquer custo, esse equilíbrio” (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, **Contrats Administratifs**, Paris, 1956, II/35, nota 6).

O reconhecimento do direito ao equilíbrio financeiro, o **primeiro direito original do contratante com o Poder Público**, segundo PÉQUIGNOT (**Théorie Générale du Contrat Administratif**, Paris, 1945, p. 430), surgiu como contrapartida ao poder-dever de alteração unilateral do contrato administrativo, mas vale também para os casos em que, impedido de invocar a exceção de contrato não cumprido (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, cit., p. 211), o particular se vê obrigado a suportar o cumprimento irregular do ajuste ou a mora da Administração.

Com efeito, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do particular contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste porque, se, de um lado, a Administração tem o poder de modificar as condições de execução do contrato e de exigir a prestação da outra parte, ainda que ela mesma não tenha cumprido a sua, de outro lado, o particular contratado tem o direito de ver mantida a **correlação encargo-remuneração** estabelecida originariamente, uma vez que o seu objetivo ao participar da relação comercial foi, e continuará sendo, o **ganho pecuniário**. Objetivo perfeitamente lícito e respeitável, diga-se de passagem, que a Administração não pode, validamente, restringir, exigindo que, a partir de um dado momento, a execução do contrato prossiga em condições menos lucrativas e até mesmo prejudiciais ao contratado, sem qualquer culpa deste.

Para a cabal satisfação desse direito, é forçoso se operem os necessários **reajustes econômicos** sempre que, por ato ou fato da Administração, for rompido o equilíbrio econômico-financeiro, em detrimento do particular contratado, **independentemente de previsão contratual**, como nos ensina LAUBADÈRE, nestes precisos termos: “Cette règle d'équilibre est quelque fois considérée comme résultant de la commune intention des parties; elle s'applique, en tous cas, même lorsqu'elle ne figure pas expressément dans le

contrat" (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1957, p. 431).

No mesmo sentido, CAIO TÁCITO considera que, "em correspondência a esse **poder unilateral** da Administração (de alterar as cláusulas de serviço sem a prévia concordância do contratado), fica assegurado ao outro contratante o direito ao **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, impondo-se à **Administração o dever** de reajustar as prestações pecuniárias do contrato ao novo valor das obrigações de fazer, em virtude de sua mutação unilateral" (CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 293).

FRANCISCO CAMPOS, ao tratar da correlação encargo-remuneração nas concessões, legou-nos este ensinamento de inteira aplicação aos contratos de empreitada: "Se, portanto, vem incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário, nasce para o concedente a obrigação de **restaurar a relação primitiva** ou o **equilíbrio na economia da concessão**" (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, Rio, 1956, I/113).

Essa doutrina, hoje universal, aplica-se até mesmo aos contratos privados (cf. ORLANDO GOMES, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, 1967, pp. 125 e ss.) e foi consagrada pela vigente Constituição da República, ao estabelecer que, na concessão de serviço público, **as tarifas devem assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato** (art. 167, II). Não se trata de um gracioso privilégio concedido aos que contratam com o Poder Público, mas de uma justa compensação pela alteração do contrato administrativo, nas condições ou circunstâncias que afetem a parte financeira do ajuste e as previsões iniciais da empresa quanto aos seus encargos e aos lucros normais do empreendimento (cf. nosso *Licitação e Contrato Administrativo*, cit., p. 208).

Se o respeito ao equilíbrio financeiro, na hipótese de alteração unilateral do ajuste, a par de direito do contratado, constitui dever da Administração, com muito mais razão é **direito** daquele e **dever** desta nos casos em que o órgão ou entidade contratante abusa de sua posição privilegiada para descumprir ou cumprir irregularmente suas prestações, obrigando o particular a suportar encargos excessivos, os quais, por não terem sido cogitados quando da elaboração da proposta ou da celebração do contrato, representam insuportáveis prejuízos, mormente na atual conjuntura, em que o custo do dinheiro é altíssimo e a inflação avilta a moeda a cada dia.

Reconhecido universalmente o direito do particular contratante à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste, a solução lógica para evitar os constantes apelos à aplicação da cláusula **rebus sic stantibus**, ou **teoria da imprevisão**, aos contratos públicos (inclusive aos privados, segundo nos informa ORLANDO GOMES, na obra e local citados), com as conseqüentes paralisações de obras, serviços e fornecimentos, foi a institucionalização do **reajustamento contratual de preços**.

III. REAJUSTAMENTO CONTRATUAL DE PREÇOS

Reajustamento contratual de preços, na acepção corrente, é a majoração dos valores unitários ou de partes do valor global, **de acordo com o estabelecido no contrato**, para atender às previsíveis elevações do mercado, ocasionadas pela desvalorização da moeda ou pelo aumento geral dos custos, no período de sua execução. Trata-se de conduta contratual legítima, autorizada por lei (para a Administração centralizada e autárquica) ou por ato próprio da entidade paraestatal (empresa pública e sociedade de economia mista), para corrigir os efeitos ruinosos da inflação presumida. Não é decorrência de imprevisão das partes contratantes; pelo contrário, é previsão de uma realidade que vem alterando a conjuntura econômica em índices pré-estimados pelas partes, para vigor durante a execução de obras e serviços de média e longa duração (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, cit., p. 209).

Do exposto acima, verifica-se que o **reajustamento contratual de preços** visa à **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Para atender a essa finalidade, os critérios de reajustamento deveriam possibilitar a exata correspondência do pagamento, num dado momento da execução do ajuste, aos preços oferecidos, inicialmente, levando-se em consideração os aumentos intercorrentes de materiais, equipamentos e *mão-de-obra*, de modo a preservar a margem de ganho pretendida pelo contratante e implicitamente aceita pela Administração, ao concordar com sua proposta.

Na realidade, porém, não é isso o que vem ocorrendo, porquanto os critérios usualmente aplicados apresentam, quando menos, uma dupla defasagem: **na substância**, pela inadequação de seus índices de reajustamentos à realidade da conjuntura econômica; **no tempo**, pela inexistência de simultaneidade entre o cálculo e a aplicação desses mesmos índices.

Todavia, em que pese a esses e outros defeitos, a adoção do **reajustamento contratual de preços**, segundo um critério prefixado, além de possibilitar a manutenção do ritmo dos empreendimentos públicos ou de interesse público, contribui para a seriedade das propostas, coibindo com razoável êxito a surpresa nas licitações e a fraude nas contratações da Administração. Isto porque, embora deficientes, permitem que, em igualdade de condições, os proponentes componham suas ofertas levando em consideração o ganho pecuniário pretendido, os prazos de execução, a programação aprovada, as datas de medição e pagamento, a estimativa dos reajustamentos a serem efetuados e outras condições pertinentes dadas ao seu conhecimento com o instrumento convocatório. Com isso, as propostas comerciais se mantêm dentro da faixa de comprovada exequibilidade, permitindo ao órgão ou entidade licitante eleger com tranquilidade a mais vantajosa.

Por outro lado, em razão dos defeitos dos critérios de reajustamento utilizados atualmente, o comportamento normal do mercado, o estrito cum-

primento das obrigações assumidas pelo órgão ou entidade contratante e a inocorrência de fatos imprevistos e imprevisíveis, que afetem o contrato, são condições essenciais para que o lucro do particular não se afaste muito do que este pretendeu obter ao entrar no negócio.

Em outras palavras, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, pela simples aplicação do critério de reajustamento contratual, é preciso que a execução do contrato seja **normal**, vale dizer, que não se desfigure em razão de ocorrências discrepantes do previsto e pactuado pelas partes, em desfavor do particular contratante. Caso contrário, os lucros se reduzirão, logo se transformando em prejuízos, por força dos conhecidos efeitos da inflação, que é hoje uma realidade na vida econômica do País e do mundo contemporâneo.

Daí resulta que a ocorrência de fatos gravosos, não imputáveis ao particular contratante, que alterem a relação **encargo-remuneração** originalmente estabelecida pelas partes, a tal ponto que não possa ser restabelecida pela simples aplicação do critério de reajustamento pactuado, autoriza a **recomposição dos preços contratuais**, para adequá-los à nova situação e propiciar a restauração do **equilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Isto porque, consoante já nos foi dado dizer: "O reajustamento contratual de preços não se confunde nem impede a revisão do contrato e a recomposição extraordinária de preços, quando a Administração altera o projeto ou as condições de sua execução, ou ocorrem fatos novos e excepcionais que agravam os encargos do particular contratante" (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, cit., p. 211).

IV. RECOMPOSIÇÃO DE PREÇOS

A **recomposição dos preços contratuais** baseia-se na denominada **teoria da imprevisão**, consistente no reconhecimento de que a superveniência de eventos imprevistos e imprevisíveis pelas partes autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às novas circunstâncias. É a moderna aplicação da cláusula **rebus sic stantibus** aos ajustes administrativos, à semelhança do que ocorre nas avenças de direito privado, quando surgem fatos não cogitados pelos contratantes, criando ônus excessivo para um deles, com vantagem desmedida para o outro (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, cit., p. 264).

O desequilíbrio provocado pelos eventos gravosos, retirando a comutatividade do contrato, impõe a revisão de suas cláusulas financeiras, principalmente, para que se possibilite a execução do avençado sem a ruína econômica do particular contratante, pois, consoante preceito visceral do direito moderno, condensado nesta lapidar decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Há um princípio que deve reger todas as relações humanas: a proibição do enriquecimento ilícito" (TJSP, **Rev. Tribs.** 507/118).

Inexiste em nosso direito lei que consagre a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos, mas a jurisprudência pátria, se-

guindo os rumos do Conselho de Estado da França e estimulada pela doutrina (cf., dentre outros, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**, Rio, 1943, nºs 208 e ss.; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **Pareceres do Consultor-Geral da República**, pp. 199 e ss.; PAULO CARNEIRO MAIA, **Da Cláusula "Rebus Sic Stantibus"**, São Paulo, 1959, pp. 263; J. M. OTHON SIDOU, **A Cláusula "Rebus Sic Stantibus" no Direito Brasileiro**, Rio, 1962, pp. 71 e ss.; CAIO TÁCITO, **Pareceres do Consultor Jurídico do DASP**, 1957, pp. 150 e ss.; OSCAR SARAIVA, **Rev. Dir. Adm.** 1/32; LÚCIO BITTENCOURT, **Rev. Dir. Adm.** 2/812; GUIMARÃES MENEGALE, **Rev. Dir. Adm.** 23/312; ALCINDO SALAZAR, **Rev. Dir. Adm.** 31/301; ARNOLDO WALD, **Rev. Jur. da Fac. Nac. de Dir.** XVII/151, e **A Cláusula de Escala Móvel**, São Paulo, 1956, pp. 131 e 133), tem admitido a **revisão de ajustes públicos** em razão de fatos supervenientes altamente onerosos para o particular contratante (STF, **Rev. Trim. Jur.** 46/133, 51/187 e RE nº 85.714, julgado em 19-6-1979; TFR, **Rev. Trib. Fed. Rec.** 5/79, 7/11, **Rev. Dir. Adm.** 37/302; TJSP, **Rev. Dir. Adm.** 53/202, 82/217, **Rev. Tribs.** 348/193).

De acordo com a doutrina e a jurisprudência citadas, a **revisão do contrato**, sem se falar dos casos em que o interesse é da própria Administração, torna-se imperiosa quando sobrevêm atos do Governo ou fatos materiais imprevistos ou imprevisíveis pelas partes, que dificultam ou agravam sobremaneira o prosseguimento e a conclusão do objeto do contrato, por obstáculos intransponíveis em condições normais de trabalho ou por encarecimento extraordinário das obras e serviços a cargo do particular contratante.

Nessa categoria de atos e fatos ensejadores da revisão do contrato se incluem as **interferências imprevistas**, o **caso fortuito**, a **força maior**, o **fato do príncipe** e o **fato da administração**, que, caso a Administração insista na execução do objeto do contrato, tendo em vista o interesse público, dão direito ao particular contratante de pleitear a **recomposição dos preços**, tanto pela via administrativa, quanto pela judicial. Esse direito é decorrência da **teoria da imprevisão**, assentada na consideração de que o contrato só é executável nas condições previstas e previsíveis normalmente pelas partes, isto é, enquanto a situação permanecer como cogitada no momento do ajuste (**rebus sic stantibus**); se houver modificação **anormal** na situação fática em que se embasou o contrato, impõe-se a sua revisão e até mesmo a sua rescisão.

A esse propósito, o E. Tribunal Federal de Recursos já decidiu que: "É lícito o pedido de reajustamento de preço de obra pública quando o custo dos materiais e da mão-de-obra aumentou de forma a alterar substancialmente as obrigações contratuais" (TFR, **Rev. Dir. Adm.** 37/302).

E, de nossa parte, já advertimos que: "É obrigatória a revisão do contrato quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela Administração, aumentam os custos ou agravam os encargos

do particular contratante, ou quando atos gerais do Governo, ou dificuldades materiais específicas passam a onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato, desequilibrando a equação financeira estabelecida inicialmente entre as partes". (Cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo**, cit., p. 281.)

Como se demonstrou, a superveniência de fatos e atos que afetem a execução do contrato, agravando extraordinariamente a situação econômica do particular contratante, enseja a **recomposição dos preços** iniciais a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste originário, independentemente do **reajustamento contratual** já previsto.

Destarte, a **recomposição de preços** não se confunde de modo algum com o **reajustamento contratual de preços**, pois este surge do consenso inicial das partes, para **manter** o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante sua execução **normal**, ao passo que aquela, a **recomposição**, destina-se a **restaurar** esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretaram modificação **anormal** na situação fática existente na época da celebração do ajuste. A **recomposição de preços**, assim, independe da previsão no contrato do critério de **reajustamento de preços** e torna-se devida no momento em que este deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação financeira do ajuste, em razão de atos e fatos imputáveis ao particular contratante.

A esse propósito, LAUBADÈRE, respondendo negativamente à pergunta se a existência de cláusula de reajustamento de preços impede a aplicação da teoria da imprevisão, e, conseqüentemente, a recomposição desses mesmos preços, esclarece que: "La solution admise par la jurisprudence est que l'imprévision peut s'appliquer malgré la présence d'une clause de variation des prix dans deux hypothèses: 1^o) Lorsque la clause de variation n'a précisément pas pu jouer; . . . 2^o) Lorsqu'il apparaît que l'application de la clause de variation ne suffit pas à corriger les effets du bouleversement économique du contrat, par exemple par suite de fluctuations portant sur des éléments autres que ceux choisis comme index dans la clause de variation;" (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, **Contrats Administratifs**, cit., III/111).

A recomposição de preços por fatos supervenientes, que antes só se fazia por via judicial, é, modernamente, admitida por aditamento ao contrato, desde que a Administração reconheça e indique a justa causa ensejadora da revisão do ajuste inicial.

O mesmo LAUBADÈRE, depois de considerar "sans valeur" a cláusula estipulando a renúncia ao direito de invocar a teoria da imprevisão, que "droit être considérée comme une règle d'ordre public", admite e até mesmo aconselha, com base na jurisprudência do Conselho de Estado, que a Administração e o particular contratante se entendam para sanar amigavelmente os efeitos da imprevisão, explicando que, na França, "lorsque l'imprévision est invoqué devant le juge, celui-ci, comme on le verra, invite

d'abord les parties à rechercher un accord entre elles; lorsqu'un règlement spontané s'est produit, le juge se contente donc de l'appliquer au cas où l'exécution de ce règlement donne lieu à contestation" (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Contrats Administratifs*, cit., III/110 e 113).

É, pois, com esteio nessa boa doutrina, perfilhada também por PÉ-QUIGNOT ("Contenu et Effets Spéciaux des Contrats Administratifs", in *Juris Classeur Administratif*, fasc. 511, pp. 34/38) e CAIO TÁCITO (*Pareceres do Consultor-Geral da República*, 1957, vol. único, pp. 70 e esp. 77, e em *Pareceres do Consultor Jurídico do DASP*, cit., p. 150), que nossa jurisprudência administrativa vem-se firmando no sentido da admissibilidade da recomposição de preços por aditamento contratual, para evitar novos gravames decorrentes da condenação judicial.

Esclareça-se, finalmente, que a teoria da imprevisão e, conseqüentemente, a **recomposição de preços** não afrontam o disposto no art. 1.246 do Código Civil brasileiro, que os considera fixos nos contratos de empreitada, pois, na douda lição de FRANCISCO CAMPOS, "O risco assumido pelo empreiteiro no contrato de empreitada é o risco normal e próprio do contrato e não o risco criado, contra a vontade das partes, por acontecimento extraordinário e inevitável, que elas não poderiam prever e que se estivesse na sua previsão teria impedido a formação do contrato" (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Civil*, Rio, 1956, p. 10).

Essa orientação é a dominante no Supremo Tribunal Federal, que, em recente acórdão admitindo a recomposição de preços em contrato de empreitada, em que a entidade contratante (Companhia Vale do Rio Doce) provocou o retardamento na execução, decidiu que: "A aplicação da cláusula "rebus sic stantibus" não importa na negativa de vigência do art. 1.246 do Código Civil, se ocorre aumento imprevisível do surto inflacionário, depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo da execução das obras" (STF, RE nº 85.714-RJ, julgado em 19-6-1979; no mesmo sentido: *Rev. Trim. Jur.* 46/133 e 51/187).

Mas, além dessas decisões do Supremo Tribunal Federal, outras Cortes de Justiça, como o Tribunal Federal de Recursos, consideram "lícito o pedido de reajustamento de preço de obra pública quando o custo dos materiais e da mão-de-obra aumentou de forma a alterar substancialmente as obrigações contratuais" (TFR, *Rev. Dir. Adm.* 37/302).

V. CONCLUSÕES

Diante dessas considerações, calcados na melhor doutrina e na jurisprudência pertinente, chegamos às seguintes conclusões:

1º) A ocorrência de fatos não imputáveis à empreiteira e imprevisíveis pelas partes, que alterem a equação econômica estabelecida originaria-

mente, autoriza a **recomposição dos preços** pactuados em contratos de empreitada. Essa recomposição é consequência da aplicação ao contrato da **teoria da imprevisão**, assentada na consideração de que o ajuste só é executável nas condições **previstas e previsíveis** normalmente pelas partes, isto é, enquanto a situação permanecer como cogitada no momento de sua celebração (**rebus sic stantibus**); se houver modificação **anormal** na situação fática em que se embasou o contrato, impõe-se a sua revisão, dentre outras coisas para recompor os preços pactuados, a fim de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro previsto inicialmente.

2º) A previsão contratual de critérios para o reajustamento dos preços pactuados não constitui impedimento para a recomposição desses mesmos preços, na ocorrência de eventos não imputáveis à empreiteira e imprevisíveis pelas partes, que alterem a equação econômica do contrato em desfavor do particular contratante, porque, consoante entendimento dominante na doutrina, as fórmulas de reajustamento contratual de preços partem do pressuposto de que a avença será executada **normalmente**, isto é, em estrita consonância com as condições estipuladas pelas partes, e, mais, de que não haverá modificações conjunturais que afetem extraordinariamente a estrutura dos preços compostos na fase de elaboração das propostas.

Assim, o reajustamento contratual de preços não se confunde nem impede a revisão do contrato e a recomposição extraordinária de preços, quando a Administração altera o projeto agravando as condições de sua execução, ou ocorrem fatos novos e excepcionais, que aumentam os encargos do particular contratante.

3º) É lícita a alteração do critério de reajustamento de preços se, no decorrer da execução do contrato, verifica-se que, por motivos supervenientes, a variação dos índices econômicos utilizados não corresponde ao efetivo aumento dos custos, desequilibrando a equação econômica em desfavor da empreiteira, mormente quando esta teve que "aderir" às estipulações do órgão ou entidade contratante, como é usual nesses ajustes. Isto porque, no momento em que o critério de reajustamento contratual de preços deixa de servir à sua finalidade, ou seja, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nasce para o particular contratante o direito à **recomposição dos preços** (que pode ser feita também pela modificação do critério de reajustamento adotado), desde que os motivos da inadequação verificada não lhe possam ser imputados.

4º) Sendo legítima, como o é, a **recomposição de preços**, a Administração pode realizá-la por ato próprio, independentemente de condenação judicial. Essa conduta interna libera o Poder Público de novos encargos decorrentes da condenação judicial (custas, honorários, juros e correção monetária), além do retardamento da obra e pagamento dos preços recompostos. Por isso é aconselhável a **recomposição de preços** na via administrativa sempre que se verificar a ocorrência de fatos novos ensejadores da revisão do contrato.

O Direito Disciplinar

NEY DA FONTOURA BOCCANERA

Assessor do Ministro da Previdência e
Assistência Social

SUMÁRIO

- I — DIREITO DISCIPLINAR, NOVO RAMO DO DIREITO
- II — PODER DISCIPLINAR
- III — RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR (Administrativa, Civil e Penal)
- IV — SINDICANCIA

{	Doutrina
	Requisitos
	Comissão Sindicante
	Encerramento
- V — PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

{	Relatório
	Julgamento
	Defesa
	Lei nº 1.711/52
- VI — FALTAS DISCIPLINARES — (Classificação)

I — DIREITO DISCIPLINAR, NOVO RAMO DO DIREITO

A doutrina pátria, em boa parte, já admite o direito disciplinar como novo ramo do direito que está emergindo do direito administrativo com grande força de autonomia nos seus princípios estruturais, capaz de alcançar em breve seus próprios contornos normativos, atingindo uma posição de relevo na taxionomia dos ramos jurídicos.

A tal propósito, o ilustre JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, in *Tratado de Direito Administrativo* (vol. VI, nº 85), dedica um destacado tópico ao direito disci-

plinar, em que define, com exemplar acuidade, o surgimento desse novo ramo jurídico, *in verbis*:

“Tão grande desenvolvimento atingiram os estudos referentes à hierarquia, à disciplina e às sanções, quando o poder disciplinar sofre qualquer atentado por ordem do funcionário, que, em nossos dias, se fala num novo ramo da ciência administrativa — o direito disciplinar —, inteiramente ligado à idéia de poder disciplinar; de autoridade disciplinar e, portanto, à hierarquia. Ora, não há direito sem sanção.”

A normatividade do direito disciplinar envolve todo o conjunto de regras jurídicas que regulam o vasto campo disciplinar dos servidores da Administração Pública, tendo em vista, precipuamente, manter a ordem interna dos serviços públicos; regular a conduta dos servidores públicos e o seu regime hierárquico, normas essas que ainda integram o próprio direito administrativo.

II — PODER DISCIPLINAR

O chamado *jus puniendi* aplicado no campo do direito penal, poder de que dispõe o Estado para reprimir e punir aqueles que, com sua má conduta no seio social, infringem os limites estabelecidos pela lei penal naqueles casos por ela tipificados, corresponde ao poder disciplinar exercido pelo Estado no âmbito do direito administrativo, que, em última análise, é a faculdade que o Estado possui para punir os infratores das normas impostas aos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina da Administração Pública.

É, portanto, um poder especial que o Estado exerce sobre todas as pessoas vinculadas à Administração Pública.

Existe, por outro lado, uma certa conotação entre o poder disciplinar e o poder hierárquico.

No exercício deste último poder a Administração gradua e organiza a escala dos tipos de funções e cargos, bem como suas atribuições e responsabilidades funcionais. Ao passo que, no uso do poder disciplinar, a Administração regula a conduta e o desempenho de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas e crimes cometidos.

Com singular propriedade, afirmou HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo Brasileiro* (pág. 95, 3ª ed. da Editora Rev. Trib.), *verbis*:

“A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra “bis in idem” (grifamos).

Não obstante, acrescenta que:

“... toda condenação criminal, por delito funcional, acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal.”

Mas convém ressaltar que o poder disciplinar possui uma relevante característica que não deve ser esquecida. Trata-se do seu discricionarismo, isto é, não está o poder disciplinar vinculado à definição legal quanto à infração funcional e sanções correspondentes, ou seja, não se aplica o mesmo princípio de tipicidade característico do direito criminal comum, com base no axioma latino: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Tal princípio não se aceita no Direito Administrativo em matéria disciplinar.

O administrador, ao constatar a falta, aplicará a sanção que julgar cabível ao infrator, sob critério equilibrado que atenda ao princípio da oportunidade e conveniência da Administração, e também obediente à escala estabelecida em lei ou regulamento. Por outro turno, a adoção da penalidade adequada será sempre um dever do superior hierárquico, a partir do momento em que tome ciência da culpabilidade do servidor a ele subordinado, eis que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração Pública. Toda chefia tem o poder e o dever de punir o subordinado faltoso e, na falta de competência para punir convenientemente, tem o dever de dar ciência do caso à autoridade competente. É o que estabelece a lei penal, com *nomen juris*:

Condescendência criminosa, in verbis:

Código Penal: Art. 320 — “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

Pena — detenção de quinze dias a um mês, ou multa de quatrocentos cruzeiros a quatro mil cruzeiros.”

As penas disciplinares, no direito administrativo brasileiro, abrangem as enumeradas no art. 201 da Lei federal nº 1.711, de 20-10-52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União), na seguinte ordem: I) repreensão; II) multa; III) suspensão; IV) destituição de função; V) demissão; VI) cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Nessa razão, segundo a gravidade da falta, a autoridade competente, tendo em vista o que melhor consulte ao interesse público e à moralidade do serviço público, aplicará a pena mais adequada, discricionariamente. Isto não quer dizer que o superior hierárquico possa aplicar a sanção arbitrariamente, ou sem atender aos critérios jurídicos que ao caso couberem.

À Administração cabe a escolha e graduação da pena disciplinar, segundo a falta cometida pelo servidor, porém, sempre o fazendo diante de dados concretos apurados convenientemente pelos meios regulares e de praxe: *meios sumários* ou *processo administrativo disciplinar*, de acordo com a menor ou maior gravidade da falta.

Tal apuração regular da falta disciplinar é inteiramente necessária para que tenha validade legal a punição a ser imposta pela Administração.

Portanto, o superior hierárquico deverá, preliminarmente, apurar a falta pelos meios citados, segundo a gravidade da pena a ser aplicada, dando-se,

outrossim, oportunidade de ampla defesa ao servidor acusado. Sem a obediência a estes dois requisitos a punição será arbitrária e não discricionária. Desta forma, estará a Administração ferindo direitos individuais, tutelados pela Constituição Federal em seu art. 153, § 1º, e defendidos pacificamente pelos nossos tribunais e nossa doutrina. Cabe, por isso, mandado de segurança, no caso, contra semelhante ato disciplinar arbitrário.

Por outro lado, cumpre à autoridade administrativa motivar o ato que impõe pena disciplinar, a fim de dar legitimidade ao próprio ato.

A propósito, arremata o ilustre administrativista BRANDÃO CAVALCANTI, in *Direito e Processo Disciplinar* (2ª ed., 1966, pág. 8), *verbis*:

“O direito disciplinar é parte integrante do direito administrativo, e regula as normas relativas às infrações dos regulamentos internos das repartições administrativas e respectivas sanções.”

III – RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR

A responsabilidade a ser imputada a um servidor não só varia no maior ou menor grau da pena a ser aplicada, segundo a gravidade da falta por ele cometida, mas, também, em relação ao campo jurídico de incidência, consoante os deveres a que se acha o servidor obrigado a cumprir no desempenho de suas funções, em conformidade com a lei ou regulamentos internos a que está ele sujeito, e responde na qualidade de servidor público e pessoa natural, simultaneamente. Eis por que existe a possibilidade de cumulação de responsabilidades em mais de um campo jurídico, sem incorrer, por isto, em *bis in idem*, como já afirmamos atrás.

Dessa forma, poderão ao servidor público faltoso ser impostas: a) *responsabilidade civil* sobre dano patrimonial cometido contra terceiro, particular ou Estado; b) *a responsabilidade criminal* por crimes ou contravenções praticados e tipificados segundo lei penal; c) e, finalmente, *a responsabilidade administrativa* por infrações cometidas contrariamente aos seus deveres e obrigações no exercício de suas funções no serviço público.

Destaque-se a circunstância de que a responsabilidade civil e criminal apura-se por via judiciária, ao passo que a responsabilidade administrativa somente é investigada e julgada na esfera administrativa.

Responsabilidade civil para com o Estado impõe ao servidor público o dever de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no exercício de suas funções. É apurada independentemente dos demais tipos de responsabilidades – administrativa e criminal – e é processada em juízo civil comum.

Por outro lado, a responsabilidade criminal compreende a adoção de penas cominadas na lei penal comum à pessoa física ou natural do servidor público. E verificando-se o cometimento de atos ou omissões criminosos pelo servidor contra o Estado, cabe ao primeiro suportar as penas estabelecidas pela

lei penal. A tipicidade de tais crimes refoge ao estudo do direito administrativo, eis que é cuidada pelo direito penal.

Finalmente, a responsabilidade administrativa é conseqüência da infração de normas internas estabelecidas pela Administração, através de estatutos e regulamentos, instituídos por legislação pertinente. Daí resultar o *ilícito administrativo* que dará ensejo à aplicação de penalidade disciplinar adequada por autoridade competente.

IV – SINDICÂNCIA

Já deixamos estabelecido que a pena disciplinar só deve ser aplicada após a investigação da verdade através da apuração de dados concretos, verificável por meios regulares, sendo que, quando se trata de casos menos graves, basta ser feita a apuração de maneira sumária ou *sindicância*; para os mais graves, porém, deve ser instaurado o processo administrativo disciplinar.

Em que pese a não ser obrigatório e, hoje em dia, a não ser regulado em lei, o procedimento da *sindicância* é aplicado freqüentemente pelas autoridades administrativas para obterem o esclarecimento de fatos e irregularidades que possam provocar dificuldades ao exercício pleno do serviço público nos seus variados escalões.

Apesar de o instituto da *sindicância* ser reconhecido como de valor utilitário inegável para a investigação da verdade, tendo em vista a ordem e a moralidade dos serviços públicos, lamentavelmente, não encontramos dados sistemáticos a respeito ou bibliografia especial em nossas letras jurídicas.

Em verdade, é escassa a contribuição doutrinária e normativa que conseguimos para estruturar as linhas fundamentais do instituto da *sindicância* administrativa, meio ou processo sumário capaz de servir de base para o verdadeiro processo administrativo.

Essa carência de referências alusivas ao instituto da *sindicância* deve-se em grande parte ao fato de não encontrarmos no direito alienígena instituição igual.

Inspirado no Direito Administrativo português, tomou incremento como peça utilitária de grande valor, conforme já comentamos, no campo da administração pública brasileira, para elucidação da verdade sobre fatos que possam afetar os serviços públicos em nosso País, trazendo, assim, incontestáveis e incontáveis benefícios.

Etimologicamente, a palavra *sindicar* significa, segundo nossos léxicos: “tomar informação judicial do procedimento em juízo; colher informações a respeito de algo, por ordem superior; inquirir; tomar informações; fazer inquérito”.

De outro lado, o substantivo *sindicância* tem o sentido de: “inspeção feita numa repartição ou associação para se inquirir dos atos dos empregados e do modo como é feito o serviço”; em última análise: *inquérito*.

Sindicância é vocábulo de origem grega, que passou para o português através do latim, em cujas línguas a raiz é a mesma: *síndico*. O adjetivo grego *síndico* designa em sua forma substantiva: "aquele que assiste alguém em juízo, defensor" e, em Atenas, era entendido como: "o membro de uma comissão de cinco oradores públicos encarregados de defender as leis antigas contra as inovações"; e, mais tarde, o vocábulo *síndico* queria dizer: "o membro dum sindicato encarregado de pronunciar-se a respeito das confissões" (cf. ANATOLE BAILLY, *Dictionnaire Grec - Français*).

No idioma grego, etimologicamente, os elementos componentes da palavra *síndico* são: prefixo, *syn* (junto com, juntamente com) e *dic* (mostrar, fazer ver, pôr em evidência), ligando-se este segundo elemento ao verbo *deiknymi*, cuja significação é: *mostrar, fazer ver*.

Em português, poderíamos, ao pé da letra, concluir que *sindicância* significa: *fazer ver, revelar ou mostrar algo que se acha oculto*.

No trato do Direito Administrativo, o significado do vocábulo *sindicância* assume um caráter genericamente prático. Nesse passo, estamos de acordo com a seguinte definição: "é o meio sumário de que se utiliza a Administração, no Brasil, para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável" (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR — in *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, pág. 153).

Trata-se, como se vê, de uma medida de ordem administrativa adotada como preliminar, e de natureza cautelar, que evita à Administração inúmeros processos demorados e dispendiosos, além de, ao mesmo tempo, liberar o servidor acusado de envolver-se, sem necessidade, nas difíceis e complexas situações que geralmente surgem no curso de um processo administrativo disciplinar, que o sujeita, forçosamente, a defender-se, quer seja culpado ou não do fato denunciado.

Com relação ao assunto, TITO PRATES DA FONSECA assim se manifesta sobre as normas estatuídas em 1939 (embora alteradas pela Lei nº 1.711/52), visando explicar a conveniência da adoção da *sindicância* como meio prévio para apurar-se os fatos apontados como irregulares:

"O Estatuto ordena à autoridade que tiver ciência ou notícia da ocorrência de irregularidades promova a sua apuração imediata. Ora, notícia não quer dizer certeza. Por isso, o Direito Administrativo, sob a denominação de *inquérito* ou de *sindicância*, distinguindo um do outro, ou tendo-os como sinônimos, estabelece um procedimento preliminar para chegar à certeza suficiente da existência de faltas disciplinares, quando essa certeza ou forte probabilidade não exista. Pela *sindicância* ou *inquérito* procura a autoridade apurar, em determinado serviço público ou em um conjunto deles, a existência de irregularidades, determinar os fatos irregulares e a pessoa ou pessoas envolvidas."

Uma particularidade importante, que é admitida na *sindicância*, é a possibilidade de ela ser instaurada sem indiciado, de maneira objetiva, visando investigar a existência de irregularidade. Uma vez apurada a procedência dos fatos, à *sindicância* cabe apontar os prováveis responsáveis e autores dos fatos irregulares existentes.

Em casos de certa gravidade, é recomendável que, face à natureza da infração e consequência para o funcionário e para o serviço público, sejam ouvidos durante a *sindicância* os possíveis responsáveis.

É permitido a *sindicância* ser encerrada pelo pedido de nomeação de uma comissão disciplinar, quando concluir por indícios evidentes da existência de fatos irregulares e possíveis responsáveis, a fim de que se instaure o processo administrativo disciplinar regulamentar.

Nesta altura, convém ressaltarmos que o procedimento da *sindicância* não deve ser confundido com o do processo administrativo disciplinar. Sempre será bom lembrar que a *sindicância* é um processo sumário, preliminar, *ad cautelam*, realizado sem formalidades impostas por lei, visando simplesmente apurar irregularidades de serviços e faltas funcionais e que será instaurada, facultativamente, por deliberação de autoridade competente.

Mas poderá haver *sindicância* sem processo disciplinar, bem como existir processo disciplinar sem ter havido *sindicância*.

No primeiro caso (*sindicância* sem processo disciplinar), a denúncia será arquivada após a *sindicância*, face nada ter ficado apurado de positivo contra o servidor ou contra qualquer pessoa. E, no segundo caso (processo disciplinar sem *sindicância*), face à natureza grave da falta cometida e certas evidências de culpa, além de outras circunstâncias que envolvem o fato denunciado, a Administração determina, por bem, a abertura de processo administrativo disciplinar, nos termos dos arts. 217 e seguintes da Lei nº 1.711, de 28-10-52, em se tratando de servidores civis federais.

Em seus comentários (obra já citada), JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, estabelecendo um paralelo aproximado entre o que ocorre no âmbito penal e na esfera administrativa, afirma com rara propriedade: "... é lícito dizer, sob a fórmula de proporção matemática, que a *sindicância* está para o processo administrativo (disciplinar) do mesmo modo que o inquérito policial está para o processo penal". Inobstante, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711/52) simplesmente aboliu a *sindicância administrativa* no âmbito federal ao substituir o art. 246 do Estatuto de 1939 pelo disposto no art. 217 da Lei nº 1.711/52, que estabelece:

"Art. 217 — A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a apuração imediata em processo administrativo, assegurando-se ao acusado ampla defesa."

O valor da *sindicância* como medida preliminar à abertura de processo administrativo disciplinar determinado pelo dispositivo acima transcrito é indis-

cutível e relevante o seu papel por razões as mais diversas, vantajosas a ambas as partes: Administração e servidor.

Doutrina

É bem verdade que a doutrina ainda não deu a verdadeira importância ao desempenho do instituto da *sindicância* administrativa, apesar de a própria Administração Pública e o servidor público reconhecerem como fundamental o procedimento de a *sindicância* integrar o nosso ordenamento jurídico.

Contudo, contamos com o apoio integral de vozes autorizadas de grandes estudiosos do assunto em defesa do instituto da *sindicância*, tais como: JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, BRANDÃO CAVALCANTI, ALBERTO BONFIM, TITO PRATES DA FONSECA, C. J. DE ASSIS RIBEIRO, e outros. Abaixo, damos algumas opiniões esparsas dos autores que acabamos de citar a respeito do valor do instituto da *sindicância*, com as quais nos perfilhamos inteiramente:

J. CRETELLA JÚNIOR:

“Cabe-nos, pois, assinalar o relevante papel da *sindicância* dentro de nosso aparelhamento administrativo pela segurança que a ambos os lados oferece.

Razões de economia processual, de prudência e equilíbrio, de tranquilidade e confiança, a que se juntariam motivos de natureza técnico-científica, contribuem de maneira insofismável para aproximação tão perfeita quanto possível da veracidade dos fatos e, mais do que recomendam, *exigem mesmo a abertura prévia, se possível, sigilosa da sindicância.*”

E acrescenta:

“uma *sindicância* bem conduzida, orientada por autoridade equilibrada, justa, honesta, independente, pouco sugestionável, constitui a melhor garantia para o Estado e para o agente público” ... “fazendo sondagens prudentes, examinando o campo suspeito, para que não caminhem os técnicos em terrenos duvidosos, do mesmo modo, a *comissão sindicante* através de diligentes pesquisas indagatórias prepara o terreno para futura *comissão processante*. O êxito de um processo administrativo depende, sem sombra de dúvida, da *sindicância* realizada com todos os requisitos técnicos que devem caracterizá-la” (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, pág. 155).

ALBERTO BONFIM:

“Assim, é recomendável que a autoridade determine *previamente uma sindicância* ou mesmo uma *simples averiguação* por alguém de sua confiança pessoal, podendo ouvir diretamente as partes, os subordinados ou colegas que tenham conhecimento dos fatos, com o que formará juízo sobre se a falta é ou não grave, que justifique a aber-

tura de inquérito ou possa ser, de pronto, punida com penalidade menos rigorosa" (*Processo Administrativo*, 5ª ed., 1956, pág. 12).

C. J. DE ASSIS RIBEIRO:

"... A sindicância administrativa é um instrumento eficaz para que se conheça o mérito das denúncias no campo da Administração Pública e, se adotada com maior regularidade, poderá servir para fortalecer a confiança pública no instituto do inquérito administrativo" (*Do Processo Administrativo e sua Revisão*, págs. 40/41).

"... A sindicância pode ser levada a efeito sumariamente, através de simples averiguação por funcionário de confiança da autoridade, ou por meio de comissão, quando a gravidade ou complexidade dos fatos narrados aconselhar maiores formalidades, para que a autoridade possa formar juízo sobre os mesmos" (ob. cit., pág. 154).

HELY LOPES MEIRELLES:

"Sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator.

Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação da falta a apurar.

Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente.

Dispensa defesa do sindicado e publicação do seu procedimento por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade e não serve de base para punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar. Entretanto, a *sindicância* tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, pág. 633).

Requisitos da sindicância

Além de outros requisitos secundários, será fundamental que a sindicância atenda às seguintes condições:

- a) que seja realizada por elemento, ou elementos, quando se tratar de comissão sindicante, receptivo (s), prudente (s), equilibrado (s) e, sobretudo, discreto (s);
- b) dados colhidos no próprio local em que se teriam verificado os fatos que deram motivo à sindicância;
- c) relatório elaborado de maneira objetiva e sucinta, cujos dados devem ser colhidos com diligência e precisão.

Comissão sindicante

A comissão de sindicância administrativa poderá ser composta por três membros. Entretanto, se a natureza da irregularidade não exigir tantos elementos, poderá esse número ser reduzido a dois ou, conforme o caso, ser designado apenas um funcionário para proceder a investigação do caso.

Encerramento da sindicância

Os membros responsáveis pela realização do procedimento da *sindicância* (funcionário único, ou comissão), após concluída toda a investigação das irregularidades denunciadas, devem chegar à conclusão positiva da existência das irregularidades apontadas, ou concluirão que nada houve de anormal e, por isso mesmo, nenhum funcionário cometeu ação capaz de ser responsabilizado disciplinarmente.

Na última hipótese, o caso se encerra e será arquivada a denúncia, sem maiores implicações. Na primeira, a autoridade competente tomará as providências cabíveis para que seja aberto o devido processo administrativo disciplinar, nos termos dos arts. 217 e seguintes da Lei nº 1.711, de 28-10-52.

V – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Vulgarmente chamado de inquérito administrativo, o processo administrativo disciplinar, ou simplesmente processo disciplinar, é um dos institutos do Direito Administrativo de alta significação e seu estudo é sumamente importante para apuração adequada da pena cominada no Estatuto dos Funcionários Públicos (no caso federal, art. 201 da Lei nº 1.711, de 28-10-52), visando, em última análise, a defesa da hierarquia.

É digno de nota o fato de que o processo administrativo disciplinar não tem por objetivo a apuração de nenhum *crime* constante do Código Penal, eis que, encerrado no âmbito administrativo, não se presta a quaisquer cogitações na esfera da jurisdição penal.

Está o processo administrativo disciplinar sujeito aos princípios gerais que estruturam o processo administrativo propriamente dito até a decisão final.

Portanto, tão logo a autoridade competente tome ciência da irregularidade existente no serviço público, determinará, *ex vi legis*, a abertura do processo administrativo disciplinar.

Este processo compreenderá quatro fases bem distintas: *instrução* – *defesa* – *relatório* – *juízo*. Alguns estudiosos do assunto acrescentam ainda uma quinta fase – a *apuração*.

A *instrução* é a fase do processo em que a comissão processante empenha-se por reunir todos os elementos que possam trazer elucidação dos fatos denunciados, tais como: depoimentos de pessoas envolvidas direta ou indiretamente nas questões suscitadas; declarações ou documentos probatórios da existência da falta ou faltas e respectivos responsáveis.

Nessa fase, a comissão tomará todas as medidas necessárias, recorrendo inclusive ao auxílio de técnicos ou peritos, se for o caso, além das diligências convenientes. Nesse sentido, a comissão ouvirá o denunciado ou denunciados; inquirirá testemunhas, reduzindo a termo suas declarações; bem como providenciará a juntada de documentos.

A *defesa* é a fase em que o denunciado busca reunir em seu favor todo um conjunto de provas admitidas em direito, sobretudo, documentos e depoimentos de testemunhas, no prazo de 10 (dez) dias, e de 20 (vinte) dias no caso de serem dois indiciados.

O denunciado revel será defendido por funcionário de igual classe e categoria, designado *ex officio*.

Relatório

Concluída a defesa, a comissão elaborará o seu relatório e o juntará ao processo que, sem tardar, deverá ser remetido à autoridade competente para o devido julgamento do caso.

O relatório da comissão deverá constar de exposição pormenorizada dos fatos desde o início e deverá concluir pela inocência ou culpabilidade do indiciado ou indiciados, indicando as disposições legais que foram *infringidas*, caso considere culpado o indiciado ou indiciados. Este relatório tem valor meramente *opinativo*. Não se vincula ao julgamento. A autoridade julgadora não fica adstrita às opiniões (e enquadramento legal) emitidas pela comissão processante.

Julgamento

O julgamento ou decisão será dado pela autoridade competente à vista de todas as peças constantes dos autos do processo, podendo, inclusive, ser discordante do ponto de vista emitido pela comissão processante em seu relatório.

O ato do julgamento ou decisão deverá ser motivado pela autoridade competente, declarando se houve irregularidade ou não — condenando ou absolvendo o indiciado.

O prazo para ser feito o julgamento será de 20 (vinte) dias.

Defesa ampla

É pacífico, quer na jurisprudência como na doutrina, o direito de que desfruta o indiciado de ampla defesa no curso do processo disciplinar. Trata-se, como se sabe, de um direito subjetivo constitucional, assegurado *ex vi* do disposto no art. 153, § 15, *in verbis*:

“A lei assegura aos acusados ampla defesa, com recursos a ela inerentes.”

Em verdade, o direito de defesa é um direito natural que deve ser respeitado indiscriminadamente por qualquer autoridade administrativa nos julgamentos a seu cargo. Daí por que o acusado deverá ser sempre citado para,

no prazo de 10 (dez) dias, defender-se; e, quando se encontrar em lugar incerto, deverá ser citado por edital, com prazo de 15 (quinze) dias. Este prazo poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas imprescindíveis.

Do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711/52)

No âmbito federal, o processo disciplinar é regido pela Lei nº 1.711, de 28-10-52, e precederá à aplicação das penas de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, destituição de função, demissão e cassação de aposentadoria e disponibilidade (parágrafo único do art. 217).

São competentes para determinar abertura do processo os Ministros de Estado e os chefes de repartição ou serviços em geral (art. 218).

O processo disciplinar será promovido por uma comissão designada pela mesma autoridade que determinou sua instauração, e será constituída por 3 (três) funcionários, sendo um deles o presidente da comissão, indicado também pela referida autoridade; e o seu secretário será designado pelo presidente (art. 219 e §§).

O prazo para ulatimação do processo será de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado por mais 30 (trinta) dias, pela autoridade que tiver determinado a instauração do processo disciplinar, nos casos de força maior (art. 220, parágrafo único).

Ultimada a instrução, será citado o indiciado para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar defesa, sendo-lhe facultadas vistas do processo na própria repartição. Havendo 2 (dois) ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias (art. 222).

— Quando houver 2 (dois) ou mais indiciados, o prazo para se apresentarem será comum e de 20 (vinte) dias. Achando-se, porém, o indiciado em lugar incerto, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias para se apresentar (§§ 2º e 3º do art. 222).

— O indiciado considerado revel deverá ser defendido por funcionário de igual classe e categoria, designado *ex officio* (art. 223).

— Finalizada a defesa, a comissão processante elaborará seu relatório, concluindo pela inocência ou responsabilidade do acusado. E, logo após, remeterá o processo à autoridade competente, acompanhado do relatório, para julgamento (art. 224).

— A autoridade julgadora, por sua vez, terá 20 (vinte) dias para proferir sua decisão (art. 225).

— Outrossim, tratando-se de crime, a autoridade que determinar o processo administrativo disciplinar providenciará instauração de *inquérito policial* (art. 226).

— Se a infração estiver também capitulada na lei penal, o processo será remetido à autoridade judicial competente, ficando traslado na repartição (art. 229).

— Em qualquer fase do processo será permitida a intervenção de defensor constituído pelo indiciado.

— O funcionário só poderá ser exonerado a pedido após conclusão do processo, desde que provada a sua inocência (art. 223).

VI — DAS FALTAS DISCIPLINARES

A fixação exata do conceito de falta disciplinar, ou infração disciplinar, é providência assaz relevante. Isto porque a promoção de processo administrativo disciplinar depende exclusivamente de estabelecer-se a existência ou não de falta disciplinar em cada caso concreto, bem como de fixar-se a respectiva pena a ser aplicada.

Via de regra, há uma certa dificuldade no enquadramento das faltas ou infrações disciplinares no caso em exame. Geralmente, se apresentam como infringência aos deveres funcionais, nem sempre bem claras.

MÁRIO MASAGÃO, in *Direito Administrativo*, nos leciona com exemplar acerto, quanto à fixação do tipo de responsabilidade a ser imputada ao indiciado, in *verbis*:

“Origina-se a responsabilidade disciplinar de ação ou omissão que o funcionário pratique com quebra de dever do cargo. Em razão dela fica sujeito a penalidade de carácter administrativo, e que se destina, ou a corrigi-lo, ou a expulsá-lo do serviço público” (ob. cit., pág. 241, nº 417, 5ª ed., Editora Rev. Trib., SP, 1974).

Não se deve confundir a responsabilidade penal com a responsabilidade disciplinar do funcionário público. Esta última consiste na defesa do bom funcionamento do serviço público e de seus fins.

Ademais, qualquer crime constitui uma falta disciplinar, porém a recíproca não é verdadeira. Todos os atos contrários aos deveres do funcionário dão margem a penalidades disciplinares.

Estamos plenamente de acordo com o magistério do insigne MÁRIO MASAGÃO, quando define: “constitui falta disciplinar a violação, pelo funcionário, de qualquer dever próprio de sua condição, embora não esteja especialmente prevista ou definida. As penas disciplinares, ao contrário, são somente as enumeradas na lei e nenhuma outra pode ser aplicada” (ob. cit., pág. 243, nº 420) (grifos nossos).

Considera-se problema de alta significação das faltas disciplinares a sua classificação, tendo-se em vista as respectivas sanções disciplinares.

Boa parte dos autores classificam as faltas pela sua natureza como: *leves*, *graves* e *gravíssimas*.

LEVES são as faltas que provocam pequeno dano ao serviço público, mas quando reiteradas são comparáveis às graves.

GRAVES são as infrações que afetam o decoro, o prestígio e o bom andamento dos serviços públicos ou impedem o atingimento dos fins colimados pela Administração.

GRAVISSIMAS são as ações ou omissões que causam grandes prejuízos ao Estado, e que exigem a expulsão do funcionário culpado dos quadros do funcionalismo.

Convém salientar que nem todas as faltas ou infrações disciplinares dão margem a processo disciplinar, porém todo crime dará origem a processo criminal administrativo que, concluindo-se positivamente, determinará a aplicação das respectivas penas na esfera administrativa, sem prejuízo de ação penal posterior, através do Poder Judiciário.

Igualmente deve ser observado que às faltas leves são aplicadas as sanções da ordem de simples advertência, repreensão, multa ou suspensão até 30 dias, sem que para isso seja necessária a instauração de processo administrativo disciplinar, ao passo que no tocante às infrações disciplinares graves ou gravíssimas, elas requerem sanções mais severas, como: *suspensão por mais de 30 dias, destituição de função, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade e só podem ser aplicadas mediante a instauração do respectivo processo administrativo disciplinar.*

BIBLIOGRAFIA

- BONFIM, Alberto — *Processo Administrativo* — 5ª ed., 1956.
- CAETANO, Marcelo — *Manual de Direito Administrativo* — 1956. *Do Poder Disciplinar* — 1932.
- CAVALCANTI, Brandão — *Tratado de Direito Administrativo* — 3ª ed., 1956. *O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico* — 1958. *Direito e Processo Disciplinar* — 3ª ed., 1956.
- CRETELLA JÚNIOR, José — *Tratado de Direito Administrativo* — 2ª ed., 1948.
- FONSECA, Tito Prates da — *Lições de Direito Administrativo* — 1943.
- MASAGÃO, Mário — *Direito Administrativo* — 1960.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro* — 3ª ed., 1975.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de — *Princípios Gerais de Direito Administrativo* — 1974.
- RIBEIRO, C. J. de Assis — *Do Processo Administrativo e sua Revisão* — 1960.
- TACTTO, Calo — "Poder disciplinar e defesa" — in *RDA* nº 37.

LEGISLAÇÃO

Lei nº 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União) e *Código Penal Brasileiro*.

Novos rumos do Direito Civil português

CARLOS ALBERTO BITTAR

Mestre e Doutor em Direito pela USP

SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *Parte Geral*
3. *Direito das Obrigações*
4. *Direito das Coisas*
5. *Direito de Família*
6. *Direito das Sucessões*

1. *Introdução*

Como Coordenadores de grupo de professores e advogados brasileiros, em Curso de Especialização ministrado na Faculdade de Direito de Coimbra, em janeiro de 1980, tivemos a oportunidade de estudar e discutir, em comparação com o nosso Direito, as *recentes modificações* introduzidas no Direito Civil português, por força das mutações sofridas por aquele país em seu processo político-social e, em consequência, em sua Carta Magna.

Ditada, pois, por motivos de ordem política e social, e efetivada à luz de nova Constituição (de 1976), processou-se, em duas etapas, a reforma do Código Civil português, o qual apresenta inovações de vulto, em diferentes pontos, e dignas de realce, em virtude de seu largo espectro.

Assim é que, promulgado pelo Dec.-Lei nº 47.344, de 25-11-66, o Código sofreu depois as modificações impostas pelo Dec.-Lei nº 496, de 25-11-77, em função do impacto causado pela nova Constituição.

Procurou, com isso, o legislador português impregnar o seu Código do espírito da nova Carta — firmada, aliás, com o propósito de reorganizar, democraticamente, o Estado lusitano — introduzindo princípios e normas que vieram alterar, substancialmente, o *status* então existente.

Estruturado com base na noção de *relação jurídica* — a exemplo dos Códigos continentais — o referido diploma legal contém posturas identificadoras de uma grande codificação, e em que se consagram inúmeras conquistas do pensamento jurídico moderno, revelando, outrossim, a influência que nelas exerceram, principalmente, os Códigos alemão (aliás, é enorme a identificação dos juristas portugueses com os pensadores germânicos, como pudemos sentir) e italiano.

Destacaremos, em breves notas, as inovações que se nos apresentam como de *maior expressão*, nas diferentes partes de que se compõe o Código, entremeando-as com as considerações que julgamos pertinentes.

2. Parte Geral

Quanto à Parte Geral, o Código lusitano abraça orientação singular. Sob a epígrafe “Das Leis, sua Interpretação e Aplicação” (Título I), cuida das chamadas “fontes de direito” (Capítulo I), dos problemas referentes a “vigência, interpretação e aplicação das leis” (Cap. II) e dos “direitos dos estrangeiros e conflitos de leis” (Cap. III, com várias subseções para as chamadas “normas de conflitos”). Vale dizer, o Código engloba em seu contexto noções doutrinárias e matérias do âmbito do Direito Internacional Privado, que, entre nós, são versadas na “Lei de Introdução ao Código Civil”, sem as nuances didáticas de que se revestem as primeiras. Criticável é a posição e, mesmo, a terminologia adotada (em que basta a referência a “fontes”, a que a doutrina moderna empresta outra conotação, utilizando, a respeito, a locução “formas de expressão”). Com efeito, essas matérias não nos parecem adequadas no frontispício de um Código Civil.

Versando, ao depois, as relações jurídicas (Título II), trata das pessoas (Subtítulo I, disciplinando as pessoas singulares e as coletivas), das coisas (Subtítulo II), dos fatos jurídicos (Subtítulo III) e do exercício e tutela dos direitos (Subtítulo IV).

Nessa parte, encontra-se uma das mais significativas inovações do Código, ou seja, a introdução dos denominados “direitos da personalidade” (arts. 70 a 81), a exemplo de outros diplomas do século (moldado no pioneiro Código Civil italiano, de 1942). Inspirado na necessidade de proteger-se o homem na esfera de sua privacidade, em que se oferecem desdobramentos vários, o Código não faz uma enumeração desses direitos, mas adota fórmula geral, deixando à jurisprudência e à doutrina a sua identificação e o seu reconhecimento. Merece aplausos o diploma, principalmente em virtude do avanço da tecnologia e os continuados atritos que provoca na esfera da individualidade, como temos apontado e procurado prevenir (v. nosso “Reprografia e Direito de Autor”, *Revista de Informação Legislativa*, nº 58; e “Os Direitos da Personalidade”, in *Justitia*, nº 99).

Outra importante medida tomada pelo Código — e essa sob o impacto da Constituição — foi a redução da idade-limite de menoridade para 18 anos (art. 122), nivelando a capacidade civil a outras em que já se prescrevia essa orientação (eleitoral, especialmente), e a exemplo de França, Alemanha, Itália e da generalidade dos países europeus. Louvável

a diretriz assumida, em função da aceleração do processo de desenvolvimento nos dias presentes. Mas o legislador português não admitiu a emancipação por concessão — a exemplo do francês — aceitando apenas a decorrente da convolação a núpcias, em virtude da fixação da idade núbil aos dezesseis anos (esta também modificação de porte no Direito Privado lusitano).

Ponto de realce do Código é ainda a estruturação orgânica que imprime às pessoas coletivas (pessoas jurídicas), (arts. 157 e segs.), distinguindo associações, fundações e sociedades. Trata-se de disciplinação muito bem elaborada e sistematizada.

Já com respeito ao objeto da relação jurídica, o Código mantém-se no tradicionalismo, referindo-se apenas a “coisas” (arts. 202 e segs.), quando, em verdade, existem direitos sobre a própria pessoa — e que o próprio Código abriga (direitos da personalidade) — e sobre outras pessoas, bem como direitos sobre bens imateriais (como os direitos autorais) (definidos como “direitos intelectuais”, por PICARD: V. nosso *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, SP, RT, 1977, p. 4).

Quanto aos fatos jurídicos, o Código posiciona-se dentro das conquistas da doutrina e da própria codificação modernas (de que é ponto de apoio o Código italiano). Cuida: do negócio jurídico, envolvendo a declaração, o objeto, a nulidade e a anulabilidade do negócio, com os seus diferentes problemas (arts. 217 e segs.); dos atos jurídicos (art. 295) e do tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas (arts. 296 e segs.: prescrição e caducidade). Destaquem-se, nesse passo: a regra geral de liberdade de forma (art. 219); a adoção da teoria da aceitação quanto a proposta (art. 224); a expressa adoção do princípio de boa fé nas preliminares e na formação do negócio (art. 227), que possibilita o rompimento por abuso; a interpretação objetiva do negócio jurídico (art. 236) (e não mais a subjetiva, como ainda subsiste em vários Códigos, inclusive o nosso); o recurso à vontade hipotética como elemento de integração (art. 239) e também à boa fé, que é enfatizada em pontos diversos do Código; o realce da declaração de vontade como integrante do negócio jurídico (em vários textos) (arts. 217, 240, 245 e outros); na patologia negocial, a faculdade de os próprios simulantes poderem argüir a nulidade (art. 242); a regra expressa de não interferência da reserva mental (art. 244); a adoção do critério da cognoscibilidade na identificação do erro (art. 247); a sistemática disciplinação da representação (arts. 258 e segs.), em que se veda o negócio consigo mesmo (art. 261).

Relativamente ao objeto do negócio (arts. 280 e segs.), o Código contempla e reprime a lesão, ao capitular os denominados “negócios usurários” (art. 282), possibilitando, ou a anulação, ou a modificação de seus termos, e conferindo ao juiz poderes para interferir, a requerimento do interessado, no negócio.

Com relação às invalidades negociais, o Código (arts. 285 e segs.) assume terminologia diversa da anterior, substituindo “nulidade relativa” por “anulabilidade”; imprime efeito retroativo à confirmação (art. 288), que sana a anulabilidade; permite a conversão de tipo (art. 293), mesmo se nulo.

Com respeito ao reflexo do tempo na relação, o Código regula minuciosamente a prescrição, seus prazos, a suspensão e a interrupção da prescrição, e a caducidade (arts. 296 e segs.). Destaque-se o tratamento sistemático dado às prescrições presuntivas (de cumprimento) (arts. 312 e segs.); e a previsão expressa de caducidade em contrato (art. 330).

No exercício e tutela dos direitos, o Código (arts. 334 e segs.) prevê, por expresso, o abuso de direito (art. 334), em função do realce que imprime à boa fé. Regula a colisão de direitos (art. 335) e as demais figuras, discorrendo depois, longamente, sobre as provas (arts. 341 e segs.).

3. *Direito das Obrigações*

No Direito das Obrigações — campo em que se têm fixadas as qualificações de estabilidade e de universalismo — mantém-se o Código ao nível dos modelos continentais quanto ao conteúdo, mas impõe estruturação à matéria que se nos apresenta como o seu ponto alto. Com efeito, em construção científica e ordenada sob forma plástica invejável, a regulamentação das obrigações merece os encômios da crítica. Assim, cuida, de início, das obrigações em geral (arts. 397 e segs., Tít. I) e, depois, dos contratos em espécie (Tít. II, arts. 874 e segs.), versando toda a problemática obrigacional e definindo os contornos dos principais contratos típicos.

Mas, é verdade, o Código introduz também inovações e acolhe conceitos e institutos delineados e estruturados no pensamento jurídico e na própria realidade econômica.

Referentemente às obrigações em geral, começa por definir obrigação, seu conteúdo — em que prevê, por expresso, prestação de coisa futura — (art. 399), e a denominada “obrigação natural”, em que veda a repetição (art. 403).

Disciplina depois as fontes de obrigação, destacando os contratos (arts. 405 e segs.), os negócios unilaterais (arts. 457 e segs.), a gestão de negócios (arts. 464 e segs.), o enriquecimento sem causa (arts. 473 e segs.) e a responsabilidade civil (arts. 483 e segs.), distinguindo a responsabilidade por fatos ilícitos e por risco.

Na regulamentação dos contratos, a par de uma técnica apurada, inclusive na identificação das formas de extinção (arts. 432 e segs.), o Código normatiza matérias que a doutrina e a jurisprudência construíram. Ressaltem-se: a regulação do contrato-promessa (arts. 118 e segs.), dos pactos de preferência em geral (arts. 414 e segs.), da cessão de posição contratual (arts. 424 e segs.) — todas, matérias versadas na doutrina, inclusive em teses acadêmicas — da exceção de não cumprimento (arts. 428 e segs.), do contrato para pessoa a nomear (arts. 452 e segs.). Ênfase deve ser dada ainda à resolução ou modificação do contrato (art. 437) por alteração das circunstâncias, em que se evidencia a influência do aspecto moral nas obrigações, ponto que é realçado por toda a parte do Direito das Obrigações.

No enriquecimento sem causa, na gestão, nos negócios unilaterais e na responsabilidade civil, esmera-se o legislador em imprimir sistema-

tização à matéria, bem como em identificar as diferentes situações, para conferir-lhes normatização adequada. São previstos os vários negócios unilaterais (arts. 457 e segs.); disciplinada, em seus contornos, a gestão (arts. 464 e segs.) e o enriquecimento ilícito (arts. 473 e segs.) e definidas e reguladas as diferentes responsabilidades (arts. 483 e segs.). Nesse último campo, deve-se realçar a previsão de indenização por dano não patrimonial e a fixação de critérios (arts. 483 e 496), bem como a disciplina autônoma dada à indenização por dano da morte (art. 495). Saliente-se, ainda, na regulamentação do risco, o destaque conferido à responsabilidade decorrente dos processos modernos da técnica (arts. 508 e 509).

Nas modalidades das obrigações, o Código mantém-se fiel à estruturação clássica. Em alguns pontos, avança, compelido pela evolução dos negócios e das técnicas, quando regula, por exemplo, a obrigação de informação e de apresentação de documentos e de coisas (arts. 511 e segs. e 573 e segs.).

Versa, ao depois, a transmissão de créditos e dívidas, sistematizando as suas formas (cessão, sub-rogação, assunção de dívida) (arts. 577 e segs.), na esteira da evolução do pensamento jurídico.

Cuida, em seguida, das garantias das obrigações, em geral e nas formas especiais (caução, fiança e outras) (arts. 623 e segs.), conferindo-lhes disciplina orgânica.

Da mesma forma, toma, ato contínuo, o problema do cumprimento da obrigação (arts. 762 e segs.), disciplinando-o em suas diferentes nuances, para versar, por fim, o não cumprimento (arts. 790 e segs.). Nessa parte, distingue, com precisão, a impossibilidade e suas formas (arts. 790 e segs.); e a falta e a mora (arts. 798 e segs.). Está prevista, por exemplo, a execução específica (arts. 827 e segs.).

Seguem-se as causas extintivas das obrigações, além do cumprimento (ou causas especiais) (arts. 837 e segs.), a saber, compensação, consignação, novação e demais, que recebem a regulamentação clássica.

Nos contratos especiais, são disciplinados: a compra e venda (arts. 874 e segs.), e suas diversas formas, a doação (arts. 940 e segs.), a sociedade (arts. 980 e segs.), a locação (arts. 1.022 e segs.), (salvo o arrendamento rural, que foi disciplinado em lei especial, com a revogação das disposições do Código), a parceria (arts. 1.121 e segs.), o comodato (arts. 1.129 e segs.), o mútuo (arts. 1.142 e segs.), o mandato (arts. 1.147 e segs.), o depósito (arts. 1.185 e segs.), a renda perpétua (arts. 1.231 e segs.) e a vitalícia (arts. 1.238 e segs.), o jogo e a aposta (arts. 1.245 e segs.) e, finalmente, a transação (arts. 1.248 e segs.). Destaque-se, nesse rol, as figuras da renda e da transação, incluídas dentre os contratos especiais, de acordo com a melhor técnica.

4. *Direito das Coisas*

No Direito das Coisas, o Código segue, em linhas gerais, os modelos continentais. Regula a propriedade (arts. 1.302 e segs.), ao depois da

posse (arts. 1.251 e segs.), matéria em que dá destaque ao usucapião (arts. 1.287 e segs.), disciplinado em suas diferentes facetas. No direito da propriedade, estabelece, em norma própria, a subsunção dos direitos intelectuais à legislação especial (art. 1.303). Rege, ainda, o usufruto, o uso, a enfiteuse, o direito de superfície e as servidões prediais (arts. 1.493 e segs.).

5. *Direito de Família*

No Direito de Família é que se sentem os maiores reflexos da nova ordem imposta pela Constituição vigente, especialmente em razão do princípio da igualdade entre homem e mulher e do princípio da indistinção entre filhos (legítimos e ilegítimos) (art. 36, nºs 3 e 4).

Em função desses princípios, soluções diferentes foram conferidas ao relacionamento entre cônjuges e destes com a prole. A direção do lar passa a ser exercida em comum; não mais existe o poder marital; não mais se prevê a fixação de domicílio pelo marido à mulher, alterando-se a regra para os filhos (fixação por acordo); disciplinam-se somente direitos e deveres comuns; é prevista a liberdade de exercício de atividade; modifica-se a sistemática de regulação da administração de bens, dentre outras inovações.

Nessa parte, o Código começa por definir as fontes de relações: o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, disciplinando-as depois (art. 1.576). Adota a teoria contratual para o casamento (art. 1.577), conhecendo o católico e o civil (art. 1.587). Fala da promessa (arts. 1.591 e segs.) e dos pressupostos (arts. 1.596 e segs.) da celebração. Rege a celebração (art. 1.615), na linha clássica, cuidando, em seguida, do registro (arts. 1.651 e segs.). Nos efeitos, consagra as regras a que nos referimos: a da igualdade (art. 1.671), deveres (art. 1.672), residência (art. 1.673), contribuição para encargos (a ambos) (art. 1.676), exercício de profissão (art. 1.677), administração dos bens (arts. 1.678 e segs.). Cuida das dívidas (arts. 1.690 e segs.), das convenções antenupciais (arts. 1.698 e segs.) e regula os diversos regimes de bens (arts. 1.717 e segs.). Versa, ainda, a separação — eliminada a idade-limite — e o divórcio — garantido a todos — (arts. 1.767 e segs.) e seus efeitos. Disciplina, ao depois, a filiação e todas as suas implicações (arts. 1.796 e segs.), suprimida a distinção entre legítimos e ilegítimos, desde a enunciação do título. Confere a ambos os pais o poder paternal (art. 1.901), fala da inibição e, ao depois, das formas de suprir-se esse poder (arts. 1.921 e segs.). Regula, por fim, a adoção, sempre sob a égide de constituição judicial (arts. 1.973 e segs.) e os alimentos (arts. 2.003 e segs.).

6. *Direito das Sucessões*

O Direito das Sucessões sofre também o influxo dos princípios constitucionais e da nova ordem imposta à família (arts. 2.024 e segs.). De realce é a nova posição do cônjuge na vocação (art. 2.133), em seu ápice. Merece registro a sistematização dada a todo o livro, em que se regulam as três espécies: por lei, testamento ou contrato (arts. 2.031 e segs.), precedidas de disposições gerais, em que se delineiam as sucessões.

Sugestões para uma reforma da lei do divórcio

CELSO ANTONIO ROSSI

Professor da Faculdade Estadual de
Direito do Norte Pioneiro, de Jaca-
rezinho, Paraná; e da Faculdade de
Administração de Empresas, de Ouri-
nhos, São Paulo.

SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *Art. 5º, § 3º*
3. *Art. 17, § 1º*
4. *Art. 26*
5. *Art. 23*
6. *Conclusão*

1. *Introdução*

Em 26 de dezembro de 1977, foi sancionada a lei que recebeu o número 6.515 e que, por tratar da dissolução do casamento, ficou conhecida como a "lei do divórcio".

Surgiu ela, porém, com algumas falhas que realmente necessitam ser corrigidas, sem o que aquela lei acabará por ser totalmente injusta em determinadas situações.

Não abordaremos, aqui, os pontos controvertidos e já amplamente debatidos pela imprensa e pelos autores, tais como a "grave doença mental" como causa da separação judicial (art. 5º, § 2º) e a inconstitucionalidade do art. 38, segundo o qual o pedido de divórcio somente poderá ser formulado uma única vez.

Trataremos aqui de apenas quatro situações que estão a merecer — dentre outras, e com uma certa urgência — uma alteração dos dispositivos legais que as regulam, por serem, até certo ponto, injustas.

Não nos restringimos, porém, em tão-somente criticar o dispositivo legal, mas também apresentando a solução que nos parece — em cada caso — a melhor.

2. *Art. 5º, § 3º*

Estabelece este dispositivo legal que: "nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judi-

cial os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal”.

Ora, os “parágrafos anteriores” a que se refere este parágrafo terceiro são: *a*) ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição; e *b*) grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade seja reconhecida como de cura improvável.

Quanto ao caso da letra *b*, nenhuma restrição se pode fazer. Admitindo o legislador que uma “grave doença mental” possa servir de causa para um pedido de separação judicial, não fez ele mais do que uma pequena justiça ao procurar uma compensação para o cônjuge enfermo.

Mas, na hipótese da letra *a* acima (ou seja, o caso previsto no § 1º do art. 5º), o dispositivo pode em determinadas circunstâncias ser totalmente injusto.

Examine-se a seguinte situação:

Um casal em que um dos cônjuges, sem motivo justificado, abandona o lar. Ambos — ou apenas o cônjuge abandonado — trouxeram bens para o casamento. Decorridos cinco anos, o que abandonou o lar e deu causa à ruptura da vida em comum simplesmente silencia e permanece inerte, sem visível interesse em promover a regularização de sua situação.

O outro, então, poderá ficar inibido de o fazer pelo fato de que, formalizado o pedido, perderá em benefício daquele os bens que tiver levado para o casamento e que porventura ainda existam.

Ou seja: o legislador parece considerar mais grave o pedido de separação do que a culpa pela ruptura da vida em comum...

Provavelmente o legislador assim agiu porque, sendo causa para a separação judicial a “ruptura da vida em comum”, diversa da vigente na lei anterior — quando, em casos de abandono, só poderia pedir o desquite o cônjuge abandonado —, não se indagará qual o culpado pela ruptura, mas, algumas vezes, poderá ser punido exatamente o cônjuge inocente, por ter ele tomado a iniciativa da formalização da separação.

Melhor seria, então, que o § 3º do art. 5º tivesse a seguinte redação: “No caso do parágrafo anterior, reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal”, excluindo, assim, a hipótese de ruptura da vida em comum.

3. Art. 17, § 1º

Prescreve este dispositivo que: “Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5.º”

Deixando-se de lado a hipótese da “grave doença mental”, observa-se que estamos diante de uma norma que, igualmente, merece ser corrigida.

Com efeito. Segundo este parágrafo, se a mulher tomar a iniciativa de pedir a separação judicial, fundamentando-a na ruptura da vida em comum (ou na grave doença mental de seu marido, regra afastada desta discussão), voltará a usar o nome de solteira. A norma soa como um castigo: como foi ela quem pediu a separação judicial pela ruptura da vida em comum, fica proibida de usar o nome do marido!

É claro que ocorrerão casos em que a mulher, realmente, terá dado causa à ruptura da vida em comum do casal, e aí o artigo terá uma aplicação justa. Mas, como atualmente não se apura quem deu causa à ruptura, bastando apenas comprovar que a situação existe, não se questionará na ação qual cônjuge terá sido o culpado.

Poderá ocorrer, então, que o marido tenha abandonado o lar conjugal sem motivo algum, dando causa à ruptura da vida em comum; mas a mulher, pelo simples fato de tomar a iniciativa do pedido, será punida com a proibição de usar o nome do marido.

Poderá até ocorrer que ela não queira mesmo usar mais o nome do marido. Mas, não é isto que aqui se questiona, e sim a forma pela qual se chega a este resultado: uma punição para quem pediu a separação, mesmo que esta pessoa não tenha dado causa à ruptura da vida em comum.

Como o legislador não pretende, nestes casos, apurar qual o cônjuge culpado pela ruptura da vida em comum, a solução seria restringir o § 1º do art. 17 apenas ao caso do § 2º do art. 5º, ficando, então, com a seguinte redação: “Aplica-se ainda o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento no § 2º do art. 5º”

4. Art. 26

Estabelece este artigo que: “No caso de divórcio resultante da separação prevista nos §§ 1º e 2º do art. 5º, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro”.

Continua o legislador a considerar mais grave o pedido de separação do que a culpa pela separação.

Deixando-se de lado, também aqui, as situações referentes aos casos de grave doença mental, imagine-se novamente a situação em que se dá a ruptura da vida em comum de um casal por culpa de apenas um dos cônjuges que, sem razão alguma, abandona o lar.

Decorridos cinco anos, exatamente o cônjuge abandonado resolve tomar a iniciativa de regularizar a vida do casal. Aí, então, será ele “punido” com a obrigação de continuar com o dever de assistência ao outro, muito embora o outro é que tenha dado causa ao rompimento da vida em comum.

Ou seja: numa terceira vez, considera o legislador que é muito mais grave o pedido de separação do que a ruptura da vida em comum.

Está evidente, porém, que nem sempre será esta a situação e em inúmeras outras oportunidades o dispositivo terá uma aplicação justa. Mas ocorrerá que, em outras situações, exatamente o cônjuge inocente permanecerá com a obrigação de prestar assistência ao culpado, pelo simples fato de ter tomado a iniciativa de pedir a separação judicial. . .

Assim, então, melhor ficaria o art. 26 se ficasse com a seguinte redação: "No caso de divórcio resultante da separação prevista no § 2º do art. 5º, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro."

5. Art. 23

Contrariando uma longa tradição de nosso Direito, o art. 23 prescreve que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil".

Com esta regra, revogou-se o art. 402 do Código Civil, que estabelecia que "a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor".

Com a inovação, a obrigação alimentar perdeu o caráter que até então possuía, qual seja o de ser "personalíssima": falecendo o devedor, não ficavam seus herdeiros obrigados a continuar a cumpri-la.

O absurdo da norma ressalta ante o seguinte exemplo perfeitamente passível de ocorrência: um homem casado separa-se de sua mulher e fica obrigado a prestar-lhe alimentos. Posteriormente, vem a contrair um segundo casamento e, mais tarde ainda, morre sem deixar descendentes e nem ascendentes. Conseqüentemente, sua segunda mulher será a sua herdeira. Aí, então, ocorre o inusitado: sua segunda mulher, como herdeira que é, ficará obrigada à prestação alimentar à primeira mulher de seu marido. . .

A situação poderia ser cômica, se não fosse quase trágica.

Caberia, então, pura e simplesmente, revogar-se este artigo, mantendo o caráter personalíssimo da obrigação alimentar.

6. Conclusão

Outra solução que se poderia adotar para as questões levantadas — com exceção da situação prevista no art. 23 — seria a de se apurar, nos casos de ruptura da vida em comum, qual o cônjuge culpado por ela. Seria, então, o retorno à antiga situação do "abandono voluntário do lar conjugal", quando se indagava qual o cônjuge culpado pela separação.

Esta, porém, não parece ter sido a intenção do legislador, tanto que permite a qualquer dos cônjuges — o que abandonou ou o que foi abandonado — promover a separação judicial.

Por isso, é de todo aconselhável que se promova uma reforma na lei do divórcio, encontrando-se soluções — como as propostas — que apresentem um risco menor de que sejam cometidas injustiças.

Domínio público

em matéria de Direito de Autor

ANTÔNIO CHAVES

Pró-Reitor da Universidade de São Paulo (USP). Diretor da Faculdade de Direito da USP. Vice-Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral. Presidente do Instituto Interamericano do Direito de Autor (IDA)

SUMÁRIO

1. **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 levantadas e sua refutação.**
6. **O domínio público remunerado no âmbito internacional.**
7. **Sistemas derivados do domínio público remunerado: licença legal e licença obrigatória.**
8. **Necessidade de sanções.**

1. **Conceito. Fundamento. Inconvenientes.**

Garante o art. 42 da Lei nº 5.988, de 14-12-73, como norma geral que sofre exceções, os direitos patrimoniais do autor a este, 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 de 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, como 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.

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" redunde 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 no seu todo, assinando que se trata de um problema mais de ordem econômica do que propriamente jurídica.

Somente durante o ano de 1953, a SBACEM e a UBC arrecadaram cerca de 60 milhões pela execução pública de obras musicais presumivelmente no domínio privado de seus autores associados.

Mas de envolta, o que teria sido arrecadado de obras caídas no domínio público? A quem teria sido distribuída essa arrecadação? Naturalmente aos associados.

"Seria justo admitir" — comentava TULLIO ASCARELLI, criticando um projeto de lei então em andamento — "uma sucessão de uma sociedade de classe dos autores vivos 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 coisa 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 deferi-lo a ninguém, de modo exclusivo, sem estabelecer um privilégio odioso, isto é, sem usurpar o direito ao gozo da mesma coisa 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 réforme 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: vous 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 sem-

pre o seu preço cresce novamente, e se torna 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."

Mas o domínio público, em sua feição clássica, apresenta ainda outro inconveniente: o de ficar à mercê de manipulações, alterações, mutilações de empresários pouco escrupulosos à obra, que nem sempre mantêm as características originárias.

Preocupado em preservar a autenticidade das obras caídas em domínio público, o então Ministro de Estado da Educação e Cultura, JARBAS G. PASSARINHO, encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei, que tomou o nº 716, de 1972, propondo normas destinadas a preservar-lhes a fidelidade do texto, quando reeditadas.

Na Exposição de Motivos que o acompanhou, datada de 26-4-1972 (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 15-6-1972, pág. 1.787, e Seção II, 12-8-1972, págs. 2.170/1), encarece:

"...os arts. 763 e 672 do Código Civil, ao estabelecerem, respectivamente, o registro na Biblioteca Nacional dos trabalhos literários editados ou reproduzidos por qualquer sistema e a apreensão dos exemplares de obras publicadas fraudulentamente, deixam bem claro o propósito de proteger a propriedade intelectual. Ora, se cabe ao Poder Público defender o direito do autor e a autenticidade do texto da obra ainda sob o domínio particular, terá forçosamente, e com muita razão, de resguardar aquelas que vencendo o tempo se consagram pela permanência do interesse de uma geração após outra.

O que tem verificado o Ministério nesse campo é que essas obras, após sucessivas e quase sempre descuidadas edições, apresentam grande desfiguração, quando confrontadas com o trabalho original. Foi o caso, para exemplificar, do romance **Senhora**, de JOSÉ DE ALENCAR, que, em recente reapresentação, além de frases truncadas pela supressão dos objetivos característicos do estilo do autor, sofrera, nas citações dos personagens, a conversão do "mil réis" em centavos do cruzeiro novo.

A medida ora proposta visa, pois, a coibir abusos semelhantes, de modo a assegurar a preservação de nosso patrimônio cultural."

O projeto foi convertido na Lei nº 5.805, de 3-10-1972, que estabelece normas destinadas a preservar a autenticidade das obras literárias caídas em domínio público, determinando:

"Art. 1º — As editoras sediadas no território nacional são obrigadas a adotar os textos fixados ou que tenham a fixação

reconhecida pelo Instituto Nacional do Livro, quando editarem obras da literatura brasileira caídas em domínio público.

Parágrafo único — A fixação de um texto consiste no estabelecimento do texto original, após o cotejo de várias edições de uma obra.

Art. 2º — A edição de condensação, adaptações ou outras quaisquer formas de popularização dessas obras dependerá de assentimento prévio do Instituto Nacional do Livro.

Art. 3º — O Instituto Nacional do Livro publicará, periodicamente, no **Diário Oficial** da União, a relação dos textos fixados ou reconhecidos, promovendo, ao mesmo tempo, sua mais ampla divulgação.

Art. 4º — O Instituto Nacional do Livro fará arquivar, de modo a permitir aos interessados a consulta no local, os relatórios que contenham as justificativas filológicas da fixação de cada texto, bem como os exemplares autênticos dos textos reconhecidos.

Art. 5º — A autoridade policial competente, por solicitação do Instituto Nacional do Livro, apreenderá os exemplares das obras de que trata esta Lei, editadas em desacordo com os textos fixados ou reconhecidos.”

A Lei nº 5.988 deu um passo adiante, atribuindo ao próprio Estado, através do Conselho Nacional de Direito Autoral, competência para “a defesa da integridade e genuidade da obra caída em domínio público” (art. 25, § 2º).

No âmbito internacional a preocupação não é menor, como demonstra o fato de terem-se reunido, de 18 a 21-9-1979, os representantes de nove organizações internacionais não governamentais em Paris, na sede da UNESCO, num grupo de trabalho para examinar o direito ao respeito e à integridade das obras pertencentes ao domínio público.

“Reconhecendo que a noção de **domínio público**, eminentemente contingente e fluida”, — consigna a **Revue Internationale du Droit d’Auteur** (nº 103, de janeiro de 1980, pág. 190) — “implicava a possibilidade de utilizar uma obra do espírito sem autorização prévia e sem pagamento de retribuição, considerou o Grupo que não era menos indispensável garantir a salvaguarda dos *interesses culturais do público* e evitar que um prejuízo fosse causado à liberdade da obra original.

Considerando, nesse contexto, que a preservação das obras do espírito contra a destruição, bem como contra qualquer deformação *que prejudicaria sua identidade* como componente do patrimônio cultural das nações, deveria ser garantida, o Grupo de Trabalho foi unânime em considerar que duas categorias de

medidas seriam de natureza a assegurar a preservação das obras do espírito, a salvaguarda dos interesses do público e a prevenção dos usos abusivos, a saber:

I — a adoção de disposições apropriadas, legislativas, regulamentadoras ou de qualquer outra natureza;

II — a designação de uma autoridade qualificada (pessoa física ou moral de direito privado ou de direito público) para agir a respeito."

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 nº 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 confirmem 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.

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 nº 5.988.

O dispositivo, mera reprodução do art. 662 do Código Civil, 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 (nº 89, 1967, pág. 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, do Código Civil e está no art. 5º, **caput**, da Lei nº 5.988.

Domínio público extraordinário do art. 32 da Lei nº 5.492, de 17-7-1928, consiste, na definição do tratadista, “na antecipação do domi-

nio 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 Constituição; 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 de 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 nº 5.988) que a conservassem atualizada; ora, decorridos seis anos sem que o editor-cessionário editasse a obra adquirida, seu autor estaria impedido de exercer 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 21-7-1941 (Decreto nº 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 de 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 clássico não correspondeu às finalidades que o haviam inspirado, conduziu à 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 dis-

posição 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 para-fiscal 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 (pág. 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 duração ilimitada, consiste na obrigação imposta ao usuário 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.”

O Projeto BARBOSA-CHAVES oferecia uma proposição que, com insignificantes alterações, foi aproveitada no art. 48 da Lei nº 5.988, que declara pertencerem ao domínio público:

- a) as obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais;
- b) as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;
- c) as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;
- d) as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmam aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição.

O art. 93 da lei dispõe, 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 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, 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 per-

tencentas 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 semelhante 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 pode dizer que tenham sido felizes.

A eliminação das expressões excludentes do caráter de exclusividade deixam 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, o 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 introduzi-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 pelo atual Consultor-Geral da República, CLÓVIS 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.

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17-8-1976 o Conselho Nacional de Direito de Autor 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, 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 foram 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 da 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 frequência 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 nº 1.224, de 3-2-1958, com modificações posteriores, que criou o Fundo Nacional das Artes, e a Resolução nº 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. **Objecções levantadas e sua 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 S. Paulo**, de 11-3-1977, 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 a 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 nº 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 do 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 espalha-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 o de las maquinarias e instalaciones. Se limitan a agregar esos aumentos en los precios para el público. En cambio, asombra 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 escenario 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, conseqüentemente, 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, págs. 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, diminuir 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 as obras antigas possam fazer às recentes.

No tocante às sedições 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 ubicar 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 território 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 sob 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), o 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 e seguintes).

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 e 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 público 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 à 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, nº 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, nº 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, nºs 2-3, 1949, como o "Commen-taire 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), Brasil (1973).

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 nº 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 MOLIÈRE devem pagar uma retribuição. A lei italiana diz expressamente que as obras 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).

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

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

Na Itália, 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.

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 Itália, 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 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 das Letras, criada por lei de 11-10-1946, para fazer face às obrigações estatutárias.

Fundos obtidos, através da Societé 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, pág. 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. Sistemas derivados do domínio público remunerado; licença legal e licença obrigatória

O primeiro princípio, comenta JEAN VILBOIS, é o mais próximo do anterior: toma-lhe emprestado seu princípio fundamental. É, de todos os desmembramentos 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 privativo 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, principalmene — 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. É evidente que 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 autorização 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 da 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 freqüentemente muito rendosos, mas não dispõem livremente de suas obras em direito e, menos ainda, de fato.*

Mesmo entre nós temos um exemplo, por sinal pouco feliz, de verdadeira licença legal, no Decreto-lei nº 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; principalmente 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 arguição 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 da 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 juiz 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 juiz.

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 reproduzi-la mecanicamente e de tirar exemplares múltiplos para uma edição subsequente, 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, arguindo 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 **porcentagem 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 juiz.

Todo usuário que queira tomar a iniciativa de uma edição do domínio público deverá subscrever uma declaração prévia indicando sua intenção, o título e o autor da obra, o número de exemplares, o formato, o preço de venda, a data provável da colocação em circulação.”

Qualquer empresário que pretenda organizar uma representação ou execução de uma obra do domínio público deverá também avisar pre-

viamente 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 juiz ou qualquer outro organismo, em falta de acordo.

Verifica que a licença obrigatória é uma extensão de um contrato preexistente, 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 oportunidade 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 opera 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.

Cumpra não esquecer, no entanto, que ao lado dessas cessões mais ou menos facultativas, mais ou menos autorizadas, existe pelo menos uma obrigatória: a desapropriação em favor da União e dos Estados, por utilidade pública e mediante indenização prévia, como reza o art. 660 do Código Civil, de qualquer obra publicada, cujo dono não a quiser reeditar.

A hipótese, na vida prática, é de raríssima aplicação. Consigne-se, em todo caso, a circunstância de só ser admissível a desapropriação de obra já editada anteriormente, e de não poder ela ser promovida por quaisquer outras entidades de Direito Público além das indicadas.

8. Necessidade de sanções

Como encarece JEAN VILBOIS, o domínio público remunerado, estando exposto a perigos em razão do seu próprio princípio — a liberdade de utilização das obras —, é necessário colocá-lo em boa ordem, a fim de que o pagamento da retribuição não fique eludido.

“Durante o período de direito exclusivo, o direito de autor fica sujeito a numerosas violações que uma fiscalização vigilante nem sempre consegue evitar. Durante o período do **domínio público remunerado** esta verificação deverá ser reforçada e as fraudes não serão previamente desencorajadas a não ser pelo estabelecimento de uma rede de sanções fáceis, enérgicas e eficazes. Deverão elas ser de duas ordens: preventivas e repressivas.

A proteção preventiva deve dispensar, se for bem organizada, recorrer à repressão, salvo em casos muito raros. Praticada na Itália, na Noruega, na Dinamarca e no Brasil, ela tem sido reclamada por outros países por agrupamentos de autores: sem ela, a proteção do direito de autor permanecerá sempre ilusória. Deveria ser admitida de uma maneira geral na lei: sua introdução na relativa ao **domínio público remunerado** prepararia talvez a adoção ulterior para todas as obras. É necessário, portanto, não hesitar em fazer a experiência se se apresentar a ocasião.”

Lembrando que a proteção penal da paternidade intelectual, da identificação pelo título e da integridade das obras intelectuais do domínio privado não somente está prevista em atenção ao interesse privado e na instância privada, mas também em benefício dos valores coletivos, considera CARLOS MOUCHET que deveriam estender-se expressamente ao uso ilícito de obras em domínio público as sanções penais estabelecidas pelas hipóteses previstas na legislação comum.

BIBLIOGRAFIA

- CHAVES, Antônio — **Direito Autoral de Radiodifusão**. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 444-453.
- FIGUEIREDO, Guilherme — Defesa de alguns pontos capitais do projeto de lei de direito autoral, **Diário do Congresso Nacional**, de 18-11-1947, págs. 8.157 e segs.
- MOUCHET, Carlos — **El Dominio Público Pagante**. Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970, 182 págs.
- VILBOIS, Jean — **Du Domaine Public Payant en Matière de Droit d'Auteur**. Paris, Sirey, 1929, 544 págs.

Sistema tradicional e sistema finalista na dogmática jurídico-penal continental-européia

NELSON PIZZOTTI MENDES

Professor Titular de Direito Penal e de Medicina Legal e Diretor do Instituto Metropolitano de Criminologia e do Departamento de Direito Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo. Professor convidado da Universidad Católica Del Salvador — Buenos Aires.

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — CAUSALISMO E FINALISMO
 - 1 — Tipo e culpabilidade
 - 2 — Conseqüências expositivo-didáticas
 - 3 — Conseqüências materiais
 - a) Repercussão do finalismo na teoria da participação
 - b) O erro de proibição no finalismo
- III — CRÍTICA
- IV — TOMADA DE POSIÇÃO
 - 1 — O conteúdo da tipicidade
 - 2 — O conteúdo da “culpabilidade”
- V — CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo de NELSON PIZZOTTI MENDES foi recebido pela direção da Revista de Informação Legislativa em data anterior à divulgação pela imprensa do falecimento do ilustre Professor. Publicando-o no presente número, a revista rende sua homenagem ao penalista emérito e consigna ao colaborador seu preito de gratidão e de saudade.

I – INTRODUÇÃO

Iniciada há mais de quatro décadas, ainda se mantém viva a polêmica entre o sistema tradicional (causalista) e o sistema finalista. Não completaram dez anos os dois importantes e antagônicos Tratados sobre a Parte Geral, estruturados segundo os princípios das escolas citadas: JESCHECK, finalista (1) e SCHIMID-HAUSER, causalista (2).

Aqui vamos fazer sucintas referências a alguns estudos sobre o sistema finalista (e, conseqüentemente, sobre o causalismo), publicados em língua espanhola por autores europeus. Em primeiro lugar o trabalho de CEREZO MIR (3), dos mais recentes, que focaliza a repercussão que teve na Espanha a polêmica das duas correntes, constituindo importante conferência pronunciada em várias Universidades alemãs.

Em ordem de importância, devemos referir-nos à magistral “Lección inaugural del curso de 1953/4”, de RODRÍGUEZ MUÑOZ, sobre “La doctrina de la acción finalista” (4).

Do sistema finalista se ocuparam, também, em trabalhos independentes: CEREZO MIR (5), CONDE-PUMPIDO (6), SUÁREZ MONTES (7), CORDOBA RODA (8), BERISTAIN (9), RODRÍGUEZ MOURULLO (10) e YÁNEZ (11). Dois destes autores traduziram para o castelhano, acrescentando

(1) Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin, 1969.

(2) Strafrechts, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, Tübingen, 1970.

(3) “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia española del Derecho Penal” (conferência).

(4) A obra constitui o “Cuaderno I (Derecho) del volumen XXVII — Curso de 1953/54, de los “Annales de la Universidad de Valencia, 1953”.

(5) “El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal”, no *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1959, págs. 561/570; “Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal Español”, *idem*, 1961.

(6) “Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción”, *idem*, 1962, págs. 265/302.

(7) *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antifuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963.

(8) *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona, 1963.

(9) *Objetivación y Finalismo en los accidentes del tráfico*, Madrid, 1963.

(10) “El teologismo valorativo de Bettiol y el Finalismo de Welzel”, separata del nº 73 (1965) del *Boletín de la Universidad Compostelana*.

(11) “La teoría final de la acción”, em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1958.

importantes notas, obras finalistas germânicas: CORDOBA RODA, o *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH ⁽¹²⁾, e CEREZO MIR, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, de WELZEL ⁽¹³⁾.

II – CAUSALISMO E FINALISMO

1 – Tipo e culpabilidade

O sistema finalista e o tradicional são coincidentes no sentido de estruturarem o delito em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Diferem entre si, porém, sobre o *conteúdo* desses elementos. Para o sentido causalista, o tipo do fato doloso e do culposo são idênticos (ação, causalidade e resultado) ⁽¹⁴⁾; a distinção entre delito intencional e o culposo é apenas estabelecida ao serem atingidas as formas de culpabilidade: neste particular, onde se examina se a vontade do autor está dirigida ao resultado típico (delito doloso) ou não (neste caso, ainda que não querendo o resultado, a atuação com imprudência, imperícia ou negligência marcaria a culpa em sentido estrito).

O finalismo, em troca, distingue logo no tipo entre delito doloso e culposo; além da causalidade entre comportamento e resultado, há que examinar, no tipo, o conteúdo da vontade; se o autor quis o resultado (e só então), haverá tipo doloso.

Se não foi esse o caso, haverá – se o agente atuou imperita, imprudente ou negligentemente – um fato culposo. Com outras palavras, para o finalismo, o que a presença ou a ausência do dolo condiciona não é a exclusão da forma dolosa de culpabilidade da ação *típica e antijurídica*, senão a existência da *tipicidade* dolosa.

Porém, o dolo finalista não é o da doutrina tradicional. O dolo da doutrina tradicional é um “*dolus malus*”; o do finalismo é um dolo neutro.

O dolo, forma de culpabilidade, o “*dolus malus*” do sistema anterior ao finalismo, se compõe de conhecimento e vontade dos elementos do tipo, por um lado; e, por outro, de consciência de antijuridicidade. Para a concepção causalista, por conseguinte, o fato pode não ser doloso, seja por falta de conhecimento de algum elemento do tipo, seja por falta de consciência de antijuridicidade ⁽¹⁵⁾.

(12) Dois tomos — Barcelona, 1962.

(13) Barcelona, 1964.

(14) Por ser o mais elementar e também o mais freqüente, opera-se o exemplo com o delito de resultado, e não de mera atividade.

(15) De todas as formas, também no campo não finalista existem autores que tornam independente a consciência da antijuridicidade da vontade típica (JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, pág. 297, com amplas indicações bibliográficas).

Do exposto deduz-se que também na esfera da culpabilidade existem notáveis diferenças entre o sistema tradicional e o finalismo. Enquanto que para aquele o dolo aparece na culpabilidade, estando integrado pelo conhecimento do tipo e do injusto, para os finalistas na culpabilidade é apenas examinada a consciência da antijuridicidade, pois o dolo incorporou-se à tipicidade.

2 – Consequências expositivo-didáticas

Uma consequência desse “novo sistema do Direito Penal” é que quem estuda a Parte Geral pelo sistema finalista aborda antes – na tipicidade – o dolo, o que não ocorre em outro sistema. Porém, isso não tem, em si, maior transcendência: o que importa para aquele que quer estudar Direito Penal é que o dolo (com suas diversas categorias) seja-lhe explicado à sua vez; e isto – antes ou depois – os dois sistemas fazem. No que se refere ao aspecto didático, pois, cremos que tanto em um como em outro sistema estrutural pode-se ensinar Direito Penal: soube-o ensinar muito bem MEZGER (tradicional) e o sabem ensinar, agora, também, muito bem, MAURACH e JESCHECK (finalistas).

Em consequência, e resumindo: o finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas separa-os e redistribui-os de outro modo, entre os três estratos da teoria do delito.

3 – Consequências materiais

Além das consequências de ordem expositivo-didáticas, às quais nos referimos, do finalismo (e isso é muito importante) derivam ou podem derivar consequências materiais. Se o tipo do delito doloso compreende, como ulterior e novo elemento, o conteúdo de vontade, é claro que, onde se vinculem consequências jurídico-penais à existência do comportamento típico, poder-se-á chegar, neste particular, a soluções distintas das teses tradicional e finalista.

a) *Repercussão do finalismo na teoria da participação*

Pensem nos *delitos especiais próprios*, ou seja, naqueles que, além de restringir o âmbito dos possíveis autores, não têm correspondência com um comum.

A bigamia é um delito especial próprio (16). E o problema do que se deve entender por tipo de bigamia pode ser decisivo para determinar a responsabilidade dos que participem do fato que, objetivamente, pelo menos, preenche o tipo correspondente. Imaginemos que A, mentindo, convença B, casado, que seu anterior matrimônio é nulo, e que, por conseguinte, nada o impede que contraia novo casamento com a mulher C.

Nesta suposição, para a teoria tradicional é fatível fundamentar a responsabilidade de A. Para o finalismo, em troca, essa responsabilidade não pode existir em nenhum caso. A participação delitiva (isto é: a responsabilidade no conceito de indutor, co-autor executivo, cooperador necessário ou cúmplice) é punível enquanto — e porque — supõe a contribuição a um delito cometido pelo autor principal. Que características gerais (antijuridicidade, culpabilidade) devem concorrer no fato principal para que possa entrar em jogo a responsabilidade por participação delitiva é um discutido problema: o da acessoriedade.

Mas existe unanimidade (e é evidente) naquilo que comete o autor principal: *deve pelo menos ser típico*; se a ação que este executa não está sequer prevista no Código Penal, então não pode haver lugar para responsabilidade alguma daqueles que contribuem para que ocorra um fato jurídico-penalmente atípico.

Voltando ao exemplo focalizado: como para o finalismo o dolo é um elemento de todos os tipos dolosos, aquele que contrai o segundo casamento, acreditando que o seu anterior é nulo, não atua dolosamente, e, por via de consequência, tampouco tipicamente: na realidade, pois, não ocorreu o tipo de bigamia. E se não há tipicidade, falta a base para construir uma responsabilidade da ação tipicamente antijurídica. Ainda sem dolo, pois existe um fato principal típico do qual pode derivar a responsabilidade do indutor.

O problema é proposto nestes termos tão radicais de punição ou impunidade, precisamente nos delitos especiais próprios. Em outras classes de delitos, a responsabilidade do que engana o executor direto pode fundamentar-se fora do campo da participação, tendo em vista a figura do autor mediato. Nos delitos especiais próprios, isto não é possível. O causador do engano não pode responder como autor mediato no delito de bigamia por não ser ele o casado que contrai novo matrimônio; e um delito comum, que se corresponda com o tipo especial e no qual poderia subsumir-se sua conduta na qualidade de autor mediato, *tampouco existe*.

Em consequência, a alternativa é: o que provoca o engano responde como partícipe de bigamia (solução que apenas pode ser admitida sobre uma base

(16) Nisto diferenciam-se dos delitos especiais impróprios, os quais, igualmente, só podem ser cometidos por um círculo limitado de pessoas, mas não obstante (e diferentemente do que acontece com os delitos especiais próprios) são a qualificação de um delito comum; o infanticídio, por exemplo, só pode ser realizado pela mãe, mas tem uma correspondência com o delito comum do homicídio. Sobre estas diferenças conceituais confira-se *Autor y cómplice en Derecho Penal* — GIMBERNAT-ORDEIG, Enríque.

causalista do delito) ou não existe responsabilidade penal (tese à qual se vê obrigado o finalismo).

Vemos, pois, que o finalismo, além de ser um novo procedimento expositivo-didático da teoria jurídica do delito, extrai dessa nova estrutura do delito conseqüências materiais que podem discrepar daquelas assumidas pela teoria tradicional. Passemos a observar essa eventual disparidade de soluções em um segundo tópico: o erro de proibição.

b) O erro de proibição no finalismo

O finalismo pretende ser a Escola que levou a *doutrina normativa da culpabilidade* (17) até as suas últimas conseqüências. A doutrina psicológica entendia que a culpabilidade consistia em um vínculo intelectual entre autor e resultado (e que por isso fracassava na explicação da culpa em sentido estrito inconsciente, onde não existe vínculo psicológico algum com o que é causado, já que o resultado nem sequer foi previsto), ao passo que a doutrina normativa estima que a essência da culpabilidade está na reprovação. Na reprovação de que o autor (apesar de poder distinguir entre o justo e o injusto e de poder atuar segundo esse conhecimento) realizou um comportamento penalmente antijurídico.

Sobre a base desta concepção normativa, o finalismo reexamina o conteúdo da culpabilidade. De um lado, chega à conclusão de que a consciência da antijuridicidade deve permanecer na culpabilidade; pois o conhecimento do injusto é, efetivamente, um dos elementos que tem de concorrer para que se possa pronunciar a reprovação da culpabilidade. Mas, por outro lado, pensa o finalismo, o conhecimento e vontade dos elementos do tipo (no aborto, por exemplo, o conhecer e querer matar um feto) não se encaixa nesta estrutura da culpabilidade (normativa).

Esse conhecimento e essa vontade são algo que não faz referência, nem a consciência da antijuridicidade (primeiro elemento) nem a faculdade de atuar de acordo com essa consciência (segundo elemento da culpabilidade).

A vontade de realizar um tipo penal (a intervenção para cometer um aborto) nada nos informa (assim argumenta o finalismo) sobre se esse fato é reprovável ou não; esse fato intencional não é elemento, senão objeto do juízo de reprovação; o aborto voluntário não será, por isso, reprovável se faltou a consciência da antijuridicidade (o autor ignorava que o aborto estava proibido, porque era estrangeiro, que acreditou, invencivelmente, que, da mesma forma que em seu país, também no Brasil não se punia o aborto) ou se, apesar de conhecer o autor que o fato era delito, não lhe foi possível atuar de acordo com o direito (porque estava possuído, por exemplo, de medo insuperável).

(17) Uma exposição desta doutrina é feita por SAINZ CANTERO em *La Exigibilidad de la Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal*, Granada, 1965, págs. 13 e seguintes.

Até aqui, as conseqüências que a Escola finalista acredita deduzir do conceito normativo da culpabilidade.

Se para o finalismo dolo quer dizer, unicamente, conhecimento e vontade do resultado típico e para a tese tradicional, conhecimento e vontade desse resultado, com consciência de que está proibido, então, necessariamente, têm de existir discrepâncias entre uma e outra escola sobre *quando existe um delito doloso*, que condicionarão, a sua vez e inevitavelmente, novas discrepâncias sobre as conseqüências jurídico-penais.

Assim, e procurando um exemplo, quem se apodera de um objeto que sabe ter sido perdido por seu proprietário, está abrangendo, com sua vontade, todos os elementos do tipo do artigo 169, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, em seu inciso II: "quem acha coisa alheia perdida, e dela se apropria...". Para o finalismo, isto basta e sobra para afirmar a existência de uma apropriação de coisa achada.

Para a doutrina tradicional não; esta entende o dolo como "dolus malus", e, por conseguinte, exige, além disso, tenha o autor consciência de que o que faz é proibido.

A discrepância de soluções pode apresentar-se no tocante ao fato: se quem se apropria do objeto extraviado ignora que essa é uma *conduta proibida*.

Ao faltar, segundo a concepção causalista, um dos elementos do dolo (ao faltar a consciência da antijuridicidade), para a doutrina tradicional, o que poderá ocorrer nesse caso, se o erro de proibição foi vencível, é uma hipótese de culpa em sentido estrito (em nossa lei a hipótese seria atípica).

Para o finalismo, em troca, como o autor alcançou, com sua vontade, todos os elementos do tipo, haverá uma apropriação.

De tudo isso, temos que: na suposição do erro vencível de proibição, para a doutrina causalista não há dolo⁽¹⁸⁾; segundo o sistema finalista, pelo contrário, o erro de proibição unicamente afeta a reprovabilidade (culpabilidade) do tipo *doloso* cometido (pelo que, sendo o erro vencível, o indivíduo responderá por apropriação)⁽¹⁹⁾. Impunidade, pois, para o sistema tradicional, e punibilidade (atenuada), para o finalismo, são as soluções divergentes das teorias em relação ao fato exemplificado, cometido por erro vencível de proibição; se o erro de proibição for invencível, as duas tendências coincidiriam no sentido da absolvição: o finalismo, fundado no fato de que a apropriação

(18) QUINTANO RIPOLES — *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 1964 (Tomo II — "Infracciones patrimoniales de apoderamiento", páginas 143/144).

(19) CEREZO MIR — *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*, 1964, págs. 113/14, nota 30: "La conciencia de la antijuridicidad en el Código Español", separata 166 da *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1964 — págs. 18 e segs.

dolosa não é reprovável para o autor, e o causalismo, argumentando que não houve dolo, faltando, dessa forma, a culpabilidade.

III – CRÍTICA

Até agora observamos a descrição do conteúdo e as conseqüências do causalismo e do finalismo, os dois sistemas que, com suas controvérsias, têm dominado o panorama da dogmática jurídico-penal, nas duas últimas décadas.

Vamos tentar tomar uma posição ante o problema relacionado com os elementos que pertencem ao tipo de proibição e quais os que se situam no campo da culpabilidade.

Mas, como o finalismo tem tratado de decidir a questão, operando com o conceito de ação e a doutrina normativa da culpabilidade, é preciso expor, previamente, por que esses dois critérios não nos podem ajudar em nada para chegar a uma solução.

1 – A ação, como a causalidade, é um conceito ontológico.

Por definição, pois, ambos os conceitos são idôneos para fixar o conteúdo da proibição penal que foi estabelecido pelo legislador, trabalhando, preferentemente, com conceitos *normativos*.

Durante muito tempo, o tipo penal foi concebido de tal maneira que, praticamente, consistia e se esgotava na *causação* do resultado típico por uma *ação*. Em um tipo tão simplesmente entendido, fácil seria escolher os seus limites e determinar o seu conteúdo.

Primeiro, procurou-se realizar a empresa com o conceito de causalidade no sentido ontológico (a teoria da condição); certamente não se desnaturalizava o conceito, porém o tipo, tampouco, ficava delimitado; e, se se queria delimitar o tipo, seria preciso trabalhar com teorias normativas da causalidade (causalidade adequada etc.) com as quais poder-se-ia chegar a resultados corretos (correto é, por exemplo, que as causações inadequadas não são típicas), porém à custa de desnaturalização do conceito de causalidade, negando-se a existência de um vínculo causal onde este existe.

Quando começou a se tomar consciência do beco sem saída a que havia conduzido o fato de fazer depender a tipicidade, praticamente, da causalidade, a doutrina se fixou no outro elemento do tipo, que até então havia passado despercebido.

Porém, esse outro elemento, a *ação*, apresenta os mesmos inconvenientes que a causalidade.

Se é tomada em um sentido ontológico, se não é desnaturalizada (existe ação quando se quer *algo*), então, apenas serve para delimitar o tipo. E se lhe damos o papel de delimitar a tipicidade, isso implica em desnaturalizá-la.

Quando o finalismo afirmava que somente existiria ação quando o resultado era querido (resultado típico), estava, com efeito, reduzindo os limites da tipicidade, porém, ao preço de negar o caráter de ação de todo comportamento que não fosse doloso ou culposo, no sentido de um tipo penal; maior desnaturalização que a de negar que possam existir ações fora do Direito Penal apenas é imaginável.

A grosso modo, tudo isso pertence ao passado. Faz tempo que a doutrina penal mais elaborada decidiu o problema causal, relegando-o, ao mesmo tempo, ao secundário papel que lhe corresponde dentro da tipicidade (a favor da teoria da equivalência).

E, no que se refere ao conceito de ação, WELZEL afirma que "o princípio geral estrutural das ações humanas" é "sua direção em função do fim antecipado mentalmente... e sua realização em direção ao fim. Neste sentido é completamente indiferente o fim tratado ou que este seja ou não relevante para o Direito" (20). Ou seja, para WELZEL, existe ação sempre que se persiga um fim, sendo "indiferente" qual seja o fim perseguido.

Apesar de nossos esforços, não conseguimos ver nenhuma diferença entre esse conceito de ação e o mantido pela doutrina causalista, para a qual há ação quando se quer *algo*, sendo indiferente o que constitua esse algo. A causalidade e a ação, pois, voltaram, através de uma prolongada aventura normativa (21), a equivalência de condições e a doutrina causal da ação (22). Em nossa opinião, a doutrina causal da ação é a correta. Porém, esse conceito de ação tem tal amplitude que se faz necessário buscar outros critérios.

(20) WELZEL, Hans — *La Doctrina de la Acción Finalista, Hoy* — tradução de CERESO MIR, A. D. P. C. P., 1968, pág. 223 (este trabalho reproduz parcialmente o artigo de WELZEL publicado no *Noue Juristische Wochenschrift*, 1968), A versão castelhana integral é de GLADYS ROMERO e aparece com o título "Um malentendido sin solución?", (*Acerca de la interpretación de la teoría finalista*) na *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 1968, nº 4, págs. 7 a 15.

(21) WELZEL insiste continuamente em que o finalismo nunca usou essa aventura normativa, em que sempre defendeu o conceito causal de ação que agora mantém. ("Não posso evitar denominar conceito causal aquilo que é conceito causal"). Nesse ponto, o que fazia WELZEL era passar ao largo e rápido, colocando-se em contradição com toda a sua doutrina da ação finalista. Essa contradição, da qual WELZEL passa a ter consciência em 1944, o levou ao abandono do finalismo originário e à adoção da doutrina causal da ação. Mas, na história da dogmática penal, existiu um conceito final da ação, e a crença de que o finalismo foi uma doutrina inventada por WELZEL e não por seus oponentes (como WELZEL quer fazer crer). A este respeito, vide o trabalho de GIMBERNAT-ORDEIG, *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid, 1966, pág. 105, onde a hipótese é demonstrada com citações de WELZEL e outros finalistas.

(22) Uma aventura que, por outro lado, não foi inútil, pois com ela chegou-se a resultados corretos (inclusão da adequação no tipo, deslocamento do dolo para o tipo dos delitos dolosos) quando a dogmática carecia de aparato suficientemente desenvolvido para fundamentar esses resultados.

2 — Tampouco cremos que a doutrina normativa da culpabilidade podemos prestar auxílio. Com ela voltamos a enfrentar o finalismo, donde essa doutrina normativa acreditou poder extrair um ulterior argumento a favor do fato de pertencer o dolo ao tipo; pois (isso afirma WELZEL) a vontade de realizar o tipo nada tem que ver com os elementos do juízo de reprovabilidade (conhecimento da antijuridicidade e faculdade de poder atuar de acordo com esse conhecimento), tampouco podendo fazer parte da culpabilidade.

Os pressupostos que servem para a doutrina normativa da culpabilidade são refutáveis; o juízo pessoal de reprovação requer, para poder ser pronunciado, que o juiz chegue a constatar se o indivíduo havia sido capaz de atuar de outra maneira, ou seja, que constate o livre arbítrio concreto de uma pessoa determinada. Essa tarefa que a doutrina normativa quer atribuir ao juiz excede o limite das possibilidades humanas (23).

IV — TOMADA DE POSIÇÃO

Deixemos de lado os critérios que serviram de base para o finalismo, e, em geral, as demais tendências da Ciência Penal atual (como por exemplo, a doutrina social da ação) (24), para pronunciarmo-nos sobre o conteúdo do tipo e da culpabilidade. Os problemas, não obstante, continuam de pé.

Pertence o dolo ao tipo ou à culpabilidade?

Tem alguma classe de relevância em Direito Penal o erro de proibição?

No que temos adiante, vamos tratar de responder a estas perguntas, desenvolvendo e corrigindo alguns pontos de vista que sobre a sistemática, a função e os fins do Direito Penal temos tido nos últimos anos.

Independentemente das distintas direções doutrinárias, está admitida pela dogmática penal a distinção entre o lícito, o proibido e o culpável juridicopenalmente proibido (25).

(23) Neste sentido, veja-se GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique — “Tiene futuro la dogmática juridicopenal?”, em *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho* — Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970 — págs. 500 e segs.

(24) Exposição e crítica desta doutrina: GIMBERNAT-ORDEIG: *Delitos Cualificados*, 1966, págs. 75 e 115.

(25) De acordo com a doutrina dos elementos negativos do tipo (cuja fundamentação não pode ser explicada aqui), entendemos que o relevante é o tipo do injusto, entendido este como a descrição do comportamento proibido; e para saber qual é o comportamento proibido, há que colocar em conexão o elemento positivo do tipo com a ausência de causas de justificação. “Matar alguém” (tipo positivo) não está proibido; está proibido somente quando essa conduta é realizada sem que concorram causas de exclusão do injusto. A matéria de proibição está integrada, conseqüentemente, por elementos positivos (descrições dos preceitos da Parte Especial de qualquer Código Penal) e elementos negativos (ausência de causas de justificação), e o que rege os elementos positivos também rege os negativos, em matéria de tentativa e erro.

1 — O conteúdo da tipicidade

a) Para examinar a controvérsia sobre o tipo de delitos dolosos com maior clareza possível, e sem implicar, ao mesmo tempo, o tipo dos delitos culposos, convém escolher um fato que somente seja punível em sua modalidade dolosa.

É o que sucede, por exemplo, no direito brasileiro, com o auto-aborto (artigo 124, 1ª parte do C. Penal): “Provocar aborto em si mesma”.

Vamos supor que a mulher grávida, apesar dos conselhos médicos, que lhe proibiram terminantemente qualquer classe de esportes violentos, ponha-se a cavalgar e, sem querer — porém negligentemente —, provoca a expulsão prematura do feto.

Causalistas e finalistas chegariam, nos resultados, à mesma conclusão de impunidade da mulher, por falta de dolo. Mas, enquanto os primeiros afirmariam que a conduta de causação do aborto foi típica, no sentido do artigo 124, faltando culpabilidade dolosa que o delito exige, os finalistas negariam a existência da tipicidade. Quem tem razão?

Para uma tomada de posição fundamentada é preciso esclarecer previamente o que é tipo e por que existem condutas que se tipificam. Uma vez esclarecido isto, será possível passar a questão ulterior (circunscrita dentro do que tradicionalmente se denomina “culpabilidade”), ou seja, por que há condutas que, apesar de típicas, não são puníveis.

O tipo tem uma função motivadora. Nele cabem todos os elementos que integram a descrição da conduta cuja comissão se quer motivar.

O problema do que pertence ao tipo é o problema daquelas condutas que o legislador quer evitar (26).

Com isso a lei penal não faz senão acudir a um mecanismo fundamental para toda vida social e que também é utilizado pelos educadores (por exemplo): ameaça com um mal (castigo) às condutas que pretende evitar, a fim de que, por medo do castigo que sucederia à sua ação, o educando se absteria de cometê-la.

Proposto o problema nestes termos, sua solução vai depender de como responderemos à pergunta: qual o comportamento que se quer evitar com o tipo do artigo 124 do Código Penal?

(26) A afirmação é válida para os delitos de ação. Quando o que se pretende não é evitar um comportamento ativo (por exemplo, o de matar), senão promover ou incitar uma determinada atuação — por exemplo, a de auxiliar um desamparado —, o que se descreve e o que se ameaça com uma pena é uma certa conduta omissiva.

Poderíamos respondê-la desse modo: quer-se evitar a produção intencional de um aborto. A mulher grávida que imagina destruir o fruto da concepção sabe que a aguarda uma pena se realizar a ação imaginada.

Ameaçando com esse mal, a lei confia que, no maior número de casos possíveis, se omita a realização da conduta proibida. Pode suceder muito bem que o único motivo pelo qual a mulher grávida, que não deseja o filho, desista de provocar o seu aborto seja o medo das conseqüências jurídico-penais que seriam impostas à sua ação, se descoberta.

Por esse mecanismo o Direito Penal consegue o seu propósito de dirigir condutas; direção que frutifica da colaboração procedente de outras fontes motivadoras, como podem ser as éticas ou religiosas.

O artigo 124, por conseguinte, não proíbe o auto-aborto culposo. A amazona de nosso exemplo, por temerário ou descuidado que seja o seu modo de atuar, não tem nenhum motivo (do ponto de vista do Direito Penal) para deixar de comportar-se com a negligência ou imprudência com que se houve. Se se abstém de realizar a sua conduta, que põe em perigo a vida do feto, certamente que não o faz por medo do Direito Penal e de suas ameaças, pois sabe que, ainda que prossiga cavalgando e ocorra o pior (a morte do feto), não vai ser castigada por tal.

Se o Direito Penal quer seriamente evitar o auto-aborto culposo, então só tem um caminho: o de ameaçar com uma pena, o de proibi-lo, o de tipificá-lo. E somente punindo o doloso, não proíbe e nem tipifica o aborto culposo.

De tudo isso concluímos que o dolo é um elemento do tipo dos delitos dolosos, já que é elemento essencial na descrição da conduta proibida.

O afirmado para o auto-aborto é válido para os demais tipos dolosos.

Do artigo 235, que tipifica a bigamia (outro delito do qual se afirma o castigo como conseqüência da modalidade intencional) ⁽²⁷⁾, unicamente se pode esperar uma eficácia inibidora para o sujeito ativo que, consciente da eficácia de seu matrimônio anterior, especula com a idéia de casar-se pela segunda vez. Porém, quem tem suas dúvidas sobre se é nulo ou não o seu matrimônio anterior e, não obstante, contrai, imprudentemente, um segundo matrimônio não tem, penalmente, nenhuma razão para informar-se sobre eventual validade de seu vínculo anterior pois sabe que, ainda que suceda o mais desfavorável (que seu primeiro matrimônio não seja nulo), tampouco será castigado.

Uma motivação penal, como informação, somente pode surgir se o legislador se decide (por uma questão de política criminal) a tipificar também a bigamia culposa.

b) Aderimos, com isso, ao princípio finalista no sentido de que o dolo é elemento do tipo, com a inevitável conseqüência: se o autor direto atua sem

(27) R. DEVESA — *Derecho Penal* — Parte Especial, 1969, págs. 242/245.

intenção (porque, por exemplo, um terceiro o enganou), este terceiro somente poderá responder, quando isso seja possível, como autor mediato. Em troca, em tal suposição de engano, a participação delituosa fica excluída; o que caracteriza o injusto da co-delinquência é o fato de uma pessoa contribuir e ajudar o comportamento típico de outrem; esse injusto não ocorre se o executor direto, por faltar o dolo, não realiza a conduta proibida.

Com outras palavras, e com um exemplo, o que caracteriza o conteúdo da proibição da indução à bigamia é despertar no casado a decisão de comportar-se tipicamente (do contrair ulterior casamento sabendo que o anterior *não está* dissolvido legitimamente); esse injusto não concorre se uma pessoa assegura falsamente a um marido que o seu primeiro casamento foi declarado nulo e que, por isso, nada o impede de casar-se novamente. Certo de que essa conduta enganosa de terceiro contém uma considerável dose de responsabilidade, mas essa é distinta (pode ser, inclusive, mais grave) da prevista pelo legislador pela indução. E por isso não pode ser castigada como tal.

O princípio da legalidade se opõe terminantemente a que, quando um fato não está expressamente tipificado, se utilize, para castigar o que não está previsto penalmente e por aproximação, de um fato tipificado que mais se assemelhe ao atípico cometido.

E se opõe, ainda que isso leve à impunidade, tal como ocorreria no exemplo da bigamia, onde o tipo (diferentemente do que sucede com o auto-aborto, no qual se pode usar o recurso da autoria mediata) ⁽²⁸⁾ só pode ser realizado por quem diretamente contrai matrimônio estando já casado ⁽²⁹⁾.

Sabemos em que consiste e qual é o tipo penal na descrição da conduta proibida, e o seu fim é o de motivar (mediante a ameaça da pena) que a referida conduta não se realize.

Se unicamente se castiga a lesão dolosa de um bem jurídico, só o autor que vai agir intencionalmente (e não quem atua culposamente) terá uma motivação jurídico-penal para inibir-se. E se o legislador quer levar mais longe

(28) Exemplo: um indivíduo engana uma mulher grávida e a faz acreditar que está tomando um remédio, quando na realidade é um abortivo. Essa conduta enganosa **cumpriria** — em autoria mediata — o tipo do artigo 125 do C. Penal (aborto sem o consentimento da gestante).

(29) Pelo fato ficaria também isenta de pena a mulher que, tomando conhecimento da situação real, casa-se com quem, sendo casado, acredita ser o seu casamento anterior nulo. O injusto da bigamia consiste em cooperar com um ato executivo (GIMBERNAT-ORDEIG, *Autor y Cómplice* — 1966, págs. 92 e segs.) da conduta típica. E esse injusto não concorre se a conduta típica, por falta de dolo do executor direto, não aparece em nenhuma parte.

a proteção do bem jurídico e ameaça com uma pena (típica) também sua lesão culposa, então se ampliará o campo de comportamentos que aos cidadãos não interessa realizar (do ponto de vista jurídico-penal e pelo mal ameaçado); nesta suposição de ampliação da punibilidade, estendendo-a à comissão culposa, o autor terá agora um motivo para não atuar com negligência, pois somente comportando-se diligentemente poderá estar plenamente seguro de que não vai ser castigado, em nenhum caso: nem com fundamento no tipo doloso e nem com base no tipo culposo (30).

2 – O conteúdo da “culpabilidade”

Penetremos, agora, no campo tradicionalmente denominado “culpabilidade”. Seja finalista ou causalista o partidário da doutrina social da ação, existirá um acordo em conceber a culpabilidade como reprovação pessoal que se faz ao executor “livre” pelo fato antijurídico cometido. Por ele não responde – porque a conduta não é reprovável, não é culpável – o inimputável ou o que invencivelmente desconhece a proibição penal.

Pensamos que, também nesses casos de *inculpabilidade*, não há responsabilidade penal pelo *fato típico e proibido*, mas afastamos a distinção entre delinquentes “livres” e “não livres” em seu atuar.

(30) Neste trabalho, e com referência à tipicidade, interessa-nos primordialmente decidir se o dolo pertence ou não ao tipo dos delitos dolosos. Outros problemas sobre o conteúdo da tipicidade têm que ficar, necessariamente, à margem. Apenas — e de maneira incidental — queremos afirmar que as únicas condutas que *racionalmente podem ser proibidas* pelo legislador são as dolosas e as culposas. Se o indivíduo observou, em seu comportamento, as diligências devidas, essa conduta é impune, é *atípica*, ainda que dela derive um resultado danoso. Ao dentista que vai extrair um molar, o Direito pode exigir que não aproveite essa intervenção para matar, dolosamente, o enfermo cardíaco; e, igualmente, que observe a diligência devida para que não se produza um acidente mortal. Com referência a essas duas modalidades de conduta, a pena pode atuar de maneira inibidora, prevenindo, assim, a atuação intencional ou culposa. Em troca, se o dentista toma todas as medidas que lhe impõe a profissão, para evitar complicações prejudiciais para a saúde do paciente, então o Direito Penal teve êxito em sua função preventiva, conseguindo que a extração dentária se verificasse corretamente; como essa conduta cuidadosa é, precisamente, a desejada pela ordem jurídica, não pode, tampouco, ser proibida. E se, apesar de toda diligência aplicada, se produz causal e imprevisivelmente uma falha cardíaca no paciente, que o conduz à morte, não será por esse evento que a conduta do agente tornar-se-á típica. Pois, naquilo que ao Direito interessa, é necessário observar-se o dever de não atuar nem intencional, nem culposamente com referência ao menoscabo do bem jurídico. Às vezes, apesar da atuação especialmente prudente, produzem-se lesões a bens jurídicos, e isso é algo que escapa ao controle do Direito e ao do próprio agente. Como a produção do dano apenas é manifesta *ex post* e a conduta precede logicamente o dano, é a *forma da execução da conduta* (que não deve ser dolosa ou culposa) a única coisa que o Direito pode prevenir. “Só um comportamento que seja incorreto, considerado *ex ante*, pode ser proibido (ENGISCH — “Der Unrechstatbestand in Strafrecht” in *Hundert Jahre des Deutschen Juristentages*, tomo I, Karlsruhe, 1960, pág. 419). Com outras palavras e resumindo: não são *causações de resultados* (somente constatáveis *ex post*), senão condutas dolosas ou culposas, as únicas que a ameaça com uma pena pode impedir (e desta maneira prevenir); por isso, somente a conduta dolosa e a culposa podem ser objeto racional de tipificação; a conduta cuidadosa é impune por falta de tipicidade.

Dos conhecimentos psicológicos o Direito Penal leva muito em conta dois deles. O primeiro é a distinção psiquiátrica entre os perturbados mentais (permanente ou transitoriamente) e os demais cidadãos (os “normais”). O segundo, que, enquanto os “normais” costumam responder ao estímulo do castigo (31), o louco reage ante ele com maior insensibilidade. Se o Direito Penal faz a distinção entre “normal” e “alienado”, isto sucede, entre outros motivos, porque essa distinção está arraigada sociologicamente e, em consequência, é compartilhada pelos cidadãos a quem o Direito Penal se dirige, com suas proibições.

Certamente poder-se-ia especular com a renúncia ao castigo também com referência àquelas pessoas “normais”, para as quais o mal ameaçado não produziria nenhum estímulo inibitório.

Porém, este procedimento não é viável por duas razões. A primeira, porque, com os conhecimentos de que atualmente dispomos, não é possível determinar com exatidão quais, dentre os “normais”, são motiváveis pela pena e quais não; ante essa situação o Direito Penal tem que partir do pressuposto — generalizador e, por isso, indiferenciador e provavelmente incorreto — de que todos os não alienados são acessíveis ao estímulo da pena. A segunda razão que torna inviável o referido procedimento é que entre os “imputáveis” ocorre um processo de identificação: todos somos iguais e, por conseguinte, se ao que furtou (e que é tão normal como nós mesmos) não se aplica o castigo, é possível que o mesmo que encontraram nele encontrem em outro, e que tampouco o castiguem, se vier a delinquir. Estas distinções especiais e exceções de punibilidade, com base em diferenças talvez fundamentais, porém inapreensíveis, fariam supor um afrouxamento do princípio punitivo e, como consequência, a perda da eficácia do Direito Penal.

Em consequência, ainda admitindo-se como possível a existência de notáveis divergências, do ponto de vista da “motivação”, entre os indivíduos que qualificamos como “imputáveis”, o fato é que essas divergências não constituem ainda um patrimônio científico fora de discussão; por isso, não estão claramente definidos e, por essa mesma razão, também, não puderam incorporar-se à consciência popular, à qual se dirige o Direito Penal.

(31) Veja-se GIMBERNAT-ORDEIG — *Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, 1970*, págs. 503/6, e os autores do campo psicoanalista citados e para demonstrar que, contrariamente ao que se menciona, freqüentemente, a escola psicoanalítica não propugna que desapareça a repressão que o castigo impõe; ao contrário, considera a pena instrumento insubstituível para reprimir os impulsos humanos que tornariam impossível a convivência social. Não obstante, o padecimento que a pena supõe só está justificado quando o impulso que se quer reprimir é verdadeiramente nocivo e quando referido padecimento não excede a intensidade estritamente precisa. Fora destes limites a pena supõe um verdadeiro abuso de poder.

Distinta é a situação com referência aos alienados. A pena, nesse caso, não tem sentido, nem do ponto de vista da prevenção especial, nem do ponto de vista da prevenção geral (32).

Pela escassa ou nula motivação do "inimputável", a pena não supõe para ele *ex ante*, um fator inibidor sério; e *ex post*, uma vez já cometido o delito, o método mais adequado para a sua readaptação social é não o da pena, mas o do tratamento médico.

Por outro lado, e do ponto de vista da prevenção geral, a impunidade do louco em nada afrouxa a eficácia inibidora da pena frente aos "imputáveis"; estes não se identificam com aquele, sabem-se diferentes. A pena é, como acertadamente foi exposta no Projeto Alternativo ao Código Penal alemão (33), uma "amarga necessidade dentro da comunidade de seres imperfeitos que os homens são". Não é imposta para *retribuir*, senão para tornar possível a convivência humana. Portanto, nada pode justificar que o Estado imponha um padecimento "desnecessário". E desnecessário seria, frente ao inimputável, alienado ou menor, pois para esses autores existem meios mais idôneos de ressocialização; com referência à sociedade em geral, a sua impunidade não retira a eficácia dos mecanismos inibitórios do Direito Penal frente à generalidade.

Outro grupo de casos que a doutrina dominante enquadra dentro da "culpabilidade", entendida esta como reprovabilidade, é o do erro invencível de proibição. Neste sentido, RUDOLPHI, em sua recente monografia sobre o erro de proibição, dedica um capítulo — o primeiro — ao livre arbítrio (34); acredita este autor que somente sobre a base da autodeterminação humana pode ser justificada a relevância do erro de proibição. HORN, em princípio, concebe, também, sua monografia sobre o mesmo tema do erro de proibição como um desenvolvimento da tese de que a culpabilidade supõe reprovabilidade. E ainda que não distinga suficientemente entre liberdade e capacidade de ser motivado (35), estima, acertadamente, que a chave que decide se o

(32) ROXIN, Klaus, em seu ensaio *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970 (pág. 33), afirma que a culpabilidade vem introduzida, de um ponto de vista político-crimal, na teoria dos fins da pena. Este é, em termos gerais, e como ponto de partida, um conceito correto. Discrepamos, entretanto, da tese do mesmo autor, exposta em vários trabalhos, de que o dolo pertence ao tipo e à culpabilidade (dupla relevância do dolo, para o tipo e para a culpabilidade). O dolo apenas pertence ao tipo e nada tem a ver com a culpabilidade.

(33) Elaborado por BAUMANN e outros.

(34) *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, 1969, págs. 5 e segs.

(35) Apesar de que deve-se distinguir quem, em uma situação de transtorno mental, mata o assassino de seu irmão, atuando *motivado* (é, pois, capaz de ser motivado) pela conduta criminosa, de quem, depois, será sua vítima. Que o homem seja estimulado por motivos (por exemplo, a pena) não significa, ainda, que seja livre. Liberdade significa possibilidade de escolher entre realizar ou não a conduta que é impulsionada por determinada motivação.

erro era ou não invencível é a possibilidade de motivação ⁽³⁶⁾. Vamos mais adiante tornar a usar esta idéia.

Dois estrangeiros de escassa cultura (irmão e irmã) que fazem vida marital, pensam que na Espanha, por exemplo, como em seu país de origem, o incesto entre irmãos não é punível.

O legatário de uma cômoda encontra em seu interior um tesouro e se apodera integralmente dele, acreditando que o mesmo lhe pertença, por tê-lo descoberto.

Vamos supor que nos dois casos exista, subjetivamente, um erro de proibição. O irmão e o legatário ignoravam — e não podiam superar esse erro — ⁽³⁷⁾ que estavam realizando um ato jurídico-penalmente proibido. Esta ignorância não afeta em nada a tipicidade do comportamento, senão que pressupõe a tipicidade como objeto do erro: não é que não se realize algo proibido, é que se realiza algo proibido ignorando-se que está proibido (erro de proibição).

Comete-se algo que a lei quer evitar e que, portanto, ameaça com uma pena (tipifica): o conhecimento carnal entre irmãos, a apropriação de coisa achada; mas, os autores ignoram, invencivelmente, que a lei quer evitar tais fatos. Isto mostra claramente que se caracteriza o erro de proibição: o mecanismo inibitório que a lei criou para evitar as condutas fracassou porque o autor, ao ignorar a ameaça da pena, não teve consciência de que sua conduta poderia ter, em retribuição, a aplicação de um mal.

Como sucede em relação aos inimputáveis, também nestes aspectos, a pena carece de sentido; não pode cumprir a missão para a qual foi criada. Do ponto de vista da prevenção especial, não é necessária a sua execução, dado que a simples ameaça não reforçou, frente ao autor, o efeito inibitório da proibição.

Os que delinqüiram (frente à proibição do incesto e da apropriação de coisa achada) não apreciaram o efeito inibitório da proibição (que desconheciam), nem necessitam que vigorizem uma vontade (a de atuar conforme o Direito), que é precisamente o que tinham em mente ao realizar os fatos que entenderam perfeitamente jurídicos.

Mas, prescindindo dessas considerações de prevenção especial, poderia pensar-se que, nos casos de erro invencível (do ponto de vista subjetivo) de proibição, há que impor uma pena para evitar que se afrouxe a eficácia que emana das tipificações penais.

(36) "Quem não tem, pelo menos, consciência atual de que sua ação possivelmente está proibida de algum modo é incapaz... de motivar-se pela norma da qual omite o seu projeto de ação" (*Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pág. 105). Um resumo esquematizado deste livro de HORN está contido na apreciação de GIMBERNAT-ORDEIG, no *Anuário de Direito e Ciências Penais*, 1970, pág. 740.

(37) Este extremo subjetivista não tem a ver com o livre arbítrio, mas sim com a realidade empírica dos diferentes graus de inteligência, cultura, conhecimentos que existem entre os homens.

Porém essa tese não convence. Do ponto de vista do erro, podemos dividir a sociedade em cidadãos que conheciam e os que desconheciam a proibição penal.

No que se refere aos primeiros: não será pela absolvição dos que ignoram a existência do tipo que os demais (que sabem da proibição e constituem a grande maioria) passarão a se apropriar de coisas perdidas e a praticar o incesto. Pois todos esses sabem que esse caso de absolvição (o do erro invencível) não é o seu, e o que vale para os errados não é aplicável, em absoluto, aos conhecedores.

Com outras palavras, e por definição: a pena que não for imposta aos ignorantes é algo que em nada diminui o seu efeito inibitório frente aos que não são ignorantes; e naquilo que se refere aos cidadãos que desconhecem uma determinada proibição, ainda que se adotasse o princípio de que o *erro invencível não escusa*, não seria por isso que o efeito inibitório da pena iria aumentar. Pois, como esses indivíduos ignoram, ao apropriarem-se de uma coisa achada, que se encontram em uma situação de erro de proibição, ignoram também, e não teriam, por isso, nenhum motivo jurídico-penal para atuar de outro modo, que seriam castigados, pela aplicação do princípio da não escusabilidade do erro subjetivamente invencível de proibição.

A hipótese explica por que o erro *vencível* de proibição não deve excluir plenamente a responsabilidade. Admite-se que esse erro ocorre quando o indivíduo tem alguma dúvida sobre a proibição do fato, devendo, então, ter certeza se suas dúvidas carecem ou não de fundamento, se é que quer estar seguro de poder ficar impune. Por exemplo, se o que vai apoderar-se de uma coisa perdida guarda alguma suspeita de que esse ato é delitivo, a punibilidade (ainda que atenuada) do erro vencível de proibição desprenderá uma motivação para que não efetive o seu propósito, sem haver previamente assegurado do conteúdo do tipo penal. Somente assim, pode ter a certeza de evitar a punição.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 – A pena não tem uma função metafísica de retribuição e de expiação, mas sim uma mais modesta e simples, a de prevenir delitos.

O legislador ameaça com uma pena aqueles comportamentos que – pela grave perturbação que causam à vida social⁽³⁸⁾ – quer evitar, confiando em que a maioria dos cidadãos, para não sofrer o mal ameaçado, abster-se-á de realizar o fato proibido.

Naquilo que é fundamental, duas são as possibilidades a serem consideradas. Ou se proíbe, unicamente, a comissão dolosa do fato (e se deixa impune, pela sua menor gravidade, a modalidade culposa) ou se proíbem ambas as formas de atuação.

(38) Ao menos assim deveria ser, ainda que não seja isso o que sempre sucede. As vezes, os delitos são tipificados não no interesse da comunidade, mas sim no interesse de um grupo que se socorre do Direito Penal para proteger um privilégio.

Porém, se apenas está proibida a forma dolosa, então não se pode dizer que ninguém tem motivação jurídico-penal para deixar de comportar-se com imprudência ou negligência. Em outras palavras: ou o legislador quer prevenir também a forma culposa e então a ameaça com uma pena, ou renuncia ao fato de ameaçá-la com uma pena, e, com isso, renuncia colocar em marcha o mecanismo inibidor, renunciando, finalmente, com isso, à proibição.

Tendo em conta toda a exposição, poderia distinguir-se entre impunidade por falta de tipicidade e impunidade por falta de “culpabilidade”, de acordo com os critérios a seguir.

No campo da tipicidade movimentamo-nos dentro das condutas graves, cuja não-comissão se quer motivar mediante o mecanismo da pena. Como o legislador unicamente pode motivar condutas *corretas*, aqui está o limite daquilo que, racionalmente, pode proibir: se o indivíduo se comporta cuidadosamente e, não obstante, lesionar um bem jurídico (o que está fora de seu controle), isto não pode constituir uma conduta proibida, pois aquilo que o Direito pretendia (e podia) produzir ocorreu: que se atuasse diligentemente ao executar a ação.

Dentro daquilo que o legislador pode motivar, há que distinguir entre a ameaça com uma pena para que o indivíduo se abstenha de lesionar *intencionalmente* um bem jurídico ou para que se abstenha de realizar uma conduta *imprudente* que colocaria em perigo a integridade de um bem. Se o legislador se decide a não castigar (por sua escassa gravidade) a comissão imprudente de um fato, então está claro que renuncia a atuar, nesse particular, motivadoramente, isto é: renunciar à proibição.

O que tradicionalmente se denomina falta de culpabilidade faz referência a um fundamento totalmente distinto de impunidade.

Com o juízo de antijuridicidade, o legislador coloca um fator geral condicionante para que os cidadãos se abstenham de realizar determinadas condutas.

Existem, não obstante, certas pessoas inacessíveis do ponto de vista da motivação; seja por sua inimputabilidade permanente ou transitória, seja porque — ao desconhecer a proibição — não tiveram, tampouco, ocasião de deixar-se influir por ela. Por estar suficientemente delimitado quais são essas pessoas, nestes casos, pode prescindir-se de impor a pena sem que por isso a prevenção geral sofra; pois os imputáveis sabem que para eles essa impunidade não é regra, e, portanto, seguem tendo os mesmos motivos (o de elidir a imposição da pena) para comportar-se de acordo com o Direito; e os “inculpáveis”, por seu lado, por não serem acessíveis (por diferentes causas) à motivação punitiva, não vão delinquir mais ou menos porque são ou não castigados.

Finalmente, como nestes casos de “inculpabilidade” não se necessita, em absoluto, da pena, para cumprir os fins de prevenção especial, ou é muito mais efetiva a imposição de uma medida de segurança, a execução de um castigo é perfeitamente desnecessária.

Creemos que, com esta delimitação entre tipicidade e culpabilidade, não somente se está estabelecendo essa vinculação entre sistema penal e política criminal, pela qual, recentemente, pronunciaram-se SCHIMID-HAUSER e ROXIN, como, também, nos afastamos dos exageros sistemático-ontológicos aos quais chegou o finalismo, para algo tão real como a punição de uma pessoa e o conseqüente sofrimento que a pena acarreta, em dependência de um fato sem conexão, como é o conceito ontológico de ação (e, em conseqüência deste, o de pertencer o dolo ao tipo).

Se o tipo de proibição quer dizer descrição da conduta que por sua gravidade se quer prevenir, então se entende perfeitamente por que se castiga (como participação delitiva) a contribuição de alguém para a realização da conduta que, por sua gravidade, o legislador ameaçou com uma pena. E se entende também por que não se pode castigar como partícipe a quem, unicamente, contribui para uma conduta de pouca transcendência e que, por isso, o legislador não considerou digna de ser tipificada (39).

No primeiro caso, castiga-se o partícipe porque contribui na produção de um fato grave (tipicamente previsto). E, no segundo, fica impune o que se limita a ajudar a consumação de um fato de pouca transcendência (atípico).

Assim mesmo explica-se por que deve castigar-se (40) um fato *típico* (proibido) e inculpável. Pois a conduta do executor é, em tal caso, uma das que o legislador quer prevenir: os motivos que fundamenta a impunidade do autor direto — sua inacessibilidade ao efeito inibitório do castigo — não valem para o terceiro “imputável”, acessível a ele e a todos os que são como ele — a motivação penal; a punição do terceiro “imputável”, em tais casos, contribui para que se previnam as condutas de contribuição e fatos que, por típicos, são jurídico-penalmente indesejados.

2 — Chegamos ao final deste trabalho. Estamos conscientes de que as idéias e fundamentos sistemáticos aqui expostos constituem apenas uma fragmentada colocação.

Para submeter à prova a sua validade e utilidade, seria preciso examinar a que resultados conduzem, em relação às distintas eximentes, agravantes e atenuantes, e, em geral, se eram ou não idôneos para sustentar uma detalhada exposição da Parte Geral do Direito Penal.

(39) Como já se assinalou, surgem lacunas de punibilidade quando se contribui para uma conduta atípica, e, por tratar-se de um delito especial próprio, está excluída a autoria mediata do “extraneus” que se utilizou do executor como instrumento. Porém, cobrir lacunas de punibilidade é tarefa do legislador e não do intérprete; e deste não se pode exigir que faça passar como contribuição a uma conduta típica (que faça passar por conduta delitiva) o que na realidade é uma contribuição para uma conduta penalmente não prevista.

(40) Como deve castigar-se (como autoria mediata em todos os casos, ou como autoria mediata em uns e como participação em outros casos) é um problema que aqui não pode ser enfrentado. O que se pode afirmar é que, se realmente existe algum obstáculo que se opõe à punição dessa conduta de promoção, por imputável, do fato típico e inculpável de outro, então, é uma exigência *de lege ferenda* que o referido obstáculo seja removido pelo legislador.

Obras publicadas pela
Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar) ou pelo
Reembolso Postal

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 65.

Preço do exemplar: Cr\$ 60,00

	Cr\$
— nº 66 (abril a junho de 1980)	120,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 60)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

— 5º volume, contendo 336 páginas

Ato Institucional nº 10	
Atos Complementares n.ºs 52 a 56	
Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00

— 6º volume, contendo 488 páginas

Ato Institucional nº 11	
Atos Complementares n.ºs 57 a 62	
Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
- 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
- 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
- 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
- 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto	30,00
- 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto	35,00
- 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
- 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
- 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
- 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00
- 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção)	
Atos Complementares n.ºs 98 e 99	
Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65	40,00

	Cr\$
"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos)	45,00
"PARTIDOS POLITICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos"	70,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)	
– 1ª volume (3 tomos)	
– Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "ins- titui o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tra- mitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)	
– 2ª volume (2 tomos)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– 3ª volume	
– Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que "reti- fica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil"	
– Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que "adap- ta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona"	
– Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que men- ciona"	
Preço da coleção	180,00
"PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legis- lação da Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos)	70,00

	Cr\$
"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"	
– Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos)	150,00
"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda	70,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA"	
(3ª edição – agosto de 1978)	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978	25,00
"LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL" (2ª ed.) ...	100,00
– Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – <i>anotada</i>	
– Histórico das Leis (tramitação legislativa)	
– Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura	
"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (edição novembro de 1979)	250,00
– Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente	
– Exposição de Motivos do Anteprojeto	
"INQUILINATO" (edição de 1980)	150,00
– Lei nº 6.649, de 16-5-79, alterada pela Lei nº 6.698, de 15-10-79.	
– Quadro comparativo anotado da legislação vigente com a legislação anterior	
– Glossário	
– Histórico (tramitação legislativa) da legislação vigente	

	Cr\$
“PARTIDOS POLÍTICOS” (edição 1980)	100,00
– Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21-7-71) texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
– Resoluções do TSE	
“CÓDIGO PENAL” (edição 1980)	250,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 -- texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1980)	250,00
– Lei nº 6.620, de 17-12-78	
– Índice temático	
– Ementário da Legislação	
– Comparações e anotações	
– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)	

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
 Instituto Nacional do Livro
 Senado Federal
 Câmara dos Deputados
 Supremo Tribunal Federal
 Tribunal Federal de Recursos
 Superior Tribunal Militar
 Tribunal Superior Eleitoral
 Tribunal Superior do Trabalho
 Assembléias Legislativas
 Tribunais de Justiça
 Faculdades de Direito

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

REEMBOLSO POSTAL

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.