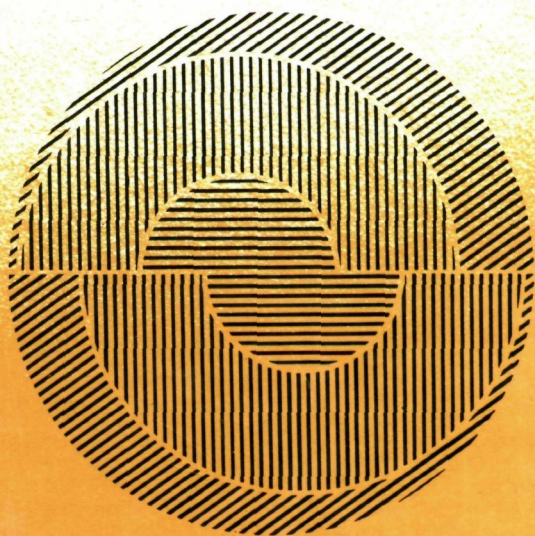


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
JULHO A SETEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 99

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 25 n. 99 jul./set. 1988

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)

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

(1964-1988)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

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	n. 99	a. 25	Jul./set. 1988
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964-1988 Leyla Castello Branco Rangel
1988 Ana Maria Villela

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Villela, Anna Maria, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

EDITORIAL

Pág.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Quarenta Anos Decorridos — <i>Beatriz Elizabeth Caporal Gontijo de Rezende</i>	5
--	---

COLABORAÇÃO

Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	9
O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente — <i>Ministro Sidney Sanches</i>	19
Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas. Evolução de conceitos e aplicação na administração pública brasileira — <i>Daisy de Asper Y Valdés</i>	29
Constituinte e Constituição — <i>Jarbas Maranhão</i>	57
Direito administrativo inglês — <i>J. Cretella Júnior</i>	69
O reerguimento econômico (1903-1913) — <i>Mircea Buescu</i>	91
Costume: forma de expressão do direito positivo — <i>Marta Vinagre</i> ..	109
Os direitos individuais — <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	127
A arte por computador e o direito de autor — <i>Carlos Alberto Bittar</i> ...	161
Victimologia y criminalidad violenta en España — <i>Miguel Polaino Navarrete</i>	165
Participação da comunidade na área penitenciária — Necessidade de melhor apoio legal — <i>Armida Bergamini Miotto</i>	183
A conversão da dívida — <i>Arnoldo Wald</i>	217
Selección y formación del personal penitenciario en Argentina — <i>Juan Luis Savioli</i>	225
O problema teórico das lacunas e a defesa do consumidor. O caso do art. 159 do Código Civil — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	239
Criminalidade e política criminal — <i>Francisco de Assis Toledo</i>	247
As eleições municipais de 1988 — <i>Adhemar Ferreira Maciel</i>	257
A legislação agrária e o federalismo, leis federais e leis estaduais — <i>José Motta Maia</i>	263
Mudança política e política de desenvolvimento regional no Brasil desde o ano de 1964 — <i>Horts Bahro e Jürgen Zepp</i>	285
Atos políticos e atos de governo. Realidades diversas, segundo a teoria tetraédrica do direito e do Estado — <i>Marques Oliveira</i>	311

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	325
---	-----

Declaração universal dos direitos do homem

— Quarenta anos decorridos

“Do pó vieste e a ele retornarás.” Essa insofismável verdade, quer como a interprete cada um, jamais obstaculizou que o homem, em sua transitória existência, partisse ao encontro de suas prerrogativas pessoais, ou seja, de sua própria dignidade.

Quarenta anos são decorridos da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas, em dez de dezembro de 1948.

Comemora a humanidade um acontecimento histórico, porquanto representa a culminância do seu mais pungente anseio: coexistir, vendo reconhecidos os direitos subjetivos que lhe permitirão atingir, um dia, a plenitude de um ideal de justiça, fruto, sobretudo, da luta dos povos para que se lhes afigurasse um futuro melhor.

Ante tão memorável conquista, convém reportarmo-nos à trilha árdua, percorrida pelas nações na fantástica busca de identidade, do direito à vida e à liberdade.

A atuação do homem, desde o seu aparecimento, mostra ter sido o embate pelos direitos fundamentais da pessoa uma constante no decorrer da sua evolução.

Assim, a regulamentação dos Poderes do Estado para defender o indivíduo da opressão foi esboçada já pelos povos da Antigüidade. Na Grécia, Pitágoras definiu o HOMEM como sendo "a medida de todas as coisas". Nas doutrinas de Aristóteles e Platão encontra-se o germe das teorias filosóficas e jurídicas que enfocam a personalidade humana e os seus direitos e deveres na sociedade.

Não se pode, contudo, duvidar de que a mais antiga afirmação de liberdade e de igualdade surgiu dos ensinamentos de Cristo, quando, subordinando todos os direitos e deveres à moral, à caridade e ao amor, reconheceu na pessoa os atributos que lhe dão a dignidade de ser.

Peregrinando por períodos de trevas e luz, o homem não mediu esforços para ver estabelecidas as prerrogativas individuais em face de um mundo obcecado pelo poder, onde o mais frágil, não raras vezes, era vilipendiado.

Não hesita a História em apontar as grandes conflagrações e o sofrimento dos povos dominados como propulsores de um processo gradativo

de respeito ao indivíduo, cujo ápice foi alcançado com a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.

Precederam-na muitos documentos de grande importância, tornando-se subsídios para que esses direitos passassem, de meras cogitações teóricas, ao campo das realizações práticas, no domínio jurídico, social e político. Citemos, entre outros, a Magna Charta Libertatum, de 1215, a Petition of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, o Bill of Rights, de 1689, a Declaração de Virgínia, de 1776. Merecem destaque a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1779, a Carta do Atlântico, de 1941, assim como a Declaração americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948.

Poucos documentos tiveram, na história do direito, a influência da Declaração francesa, que assombrou o mundo, gerando as bases de uma nova ordem constitucional, contraposta ao absolutismo monárquico. Composta de dezessete artigos, atinge, nobremente, o seu escopo quando define: “todos os homens nascem livres e são iguais nos seus direitos”.

Aos povos das Américas abriram-se novos horizontes com a consagração dos direitos essenciais da pessoa, através da Declaração americana dos Direitos e Deveres do Homem. Contendo dois capítulos e 37 artigos, cuja abrangência tende a exaurir um ideal há tanto acalentado é, sem dúvida, um instrumento jurídico de exponencial beleza.

Neste século, vale ressaltar, ainda que se faça a abstração de todos os conflitos entre Estados e das revoluções determinantes da mudança de seus regimes políticos, as duas Guerras Mundiais de 1914 e 1939 trouxeram tais perturbações na vida dos povos, que, inevitavelmente, repercutiram em toda a Terra. Daí, evidenciou-se, com vigor, a necessidade da definição internacional dos direitos do homem e a conseqüente necessidade da imposição de normas que garantissem o respeito à pessoa pelos Estados e pelos povos.

Portanto, em plena guerra (1939/1945), foram proclamadas, em janeiro de 1941, na CARTA DO ATLÂNTICO, as já famosas QUATRO LIBERDADES CONSIDERADAS ESSENCIAIS: a liberdade de pensamento, a liberdade de não ter medo, a liberdade de imprensa e a liberdade de religião. Tal carta teve forte influência, ao apontar o caminho para o reconhecimento de outras liberdades igualmente fundamentais.

Finalmente, após um longo percurso, onde candeias pouco a pouco se acendiam, foi dado o grande e decisivo passo rumo ao reconhecimento dos direitos da pessoa humana, quando em 10 de dezembro de 1948, em São Francisco da Califórnia, foi proclamada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O caráter abrangente dos seus 30 artigos, que visam a garantir não somente os direitos civis, mas também os direitos sociais relativos ao trabalho, à saúde e à educação, tornou esse documento inspirador de Constituições de países democráticos, entre os quais se inclui o Brasil, transformando-se em apoio sólido a quaisquer movimentos reivindicatórios em prol da dignidade humana.

No que concerne ao Brasil, o capítulo dos direitos do homem e de suas garantias individuais vem sendo tratado com especial atenção no projeto da nossa nova Lei Maior. Registra-se a respeito um destaque nunca antes verificado em outras Constituições brasileiras. Maior amplitude e especificidade foram dadas às normas ali enunciadas.

Por conseguinte, conclui-se do exposto terem os povos avançado rumo à liberdade, ao direito à vida, à igualdade e à segurança. Cumpre-lhes, todavia, prosseguir alerta quanto a esse legado, pois enquanto houver homens capazes de questionar, com serenidade, páldas verdades, reformulando princípios, certamente será a negação do caos. Antes, registrar-se-ão a paz, o desassombro e a coragem da busca.

Texto de Beatriz Elizabeth Caporal Gontijo de Rezende

Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph. D. (Cambridge), Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Professor de Direito Internacional Público do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Professor Titular da Universidade de Brasília

Decorridas quatro décadas desde a adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de dezembro de 1948, o valor jurídico das mesmas, e seu alcance, podem ser hoje apreciados de perspectivas distintas. Podem, de início, ser examinadas no plano *normativo* assim como no plano *processual ou operacional*. Podem, ademais, ser considerados em seu impacto e projeção “linear” na evolução da proteção internacional dos direitos humanos, assim como em dimensão distinta, a de sua interação com outros instrumentos voltados à salvaguarda internacional dos direitos humanos, de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis.

Consideremos, de início, as duas Declarações a partir de sua *projeção normativa*. Constituíram ambas um ímpeto decisivo no processo de *generalização* da proteção internacional dos direitos humanos que as quatro

Conferência proferida pelo autor, como professor convidado, no Seminário Internacional Comemorativo do 40º Aniversário da Adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, co-patrocinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, pela Pontifícia Universidad Javeriana, e pelo Ministério das Relações Exteriores da Colômbia, e realizado em Bogotá, Colômbia, de 26 a 29 de abril de 1988. — Ressalta o Autor que os conceitos e argumentos contidos no presente estudo são emitidos unicamente em sua *capacidade puramente pessoal*.

últimas décadas têm testemunhado. Este processo passou a visar a proteção do ser humano como tal, e não mais sob certas condições ou em setores circunscritos como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da OIT etc.). As declarações sobre direitos humanos abriram caminho para a adoção de tratados sobre a matéria, a exemplo da Declaração Americana de 1948, à qual se seguiu a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, e da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1963, seguida pela Convenção das Nações Unidas de 1965 sobre a matéria.

No caso da Declaração Universal de 1948, foi seguida tanto por tratados "gerais" de direitos humanos, como os dois Pactos das Nações Unidas, de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, compreendendo medidas de implementação, e complementando o projetado "International Bill of Human Rights", quanto por tratados "especializados", voltados a setores ou aspectos especiais da proteção dos direitos humanos. Quanto a estes últimos, referências expressas à Declaração Universal de 1948 constam dos preâmbulos das Convenções das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), da Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid* (1973), da Convenção Relativa ao Status dos Refugiados (1951), da Convenção Relativa ao Status dos Apátridas (1954), da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984), da Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação (1960), da Convenção da OIT (n.º 111) sobre Discriminação Relativa a Emprego e Ocupação (1958).

Similarmente, referências expressas à Declaração Americana encontram-se nos preâmbulos da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e na Convenção Interamericana contra a Tortura (1985). Ademais, e muito significativamente, as três convenções *regionais gerais* sobre direitos humanos também contêm referências expressas em seus preâmbulos à Declaração Universal de 1948: é o caso da citada Convenção Americana, assim como da Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) e da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981). A Declaração Universal afigura-se, assim, como a fonte de inspiração e um ponto de irradiação e convergência dos instrumentos sobre direitos humanos a níveis tanto global quanto regional. Este fenômeno vem a sugerir que os instrumentos globais e regionais sobre direitos humanos, inspirados e derivados de fonte comum, *se complementam*, desviando o foco de atenção ou ênfase da questão clássica da estrita delimitação de competências para a da garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos.

Sob esta ótica, ficam descartadas quaisquer pretensões ou insinuações de supostos antagonismos entre soluções globais ou regionais, porquanto a multiplicação de instrumentos — globais e regionais, gerais ou especializados — sobre direitos humanos teve o propósito e a consequência de

ampliar o âmbito da proteção devida às vítimas presumidas. Tanto é assim que a Convenção Americana de 1969 teve o cuidado de incluir, em seu preâmbulo, referência igualmente aos princípios pertinentes “reafirmados e desenvolvidos” em distintos instrumentos “tanto de âmbito universal como regional”. E, duas décadas antes, a Declaração Americana de 1948, ao mesmo tempo em que afirmava que a proteção internacional dos direitos humanos deve ser “guía principalísima del derecho americano en evolución”, declarava que os direitos humanos essenciais reconhecidos em ocasiões reiteradas pelos Estados Americanos baseiam-se nos “atributos da pessoa humana”.

Do ponto de vista normativo, resulta, pois, do processo de generalização da proteção dos direitos humanos, que a unidade conceitual dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, veio a transcender as distintas formulações de direitos reconhecidos em diferentes instrumentos. A multiplicação de tais instrumentos parece antes um reflexo do modo pelo qual tem ocorrido e se desenvolvido ao longo dos anos o processo histórico de *generalização* da proteção da pessoa humana no plano internacional, e da regulamentação da sociedade internacional descentralizada de nossos dias na qual tais instrumentos devem operar. Ante a fragmentação histórica do *jus gentium* clássico no *jus inter gentes* contemporâneo, as conseqüências de uma centralização ou hierarquização de instrumentos ainda não puderam, até o presente, ser previstas, antecipadas ou propriamente avaliadas.

Ainda no plano normativo, há outro aspecto, e dos mais significativos, a ser ressaltado: o da interação entre as declarações de direitos humanos e os dispositivos das cartas constitutivas de organizações internacionais voltadas à observância dos direitos humanos. Assim, e.g., os artigos 1, 55, 56, 13(1), 62 e 68 da Carta das Nações Unidas, juntamente com os dispositivos da Declaração Universal de 1948, têm servido de base para a ação das Nações Unidas nesta área, assim como de fonte normativa para múltiplos instrumentos sobre direitos humanos. Desse modo, tanto os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas quanto suas convenções “especializadas” acima citadas, referem-se em seus preâmbulos não só à Declaração Universal (*Supra*) como também à Carta das Nações Unidas. A nível regional, a Convenção Americana se refere tanto às Declarações Americana e Universal quanto à Carta da OEA, cabendo lembrar que, anteriormente à Convenção, o sistema interamericano de salvaguarda dos direitos humanos voltou-se, nos primórdios de sua evolução, à salvaguarda dos direitos consignados na Declaração Americana, paralelamente aos artigos 13 e 5(j) da Carta da OEA em sua redação original (após o Protocolo de Buenos Aires, de 1967, aos artigos 16 e 3(j)). A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a seu turno, refere-se às Cartas da OUA e da ONU.

A nível global, a interação entre a Declaração Universal e a Carta das Nações Unidas explica-se pelo fato de que, como os dispositivos rele-

vantes desta última não definem ou catalogam os direitos humanos, os próprios órgãos das Nações Unidas têm não raro utilizado a Declaração Universal como fonte de interpretação dos dispositivos sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas. A tese segundo a qual as declarações sobre direitos humanos têm o *status* de “interpretações autênticas” (“authoritative interpretations”) tem sido bastante discutida na doutrina; no entanto, no caso da Declaração Universal, mesmo os mais críticos (a ela atribuindo caráter puramente recomendatório) reconhecem seu considerável impacto não apenas em instrumentos sobre direitos humanos e numerosas outras resoluções das Nações Unidas, como também em tratados multilaterais e bilaterais, constituições e legislações nacionais e decisões judiciais.

O prolongado lapso de tempo — 18 anos — entre a adoção e proclamação da Declaração Universal e a adoção dos Pactos (e Protocolo Facultativo) contribuiu para realçar o impacto da Declaração, e para florescer a tese de que alguns de seus princípios teriam com o passar dos anos se cristalizado em direito internacional consuetudinário, ou se configurado como expressão dos princípios gerais do direito, invocados em processos nacionais e internacionais. A própria Corte Internacional de Justiça tomou conhecimento judicial da Declaração, e, em julgamento de 1980 (caso do *Pessoal Diplomático e Consular dos EUA em Teerã*), referiu-se expressamente à Declaração Universal em combinação com os princípios da Carta das Nações Unidas. Significativamente, os dispositivos obrigatórios da Carta em matéria de direitos humanos têm retido sua importância particularmente *vis-à-vis* Estados membros que — em número decrescente — ainda não ratificaram ou aderiram às convenções sobre direitos humanos⁽¹⁾.

(1) Em defesa da pronta adesão do Brasil aos Pactos das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e à Convenção Americana de Direitos Humanos (pendentes de aprovação parlamentar no Congresso Nacional desde outubro/novembro de 1985 até o presente), cf. A.A. CANÇADO TRINDADE, “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, *Diário da Assembléia Nacional Constituinte — Atas das Comissões*, Brasília, vol. I, supl. nº 66, 1987, p. 111, e cf. pp. 109-115. Ao se divulgar no Brasil a recente elevação do número de instrumentos de ratificação (ou adesão) da Convenção Americana de Direitos Humanos, deu-se destaque às relevantes implicações desse “novo quadro regional promissor de gradual emancipação da pessoa humana *vis-à-vis* seu próprio Estado”, que “não poderão passar despercebidas de nossos juristas e governantes, tanto nos países que ratificaram instrumentos como a Convenção Americana de Direitos Humanos e os Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como nos países que lamentavelmente ainda não o fizeram”; A.A. CANÇADO TRINDADE, *Resenha do Livro European Human Rights Convention in Domestic Law — A Comparative Study* de A. Z. Drzemczewski, in 60/61 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1985) p. 540. Argumentou-se, ademais, que, enfocada a questão da vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outros tratados sobre a matéria do ângulo dos Estados, “é certo que a ratificação, por estes, de instrumentos como a Convenção Americana e os Pactos da ONU de Direitos Civis e Políticos e de

(Continua)

Assim, independentemente das posições individuais de Estados membros das Nações Unidas em relação a convenções das Nações Unidas sobre direitos humanos, instrumentos tecnicamente não-mandatários (resoluções de modalidades distintas) têm igualmente exercido efeitos jurídicos sobre Estados membros da Organização. Recorde-se, na mesma linha, que, sob o mecanismo especial da OIT relativo a liberdade de associação, estabelecido em 1950, com base no argumento de que o princípio da liberdade de associação se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, reclamações sobre a matéria podem ser impetradas mesmo contra Estados que não se encontram formalmente obrigados pelas convenções da OIT sobre liberdade de associação, em virtude de sua condição de Estados membros da OIT. Ressalte-se, ademais, que o Comitê de Direitos Humanos (sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos) recentemente dirigiu um de seus "comentários gerais" (sob o artigo 40(4) do Pacto) a "todos os Estados, sejam Partes ao Pacto ou não". A nível regional, outra ilustração é fornecida pelo sistema de operação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos *vis-à-vis* Estados que não são Partes à Convenção Americana de Direitos Humanos.

No campo da salvaguarda internacional dos direitos humanos, das Declarações Universal e Americana de 1948 até nossos dias, constata-se, assim, o fenômeno da *coexistência de instrumentos de natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis*, não apenas em diferentes esferas de aplicação (universal e regional) mas também dentro de um mesmo sistema (e.g., instrumentos das Nações Unidas, instrumentos interamericanos). No caso da Declaração Americana, adotada pela IX Conferência Internacional dos Estados Americanos (e acompanhada pela Carta Americana de Garantias Sociais, também de abril de 1948), foi ela também precedida de instrumentos regionais de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis, cobrindo geralmente determinadas situações ou categorias de direitos (e.g., convenções sobre direitos de estrangeiros e cidadãos naturalizados, e sobre asilo, e resolução de Lima de 1938 como "antecedente" da Declaração Americana).

(Continuação da nota 1)

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constitui a condição *sine qua non* para um tratamento com *seriedade* por parte dos Estados em questão da proteção dos direitos humanos tanto a nível internacional quanto nacional"; A.A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução das Competências dos Órgãos Políticos Internacionais: Os Casos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos", 28 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1985) nº 109/110, p. 132. A interação entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional neste domínio possibilita melhor compreensão da operação da noção de "garantia coletiva" subjacente a tratados que estabelecem mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos; A.A. CANÇADO TRINDADE, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 27 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) pp. 342, 344 e 375-384. A proteção dos direitos básicos da pessoa humana *não* se esgota, como *não* poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável "competência nacional exclusiva"; A.A. CANÇADO TRINDADE, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 39 e 33.

Resoluções declaratórias, tais como as atinentes aos direitos humanos, não hão, assim, de ser minimizadas: são juridicamente relevantes, induzindo, influenciando e condicionando a prática dos Estados, colocando-os na obrigação de considerá-las de boa fé, e fornecendo indicações significativas para a verificação da existência de uma *opinio juris*. No curso do processo de generalização e expansão da proteção internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal de 1948, juntamente com os dispositivos sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas foram invocados e serviram de base precisamente ao estabelecimento de instrumentos e mecanismos de proteção dos direitos humanos. O alcance das Declarações Universal e Americana, decorridas quatro décadas, em muito ultrapassou ao que poderiam originalmente antever seus redatores.

No presente contexto, tem-se feito uso do direito internacional no propósito de ampliar e aprimorar a proteção dos direitos humanos. Com a gradual entrada em vigor, nos últimos anos, de múltiplas e sucessivas convenções sobre direitos humanos, resoluções sobre a matéria, embora declaratórias, não perderam seu valor jurídico, nem diminuiu este último em importância, considerando que vários Estados não ratificaram ou aderiram, até o presente, àquelas convenções. Para tais Estados, em especial, as resoluções declaratórias têm retido seu valor pleno em termos práticos, em interação com os dispositivos pertinentes sobre os direitos humanos dos instrumentos constitutivos das organizações internacionais dentro das quais foram adotados, trazendo maior precisão a estes, e fortalecendo assim as obrigações previstas nas referidas cartas constitutivas.

Ilustração das mais pertinentes e enfáticas neste sentido encontra-se na recente Resolução n.º 3/87 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso n.º 9.647, concernente aos Estados Unidos: ali chegou a Comissão a afirmar, *inter alia*, que, como conseqüência das obrigações internacionais contidas nos artigos 3(j), 16, 51(e), 112 e 150 da Carta da OEA, “as disposições de outros instrumentos da OEA sobre os direitos humanos adquiriram força obrigatória”. A Comissão esclareceu que tais instrumentos são seu Estatuto e Regulamento e — precisamente — a Declaração Americana de 1948. Com efeito, os atuais Estatuto (de 1979, artigo 1(2)) e Regulamento (de 1980, modificado em 1985, artigos 26(1), 31ss. e 51ss.) deixam claro que por “direitos humanos” se há de entender tanto os direitos definidos na Convenção Americana de Direitos Humanos quanto os consagrados na Declaração Americana de 1948. Conforme expressamente reconhecido pela Comissão, como “órgão autônomo” da OEA (Regulamento, cit., artigo 1(1), e cf. Estatuto, cit., artigo 1(1), na citada Resolução n.º 3/87 (caso n.º 9.647), as disposições sobre direitos humanos da Declaração Americana derivam seu caráter normativo ou “força obrigatória” de sua interação com as disposições relevantes (cit. *supra*) da própria Carta da OEA.

Mesmo para os Estados que efetivamente ratificaram ou aderiram a convenções sobre direitos humanos, as resoluções declaratórias sobre a

matéria têm igualmente mantido seu valor jurídico (em interação com os dispositivos pertinentes das referidas cartas constitutivas), na medida em que consagram um ou outro direito que não consta daquelas convenções. Por exemplo, a Declaração Americana de 1948 inclui em seu elenco, a par dos direitos civis e políticos clássicos, alguns direitos de conteúdo econômico, social e cultural (artigos XIII a XVI e XXII), enquanto que, na Convenção Americana de 1969, prevalece até o presente uma lacuna histórica em relação a esta categoria de direitos, porquanto a Convenção limita-se a dispor sobre seu “desenvolvimento progressivo” (artigo 26), para tal referindo-se às normas econômicas, sociais e culturais da Carta (emendada) da OEA. Como se sabe, procura-se hoje remediar esta lacuna ou insuficiência histórica mediante o atual Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Enquanto perdura esta situação insatisfatória, os artigos da Declaração Americana voltados a esta categoria de direitos (*supra*), em combinação com os dispositivos relevantes da Carta da OEA (artigos 16 e 3(j), além dos artigos 51, (e), 112 e 150), poderiam talvez servir de base para fortalecer o grau de proteção da pessoa humana no domínio econômico, social e cultural, mediante processo de interpretação e construção jurisprudencial, — extensivo igualmente aos Estados Partes e não-Partes à Convenção Americana. Não deve passar aqui despercebido que o atual Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (de 1980, com as modificações introduzidas em 1985) autoriza a Comissão a solicitar aos Estados membros da OEA informações anuais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais consagrados na Declaração Americana de 1948 (artigo 64 (2)).

O fenômeno, da maior relevância, da coexistência e interação de instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis faz-se presente tanto no plano *normativo*, até aqui considerado, como no plano *processual*. Voltemos, pois, agora, nossas reflexões ao plano processual. Como se sabe, são três os principais métodos de implementação internacional dos direitos humanos: o sistema de petições ou reclamações ou comunicações, o sistema de relatórios e o sistema de determinação dos fatos e investigações. O primeiro (sistema de petições) é acionado ou “provocado” pelas supostas vítimas, autoras das reclamações, ao passo que os dois últimos (sistemas de relatórios e investigações) constituem métodos de controle exercidos *ex officio* pelos órgãos de supervisão internacional.

Das Declarações Universal e Americana de 1948 até nossos dias, os instrumentos internacionais voltados ao propósito comum de salvaguarda dos direitos humanos formam um *corpus* de regras bastante complexo, distintos quanto a suas origens, a seu conteúdo e efeitos jurídicos, a seu âmbito de aplicação, a seus destinatários ou beneficiários, a seu exercício de funções e a suas técnicas de controle e supervisão. Este fenômeno, que poderíamos denominar de *diversidade de meios e identidade de propósito*, pode ocorrer dentro de um mesmo sistema de proteção, conforme perti-

nentemente ilustrado pela evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Os próprios órgãos de supervisão internacional têm operado sobre bases jurídicas distintas. Há, em primeiro lugar, os órgãos estabelecidos pelos tratados ou convenções de direitos humanos respectivos, cujos poderes são por estes precisados (e.g., Comitê sobre Direitos Humanos, Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, "Grupo de Três" sob a Convenção de 1973 contra o *Apartheid*, Comitê (das Nações Unidas) contra a Tortura, Corte e Comissão Européias sobre Direitos Humanos, Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos (tais como estabelecidas pela Convenção Americana), Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos). Há, em segundo lugar, os órgãos que atuam com base nos instrumentos constitutivos das organizações internacionais (e.g., o Conselho de Tutela das Nações Unidas; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, antes da Convenção Americana, e após o Protocolo de Buenos Aires de 1967, como órgão da OEA). Há, em terceiro lugar, os órgãos que derivam sua capacidade de agir de instrumentos outros que tratados, a saber, resoluções de órgãos internacionais (e.g., o recém-criado Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sucessor do Grupo de Trabalho Sessional de Peritos Governamentais sobre a Implementação do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e sua Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a partir de sua criação original em 1959). Observe-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o único órgão que recai a um tempo sob as três categorias acima, o que reflete a complexidade do sistema interamericano de proteção.

Se examinarmos os métodos de implementação mais de perto, veremos que o mesmo fenômeno — de distintas bases jurídicas — se aplica a cada um deles em particular. Senão vejamos. No tocante ao sistema de petições ou reclamações ou comunicações, a outorga e o gradual fortalecimento da capacidade processual de supostas vítimas de violações de direitos humanos tem ocorrido nas quatro últimas décadas através da operação de instrumentos que têm sua base jurídica em convenções, ou então em resoluções que, embora tecnicamente não mandatórias, exercem efeitos jurídicos *vis-à-vis* os Estados membros das respectivas organizações internacionais. Assim, paralelamente ao sistema de petições incorporados às convenções ou tratados sobre direitos humanos (*cit. supra*), há instrumentos que *independem* da ratificação de Estados membros (das respectivas organizações internacionais), tais como o sistema da Resolução n.º 1.503, de 1970, do ECOSOC e o sistema da decisão 3.3, de 1978, do Conselho Executivo da UNESCO, para os quais retêm pleno valor jurídico os direitos proclamados na Declaração Universal de 1948, e o sistema de operação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação a Estados que não são Partes à

Convenção Americana, para o qual retêm pleno valor jurídico os direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

O método de relatórios apresenta a mesma diversidade de bases jurídicas. Assim, além das obrigações de encaminhar relatórios incorporados em diversos tratados ou convenções sobre direitos humanos a níveis global e regional, também há os sistemas de relatórios baseados nas cartas constitutivas de organizações internacionais (como, e.g., nas Constituições da OIT, artigos 22 e 19, e da UNESCO, artigo VIII), assim como em resoluções de órgãos internacionais (como, e.g., as do ECOSOC, notadamente o sistema de sua Resolução n.º 1074-C, de 1965).

Enfim, no tocante ao terceiro método, o de determinação dos fatos e investigações, verifica-se a possibilidade de sua operação de forma permanente ou "institucionalizada" ou então em base *ad hoc*. A primeira (base convencional) é ilustrada pela busca de "solução amistosa" (*règlement amiable/friendly settlement*) sob distintos tratados ou convenções sobre direitos humanos, seja no curso do exame de petições ou comunicações, seja na condução de observações *in loco* sobre "situações gerais" de direitos humanos. A segunda (base *ad hoc*) é exemplificada pela operação de diversas missões de investigação ou grupos de trabalho *ad hoc*, estabelecidos por resoluções de órgãos internacionais (e.g., no âmbito das Nações Unidas), e voltados à observância dos direitos humanos em determinados países ou então a certas situações envolvendo violações de direitos humanos (como as de pessoas desaparecidas, de execuções sumárias, de êxodos em massa, de tortura, de intolerância religiosa). A atuação simultânea ou concomitante de duas ou mais dessas missões de investigação constitui evidência enfática de sua complementaridade. Para a condução de tais investigações em base *ad hoc*, por vezes independentemente do consentimento dos Estados em questão, retêm pleno valor jurídico os direitos proclamados na Declaração Universal de 1948.

Examinados, assim, o valor jurídico, e seu alcance, das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, quatro décadas após sua adoção, e considerados nos planos tanto normativo quanto processual, tanto em sua projeção "linear" no tempo quanto em sua interação com outros instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos, o campo está aberto a nossas considerações finais. Não poderíamos deixar de destacar o importante papel exercido pelo processo dinâmico de interpretação na evolução da proteção internacional dos direitos humanos. A construção jurisprudencial de distintos órgãos é convergente, ao enfatizar o caráter objetivo das obrigações e a necessidade de realização do objeto e propósito dos tratados ou convenções em questão. Não surpreende tenha havido uma aparente interação de instrumentos de proteção, também no processo de interpretação, dada sua identidade básica de propósito (cf. A. A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro

Décadas”, *Revista de Informação Legislativa* — Brasília (1986) n.º 90, pp. 233-288).

A Convenção Americana de 1969 cuidou de fornecer diretriz expressa de interpretação (artigo 29), pela qual se descarta uma interpretação dos dispositivos da Convenção que pudesse restringir ou suprimir o exercício ou gozo dos direitos reconhecidos (na própria Convenção ou outros instrumentos). E a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 admite expressamente a interação interpretativa, ao dispor (artigo 60) que a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos há de buscar inspiração também nas Cartas da ONU e da OUA, na Declaração Universal de 1948 e em outros instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos. Tem havido reconhecimento judicial da interpretação necessariamente *restritiva* de restrições ao exercício de direitos reconhecidos (jurisprudência das Cortes Interamericana e Européia de Direitos Humanos) e da ausência ou impossibilidade de limitações ou exceções “*implícitas*” (adicionais) aos direitos reconhecidos (sob o tratado em questão ou outros instrumentos). Este último ponto, afirmado pela Corte Européia, vem de ser corroborado pela Comissão de Investigação da OIT (nomeada sob o artigo 26 da Constituição da OIT) em seu relatório de 1987 sobre a observância pela República Federal da Alemanha da Convenção (n.º 111) da OIT sobre Discriminação (Emprego e Ocupação) de 1958.

Alcançamos hoje, no presente contexto, um estágio de desenvolvimento em que testemunhamos, no plano *substantivo*, a busca alentadora de um núcleo comum de direitos fundamentais *inderrogáveis*, como conquista definitiva da civilização, ao passo que, concomitantemente, no plano *processual*, continua a prevalecer a ausência de “*hierarquia*” entre os distintos mecanismos de proteção (cf. A. A. Cançado Trindade, “*Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* — Haia (1987), pp. 21-428). Tais mecanismos têm, no entanto, na prática, se reforçado um ao outro, mutuamente, revelando ou compartilhando uma natureza essencialmente complementar (o que é evidenciado, e.g., pela incidência neste domínio do teste da primazia da norma mais favorável às supostas vítimas). O processo histórico da generalização e expansão da proteção internacional dos direitos humanos, das Declarações Universal e Americana de 1948 a nossos dias, tem sido marcado pelo fenômeno da multiplicação dos instrumentos de proteção, os quais se têm feito acompanhar pela identidade básica de propósito e a unidade conceitual (indivisibilidade) dos direitos humanos. Tal fenômeno tem, desse modo, acarretado a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. No presente contexto, o que mais importa, em última análise, é precisamente o grau ou nível da proteção devida, e não o plano ou nível no qual ela é exercida. Da adoção das Declarações Universal e Americana de 1948 até nossos dias, tem-se feito uso do direito internacional, no presente domínio, como indicado, para aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos reconhecidos.

O poder judiciário e a tutela do meio ambiente

Ministro SYDNEY SANCHES
Supremo Tribunal Federal

Farei, inicialmente, breve retrospectiva sobre o ordenamento jurídico em vigor no Brasil, nos pontos que me parecem de maior interesse, buscando com isso simplesmente lembrar certas normas de direito material e processual que podem fundamentar e instrumentalizar a tutela jurisdicional pretendida.

1. Começarei pela Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, que atribui competência à União para legislar, dentre outras matérias, sobre direito civil, comercial, penal, processual, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; sobre defesa e proteção da saúde; sobre produção e consumo; sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca, águas e energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra); sobre comércio exterior e interestadual; sobre regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre (art. 8.º, XVII, alíneas "b", "d", "h", "i", "l", "m") e também para planejar e promover o desenvolvimento nacional (inc. V), estabelecer e executar planos nacionais de saúde (inc. XIV), autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (inc. VII), organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações.

Há em tudo isso matéria ligada, direta ou indiretamente, à proteção do meio ambiente, ou em que esta se torna necessária.

1.1. O parágrafo único do art. 8.º da CF ainda esclarece que a competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas *c*, *d*, *e*, *n*, *q* e *v* do item XVII, respeitada a lei federal, dentre as quais destaco aqui a alínea "c", que, como já se

Exposição no Seminário Internacional de Direito Ambiental, promovido pela Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em conjunto com a Confederação Nacional do Ministério Público e University of Illinois, EUA, em 5 de maio de 1988.

viu, diz respeito também à saúde e à previdência social, a letra “d”, à produção e consumo, e a letra “n”, que concerne ao tráfego e trânsito nas vias terrestres.

1.2. De se lembrar, ainda, a autonomia municipal que é assegurada pelo art. 15 da CF, inclusive para administração própria, no que respeite a seu peculiar interesse, inclusive, no que aqui interessa, quanto à organização dos serviços públicos locais.

1.3. Ainda na Constituição Federal outros dispositivos devem ser referidos.

Já o *caput* do art. 153 assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade e à segurança.

1.4. Dentre os vários parágrafos, direito de representação e petição aos Poderes Públicos (art. 153, § 30).

1.5. O § 21 do art. 153, que admite mandado de segurança para proteção de direito subjetivo líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

1.6. O § 31, que considera qualquer cidadão parte legítima para propor ação popular tendente à anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

1.7. O art. 107, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

1.8. O § 28 (do art. 153) que assegura a liberdade de associação para fins lícitos, inclusive, portanto, para defesa dos interesses difusos vinculados à proteção do meio ambiente, o que se estende ao âmbito profissional ou sindical (art. 166).

1.9. O § 35 que assegura a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações.

1.10. E o § 36, segundo o qual a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime dos princípios que ela adota.

1.11. O art. 180 considera dever do Estado o amparo à cultura.

E seu parágrafo único deixa sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas, tudo o que tem a ver também com o meio ambiente (cultural).

1.12. Pelo § 4.º, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

1.13. O art. 165 assegura aos trabalhadores, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social, os direitos

IX — à higiene e segurança do trabalho;

X — à proibição de trabalho, em indústrias insalubres;

XVI — ao seguro contra acidentes do trabalho.

1.14. Como é sabido, o ordenamento jurídico brasileiro permite a arguição incidental da inconstitucionalidade em qualquer processo judicial.

1.15. E confere ao Procurador-Geral da República a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, "1").

1.16. Por outro lado, o art. 15, § 3.º, "d", da CF, confere ao Chefe do Ministério Público local representação interventiva, ou seja, para intervenção do Estado no Município, por inconstitucionalidade de lei municipal, que inobserve princípios indicados na Constituição Estadual, além de outras hipóteses ali referidas: para execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Lembro, de passagem, acórdão do STF, reproduzido na RTJ-105/775, que assim se ementou:

"Ação direta interventiva por inconstitucionalidade.

O STF tem distinguido a ação genérica de inconstitucionalidade de lei em tese ou de ato normativo municipal frente à CF e a ação direta interventiva por inconstitucionalidade de lei municipal em face do princípio indicado na Constituição Estadual. Da primeira não existe no ordenamento jurídico do País o respectivo procedimento. Da segunda, porém, existe o procedimento, e o Chefe do Ministério Público local é parte legítima para propô-la originariamente perante o Tribunal de Justiça."

1.17. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 10 da CF, até a intervenção federal nos Estados é de ser considerada.

1.18. São referíveis, ainda, as normas constitucionais sobre desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social (§ 22 do art. 153), inclusive da propriedade territorial rural (art. 161), as concernentes à exploração de jazidas e minas (art. 168, § 2.º), às terras habitadas por silvícolas (198, § 2.º), sobre assistência à maternidade, à infância e à adolescência (§ 4.º do art. 175), sobre zonas prioritárias para desapropriação de imóveis rurais (§ 2.º do art. 161).

1.19. Todas as normas constitucionais, que acabam de ser mencionadas, além de outras, podem envolver, direta ou indiretamente, interesses e direitos vinculados à defesa do meio ambiente.

1.20. *Vê-se, portanto, que, no âmbito da Constituição Federal ainda em vigor, já é amplo o esteio à tutela ao meio ambiente. Mesmo na esfera de atribuições do Poder Judiciário, quais sejam as estritamente jurisdicionais e as políticas (estas via representações).*

1.21. *A Assembléia Nacional Constituinte, que elabora atualmente a futura Constituição, em sua Comissão de Sistematização, abordou, esparsamente, temas de direito ambiental nos artigos 6.º, §§ 38, 53, 55; 22, inc. I; 25, incisos III e VII; 26, incisos VI a VIII e XV; 37, incisos VIII e IX; 158, inc. III e V; 199, inc. VI; 203, § 3.º; 214; 218, II; 235, VII; 250, parágrafo único; 251, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º; 264; 268, § 2.º; 269, § 1.º*

Vários deles já se encontram aprovados pelo Plenário, em primeiro turno.

E concentrou no Título VIII, que cuida da Ordem Social, todo o Capítulo VI, que trata "Do Meio Ambiente".

Há, inegavelmente, tanto nos textos esparsos, quanto nesse capítulo, grandes avanços sobre a matéria.

Mas não nos deteremos sobre eles, porque aqui cuidamos de abordar apenas ordenamento jurídico vigente.

2. Passo agora a examinar algumas disposições infraconstitucionais, relacionadas com o tema em debate, e que, de alguma forma, cuidam do direito material à proteção do meio ambiente e de seu instrumental de acesso ao Judiciário.

2.1. Começo pelo Código Civil, que é de 1916, e, ao tratar dos direitos de vizinhança, coíbe o uso nocivo da propriedade, dizendo no art. 554 que o proprietário, ou inquilino, de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

2.2. Ao cuidar do direito de construir, diz, no art. 572, que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

2.3. O § 2.º do art. 573 reza que os vãos, ou aberturas para luz, não prescrevem contra o vizinho, que, a todo o tempo, levantará, querendo, a sua casa, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.

2.4. E o art. 578 exige: as estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras e, em geral, as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança, guardarão a distância fixada nas posturas municipais e regulamentos de higiene.

2.5. O dono de um prédio, ameaçado pela construção de chaminés, fogões ou fornos, no contíguo, ainda que a parede seja comum, pode

embargar a obra e exigir caução contra os prejuízos possíveis. É o que estatui o art. 582.

2.6. Não é lícito encostar à parede-meia, ou à parede do vizinho, sem permissão sua, fornalhas, fornos de forja ou de fundição, aparelhos higiênicos, fossos, cano de esgoto, depósito de sal, ou de quaisquer substâncias corrosivas, ou suscetíveis de produzir infiltrações daninhas (art. 583).

2.7. Todo o proprietário é obrigado a consentir que entre no seu prédio, e dele temporariamente use, mediante prévio aviso, o vizinho, quando seja indispensável à reparação ou limpeza, construção e reconstrução de sua casa. Mas, se daí lhe provier dano, terá direito a ser indenizado (art. 587).

As demais disposições — diz o parágrafo único — aplicam-se aos casos de limpeza ou reparação dos esgotos, goteiras e aparelhos higiênicos, assim como dos poços e fontes já existentes.

3. O Código Penal, que é de 1942, ao tratar dos crimes contra a saúde pública, dentre outras hipóteses, comina pesadas penas a quem:

1) — causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos (art. 267);

2) — infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (art. 268);

3) — deixar (o médico) de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (art. 269);

4) — envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo (art. 270); entregar a consumo ou ter em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada (§ 1.º do art. 270);

5) — corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde (art. 271).

4. A Lei das Contravenções Penais, que é de 1941, prevê, no capítulo das referentes à incolumidade pública, a de arremessar ou derramar em via pública, ou em lugar de uso comum, ou de uso alheio, coisa que possa ofender, sujar ou molestar alguém (art. 37).

4.1. E no art. 38 a de provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém.

5. A consolidação das Leis do Trabalho, que é de 1943, contém numerosas normas de proteção ao trabalhador, em seu ambiente de trabalho, seja sob o aspecto da higiene e da saúde, seja outorgando-lhe vantagens, em face da insalubridade ou periculosidade a que se submete.

6. A legislação de infortunística, que remonta, nos pontos mais relevantes, ao Decreto-Lei n.º 7.036, de 10-11-1945, depois com profundas

inovações, cuida, sob os mais diversos aspectos, de indenização ao operário vitimado por acidente-tipo ou por moléstia profissional, tudo em decorrência do ambiente do trabalho.

7. A Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, confere a qualquer cidadão legitimidade para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, incluindo em seu conceito os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, sem abordar, porém, todos os aspectos do meio ambiente.

8. Normas esparsas de proteção ao meio ambiente são encontradas no Código de Águas (Decreto-Lei n.º 852, de 11-11-1938), no Código Florestal (Lei n.º 4.771, de 15-9-1965), no Código de Caça (Lei n.º 5.197, de 3-1-1967), no Código de Pesca (Decreto-Lei n.º 221, de 28-2-1967), no Código de Mineração (Decreto-Lei n.º 227, de 28-2-1967), no Código Brasileiro do Ar (Aeroportos) (Lei n.º 6.833, de 30-9-1980), em inúmeros diplomas legais federais e estaduais ou em normas municipais.

9. São também muito conhecidos os organismos de proteção ao meio ambiente, nos três níveis do poder público, relacionados com essa atividade protetora e regulados por normas específicas.

10. O Anteprojeto de Lei do Código Penal, em andamento no Ministério da Justiça, dedica o Título XIII aos "Crimes contra o meio ambiente".

No Capítulo I cuida da "Degradação ambiental".

Nas Seções I, II e III, da poluição da água, do ar e do solo; dos atentados contra a flora e a fauna; e também contra a paisagem.

E no Capítulo II do "Favorecimento aos crimes contra o meio ambiente".

No tratamento dos temas, contém, igualmente, avanços consideráveis.

11. Merece aqui referência especial a Lei n.º 6.938, de 31-8-1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente, criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente e instituiu o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental.

12. De todos os diplomas em vigor, porém, o que mais profundamente enfrentou os problemas do meio ambiente e sua tutela jurisdicional, deixando as preocupações com a defesa de direitos puramente subjetivos, ou seja, de titulares definidos, já tratados na legislação referida, foi, sem dúvida, a Lei n.º 7.347, de 24-7-1985, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É que, dentre outras coisas:

1.º — permitiu a propositura das ações nela previstas no foro do local onde ocorrer o dano, atribuindo ao respectivo juízo competência funcional para processar e julgar a causa (art. 2.º);

2.º — admitiu que a ação civil pública objetive a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3.º);

3.º — previu a possibilidade de ação cautelar para os fins nela considerados, inclusive para se evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

4.º — abriu, enormemente, o leque de legitimados ativos para a ação civil pública, principal e cautelar, ou seja: ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios, às autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista; e até a associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5.º, incisos I e II);

5.º — tornou obrigatória a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, em tais processos, quando neles não figurar como parte (§ 1.º do art. 5.º);

6.º — facultou ao poder público e a outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes (§ 2.º);

7.º — impôs ao Ministério Público a titularidade ativa, em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada (§ 3.º);

8.º — outorgou a qualquer pessoa o direito e impôs ao servidor público o dever de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6.º);

9.º — impôs aos juízes e tribunais, que, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos ensejadores da propositura da ação civil pública, a remessa de peças ao Ministério Público para as providências cabíveis (art. 7.º);

10.º — deixou claro que, na petição inicial, o autor poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias (art. 8.º);

11.º — conferiu ao Ministério Público o poder de instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames e perícias, no prazo que assinalar, não inferior a dez dias úteis (§ 1.º); no § 2.º ressaltou a possibilidade de requisição judicial, em caso de sigilo legalmente protegido;

12.º) — atribuiu ao Ministério Público o poder de promover arquivamento dos autos do inquérito civil ou as peças informativas, exigindo, porém, que o faça fundamentadamente, e apenas se se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil (art. 9.º);

13.º) — submeteu ao Conselho Superior do Ministério Público o exame e deliberação da promoção de arquivamento, permitindo que, até esse momento, as associações legitimadas apresentem razões escritas ou documentos, para anexação ao inquérito ou às peças informativas (§§ 2.º e 3.º);

14.º) — conferiu ao Conselho o poder e o dever de designar outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento, se vier a desacolher a promoção de arquivamento (§ 4.º);

15.º) — apenou com reclusão e multa a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público (art. 10);

16.º) — atribuiu ao juiz, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o poder de determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11);

17.º) — previu a possibilidade de medida liminar, concedida pelo juiz, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo (art. 12);

18.º) — adotou, de certa forma, o princípio do art. 4.º da Lei do Mandado de Segurança, ao dizer que: a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal, a que competir o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras;

19.º) — estabeleceu que a multa cominada liminarmente, embora só exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, será devida, porém, desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (§ 8.º);

20.º) — previu a criação de um fundo gerido por Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com participação do Ministério Público e de representantes da comunidade, resultante das condenações em dinheiro, por dano causado, e cujos recursos destinou à reconstituição dos bens lesados (art. 13);

21.º) — admitiu a outorga, pelo juiz, de efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte (art. 14);

22.º) — deu ao Ministério Público o poder-dever de promover a execução da sentença condenatória, quando houver omissão de associação autora (fls. 15);

23.º) — conferiu eficácia *erga omnes* à coisa julgada na ação civil pública, excetuando a hipótese de improcedência por insuficiência de provas e esclarecendo que, nesse caso, qualquer legitimado poderá repropô-la, com novas provas (art. 16);

24.º) — responsabilizou as associações autoras por honorários advocatícios, em caso de sucumbência, quando se tratar de pretensão manifestamente infundada (art. 17);

25.º) — responsabilizou solidariamente a associação autora e seus diretores responsáveis, em caso de litigância de má fé, pelo décuplo das custas e pelas perdas e danos (parágrafo único);

26.º) — dispensou o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas (art. 18);

27.º) — previu a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 19).

13. Enfim, a Lei n.º 7.347, de 24-7-1985, que, como se sabe, resultou do talento e do espírito público, colocados num primeiro anteprojeto, de ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR e, depois, no Ministério da Justiça, da atuação destacada de ÉDIS MILARÉ, ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ e NÉLSON NERY JUNIOR, deu o passo mais largo no ordenamento jurídico brasileiro, na instrumentalização da tutela jurisdicional ao meio ambiente, no que respeita aos interesses coletivos ou difusos.

14. Urge, agora, melhor aparelhar todos os legitimados à propositura da ação civil pública, propiciando-lhes meios e condições para o êxito da empreitada.

Urge que o interesse social fique atendido, sem prejuízo do progresso material, científico, tecnológico, ou de outra ordem, desde que não se firam os interesses maiores ligados à vida, à saúde, à segurança, à cultura, à estabilidade, enfim, à paz de toda a comunidade.

15. Para isso, é que também se espera da Assembléia Nacional Constituinte uma preocupação maior com a autonomia política, orçamentária e administrativa do Poder Judiciário e do Ministério Público, para que consigam se organizar e atuar satisfatoriamente, a serviço da Justiça e do povo.

16. É indispensável também que os membros do Ministério Público — todos eles — se convençam de sua força na defesa da sociedade. E a exerçam, na medida da Constituição e das leis.

17. Mas é de todo imprescindível que os Juízes se compenetrem de que interesses coletivos são tão ou mais importantes que os individuais.

18. Antes de encerrar esta exposição, quero dizer a todos que, se já não faltam normas constitucionais e legais de proteção ao meio ambiente, seja no campo do direito material, seja no do processual, as quais, obviamente,

poderão sempre merecer aprimoramentos e avanços, também não falta doutrina autorizada de ilustres juristas, nacionais e alienígenas, e de eminentes especialistas de direito ambiental.

BIBLIOGRAFIA

- CABRAL, Armando H. Dias. "Proteção ambiental". *RDP*. SP, abr. 1948, pp. 77-86; jul./dez. 1978, p. 77.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Tutela dos interesses difusos". *Revista Ajuris*. Março, 1985, p. 169.
- CICALA, Mário. "La tutela dell'ambiente", in *Diritto Amministrativo, Penale e Civile* — Torino, UTET.
- DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de Direito Urbanístico*. RT, 1987.
- DOTTI, René Ariel. "A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos". *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 90, abr./jun. 1986.
- FERRAZ, Edis Milare et alii. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. SP, Saraiva, 1984.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. RT, 1983.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Tutela jurisdicional do meio ambiente". *Revista Ajuris*, n. 29.
- . "A tutela jurisdicional dos interesses difusos". *Revista da Procuradoria-Geral de São Paulo*, v. 44.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *A Tutela dos Interesses Difusos*. Série de Estudos Jurídicos — 1. Ed. Max Limonad.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. RT, 1982.
- . *Ação Civil Pública*. RT, 1986.
- . "Ministério Público ambiente e patrimônio cultural". *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 89.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. RT, 1988.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agr.* RT, 1988.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública*. 11ª ed., RT, 1987.
- MILARÉ, Edis. *Tutela Jurídica do Meio Ambiente*. RT, pp. 605-20.
- MORAES, Voltaire de Lima. "A ação civil pública e a tutela do meio ambiente". *Revista Ajuris*. 13 (37): 212/23.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", in *Temas de Direito Processual*. 3ª série, Saraiva, 1984.
- MUKAI, Toshio. "Aspectos jurídicos da proteção ambiental no Brasil". *Revista de Direito Público*, jan./mar. 1985.
- NUSDEO, Fábio et alii. Verbetes "Ecologia" in *Enciclopédia Saraiva*, v. 29, pp. 488 e segs.
- NUSDEO, Fábio. Verbetes "Ambiente", in *Enciclopédia Saraiva*, v. 6, p. 300.
- PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª ed., RT, 1987.
- RUFFOLO, Ugo. *Interessi Collettivi o Diffusi e Tutela del Consumatore*. Milano, Giuffrè, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. RT, 1981.

Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas

Evolução de conceitos e aplicação na administração pública brasileira

DAISY DE ASPER Y VALDÉS

Doutoranda da Universidade da Califórnia do Sul — EUA. Procuradora da República

“Toda sociedade que tenha permitido a certas pessoas ampliar exageradamente o seu sentido de autovalorização, de modo a impor a todos a sua vontade e agindo elas livres de limitações tradicionais e freios institucionalizados, acabou por se arrepender de tal concessão” (GERALD E. CALDEN, *The Problem of Ensuring the Public Accountability of Public Officials*, p. 1, 1987, no prelo).

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

Importância do conceito de dever de prestar contas. — Objetivos do trabalho: resenha crítica da doutrina norte-americana, fontes internas e externas de controle organizacional, e a estrutura institucional das empresas estatais brasileiras à luz das concepções expostas.

II. OS ANTECEDENTES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

- a) *Finer v. Friedrich*: um debate produtivo;
- b) O dever de prestar contas e responsabilidade;
- c) *Avaliação crítica*.

O presente trabalho foi originalmente escrito em inglês, sob o título “Administrative Accountability and Responsibility: A Review of Alternative Conceptions. Evolution, Meaning and Operationalization in Brazilian Public Administration”. O termo “accountability” muitas vezes referido no texto original foi traduzido ora pela expressão “dever de prestar contas”, ora pela expressão “responsabilização”, dada a dificuldade de se encontrar um termo de acordo com o sistema jurídico brasileiro que traduzisse com exatidão o sentido da palavra em apreço.

- III. EVOLUÇÃO DO SIGNIFICADO TRADICIONAL
- IV. COMO É ABORDADA ATUALMENTE A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA
 - a) Burocracia representativa; b) Participação pública; c) Avaliação crítica.
- V. O CONJUNTO DE VALORES QUE FUNDAMENTAM A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA
 - a) O conceito de valor; b) A dicotomia fato-valor; c) Discrição e valores e d) Patologias burocráticas.
- VI. VALORES CONFLITANTES
 - a) Padrões extraburocráticos e burocráticos; b) Interesses pessoais v. interesse público; c) Critério de julgamento.
- VII. TIPOLOGIAS DE BUROCRATAS
 - a) Burocratas objetivamente e subjetivamente responsáveis; b) Teoria X e Teoria Y de Mc Gregor; c) Comportamentos hipotéticos do burocrata.
- VIII. SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS
 - a) Perspectiva institucional: 1. fontes de controle interno e externo; 2. graus de controles; b) Preferências quanto aos sistemas de responsabilização: responsabilização a níveis burocrático, legal, profissional e político.
- IX. AS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS DIRETAS E INDIRETAS DO BRASIL
 - a) A empresa pública; b) Os objetivos multidimensionais das empresas públicas brasileiras; c) Os sistemas de responsabilização nas empresas estatais brasileiras: (1) responsabilização política, (2) responsabilização legal e (3) responsabilização a nível profissional (técnico) e burocrático (gerencial); d) Conclusões.

I. Introdução

O dever de prestar contas constitui um conceito fundamental, embora negligenciado, na administração pública. O sentido mais comum desse encargo compreende a responsabilização do administrador por suas ações perante a autoridade superior. Os administradores e as entidades devem responder perante a autoridade à medida que lhes é exigido se responsabilizarem pelas suas ações. Nas suas manifestações mais simples, a obrigação de responder por determinadas ações pressupõe certas respostas, de natureza limitada, direta e mormente formalista, às exigências provenientes de instituições e grupos específicos, no âmbito das atividades

desempenhadas pela entidade pública. De um ponto de vista mais amplo, a responsabilidade administrativa tem uma função mais relevante na administração pública do que o significado contido no termo obrigação de responder por determinados atos perante outrem.

Este conceito pode então ser considerado como englobando os meios através dos quais as entidades públicas e seus agentes atendem (e respondem) às diversas expectativas provenientes das próprias organizações ou do ambiente onde se desenvolvem as atividades das mesmas (Romzeck, Dubnick, 1987). Embora a responsabilidade administrativa esteja no âmago da teoria democrática, existe um amplo consenso entre os homens públicos, políticos e eruditos no sentido de que, nos atuais governos, o nível de responsabilidade pública é de fato muito baixo. Isto parece ser essencialmente causado pela expansão e complexidade das atividades dos governos em todos os aspectos da vida das sociedades.

A responsabilidade administrativa não é simplesmente regulamentária e punitiva quanto às suas finalidades e conteúdo, embora tais aspectos constituam elementos essenciais. A responsabilidade é uma rua de mão dupla. Ela constitui ainda outro aspecto da atividade administrativa que se desdobra em formulação e execução políticas (regras).

São três os propósitos deste trabalho:

a) apresentar uma resenha crítica dos escritos de autores estadunidenses a respeito da evolução, significado e função deste conceito essencial da Administração Pública;

b) a utilização de um enfoque institucional para descrever as fontes externas e internas de controle sobre entidades, fontes que são estabelecidas em função de um acordo geral; e finalmente

c) a aplicação desta estrutura institucional às empresas estatais brasileiras.

II. Os Antecedentes da Responsabilidade Administrativa

a) *FINER v. FRIEDRICH*: um debate produtivo

Aproximadamente meio século atrás, CARL FRIEDRICH (1940) e HERMAN FINER (1941) iniciaram o que veio a ser um debate clássico sobre responsabilidade administrativa. FINER argumentava que a responsabilidade tinha de ser imposta através de fortalecimento dos controles "externos" e constitucionais. Isto garantiria a "subserviência" dos altos funcionários do governo aos representantes do povo, visto que ditos representantes tinham por missão "a de estabelecer pautas para a atuação dos servidores públicos, segundo os mais precisos critérios de definição que fossem tecnicamente alcançáveis." Para FINER, a distinção entre políticas (regras) e administração era válida. Quanto à responsabilidade, ela era assegurada por meio de uma dualidade de instrumentos de controle: por um lado os tribunais e as estruturas hierárquicas dos ministérios e, por outro lado, "a

autoridade exercida sobre os altos funcionários pelos ministros responsáveis, autoridade esta por sua vez baseada nas sanções aplicadas pela assembléia dos representantes". Em contraposição, FRIEDRICH refutava a validade da dicotomia política (regra) / administração; dava ênfase à crescente complexidade do governo e argumentava que "a responsabilidade parlamentar é em grande parte inoperante e certamente ineficaz". Em vez disso, ele acentuava a importância de uma moral individual, em contraste com uma responsabilidade política externa. O controle sobre os altos funcionários seria garantido pelos próprios funcionários, cujo sentido de responsabilidade seria plasmado "por dois fatores dominantes: a competência técnica e o sentimento popular." FRIEDRICH confiava muito nessa propensão dos servidores públicos para se autodirecionarem nas suas reações que resultavam do juízo de seus homólogos na profissão e do sentimento popular.

FRIEDRICH sustentava que era mais eficaz suscitar a responsabilidade administrativa do que impô-la como obrigação, o que traz à tona uma questão crítica de inegável atualidade nas discussões sobre uma burocracia pública responsável.

A experiência tem corroborado a imperfeição dos controles e sanções externas sobre os quais FRIEDRICH fundamentava sua convicção. A distinção entre política e administração não pode mais ser aceita. A idéia predominante confirmou que todos os servidores públicos, desde o chefe de departamento até o "office-boy", estão participando de uma maneira ou outra na determinação da seleção de valores que constituem o elemento central do processo de "formulação de política (regra)". A administração do governo é essencialmente um processo político.

Contudo, enquanto os controles externos de FINER constituem uma condição insuficiente, embora necessária para que haja um governo responsável, a confiança de FRIEDRICH nos cânones profissionais como agentes causadores de ações marcadas pela responsabilidade também não é suficiente.

O profissionalismo pode solapar a responsabilidade política em vez de fortalecê-la. Como já foi frisado por B. GREGORY (1982, p. 2), são os seguintes alguns dos fatores que contribuem para criar este problema: os profissionais que superestimam a sua própria autonomia operativa; o fato de que a tomada de decisões pelos profissionais sendo efetuada de maneira colegiada torna ainda mais recôndita a sede da responsabilidade; o fato de que a atividade política é caracterizada pela incerteza, ambigüidade, as barganhas envolvendo concessões mútuas e acomodamentos, oportunismos e emoção, ao passo que o profissionalismo tende a ser objetivo e exato. Por conseguinte, são de índole oposta.

Como se pode, então, garantir uma atuação responsável por parte do Executivo? As soluções fragmentárias, como por exemplo código de ética, podem não funcionar. O serviço público se caracteriza por toda uma série de amplas diferenças funcionais. Qualquer código de ética teria de ser

quer muito abrangente quer muito específico, e por conseguinte seria difícil a sua aplicação às situações práticas do dia-a-dia.

Contudo, não deixa de exercer um efeito positivo, já que o simples fato de invocar um tal código evitaria complicados dilemas de índole moral.

Embora este debate a respeito da significação da responsabilidade administrativa, e da maneira mais eficaz de se conseguir que esta seja exercida, se refira especificamente aos sistemas políticos britânico e estadunidense, o debate em questão põe em evidência o problema de uma burocracia pública responsável em Estados democráticos, isto de um modo geral.

b) O dever de prestar contas e responsabilidade

Na Grã-Bretanha, uma pesquisa realizada por RUTMAN (1973) indicou uma distinção que é importante fazer quando se abordam questões de responsabilidade e dever de prestar contas. Consiste na diferença entre uma burocracia que se norteia por regras e procedimentos e aquela que está mais comprometida com a consecução de determinadas finalidades.

Um cuidado rigoroso com prestação de contas dá ênfase à hierarquia (controle) em relação às finalidades, e isto se manifesta de um modo geral na prestação de contas no campo financeiro, como meio de mostrar a lisura na aplicação do dinheiro do contribuinte. Além disto, a preocupação da burocracia com prestação de contas e, bem assim, com as expectativas de progressão na carreira tem concentrado maior atenção nos procedimentos em vez de finalidades. Por outro lado, a fragmentação e a despersonalização inerentes às tarefas de um "governo dominante" têm resguardado os burocratas das conseqüências de suas ações.

O fato de se admitir reconhecimento à complexidade das opções para os altos funcionários constitui o primeiro passo na direção de uma atuação com responsabilidade. O conceito mais amplo de responsabilidade, na medida que abrange dever de prestar contas (ou obrigação de responder por atos), exige do servidor público o reconhecimento de que a obediência aos superiores pode, com freqüência, estar em conflito com as obrigações em relação a outras pessoas — subordinadas, clientes do próprio funcionário, grupos de pressão, o público em geral, e colegas do mesmo nível profissional — e até se chocar com a própria consciência.

O dever de prestar contas é apenas um dos elementos, embora importante, do conceito mais amplo de responsabilidade. Segundo B. GREGORY (1980, p. 3), "é a diferença expressa na advertência que os burocratas deveriam passar menos tempo tentando fazer coisas erradas mais eficientemente e mais tempo esforçando-se para fazer a coisa certa, embora de maneira menos eficiente. (Em outras palavras, é melhor agir de um modo apropriadamente certo do que exatamente errado.)"

c) Avaliação crítica

As questões suscitadas pelo debate envolvendo FRIEDRICH e FINER são de um interesse duradouro e constituem o fundamento essencial para

prosseguir com uma discussão mais detalhada sobre ação social e política totalmente diferente.

Como já foi apontado por K. KERNAGHAN (1973, p. 575), o peso da colocação feita por FINER deriva do fato de ele reconhecer a necessidade contínua de que sejam exercidos controles políticos sobre a burocracia. De modo oposto, o ponto fraco da abordagem de FINER encontra-se no fato de ele não ter previsto a insuficiência dos ditos controles para garantir a responsabilidade administrativa num meio político e social que está sujeito a transformações cada vez mais acentuadas.

O peso da argumentação de FRIEDRICH, por sua vez, está no reconhecimento das deficiências inerentes aos controles e penalidades políticos aplicados com justiça aos altos funcionários pelos Poderes Legislativo e Judiciário e pela hierarquia administrativa. O aspecto vulnerável de seus argumentos reside nos conflitos entre os critérios de competência técnica e sentimento popular.

III. *Evolução do significado tradicional*

Durante as quatro últimas décadas, têm-se formulado interpretações alternativas quanto às colocações de FRIEDRICH e FINER a respeito de responsabilidade administrativa. A reavaliação da teoria, da prática e do ensino de administração pública, efetuada na conferência de MINNOW-BROOK — que deu origem ao movimento denominado *A Nova Administração Pública* —, pôs em evidência o interesse crescente na teoria normativa.

MICHAEL HARMON (1971, p. 173), por exemplo, argumentava que tanto FRIEDRICH quanto FINER criaram uma imagem pessimista da natureza do ser humano e particularmente do homem administrativo, já que “na ausência das restrições proporcionadas quer pelas leis, quer pelos processos de socialização profissional, o comportamento dos administradores resultante da dita ausência seria ao mesmo tempo egoísta e caprichoso”. HARMON fundamenta sua nova teoria da responsabilidade administrativa numa interpretação fenomenológica do autodesenvolvimento e da auto-atualização. Os burocratas, ao se tornarem politicamente engajados, definem a sua responsabilidade administrativa. Contudo, como foi indicado por J. PAYNTER (1971, p. 187), HARMON não consegue vincular esta participação mais intensa à idéia convencional de que as decisões dos administradores deveriam estar norteadas pelos valores e metas dos homens políticos eleitos, isto dentro das limitações da lei e da hierarquia administrativas.

Um enfoque oposto se encontra na “democracia jurídica” de THEODORE LOWI, a qual corresponde à regra de direito que opera nas instituições. Segundo LOWI, a raiz dos problemas políticos dos Estados Unidos está na delegação irrestrita de autoridade. LOWI recomenda que a Corte Suprema declare como sendo “inválida e inconstitucional toda dele-

gação de poderes a uma entidade administrativa, que não esteja acompanhada por normas de implementação claramente estipulada” (T. LOWI, 1979). Os Poderes Legislativos, em vez de fazerem uma ampla delegação de autoridade, devem estabelecer pautas específicas de ação para os servidores públicos, lavradas em termos precisos, isto por meio de “portarias baixadas oportuna e freqüentemente” (LOWI, p. 299). Este ponto de vista é semelhante à postulação de FINER.

Essas evoluções da teoria da responsabilidade administrativa expostas no início da década de 70 por LOWI e HARMON fazem lembrar o debate entre FINER e FRIEDRICH. A ênfase dada por FINER à responsabilidade política foi então contraposta pela responsabilidade moral de FRIEDRICH.

IV. *Como é abordada atualmente a responsabilidade administrativa*

DENHARDT (1984), ao referir-se a esse fecundo debate entre responsabilidade política e responsabilidade moral, propõe duas abordagens atualizadas como alternativas para os controles políticos de FINER: *a*) a burocracia representativa, e *b*) a participação pública. Tais colocações têm sido alvo de atenção especial nos últimos anos e servem como ilustração da importância teórica desta questão.

a) Burocracia representativa

Os proponentes da democracia representativa argumentam que as decisões que emanam de entidades burocráticas corresponderão mais exatamente aos desejos do público, se o pessoal das ditas entidades refletir (na sua composição) as características demográficas da população em geral. Embora os estudos a respeito das preferências manifestadas nos altos escalões de serviço público quanto às políticas (i.e. sistemas de regras) tenham revelado ser pouco acentuada a correlação entre formação/experiência por um lado e atitude por outro lado, a presença ativamente participante de grupos minoritários constitui, para os outros indivíduos, uma indicação que os centros decisórios são acessíveis e, também, que “mesmo se não puder ser necessariamente antecipada uma resposta por parte das entidades em relação aos interesses dos grupos anteriormente desfavorecidos, tais entidades são influenciáveis” (DENHARDT, p. 128).

Desde o princípio da década de 60 têm sido envidados esforços significativos a fim de se conseguir uma participação efetiva dos cidadãos. Quanto à busca de uma receptividade a nível popular, a ser conseguida quer através da seleção de determinados tipos de indivíduos para servirem nas repartições públicas, quer por meio da imposição de controles externos sobre o comportamento dos mesmos, “os servidores de tais repartições têm a responsabilidade de ajudar o público a expor claramente suas necessidades, identificando, inclusive, aquelas que são importantes, embora fiquem freqüentemente ocultas, manifestando o desejo de achar soluções para os problemas a eles apresentados” (DENHARDT, 1984, p. 129).

Este enfoque está vinculado à necessidade de que haja liderança na hora de apresentar as questões a serem examinadas, debatidas, e possivelmente solucionadas. Graças a esta participação mais ativa, a receptividade é promovida e a busca de objetivos socialmente desejáveis é efetuada de uma maneira compatível com os valores democráticos.

b) Participação do público

HARMON (1981, p. 5) argumenta que a concepção socialmente ativa do *ego* exige uma nova fundamentação normativa para o dever de prestar contas nas entidades públicas. Ao sustentar que a administração pública se caracteriza “pela tomada e legitimação de decisões nas entidades estatais, está afirmando que a teoria da administração pública deve ocupar-se da relação entre substância e processo, bem como entre valores individuais e coletivos. Ainda o dito autor, adotando idéias já expostas por MARY PARKER FOLLETT (1940), argumenta que o valor das ações humanas se encontra mais na própria ação do que nos resultados produzidos por dita ação. Por exemplo, a avaliação de questões tais como justiça e liberdade pode ser determinada, em última análise, não em função de conseqüências especificamente substantivas, mas sim pelo grau em que são observados os procedimentos democráticos — i.e. procedimentos que requerem a participação dos cidadãos aos quais estão facultados. Isto é bem diferente do modelo racional, que consideraria os procedimentos como simples instrumentos para alcançar determinados objetivos. Mais uma vez HARMON (1981, p. 7) assevera que aquilo que habitualmente consideramos como conseqüência substantiva consiste simplesmente em “objetificações” derivadas do acordo entre indivíduos a respeito da positividade de ditas conseqüências. A qualidade do procedimento depende por sua vez “da medida em que são compartilhadas e compreendidas as definições do problema, e em que uma confiança mútua fica estabelecida e se chega a soluções isentas de coação ou prepotência” (HARMON, p. 102).

Levando agora adiante a aplicação da Teoria da Justiça de JOHN RAWL (1971), HARMON sustenta que “a justiça é uma decorrência natural da nossa natureza socialmente ativa. Surge, por conseguinte, a questão fundamental, a saber: “como fortalecer os vínculos naturais entre as pessoas de modo a promover um tipo de ordem social que venha a favorecer, ao invés de restringir através de prepotência, as manifestações da liberdade individual e da cooperação social?” (HARMON, 1981, p. 83).

c) Avaliação crítica

Esta questão nos leva a uma apreciação crítica e reformulação do conceito clássico de responsabilidade administrativa, segundo o qual se sustenta que o dever de prestar contas é mantido nas entidades públicas por meio de uma correlação entre as ações de ditas entidades e as intenções da legislatura. Neste caso, as entidades administrativas são forçadas a executar os desejos do órgão de governo e agem conforme uma relação instrumental entre meios e finalidades. Marcando um contraste com a

supracitada colocação, HARMON (1981, p. 125) sustenta que a natureza socialmente ativa do ego implica uma modalidade alternativa de ação administrativa responsável, mais especificamente, "responsabilidade pessoal". Isto por sua vez é uma indicação que os atores são agentes que devem suportar o impacto moral de suas ações em vez de transferirem a culpabilidade ou a responsabilidade para outros ou para padrões externos de "correção". Este enfoque, contudo, põe em evidência dois grandes problemas: a) a aplicação prática, já que é muito difícil chegar a um consenso quanto à definição e ao exercício da "responsabilidade pessoal" e b) a confusão entre o ego e a sociedade, com a possibilidade de que as expectativas sociais possam vir a orientar a responsabilidade pessoal em vez de que a responsabilidade pessoal constitua a base de responsabilidade social. Por conseguinte, os mecanismos do dever de prestar contas (controles externos) ainda são exigidos na maioria dos casos, quando não se pode chegar a uma compreensão mútua.

V. *O conjunto de valores que fundamentam a responsabilidade administrativa*

a) *O conceito de valor*

Os valores predominantes de uma sociedade dependem do complexo de condições políticas, econômicas e sociais que são características da sociedade em questão. Este conjunto de valores se reflete no desempenho administrativo. Outrossim, a determinadas situações corresponderão diferentes ordenamentos de valores. Por exemplo, em circunstâncias de crises políticas, a ordem e a anuência podem ser julgadas como valores de maior relevância que uma eficiência e um comprometimento consideráveis. Assim sendo, a operacionalização de um conjunto de valores vem a ser tão importante quanto a internalização dos mesmos. Como já fora indicado por STEPHEN BAILEY (1964, p. 239), a conscientização a respeito das pressões complexas (variáveis) que interagem em qualquer situação de tomada de decisões é um requisito essencial para a ética individual no serviço público. Partindo, então, desta abordagem contingencial, BAILEY observa que "não existe um único vício moral que não possa ser transformado em bem relativo por meio do contexto. E não existe uma única virtude moral que, em circunstâncias especiais, não possa produzir resultados abertamente ruins". Desse modo, a melhor maneira de evitar decisões erradas é de encarar com cuidado cada situação particular.

M. ROKEACH (1968, p. 550), ao definir valor, acha que se trata de "uma crença persistente de que um determinado tipo de conduta ou uma determinada condição de finalidade para a própria existência é preferível, tanto pessoal quanto socialmente, a tipos alternativos de condutas ou finalidades para a existência". Conforme o contexto social e a situação específica, esses valores são classificados por ordem de importância. Os valores administrativos vêm, então, a ser os valores que afetam o processo decisório administrativo.

b) A dicotomia fato — valor

O fundamento da organização administrativa é constituído pelo conceito de racionalidade. SIMON (1957, p. 45) argumenta que os fatos e os valores podem ser separados uns dos outros logicamente. "As proposições fatuais são afirmações a respeito do mundo observável e da sua maneira de funcionar". As afirmações relativas a valores, por outro lado, se referem à questão de como as coisas deveriam ser. Tais afirmações manifestam preferências aos acontecimentos desejados. As afirmações fatuais, sem contraste com a índole evasiva dos valores, são precisas e "podem ser testadas a fim de se determinar se são verdadeiras ou falsas — se o que elas dizem a respeito do mundo ocorre de fato ou não" (pp. 45-46). SIMON sustenta que uma teoria científica é neutra e objetiva, sem preferência por qualquer valor. Portanto, se uma teoria da administração diz respeito à eficiência, ser eficiente não é senão racional. Embora tenham sido apresentados numerosos desafios, os comprometimentos básicos do modelo racional em relação a uma interpretação positivista dos fatos inerentes ao comportamento administrativo e à utilização da racionalidade técnica (eficiência), como principais critérios para avaliar a vida de uma organização, permanecem no âmago do pensamento administrativo.

A obrigação de prestar contas, como responsabilidade, se baseia por conseguinte numa diversidade de forças de interação. O rumo tomado pelas decisões administrativas se acha afetado pelos vários fatores já mencionados. Tais fatores refletem não apenas as exigências dos atores das políticas (regras), exigências estas que estão ligadas a um fundamento moral, i.e. sentimentos e preferências, mas, acima de tudo, os valores que os burocratas internalizam é que afetam essas decisões.

c) Discrição e valores

O grau de poder discricionário permitido a uma burocracia na implementação de políticas (regras) e programas é a grande questão subjacente à dicotomia fatos-valores. Contudo, apesar das organizações formais manifestarem uma tendência avassaladora para transformar tudo em rotina, haverá sempre situações críticas que requerem decisões ricas em valores (as decisões não programadas de SIMON). Existe de fato uma vasta área de discrição onde as preferências dos burocratas quanto a valores determinam a índole das decisões que são tomadas. O funcionamento das organizações públicas baseia-se essencialmente num mandato; suas operações estão sujeitas a restrições legais, e seu comportamento está governado por regras, e ditas entidades se responsabilizam pelas suas ações. A responsabilização dos burocratas está limitada àquela descrita pelas considerações legais e às formalidades estipuladas pelo Estado. Conseqüentemente, a autoridade discricionária, com a flexibilidade que acompanha dita autoridade, é fundamental para a legitimação do serviço público.

Ironicamente falando, como foi assinalado por FOSTER (Par, 1981, p. 33), "as leis tendem a proliferar a fim de constituir resguardos contra

comportamentos arbitrários; mesmo assim, um maior número de leis pode gerar mais arbitrariedade do que um número reduzido de leis, isto pelo simples fato de que o número de leis e regulamentações para as mesmas é grande demais para se garantir o seu cumprimento". Este é o caso de alguns países em desenvolvimento, tais como o Brasil, onde a quantidade esmagadora de leis, decretos e portarias raramente é complementada por uma implementação adequada. Por conseguinte, há uma execução seletiva e uma disjunção entre normas "formais" e normas "efetivas", segundo a denominação dada por FRED RIGGS (1981, p. 33). O resultado final pode realmente solapar a moralidade administrativa e levar à corrupção. Uma crescente falta de confiança nas ações do governo, uma resistência aos programas públicos, bem como rebeliões populares podem se tornar mais frequentes. A respeito desta questão, FOSTER (1981, p. 29) argumenta que "existe uma correlação negativa, não positiva, entre as leis e o comportamento moral; e que, na medida que as leis proliferam, há um declínio no dito comportamento".

d) Patologias burocráticas

Os aspectos disfuncionais de burocracia têm sido avaliados com sistemática regularidade durante os últimos cinquenta anos. A capacidade das organizações burocráticas para agirem eficazmente no sentido de tentar alcançar metas organizacionais e sociais fica diminuída por grandes obstáculos. A substituição de metas e a miopia profissional são exemplos das disfunções apontadas por MERTON (1975) e SALZNICK (1957).

A substituição de metas, tal como foi analisada por MERTON, está relacionada com as conseqüências não-antecipadas da "rotinização" do processo decisório e das ações. O fato de se dar uma acentuada ênfase à confiabilidade, à conformidade e à uniformidade impostas pelo modelo burocrático, tem como resultado a adoção de rígidos padrões de comportamento, os quais, em última análise, levam a uma substituição de metas. Esta inversão de meios-fins, na qual os meios, as regras e os (procedimentos) se tornam finalidades em si, substituindo dessa maneira a finalidade original (as metas organizacionais), põe em evidência um mau funcionamento da burocracia weberiana. O controle exigido pela cúpula da hierarquia dá ênfase à confiabilidade do comportamento, o que por sua vez leva a uma maior ênfase atribuída à responsabilização. E a fim de garantir confiabilidade e responsabilização, os procedimentos-padrão de operação são institucionalizados por meio de um sistema de regras e procedimentos.

Segundo MERTON (1957, p. 156), "os próprios elementos que conduzem à eficiência de um modo geral causam ineficiência em casos específicos. Esses mesmos mecanismos que aumentam as probabilidades de conformidade também levam a uma preocupação excessiva com a estrita observância dos regulamentos, o que por sua vez incute a timidez, o conservadorismo e o tecnicismo".

A ênfase na confiabilidade, bem como nos meios utilizados para a sua garantia nas organizações burocráticas, apresenta-se com três características principais: (1) uma despersonalização das relações entre os integrantes (da organização) e com os clientes; (2) uma internalização das regras operacionais pelos participantes, na qual as regras tornam-se finalidades em vez de constituírem meios para alcançar as finalidades; e (3) a confiança na categorização como sendo uma técnica decisória e constituindo uma reduzida busca de alternativas. Por conseguinte, há dois tipos principais de mau funcionamento derivados dos supracitados fatores: (1) aumenta a defensibilidade da ação individual; e (2) ocorre, de maneira simultânea, uma rigidez no comportamento e uma defesa organizacional do *status quo*.

O aumento da “defendibilidade” da ação individual leva a crer que a ênfase dada às regras atingiu seu objetivo. A simultânea rigidez no comportamento pode conduzir à despersonalização no relacionamento com os clientes que se queixarem das formalidades excessivas, da papelada burocrática e da discriminação.

Segundo THOMPSON (1961, p. 160), este apego ritualístico a rotinas e procedimentos “reflete mais as carências individuais ligadas ao *status* do que a promoção das metas organizacionais”, o que pode se tornar um fator relevante para impedir o crescimento e o desenvolvimento.

Por conseguinte, a idéia fundamental de MERTON é que essa ênfase dada à confiabilidade, conformidade e uniformidade — ênfase imposta pelo modelo burocrático — tem como resultado padrões rígidos de comportamento, os quais levam à substituição de metas (DENHARDT, 1987, p. 13).

O modelo de SELZNICK também se vale do paradigma funcionalista, com exigências vindas dos altos escalões da hierarquia e a conseqüente delegação de autoridade, o que conduz a uma intensificação da capacitação nas áreas de competência especializada. Podem-se deduzir, então, dois resultados disfuncionais: (1) uma diminuição da diferença entre metas organizacionais e realizações organizacionais, e (2) uma departamentalização e dualidade de interesses nas várias subunidades. Os supracitados resultados levam a um comprometimento com as metas das subunidades à custa das metas organizacionais. Neste caso, a realização das aspirações individuais pode depender mais do êxito ao nível das subunidades do que da consecução total das metas organizacionais. A fragmentação leva a conflitos entre subunidades organizacionais onde haja disparidade entre as metas organizacionais e a consecução de metas. Ainda outro exemplo das limitações causadas pelas rotinas burocráticas é constituído por uma espécie de “miopia profissional”, anteriormente assinalada por DENHARDT (1987, p. 13). As pessoas que estão dedicadas diariamente às mesmas atividades, numa interação com outros indivíduos que desempenham atividades semelhantes, assimilam tendências, atitudes e preconceitos, os quais por sua vez amoldam suas percepções e reforçam sua crença na importância do que estão fazendo. Este apego à rotina torna mais difícil a adaptação a um ambiente político, social e econômico sujeito a mudanças rápidas.

VI. Valores conflitantes

a) Padrões extraburocráticos e burocráticos

Como resultado do processo de socialização, i.e., aquele “em que um indivíduo aprende, de outras pessoas que fazem parte do seu ambiente, as modalidades de comportamento social e os valores de sua cultura” (K. LANGTON, 1969, p. 3), um burocrata não entra para uma organização pública com uma atitude de *tabula rasa* no que diz respeito aos valores que são relevantes para o processo decisório das burocracias. De fato, uma combinação dos valores extraburocráticos e burocráticos continuará produzindo efeito nos valores do burocrata durante a fase de socialização organizacional. Conseqüentemente, isto pode gerar situações em que valores conflitantes serão priorizados em detrimento da organização. Um exemplo seria o fato de colocar membros da família acima de todas as outras pessoas, o que se manifestaria através de ações como nepotismo ou utilização de um cargo público para favorecer familiares ou parentes. Deste modo, o burocrata escolhe o favoritismo em vez do mérito, ou então a lealdade ao seu partido, e poderá vir a tomar decisões descaradamente injustas em relação àqueles que não são favorecidos com tratamentos especiais. Tais conflitos de valores, marcados por uma ausência de zelo pelo bem-estar público, irão aumentar as probabilidades de suborno e corrupção. Estes problemas são eminentemente avassaladores nos países do terceiro mundo, onde a impressionante taxa de desemprego torna o serviço público uma fonte de benefícios a ser aproveitada de qualquer jeito. Que os indivíduos estejam ou não habilitados, isso é irrelevante. Deste modo, a lealdade à família e aos amigos constitui um obstáculo ao desenvolvimento.

O solucionamento dos conflitos de valores que envolvem valores pessoais e administrativos (por exemplo, ambição *versus* responsabilização ou avareza *versus* integridade) depende, em última análise, da personalidade e do caráter do próprio burocrata. Infelizmente, como foi indicado por A. DOWNS (1967, p. 87), não há como fugir à realidade de que “a maioria dos funcionários está significativamente motivada por interesses pessoais, embora a sua função social seja a de se colocar ao serviço do interesse público”.

b) Interesses pessoais versus interesse público

Até que ponto os burocratas venham a conseguir refrear os interesses pessoais ao buscar o interesse público, é um assunto para ser discutido. Entende-se que o interesse público “é a melhor acomodação possível para interesses pessoais conflitantes”, segundo a definição de R. EGGER (1965, p. 311).

O ajustamento das exigências conflitantes que provêm dos interesses especiais e privados conota uma luta pelo poder entre grupos em competição, cada um tendo aproximadamente idêntico acesso aos detentores do poder decisório bem como destinando para essa luta recursos mais ou menos

equivalentes. De fato, a facilidade de acesso a recursos tais como dinheiro, estrutura organizacional e partidários varia de um grupo para outro. Além disso, o indivíduo pobre e sub-representado — carente de educação, informação e organização — é o mais necessitado de apoio assistencial e, ao mesmo tempo, o mais negligenciado pelo sistema. Segundo LOWI (1979), o liberalismo, quanto aos grupos que defendem determinados interesses, tem criado uma diversidade de entidades para atender interesses específicos da sociedade. Estas entidades foram investidas de uma significativa discricção quanto ao exercício do poder, mas, por outro lado, se esperava que consultassem diligentemente todos aqueles interesses que os regulamentassem e servissem. A consequência disto foi uma série de subsistemas de políticas (regras) no âmbito dos quais uma entidade e aqueles mais diretamente afetados pelas atividades da mesma exerciam um importante controle sobre o conteúdo e o direcionamento das políticas (regras) públicas. E como resultado, até os interesses mais gerais do público ficam subordinados aos interesses particularísticos e privados, no quadro do esquema acima mencionado. A solução só poderia ser encontrada numa “democracia jurídica” baseada em legislação claramente definida.

Este ponto de vista idealístico, com relação a burocratas autodirecionados tentando atingir metas orientadas para o bem-estar público, é muito otimista. Segundo DOWNS (1967, p. 111), as burocracias, com raras exceções, “têm poucas ‘vagas’ para os funcionários que são leais à sociedade como um todo”, e isto é verdade “ainda que todos os livros didáticos sobre administração e quase todos os administradores exortem, pelo menos verbalmente, todos os funcionários no sentido de manifestarem esse tipo de lealdade”.

c) Critério de julgamento

A alternativa, então, para o burocrata que busca um ponto de equilíbrio na luta contra tais valores conflitantes e pressões sociais se encontra em bem estruturados “critérios de julgamento”, isto é, um conjunto de normas em relação às quais um indivíduo pode avaliar alternativas conflitantes. KERNAGHAN (1973, p. 595) sugere três fatores básicos: legitimidade, conveniência e moralidade.

O padrão de legitimidade se refere à fonte do poder administrativo. Formalmente falando, é a autoridade legal ou hierárquica do autor de uma política (regra). De um ponto de vista mais amplo, pode abranger outros atores de política que não estão formalmente legitimados, como por exemplo grupos de interesses especiais.

O princípio da conveniência impõe uma avaliação em relação aos riscos de castigo, para encontrar o equilíbrio certo entre o valor vinculado às finalidades do interesse público e a autoconservação.

O princípio da moralidade motiva os burocratas no sentido de decidirem situações conflituosas em conformidade com o conjunto de seus próprios

princípios morais e éticos. Contudo, se por um lado a moralidade constitui um princípio sumamente pessoal e subjetivo, como fora observado por KERNAGHAN, por outro lado, “a aplicação do princípio da moralidade no serviço público será determinado pela socialização organizacional do funcionário e pelas exigências da situação” (p. 597). Por conseguinte, o teste de responsabilização pode provar se o funcionário em questão faria a mesma opção no caso em que tivesse de explicar sua decisão em público.

O efeito recíproco dos princípios de legitimidade, conveniência e moralidade, no solucionamento dos conflitos de valores, pode dar uma valiosa orientação na determinação do interesse público, embora seja muito difícil estabelecer critérios específicos para a dita determinação em qualquer situação dada.

VII. *Tipologias de Burocratas*

a) Burocratas objetiva e subjetivamente responsáveis

Uma apreciação crítica, sociológico-psicológica da burocracia realizada por RALPH HUMMEL (1982, *The Bureaucratic Experience*, p. 14) sugere que a vida numa burocracia é radicalmente diferente da interação social normal, vida que se choca contra nós socialmente, culturalmente, psicologicamente, lingüisticamente e politicamente. Os burocratas ficam tão absorvidos em suas atividades de controle e conformação que se torna impossível comunicar-se com eles. Os burocratas desenvolvem um novo tipo de personalidade que é inerentemente incapaz de se interessar por outrem ou pelas coisas que interessam aos outros. Neste caso, as burocracias públicas “não são instituições de serviço que se responsabilizam perante a sociedade; em lugar disso, são instituições para controle que vão dominando cada vez mais a sociedade”.

Contrastando as orientações “passiva” e “ativa” em relação ao interesse público, KERNAGHAN (1973, p. 598) vincula algumas características a dois modelos hipoteticamente extremos: *a)* o burocrata objetivamente responsável (passivo), e *b)* o burocrata subjetivamente responsável (ativo).

Segundo este enfoque, o burocrata objetivamente responsável é aquele que “se sente em primeiro lugar responsável perante a autoridade legal ou formalmente competente e encara de maneira passiva a caracterização do interesse público” (KERNAGHAN, p. 598). O valor predominante para este autor é a responsabilização perante os que sejam hierarquicamente superiores, visto ser destes últimos que emana a autoridade legítima e a imposição de sanções. Tratando-se, então, de burocratas “acéfalos e desalmados”, segundo a descrição de RALPH HUMMEL (1982, p. 14), as suas interações com o público não significam nada. Estes burocratas tentam pôr em prática os pontos de vista de seus superiores, os quais têm a autoridade legítima para definir o conteúdo do interesse público. Estes mesmos burocratas também evitam correr riscos ou tomar iniciativas suscetíveis de colocá-los

ante dilemas de valores. Os valores administrativos mais apreciados são a obrigação de responder perante a autoridade e a eficácia. O burocrata objetivamente responsável tem o seu comportamento administrativo pautado por *uma nítida distinção entre políticas (regras) e administração*. Nas palavras de FINER, ele é “politicamente responsável perante toda a hierarquia administrativa, os executivos políticos e a legislatura”.

O outro modelo extremo, o burocrata subjetivamente responsável, “sente-se” responsável com relação às expectativas do público e “busca ativamente o interesse público” (KERNAGHAN, p. 599). O valor de máxima importância para ele é o comprometimento com aquilo que ele considera serem os objetivos de sua entidade ou programa. Os conflitos e tensões entre o burocrata subjetivamente responsável e seus superiores são frequentes. Ele é inovador, está disposto a correr riscos e a contornar os regulamentos de maneira a poder alcançar as metas que considera serem do interesse público. Entre os valores de máxima importância para ele se encontram a receptividade, a eficácia e a flexibilidade. O burocrata subjetivamente orientado rejeita a dicotomia administração/políticas (regras). Segundo FINER, ele é “moralmente” responsável pelo fato de procurar uma orientação na sua própria consciência de preferência a tentar achá-la em “controles externos punitivos”.

b) Teoria X e Teoria Y de Mc GREGOR

Se forem comparados esses tipos extremos com a Teoria X e a Teoria Y de Mc GREGOR, ambos os tipos puros — os burocratas objetivamente e subjetivamente responsáveis — são indesejáveis. Uma ênfase indevida dada aos controles externos pode levar a um comportamento insensível, inflexível e ineficaz. Por outro lado, se forem acentuadas algumas das características da responsabilidade subjetiva, isto pode levar a um comportamento que é inexplicável, incongruente ou imprevisível.

Similarmente ao debate entre FINER e FRIEDRICH, a distinção feita por Mc GREGOR assinala que “a Teoria X depende exclusivamente do controle externo, ao passo que a Teoria Y depende sobremaneira do autocontrole e do autodirecionamento” (Mc GREGOR, 1966, pp. 16-17). O burocrata moralmente responsável ficará identificado com as propostas da Teoria Y. Nas próprias palavras de Mc GREGOR, “a motivação, o potencial de desenvolvimento, a capacidade para assumir responsabilidade e a prontidão para orientar o comportamento em direção às metas organizacionais se encontram todos presentes nas pessoas... Cabe, então, à gerência fazer com que as pessoas reconheçam e desenvolvam estas características humanas por conta própria”.

Mc GREGOR, aproveitando as idéias de FRIEDRICH, chega à conclusão que “a tarefa essencial da administração é de estabelecer condições e métodos de operação organizacionais, de modo que as pessoas possam alcançar suas próprias metas por meio do direcionamento de seus próprios esforços no sentido dos objetivos organizacionais” (Mc GREGOR, 1960, p. 15).

Por conseguinte, o equilíbrio ideal entre os dois extremos seria “uma combinação otimizada de valores e orientações objetivos e subjetivos” (KERNAGHAN, p. 600), que conduziria ao exercício da responsabilidade administrativa por meio de processos que levam em conta diversas considerações, que tratam de imaginar conseqüências a longo prazo, que mostram sensibilidade quanto a exigências conflitantes, e que se caracterizam pela receptividade com relação ao interesse público, por mais difícil que seja definir o dito interesse. O que faz, então, falta é um modelo de burocrata capaz de conciliar todos esses aspectos e de encontrar soluções que sejam tão humanitárias quanto eficientes.

c) Comportamentos hipotéticos do burocrata

Se considerarmos a correlação entre responsabilidade administrativa e a busca do interesse público como sendo essenciais para determinar o pensamento e ações de um burocrata, podem derivar-se algumas hipóteses partindo dos tipos acima descritos, como foi sugerido por KERNAGHAN (1973, p. 600):

1) a responsabilidade objetiva se fundamenta no sentido de responsabilização perante a autoridade competente;

2) a imposição de controles externos para se alcançar responsabilidade objetiva é inadequada para que seja promovida uma plena responsabilidade administrativa;

3) a responsabilidade subjetiva no sentido de lealdade a, ou identificação com metas e programas organizacionais, está se tornando cada vez mais importante para o estímulo e a preservação da responsabilidade administrativa em todos os níveis da hierarquia;

4) o grau em que o burocrata amplia o fundamento da responsabilidade objetiva com os valores do interesse público e a orientação dada à responsabilidade subjetiva, depende do nível do burocrata na hierarquia e do cargo que ele ocupa;

5) quanto mais antigo o burocrata, maior a probabilidade de ele manifestar responsabilidade subjetiva;

6) quanto mais independente de controles o burocrata, melhores serão suas oportunidades de ser subjetivamente responsável e de ser objetivamente irresponsável, i.e., não-responsabilizável;

7) o poder ampliado do burocrata que resulta do incremento nas atividades, porte e complexidade do serviço público, tem tornado mais difícil tanto a aplicação da responsabilidade administrativa quanto o estímulo a responsabilidade subjetiva;

8) a responsabilidade subjetiva é conseguida mais efetivamente por meio de influência do que controle, isto é, por meio do exemplo pessoal dado pelos burocratas mais graduados;

9) a responsabilidade subjetiva pode ser suscitada através de mudanças na organização e na gestão, as quais criam para os burocratas oportunidades de escolher o direcionamento de suas próprias ações e de contribuir para o desenvolvimento de políticas (regras) e programas (isto é, descentralização de autoridade e responsabilidade, participação pública e burocracia representativa).

Uma vez analisadas as características extremas do comportamento burocrático relacionadas com o grau de responsabilidade dos mesmos — o que inclui a responsabilização, como já foi definida —, as duas partes seguintes deste trabalho vão abordar especificamente uma perspectiva institucional da responsabilização administrativa. A primeira vai descrever a dita perspectiva; e a segunda vai aplicar esta perspectiva a um tipo específico de organização pública, tal como as empresas estatais brasileiras. E o trabalho fica encerrado com uma conclusão.

VIII. *Sistemas de Responsabilização nas Organizações Públicas*

a) Perspectiva institucional

ROMZECK e DUBNICK (1987, pp. 227-38) analisam, utilizando uma perspectiva institucional, o acidente com o (ônibus espacial) Challenger em função dos esforços envidados pela NASA no sentido de corresponder às várias expectativas criadas pelo sistema político dos Estados Unidos. Como já foi afirmado pelos autores supracitados, quatro tipos de responsabilização (legal, profissional, burocrática e política) são comumente utilizados pelas entidades públicas para “administrar” as expectativas e as pressões a que venham ser sujeitas. Um problema que se apresenta para as organizações públicas é o de determinar qual o tipo de abordagem que tem preferência numa situação dada.

Os autores classificam as várias formas de responsabilização levando em consideração dois fatores críticos: *a)* as fontes do controle sobre a entidade (externas *versus* internas); e *b)* o grau de controle que a entidade está facultada a exercer sobre a definição das suas expectativas (altas ou baixas).

Com respeito ao primeiro fator, através dos mecanismos de responsabilização as expectativas das entidades sofrem o efeito quer das relações hierárquicas formais, quer das relações sociais informais internas à entidade. As fontes externas de controle podem derivar quer de leis e contratos legais, quer do exercício informal do poder por parte de interesses situados fora da entidade.

A segunda dimensão em qualquer sistema de responsabilização é o grau de controle sobre as decisões tomadas pela entidade, que é exercido pelas fontes (de controle) acima mencionadas. Um grau elevado de controle não deixa margem para discricção. Por outro lado, um nível reduzido de controle revela um grande poder discricionário.

FONTE DE CONTROLE SOBRE A ENTIDADE

Grau de controle sobre as ações da entidade	Elevado	Interna	Externa
		1. Burocrático	2. Legal
	Reduzido	3. Profissional	4. Político

Segundo este modelo, os sistemas de responsabilização burocrática (casa 1) colocam ênfase na hierarquia e na autoridade. As decisões vêm de cima e não devem ser contestadas. Uma estreita supervisão e um relacionamento legítimo entre superiores e subordinados dentro da própria organização garante a conformidade com os propósitos da entidade.

A responsabilidade legal (casa 2) está fundamentada no conceito da “regra de direito” (T. LOWI, 1979, cap. 11). O controle externo abrange uma ampla gama de atividades. Em vez de haver um relacionamento interno superior/subordinado, o elemento controlador de fora da entidade impõe a sua vontade aos integrantes da organização. A diferença na relação de poder entre ambos é que, “no sistema burocrático, o relacionamento é hierárquico e baseado na faculdade que têm os superiores de poder recompensar ou punir seus subordinados. Contudo, na responsabilidade legal, o relacionamento se produz entre duas partes relativamente autônomas e envolve um acordo contratual formal ou implícito (principal/agente) entre a entidade pública e o seu “auditor legal”. Também existe uma divergência entre os mesmos, no que se refere aos métodos utilizados para exigir a responsabilização. Se, por um lado, os sistemas burocráticos podem contar com os métodos que estão ao alcance de seus integrantes como estreita supervisão, regras e regulamentos, por outro lado a responsabilização legal está limitada aos instrumentos que se encontram à disposição das pessoas externas, como, por exemplo, monitoração, investigação, auditoria e outras formas de “supervisão” e avaliação.

A responsabilização profissional (casa 3) é uma consequência da atual complexidade e funções diversas do governo. A especialização incrementada das atividades públicas coloca o controle das mesmas nas mãos de funcionários experimentados, com suficiente competência para o desempenho de suas tarefas. A fonte da autoridade é essencialmente interna à entidade e é influenciada pelos especialistas.

Embora haja uma semelhança com o modelo burocrático em termos de relação interna de poder, existe uma divergência básica no fato de que a estreita supervisão exercida pelos supervisores sobre os subordinados é a característica principal da responsabilização burocrática, ao passo que a competência é o relacionamento essencial no modelo profissional. As decisões

são tomadas pelos trabalhadores e comunicadas de forma ascendente para os sucessivos escalões superiores.

A responsabilidade política (casa 4) é fundamental para os sistemas administrativos democráticos. O relacionamento essencial acha-se caracterizado por um representante (o administrador público) e seus "eleitores" (as pessoas perante as quais o dito administrador se responsabiliza). Neste caso, as fontes do poder constituem os principais atores em relação a políticas (regras), os quais podem exercer poder sobre os burocratas de maneira a afetar a natureza e o conteúdo das decisões administrativas. Estes conjuntos de "eleitores" ou atores em relação a políticas (regras) incluem o público em geral, os dirigentes eleitos, os diretores de entidades, os grupos de interesse, os representantes da mídia e as gerações futuras.

Como já foi assinalado por ROMZECK e DUBNICK (1987, p. 229), embora os sistemas de responsabilização política possam dar a impressão de promover o favoritismo e mesmo a corrupção na gestão de programas administrativos, os mesmos sistemas também servem como base para um tipo de governo mais aberto e representativo.

A Tabela 1 resume as características principais dos quatro tipos gerais de sistemas de responsabilização. No sistema burocrático, as expectativas são atendidas por meio de um esquema hierárquico nos relacionamentos de supervisão; no sistema de responsabilidade legal as expectativas das entidades são atendidas por meio de um relacionamento contratual; o sistema profissional conta com a valorização da competência; e o sistema de responsabilização política promove receptividade em relação ao "eleitorado" como sendo o meio principal para atender às variadas expectativas (ROMZECK & DUBNICK, 1987, p. 230).

Tipo de Sistema de Responsabilização	Relacionamento Análogo (Controlador/ Administrador)	Base do Relacio- namento
---	---	-----------------------------

1. Burocrático	Supervisor/Subordinado	Supervisão
2. Legal	Legislador/Executor da Lei Autoridade/Servidor	Fiduciário
3. Profissional	Leigo/Perito	Valorização da competência
4. Político	Representante/Representado	Receptividade em Relação aos Representados

b) Preferências quanto aos sistemas de responsabilização

Ao determinar-se a aplicabilidade de um sistema específico de responsabilização a uma entidade, devem ser considerados três fatores básicos:

a) a natureza das tarefas desempenhadas pela entidade — responsabilização a nível Técnico;

b) a estratégia gerencial adotada pela direção — responsabilização a nível de gerência; e

c) o contexto institucional das operações da entidade — responsabilização a nível institucional.

Idealmente falando, uma organização do setor público deveria instaurar mecanismos de responsabilização que considerassem simultaneamente esses três níveis.

Em teoria, cada um dos quatro sistemas de responsabilização pode garantir responsabilidade por parte da entidade a nível institucional (ROBERT C. FRIED, 1976). E considerações institucionais pertinentes poderiam orientar a aplicabilidade do sistema de responsabilização.

Aos níveis técnico e gerencial, contudo, o grau de competência e tecnicismo dos indivíduos envolvidos limita a flexibilidade nas opções.

IX. As Administrações Públicas Diretas e Indiretas do Brasil

a) A empresa pública

A atual regulamentação brasileira a respeito das entidades administrativas, pelo Decreto-Lei federal n.º 200/1967, está fundamentada numa abordagem de gerenciamento científico. O regulamento descreve os cinco princípios administrativos básicos, semelhantes à POSDCORB de GULICK: 1) planejamento; 2) coordenação; 3) descentralização; 4) delegação; 5) controle. O decreto também classifica a Administração Federal em direta e indireta, conforme a) o grau de autonomia e descentralização e b) os objetivos da entidade. As entidades da "Administração Direta" são: a Presidência (Gabinete Civil e Casa Militar) e os Ministérios. Quanto à "Administração Indireta", ela é constituída por entidades descentralizadas e financeiramente autônomas, que são: as autarquias (administração da Previdência Social); empresas públicas (cujo capital social tem cobertura completa do governo); e "sociedades de economia mista" (capital compartilhado pelo governo e entidades particulares, ou pessoas com direito a voto). Não é o propósito deste trabalho discutir os princípios que foram subjacentes à Reforma Administrativa brasileira. Contudo, devido à tendência atual para a privatização das empresas públicas, que são propriedade do governo, num esforço para reduzir o déficit nacional, uma análise que utiliza o modelo institucional de responsabilização descrito por ROMZECK e DUBNICK (1987) pode ser útil para pôr em evidência os desequilíbrios

do sistema que causam o fracasso de algumas dessas empresas públicas brasileiras.

Parte-se do pressuposto de que o governo não conseguiu elaborar critérios adequados de responsabilização e desempenho para as empresas públicas que pertencem inteiramente ao Estado, isto causado em parte pelas dificuldades inerentes que são comuns aos sistemas de governo representativo, juntamente com uma inflação crônica e tentativas mal sucedidas de reduzir os gastos públicos.

Num país como o Brasil, onde um esquema autoritário de controle vinha sendo historicamente imposto a uma burocracia despreparada para corresponder às expectativas do poder administrativo, é difícil estabelecer a responsabilização administrativa.

O conceito de responsabilização pressupõe que haja tanto um órgão do governo que possa ser responsabilizado por determinadas ações, quanto critérios em função dos quais a ação possa tornar-se explicável. Contudo, existem sérias dificuldades para harmonizar um desempenho eficiente com o devido grau de responsabilização.

b) Os objetivos multidimensionais das empresas públicas brasileiras

A compatibilidade de propósitos entre as administrações diretas e indiretas, por um lado, e uma política mais ampla do governo, por outro lado, não é sempre fácil de ser alcançado. As empresas públicas estão obrigadas a ser orientadas e supervisionadas pelo Ministério pertinente. Contudo, esta supervisão (externa) implica a formulação de decisões políticas, o que cabe aos setores gerenciais e técnicos (internos) da organização, resultando em situações de conflito. Além disto, a grande variedade de escopo, o porte mesmo das empresas em questão, e a diversidade nos métodos de controle utilizado nos três níveis diferentes de governo (federal, estadual e municipal) são considerados como obstáculos a uma responsabilização eficaz.

Os fatores políticos e econômicos desempenharam um papel importante no desenvolvimento histórico das empresas públicas no Brasil. Do ponto de vista político, as empresas foram surgindo para assegurar o controle exercido pela própria nação sobre os programas considerados estratégicos ou essenciais para a segurança do País. Foi esse o caso, por exemplo, da Petrobrás e suas subsidiárias, que detêm o monopólio estatal da prospecção, produção e importação de petróleo. Na mesma categoria figura a Nuclebrás, com o monopólio da energia nuclear.

Os empreendimentos sociais, contudo, visam corrigir as desigualdades. Um exemplo disto é a produção subvencionada de bens e serviços, em benefício dos setores populacionais de baixa renda. A COBAL, por exemplo, oferece vantagens econômicas mais interessantes que as do setor privado. Ainda outro exemplo desse objetivo foi o do Banco Nacional da Habitação,

hoje desativado devido à duplicação de propósitos com relação à Caixa Econômica Federal, sendo que permanece esta última.

Do ponto de vista econômico, a criação de empresas públicas de grande porte foi ao encontro de grandes expectativas de desenvolvimento e progresso, pois elas: *a)* preenchem aquelas lacunas para onde não tinha sido atraída a iniciativa privada, quer pela falta de condições econômicas e financeiras que permitissem conseguir os recursos necessários, quer pela antecipação de um rendimento baixo, em investimentos tais como siderúrgicas e centrais elétricas; *b)* produzem bens e serviços que, embora existindo no mercado das empresas privadas, permitem ao governo conseguir condições vantajosas em relação à produção do setor privado. É esse o caso dos bancos controlados pelo Governo Federal como o Banco do Brasil, e os bancos estaduais e utilidades públicas, tais como unidades de processamento de dados; *c)* promovem, incentivam e financiam projetos privados considerados de importância fundamental para o desenvolvimento da Nação, além de conseguir um melhor equilíbrio regional em relação a investimentos privados — como, por exemplo, o BND e a CEF; *d)* derivam vantagens do monopólio econômico, onde quer que os desequilíbrios econômicos regionais não favorecerem a existência de uma pluralidade de empresas, privadas e públicas. O que se busca então é compensar déficits das regiões não lucrativas com os excedentes provindo das que são mais rentáveis, mantendo-se dessa forma um elevado nível de acessibilidade aos serviços por parte do público.

1) Responsabilização política

A finalidade absoluta do controle exercido pelo governo sobre as empresas públicas é a de garantir que as operações constituam um instrumento que irá promover a consecução de objetivos definidos como públicos. O atendimento dado aos representados (eleitores), baseado em receptividade, deve então ser o objetivo final, em conformidade com essa colocação. Contudo, a eficácia de uma empresa pública, ao corresponder a valores sociais mais amplos, depende de vários fatores: *a)* do ponto de vista institucional, as entidades políticas de alto nível, tais como os Ministérios, devem ter a capacidade de satisfazer os interesses acima mencionados bem como de reagir perante restrições à delegação de poderes, quando não claramente definidos; *b)* do ponto de vista gerencial e técnico, o controle sobre as empresas deve contrabalançar as responsabilizações burocráticas e profissionais com os valores políticos mais amplos.

Com freqüência, o ministro não tem liberdade para nomear o presidente de uma grande empresa. Além disso, o ministro conta com um apoio político e social menor do que o presidente de uma empresa pública. Como resultado, a autoridade e a influência do ministro se acham diminuídas e, por conseguinte, a responsabilização política fica enfraquecida.

2) Responsabilização legal

Tanto no âmbito federal quanto estadual, existem regras formais para o controle das empresas, embora nem sempre sejam aplicadas. Estes controles incluem várias modalidades de coordenação e controle, principalmente no setor tradicional quanto à responsabilização, as empresas públicas no Brasil têm a obrigação de se sujeitarem a vistorias por parte dos Tribunais de Contas que representam o controle externo exercido pelo Parlamento.

Do mesmo modo que as empresas públicas no Brasil foram formadas em função de várias contingências, os controles sobre as ditas empresas também foram estabelecidos de maneira fragmentária e intermitente e conforme métodos bem diversificados, dependendo da supervisão ministerial. Tornou-se quase impossível aplicar a responsabilização legal nesta situação tão fragmentada, devido a ambigüidades a respeito das regras a serem observadas. A discricão excessiva concedida aos ministérios e a multiplicidade de critérios para aplicar as leis são fatores que debilitam a responsabilização legal.

Além do mais, nos Ministérios com um grande número de empresas a eles vinculadas, a responsabilização e o bom atendimento com receptividade sofrem os efeitos adversos da fragmentação do serviço público. E como existem hierarquias paralelas, sem mecanismos centrais para garantir resultados, torna-se difícil conseguir coordenação.

c) Nível técnico e gerencial: responsabilizações burocrática e profissional

Os sistemas de responsabilização para as empresas privadas deveriam corresponder às metas básicas das mesmas, que são estabilidade, crescimento e rentabilidade. Quanto às empresas públicas, exige-se delas o cumprimento de variadas obrigações. Não somente estas empresas públicas são gerenciadas como negócios, como também delas se espera que desempenhem funções de instrumentos da política nacional. E como esses objetivos são frequentemente conflitantes, os funcionários públicos têm a obrigação de indicar prioridades. Ao mesmo tempo, se os planos do governo não se transformarem em objetivos e metas específicos, será difícil atribuir uma responsabilidade administrativa a cada entidade. Os objetivos, então, precisam ser suficientemente bem definidos, de modo a constituir um roteiro confiável para ações subseqüentes bem como para a avaliação posterior do desempenho em relação às expectativas. A eficácia vem a ser o resultado da especificidade dos objetivos e da operacionalização destes.

A verificação dos resultados vai requerer um número maior de pessoal habilitado e informações mais exatas a respeito das realidades administrativas. Mas como geralmente não estão presentes essas características nos Ministérios, estes não podem efetuar a verificação dos resultados, e, com

freqüência, concentram sua atenção, seus esforços nas atividades processuais (R. MOTTA, 1979, p. 193).

Muitas vezes, o controle fica limitado à logística, ao pessoal, às finanças e ao apoio material. O controle sobre os procedimentos relativos aos meios oculta de modo considerável a implementação dos objetivos. Por conseguinte, é comum a reprogramação de objetivos. E, visto os objetivos serem ambíguos, aumentam a tendência em evitar riscos bem como a defendibilidade das ações individuais. Além disso, a necessidade da atuação de técnicos torna difícil para os Ministérios o acompanhamento dos projetos, visto que os projetos em questão são preparados para serem executados por profissionais especializados e para determinados propósitos que o Ministério muitas vezes desconhece. As decisões, então, são tomadas a nível dos burocratas e encaminhadas para os escalões superiores. Por outro lado, os esforços envidados no sentido de padronizar procedimentos e o acompanhamento a ser efetuado pelo ministro são considerados como obstáculos para a dinâmica das empresas quanto ao exercício de sua capacidade de planejamento e implementação.

As empresas mais bem sucedidas, e que vão permanecer sob o controle do governo, são aquelas que dão maior ênfase às fontes internas de controle bem como dão importância à responsabilização burocrática ou profissional. Trata-se de empresa do tipo comercial ou industrial, com boa lucratividade e cujas subsidiárias (companhias "holding") dependem de um único nível do governo para a sua existência. Não há conflitos com hierarquias paralelas, e as ditas empresas estão regulamentadas pelo direito civil como empresas privadas (R. MOTTA, 1979, p. 203).

d) Conclusões

Foram assinaladas algumas deficiências dos critérios adotados no Brasil para a responsabilização e o desempenho nas empresas públicas. H. MORRISON (1951) faz questão de ressaltar que é possível harmonizar os objetivos competitivos que estão implícitos no conceito de interesses público e privado.

A empresa pública, segundo o mesmo autor, "nos dá o melhor de ambos os mundos", visto que com ela "podemos combinar uma gestão progressista e moderna com um grau adequado de responsabilização". Por conseguinte, o conflito entre responsabilização política e desempenho em relação ao mercado precisa ser criteriosamente abordado. Uma adequada delegação de poderes aos executivos das empresas públicas tem que ser feito de modo que eles possam servir ao interesse público, ficando livres de injunções políticas. Para serem bem sucedidas, as empresas públicas precisam dar preferência à forma de responsabilização que melhor se adequar à sua missão organizacional, isto é, uma responsabilização profissional baseada na valorização da competência.

BIBLIOGRAFIA

- BAILEY, Stephen K. Ethics and the Public Service. *Public Administration Review*. Vol. XXIV, n. 4, pp. 239-45, December 1964.
- BAKER, Walter A. Accountability, Responsiveness, and Public Sector Productivity. *Canadian Public Administration*. V. XXIII, n. 4, pp. 542-557, Winter, 1980.
- BROWN, R. & CRAFT, R. Auditing and Public Administration: The Unrealized Partnership. *Public Administration Review*. V. XL, n. 3, pp. 259-269, May/June 1980.
- CAIDEN, Gerald E. (1988 forthcoming) The Problem of Ensuring the Public Accountability of Public Officials. For Joseph Jabbara (ed.) *Accountability in the Public Service: A Comparative Perspective*.
- CARINO, Ledivina V. (1983) Administrative Accountability: A Review of the Evolution, Meaning and Operationalization of a Key Concept in Public Administration. *Philippine Journal of Public Administration*. Vol. XXVII, n. 2, pp. 118-148.
- DENHARDT, Robert B. *Theories of Public Organizations*. Monterey, Brooks/Cole Publishing Company, 1984.
- DENHARDT, Robert B. & JENNINGS, T. Edward, J. *Public Administration in the 1980s and Beyond: The Rising Demand for Change*. In *The Revitalization of the Public Service*. Edited by Denhardt & Jennings, University of Missouri-Columbia, pp. 9-24, 1987.
- DOWNS, Anthony. *Inside Bureaucracy*. Boston, Little Brown, 1987.
- DVORIN, Eugene & SIMMONS, Robert. *From Amoral to Humane Bureaucracy*. San Francisco, Canfield, 1972.
- EGGER, Rowland. Responsibility and Administration: An Exploratory Essay. In ROSCOE MARTIN (ed), *Public Administration and Democracy: Essays in Honor of Paul H. Appleby*. Syracuse University Press, pp. 311-13, 1965.
- FERNANDES, Praxi (ed). Control Systems for Public Enterprises in Developing Countries. *Report of the Inter-regional Workshop*. July 1979. Convened by the International Center for Public Enterprises in Developing Countries.
- FINER, Herman. Administrative Responsibility in Democratic Government. *Public Administration Review*. Vol. 1, n. 4, pp. 335-50, 1941.
- . Better Government Personnel. *Political Science Quarterly*, pp. 569-80, 1936.
- FOLLETT, Mary Parker. *Dynamic Administration: The Collected Works of Mary Parker Follet*. ed. H. C. Metcalf and L. Urwick. New York. Harper & Bros, 1940, Chapter II.
- FOSTER, Gregory. Law, Morality, and the Public Servant. *Public Administration Review*. V. XLI, n. 1, pp. 29-34, Jan./Feb. 81.
- FREDERICKSON, H. George. Toward a New Public Administration. In *Toward a New Public Administration*, edited by Frank Marini. San Francisco, Chandler, pp. 309-31, 1971.

- FRIEDRICH, Carl J. Responsible Government Service under the American Constitution. In *Problems of the American Public Service*. New York, McGraw Hill, pp. 3-74, 1935.
- *Man and His Government*. New York, McGraw Hill, 1963.
- Public Policy and the Nature of Administrative Responsibility. In *Bureaucratic Power in National Politics*. Edited by Frances Rourke. Boston, Little, Brown, pp. 165-175, 1972.
- GILBERT, Charles. The Framework of Administrative Responsibility. *The Journal of Politics*. Vol. XXI, pp. 373-407, Aug. 1959.
- GREGORY, R. Accountability Background. *Public Sector*, n. 3, pp. 2-5, 1980.
- GROSS, N., Mason W. & MCEACHERN A. *Explorations in Role Analysis*. New York, Wiley (ch. 17), 1958.
- HARMON, Michael. Normative Theory and Public Administration: Some Suggestions for a Redefinition of Administrative Responsibility. In Marini, ed. *Toward a New Public Administration*. Scranton, Chandler, 1971.
- *Action Theory for Public Administration*. New York, Longman, 1981.
- HARMON, M. M. & MAYER, R. T. (1986) *Organization Theory for Public Administration*. Boston, Little, Brown & Company.
- HUMMEL, Ralph. *The Bureaucratic Experience*. 2nd ed. New York, St. Martin's Press, 1982.
- JONES, G. W. Responsibility and Government. London School of Economics and Political Science, 1977.
- KAUFMAN, Herbert. Fear of Bureaucracy: A Raging Pandemic. *Public Administration Review*. N. 41, Jan./Feb. 1981, pp. 1-9.
- KERNAGHAN, K. Responsible Public Bureaucracy: A Rationale and a Framework for Analysis. *Canadian Public Administration*. V. XVI, n. 4, pp. 572-603, Winter, 1973.
- The Conscience of the Bureaucrat: Accomplice or Constraint? *Canadian Public Administration*. V. XXVII, n. 4, pp. 576-91, Winter 34.
- LANDAU, M. and STOUT R, Jr. To Manage is not to Control: Or the Folly of Type II Error. *Public Administration Review*. V. XXXIX, n. 2, pp. 148-55, March/April, 1979.
- LOWI, Theodore. *The End of Liberalism*. New York, Norton, 1969.
- Four Systems of Policy, Politics, and Choice. *Public Administration Review*. V. 33, pp. 298-310, July/August 1974.
- MARINI, Frank, ed. *Toward a New Public Administration: The Minnowbrook Perspective*. San Francisco, Chandler, 1971.
- McGREGOR, Douglas. *The Human Side of Enterprise*. New York, McGraw-Hill, 1960.
- MCKINNEY, Jerome B. Process Accountability and The Creative Use of Inter-Governmental Resources. *Public Administration Review*. V. XLI, n. 1, pp. 144-150, Jan. 81 (Special Issue).
- MERTON, Robert K., GRAY A., HOCKEY B., & SEVIN, Hanan C. *A Reader in Bureaucracy*. New York, American Bok Stratford Press, Inc., 1952.

- *Social Theory and Social Structure*. New York, Free Press, 1957.
- MOSHER, Frederick. *Democracy and the Public Service*. New York, Oxford University Press, 1968.
- MOTTA, Paulo R. Control of Public Enterprises in Brazil. In *Control Systems for Public Enterprises in Developing Countries*. Report. July 1979, pp. 189-206, 1979.
- PAYNTER, John. Comment: On a Redefinition of Administrative Responsibility, in Marini, ed. *Toward a New Public Administration*. Scranton, Chandler, pp. 187-91, 1971.
- PFIFFNER, John M. and FRANK P. Sherwood. *Administrative Organization*. Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, 1960.
- PUTNAM, R. D. (1973) The Political Attitudes of Senior Civil Servants in Western Europe: A Preliminary Report. *British Journal of Political Science*, 3.
- PYE, Lucian. *Aspects of Political Development*. Boston, Little, Brown, 1966.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass: Belnap Press of Harvard University Press, 1971.
- ROHR, John. *Ethics for Bureaucrats*. New York, Dekker, 1978.
- ROKEACH, Milton. The Role of Values in Public Opinion Research. *Public Opinion Quarterly*. Vol. XXXII, pp. 550-61, Winter 1968.
- ROMZECK, Barbara S. & DUBNICK, Melvin J. Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy. *Public Administration Review*. V. 47, n. 3, pp. 227-238, May/June 87.
- The Effects of Public Service Recognition, Job Security and Staff Reductions on Organizational Involvement. *Public Administration Review*. V. 45, n. 2, pp. 282-91, March/April 85.
- SELZNICK, Philip. *Leadership in Administration*. Evaston, III: New York, Harper & Row, 1957.
- SIMON, Herbert A. The Proverbs of Administration. *Public Administration Review*. V. 6, pp. 53-67, Winter 1946.
- A Comment on 'The Science of Public Administration'. *Public Administration Review*. V. 7, pp. 200-03, Summer 1947.
- *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Process in Administrative Organization*. 2nd Ed. New York, Free Press, 1957.
- SMITH, Bruce & HAGUE, Douglas (eds.). *The Dilemma of Accountability in Modern Government*. London, Macmillan, 1971.
- SPIRO, Herbert. *Responsibility in Government: Theory and Practice*. New York, Van Nostrand Reinhold, p. VII, 1969.
- DOTSON, Arch. Approaches to Administrative Responsibility. *Western Political Quarterly*. V. X, pp. 701-27, Sep. 1957.
- STORING, Herbert. The Crucial Link: Public Administration, Responsibility and the Public Interest. *Public Administration Review*. V. 24, pp. 39-40, March/64.
- SUBRAMANIAN, V. Public Accountability: Context, Career, and Confusions of a Concept. *The Indian Journal of Public Administration*. Vol. 29, n. 3, pp. 446-55, July-Sep. 1983.

Constituinte e Constituição

JARBAS MARANHÃO

Professor de Direito Constitucional. Membro da Academia Pernambucana de Letras. Foi Constituinte em 1946, Deputado Federal, Senador, Secretário de Estado e Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco

SUMÁRIO

PARTE I — *Constituinte*

- Como se faz uma Constituinte?
- Como surgem as Constituintes?
- Quais as dificuldades para fazer uma Constituinte?
- Como transpor a experiência de 1946 para a Constituinte de 1987?

PARTE II — *Constituição*

- O Conteúdo da Constituição

PARTE I — *Constituinte*

Como se faz uma Constituinte?

É necessário difundir a noção de Constituinte e a relevância de seu significado, deixando claro que o princípio em que se fundamenta é o de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido — ou seja, o princípio da soberania popular.

Faz-se uma Constituinte mediante a eleição pelo povo de uma Assembléia, que recebe a missão específica de discutir, votar e promulgar uma Constituição.

Tal Assembléia é o processo que conduz a uma Constituição. A Constituinte é o instrumento e a Carta Magna, o resultado.

Somente os delegados assim livremente escolhidos pelo povo no qual reside o Poder Constituinte podem fazer, com legitimidade, o texto supremo de uma Nação.

É verdade que a ciência política admite existir também Poder Constituinte nas revoluções vitoriosas, mas, sem dúvida, o titular, o sujeito, o verdadeiro detentor desse Poder é o povo.

É como acontece nas democracias, quando se elegem representantes para a votação da Lei Maior e, periodicamente, para a feitura das leis ordinárias e a prática do governo.

Dentro do Estado o Poder Constituinte é soberano e incondicionado, só devendo encontrar limites nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Por conter essa força é que lhe compete definir as formas de Estado e de Governo, a organização e funções do Poder, os valores culturais e políticos que influenciam ou influenciarão o destino de um país.

Esse é o Poder Constituinte originário — o Poder de elaborar Constituição nova — que se distingue dos poderes constituídos criados pela Constituição (Legislativo, Executivo e o Judiciário) e do Poder Constituinte derivado ou secundário, que é o Poder de emendar, revisar ou reformar a Lei Magna, no modo por ela previsto ou estabelecido.

É preciso desenvolver, ao máximo, a consciência das responsabilidades que envolvem a eleição para uma Constituinte.

É dever dos partidos selecionar candidatos competentes, mas, sobretudo, idealistas e de espírito público, incentivando-se a mais larga e decisiva participação popular, pois se trata da eleição de uma Assembléia destinada a promulgar o Texto Supremo do Estado.

Texto que, pela própria natureza, é dotado das características de superlegalidade e imutabilidade relativa, instituído, como é, para permanecer no tempo, só podendo ser modificado, em face da imposição de realidades novas, pelo processo complexo e difícil que ele mesmo fixar.

Texto que impõe, para a sua elaboração, o mais amplo debate no campo das idéias políticas e dos problemas nacionais que devam ser alçados ao plano constitucional, de vez que o seu objetivo é consolidar a democracia, limitando o poder, propiciando o desenvolvimento cultural, político e econômico e a promoção da justiça social.

Como surgem as Constituintes?

As Constituintes surgem em razão de acontecimentos de caráter histórico.

Quando uma Nação adquire independência, mediante sublevação contra a metrópole ou com o entendimento desta; quando tratados, geralmente resultantes de guerras, desmembram ou libertam colônias; quando ditaduras

são derrubadas e o povo readquire o Poder Constituinte; quando revoluções mudam as formas de Estado ou de Governo, o regime político ou o sistema de poder; em todos esses casos as lideranças vitoriosas devem convocar uma Constituinte, a fim de que o povo, através de seus representantes, organize o ordenamento fundamental do novo Estado soberano ou uma lei suprema consentânea com as transformações políticas e sociais recém-conquistadas, iniciando-se uma outra ordem jurídica.

Também pode dar-se a hipótese, como ocorreu recentemente em nosso país, de a opinião pública manifestar-se, inequivocamente, de maneira contrária ao texto constitucional em vigor — pelos seus casuísmos, aspectos autoritários ou por lhe faltar legitimidade — reclamando um texto novo.

Então, os poderes políticos constituídos, isoladamente ou em conjunto, precisam de editar normas que conduzam a uma Assembléia Constituinte, para edificação de uma nova Carta Magna.

Normas e Carta que convém submeter ao plebiscito popular para maior teor de legitimidade, mas que, de qualquer forma, se efetivam com a presença da maioria absoluta dos cidadãos às urnas para a eleição da Constituinte.

E Carta Magna que, entre nós, venha a definir tradições a serem conservadas, as necessidades e anseios do povo, sua visão do presente e do futuro, afirmando as aspirações fundamentais da nacionalidade, de democracia e desenvolvimento, com liberdade e justiça.

Quais as dificuldades para fazer uma Constituinte?

Não são as dificuldades de uma Constituinte, mas as dificuldades para organizá-la, o que a pergunta sugere ou indica.

Deve-se ter sempre em mente que o povo é o sujeito do Poder Constituinte, poder soberano e incondicionado, e, assim, as normas de convocação da Assembléia devem assegurar o máximo de legitimidade à Constituinte, mediante eleições honestas e livres de influências perniciosas, como as do poder econômico e da máquina administrativa, prevenindo-se, desse modo, a mais plena liberdade de decisão durante os seus trabalhos.

Deve-se propiciar um largo debate dos problemas nacionais e temas político-jurídicos a serem considerados numa Constituição ou com ela compatíveis, através do direito à informação isenta e à manifestação do pensamento, garantindo-se às várias correntes de opinião, presentes nos partidos políticos, nas associações profissionais e de cultura ou organizações populares, justas condições de expressão e defesa de suas idéias.

Outra dificuldade é saber até onde as normas de convocação poderão ir ou regular, tendo em vista a capacidade soberana da Constituinte.

E quem a convoca? Quem dispõe de competência para isso? Teoricamente desde que o Poder Constituinte reside no povo, qualquer cidadão, ao menos uma liderança, pode fazê-lo.

Na conquista, por um país, de sua independência política, ou em uma revolução vitoriosa, compete aos líderes desses momentos convocar uma Constituinte; e quando a opinião pública, em sua maioria, manifesta repúdio à ordem constitucional vigente, podem atuar, da mesma maneira, os órgãos dos poderes constituídos.

Mas como providenciar? Editando normas diretamente ou antes consultando o povo a respeito? É legítima a convocação de uma Constituinte sem a preliminar de um plebiscito, que aprove as suas regras? Ou que se manifeste a favor de uma nova Constituição?

Teórica e democraticamente, a prévia consulta parece mais indicada; porém, tudo se esclarece e resolve partindo-se do princípio de que o povo detém o soberano Poder Constituinte e se, em maioria absoluta, comparece às eleições e vota, legítima ou convalida os atos convocatórios.

No entanto, se tais atos pretenderem traçar orientação ou limites quanto à organização e procedimentos da Constituinte, isso só seria possível se fossem antes aprovados em plebiscito, pois como muito bem assinala o Professor ELCIAS FERREIRA COSTA, das Universidades Federal e Católica de Pernambuco, “teoricamente não pode a Assembléia Constituinte receber restrições ou limitações, vindas de qualquer órgão de poder constituído que a tiver convocado, seja o Congresso, seja o Presidente da República... Admitir quaisquer limitações impostas por outras fontes de poder equivale a destituir o povo da soberania constituinte e subverter a hierarquia das instituições, fazendo a criatura (Congresso, Poder Constituído) sobrepor-se ao criador (o povo como o detentor do Poder Constituinte)”.

Do ponto de vista doutrinário, não há, nem pode haver, limites aos delegados constituintes para lançarem as bases político-jurídicas do Estado.

Em tese, podem surgir outras dificuldades quanto à composição da Assembléia, o número de delegados, podendo ser baseado nos critérios de população, de eleitorado ou numa forma que conduza a uma *igualdade de representação*.

Na situação atual do Brasil optou-se pelo processo estabelecido nos artigos 39 e 41 da Constituição vigente, com os respectivos parágrafos, e também por um Congresso Constituinte, isto é, os representantes podendo atuar como legisladores constituintes e, ao mesmo tempo, incumbirem-se da legislação ordinária. Promulgada a Constituição, investir-se-ão no Poder Legislativo, ou seja, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Essa fórmula é repelida pelos partidários da Constituinte pura, e, segundo eles, mais se contamina com a presença dos Senadores com mandatos até 1990, pois não foram eleitos para a missão de elaborar a Lei Maior.

Segundo outros, esses Senadores não terão necessariamente de participar da Constituinte e a concomitância dela com o Congresso explica-se por não poder a Nação ficar destituída de um de seus Poderes — o Legislativo.

Além disso, enfatizam que os aludidos Senadores, eleitos em 1982, pelo povo, que é o detentor do Poder Constituinte, não são, assim, inelegíveis para aquela Assembléia, podendo cumprir a função constituinte, como delegados natos, e manter o mandato.

Não obstante, esses argumentos somente seriam tranqüilos se tivessem apoio numa decisão plebiscitária.

Outra opção é a de duas Assembléias distintas: uma Constituinte e um Congresso.

Há os que entendem não ser isso possível, pois somente se promulga uma Constituição quando não existe outra, e mais: uma Assembléia Constituinte funcionando torna ineficaz todo o poder constituído.

A esse respeito contra-argumenta-se: o povo, que é o poder soberano, pode decidir pela necessidade de uma Constituição nova e, enquanto esta não vigorar, é lógico que prevaleça a antiga e, com ela, o funcionamento de todos os poderes, pois "um Estado não pode viver um momento sequer desconstitucionalizado".

Promulgada a Constituição, é certo que a Constituinte se dissolve.

Esta última opção parece ser a mais conveniente e teoricamente a mais acertada.

Para uns, todavia, não tem alcance prático, de vez que acarreta o ônus de duas eleições. Para outros, a vantagem da Constituinte isolada supera qualquer custo.

E por aí continua a discussão.

Ambas as modalidades, porém, a de duas Assembléias, com as atribuições correspondentes, e a de Assembléia única com as funções Constituinte e Legislativa, serão seguramente legítimas, desde que aprovadas em plebiscito, de acordo com o princípio — repita-se — de que o povo é o detentor do Poder Constituinte.

Constituinte exclusiva — insista-se — há de ser, sem dúvida, a que vier após a independência de um país, pois com ela se inicia a construção do ordenamento jurídico do novo Estado soberano.

Outra dificuldade a vencer ou providência que se impõe é a de mobilizar o povo em torno da Constituinte, pois as pesquisas têm mostrado que grandes frações ignoram seu significado e até mesmo o que seja uma Constituição.

É preciso conscientizar o país da necessidade de uma participação efetiva nos estudos e debates referentes à magna tarefa daquela Assembléia, através dos partidos políticos, órgãos de classe, agremiações profissionais, assistenciais e de cultura, associações de bairros, organizações populares, os meios de comunicação, e, nas instituições de ensino, a fundamental colaboração dos mestres.

Recentemente a Nação deixou-se empolgar pela campanha das eleições diretas.

Agora, que todos cooperem, discutindo os problemas da coletividade, oferecendo sugestões, expandindo dúvidas e anseios e, sobretudo, que os partidos apresentem com nitidez suas idéias e programas e selecionem candidatos que correspondam às aspirações do povo. Políticos autênticos, porque voltados para o bem comum, e não meros defensores dos interesses de grupo. Homens de espírito público e patriotismo, capacitados moral e intelectualmente, sabendo discernir, no emaranhado das questões nacionais, as que devem ser elevadas ao plano da Constituição.

Constituição que não deve ser esperada como um milagre, um dom, um poder de, num toque de mágica, resolver todos os problemas, eliminar todos os vícios, curar todos os males, tal como uma panacéia.

Mas que precisa ser ensinada, debatida, executada, para ser vivida não apenas pelos governantes mas igualmente pelo povo, na defesa de seus direitos e na compreensão dos deveres com a pátria.

Constituição que, sendo um instrumento para garantir a liberdade e promover a prosperidade do povo, tenha a necessária flexibilidade para adaptar-se a condições iminentes, realizando o ajustamento legal das transformações sociais, na sucessão das épocas.

Constituição, enfim, que desenvolva a consciência nacional, no entendimento dos valores básicos que *inspiram o país na rota de seu destino político.*

Valores culturais e humanos, que distinguem a generosa civilização brasileira.

Valores de justiça social e democracia, enobrecida pelos ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade.*

Como transpor a experiência de 1946 para a Constituinte de 1987?

A Constituição de 1946 prolongou-se até o advento da Carta de 1967, com uma vigência, pois, de 21 anos, sendo 18 anos de execução plena e três de execução parcial, em razão da *concorrência de Atos Revolucionários*, como lembra PRADO KELLY.

A idéia da transposição de sua experiência para a Constituinte futura deve levar em conta as duas situações históricas: o momento que a inspirou e o agora vivido.

O Texto Supremo de 1946 veio após a vitória das democracias, nos campos de batalha da Europa, sobre o totalitarismo de direita, e substituiu, em nosso País, uma Carta de índole autoritária do ponto de vista político e centralizadora sob o aspecto da federação.

Em primeiro lugar, tinha de ser, como o foi, uma reação contra o desvirtuamento político que, exacerbando o poder do Estado, sacrificava as liberdades humanas.

Era indispensável enfatizar o princípio representativo de que a fonte do poder é a soberania popular, e os poderes políticos, delegações da Nação.

Dessa maneira, a Constituição de 1946 precisou, com apuro, a questão da legitimidade ao proclamar que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”.

Neste particular, evoluímos das eleições a “bico de pena”, da primeira República, passando pelos Códigos Eleitorais e a respectiva Justiça, desde 1932, até a instituição dos partidos nacionais pela Carta de 1946.

Esta Carta haveria de voltar-se também contra o fortalecimento excessivo do Poder Executivo e o centralismo exagerado, como dispunha o Texto de 1937, buscando, de um lado, o equilíbrio dos Poderes, independentes em suas atribuições e harmônicos para a consecução dos fins do Estado, como é próprio da democracia; e, de outro, procurando afirmar a noção política-jurídica da federação.

Tinha de ir além, deixando claro que a competência dos Poderes encontra limites nos direitos fundamentais do homem, protegidos esses direitos com as garantias constitucionais e judiciárias.

Definiu-se, assim, pelo sistema democrático representativo, optando pela Federação, como forma de Estado; pela República, como forma de Governo; e por um presidencialismo mitigado, como regime de Governo. Restaurou o prestígio do Senado contra a tendência da Constituição de 1934 à unicameralidade.

E, a exemplo desta última Constituição, não somente deu o conceito da autonomia dos Municípios, em tudo que diz respeito ao seu peculiar interesse, como, na discriminação das rendas públicas, ampliou os seus recursos.

Foi uma reação em favor da liberdade, restabelecendo, como disse EDUARDO ESPÍNOLA, os seus princípios da democracia, seguindo nos pontos fundamentais a primeira Constituição Republicana.

E embora, sob os ângulos antes observados, revele a tendência de voltar a 1891, e sob o aspecto econômico-social demonstre maior identificação com a Carta de 1934, a Constituição de 1946 representa, em relação às nossas Constituições anteriores, como assinalou PONTES DE MIRANDA, a maior parcela aos três caminhos — Democracia, Liberdade, Igualdade.

A Constituição de 1946 pode servir de base para estruturação e inovações da futura Carta do País.

O quadro atual guarda semelhanças. Temos uma Carta de índole autoritária, hipertrofiado o Poder Executivo, enfraquecido o Legislativo e prejudicada a Federação, por um centralismo exagerado.

Como há quarenta anos, os futuros constituintes participam de uma época em que o social tem o primado.

Toda política nobre e objetiva, como já tive ocasião de assinalar, é, hoje, um esforço ingente e constante pela realização mais humana da sociedade.

O problema da democracia transferiu-se do plano político para o econômico. Agora, a questão não é somente de democratizar o poder do Estado, é também de democratizar a economia. Sua afirmação, seu estabelecimento em bases firmes, dependerá de realizar a vitória da liberdade sobre o liberalismo, ou seja, de, na ordem econômica, ter capacidade para conquistar a paz social.

Não é outro o objetivo das Constituições, cujo critério é o de serem instrumentos a serviço das comunidades.

Por isso, desde a Constituição mexicana de 1917, passando pela Declaração russa de 1918, pelo Texto weimariano de 1919 e pela Carta espanhola de 1931, elas definem, também, os direitos econômicos e sociais do homem e associam a ordem econômica aos princípios da justiça social.

Os constituintes de 1987, para promulgarem a nova Lei Suprema — que deve levar em conta a realidade brasileira e a evolução histórica, política e social do País —, dispõem de ambos subsídios, não somente os da Carta de 1946 como os de outros textos nacionais e, bem assim, das Constituições posteriores à Primeira e à Segunda Guerra Mundiais.

Verificarão, em todos eles, uma tônica: a do estudo e disciplina do fato econômico, orientado no sentido do bem comum.

Todo esse cabedal de conhecimentos e experiências haverá de conduzi-los à instituição de um Estado social de direito.

Uma democracia revigorada nos estímulos da justiça e solidariedade, mediante uma Constituição de teor social, inspirada nas motivações da época, num ideário nacionalista e nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade.

PARTE II — Constituição

O conteúdo da Constituição

Não estaríamos discutindo essa questão não houvessem as Constituições de nosso tempo, posteriores à Primeira Grande Guerra, como a Constituição de Weimar, de 1919, e, até mesmo antes, a Constituição de 1917 do México, aumentado consideravelmente o seu conteúdo, numa tendência que parece irreversível do legislador constituinte contemporâneo, de abarcar

os mais variados aspectos da vida social, o que levou MIRKINE GUETZÉ-VITCH a definir essa tendência como de racionalização ou humanização do Poder.

As Constituições anteriores, não.

Eram sóbrias. Eram documentos simples, de conteúdo reduzido e, seguindo doutrina antiga, tratavam do Estado, do Governo e do indivíduo.

Para uns constitucionalistas, uma Constituição se cingiria apenas a textos referentes à forma de Estado, à forma e ao regime de governo e à divisão dos Poderes, com as suas respectivas atribuições.

Para outros, uma Constituição seria simplesmente uma carta de direitos do homem e do cidadão.

Para terceiros, mais práticos, mais objetivos e mais abrangentes, consistiria numa conciliação de normas sobre o Estado, sobre o Governo e sobre as liberdades do homem.

Uma Carta que defina a forma de Estado, a forma e o regime de governo e que declare e proteja os direitos humanos — é um texto constitucional completo.

Essas Constituições clássicas se originaram do pensamento político de filósofos impressionados com o desenvolvimento do absolutismo monárquico, do absolutismo do poder público, naquela fase.

Ao final do século XVII, um grande pensador inglês, JOHN LOCKE, do mesmo nível ou mais alto que THOMAS HOBBES, pregou a necessidade da divisão dos Poderes para que fosse assegurada, tanto quanto possível, a liberdade individual.

Alguns anos depois, já no século XVIII, MONTESQUIEU, nas *Cartas Persas* e em *O Espírito das Leis*, investe contra o arbítrio do rei, dotado de poder absoluto, e prega a divisão dos Poderes.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU foi além, era um ideólogo, pensou não somente na igualdade civil como na igualdade social. Era um utópico ou revolucionário, naquela época, e defendeu a tese do governo resultante da vontade geral.

São idéias desses homens que pertenceram ao iluminismo, ao movimento iluminista da França, época de ouro da inteligência francesa e de que participaram outros intelectuais, a exemplo de VOLTAIRE, de JEAN MESLIER, de HELVETIUS, de HOLBACH, de DENIS DIDEROT, de JEAN D'ALEMBERT, esses dois últimos iniciadores e organizadores da famosa *Encyclopédie*.

Na prática, resultaram essas Constituições democráticas dos movimentos revolucionários — da Revolução Americana contra o domínio da Ingla-

terra sobre as suas colônias e da Revolução Francesa feita pela burguesia com o apoio das massas populares, do campesinato e dos pobres de Paris, que investiram furiosamente contra as pontes levadiças e as torres da Bastilha, e as destruíram, iniciando assim a Revolução Francesa, a Revolução da Liberdade.

Símbolo do absolutismo derrotado pela revolução liberal burguesa foi o Rei Luís XIV — o Rei Sol —, e até se atribui a ele uma frase simbólica do arbítrio, da prepotência política dos governantes: “L’État c’est moi”.

Ao lado da revolução política haveria de surgir naturalmente a revolução econômica.

Ao lado da pregação de uma filosofia política, de um pensamento político liberal, haveria de correr passo a passo com ele o pensamento que informa o liberalismo econômico.

O liberalismo econômico surgiu em função do desenvolvimento do capitalismo, do avanço da burguesia, da descoberta da máquina a vapor, da máquina de tecer e da máquina de fiar.

Expressão desse pensamento são QUESNAY, autor de *Physiocratie*, DU PONT DE NEMOURS, TURGOT e ADAM SMITH.

Era a pregação da liberdade econômica contra a onipotência do Estado, o clamor pela liberdade de empreendimento.

QUESNAY defendendo o “laissez-faire, laissez-passer”, e ADAM SMITH, o intercâmbio livre entre as economias nacionais sem a proteção alfandegária, proteção essa que no momento aumenta a crise dos países subdesenvolvidos, diante das grandes potências industriais que se retraem em matéria de mercado.

Como disse, anteriormente, essas observações são propiciadas pela circunstância de as Constituições de nosso tempo terem crescido no número de seus artigos, visando a regular o máximo possível.

Não ficaram como textos simples: Estado, Governo, liberdades humanas. Não. Quiseram cuidar de tudo numa manifesta desconfiança da capacidade, do engenho, da inteligência, da sinceridade do legislador ordinário. Nada para o legislador ordinário. Ele tem que ser disciplinado pelas normas fundamentais.

E então as Constituições passaram a exorbitar de seu conteúdo próprio. Nada de conteúdo mínimo, o conteúdo máximo é o que se deve perseguir.

E o que fizeram? Passaram a regular, com razão de ser, ao lado dos direitos civis e políticos do homem, os seus direitos econômicos, sociais, culturais.

Ao lado do direito de votar e ser votado, do direito de viajar, de morar onde quiser, de fazer contratos, de casar, surgiram o direito à educa-

ção e à saúde, o direito ao trabalho, o direito de comer, de vestir, o direito de morar, o direito à igualdade de oportunidades, que é o traço marcante da verdadeira democracia; o direito à segurança econômica na velhice, na doença, no infortúnio; aspectos da democracia social que evolui da democracia liberal.

Dessa maneira, a Lei Magna, que expressava o Estado de direito, passou a traduzir também o Estado de cultura, na frase de GIERKE, "de cooperação, de interdependência social, de limitações, embora somente as exigidas pelos superiores interesses da solidariedade".

Então, ao lado do crescimento dos direitos, os Constituintes contemporâneos acharam conveniente regular também a família, traçar normas gerais para a disciplina do fato familiar, do fato cultural, do fato educacional, e há nas Constituições capítulos sobre educação, família e cultura.

Há nas Constituições capítulos sobre a segurança nacional, porque o Constituinte entendeu de elaborar as normas gerais que devem ser seguidas pelo legislador ordinário na defesa dos interesses do País, dentro de uma concepção nova de segurança nacional, que não é mais a segurança mantida unicamente pelas Forças Armadas, mas defendida por grupos e pelo próprio indivíduo, como pela ciência e pela tecnologia, pelo pensamento e pelo humanismo que possa haver na sociedade.

Disciplinou a ordem econômica. A ordem econômica seria de fundo liberal, neoliberal, socialista ou marxista.

Não achou bastante, regulou questões referentes às Forças Armadas, ao Ministério Público e aos funcionários, com detalhes compatíveis apenas com a legislação ordinária.

Foram a tudo isso, e a mais.

Idêntica propensão mostra a Constituinte brasileira atual, com um projeto por demais longo, evadido de detalhes.

No entanto, piores que os detalhes são as omissões do que for vital ao interesse da Nação.

RUI BARBOSA já dizia que "não era nova, rara, nem estranha a superabundância na redação das leis".

Até para o fato, igualmente atingido por comentários justos, de que contém matéria de legislação ordinária, poder-se-ia arranjar explicação. E explicação fundada, ainda, na autoridade de RUI BARBOSA quando ele declara: "Não sendo a Constituição de um Estado senão uma lei, se bem que lei de uma categoria superior a todas, a Lei Suprema, a sua lei das leis, nada obsta a que a Nação, ou o povo, assentando nela os fundamentos gerais do seu Governo, particularize, também, no que entender com certos assuntos, pela atenção que lhe mereçam, pelo cuidado que lhe inspirem,

circunstâncias de organização, providências de aplicação, mais próprias da esfera ordinária da legislatura”.

Vícios de técnica possui a Lei Suprema dos Estados Unidos que BOUTMY, neste particular, classificava de “mecanismo grosseiro e como que feito a machado”, e, todavia, no gênero, é considerado o maior monumento da sabedoria humana, tendo mesmo inspirado quase todas as Constituições do mundo.

É verdade que há matérias características da Lei Magna sem as quais não poderia existir, derivadas mesmo da sua origem histórica.

Mas, também, é inegável que as Constituições modernas, diante de toda uma nova e complexa estrutura de civilização, haveriam de ter, naturalmente, pela grande diferença de circunstâncias históricas, uma extensão maior que as Constituições antigas, atentas, por excelência, ao problema da organização política.

Importante, pois, não é, de todo, o número maior ou menor de dispositivos constitucionais, mas que se não choquem uns com os outros, e que não sejam contraditórios em si mesmos; que constituam um todo homogêneo, uma reunião de princípios harmonizados, e jamais um conjunto de textos estanques, possíveis de confundir o pensamento do legislador comum e dos aplicadores da lei.

Não que se não deva preferir, em tal documento, a forma sintética à forma analítica.

Mas o principal é que se possa verificar que a Carta Constituinte se desprende dos vícios do passado, apreciou com justeza os fatos do presente, não deixando de considerar as perspectivas do futuro.

O significativo é que a lei básica registre as melhores conquistas da evolução, atenda às aspirações da sociedade que a elaborar, e guarde poder de plasticidade bastante para não impedir, antes estimular, a criação de instituições jurídicas imprescindíveis a novas necessidades.

O essencial é que, sendo um instrumento para garantir e promover a liberdade e a prosperidade do povo, tenha flexibilidade para adaptar-se a modificações ou condições iminentes, realizando o ajustamento legal das transformações sociais, na sucessão das épocas.

Essa é a vocação das Cartas Magnas, ou seja, do Direito Político, que evolui, cresce, transmuda-se com a rapidez exigida ao domínio e normalização desse desabrochar abundante de relações e fatos fecundados no progresso da ciência, da técnica, dos meios de produzir, no movimento das massas, no fato sindical, na interdependência política e econômica das nações, no extraordinário desenvolvimento da cultura humana.

Direito administrativo inglês

J. CRETELLA JÚNIOR

Titular de Direito Administrativo da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. *Existência do direito administrativo, na Inglaterra*
2. *Sistema do "common law"*. 3. *Conceito do common law*. 4. *Direito norte-americano*. 5. *Conotações do direito administrativo inglês*. 6. *O denominado "regime administrativo"*. 7. *Os "precedentes judiciais"*. 8. *Unidade de jurisdição*. 9. *"The King can do no wrong"*. 10. *Inexistência da auto-executoriedade*. 11. *Regime do funcionário público*. 12. *Falta de sistematização doutrinária*. 13. *Relevância da jurisprudência*. 14. *Direito inglês, obra da razão*. 15. *Síntese geral*. 16. *Conclusões*.

1. *Existência do direito administrativo, na Inglaterra*

A Inglaterra tem ou não tem *direito administrativo*? Pode-se falar em "direito administrativo inglês"?

A resposta será sem dúvida negativa se, por *direito administrativo*, entendermos, como os autores franceses e, regra geral, como os cultores dos direitos de base romanística, "o conjunto de princípios e normas jurídicas

que “derrogam” e “exorbitam” do *direito comum*”, isto é, ramo do direito em que a Administração se encontra em nítida posição *vertical*, quando faz parte da relação-de-administração, em confronto com o administrado. Mas a resposta será positiva — “A Inglaterra e os povos de língua inglesa têm direito administrativo” —, se entendermos que a Administração inglesa (norte-americana e dos países de língua inglesa) está sujeita ao direito, tanto quanto a Administração francesa, diferindo, no entanto, o regime jurídico dos “direitos do *common law*” e dos “direitos de base romanística”.

O responsável pela tese absurda da inexistência de direito administrativo, na Inglaterra, foi o doutrinador inglês ALBERT VENN DICEY (1835-1922), em vários de seus admiráveis trabalhos sobre o direito constitucional (cf. *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, 8.^a ed., Londres, 1915; *Law of the Constitution*, 10.^a ed., p. 330), colocação que se encontra em todos os livros ingleses e norte-americanos, quando se referem a este ramo do direito público, nos países de fala inglesa (cf. GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., Londres, 1974, ed. Butterworths; DAVID FOULKES, *Introduction to Administrative Law*, 4.^a ed., Londres, 1976, ed. Butterworths; S.A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 3.^a ed., Inglaterra, ed. Penguin Books).

DICEY é prestigiado autor do século passado e inícios deste, tendo publicado a primeira edição de seu livro em 1885, aos 50 anos de idade.

Depois da célebre e prolongada polêmica que sustentou com GASTON JÉZE, reafirmando sua posição, DICEY reconheceu, de certo modo, que a idéia que fazia do *direito continental*, quando comparado com o *direito inglês*, era inexacta desde a origem e, mesmo depois, com a evolução que o direito inglês experimentara. No entanto, em 1915, quando completava 80 anos de idade, DICEY voltou a sustentar que o direito administrativo ainda não firmara pé na Inglaterra (cf. nosso *Direito Administrativo Comparado*, São Paulo, 1972, p. 94).

O livro de DICEY, publicado em 1885, é a reprodução das lições que aquele jurista dera na Universidade de Oxford, o que se percebe, aliás, pela vivacidade, clareza, espontaneidade e brilhantismo do estilo, em que é escrito aquele livro.

Nessa *Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, que agora vamos citar na versão francesa, de 1902, feita por ANDRÉ BATUT e GASTON JÉZE, com *Prefácio* do então Deputado A. RIBOT e publicada em Paris, ed. V. Giard e E. Brière, o antigo e clássico jurista inglês ALBERT VENN DICEY reafirma a *inexistência do direito administrativo, na Inglaterra*, a partir do *Prólogo* da terceira edição inglesa, quando ressalta a “diferença que há entre o *droit administratif* francês e o *reino da lei*, “*rule of law*”, que prevalece na Inglaterra”.

No *Prefácio* da edição francesa, pp. XXX-XXXI, DICEY volta à carga, nos seguintes termos: “Eu quis mostrar — o que certamente é verdadeiro

— que, em todo o *direito inglês*, não existe senão muito pouco ou quase nada que corresponda ao *droit administratif*, mas esta conclusão não demonstra ou implica que o sistema do *droit administratif* não tenha nenhum mérito próprio, que a Inglaterra nada perdeu, negligenciando reconhecer plenamente os direitos e deveres do Estado, o que forma o *droit administratif* francês. Muito ao contrário, estou bem longe de crer que o *direito administrativo da França* não tem nenhum mérito, e reconheço nele uma criação notável e original do gênio francês, no domínio da ciência do direito. Na verdade, minha exposição do direito francês, como ele o era sobre muitos pontos, nos escritos de ALEX DE TOCQUEVILLE, não corresponde completamente ao direito administrativo atual, como me fizeram notar vários críticos respeitáveis, mas o direito francês, como existia, por exemplo, em 1850, é admirável ilustração, por via de oposição, do direito constitucional inglês, razão por que pensei que não havia motivo para modificar materialmente as páginas publicadas pela primeira vez em 1885. Devo afirmar, no entanto, que atento estudo do livro *Jurisdiction Administrative*, de LAFERRIÈRE, e de outras obras recentes e autorizadas me convenceu não somente que incidi em alguns erros de pormenor, o que, aliás, é perdoável a um inglês que escreve sobre o direito francês, como também que o direito administrativo sofreu, na França, durante os cinqüenta ou sessenta últimos anos, radical evolução, da qual, em 1885, eu não estava inteirado o suficiente”.

Em duas notas (*Concepções errôneas dos ingleses quanto ao “droit administratif” francês*, p. 449, e *Comparação entre o desenvolvimento do “droit administratif” e do direito inglês*, p. 462), o mesmo clássico DICEY escreve: “Todo inglês que, imbuído das idéias do direito inglês, resolve estudar o *droit administratif* fica exposto a cair num dos dois erros seguintes. O primeiro erro é o de crer que o *droit administratif* corresponde a qualquer ramo do direito inglês (cf. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*). O estudioso verifica que o *droit administratif* contém certas regras sobre a situação, os privilégios e os deveres dos funcionários públicos. Ele acredita, assim, poder identificá-lo com leis, regulamentos ou costumes que, na Inglaterra, determinam a posição dos servidores da Coroa ou — deixando de lado o exército — do serviço civil” (cf. p. 450). E acrescenta: “O *droit administratif*, tal como existe, na França, não é o conjunto dos poderes ou das funções exercidas pela Administração, mas, antes de tudo, o conjunto dos princípios que regem as relações entre os cidadãos franceses, como indivíduos, e a Administração, como representante do Estado” (cf., p. 451). “Em resumo, o *droit administratif* repousa sobre duas idéias absolutamente estranhas ao direito inglês: a primeira reside no fato de que as relações dos indivíduos com o Estado são regidas por princípios essencialmente diferentes das regras do direito privado que governam os direitos dos particulares frente a frente a seus vizinhos, ao passo que a segunda reside no fato de que as questões relativas à aplicação destes princípios não estão sujeitas à competência dos tribunais judiciários, mas devem ser decididas por tribunais especiais de índole mais ou menos administrativa, que, embora administrem a justiça, agirão em vista do interesse público, o que não ocorreria

com os tribunais judiciários” (cf. LOWELL, *Government and Parties in Continental Europe*, vol. I, p. 56 e DICEY, op. cit., p. 452). E conclui: “O *droit administratif* pode, então, mesmo hoje, conter um elemento de poder discricionário-arbitrário que é estranho às idéias jurídicas inglesas” (Cf. p. 462).

Na segunda nota, *Comparação entre o desenvolvimento do “droit administratif” e o do direito inglês*, DICEY escreve: “O *droit administratif* que, pelo conteúdo, não se assemelha a nenhum ramo do direito inglês, apresenta, em seu modo de formação, a maior analogia com o direito da Inglaterra. O *droit administratif* é, como o *common law*, um corpo de *case-law* — direito jurisprudencial —, de *judge-made law* — direito elaborado pelos juizes. De modo algum o encontraremos em códigos, pois ele repousa nos precedentes, e os juristas franceses são levados a crer que ele não pode ser codificado, do mesmo modo que os juristas ingleses sustentam que o direito inglês não pode ser codificado” (cf. p. 462).

DAVID FOULKES, no livro *Introduction to Administrative Law*, Londres, 4.^a ed., 1976, aceita, normalmente, a existência do direito administrativo inglês, dedicando-lhe todo o Cap. I de seu livro — *Administrative Law — Content and Context* (12 páginas), reservando, depois, os quatro capítulos seguintes, ao alicerce de um estudo do direito administrativo, isto é, a “supremacia legislativa do Parlamento”, a “separação dos poderes”, a “doutrina da responsabilidade ministerial” e a “*rule of law*”, não sem antes ter refutado a colocação de DICEY, que, “tendo traduzido *droit administratif* por *administrative law*, dissera que o *administrative law* era fundamentalmente incompatível com o *rule of law* (cf. FOULKES, *Introduction to Administrative Law*, 4.^a ed., Londres, 1976, p. 10).

“I am not one of those who think that we have no real system of administrative law”, ou seja, “não me situo entre aqueles que pensam que nós não temos um verdadeiro direito administrativo” (WADE, *Administrative Law*, 3.^a ed., 1971, Prefácio).

Uma coisa é certa. Todos os autores ingleses conceituam o *direito administrativo* como o ramo do direito público concernente à administração pública. “Administrative law is the law relating to public administration” (FOULKES, *Introduction to Administrative Law*, 4.^a ed., 1976, p. 1; GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., 1974, p. 1).

Mesmo hoje, porém, nos livros ingleses encontramos menção ao trabalho de DICEY (cf. *Law of the Constitution*, 10.^a ed., p. 330), na passagem: “as palavras *administrative law*, que são a tradução mais natural da expressão *droit administratif*, são desconhecidas dos juizes ingleses e dos juristas, e são, em si mesmas, dificilmente compreensíveis sem posterior explicação”.

Lord Reid, no caso *Ridge versus Baldwin*, 1963, sustentou que “we do not have a developed system of administrative law — perhaps because

until fairly recently we did not need it”, ou seja, “nós não temos um sistema desenvolvido de direito administrativo — talvez porque até bem recentemente não tivemos necessidade dele” (cf. GARNER, *Administrative Law*, 1974, p. 1, nota 2).

Concordando, por um lado, com DICEY, quando aquele clássico dizia que “não havia *administrative law in this country*”, no sentido de que “não existe conciso e separado sistema de direito administrativo, como é encontrado em muitos países do Continente, ele estava e ainda está certo, mas não é certamente verdade dizer que não existe Administração, neste País, ou que não há direito concernente à Administração” (cf. GARNER, *Administrative Law*, 1974, p. 1).

“It may truly now be said that we have a developed system of administrative law”, ou, em vernáculo, “pode-se agora com razão dizer que nós temos um sistema desenvolvido de direito administrativo” (Lord Denning, M.R., no caso *Breen versus Amalgamated Engineering Union*, 1971).

Os autores franceses, como, por exemplo, CHARLES DEBBASCH e JEAN RIVERO, percebem, muito melhor que os autores ingleses, a presença de um *direito administrativo*, na Inglaterra: “Na concepção anglo-saxônica, a Administração é submetida, como os particulares, ao sistema do *common law*. Só o legislador e o juiz exercem, a título originário, as prerrogativas de potestade pública. A Administração deve cumprir sua missão com as mesmas armas jurídicas que os particulares. A sujeição da Administração a regras aplicáveis às pessoas privadas é mais conforme ao liberalismo, oferecendo garantias de que a Administração não disporá de privilégios exorbitantes. Oferece também a vantagem de grande simplicidade: todos os sujeitos de direito são submetidos às mesmas regras e submetidos aos mesmos tribunais” (cf. CHARLES DEBBASCH, *Science Administrative*, 1971, pp. 51-2).

“O princípio de submissão da Administração ao direito não acarreta, necessariamente, a existência de um *direito administrativo*, ou seja, de um *direito especial* da Administração. A Administração pode ser regida pelo mesmo direito que os particulares, isto é, pelo direito privado. Neste caso, haverá submissão da Administração ao *direito*, mas não ao *direito administrativo*. Não se trata, de maneira alguma, de uma concepção teórica; a Administração inglesa, em larga medida, obedece ao mesmo direito de qualquer particular britânico; há, na Inglaterra, como em todos os países, leis que organizam a Administração, que lhe descrevem os órgãos, que lhe fixam o Estatuto; mas, quando ela age, são essencialmente processos jurídicos do direito comum que ela utiliza; seus contratos são os mesmos que os dos particulares, sua responsabilidade ocorre nos mesmos casos. Não há, então, em princípio, na Inglaterra, um *regime jurídico próprio da ação administrativa*” (JEAN RIVERO — *Cours de Droit Administratif Comparé*, 1956-1957, p. 148, e *Droit Administratif*, 8.^a ed., 1977. Cf. ainda

MITCHELL — *L'Absence d'un Système de Droit Administratif au Royaume-Uni: Ses Causes et Ses Effets*. Études et documents du Conseil d'État, n.º 18, p. 211).

A verdade é que o sistema do *common law* tem real e autônomo direito administrativo, embora não nos moldes do sistema francês.

As diferenças essenciais entre o *direito administrativo inglês* e o *direito administrativo francês* residem num só ponto: prevalece, no primeiro, o princípio da *horizontalidade*; informa o segundo a idéia da *verticalidade*.

Em outras palavras, a Administração inglesa é tratada, tanto quanto possível, no mesmo plano que os particulares; a Administração francesa goza de *prerrogativas* e *privilégios*, exatamente por ser Estado, por ser detentora do *jus imperii*.

Temos, assim, de contrapor o *common law*, ou o *rule of law*, ao “regime administrativo”, das prerrogativas públicas.

2. Sistema do “*common law*”

No estudo do direito comparado, relevante é a definição e a classificação dos “sistemas”, bem como a aglutinação dos “direitos” dentro do respectivo “sistema”. Numa colocação “externa”, confrontam-se *sistemas* ou *direitos*; numa colocação “interna”, confrontam-se *institutos* dentro dos *sistemas*; tipificado o *instituto*, delineado seu regime jurídico, passa-se ao confronto entre dois ou mais *regimes jurídicos*, observando-se as semelhanças e dissemelhanças existentes. Para nós, “sistema” é sinônimo de “família”.

Em nosso livro *Direito Administrativo Comparado*, 1972, classificamos os *sistemas de direito administrativo*, primeiro, em dois grupos, o *de base romanística* e o *de base não-romanística*, subdividido este, depois, em sistema do *common law*, sistema de base socialista e sistemas exóticos, desdobrando-se estes últimos em *subsistemas*, ou melhor, *direitos*, a saber, exemplificativamente chinês, japonês, muçulmano, africano.

Interessa-nos agora o sistema do *common law*, que, no início, era um “direito” — *direito inglês* —, ou melhor, direito *anglo-saxão*, expressão empregada com frequência, na França, para designar aquilo que, nos países de língua inglesa, se compreende como o primitivo direito da Inglaterra, anterior à invasão e conquista normandas.

A família do direito inglês é designada pelo nome de grupo do *common law*, repelindo-se, por imprecisão técnica, a expressão *direito britânico*.

O sistema do *common law* é o do direito inglês, em vigor na Inglaterra, no País de Gales e em toda a Commonwealth, bem como, com

maiores ou menores alterações, nos países de língua inglesa — Irlanda do Norte (Ulster) e Irlanda do Sul (Eire), Nova Zelândia, Canadá, exceto a Província de Quebec, a Terranova, Antilhas (na maior parte), Estados Unidos, exceto em alguns pontos, como, por exemplo, a Luisiânia, de influência francesa, a Índia, o Paquistão, o Bangladesch, o Ceilão, a Birmânia, a Malásia.

3. Conceito do “common law”

A expressão técnica e consagrada *common law* designa o direito não escrito, baseado nos *usos e costumes*, bem como nos *precedentes* consagrados pelas Cortes de Justiça. O *common law* contrasta com o *Statute Law*, ou seja, sistema legislativo promulgado por um corpo legislativo, que o reúne em Códigos.

Segundo BLACKSTONE, *common law* é o costume geral imemorial, declarado de época a época, nas decisões da Corte de Justiça (= “general immemorial custom of common law from time to time declared in the decisions of the Court of Justice”).

Para FREDERIC POLLOCK *common law* é “a parte do direito inglês criada não por disposições legislativas, mas por decisões judiciais, que devem ser procuradas nos repertórios de casos decididos (*Essays in Jurisprudence and Ethics*, 1882, cap. IV). *Common law* é o direito do precedente judiciário.

Em definição residual, WILLIAM GELDART assinala que, “pondo de lado, por ora, as regras da “Equity”, o grande corpo do direito que não é *Statute Law* é chamado de *Common Law*” (cf. *Elements of English Law*, 8.^a ed., Yardley, 1975, p. 1).

Antes de decidir, o magistrado inglês procura a solução jurídica das espécies que lhe são submetidas, concentrando-se no estudo e na combinação dos *precedentes judiciais*, sem que a lei lhe permita discutir a legitimidade ou fundamento real de tais *precedentes*, de indagar mesmo se se trata ou não de expressão de *costumes imemorais anteriores*.

Como se chega a reconhecer tais *costumes* e tais *proposições*? Quem lhes determina a validade? A resposta é uma só: os *juizes da terra*. Eles são os depositários das leis, os oráculos vivos, que devem decidir em todos os casos as dúvidas, sendo limitados, nesse trabalho, por um juramento para que não deixem de decidir conforme a *lei da terra* (cf. STEPHEN, *Commentaries*, 1886, v. 1, p. 53).

4. Direito norte-americano

Oriundo da Inglaterra, o sistema do *common law* irradiou para o continente, atravessou os oceanos, radicando-se nos Estados Unidos e, mais

tarde, em inúmeros agrupamentos e etnias — depois Estados — da África, da Ásia e da Oceania.

Quando os colonos ingleses, a bordo do *May Flower*, aportaram nos Estados Unidos, superados os primeiros tempos de adaptação, perceberam a necessidade de criar um direito menos primitivo do que o antigo *common law* de origem.

No entanto, se por um lado a sociedade evoluía, reclamando nova formulação do instrumental jurídico, os livros existentes eram ingleses, a língua era a inglesa, as técnicas ainda presas ao modelo transportado.

Depois da Guerra da Independência, há grande reação nos Estados Unidos. Procura-se repelir tudo que é inglês, voltando-se os juristas para o sistema francês. Entretanto, a marca indelével do *common law* transporece a cada instante, caracterizando os institutos jurídicos.

Em suma, trazendo a chancela originária do *common law*, que se reflete em toda a estrutura do direito norte-americano, empregando a língua e a terminologia inglesa, trabalhando com instrumental importado, os norte-americanos criaram um tipo de *direito intermédio* que, no que se refere às fontes, se aproxima do sistema de base romanística e, em especial, do direito francês. No que concerne ao espírito, porém, o direito norte-americano pouco se afasta do modelo originário do *common law*.

5. *Conotações do direito administrativo inglês*

O direito administrativo inglês, o direito administrativo norte-americano e os “direitos administrativos” filiados a essas duas matrizes do sistema do *common law* apresentam alguns traços característicos que os contrapõem ao direito administrativo francês e, regra geral, à maioria dos direitos do sistema de base romanística, notando-se, na teoria e na prática, alguns pontos em que a solução do *common law* se afasta da solução francesa: a) unidade de jurisdição; b) irresponsabilidade civil do Estado; c) não auto-executoriedade dos atos administrativos; d) regime do funcionário público; e) ausência de sistematização doutrinária; f) relevância da jurisprudência.

6. *O denominado “regime administrativo”*

No confronto, por exemplo, do direito francês — de base romanística — com o direito inglês — sistema do *common law* — percebe-se, mesmo em análise superficial, que o primeiro adota o sistema vertical das prerrogativas e dos privilégios, com predomínio de derrogação e de exorbitância ao direito comum; o segundo adota o sistema horizontal, nivelando-se, regra geral, a Administração ao particular, nas relações Estado—administrado.

O *regime administrativo*, derogatório e exorbitante do direito comum, é informado por princípios publicísticos, diferentes dos que comandam o direito civil e comercial. O *regime administrativo*, das prerrogativas e sujeições, informa o direito francês, mas é repellido pelos direitos do sistema do *common law*.

O *regime administrativo* trabalha com “esquemas públicos”, o regime do *common law* adota “esquemas privatísticos”, regra geral.

“A Administração inglesa é submetida, em princípio, ao mesmo direito que rege a atividade de todo particular britânico. Há, na Inglaterra, como em todos os países, leis que organizam a Administração, descrevem-lhe os órgãos, fixam-lhe o estatuto; mas quando ela age, salvo exceções estabelecidas pelo Parlamento soberano, os processos utilizados são os do direito comum; os contratos celebrados são idênticos aos que os particulares celebram entre si; a responsabilidade da Administração é empenhada, nos mesmos casos. Não há, assim, na Inglaterra um *regime jurídico* peculiar à ação administrativa, se bem que a evolução recente tenda a modificar esta situação, multiplicando os textos que derogam o *common law*, em benefício da Administração” (RIVERO, *Droit Administratif*, 12.^a ed. 1987, p. 17).

“Na própria França, a Administração utiliza, freqüentes vezes, processos do direito privado; se o proprietário do imóvel, do qual ela necessita, concorda em vendê-lo a preço razoável, a Administração celebrará contrato de venda regido pelo Código Civil. Tal recurso ao direito privado é a solução normal para as empresas comerciais e industriais, geridas pelo Estado: funcionam sob regime análogo ao das empresas privadas similares. Aos processos jurídicos de *direito comum* de que se serve a Administração dá-se o nome de *gestão privada*” (RIVERO, *Droit Administratif*, 12.^a ed. 1987, p. 17).

O *regime administrativo* — presença e utilização freqüente de processos de direito público — revela a existência de verdadeiro e típico *direito administrativo*, exorbitante e derogatório do direito comum, direito autônomo, independente do *direito civil*, direito especial, o que não quer dizer, *a contrario sensu*, que a inexistência de *regime jurídico* diferenciado — presença e utilização freqüente de esquemas privatísticos — autorize a afirmação imperativa e usual de que “países como a Inglaterra não têm *direito administrativo*, porque a Administração inglesa aproveita o mesmo instrumental do direito privado para o equacionamento e solução dos fatos, atos, contratos e responsabilidades do mundo administrativo”.

Logo, duas tipologias, ambas legítimas para o direito administrativo: uma, predominantemente publicística (modelo ou solução gaulesa); outra, predominantemente privatística (modelo ou solução do sistema do *common law*).

Fazendo-se perguntas apropriadas: como se equaciona a responsabilidade civil do Estado, na França? E na Inglaterra? Sob que regime traba-

lham os agentes públicos, na Inglaterra e na França? As respostas a estas perguntas conduzem a tratamentos administrativos que não se assemelham.

No Estado moderno, a Administração é submetida ao *direito* e ao *juiz*. Resta saber “a que direito?” “A que juiz?”

As respostas a estas indagações levam a duas soluções possíveis: pode-se submeter a Administração ao mesmo direito e aos mesmos tribunais judiciários a que são submetidos os particulares, ou seja, a um DIREITO COMUM e a uma ORDEM ÚNICA de tribunais judiciários, ou então, pode-se submeter o litígio entre a Administração e os particulares “sobre matéria administrativa” a um DIREITO ESPECIAL e a TRIBUNAIS ESPECIAIS. No primeiro caso, temos o tipo anglo-saxão; no segundo caso, temos o tipo francês. As duas soluções correspondem, nesses extremos, aos dois grandes tipos de sistemas administrativos ocidentais.

No tipo anglo-saxão — Inglaterra e Estados Unidos —, os agentes públicos são submetidos às mesmas regras que os demais cidadãos. É “o reinado da lei”, a mesma *para todos e acima de todos*. Nos países citados, a Administração também está subordinada ao direito. Por um cuidado extremo de liberalismo, ao espírito inglês repugna a idéia do *regime administrativo*, que poderia ameaçar as liberdades dos indivíduos. O direito administrativo, como é concebido pelos franceses, colocaria a Administração em situação privilegiada, permitindo-lhe fazer uso da *potestade pública*, em detrimento da liberdade individual.

No tipo francês, ao contrário, aceita-se a idéia de um direito especial — o direito administrativo —, submetido ao regime administrativo, derogatório e exorbitante do direito comum. Paralelamente, os conflitos entre a Administração e os administrados, em matéria administrativa, são resolvidos por uma jurisdição especial, constituída de um corpo completo de tribunais, que culmina num supremo tribunal administrativo — o Conselho de Estado.

A reunião destes dois elementos — direito administrativo e jurisdição administrativa —, estreitamente unidos, solidários, forma a noção de *regime administrativo*, que MAURICE HAURIUO contrapõe à noção de “administração judiciária” com a qual caracteriza a concepção anglo-saxônica (cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 3.^a ed. 1963, v. 1, p. 28).

Em suma, *regime administrativo* é o conjunto de regras jurídicas, derogatórias e exorbitantes do direito comum, que regulam as relações entre a Administração e os administrados, em matéria administrativa. Este regime predomina tanto na França, onde existe o contencioso administrativo, como no Brasil, onde existe a dualidade de jurisdições.

Nos dois casos, porém, quer na França, quer no Brasil, aparecem as prerrogativas e sujeições da Administração, agindo esta com o que se denomina de "potestade pública" (*puissance publique*).

Os autores ingleses criticam a solução francesa, tachando-a de anti-liberal, de *sistema de privilégio*, em prol da Administração. *Direito especial e justiça especial não são sinônimos de direito de exceção e de privilégio de jurisdição?*

Daí, a prevenção da doutrina inglesa contra o chamado *regime administrativo*, que encobriria um sistema de privilégios exorbitantes.

Os autores franceses respondem aos doutrinadores ingleses sustentando que, na prática, a fórmula francesa é muito mais liberal, porque a) tem mantido grande equilíbrio, nos julgamentos; b) tem procurado defender os direitos dos administrados, obrigando a Administração a obedecer às leis e, por fim, c) o Conselho de Estado, no caso da responsabilidade pública, exorbita do direito civil e responsabiliza o Estado em termos publicísticos muito mais rigorosos do que os adotados pelo direito civil.

7. Os "precedentes judiciários"

Os precedentes *judiciários* constituem as principais e autênticas provas que podem ser oferecidas da existência de um costume que integra o *common law*.

O *sistema do common law* contrasta, de maneira flagrante, com o *sistema de base romanística*, em razão da diversidade das fontes do direito que informam os dois sistemas e dos métodos de trabalho dos juristas e dos magistrados, mas não através dos índices que têm sido postos em relevo para patentear a diferença dos sistemas, índices esses que precisam ser entendidos com exatidão, como, por exemplo, os que revelam o *common law* como um direito consuetudinário, jurisprudencial, fundado nas espécies resolvidas pelas Cortes de Justiça (*case law*), bem como os que deixam claro que esse direito é não escrito. Tais afirmações, porém, precisam ser entendidas em seu verdadeiro sentido, porque, na realidade, o direito inglês é constituído de conceitos jurídicos, no interior dos quais as regras de direito, são ordenadas e adquirem valor (RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, 1950, pp. 282 e 285).

Lord Macmillan deixa bem claro que os dois grandes sistemas de direito que dividem o mundo civilizado são o *sistema do direito codificado* e o *sistema do direito jurisprudencial (case law)*, os quais exemplificam dois tipos principais de espíritos: o tipo que procura o *princípio* e o tipo que procede conforme o *precedente*. Os dois métodos são o resultado de temperamentos profundamente divergentes. Formular princípios com exa-

tidão é tarefa muito difícil: muito mais fácil é apelar para a experiência anterior. Por temperamento, o inglês sempre desconfiou e, muitas vezes, com razão, dos apóstolos dos princípios, quando se trata de questões práticas. Se não os considera francamente como prestidigitadores das palavras, denomina-os, mas delicadamente, de “doutrinadores”. O inglês percebeu que a vida não se adapta a nenhuma teoria fixa e que os princípios, em razão de sua generalidade, sempre malogram, porque nunca se ajustam, de modo exato, ao caso que se tem de resolver e, desde então, prefere deixar de lado teoria e princípios. A filha do lorde Salisbury, homem de Estado, tipicamente inglês, conta-nos que o pai, na elaboração do direito, desconfiava sempre das *grandes concepções*, que “levam a sacrificar a realidade à simetria de belas teorias”. Foi um inglês que definiu o direito da Inglaterra como *ímpia barafunda*. FREDERICK POLLOCK diz, entretanto, que o inglês, embora seja um povo lógico, muito bem se dá com essas anomalias (cf. MACMILLAN, Deux manières de penser, em *Récueil Edouard Lambert*, 1938, v. 2, p. 6).

O direito da Inglaterra manifesta o que lorde Westbury denomina de *particularidade do espírito inglês* — o “amor ao precedente” —, o gosto de apelar para a autoridade dos exemplos concretos, mais do que se abandonar ao raciocínio abstrato. Isto repugna, por temperamento, aos discípulos continentais do *direito civil*. Para estes, o que importa conhecer são os *princípios do direito*. O *caso particular* deve ser decidido, não invocando decisões anteriores, mas classificando-o logicamente sob a proposição geral, mais apropriada para aplicar-se-lhe. No caso, o *método lógico* e o *método empírico* se apresentam em seu mais extremo contraste (cf. “Introduction à l'étude du droit comparé”, em *Récueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, 1938, v. 1, pp. 6-7).

O direito da Inglaterra revela a denominada “particularidade do espírito inglês”, o amor do precedente, o gosto de apelar para a autoridade dos exemplos passados mais do que preferindo tal colocação ao raciocínio abstrato.

De maneira alguma o direito inglês é uma construção lógica, harmônica e coerente do espírito: é a soma das regras que, desde o século XIII, foram reiteradas pelos magistrados das Cortes Reais de Sua Majestade. O direito inglês emergiu do processo inglês (cf. RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, 1950, p. 287).

3. *Unidade de jurisdição*

Ao passo que o direito francês admite a *dualidade de jurisdição*, ou seja, ao lado do Poder Judiciário comum, cujo tribunal supremo é a Corte de Cassação, existem os tribunais administrativos, cuja Corte Suprema é o Conselho de Estado, os direitos do sistema do *common law* adotam a regra “una lex, una jurisdictio”.

A *jurisdição ordinária*, na Inglaterra, é a única existente, qualquer que seja a natureza do litígio, quanto ao conteúdo e quanto às partes, em conflito. A *unidade da regra* e a *unidade do juiz* são os dois elementos que, para DICEY, constituem os pilares característicos do regime de direito (*rule of law*), garantia da liberdade dos cidadãos. Isto, para os olhos de DICEY, faz a superioridade do sistema inglês.

Desse modo, à concepção francesa de um direito administrativo com objeto próprio, métodos específicos e princípios informativos típicos, derogatórios e exorbitantes do direito comum, contrapõe-se a concepção inglesa, segundo a qual a Administração e seus agentes se submetem ao *direito comum*. Tal foi a posição adotada por DICEY, como se vê pela consulta a seu livro clássico — *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 1.ª ed., 1885 —, livro continuamente reeditado. A tese de DICEY foi retomada por LAWSON (cf. *Le droit administratif français, Revue Internationale du Droit Comparé*, 1951, p. 413).

A concepção que considera o *direito francês* como “o tipo mais completo” (MAURICE HAURIOU) é, ao contrário, baseada na existência de um *direito especial* para julgar os litígios administrativos nascidos dessas relações. É aí que reside a originalidade do sistema francês. A França conhece, assim, um verdadeiro *direito administrativo*, no sentido de ramo do direito autônomo, especial, independente do direito civil; conhece, por outro lado, a *dualidade de jurisdição*, pelo fato de acolher a *jurisdição administrativa*, o contencioso administrativo — independente dos tribunais judiciários, jurisdição que constitui um corpo completo de tribunais e juizes, culminando por apresentar, no vértice, uma Corte Suprema, em matéria administrativa —, o Conselho de Estado.

A reunião dos dois elementos — *direito administrativo* e *jurisdição administrativa* — forma a noção do *regime administrativo*, que HAURIOU contrapõe àquele da *administração judiciária* com a qual designa a concepção anglo-saxônica.

Seria de *essência liberal* a fórmula francesa de julgar? Não tem ela a significação de um *sistema jurisdicional de privilégio* a favor da Administração? Um *direito especial* e um *juízo especial* não são sinônimos de *direito de exceção* e de *privilégios de jurisdição*?

São precisamente esses temores que suscitaram entre os ingleses “prevenção secular” contra o *regime administrativo*, do *tipo francês*, no qual acreditam descobrir a ameaça de um *sistema de privilégios exorbitantes*.

Na realidade, a *fórmula francesa* conservou, na prática, um sentido liberal, porque os tribunais administrativos gauleses, na dosagem que devem fazer as exigências da ação administrativa e a proteção dos direitos dos administrados, podem manter satisfatório equilíbrio.

Em particular, o Conselho de Estado considerou como um de seus principais papéis obrigar rigorosamente a Administração a respeitar a lei e se erigiu, assim, no *guardião da legalidade*. De outro lado, longe de elaborar um direito sistemático, favorável ao Estado, o Conselho de Estado tem desenvolvido, de modo notável, teorias protetoras do indivíduo e, em primeiro plano, ao lado da *regra da legalidade*, a regra complementar da *responsabilidade do poder público* (cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3.^a ed., 1963, v. 1, p. 29).

Rule of law, unidade da lei, unidade do juízo, foram os princípios adotados, no conjunto do mundo anglo-saxão, com o *common law*.

“O controle jurisdicional da Administração”, escreve CHARLES DEBBASCH, “é entregue, na Inglaterra, aos tribunais do direito comum. A independência dos magistrados e os recursos muito amplos que lhes oferece o sistema do *common law* explicam que não se tenha sentido a necessidade de jurisdição especializada. Este controle repousa na ficção de que os atos administrativos, depois de um processo, são quase jurisdicionais. O sistema de controle vinculado revela, entretanto, lacunas, quando um ato é tomado no exercício de um poder puramente administrativo. Por outro lado, o intervencionismo provocou uma dificuldade para o juiz de direito comum: a de adaptar-se a domínios muito técnicos. Eis por que surgiram *jurisdições administrativas especializadas*. A *unidade do sistema jurisdicional* fica, no entanto, íntegra. Estes tribunais são controlados graças ao jogo das vias de recurso pelas jurisdições de direito comum” (*Science Administrative*, 1971, pp. 586-7).

Os conceitos da *rule of law* — império da lei —, da *judicial supremacy* — supremacia judicial — e do *due process of law*, nos Estados Unidos, deram aos tribunais norte-americanos um controle sobre os órgãos da Administração não diferente daquele que exercem sobre os atos privados. Como conseqüência, o direito enunciado nas sentenças referentes à Administração não difere, regra geral, do enunciado na sentença prolatada com relação aos atos privados.

Em suma, no sistema da *common law*, a “unidade de jurisdição” é conotação típica inconfundível que ressalta o contraste entre duas realidades bem distintas, de um lado, a Inglaterra, que adota a regra da “*una lex, una jurisdictio*”, de outro lado, a França, em que vigora a “*duplicidade ou dualidade de jurisdição*”. Em outras palavras: no direito de modelo inglês, a Administração é julgada pelo Judiciário, por tribunais comuns; nos direitos de modelo francês, ao lado dos tribunais comuns, existem tribunais especiais — a Justiça Administrativa — paralela e independente da Justiça Comum, para o julgamento de conflitos em que a Administração litiga com o particular, em matéria administrativa.

9. "The King can do no wrong"

No mundo do *common law*, prevalece a regra: *The King can do no wrong*, o rei não comete erros, não causa danos. Desse modo, os danos imputáveis à Coroa não podem ser objeto de indenização, fixada pelo juiz.

Sob esse aspecto, a regra vale não apenas para os atos do soberano, como também para os dos Ministros e os de determinados agentes públicos superiores.

Nestas condições, *The King* e *The servants of the Crown* são civilmente irresponsáveis, tendo os administrados de recorrer a ação especial — a *petition of rights* —, ação que ainda pode ser impedida pelo Estado, em princípio.

Além de excluir determinados funcionários de toda espécie de responsabilidade, o sistema inglês ainda os protege, quando o administrado prejudicado se empenha em ressarcir-se dos prejuízos sofridos: o Estado cria, desse modo, inúmeras dificuldades ao particular, como, por exemplo, prescrição breve e direito outorgado ao funcionário acionado de oferecer ao autor determinada composição pecuniária.

Nos Estados Unidos, subsiste também o sistema da irresponsabilidade civil do poder público, herdado do direito inglês, que conserva o Estado intangível, mas responsabiliza o funcionário.

Ao passo que nos "direitos" do tipo francês, o Estado é responsável, em termos de direito público, colocação firmada a partir do caso Blanco, em 1873, nos direitos derivados da Inglaterra prevalece a regra exatamente oposta, o que se erige em traço diferencial típico do sistema do *common Law*.

"O direito inglês", escreve WADE, "sempre se apegou à teoria de que o rei está sujeito à lei e, portanto, pode infringi-la. Não há proclamação mais famosa deste princípio do que a declaração de BRACON, feita há 700 anos: "The king must not be under man, but under God and under the law, because it is the law that makes king." Na prática, porém, os direitos dependem dos remédios, e a teoria caiu por terra — como as palavras de BRACON sugerem que aconteceria —, porque não havia intervenção humana para atirar a lei contra o rei" (H. W. R. WADE, *Administrative Law*, 3.^a ed., 1971, p. 277).

"Na esfera política, o princípio é fundamental para as origens do sistema de Gabinete e, porque o rei não poderia cometer erro, seguiu-se que quando a Administração do dia era mal conduzida, não era o rei que estava em falta, mas os Ministros que lhe devem ter dado um conselho falso; a responsabilidade ministerial era então o desenvolvimento natural" (J. F. GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., 1974, p. 275).

Sob o título "liability of the Crown in tort", J. F. GARNER assinala a reviravolta da colocação inglesa depois do *Crown Proceedings Act*, de 1947, elucidando que, no passado, "a liberdade da Coroa nos casos de *liability in tort*, responsabilidade por dano, era uma aplicação do princípio de que *the King can do no wrong*; de fato, se a Coroa fosse responsável por danos, o princípio pareceria sem sentido. As condições da moderna civilização e os métodos do governo tornaram INTOLERÁVEL ("intolerable") a aplicação da velha doutrina feudal e, por isso, a seção segunda, do *Crown Proceedings Act*, de 1947, proclamou que, submetida às determinações deste Ato, a Coroa está sujeita a todo tipo de responsabilidade por danos, do mesmo modo que estaria um particular de maioridade e de capacidade, com relação aos atos prejudiciais cometidos por seus empregados e agentes" (J. F. GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., 1974, p. 282).

De qualquer modo, fica acentuado este aspecto bem característico do *common law*, resumido na frase "o rei não erra", "o rei não causa danos", *a Coroa é irresponsável pelos danos causados por seus servidores*.

Muito embora, a partir de 1947, tenha havido alteração no sistema inglês da responsabilidade pública, a verdade é que, na prática, a máxima feudal ainda reponha, aqui e ali, nos julgamentos em que se procura imputar à Coroa uma parcela de *liability in tort* (= responsabilidade por dano).

10. *Inexistência da auto-executoriedade*

No sistema francês, prevalece a regra da auto-executoriedade do ato administrativo, conhecida pelos nomes de *privilège du préalable*, *privilège d'action d'office*, ou ainda *exécution forcée*.

No direito inglês, ao contrário, prevalece a regra *nulla executio sine titulo*: "o privilégio de execução forçada é característico inequívoco da concepção francesa do direito administrativo, ligada à idéia de regime administrativo, contrastando com a concepção anglo-saxônica, na qual o Estado está submetido ao juiz nas mesmas condições que os cidadãos e, como estes, deve, para concretizar seus direitos, dirigir-se primeiramente aos tribunais" (ANDRÉ DE LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3.^a ed., 1963, v. 1, p. 265).

É claro que o "privilégio do prévio", na França, não atua de modo absoluto: do contrário, ao invés da *via de direito*, teríamos a via de fato administrativo (cf. MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 438).

Na Inglaterra, a *inocorrência da auto-executoriedade* deriva da própria concepção do direito administrativo, porque "there is no *droit administratif* in this country in the sense of there being a different or separate system,

and administrative law is part of the *ordinary law of the land*". J. F. GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., 1974, p. 23 ("não há, neste país, um *droit administratif*, no sentido de haver um sistema diferente ou separado, e o direito administrativo é parte da *lei comum da terra*").

Como a *regra da auto-executoriedade* decorre de um *privilegio* da Administração, inexistindo esse privilégio, na Inglaterra, é claro que os parâmetros são outros, no sistema do *common law*, precisamente por não ser adotado o *regime administrativo*, em vigor na França.

11. *Regime do funcionário público*

Escrevendo, em francês, o professor BERNARD SCHWARTZ, da Faculdade de Direito da Universidade de New York, assinala, no *Prólogo* de seu livro, que "a concepção continental da função pública permanece totalmente estranha à mentalidade e ao direito americano. Os funcionários são "empregados" da Administração. O poder de nomeação e de exoneração da Administração é, em ausência de disposições legislativas ou regulamentares, discricionário, o que significa que o direito administrativo, diversamente do que prevaleceu, na França, é um sistema que regula apenas as relações entre a Administração e o simples cidadão" (*Le Droit Administratif Américain*, 1952, p. IX do *Avant-Propos*).

No direito francês e no direito brasileiro, por exemplo, o *funcionário público* encontra-se numa *posição estatutária*. Para os que adotam a colocação do *contrato de direito público*, a natureza jurídica do vínculo que une o funcionário ao Estado é uma relação de direito público, estando as cláusulas do contrato nas Constituições, nas Leis, nos Estatutos.

"Os *contratos de emprego* com a Coroa estão em posição especial; mesmo *cláusula expressa*, em contrato de emprego com um *funcionário da Coroa*, não pode subtrair o direito de *common law* da Coroa de demitir o funcionário *ad nutum*, sem dar ao exonerado motivo para ação por quebra de contrato" (J. F. GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., 1974, p. 278).

Nenhum direito tem o funcionário, nos Estados Unidos, de reclamar contra a extinção de seu cargo, por motivo de economia. Da mesma forma, a autoridade que o nomeou pode demiti-lo, desde que declare que o fez por motivo de eficiência do serviço. Não é necessário um processo administrativo complicado. Basta que, antes da demissão, se comunique ao funcionário a penalidade que o aguarda e a razão (cf. GUSTAVO LESSA, *A Administração Federal nos Estados Unidos*, 1942, p. 199).

O *emprego público* não confere um *status* ao funcionário diferente do emprego privado (JOHN CLARKE ADAMS, *El Derecho Administrativo Norte-Americano*, 1964, p. 34).

Exemplo clássico, na Inglaterra, foi o do Dr. Dunn, agente consular, na África, contratado por três anos, mas *prematurely dismissed*. Acionou a Coroa, mediante uma *petition of right*, mas a Court of Appeal negou-lhe qualquer direito, aceitando os argumentos da Coroa: "servants of the Crown hold office only during the pleasure of the Crown, except in cases where it is otherwise provided by statute" (H. W. R. WADE, *Administrative Law*, 3.ª ed. 1971, p. 300).

Os empregados da Coroa podem ser demitidos *at pleasure* porque prevalece o princípio de que o interesse público exige que o governo possa desembaraçar-se a todo momento de qualquer funcionário (H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 3.ª ed., 1971, p. 300).

12. Falta de sistematização doutrinária

Contrastando com a literatura francesa, italiana, espanhola, belga, lusitana — colocação continental —, o sistema do *common law* apresenta raras obras doutrinárias de sistematização do direito administrativo, ao contrário do que ocorre, nos países mencionados, em que os manuais, lições, compêndios, cursos e tratados constituem uma constante, uma regra.

Mesmo nos livros de doutrina o *método de exposição* é diferente: parte-se do caso concreto, estuda-se a espécie, deixa-se de lado a generalização.

Comparando-se o índice sistemático das obras inglesas, percebe-se como a doutrina passa a segundo plano, em benefício da linha jurisprudencial.

13. Relevância da jurisprudência

No direito inglês e norte-americano, assim como nos direitos do sistema do *common law*, a jurisprudência desempenha papel dos mais importantes, podendo incluir-se mesmo como fonte primordial do direito.

Quando se estuda, por exemplo, o conceito do *poder de polícia* — o *police power* do direito inglês —, no sistema do *common law*, não é nos livros de doutrina que se procura a definição desse instituto. Ao contrário, percorrem-se os grandes julgados — o de 1827, *Brown versus Maryland*, em que funcionou o Juiz Marshall; o de 1824, *Gibbons versus Ogden*; o de 1853, *Commonwealth versus Alger*, em que funcionou o Juiz Shaw; o caso *Noble Bank versus Haskell* etc. (cf. nosso *Poder de Polícia*, 1968, v. 5, pp. 43-4 do *Tratado de Direito Administrativo*), e não os livros de doutrina, para ver como a Corte Suprema da Nação definiu o "poder de polícia". Da construção teórica jurisprudencial é que se passa à dou-

trina. Os doutrinadores, em suas construções, voltam os olhos para a jurisprudência, porque esta faz *teoria* com base no *caso concreto*, nos precedentes judiciários.

O professor BERNARD SCHWARTZ, ao rematar seu livro sobre *direito administrativo americano*, faz questão de ressaltar que “o jurista francês, acostumado aos bons *tratados* e *manuals* de direito administrativo, procuraria debalde obras semelhantes nos Estados Unidos, porque, como disse recentemente o professor Pinto, uma exposição de conjunto do direito administrativo não existe ainda na literatura contemporânea” (cf. *Le Droit Administratif Américain*, 1952, p. 231).

Comparando a *doutrina* e a *jurisprudência*, no direito inglês, RENÉ DAVID ressalta que, “por motivos de ordem histórica, as grandes divisões do direito, encontradas neste sistema, não são as mesmas que se encontram nos direitos de base romanística. Disso resulta, para o jurista francês, uma dificuldade, quando ele procura estudar o direito inglês, cuja bibliografia, tão abundante e tão rica, não lhe oferece livro de base, correspondente à categoria à qual ele está habituado e na qual se enquadra, a seus olhos, a questão que lhe é proposta” (*Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 4.^a ed., 1971, p. 352).

“Mais ainda do que no Continente europeu, a importância da doutrina tem sido subestimada na Inglaterra, onde o direito deve menos que, no Continente, a professores e mais aos juízes. Aqui ainda, todavia, é preciso desconfiar das fórmulas. A Inglaterra é o país em que certas obras de doutrina — escritas, é verdade, por juízes — receberam a qualificação de *books of authority*: as obras de GLANVILL, de BRACON, de LITTLETON, de COKE alcançaram tal prestígio que essas exposições de direito da época, nos tribunais, tiveram autoridade comparável à que a lei tem entre nós” (RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 4.^a ed., 1971, p. 409).

Em suma, no direito inglês a *jurisprudência* desempenha papel de relevância incontestável, e a *doutrina*, quando existe, é toda de base jurisprudencial, exposta por juízes e considerada, quase como lei, nos tribunais.

14. *Direito Inglês, obra da razão*

Entre o *empirismo*, caro aos ingleses, e a *lógica*, preferida pelos franceses, existe um meio termo, uma noção que reconcilia um e outra, e que está no coração de ambos os direitos. Esta noção é a *razão* (cf. RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 4.^a ed., 1971, p. 410). Essa tendência permanece viva, na Inglaterra, onde o *direito*, ainda hoje, aparece como sendo *obra de razão*, distinto da *lei* (RENÉ

DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 4.^a ed., 1971, p. 411).

Nos países de direito escrito, nos quais o direito se apresenta sob a forma principal de direito legislado, as regras de direito são formuladas com tal generalidade que o apelo à razão ocorre normalmente no quadro das fórmulas legais, sob forma de aplicação e interpretação dessas regras; a existência de lacunas, na ordem legislativa, é reconhecida com dificuldade; a razão desempenha papel na interpretação da lei mais do que para completar a ordem jurídica. Num sistema jurisprudencial, como o direito inglês, a situação é diferente. O aspecto casuístico que reveste então o direito deixa subsistir, de modo voluntário, muitas lacunas, e a razão é francamente reconhecida como fonte subsidiária do direito, chamada para preencher tais lacunas. A técnica de interpretação de direito foi substituída pela técnica de distinções, visando a estabelecer regras novas, muito mais precisas, em lugar de aplicar regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, mas o *common law* é sistema aberto, no qual novas regras são editadas, ininterruptamente; estas regras são baseadas na razão (cf. RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 4.^a ed., 1971, p. 405).

15. Síntese geral

Poder-se-ia ainda fazer o confronto entre o método de ensino, usual nos direitos filiados ao sistema de base romanística — modelo francês —, e o empregado, por exemplo, nos Estados Unidos da América. Tal conotação, porém, nada tem a ver com tipologia deste ou daquele direito, porque constitui nota à parte, extrínseca, não intrínseca.

Um direito (ou qualquer outro setor do conhecimento humano) não difere do outro em decorrência do método didático empregado para a transmissão de mestres a discípulos.

Pode-se ensinar física, empregando-se este ou aquele método; pode-se, no entanto, empregar o mesmo método para o ensino da física e da química. Nem por isso as duas disciplinas se identificam.

O método utilizado para o ensino do direito, nas escolas norte-americanas, é diverso do empregado, por exemplo, na França, pois, neste último país, o professor emprega o método dedutivo-expositivo. Expõe a teoria, enuncia os princípios e depois a ilustra com exemplos.

Nos Estados Unidos, emprega-se o *case method*: antes da aula, o estudante deve ler algumas decisões judiciais, ou resumos de artigos, expondo a matéria ao grupo. Ou o professor resume um caso concreto e, a partir deste, faz uma série de indagações aos ouvintes.

Cabe ainda referir a denominada *técnica das distinções*, fundamental e característica do direito inglês.

A formação do jurista inglês seria incompleta sem o domínio desta técnica, situação análoga à que se observa com relação ao jurista francês diante da interpretação do texto de lei.

A *técnica das distinções* é ligada por uma relação estreita à *legal rule* do direito inglês. Mediante distinções propostas, os juristas ingleses se esforçam em limitar o alcance da norma jurídica que, sempre, lhes parece ter sido promulgada, na origem, em termos muito gerais. Não é por acaso que o direito inglês tem uma concepção da *legal rule* mais rígida do que a concepção gaulesa de *regra de direito*. Não só esta concepção é natural, como também necessária num direito jurisprudencial. A teoria das fontes do direito inglês é a resultante lógica desta concepção (cf. RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 4.^a ed., 1971, p. 409).

16. Conclusões

No estudo do direito comparado, método científico que confronta sistemas, direitos e institutos, o extraordinário mundo do *common law*, com seus mais importantes "direitos", o inglês e o norte-americano (além dos inúmeros outros "direitos" oriundos do direito inglês), é ponto referencial dos mais importantes para o comparatista, por afastar-se, em razão de sua originalidade, dos "direitos" continentais.

O estudo do *direito administrativo comparado* tem, no direito inglês, excelente ponto de partida, porque permite que se ponha em confronto um direito de certo modo "novo" para a concepção inglesa.

Negado, reiteradamente por DICEY, no início do século, o direito administrativo passa, aos poucos, a adquirir foros de cidadania, na Inglaterra e nos Estados Unidos, até que surge, em 1929 (Longman editor), o "Dr. F. J. PORT, the writer of the first book to be published in this country with the title *Administrative Law*" (cf. GARNER, *Administrative Law*, 4.^a ed., 1974, Prefácio da 3.^a ed. e p. 2 da 4.^a edição).

Daí por diante, inúmeros os livros intitulados *Administrative Law*, editados na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Nesses livros, entretanto, nota-se diferença sensível, a partir dos índices, havendo um, intitulado TABLE OF CASES (fulano versus beltrano), e outro, denominado TABLE OF STATUTES, em ordem cronológica ("in chronological order"). As leis são citadas apenas pelo ano (não se fala em dia e mês). Os índices analíticos apresentam arquetônica muito mais simples do que a dos livros franceses. São meros alinhamentos de capítulos.

De qualquer modo, na Inglaterra, "não há clara distinção entre o *direito administrativo* e o *direito privado*, ou *direito civil*" (GARNER,

Administrative Law, 4.^a ed., 1974, Prefácio da terceira edição), ou, em outras palavras, o direito administrativo inglês não se submete ao chamado “regime administrativo”, derogatório e exorbitante do direito comum, o que se nota, por exemplo, de modo evidente, no campo do funcionalismo e no capítulo da responsabilidade civil do Estado.

Em suma, o sistema do *common law* conhece o ramo do direito peculiar à Administração, mas ao jurista e ao doutrinador inglês custou reconhecer-lhe a autonomia, por não encontrar nada de semelhante ao que se passava no Continente europeu.

Ora, *direito administrativo não é sinônimo de direito administrativo francês*. Em cada Estado, cada ramo do direito tem fisionomia própria e isso ocorre também com o *direito administrativo*.

Precisamente o objetivo fundamental do direito comparado é o confronto de “sistemas”, de “direitos”, de “institutos”, de “ramos do direito”.

Pelo que, em razão do estudo feito, chegamos à conclusão de que a Inglaterra e os Estados Unidos, os dois momentos culminantes do sistema do *common law*, conhecem o direito administrativo, mas não nos moldes continentais, pois se trata de ramo do direito, (a) que se aproxima bastante do direito civil, (b) que apresenta unidade de jurisdição, (c) que equaciona e resolve os problemas de responsabilidade civil do Estado, nas mesmas bases em que o nosso direito privado o faz nas relações de preponente para seu preposto, (d) que trata o funcionário público como se fosse empregado contratado pelo regime trabalhista, (e) que desconhece a auto-executoriedade do ato administrativo, adotando, ao contrário, a fórmula *nulla executio sine titulo*, (f) que não apresenta jurisprudência específica, produzida por tribunais especiais e diferenciados, (g) que, não obstante, é direito de base toda jurisprudencial, (h) que não apresenta obras de sistematização doutrinária, como as que se publicam no Continente, ou, quando as apresenta, nos alicerces da doutrina está sempre a jurisprudência, (i) em uma palavra, é um *direito administrativo sui generis*, que repudia o denominado “regime administrativo” da verticalidade, inclinando-se para o “regime privatístico” da horizontalidade.

Logo, o *direito administrativo*, nos “direitos” filiados ao sistema jurídico do *common law*, existe, mas difere do modelo paralelo existente nos “direitos” do sistema de base romanística, apresentando-se na Inglaterra e nos Estados Unidos, como o conjunto de princípios e regras jurídicas a que está submetida a Administração que, para tanto, repele por tradição o denominado *regime administrativo*, alicerçado na idéia de *potestade pública*, de verticalidade, de derrogação e de exorbitância, mas adota regime jurídico peculiar ao direito comum, de direito civil e trabalhista, nivelando-se ao particular, administrativamente e em juízo.

O reerguimento econômico (1903 - 1913)

MIRCEA BUESCU

Ex-Professor da PUC-RJ. Sócio efetivo do
Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro

S U M A R I O

1. Apresentação. 2. Cenário internacional. 3. Relações econômicas com o exterior: exportação, importação, capitais estrangeiros, dívida externa, balanço de pagamentos. 4. Crescimento econômico global e setorial. 5. Situação da indústria. 6. Fatores da mudança. 7. Formação de capital. 8. Política monetária, financeira comercial e cambial. 9. Inflação. 10. Condicionamentos políticos e sociais.

1. A tese dos “choques externos”, ligando os surtos industriais — e desenvolvimentistas, portanto — do Brasil aos períodos de desequilíbrio político e econômico no mundo, mais precisamente aos momentos de estrangulamento das relações econômicas internacionais, relegou para um plano secundário os períodos de normalidade e de expansão dos movimentos internacionais de mercadorias e capitais. Assim aconteceu, em grande parte, com a década imediatamente anterior à Primeira Guerra Mundial, durante a famosa *Belle Époque* do mundo ocidental⁽¹⁾, embora, já no seu tempo, tenha sido rotulada sob o nome expressivo de reerguimento econômico. Enquanto me associei, eventualmente com um certo exagero às vezes, aos críticos da teoria “dos choques externos” — na companhia de WARREN

(1) Segundo o Dicionário *Petit Robert* (1977), “*La Belle Époque*” corresponde aos “primeiros anos do século XX, considerados como a época de uma vida agradável e fácil”.

DEAN, CARLOS MANUEL PELÁEZ, ANNIBAL VILLELA e outros — tentei, em algumas ocasiões, fazer justiça à performance econômica do Brasil entre 1903 e 1913, abrangendo principalmente as presidências de Rodrigues Alves e Afonso Pena. Achei oportuno acrescentar algumas análises aos sucintos estudos anteriores, lembrando, evidentemente, as valiosas contribuições de outros historiadores e economistas (2).

2. É preciso não esquecer que o reerguimento econômico ocorreu num ambiente internacional — político e econômico — extremamente favorável. Isto não podia deixar de constituir um elemento positivo para uma economia muito ligada ao setor externo, tal como era a economia brasileira, exportadora de produtos primários e importadora de fatores de desenvolvimento — capital, tecnologia e mão-de-obra qualificada.

Foi um período de paz, na medida relativa em que a humanidade é capaz de alcançar a paz. No centro, onde se decidia o destino do mundo, não houve quase nenhuma guerra mais significativa desde a vitória da Prússia sobre a França em 1871 até o estouro da Primeira Guerra Mundial em 1914 (a guerra russo-japonesa de 1904 e a guerra balcânica de 1912/13 foram, ainda, periféricas). Realizava-se um equilíbrio — precário, é verdade, mas satisfatório a curto prazo — através do jogo das alianças, principalmente entre os dois blocos da *Entente Cordiale* e da Tríplice Aliança. Foram inevitáveis pequenos choques que ilustravam a estrita margem de equilíbrio, mas, afinal de contas, não houve guerra, e o otimismo, talvez com uma certa dose de inconsciência, perdurou. Os sonhos pacifistas quiseram concretizar-se na Conferência de Haia, em 1907, e o seu insucesso não chegou a abalar a confiança nas perspectivas auspiciosas da humanidade.

O otimismo encontrava um bom respaldo no contínuo progresso econômico, em que pese à persistência de grandes disparidades de pobreza e riqueza, tanto vertical como horizontalmente. O progresso parecia irreversível — a crise de 1907, sensível sobretudo nos Estados Unidos, não passou de um acidente limitado em tempo e profundidade. É útil lembrar que a economia mundial, ou pelo menos a dos países industrializados, se encontrou, entre 1895 e 1920, numa fase A do ciclo Kondratieff, o que explica a tendência progressista, bem como a reduzida força das crises de 1900 e 1907. Embora marginalizado, o Brasil recebeu reflexos dessa conjuntura positiva. O progresso que vinha, pode-se dizer, desde a Revolução Industrial do fim do século XVIII, num processo cumulativo e acele-

(2) O reerguimento econômico não foi separadamente estudado até agora. Uma valiosa exceção, embora de dimensões reduzidas: VILLELA, Annibal Villanova — SUZIGAN, Wilson. *Política do Governo e Crescimento da Economia Brasileira 1889-1945*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1973. Alguns livros clássicos de história econômica do Brasil sequer mencionam o evento. Abordei o tema em: O sopro inflacionário durante a "Belle Époque" no Brasil (1903-1913) in: *Verbum*. Rio de Janeiro, t. XXXII, fasc. 1, mar. 1977; bem como numa comunicação no 5.º Congresso da SBPH; jul. 1985, sob o título: "Notas sobre o Reerguimento Econômico".

rado, baseava-se, em primeiro lugar, no avanço da ciência, identificado, para o curto período em foco, pelas descobertas de PLANCK e EINSTEIN, para falar somente das mais importantes, e sem mencionar as dos últimos anos do século XIX — de RÖNTGEN, MARCONI, CURIE (3). Sob o aspecto tecnológico convém citar a inauguração da ferrovia transiberiana e do canal do Panamá.

Ao progresso tecnológico juntava-se a disponibilidade de mão-de-obra, incluindo-se nisso a sua livre movimentação no mundo (o número de imigrantes em quatro grandes países receptores — Estados Unidos, Argentina, Canadá e Brasil — cresceu de 619 mil em 1900 para 2.141 mil em 1913); a disponibilidade de capitais nos países altamente capitalizados — Inglaterra, França, Alemanha, Estados Unidos — incluindo-se nisso a sua livre movimentação em escala mundial; a disponibilidade de matérias-primas, graças ao aumento da produção (entre 1900 e 1913 a produção mundial de hulha aumentou 73,5%, a de petróleo 160,0%, a de ferro-gusa 92,7%, a de cobre 91,3%, a de estanho 67,9%), bem como graças à dimensão do mercado mundial que oferecia, ao mesmo tempo, oportunidades de escoamento tanto para os produtos primários, como para os produtos industrializados, oportunidades, talvez, desiguais mas generalizadas para países desenvolvidos ou subdesenvolvidos.

Na véspera da guerra, 60 a 66% das exportações da Europa Ocidental eram de produtos industrializados e 80 a 87% de suas importações eram de produtos primários. Entre 1900 e 1913 o valor das exportações da Inglaterra cresceu 79,4%, da Alemanha 118,9%, da França 67,4%, dos Estados Unidos 77,2%. Nas importações encontram-se, na mesma ordem, aumentos de 44,3%, 86,8%, 79,2% e 112,6%, respectivamente. Aumentos nominais, mas naqueles tempos o valor das moedas era bastante estável: nos países citados a inflação limitou-se entre 1,0% e 2,1% ao ano (4). Havia um grande mercado mundial funcionando sob a égide do liberalismo econômico, apesar da onda protecionista crescente desde o fim do século XIX (tarifa Méline de 1881 na França, tarifa Mac Kinley de 1890 nos Estados Unidos).

3. Em que medida o Brasil aproveitou a expansão do mercado internacional? O assunto é crucial para um país que adotara um modelo econômico voltado para o exterior e que precisava da expansão de suas exporta-

(3) Incidentalmente, vale rejeitar a opinião algo desprezível de que o bem-estar e o comodismo da "Belle Époque" impediram o dinamismo das inovações científicas e culturais. Além dos nomes citados, pode-se lembrar, como vultos que criaram e inovaram naquele início de século: Rutherford e De Vries na ciência pura; Santos Dumont, Wright, Ford, Taylor nas ciências aplicadas; Freud, Bergson, Lenine nas ciências sociais; Proust, Pirandello, Strawinsky, Picasso nas letras e artes.

(4) Os dados estatísticos têm como principal fonte: POMMERY, Louis. *Aperçu d'Histoire Économique Contemporaine 1890-1939*. Paris, Médicis, 1945.

ções como importante meio de geração da renda, inclusive através do mecanismo multiplicador, e que devia retirar do setor externo fatores de produção de que não dispunha — capitais, equipamentos, tecnologia.

Em primeiro lugar, a resposta positiva foi dada pela exportação, cujo valor subiu de £ 36,9 milhões em 1903 para £ 65,5 milhões em 1913, depois de ter alcançado £ 74,6 milhões em 1912. (Sabe-se que o ano de 1913 foi de crise na economia mundial, crise, interrompida pela guerra mundial.) De 1903 a 1912 aumento de 102,4%, ou seja, 8,2% ao ano. Obviamente, como o produto real não podia crescer a essa taxa, aumentou o coeficiente de exportação — quer dizer, a dependência da economia em relação à exportação. Veremos mais adiante que essa “dependência” não trouxe entretanto efeitos negativos. Na hipótese de um crescimento de 4,0% do produto total, a expansão anual de 8,2% da exportação teria aumentado o coeficiente de exportação, entre 1903 e 1912, em cerca de 40%. Ou seja, se, de acordo com minhas suposições (v. mais adiante), ele era de 0,20 em 1903, alcançou 0,28 em 1912, caindo para 0,24 em 1913.

A mesma evolução pode ser encarada sob o ângulo de outro parâmetro — o da exportação *per capita*. Esta cresceu de £ 1,92 em 1903 para £ 3,22 em 1912 (em 1913 caiu para £ 2,76). É interessante lembrar que, em 1830, na véspera do ciclo do café, ela não passava de £ 0,63.

Outrossim, uma pauta de exportação típica de país subdesenvolvido, exportador de produtos primários. Na década de 1901/1910, pouco mais de 95% da receita da exportação provinham de 8 itens: café, algodão, cacau, peles e couros, fumo, borracha, açúcar e mate — cabendo a apenas dois, o café e a borracha, um total de 79,4% —, sendo 51,5% para o primeiro e 27,9% para o segundo⁽⁵⁾.

Havia, também, uma grande “dependência” em relação ao café: se em 1912 o coeficiente de exportação era de 0,28, e o café representava 62% da exportação, o café era ainda responsável por 17% da geração de renda do País. Esse aspecto macroeconômico e suas implicações — em termos de interesses de grupos poderosos, ligados ao café ou, de forma geral, em termos de mentalidade, dando prioridade à exportação — explicam as preocupações com o destino do café, face à crise manifestada desde o fim do século XIX, oriunda, principalmente, da superprodução e agravada pela política saneadora de Joaquim Murinho. Assim se caminhou em 1906, na época em foco, para o plano de valorização do café, consubstanciado na sistemática da Convenção de Taubaté quanto à sustentação da cotação internacional do café e da Caixa de Conversão quanto

(5) Alguns dados estatísticos foram tirados de: PALAZZO, José Truda. *Estudos de Economia Internacional*. Porto Alegre, Sulina, 1964; outros, de VILLELA-SUZIGAN, *op. cit.*; os referentes ao café, de: TAUNAY, Afonso de E. *Pequena História do Café no Brasil*. Rio de Janeiro, DNC, 1945; ou: DELFIM NETTO, Antonio. *O Problema do Café no Brasil*. São Paulo, USP, 1959.

à manutenção de uma taxa de câmbio desvalorizada para favorecer o café, embora o argumento explícito tenha sido o do equilíbrio cambial.

Não entrarei nos detalhes das discussões coevas ou posteriores ao plano de valorização, pois já foram expostos e analisados por outros historiadores⁽⁶⁾. Os efeitos a longo prazo foram *contraproducentes*, pois a defesa do café criou condições competitivas favoráveis aos próprios concorrentes do Brasil e, internamente, incentivou os investimentos em café, distorcendo a alocação normal dos fatores de produção. Para o curto período que aqui interessa, a verdade é que a sistemática de Taubaté só teve resultados positivos a partir de 1908, quando as condições reais do mercado de café melhoraram. Pode-se alegar, sem dúvida, que sem Taubaté os preços teriam despencado mais — porém isso é “história hipotética”. Quanto à defesa do produtor nacional, a conjugação da recuperação das cotações e da taxa cambial desvalorizada proporcionou maior rentabilidade aos cafeicultores, pois ainda após 1909 o preço da venda deflacionado encontrava-se, em 1912, em nível 59,4% superior ao de 1903 e 63,6% ao de 1909. Isso parece um argumento a favor da tese de que a *cafeicultura protegida foi um obstáculo à diversificação da economia nacional e à industrialização*⁽⁷⁾. Tese válida apenas parcialmente, porque não leva em conta os reflexos positivos da expansão cafeeira. Mais adiante, a análise do crescimento econômico na época fornecerá alguma verificação empírica.

Não foi o café o único responsável pelo aumento da receita de exportação, mas foi o principal: no ponto mais alto das exportações totais (1912) a receita do café registrava aumento de 144,0% e a dos demais produtos de apenas 56,4% sobre a de 1903. Entre estes outros produtos não se deve subestimar o papel da borracha, que chegou ao seu auge, antes da degradingolada a partir de 1910. Até 1910 sobem volumes exportados e preços unitários; depois, ambos caem. Portanto, os efeitos negativos só se manifestaram nos anos finais do período focalizado. Pode-se, porém, lamentar que o “subciclo” da borracha não tenha provocado, nos seus 30 anos de existência, um processo de causação circular positiva germinando novos setores⁽⁸⁾.

A melhora do preço do café após 1908 foi provavelmente a causa principal da elevação das relações de trocas, da ordem de 64,6% entre

(6) A história “externa” de Taubaté foi contada por TAUNAY na obra citada; a análise econômica foi magistralmente empreendida por DELFIM NETTO no livro citado, um clássico.

(7) Apesar da valorização e do aumento da rentabilidade, o setor cafeeiro não parece ter crescido demasiado: em São Paulo, entre 1902 e 1913, o número de cafeeiros cresceu apenas 5,4% (CANO, Wilson. *Raízes da Concentração Industrial em São Paulo*. São Paulo, DIFEL, 1977). O setor cafeeiro já era superdimensionado.

(8) As explicações são complexas. Abordei superficialmente o assunto em: BUESCU, Mircea — *Brasil: Disparidade de Renda no Passado*. Rio de Janeiro, APEC, 1979, pp. 64-65.

1903 e 1912; em 1913, embora em queda, encontrava-se, ainda, 27,1% acima do índice de 1903. Esta melhora, conjugada ao crescimento do *quantum* da exportação, teve como resultado o aumento da capacidade de importar numa proporção de 71,7% (1903/1912).

Nessas condições, as importações acompanharam, e inclusive ultrapassaram, a expansão das exportações: entre 1903 e 1912 cresceram 177,5%, de £ 24,2 milhões para £ 67,2 milhões. Apesar desse crescimento, a balança comercial ficou permanentemente superavitária: no período, os saldos positivos somaram £ 150,2 milhões.

É importante sublinhar o crescimento da importação *per capita*, que subiu de £ 1,26 em 1903 para £ 2,90 em 1912. O coeficiente de importação se elevou de 0,13 para 0,25. A vantagem do ponto de vista do crescimento econômico não se prende, entretanto, principalmente ao volume da importação, e sim, à sua estrutura. Ainda um perfil de país não industrializado, mas demonstrando um início de industrialização. Entre 1903 e 1913 o volume importado de bens de capital cresceu 477,3%, o de combustíveis e lubrificantes 165,4%, o de matérias-primas 105,9%, enquanto o aumento do volume de bens de consumo importados se limitou a 66,3%. Desse modo, a participação no valor total evoluiu como se segue: bens de consumo, de 37,9% para 30,1%; combustíveis e lubrificantes, de 8,0% para 9,7%; matérias-primas, de 47,9% para 45,2%; bens de capital, de 6,2% para 15,0%. Convém atentar para este último dado. Como, no intervalo, o valor total das importações cresceu, o aumento da participação relativa dos bens de capital resultou em forte aumento em valor absoluto — de £ 1,5 milhão para £ 10,1 milhões, mais de 6,5 vezes. Desde já pode-se compreender que a mudança correspondia a um ritmo mais intensivo de investimentos industriais.

A abertura para o exterior manifestou-se, também, no movimento de capitais, com importantes alterações em comparação com a situação no século anterior. O governo continuou apelando para os empréstimos estrangeiros, porém, exclusivamente com fins produtivos: foram, no total, £ 42,5 milhões e FF 330 milhões (a França ingressara como credor, ao lado da Inglaterra), para melhoramentos de portos (Rio de Janeiro, Pernambuco, Paranaguá, Corumbá), navegação (Lloyd Brasileiro), fornecimento de água (Rio de Janeiro), construção ou resgate de ferrovias, estradas (Ceará). O tipo (deságio) ficou entre 90 e 97, com duas exceções (83 e 87,5) — e os juros foram normais, entre 4 e 5% ao ano.

A dívida externa aumentou £ 74,0 milhões, alcançando, em 1913, £ 145,3 milhões, em decorrência de novos empréstimos num montante de £ 113,3 milhões e de amortização de £ 39,3 milhões. Pelo acordo do *Funding Loan* de 1898 a amortização da dívida externa foi suspensa por 13 anos (isso não englobava os empréstimos posteriores a 1898), mas a boa posição cambial do País permitiu antecipar as amortizações a partir de 1910.

Quanto aos investimentos estrangeiros, atraídos, evidentemente, pela razoável performance econômica do Brasil e favorecidos por uma taxa de câmbio desvalorizada (através do mecanismo da Caixa de Conversão), um levantamento registra a entrada de £ 189,5 milhões a título de capital inicial de empresas estrangeiras, alterações de capital e obrigações contratadas. Uma entrada, de 1903 a 1913, à razão de £ 17,3 milhões por ano, quando nos 43 anos anteriores a média anual não passou de £ 2,4 milhões⁽⁹⁾.

Os fatores já apontados — superávit comercial, entrada de investimentos e empréstimos, suspensão do serviço da dívida externa — autorizam a suposição de que o balanço de pagamentos foi equilibrado, senão superavitário. As únicas fontes diretas de informação são as reconstituições feitas nos Relatórios do Ministério da Fazenda de 1908 e 1909 (balanços de 1907 e 1908). Elas apresentam saldos positivos de £ 8,9 milhões e £ 6,9 milhões, respectivamente⁽¹⁰⁾. De modo geral, o fato de que em todo o período a taxa de câmbio tendeu a melhorar no mercado livre é uma boa indicação do equilíbrio do balanço de pagamentos.

4. Identificamos até agora uma série de elementos favoráveis ao crescimento econômico, porém, em parte, poderiam ser interpretados como tendentes a manter o modelo tradicional vertido para o exterior, como exportador de produtos primários e importador de produtos industrializados.

Vamos, portanto, ao cerne do problema: foi o período 1903/1913 auspicioso para a expansão industrial e, em geral, para o desenvolvimento econômico do Brasil? Em face da inexistência de uma contabilidade nacional na época, será preciso tentar a reconstituição da realidade a partir das escassas informações disponíveis, recorrendo, às vezes, a hipóteses de trabalho sob a reserva de submetê-las a testes de coerência.

Em estudos anteriores⁽¹¹⁾, procedendo à extrapolação do coeficiente de exportação, cheguei, para o ano de 1900 (coeficiente 0,20), a uma estimativa de £ 165 ou 166 milhões ou 4.252 mil contos de réis (£ 168 milhões) do valor do produto interno. Adotemos o valor intermediário de £ 166 milhões.

(9) CASTRO, Ana Célia. *As Empresas Estrangeiras no Brasil: 1860-1913*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.

(10) A partir dos dados do Relatório da Fazenda de 1908, tentei uma reconstituição mais ampla: BUESCU, Mircea. "Brésil 1907: un exercice macro-économique", in: *Festschrift für Hermann Kellenbenz — Nürnberg, 1978*; republicado in: *Brasil-Problemas Econômicos e Experiência Histórica*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1985.

(11) BUESCU, Mircea. Pour une quantification globale de l'histoire économique du Brésil — *L'Histoire Quantitative du Brésil de 1800 a 1930*. Paris, CNRS, 1973; *Evolução Econômica do Brasil*. Rio de Janeiro, APEC, 1974; Brasil: *Disparidades*, op. cit.

De acordo com Haddad⁽¹²⁾, o crescimento do produto real foi de 20,1% entre 1900 e 1903. Portanto, teríamos, no início do período em foco, um valor de £ 199 milhões. O mesmo autor estima o crescimento do produto em 47,4% entre 1903 e 1913, logo à razão de cerca de 4,0% ao ano — uma taxa ainda modesta, porém razoável para o estado de subdesenvolvimento em que se encontrava o País, mas uma taxa bem superior à estimada para a segunda metade do século anterior, entre 2,2% e 2,3%. Ainda mais: os 4,0% de 1903/1913 encontram-se bem acima dos 2,4% estimados (também por Haddad) para o tempo da Primeira Guerra Mundial, o que já constitui uma contestação à idéia de que o “choque” da guerra teria propiciado um surto de crescimento econômico.

À razão de 4,0% a.a., o produto teria crescido 48,0% entre 1903 e 1913, logo teria alcançado £ 295 milhões em 1913. Em termos *per capita* passaria de £ 10,3 para £ 12,5.

A maior dependência em relação à exportação não resultou no esvaziamento do setor “autônomo”, mais especificamente, da indústria. Com efeito, de acordo com os levantamentos feitos⁽¹³⁾, o produto industrial cresceu, no intervalo, 86,0%, à razão de 6,4 ao ano — taxa bastante elevada para aquele tempo e que, quase com certeza, não teria sido alcançada, a não ser casualmente, em épocas anteriores. De qualquer forma, não o foi durante a Primeira Guerra Mundial, quando não passou de 4,7% — mais uma verificação empírica contra a tese dos “choques externos”. O máximo que se pode admitir é que, durante o estrangulamento externo provocado pela guerra, a indústria auferiu lucros maiores que *eventualmente* permitiriam maiores investimentos após normalização da situação.

Vale sublinhar que o setor secundário cresceu numa proporção maior do que o produto total (o que deve ter acontecido também antes, porém em menor medida), de forma que cresceu sua participação no total. Assistimos, portanto, à alteração estrutural que caracteriza o processo de industrialização. Partindo da distribuição setorial constatada em 1949 (setor primário 24,5% — secundário 28,5% — terciário 49,0%) e aplicando retroativamente as taxas setoriais de crescimento⁽¹⁴⁾, chegamos à distribuição

(12) HADDAD, Cláudio. Crescimento do produto real brasileiro 1900-1947, in: *Formação Econômica do Brasil* — org. F. B. Versiani — J. R. M. Barros. São Paulo, Saraiva, 1977 — pp. 143-166.

(13) *Ibidem*.

(14) As taxas de crescimento foram tiradas de: HADDAD, *op. cit.*; o método foi exposto na minha comunicação “Notas sobre a industrialização brasileira”, apresentada na 4ª Reunião da SBPH, Rio de Janeiro, 1984.

(15) O produto foi estimado partindo dos 4.252 mil contos em 1900 conforme cálculo em: BUESCU-*Disparidades...*, (*op. cit.*), mais crescimento real 4,0% a.a., mais índice de inflação (1,049) — este último combinando cálculo de E. LOBO, HADDAD (1900/1903) e BUESCU (1903/1907).

47,1% — 12,1% — 40,8% em 1903. O progresso da industrialização manifesta-se na distribuição setorial de 1913: 37,2% — 15,7% — 47,1%.

No momento do censo industrial de 1907, a participação da indústria teria sido de 12,2% — extrapolação assaz razoável, pois o censo indica um produto industrial de 731 mil contos, que representariam 12,5% do produto total de 5.870 mil contos (15), resultado bem coerente com o anterior.

A distribuição setorial encontrada é coerente, também, com o nível de renda da época. Segundo KUZNETS (16), uma participação em torno de 41% do setor primário corresponderia a uma renda *per capita* inferior a US\$ 100 (valor de 1970). Ora, se a renda *per capita* do Brasil era de US\$ 79 em 1900 (17), devia situar-se entre US\$ 84 e US\$ 101 em 1903/1913.

É impossível desprezar o papel do setor externo — mais precisamente, o papel dinâmico das exportações — no processo de crescimento econômico no período. Um pequeno exercício aritmético ilustra melhor a situação: se entre 1903 e 1913 o produto total cresceu 48,0% e a exportação (correspondente em média a cerca de 22% ao produto) cresceu 77,5%, resulta que o setor autônomo, fora da exportação, aumentou aproximadamente 32%, ou seja, 2,8% ao ano — bem menos que o setor exportador.

O dinamismo das exportações não serviu apenas para perpetuar o modelo orientado para o exterior — criação de renda via exportações, capacidade de importar etc. Vimos que o produto industrial se expandiu a uma taxa superior ao produto total, portanto o dinamismo exportador foi aproveitado, em parte, de forma extrovertida, favorecendo a indústria. Completando o exercício anterior e separando no setor autônomo a indústria (com uma participação média de 14% e crescimento de 86%), a parte do produto fora da exportação e da indústria, teria crescido 29,5%, ou seja, 2,6% ao ano. Assim, fica quantificada a hierarquia dos setores de acordo com sua capacidade de crescimento: exportação — indústria — resto da economia.

5. São muito esparsas e incompletas as informações a respeito do comportamento setorial da economia. No que tange ao setor primário, dispomos de indicações indiretas sobre a parte dirigida à exportação em que se verifica o bom comportamento dos gêneros alimentícios (café, cacau etc.) e das matérias-primas (borracha, manganês etc.). Sobre a agricultura de subsistên-

(16) KUZNETS, Simon. *O Crescimento Econômico do Pós-guerra*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1966. O mesmo autor identifica, em outro lugar (*Aspectos Quantitativos do Desenvolvimento Econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 1970) um perfil setorial semelhante, com o setor secundário entre 13,7% e 17,8% para países de renda muito baixa — o que corresponde ao Brasil do início do século.

(17) BUESCU, Mircea. *Guerra e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, APEC, 1979, p. 162.

cia, as informações são muito mais escassas. Uma inferência pode ser tirada da crescente substituição de importações de gêneros alimentícios primários — arroz, feijão, milho, batata, charque (18). O cálculo direto (19) estima uma taxa anual de 1,5%, bem inferior à taxa de expansão demográfica (2,1%).

Conhecendo o crescimento do produto total (48,0%), do setor primário (16,4%) e do secundário (90,8%), bem como a distribuição setorial (47,1 — 12,1 — 40,8%), pode-se calcular a taxa de crescimento do setor terciário, qual seja, 71,8%, à taxa anual de 5,6%. Uma taxa bastante condizente com as informações parciais referentes à expansão dos transportes — obras portuárias, cabotagem, construção de ferrovias etc., ao aumento das atividades bancárias e bursáteis (20), ao desenvolvimento do comércio. Uma indicação poderia ser tirada do crescimento da arrecadação dos impostos indiretos — 81,7% em termos nominais, 42,0% em termos reais; em valor real *per capita*, 15,4%.

Sobre a indústria sabe-se um pouco mais. Apesar do seu notável crescimento (6,4% ao ano, 4,2% a.a. *per capita*), trata-se, ainda, de uma indústria incipiente, limitada ao ramo de bens de consumo não durável. Segundo o censo industrial (como se sabe, extremamente falho) existiam naquele ano, 3.120 estabelecimentos industriais, com capital de 653,6 mil contos de réis e produção de 731,3 mil contos e empregando 149.018 operários (21). Se a população economicamente ativa representava 20 a 25% do total populacional (em 1940 a proporção era de 33,8%), ou seja, 4,2 a 5,2 milhões de pessoas, a mão-de-obra industrial não passava de 3 a 3,5% da população ativa. Perfil de emprego de economia pré-industrial.

Quanto à composição da produção industrial, concentrava-se em bens de consumo não durável, principalmente nos ramos têxtil, alimentos, vestuário, artigos domésticos. Nestes ramos, contudo, a produção nacional cobria até 95 a quase 100% do consumo (pano de embalagem, calçados, cigarros, fósforos, açúcar, cerveja), às vezes mais de 80% do consumo (chapéus, móveis de madeira), às vezes entre 60 e 70% (tecidos de algodão, cerâmica, banha, couros preparados etc.). No início do século XX o Brasil produzia uma quantidade insignificante de ferro-gusa (22) e cobria pela importação todo o seu consumo de cimento. Em São Paulo a indústria de

(18) VILLELA SUZIGAN, *op. cit.*, pp. 112-113.

(19) HADDAD, *op. cit.*

(20) V. por exemplo: LEVY, Maria Bárbara. *História da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1977.

(21) Informações interessantes encontram-se em: *La Préindustrialisation du Brésil* — dir. Frédéric Mauro. Paris, CNRS, 1984.

(22) V. BAER, Werner. *Siderurgia e Desenvolvimento Brasileiro*. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.

base — minerais não metálicos, mecânica e material de transporte — não abrangia mais que 13,4% do valor do produto industrial⁽²³⁾. Como veremos mais adiante, a abertura do mercado internacional permitiu o acesso aos equipamentos e insumos industriais que o País não produzia.

6. O processo do crescimento não pode explicar-se tão-somente pelo bom comportamento do setor externo — expansão das exportações e das importações, entrada de recursos externos via empréstimos ou investimentos. É preciso observar de que maneira foram aproveitadas as vantagens apresentadas pelo setor externo e, de modo mais geral, que outros condicionamentos se juntaram para garantir um crescimento econômico razoável e uma certa aceleração da industrialização.

Alguns fatores vinham de mais longe, desde o último quartel do século XIX, permanecendo no início do novo século. Eventualmente pode-se recuar ainda mais no tempo, na medida em que se aceita, com propriedade, que o surto cafeeiro está na base do progresso econômico do Brasil. O café proporcionou um processo cumulativo — em termos de elevação da renda, capitalização, expansão do mercado, emprego, criação da infra-estrutura — de caráter introvertido, isto é, voltando os benefícios para o próprio setor cafeeiro. Mais tarde, o processo tornou-se extrovertido: o café criou condições favoráveis para outras atividades, entre as quais sobretudo a indústria⁽²⁴⁾.

Dentro desse processo, elemento fundamental foi a entrada de imigrantes europeus, em primeiro lugar para fornecer mão-de-obra ao setor cafeeiro, gravemente atingido pela abolição do tráfico africano e pela conseqüente redução da população escrava cujo crescimento vegetativo era negativo. O auge dessas entradas se deu na última década do século XIX (em 1889/1899 entrada de 1.198.327 imigrantes), mas na década seguinte 1899/1909 entraram, ainda, 622.407 imigrantes. Isso correspondeu a 14,8% do crescimento demográfico do período. Essa mão-de-obra “trazida” especialmente para o café (lembrem-se os esforços, principalmente dos paulistas, através das sociedades da colonização, imigração etc.) dedicou-se também a outras atividades agrícolas, depois comerciais e finalmente industriais, na medida em que dispunha de capitais transferidos do país de origem ou formados aqui⁽²⁵⁾. Foi um grupo que atuou positivamente, tanto do

(23) CANO, *op. cit.*; LOBO, Eulália Maria Lahmeyer. *História do Rio de Janeiro*, IBMEC, 1978. Não se deve esquecer que, em 1907, o então Distrito Federal e o Estado de São Paulo tinham uma participação de 31,6% e 46,0% do total da indústria em termos de número de estabelecimentos, capital, operários e valor da produção.

(24) Um esquema do processo em: BUESCU, *Disparidades...*, e *Brasil: Problemas...*, *op. cit.*

(25) WARREN DEAN (*A Industrialização de São Paulo — São Paulo*, DIFEL, 1971) sublinha, com propriedade, o papel dos imigrantes na industrialização.

lado da oferta (trabalho, tecnologia, poupança, diversificação da produção, espírito empresarial) como da demanda (ampliação do mercado) ⁽²⁶⁾. No que tange à industrialização, os imigrantes constituíram a principal fonte de mão-de-obra para as indústrias: no início do século o estrangeiros dominavam amplamente o operariado industrial. E, apesar do surgimento de movimentos operários e sindicais ⁽²⁷⁾, tratava-se, ainda, de mão-de-obra barata — uma facilidade para os investimentos industriais.

Mas, afinal, por que se intensificaram esses investimentos? Acho que ainda o café foi um dos responsáveis, mas desta vez, pelo seu enfraquecimento. Sem dúvida, os interesses cafeeiros eram muito enraizados e o setor era politicamente forte — o sistema da defesa do café o testemunha. Mas, a partir da crise da última década do século XIX, o café não demonstrava mais as imensas potencialidades do período anterior. Era normal, pois, que os empresários procurassem outras oportunidades de lucro. As condições criadas pelo café facilitavam estas novas oportunidades, mais especificamente: os investimentos industriais ⁽²⁸⁾. Já havia se criado, em torno do modelo exportador-importador o espírito empresarial que agora podia aplicar sua capacidade na indústria.

A nova orientação correspondeu a uma nova mentalidade — industrialista, protecionista — que começou a afirmar-se na segunda metade do século XIX. São ilustrativas as figuras de Antônio Felício dos Santos, Inocêncio Serzedelo Corrêa, Amaro Cavalcanti, Jorge Street, Américo Werneck, João Luiz Alves, Vasco Cunha, Leite e Oiticica, Vieira Souto, Alberto Torres, Alcindo Guanabara ⁽²⁹⁾. É interessante notar a coincidência de que duas obras básicas dentro dessa ideologia — *Taxas Protetoras nas Tarifas Alfandegárias*, de AMARO CAVALCANTI e *O Problema Econômico do Brasil*, de SERZEDELO CORRÊA — foram publicadas em 1903, no limiar

(26) As alterações estruturais manifestam-se também do lado da população. Entre 1900 e 1910 a população urbana (21 capitais de Estados) cresceu 34,4% enquanto a população global somente 23,5%. O grau de urbanização subiu de 11,1% para 12,1%.

(27) V. CARONE, Edgard. *A República Velha — Instituições e Classes Sociais*. São Paulo, DIFEL, 1970, pp. 189-245.

(28) WARREN DEAN (*op. cit.*, p. 51) observa que o café apresentou lucros excelentes em 1906-1914, porém eles foram menos reinvestidos no próprio setor. As vezes, leis estaduais impediam o reinvestimento — prova de um menor entusiasmo em relação ao café.

(29) V. além do livro citado de WARREN DEAN: LUZ, Nícia Villela. *A Luta pela Industrialização do Brasil*. São Paulo, DIFEL, 1961; LIMA, Heitor Ferreira. *História do Pensamento Econômico no Brasil*. São Paulo, CEN, 1976. Documentação em: CARONE, Edgard. *O Pensamento Industrial no Brasil (1880 — 1945)*. São Paulo, DIFEL, 1977. Evidentemente não deve ser esquecido RUI BARBOSA. (v. AGUIAR, Pinto de. *Rui e a Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, Casa Rui Barbosa, 1973) O próprio Joaquim Murtinho foi defensor da indústria, sob a reserva da qualificação de "viável" (LUZ, *op. cit.*, p. 87).

do período em foco. O crescimento industrial exigiu maior organização do setor, o que veio com a criação da Associação Industrial (1880) e do Centro Industrial do Brasil (1904), em substituição da antiga Sociedade Auxiliadora da Indústria Nacional.

A alteração das mentalidades e das correntes de interesses resultou na acentuação do protecionismo, já desde o fim do Império (tarifas Belizário de Souza 1887 e João Alfredo 1888), com a introdução da cota-ouro (1891) e sua majoração (1898 a 1900), com as tarifas mais protecionistas de 1896 e 1900. A tendência continuará após 1903.

7. O que houve de especial durante o reerguimento econômico? De forma geral pode-se dizer que, graças ao setor externo favorável e a uma política econômica adequada, foi possível intensificar a geração de renda via exportações (mais seu efeito multiplicador), incorporar poupança externa via empréstimos e investimentos, obter equipamentos e tecnologia via importações e mão-de-obra mais especializada via imigrações.

No que concerne ao dinamismo econômico resultante da taxa de formação de capital carecem as informações macroeconômicas, mas tentando reconstituir, a partir de dados conhecidos e estimativas, o panorama macroeconômico em 1907⁽³⁰⁾, encontrei, para um PIB de £ 249,5 milhões, uma formação bruta de capital de £ 23,1 milhões (incluindo a poupança pessoal 8,7, a poupança de governo 6,5, o déficit em conta corrente do balanço de pagamento 8,5 e a renda líquida enviada para o exterior 8,1), ou seja, 9,0% do PIB — o que parece compatível com o nível de renda do Brasil naquela época. Parece também coerente o fato de que relacionando a taxa da formação líquida de capital (6,0%) à taxa de crescimento do PIB (4,0%), encontramos uma relação capital/produto de 1,5 — taxa compatível com o estado da economia brasileira⁽³¹⁾.

A taxa de investimento resultou do esforço conjugado do governo e da iniciativa privada, em ambos os casos com o auxílio do setor externo, como já vimos⁽³²⁾. A condição prévia foi o saneamento da economia — em termos de equilíbrio monetário, financeiro e cambial — empreendido por Murtinho e mantido pelos seus sucessores. O saneamento financeiro⁽³³⁾

(30) BUESCU. *Brasil 1907...*, *op. cit.*

(31) Lembre-se que em 1947/1961 a relação média K/P foi de 2,0.

(32) WARREN DEAN (*op. cit.*, p. 67) atribui, em grande parte, à formação de sociedades em comandita com capitais italianos "a maneira pela qual se construíram tantas fábricas nos poucos anos que mediaram entre 1906 e 1913".

(33) Entre outras medidas: Lei 1.178/1904 — reorganização das repartições da Fazenda; Lei 1.452/1905 — reformulação do imposto de importação; Decreto 5.890, de 1906 — novo regulamento do imposto de consumo; Lei 2.083/1909 — reorganização do Tesouro Nacional; Decreto 9.286/1911 — criação da Inspeção da Fazenda. Vale menção especial a criação do Ministério da Agricultura, Comércio e Indústria (1909).

permitiu o equilíbrio orçamentário até 1907 (só houve um déficit mínimo em 1904) e a manutenção de um déficit razoável em 1908/1913 (na proporção de 15,2% a 28,2% do valor da receita). Assim, aliviado também do serviço da dívida externa, o governo pôde contratar empréstimos estrangeiros para aplicá-los integralmente em investimentos de infra-estrutura. Entre 1904 e 1913 a despesa para formação bruta de capital representou entre 13,0% e 24,0% (média 17,7%) da despesa do governo federal enquanto a média não passou de 6,4% em 1890/1903. Do total gasto para formação de capital no período, 13,9% foram destinados a equipamentos e instalações, 27,0% à construção de portos e canais, 36,1% à construção ou aquisição de ferrovias e 23,0% a outras construções.

Para os investimentos industriais temos apenas indicações indiretas, porém expressivas. Elas apresentam-se da forma seguinte para o período 1903/1913 (médias anuais; em parêntesis, médias de 1914/1918): crescimento da potência instalada 20,5 mil Kw (17,1); consumo aparente de cimento 219,2 mil t (129,2); consumo aparente de laminados de aço 133,1 mil t (82,1); índice (base 1939) do *quantum* de importação de bens de capital industriais 102,7 (37,9)⁽³⁴⁾. A comparação não é nada favorável ao período de guerra 1914/1918, do “choque externo”. Aliás, a obtenção dos resultados mais favoráveis foi função, em total ou em parte, da abertura das importações.

8. Embora às vezes indecisa, às vezes contraditória ou mesmo criticável à luz das atuais posições da teoria econômica, a política econômica desempenhou papel importante para o bom desempenho da economia, seja para preparar as condições de aproveitamento do setor externo (política de Joaquim Murinho e Leopoldo de Bulhões), seja para garantir o funcionamento satisfatório dos demais setores, principalmente a indústria.

No plano teórico a política econômica era dirigida dentro dos preceitos do liberalismo econômico com seus principais ingredientes — livre-cambismo (ligado aos interesses cafeeiros) e padrão-ouro (implicando “ortodoxia” monetária, financeira e cambial). Este elenco de posições podia ser nocivo ao processo de industrialização, e ao próprio progresso econômico fora do modelo exportador. Ocorreu, entretanto, como já no século XIX, que a política econômica foi conduzida dentro de um espírito pragmático e eclético⁽³⁵⁾.

(34) Conf. VILLELA-SUZIGAN, *op. cit.*, p. 393.

(35) Quando se iniciou o século XX, o liberalismo econômico já havia sofrido muitas críticas e restrições. Afirma-se que o principal respaldo filosófico na sua contestação foi constituído pelas idéias de AUGUSTE COMTE que considerou a economia clássica como “uma falsa ciência” (v. por exemplo: JAMES, Emile. *Histoire des Théories Économiques*. Paris, Flammarion, 1950, pp. 99-101).

Vejamos, por exemplo, a política cambial. O princípio consistia em manter a taxa cambial, não permitir desvalorizações — daí, a necessidade de manter o equilíbrio monetário, financeiro e do balanço de pagamentos — o que amiúde foi feito. Ademais, durante um tempo prevaleceu a velha idéia, bastante absurda, de voltar para a taxa de câmbio oficial de 1846, de 27 d por mil-réis (esse teria sido o aspecto mais “reacionário” de Murтинho e Bulhões). Entretanto, não foi isso que se fez. Como vimos, diante da *tendência normal* da valorização do mil-réis, em decorrência do saneamento monetário e cambial, a Caixa de Conversão, para estabilizar o câmbio e sobretudo para defender os interesses do café, manteve uma taxa praticamente desvalorizada de 15 d por mil-réis — taxa elevada para 16 d em 1910, ainda abaixo da tendência do mercado (Bulhões queria chegar a 18 d, mas a sua tese não vingou). Uma taxa de câmbio desvalorizada constituía proteção para as indústrias existentes que trabalhavam com insumos nacionais, bem como um incentivo para a entrada de capitais estrangeiros.

Da mesma forma o liberalismo oficial não impediu os progressos do protecionismo, embora evado de fiscalismo, continuando uma tendência observada desde a segunda metade do século XIX⁽³⁶⁾. É suficiente citar, entre outras, a elevação para 35 e 50% da cota-ouro do imposto sobre importações (Lei 1.452/1905) e a reformulação da proteção ao similar nacional (Decreto 8.592/1911). A diminuição de direitos sobre certas matérias-primas importadas e instalações de infra-estrutura (Lei 2.524/1911) não deve ser interpretada como reação liberal, mas sim, como protecionismo bem compreendido⁽³⁷⁾. Tudo isso constituiu outro quadro favorável à indústria e ao dinamismo dela decorrente.

O saneamento monetário e financeiro iniciado por Murтинho criou, como já disse, condições favoráveis para o bom aproveitamento do setor externo, mas proporcionou, também, internamente, um certo equilíbrio econômico sem altas exageradas de preços, sem explosão das despesas públicas. Pelo contrário, esse equilíbrio permitiu maiores investimentos em infra-estrutura pelo governo e ofereceu condições favoráveis aos investimentos privados.

9. Mesmo se não se pode falar, para a época, numa política desenvolvimentista no sentido atual da palavra, não se pode dizer que a ortodoxia

(36) É muito discutível a asserção de NÍCIA VILELA LUZ (*op. cit.*, p. 141) de que, “com o projeto Luís Alves (de reforma alfandegária-derrubado na Câmara dos Deputados) estava morta a grande ofensiva protecionista iniciada... em 1903”, pois o protecionismo permaneceu e mesmo avançou, embora não nas proporções eventualmente desejáveis. A proteção média em 1901/1904 foi de 49-54% (*ibidem*, p. 187). Acrescente-se os favores concedidos às indústrias, como os do Decreto nº 8.019/1910 para a siderurgia.

(37) Obviamente havia partidários do liberalismo — e interesses a ele ligados. Uma exposição circunstanciada das controvérsias em: LUZ, *op. cit.*

monetária, então praticada, prejudicou a industrialização⁽³⁸⁾, nem que teria sido necessário um surto inflacionário. É verdade que a ortodoxia de 1903/1913 não teve a rigidez do tempo de Murtinho, foi mais moderada, mais pragmática.

Em termos de inflação o período ficou muito equilibrado, com reduzida tendência de intensificação: em 1904/1908 houve dois anos de taxas negativas e a taxa acumulada não passou de 6,5% (1,3% a.a.). Em 1909/1913 a inflação se fixou em torno do patamar de 3,6% a.a. Para o período inteiro 1903/1913 a taxa acumulada foi de 27,0% (2,4% a.a.). É interessante sublinhar que os preços dos produtos importados subiram apenas 2,8%, os dos produtos de exportação 11,1% e os dos produtos nacionais para consumo interno 58,4% — o que rejeita a tese do papel inflacionário da taxa de câmbio e ressalta o desequilíbrio econômico da produção agrícola alimentar⁽³⁹⁾. Verifica-se que o excelente crescimento econômico e industrial foi possível sem pressões inflacionárias, contra a opinião dos partidários da “inflação desenvolvimentista”.

O relativo equilíbrio dos preços refletiu o bom comportamento monetário, creditício e financeiro. Sobre este último já foi falado. Quanto à moeda, deixando de lado os dogmas da ortodoxia — a importância da conversibilidade e da valorização cambial⁽⁴⁰⁾ —, o fato é que a expansão monetária foi muito modesta, principalmente durante a gestão Bulhões (David Campista, Ministro da Fazenda de Afonso Penna, era menos ortodoxo). De 1903 a 1906 o papel-moeda emitido aumentou somente 4,3%; até 1913 houve aumento de 30,9%, perfazendo um total de 36,5% — uma taxa geométrica anual de 3,2%. Para os meios de pagamentos (conceito tradicional) encontramos 68,3%, o que demonstra que as atividades bancárias haviam se intensificado, proporcionando maior liquidez ao sistema. Entretanto, a liquidez não foi exagerada, permanecendo compatível com o crescimento do produto real⁽⁴¹⁾. O equilíbrio dos preços deve ser colocado, em grande parte, sob a responsabilidade da contenção monetária: o coeficiente de correlação preços/meios de pagamento é muito elevado (0,92).

(38) Como afirma HEITOR FERREIRA LIMA, *História...*, *op. cit.*, p. 153.

(39) Os cálculos se encontram em: BUESCU — *O sopro inflacionário ... op. cit.*

(40) No seu Relatório como Ministro da Fazenda, em 1906, Bulhões afirmava que “a estabilidade do valor da moeda só pode ser assegurada pela efetividade da conversão”. Ele denunciou que “é só em nome da lavoura do café que se pede o abandono das boas doutrinas (i.e. o padrão-ouro)”.

(41) Entre 1903 e 1912 (1913 foi ano de crise, atípico) os meios de pagamentos passaram de 683,8 mil para 1.272,8 mil contos de réis (conf. PELÁEZ, Carlos Manuel-SUZIGAN, Wilson. *História Monetária do Brasil*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1976). Deflacionando, encontra-se um aumento real de 52,6%, ou seja, 4,8% a.a. bastante compatível com o crescimento médio de 4,0% do produto real.

Seria apenas uma verdade parcial a alegação de que a Caixa de Conversão teve papel inflacionário; é melhor dizer que ela limitou o papel *desinflacionário* da taxa de câmbio em valorização via preços de importação. Através dela injetaram-se recursos que apenas mantiveram o grau de liquidez do sistema (42).

Quanto à expansão do crédito, vale lembrar as alterações institucionais destinadas a melhorar o funcionamento do sistema bancário, em primeiro lugar com a reorganização do Banco da República, sob o nome de Banco do Brasil, autorizado a emitir notas conversíveis à vista (Decreto 6.160/1906). Ao mesmo tempo a sua Carteira de Câmbio se torna permanente. O Banco passa a ser agente financeiro do Tesouro Nacional, intermediário entre a União e os Estados, operador da dívida pública e do câmbio (43).

10. Os condicionamentos do progresso foram mais complexos, incluindo não apenas as mentalidades — industrialismo, protecionismo, capitalismo mais esclarecido — mas também os fatores políticos e sociais.

De fato, foi um período bastante brilhante o que sucedeu ao de Campos Salles, com a continuidade da filosofia dos Presidentes Rodrigues Alves e Afonso Penna e de seus Ministros da Fazenda, seguidores de Murinho, Leopoldo de Bulhões (1902-1906 e 1909-1910), David Campista (1906-1909) — este menos ortodoxo, e até certo ponto Francisco Salles (1910-1913) e Rivadavia Correia (1913-1914), estes dois últimos já sob a presidência de Hermes da Fonseca. Como se deve lembrar, outros colaboradores foram Rio Branco, Osvaldo Cruz, Pereira Passos, Lauro Müller, Miguel Calmon (44).

Passada a fase da terapêutica saneadora, Rodrigues Alves inaugura um período em que o Relatório de 1905 do Ministro da Fazenda fala de um renascimento aparentemente misterioso (45), mas a mesma fonte procede

(42) Em início de 1913, no seu auge, a Caixa de Conversão entrava com 419 mil contos de réis na circulação monetária (NEUHAUS, Paulo. *História Monetária do Brasil*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1975). Isso representava cerca de 43% do total do papel-moeda emitido.

(43) A dívida interna fundada diminuiu de 582 mil contos de réis em 1903 para 558 mil em 1905/1909; depois subiu até 727 mil em 1913. De qualquer modo, apenas 24,9%, ou seja, queda de 1,7% em termos reais.

(44) *Sobre o ambiente político e cultural da época*, v. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Rodrigues Alves*. Rio, J. Olympio, 1973.

(45) Ministério da Fazenda — *Relatório de 1905 — Introdução*, p. 36. Rodrigues Alves é o símbolo dessa renovação: "O presidente vinha disposto a fazer do seu governo uma revolução autêntica na história republicana". (FRANCO, *op. cit.*, p. 244). E ainda: "O presidente e sua equipe foram a um só tempo causa e efeito das forças latentes de transformação que pressionavam, na alvorada do século, a sociedade brasileira." (Ibidem, p. 246).

a uma enumeração mais ampla da obra realizada entre o fim do governo de Prudente de Morais e o início de Rodrigues Alves: “Restabelecida a segurança nas relações internacionais; arredada pela nova política qualquer possibilidade de conflitos com as nações vizinhas; resolvido o problema do Acre pelo Tratado de Petrópolis; paga à Bolívia a indenização de £ 2.000,000; liquidadas as questões das grandes empresas ferroviárias Oeste de Minas e Sorocabana e da empresa de navegação do Lloyd, devedoras ao Tesouro e ao Banco da República; diminuídos, com as encapações de estradas de ferro, onerosos compromissos da União; amortizada em soma apreciável a dívida pública consolidada interna e externa e a dívida flutuante; reduzida a massa do papel-moeda em circulação; feitas as operações de crédito necessárias às obras do porto e ao definitivo saneamento do Rio de Janeiro, surgiu espontaneamente, como resultado desses fatores, a confiança, o restabelecimento do crédito público” (46).

Acho que esta “confiança” não deve ser compreendida apenas sob o ângulo do crédito. Trata-se de um sentimento de grandeza, de uma consciência de força e prestígio. Além do Tratado de Petrópolis, já citado, é preciso lembrar o sucesso nas negociações fronteiriças com o Equador, e outros problemas de limites territoriais, a terceira Conferência Pan-americana aberta no Rio de Janeiro em 1906, o sucesso de Rui Barbosa em Haia (1907), a elevação para embaixada da representação norte-americana no Brasil (1905) e o primeiro cardealato brasileiro (Rio de Janeiro, 1906), os feitos de Santos Dumont, a Exposição Nacional de 1908. A própria imagem do progresso — a renovação da cidade do Rio de Janeiro, as obras do porto, a abertura da Avenida Central, o saneamento realizado por Oswaldo Cruz — contribuía para um ambiente otimista, fator não desprezível na luta desenvolvimentista (47).

Nesse ambiente, o governo agiu com firmeza e inteligência, mantendo o equilíbrio de sua execução orçamentária e procedendo a reformas destinadas a ativar a economia.

A conclusão de ordem mais econômica seria que os progressos conseguidos correspondiam a uma situação de normalidade do ponto de vista monetário e financeiro. E este último aspecto estava ligado à normalidade do setor externo, à sua abertura tanto em termos de comércio exterior como de movimento de capitais. Contrariamente à teoria inflacionista, o progresso não se deu num ambiente de desordem monetária. Diferentemente da teoria dos “choques externos”, o progresso não se realizou sob o impacto do fechamento da economia.

(46) Ministério da Fazenda, *op. cit.*, pp. 33-34.

(47) Havia, ainda, manifestações retrógradas, como foi a revolta contra a vacina obrigatória (v. WESTPHALEN, Cecília Maria-BALHANA, Altiva Pilatti. *Reações ao Novo Reflexo do Passado*. Curitiba, 1985).

Costume: forma de expressão do direito positivo

MARTA VINAGRE

Advogada, cursando pós-graduação em Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (U.S.P.)

Um Direito fixado pelo costume é um murmúrio da raça, cristalizado através dos séculos. "Vox populi", "vox Dei" — Edmond Picard.

I. *Fonte do direito e forma de expressão do direito*

Não se confunda fonte com forma de expressão ou de revelação do direito. Fonte, no sentido de causa geradora, causa eficiente, de ante-suposto da existência, do fato de onde provém, não tem o mesmo significado que forma de expressão, de testemunho, de revelação do fenômeno, como a febre não é a causa da infecção, embora a revele.

Assim, a melhor e mais moderna doutrina (no Brasil, principalmente com LIMONGI FRANÇA) aponta que o direito positivo não se cria ao léu, não surge na sociedade como a fruta madura que despenca da árvore. A causa geradora do direito é o *direito natural*, aliado à vontade humana. Verificada uma necessidade social, recolhe-a e interpreta-a o arbítrio humano, e as regras que as necessidades impõem se transformam naquilo que se denomina direito positivo.

Portanto, o que se convencionou chamar "*fontes formais*" na verdade e realmente não são fontes; pelo menos não são fontes no sentido estrito e técnico do vocábulo.

O direito precisa ser revelado, transmitido, exteriorizado, para que seja conhecido, imposto, divulgado, obedecido. E é aqui que vão cumprir o seu importante papel as formas de expressão do direito, os modos pelos quais o direito se manifesta. Se permitem a comparação, as formas de expressão são como que o aparelho de televisão, que transmite, que revela, que exterioriza a imagem, embora alhures esteja a fonte geradora.

Forma fundamental de expressão do direito é a lei, havendo muitas formas complementares, podendo citar-se o costume, a jurisprudência, os princípios gerais de direito. Deixamos propositalmente de apontar a analogia, pois ela consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante, tratando-se, portanto, nem de fonte, nem de forma de expressão do direito, mas de um processo lógico de interpretação, um método de aplicação da lei.

II. *Costumes — definição, requisitos, aspectos gerais*

Transmitidos esses conceitos preliminares, analisaremos, agora, o tema específico a que nos propomos, que é referto de questões da mais alta indagação, não só jurídica, como filosófica e sociológica, e tem sido objeto da preocupação de juristas e pensadores desde a mais remota antiguidade.

Começemos pela definição de costumes, aproveitando a de VICENTE RAO, que nos parece excelente: "Costume é a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica" (1).

A doutrina, tradicionalmente, exige dois requisitos para a configuração do costume: um objetivo, fático, material, e outro subjetivo, espiritual, psicológico. O primeiro é o uso prolongado, com caracteres de uniformidade, publicidade, generalidade. O segundo é a convicção de sua obrigatoriedade, que os romanos chamavam *opinio necessitatis*. Além desses elementos, não se olvide que os costumes, para que tenham significação jurídica, não podem divorciar-se da moral e que, como todo elemento da ordem jurídica, têm de estar conforme o direito natural.

A repetição, por um longo tempo, da conduta, em *interferência inter-subjetiva*, é a marca, o aspecto capital do costume. Pelo que acima expusimos, é fácil desde logo ver-se que não basta a pluralidade de atos uniformes. O costume passa a ser jurídico quando é consagrado e valorizado pela *opinio necessitatis*, pela convicção arraigada de que ali existe uma regra de conduta.

A *opinio juris et necessitatis*, ou, mais simplificadamente, *opinio necessitatis*, é que transmuda um mero uso, um costume qualquer, em costume jurídico. E é do costume jurídico que desejamos tratar aqui. Há outras

(1) RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 2ª ed., 1976, v. I, t. II, n. 180, p. 218.

regras de conduta no corpo social de vária natureza: morais, religiosas, técnicas, de cortesia, de higiene, de etiqueta, de moda, enfim, convencionanismos não jurídicos, práticas sociais as mais diversas. Mas norma de conduta com fundamento jurídico só terá o costume, e na medida em que seja reputado como vinculante e obrigatório pela consciência popular. Este dado, de ordem espiritual, ideal, que o grande SAVIGNY chamou *Volksgeist*, tem o condão de juridicizar o uso, transformando-o em jurídico, e aí reside o elemento mais alto e nobre do costume, porque é o que o consagra como obrigatório, funcionando como o *animus*, que tem o poder de mudar a natureza da detenção, elevando-a à categoria de posse.

Embora alguns autores estabeleçam sinonímia entre usos e costumes, e até preceitos legais se refiram a eles, assim, englobadamente, tecnicamente representam figuras distintas: uso é a repetição de atos, a reiteração da conduta. O costume vem a ser a regra que do uso decorre. Há usos que se transformam nos costumes e que formam o direito consuetudinário. E há usos e costumes que não são jurídicos.

O que essencialmente distingue o costume de outras regras que emanam também das práticas sociais é que a conduta uniforme e veterana que o forja no seio do povo reflete *um ponto de vista sobre a justiça* (2), e dele surge uma norma, norma jurídica, dotada de sanção e coativamente assegurada. Além do conteúdo diverso, o elemento de convicção é que estabelece a fronteira entre o costume e aquelas outras figuras.

Se há costume, não é porque existe apenas uma prática no corpo social, por mais anciã que ela seja, mas porque, além disso, os membros da coletividade estão imbuídos da crença e da certeza de que há *obrigatoriedade* naquela determinada prática, e ela deve ser seguida, não por bondade ou altruísmo, mas em razão de se estar diante de uma norma de conduta a ser obedecida; de uma regra jurídica a ser cumprida.

Como os sentimentos humanos mais puros, fortes e duradouros, que se sedimentam aos poucos e vão se erguendo com segurança e solidez, tornando-se quase irremovíveis, o direito que emerge dos costumes não nasce de pronto, não aparece de repente, não surge de um jato, mas a sua formação se dá paulatinamente, através de uma continuidade lenta e gradual. Em nada parece com a avulsão e seus caracteres são o de aluvião, como observa JOSSERAND (3).

Jus non scriptum, direito consuetudinário, direito costumeiro, direito popular, direito espontâneo, direito extralegal (PONTES DE MIRANDA), direito autêntico (SAVIGNY), direito usual (JHERING), direito instintivo (PICARD), qualquer dos nomes que o costume recebe revela a sua gênese no seio da comunidade; a sua origem na consciência popular; a sua con-

(2) BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Ed. Max Limonad, v. I, p. 264.

(3) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola, 1952, t. I, v. I, p. 24, *apud* Wilson S. C. Batalha, *op. cit.*, p. 262.

sagração no espírito do povo. Por tais atributos, o costume é a forma de expressão do direito mais livre, mais autêntica, mais democrática. A lei corre o risco de ser — e às vezes é — inadequada, arbitrária, indesejada, anti-social. Nada mais dramático do que a lei injusta. Tais erros e desvios não podem, normalmente, ocorrer com o costume, pois, por sua própria natureza, ele exsurge naturalmente, espontaneamente, diretamente da vontade dos jurisdicionados. Não é imposto por uma organização formal, por um poder estatal, mas nasceu porque foi “querido” pelo povo.

ULPIANO deu uma definição de costumes que atravessou os tempos e ainda hoje pode ser aproveitada, em mais uma demonstração da uniformidade, permanência e atualidade das lições dos velhos juriconsultos romanos: “*mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*”, ou, em vernáculo: “costumes são o tácito consentimento do povo pela inveterada prática de atos semelhantes”.

Qual o tempo que deve ter essa inveterada prática? A famosa Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, inspirada pelo célebre Marquês de Pombal, reprovou os costumes contrários à boa razão, os que conflitassem com as leis e os que não tivessem a duração de cem anos, pelo menos. Nosso Regulamento Comercial, n.º 738, de 25 de novembro de 1850, arts. 25 e 26, reduziu o prazo para cinqüenta anos.

Data venia, consideramos arbitrário e sem base lógica e científica estabelecer-se um tempo de duração para que uma conduta reiterada seja e possa ser juridicizada. Não é razoável e a nosso ver nem é possível prefixar-se um período de tempo para que um uso constante e reiterado se transforme em costume. Como marcar com exatidão o seu termo inicial, por exemplo? VICENTE RAO⁽⁴⁾ pondera ser certo que, ao lado de costumes de prática imemorial, outros existam de prática relativamente recente. A *longa consuetudo* e os *diuturni mores* do direito romano, conceitos fluidos e variáveis, passíveis, por sua abrangência e flexibilidade, de serem aplicados à generalidade dos casos, são melhores que fórmulas aritméticas. Abandonando um critério rígido e certo, mas atento a que a prática social tem de ser vetusta, para que um costume seja considerado norma jurídica, o intérprete — além dos demais requisitos que apontamos acima — deve considerar a natureza do fato, as circunstâncias do caso, e verificar se houve uma conduta reiterada, generalizada, contínua, uniforme, durante um tempo mais ou menos longo, e se essa conduta é tida e reputada como obrigatória e vinculante pela sociedade.

Os costumes têm ingresso ou não são acatados, conforme o ramo do direito de que se trata. São moeda corrente no direito comercial e no internacional. Têm aceitação mais ou menos franca no direito civil e no notarial. Não os admite o direito tributário. Do direito penal foram banidos por força da ideologia liberal dominante, e vigora o *standard* legislativo de FEUERBACH: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, ou

(4) RAO, Vicente. *Ob. cit.*, n. 182, p. 220.

seja, o princípio da reserva legal, que o Código Penal brasileiro abraça, no art. 1.º: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". No direito processual aceita-se a heterointegração com o direito costumeiro, bastando ver-se os estilos do foro, os usos e costumes, a chamada praxe forense, sempre presente para regular supletivamente o modo e a forma do procedimento. No direito laboral, as circunstâncias do trabalho, tacitamente ajustadas e observadas, obrigam as partes da relação de emprego. A CLT a isto se refere, nos arts. 8.º e 442. Incontáveis são as normas jurídicas trabalhistas oriundas de produção consuetudinária. Das reuniões de operários franceses em uma praça, denominada *Place de Grève*, surgiu o instituto batizado com o mesmo nome. O salário que não tiver sido ajustado corresponderá ao que *habitualmente* for pago para serviço semelhante. Os acordos coletivos entre sindicatos e empresas não eram previstos em lei, embora fossem celebrados e concluídos por força dos costumes. No direito agrário, os costumes rurigenas representam importante forma de expressão jurídica, dada a imensa extensão territorial de nosso País, com regiões diversificadas, recebendo influências culturais, sociais e econômicas as mais diversas e não raro disparatadas. Para ficarmos apenas com o depoimento de FULVIO MAROI, transcrevemos: "No vasto campo da atividade rural, é fácil perceber-se que o agricultor, ao plantar uma árvore com a distância devida do confrontante, ao respeitar o curso natural das águas, ao abster-se de fazer escavações no seu imóvel ou outros serviços prejudiciais ao imóvel vizinho, não age assim porque esteja coagido pelos tribunais; e sim, quase por instinto, imprimindo em sua conduta o senso inato do interesse mútuo, da solidariedade que, no campo do direito agrário, é perene fonte criadora de normas jurídicas" (5).

O direito consuetudinário é a mais antiga e já foi a única forma de revelação do direito. Nas origens de Roma, no período anterior à Lei das XII Tábuas, não havia normas escritas. Aliás, os povos primitivos eram ágrafos. Conforme a precisa imagem de PICARD, no seu excelente *O Direito Puro* (6), os costumes representam o direito no estado cartilaginoso, aguardando a sua ossificação nas leis escritas, e precedem-nas, como a palavra precedeu à escrita.

Que os costumes integram o *jus non scriptum* afirma-se há séculos, e é verdade e reverdade. Se o legislador reconhece o costume e o transforma em lei, normatizando estatutariamente aquele preceito que antes existia difuso no corpo social, o costume deixa de sê-lo, é claro, pela curial razão de se ter transformado em *jus scriptum*, tanto quanto a propriedade que redundou da usucapião não é mais posse *ad usucapionem* porque já é propriedade.

Se, entretanto, o costume é apenas consolidado, revelado pela jurisprudência, recopilado, registrado, assume uma forma escrita mas não perde a sua natureza de direito consuetudinário. Em exemplo lembrado por

(5) MAROI, Fulvio. *Scritti Giuridici*. V. II, p. 6, *apud* Raimundo Laranjeira, "Propedêutica do Direito Agrário", 2ª ed., 1981, p. 117.

(6) PICARD, Edmond. *O Direito Puro*. 1951, revisão de A. Souza Jr., § 93, p. 171.

Miguel Reale⁽⁷⁾, a Junta Comercial de São Paulo, através de resolução publicada no *Diário Oficial* do Estado, consolidou os usos e costumes das praças comerciais de São Paulo e Santos, especialmente em matéria de comércio cafeeiro. E nem por isso tais regras desertaram do direito costumeiro, como as Ordenações Filipinas não deixaram de ser as Ordenações Filipinas por ter o genial AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS promovido a Consolidação das Leis Cíveis.

Discute-se se o costume, para valer como tal e ser obrigatório, precisa antes ser verificado pelo Poder Judiciário. Na maioria dos países de direito consuetudinário, em que os costumes representam a forma por excelência de expressão do direito, devem eles constar dos precedentes judiciais (sistema anglo-norte-americano), embora tal requisito seja dispensado em alguns subsistemas do mesmo grupo (hindu, por exemplo).

Não obstante, mesmo em países que não integram os do sistema de direito consuetudinário, e formam a família romano-germânica, há opiniões de peso no sentido de que o costume externo direito válido somente no caso de o Estado reconhecê-lo, pelos Tribunais. O padroeiro desta tese é ÉDOUARD LAMBERT⁽⁸⁾ e muitos outros autores também entendem que o preceito obrigatório, a sanção dos costumes, só pode ser dada pela autoridade dos juizes. É a lição de RECASÈNS SICHÈS⁽⁹⁾, e, entre nós, ORLANDO GOMES⁽¹⁰⁾ abona este parecer, afirmando: "A tese da *confirmação jurisprudencial* é aceitável. Segundo seus adeptos, o costume adquire força obrigatória quando reconhecido e aplicado pelos tribunais. Necessário, portanto, se consagre através da prática judiciária".

De outro lado posiciona-se FRANÇOIS GÉNY⁽¹¹⁾ ao observar que as sentenças terão especialmente o mérito de *qualificar* os costumes, não os podendo constituir nem substituir. E ficamos com esta egrégia lição.

Realmente, não nos parece que o costume para valer como jurídico careça do prévio reconhecimento pela jurisprudência. O juiz não cria o costume. Este preexiste; já representa uma força viva, que o magistrado apenas revela, somente reconhece. Entendemos que a sentença que acata e manda aplicar a norma que o costume consagrou tem, quanto a este aspecto, caráter declaratório e não constitutivo. Tanto a lei quanto o costume são direito, ou formas de expressão do direito *antes* de receber o reconhecimento judicial. O juiz aplica o direito que existe, o que não quer dizer que a aplicação é que determina a existência do direito. Pode até o costume se formar com a jurisprudência, como no caso de reiteração

(7) REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4ª ed., 1977, p. 157.

(8) LAMBERT, Edouard. *La Fonction du Droit Civil Comparé*, p. 210.

(9) SICHÈS, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*, 4ª ed., 1977, p. 166.

(10) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 7ª ed., 1983, n. 21, p. 31.

(11) GÉNY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, t. I, p. 366.

de julgados uniformes. Mas este é outro aspecto da questão. Se a prática juridicizada já existe no corpo social, se já se trata de uma regra impositiva, de uma norma de conduta, de comportamento tido e havido como obrigatório, o juiz apenas atesta, aponta, reconhece esta evidência. A confirmação jurisprudencial, no que concerne aos costumes, não se acha no plano da existência, nem da validade, nem mesmo no da eficácia dos mesmos. Que dizer, por exemplo, se jamais houvesse necessidade de intervenção judicial, se nunca tivesse ocorrido contradição e demanda que motivasse a prestação jurisdicional? O costume não existiria? Não se deve, entretanto, apequenar o papel da confirmação jurisprudencial que, por sua relevância, robustece o costume, difunde-o, serve como elemento de fixação do mesmo, proclama a sua força obrigatória aos quatro ventos, tornando-a mais certa e nítida. Mas não é o juiz que a cria — insistamos nisso —, nem é a sentença o seu fundamento ou razão de ser, funcionando como se fosse um espelho, que reflete a claridade, mas não é a fonte da luz.

Tanto a lei quanto o costume fazem parte do todo orgânico, do universo normativo, do conjunto sistemático que representa a ordem jurídica positiva. Direito positivo não é apenas o escrito, não é somente o que foi revelado pelos poderes estatais, formalmente estabelecidos, mas também é o que decorre dos fatos sociais, da história e do instinto, expressado pelos costumes jurídicos.

III. *Fundamento jurídico dos costumes*

Para alguns juristas, o costume é uma lei tacitamente instituída. Ele receberia sua força obrigatória do Poder estatal. É a opinião típica daqueles que não conseguem vislumbrar o direito fora de um esquema institucional. No século passado, na Alemanha, PUCHTA e SAVIGNY, principais figuras da Escola Histórica, apontaram que o fundamento jurídico da obrigatoriedade do costume está na convicção popular, na vontade coletiva, no espírito do povo (Volksgeist). GÉNY entende que o costume se impõe por si mesmo, como um fato, na natureza das coisas, encontrando na necessidade social o fator determinante de sua formação e obrigatoriedade. Parece seguir esse entendimento o Professor LIMONGI FRANÇA, quando diz que o fundamento do costume é o mesmo da lei, a saber, o direito natural, constituindo uma resposta a certas necessidades sócio-jurídicas, não reguladas em lei, que promanam da natureza das coisas.

IV. *Importância dos costumes. Confronto com a lei*

Na luta, velha de século, entre a lei e o costume, a lei logrou vencer. O direito legislado, a cada dia, e em número cada vez maior de países, tem recebido grande prestígio. Mesmo no sistema da *common law*, embasado nos precedentes judiciais, e onde o direito costumeiro sempre teve primazia, o *statute law* (direito escrito) vem ganhando terreno e se afirmando vigorosamente, num movimento semelhante ao ocorrido muito tempo atrás nos outros sistemas, como o romano-germânico.

No seu famoso e clássico *Filosofia do Direito*, DEL VECCHIO opina que, no atual estágio jurídico da humanidade, o costume se acha em condição inferior à lei, não porque assim o afirme a própria lei, e sim pela imperiosa exigência de uma regulamentação fixa, ditada pela necessidade de uniformização do sistema jurídico, que é da índole do Estado moderno⁽¹²⁾. Não se pode mesmo deixar de admitir que os pressupostos de certeza e segurança do direito encontram na lei melhor guardada. EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO chegam à conclusão de que: "Nos Estados constitucionais modernos, o costume perdeu a maior parte da sua importância, como fonte do direito, dada a existência de um órgão especialmente destinado a elaborar as normas de conduta social, tornando possível atender, de pronto, às novas necessidades da sociedade"⁽¹³⁾.

Em nosso meio, a supremacia da lei é incontestável, sendo ela, efetivamente, a principal das formas de expressão do direito. Num sistema de direito escrito, como o que vigora no Brasil, quase todas as relações sociais seguem os ditames estabelecidos pelo legislador, e é a lei quem dá a resposta para a grande maioria das questões jurídicas. Inserido num dos mais nobres capítulos da própria Carta Magna, "Dos Direitos e Garantias Individuais", o art. 153, § 2.º, proclama: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei" (*). Por sua vez, o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que, somente quando a lei for omissa, é que se aplicarão as outras formas de expressão do direito, que, portanto, são tidas como suplementares e consideradas secundárias. Tratando dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, o Código de Processo Civil, art. 126, com a redação que lhe deu a Lei n.º 5.925, de 1-10-73, "para voltar ao sistema da LICC", como anota o eminente Theotônio Negrão, dispõe: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

Não vemos por que estimular o confronto entre a lei e o costume, como realidades, que, por natureza e destino, tenham fatalmente que pelear. Afinal, que é a lei, senão a forma escrita do costume (*nulla lex sine*

(*) JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (*Constituição Federal Anotada*, 2ª ed. 1986, p. 429) declara que o princípio da legalidade implica a exigência de uma atuação subordinada à lei formal. "Significa a necessária sujeição às normas e prescrições consubstanciadas em ato emanado do Poder Legislativo". CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., 2ª tiragem, 1981, nº 206, p. 188) acha que a força compulsória do costume não é incompatível com o princípio da legalidade: "A palavra lei não foi empregada no estatuto supremo na acepção restrita de ato do Congresso, e, sim, no sentido amplo, de Direito."

(12) DEL VECCHIO, *Filosofia do Direito*, apud J. M. Othon Sidou, *O Direito Legal*, 1985, n. 23, p. 39.

(13) ESPINOLA Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 1943, v. 1º, p. 114.

moribus)? E que é o costume, senão a lei que não foi escrita (*lex non scripta*)? CUJACCIO já deixou assentado: "Quid lex? Consuetudo scripta. Quid est consuetudo? Lex non scripta". Nem o fetichismo da lei, nem o fanatismo pelo costume: um equilíbrio deve ser buscado, tentado e alcançado. Incorreto é dizer, como alerta OTHON SIDOU⁽¹⁴⁾, que o costume seja uma espécie jurídica em declínio. Vencido pela lei, o costume não está morto e nem pode ser desprezado. Como fato social, como realidade fática, como forma popular de expressão do direito, ele coexiste com a lei e erro da maior gravidade seria desconhecer a sua influência, a sua pertinência, a sua importância.

A expansão legislativa, entre nós, é um fenômeno até assustador. Fala-se mesmo em "orgia legiferante", em "elefantíase legislativa". Mas, apesar dessa exagerada e espantosa superprodução, o legislador, por mais sagaz, esperto e previdente que seja, não consegue regular todos os fenômenos sociais, multifacetados, complexos, abundantes, surpreendentes. E quem conserta, supre e remedeia as falhas e omissões da lei é o costume.

No sistema industrial, na sociedade em transição na qual vivemos, na corrida desenvolvimentista a que assistimos, as mutações na vida da coletividade são constantes, vertiginosas. A velocidade dos transportes, das comunicações, é também um atributo que se tem exigido para as atitudes e comportamentos. O direito tem de refletir essas tendências, escutar esses apelos, aplainando caminhos (e descaminhos!) com extrema presteza, fluidez e certeza. A lei, por sua elaboração em órgão especializado, por sua objetividade e logicidade, atende mais e melhor a tais carências modernas. E até já se reclama que o próprio legislador é vagaroso e tardinho, respondendo com morosidade aos reclamos da sociedade de massas...

Para tanta pressa e diante de tão magnos valores, os autores apontam as excelências da lei, pela sua rigidez, publicidade, clareza, precisão e supressão ou modificação mais rápidas.

Pode ser! Que ninguém, todavia, desdenhe dos costumes, deixando de atentar para a imensa utilidade das formações consuetudinárias, e do papel que elas desempenharam e ainda têm de desempenhar neste palco, no mínimo como instrumento corretivo das leis. A história é mestra da vida e incorreram em grande erro aqueles que no passado procuraram identificação entre a lei e o direito, como se este se esgotasse naquela, e toda a tentativa, neste sentido, dos comentadores do *Code Napoléon* (Escola de Exegese), foi frustra, vã e melancólica. Em trabalho doutrinário, tivemos oportunidade de opinar, contradizendo os que acham que o direito objetivo é exclusivo do Estado, que, de veras, tudo o que o Estado estabelecer por via legislativa é norma jurídica, mas isto não quer dizer que ele seja o único criador de tais normas, ou detenha o monopólio dos comandos jurídicos⁽¹⁵⁾. PONTES DE MIRANDA, no seu estilo inconfun-

(14) SIDOU, J. M. Othon. *O Direito Legal*, 1985, n. 16, p. 32.

(15) VINAGRE, Marta. *A Outra Face do Contrato*, Belém, 1988, p. 23.

dível, professa: "A lei não é todo o conteúdo efetivo do sistema jurídico ou da ciência jurídica, como o documento constitui simples elemento de cognição indireta, e não o conteúdo efetivo da história" (16).

V. *Prova dos costumes*

Outra indagação que se faz sobre este tema é se o costume precisa ser provado pela parte que o alega. Inicialmente, não se pode deixar de concordar que o costume, como forma de expressão do direito, é de formação lenta e difusa no meio social; que sua verificação é mais incerta e imprecisa, mais difícil e penosa, portanto, do que o modo de revelação feito pela lei. Tudo isso é verdade. Mas dificuldade não é impossibilidade. Não se pode olvidar que costume é direito, ou forma de expressão do direito. E o juiz — supõe-se — conhece o direito (*jura novit curia*), esperando-se que ele conheça o direito direito. Logo, pelos princípios, o costume nem precisaria ser alegado em juízo, para ser reconhecido e aplicado pelo magistrado. Por maior razão, não haveria necessidade de ser comprovado. Pelo mesmo motivo de que ninguém precisa apontar o artigo do Código que o beneficia, nem, muito menos, levar a juízo o exemplar do *Diário Oficial* que publicou a lei.

Embora seja o costume um testemunho e afirmação do direito, tão verdadeiro, hábil e pertinente como a lei, seu conhecimento, temos de convir, é menos franco e fácil. Em alguns casos, há dificuldade para sua constatação. VICENTE RÃO (17) resume: "É impossível exigir-se do juiz um conhecimento do direito costumeiro tão perfeito quanto o que ele deve ter da lei." Por esses motivos, quem alega a existência do costume demonstra prudência se se antecipa em prová-lo.

Mas isto não quer dizer que esta prova seja necessária, e exigível, sempre. Alguns autores até afirmam que sim, com base no art. 337 do CPC. Mas leram mal o dispositivo, pois a prova do teor e da vigência do costume, pela parte que o alegar, só é requisito imposto pela lei processual "se assim o determinar o juiz". E isto é razoável, pois o magistrado, num caso concreto, pode desconhecer o costume enunciado. Por outro lado, a norma consuetudinária pode ter existido, mas, assim como a vontade popular tem a força para criá-la, tem o poder de desconstituí-la. O *descostume* é a revogação do costume pelo próprio costume, e com este movimento espontâneo inverso, fica suprimida a norma jurídica que havia emanado do direito popular. Em passagem lapidar, MIGUEL REALE aponta: "As regras de direito costumeiro perdem a sua vigência pelo desuso, pois a sua vigência é mera decorrência da eficácia." Em seguida, REALE compara: "Na vida da norma legal, a vigência é *prius*; a eficácia é *posterius*. Em se tratando de regra costumeira, dá-se o contrário, pois a vigência deflui da eficácia" (18).

(16) PONTES DE MIRANDA, *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª ed., 1976, § 24, p. 264.

(17) RÃO, Vicente. *Ob. cit.*, n. 188, p. 226.

(18) REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 157.

Se o juiz conhece o costume alegado, não haverá de determinar a produção da prova do mesmo. Além de agredir ao bom senso, seria um atentado aos princípios da celeridade e economia do processo.

Como também achamos que, ainda que o costume não tenha sido alegado, pode e até deve o juiz aplicá-lo, como pode e deve aplicar a lei, mesmo que as partes não a tenham mencionado.

VI. *Espécies de costumes*

É tradicional tripartir-se os costumes, relacionados com a lei, em costumes *secundum legem*, costumes *praeter legem* e costumes *contra legem*.

Costumes *secundum legem* não são, como quer alguma doutrina, aqueles que estão contidos na lei. O que se externa em preceito legal, o que se exterioriza em norma escrita, pode ter sido costume, e não é mais, simplesmente porque é lei. Continuar chamando costume ao que já foi assimilado pelo poder estatal e transformado em lei é “dar um pulo para trás”, como diria PONTES DE MIRANDA, e estabelecer equívocidade que em nada beneficia a ciência. A se aceitar tal raciocínio, e levando-o às últimas conseqüências, todas as leis seriam costumes, na medida em que o legislador não inventa e nem cria o direito, mas assimila e revela aquilo que está no consenso do povo ou representa uma aspiração da comunidade. Se o costume está na lei, é lei. Embora não perca a sua qualidade de antecedente histórico, fator determinante, fonte estimuladora da norma legal. *Secundum legem*, assim, são os costumes reconhecidos pela lei, apontados e admitidos por ela, ou que representam a uniforme interpretação e aplicação da lei (costume interpretativo), como elemento complementar da mesma.

Costumes *praeter legem* (*praeter* aqui no sentido de “além de”) são os que funcionam como forma de expressão jurídica supletiva da lei, operando na falta ou omissão desta. É a categoria prevista no art. 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Subsidiários da *lex scripta*, tais costumes não apenas a repetem, complementam ou interpretam, mas têm uma função construtiva, regulando matérias que a lei não tratou, dilatando, dinamizando o conteúdo imediato da disposição literal e representando peça essencial da engrenagem que busca alcançar a integração do direito e a plenitude da ordem jurídica positiva.

Costumes *contra legem* são os que se formam em oposição à lei. Ou de forma positiva, num movimento e sentido contrários à lei, conflitando abertamente com ela, ou de forma negativa, ocasionando a habitual não aplicação da lei. A essas duas categorias chamou-se, respectivamente, *consuetudo obrigatória* e *desuetudo*. E saber-se se o costume tem o poder de revogar ou antiquar a lei é uma das mais árduas tarefas do Direito, *vexata quaestio* que os autores antigos e modernos têm enfrentado.

VII. Direito consuetudinário “contra legem”

Consuetudo abrogatoria é a que surge de atos positivos, uniformes, repetidos, contrários ao estatuído na lei. *Desuetudo* é a que se manifesta de atos negativos, de abstenções intencionais e sistemáticas, da inação e da inércia. Em suma, de um sentimento passivo, que simplesmente ocasiona o descumprimento, a desobediência ao comando legal. GÉNY⁽¹⁹⁾ identifica as duas espécies e a ambas nega eficácia *contra legem*. O conselheiro RIBAS⁽²⁰⁾, no precioso *Curso de Direito Civil Brasileiro*, mostra, também, a desnecessidade de distinguir a *desuetudo* (desuso) da *consuetudo abrogatoria* (costume revogador). Costume contrário e desuso, afinal, dizem a mesma coisa e levam à mesma antinomia entre o comportamento social e a lei, como desobedece ao pai não apenas o filho que pratica atos opostos aos que o genitor ordenou, como o que deixa de fazer o que o pai determinou.

A revogação ou a antiquação da lei, segundo difundida opinião, não podem ser alcançadas pelos costumes, nem pela jurisprudência. Em nosso País, a LICC, art. 2.º, dispõe que a lei terá vigor até que *outra* a modifique ou revogue. A Introdução anterior dizia o mesmo. Portanto, com base na própria lei de aplicação das normas jurídicas, revogar, alterar ou modificar a lei, extinguir sua validade, cassar-lhe a obrigatoriedade, só se pode fazer por outra lei. Não obstante, já foi observado que a própria disposição legal que exclui a força derogatória do costume pode muito bem cair... em desuso (!), o que nos faz lembrar frase do Professor SILVIO MEIRA, ao referir que usucapião, no Brasil, virou palavra masculina... por usucapião. PONTES DE MIRANDA observa que o Projeto de TEIXEIRA DE FREITAS (na verdade, o *Esboço*) não se ocupou do valor do costume, nem da revogação das leis; “era nele assaz grande a dose de espírito científico, para que entendesse determinar, arbitrariamente, *em lei*, o que independe das legislações e resulta de condições sociais, mecânicas, de elaboração coletiva, estranha ao querer individual e das assembléias”⁽²¹⁾.

A maioria dos autores modernos nega aos costumes eficácia revogatória da lei. A corrente minoritária, entretanto, possui figuras respeitáveis e expressivas. No Brasil, podemos apontar: PAULO DE LACERDA, CLÓVIS BEVILAQUA, CARLOS MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, SERPA LOPES, HAROLDO VALLADÃO, MIGUEL REALE.

A realidade, positiva e indubidosa, é que, apesar de todas as elucubrações científicas e doutrinárias, de todas as afirmações peremptórias, o costume, em muitos casos, opõe-se eficazmente à lei, num fenômeno que os sociólogos do direito já chamaram de “revolta dos fatos contra os códigos”.

(19) GÉNY, François. *Ob. cit.*, p. 406.

(20) RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil*, 1865, p. 138.

(21) PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., 1981, ns. 54 e 55, p. 109.

Há, ninguém será estulto ao extremo de pôr isso em dúvida, leis que “não pegaram”, normas legais que representam “letra morta” e até “letra feia”, preceitos legislativos que só funcionam “no papel”. São leis que surgiram natimortas, ou ficaram precocemente senis e caducas, ou as que o tempo tornou inoperantes. O tempo é implacável e acaba com tudo: com o amor, com o ódio e também com as leis. Certos comandos legais são contornados, negligenciados, desatendidos e até abertamente violados, sem que o Estado imponha qualquer sanção.

Como poderá um juiz, sem causar repulsa e horror, ordenar a aplicação de uma lei que ficou francamente ultrapassada e com a qual conflitam, aberta e flagrantemente, as mais arraigadas e eloqüentes práticas sociais? Como esperar que o magistrado mande obedecer à norma escrita que se opõe a um imemorial costume jurídico? Como poderá ele impor vassalagem a uma disposição que caiu em desuso, que caducou, que é injusta, e que ele próprio, como cidadão comum, não cumpre? O direito é uma realidade viva, em processo de constante adaptação, em permanente mutação. Não é um dado amorfo e inerte, como as peças históricas dos museus tradicionais. Mas representa um fenômeno ativo, vibrante, dinâmico, um movimento ininterrupto, ora evoluindo, ora involuindo, sempre se amoldando às exigências sociais. Deve-se, em nome da técnica e de um culto exagerado à lei, mantê-lo trancafiado nas palavras que o legislador exprimiu, ainda que isto redunde em *jus iniquum*? Ou será melhor que, através do costume, ele realize sua função adaptativa, libertando-se das amarras e seguindo os novos rumos que se oferecem e outros caminhos?

MIGUEL REALE, em várias passagens de suas *Lições Preliminares de Direito*, admite, sem meias palavras, o costume jurídico *contra legem* e propõe ser possível a revogação das normas legais pelo desuso, concluindo o mestre paulista: “É preciso reconhecer que se não pode admitir a eficácia de uma norma legal que, durante largo tempo, não teve qualquer aplicação, tão profundo era o seu divórcio com a experiência social” (22). Não é outro o magistério do saudoso SERPA LOPES: “Uma lei pode impor tudo, menos a sua própria irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, entretanto, é mais forte do que os preceitos; e a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que excepcionalmente pode se converter num mero artifício, *respeitada a semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter uma tradição, e não escutando um apelo de sua própria consciência*” (23) (grifos nossos).

(22) REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 121.

(23) LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, 2ª ed., 1959, v. I, n. 39, p. 72.

Uma lei pode ter vigência, entendendo-se aqui o termo como validade formal ou técnico-jurídica, e não ter eficácia (validade social), por falta de cumprimento efetivo do preceito pela comunidade. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, neste passo fortemente influenciado por HANS KELSEN, alude que a eficácia da lei depende do fato de ser acatada: “pode a lei desaparecer quando o ordenamento jurídico deixa ostensivamente de ser respeitado. Para que a ordem jurídica legislativa seja *eficaz*, não basta que seja *válida* ou *vigente*: é necessário um mínimo de observância (*circunstância de fato*)” (24).

Em síntese: se atentarmos para a distinção entre vigência e eficácia da lei, veremos ser possível existir no sistema norma vigente que não é, todavia, eficaz, porque não é seguida e nem obedecida pelo corpo social. Ainda que o desuso, falando pela via ordinária, não possa tirar a validade da norma legal, pode privá-la de eficácia.

Um dos paladinos, no Brasil, da tese em favor da força revogatória dos costumes foi o grande Professor HAROLDO VALLADÃO. Em seu Anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, que ele chamou corretamente “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas” (dezembro de 1963), consignou, no art. 4.º: “A lei se revoga, no todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência assente.” Tal solução, para o mestre, permitiria “participação direta do povo no processo jurídico” (25). E a confirmação jurisprudencial — que deita raízes nas proposições de LAMBERT — seria um elemento de fixação e segurança, que afastaria abusos e perplexidades.

No seu afamado “Curso”, o comercialista paranaense RUBENS REQUIÃO assevera que os usos não podem se opor à norma legal, não podem ser *contra legem*, mas o autor pondera que a assertiva deve ser tomada em termos, pois na lei comercial há que distinguir as normas de ordem pública das normas simplesmente supletivas da vontade das partes, afirmando: “É óbvio que, não sendo a regra legal imperativa, de ordem pública, pode ser substituída por um uso a que as partes dêem intencionalmente preferência. Verificando que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo, sobrepondo-o à norma legal não-imperativa” (26). Parece-nos, *data maxima venia*, que o eminente professor ladeia a questão. A hipótese que ele aventava não é a de revogação da lei pelo costume, mas a da existência de uma lei supletiva ou permissiva, que, por definição, não se impõe compulsoriamente, facultando-se às pessoas, como corolário da autonomia da vontade, segui-la ou não (27). Como sabemos, leis

(24) BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Ob. cit.*, p. 326.

(25) VALLADÃO, Haroldo. *Material de Classe de Direito Internacional Privado*, 13ª ed., 1984, p. 151.

(26) REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 18ª ed., 1988, v. 1, n. 17, p. 28.

(27) VINAGRE, Marta. *A Outra Face do Contrato*, Belém, 1988, cap. III.

proibitivas ou imperativas são as que se impõem coativamente a todos os indivíduos, traduzindo regras e preceitos inderrogáveis pela vontade privada (*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*). De outro lado, as leis supletivas não se integram no *jus cogens*: expressam regras que o jurisdicionado — como emanção de sua liberdade individual — seguirá ou não. Destinam-se, muitas delas, a vigorar supletivamente, como subsidiárias da vontade manifestada pelos interessados, conforme os propósitos e as conveniências dos mesmos. Em direito civil, localizam-se principalmente no campo contratual, sede por excelência do *jus permissivum*, e não é raro ver-se as partes estatuir um preceito, impor uma conduta, estabelecer uma solução que contraria a prevista na norma legal. E isto é possível e legítimo, dada a natureza desse tipo de preceito legal, sem que tal atitude importe, absolutamente, em revogação do mesmo.

CLOVIS BEVILAQUA ofereceu parecer sobre a matéria, e observa que no estado atual de nossa cultura, com o funcionamento regular dos poderes políticos, dados o contato direto entre o povo e os seus representantes, e a influência sobre estes da opinião pública, não se faz necessário dar ao costume a ação revogatória da lei escrita, argumentando o ilustre autor do Projeto do Código Civil que seria inconveniente que se lha desse, “porque desapareceriam, do aparelho jurídico, a supremacia da lei e a certeza das prescrições legais”. Todavia, o excelso civilista concede temperamentos: “se o legislador for imprevidente em desenvolver a legislação nacional de harmonia com as transformações econômicas, intelectuais e morais operadas no país, casos excepcionais haverá em que, apesar da declaração peremptória da ineficácia ab-rogatória do costume, este prevaleça *contra legem*” (28). PONTES DE MIRANDA, de forma mais enfática, assegura que o texto legal pode sofrer derrogação pelo costume, quando a regra jurídica já não corresponde à convicção da sociedade ou à sua função adaptativa, como acontece a uma porção de posturas municipais inaplicáveis, de que se esqueceram os artigos derogatórios das leis novas, lecionando o ilustre autor: “ainda quando um Código diz que a lei só se derroga por outra, o que ocorre é a confusão do legislador: pretendeu legislar sobre direito intertemporal, ou sobre fontes e interpretação das leis (dois ramos de sobredireito) e invadiu a mecânica social; como se uma repartição, encarregada de punir os atentados às árvores, decretasse que “não fossem mais suscetíveis de ser cortadas”, atribuindo-lhes, assim, a dureza do aço. Algo parecido com aquela Constituição espanhola em que se postulava que “todos os espanhóis serão bons” (29).

Essa investigação, sobre o poder derogatório do costume, não é um problema novo. JULIANUS (*Digesto*, I, III, frag. 32, p. 1.º) dava a mesma posição hierárquica à lei e aos costumes, desde que estes se harmonizassem com a razão, e admitia francamente que eles podiam ab-rogar a lei. CONS-

(28) BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., 1972, p. 32.

(29) PONTES DE MIRANDA, *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª ed., 1976, § 24, p. 280.

TANTINUS (*Codex*, VIII, LIII), ao contrário, vedava aos costumes prevalência sobre a lei. Nesse conflito milenar, que posição tomamos? Conscientes de que estamos nos filiando à corrente hoje amplamente minoritária, ficamos com aqueles que acham poder a eficácia da lei ser afastada pelo costume. Até pelos exemplos, que forneceremos a seguir, demonstra-se, à saciedade, que as realidades sociais e exigências da vida colocam por terra e infirmam os rigores da técnica e os excessos da dogmática (cf. MARIA HELENA DINIZ, *Conceito de Norma*, p. 30).

Aponte-se, porém, que nem sempre o desuso é prova cabal de repulsa generalizada ao preceito legal. Nem sempre exprimirá a convicção popular no sentido indubitável da revogação da lei. A falta de publicidade do preceito, a inércia, a debilidade, a negligência do Poder Público, podem determinar a ocorrência. Assim, o não-uso da lei, desvestido da intenção de antiquá-la, pode ter outras razões e motivações que não propriamente o intuito social e a deliberação coletiva de desprezar e infirmar a norma legal. Quem ousaria afirmar que está revogado pela *desuetudo* todo o capítulo do Código Civil brasileiro que regula o regime dotal (arts. 278 a 311), apenas porque não se constata a utilização de tal regime de bens nos casamentos celebrados neste país?

Registre-se, por fim, que o costume, mesmo sem chegar a revogar a lei (e nem podendo fazê-lo, como querem muitos juristas), pode impor à norma legal uma nova concepção, um outro alcance, dar um diverso entendimento ao seu conteúdo, mudando seu rumo e objetivo, rejuvenescendo o preceito que ela encerra, adaptando a regra a outras e emergentes exigências sociais, estabelecendo interpretação construtiva, amoldando a norma escrita à maneira como vem sendo compreendida na coletividade. CALLISTRATUS, no *Digesto* (I, III, frag. 37), alertava: *optima enim est legum interpres consuetudo* = é o costume o melhor intérprete das leis. Tem o costume, portanto, um papel *educativo*, reformador, criador, diríamos que até revolucionário, quando exsurge para superar alguma injustiça da lei, levando, inclusive, o legislador a mudá-la, e a observação é de LIMONGI FRANÇA⁽³⁰⁾.

VIII. *Costumes jurídicos — exemplos:*

1. é arraigada praxe notarial colocar a impressão digital do analfabeto na margem dos livros de procuração e escrituras, e isto não decorre de nenhuma exigência legal; 2. não há norma que exija a forma pública para a emancipação do filho menor, por outorga dos pais, e de tal maneira é difundida a crença da exigibilidade de forma especial para esse ato jurídico que os oficiais de registro civil negam-se a registrar instrumentos particulares de emancipação. Os autores do Projeto de Código Civil, a par deste arraigado costume, e pretendendo torná-lo norma legal, estabeleceram que a emancipação por concessão paterna tem de ser feita por instrumento

(30) FRANÇA, R. Limongi. *Manual de Direito Civil*, 2ª ed., 1971, v. 1, p. 35.

público (art. 5.º, parágrafo único, a); 3. o cheque visado não era previsto em lei, e não havia quem negasse a sua condição de figura jurídica, largamente utilizada na prática dos negócios, acatada, respeitada, juridicizada; 4. a fila indiana, nos cinemas, estádios, bancos, postos do Inamps, não há lei que ordene, e nem há cidadão que impunemente “fure”; 5. a generalizada exigência do reconhecimento de firmas em papéis e documentos — especialmente de obrigações —, embora várias normas escritas, visando à desburocratização, tenham feito dispensa expressa da formalidade. Ninguém se considera “dono” do automóvel que adquiriu antes de reconhecer a assinatura do vendedor. E, sem essa providência — apesar daquelas normas! —, as repartições públicas não promovem a transferência do veículo para o nome do adquirente; 6. o estacionamento de carros, em fila indiana, e em diagonal, conforme uma artéria ou outra, sem que isto tenha sido estabelecido em qualquer regra escrita, e não há quem ouse desobedecer; 7. a abolição, na prática, da pública forma de documentos, ante a aceitação generalizada da xerox autenticada; e a própria utilização do termo “xerox”, que é marca de fábrica, já evidencia o costume; 8. a gorjeta deriva do costume; a gratificação tem origem consuetudinária; 9. o CPC não se refere a inventário negativo. Ele surgiu de uma necessidade social, consagrando-se através do costume, ratificado e reconhecido pela jurisprudência. Talvez a causa principal do surgimento dessa figura jurídica seja o interesse de se casar o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, e que não pode contrair novas núpcias enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (C.C., art. 183, XIII). Há casos em que o *de cujus* não deixou bens e, para evitar as cominações dos arts. 225 e 226 do Código Civil, o cônjuge supérstite providencia o inventário negativo para demonstrar essa circunstância. Aliás, a locução “inventário negativo” implica uma *contradictio in adjecto*, pois inventariar é enumerar, apontar, relacionar, descrever bens. Inventário negativo é inventário nenhum; inventário onde não há... inventário; 10. as cláusulas F.O.B. (*free on board*), F.A.S. (*free alongside*) e C.I.F. (*cost, insurance and freight*) são expressivos exemplos de costumes no direito comercial, com o detalhe de que a sigla CIF, de tão propalada e difundida, virou gíria: “tudo CIF, hoje, no baile?”

Vejamos, agora, casos de costumes que contrariam as leis, que se opõem às normas escritas, veros exemplos de costumes *contra legem*, no Brasil: 1. o laudêmio, embora a lei estabeleça que deva ser pago pelo transmitente, é, na prática dos negócios, pago pelo comprador do imóvel enfiteútico; 2. para outorgar mandato, o menor, relativamente incapaz, precisa ser assistido pelo representante legal. E, quando se trata de pro-curaçao para promover a matrícula do outorgante numa escola, não há quem exija esta formalidade, mesmo que a matrícula esteja sendo feita em curso jurídico, e o encarregado de fazê-la seja um catedrático de direito civil 3. quase ninguém usa cinto de segurança ao dirigir veículos, embora isso seja uma exigência regulamentar. Ninguém é incomodado, ou multado, por cometer a infringência. O guarda de trânsito passaria um vexame se o

tentasse; 4. apesar da norma proibitiva, ninguém deixa de fumar (se for fumante, é claro) em veículos, lojas e ambientes fechados. Até nos plenários das Câmaras, onde as leis foram discutidas e aprovadas, os parlamentares pagam tributo ao vício. Mas, curioso, ninguém fuma nos cinemas, e aqui o costume não colide com a norma escrita; 5. em nossas Casas Legislativas há a figura do líder do Governo, o deputado ou senador escolhido para ser o defensor do Executivo e porta-voz deste no Parlamento. Ora, pelos princípios, o Legislativo exerce uma função fiscalizadora do Executivo, além de outras. A própria Constituição Federal, art. 6.º, parágrafo único, *in fine*, estabelece que quem for investido na função de um dos Poderes não pode exercer a de outro. Parlamentar ser líder do Governo, defensor e porta-voz do Executivo, é uma simbiose que busca razões nos costumes, mas contraria as bases do direito constitucional; 6. o casamento de menores que ainda não alcançaram a idade núbil só pode ser autorizado para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (C.C., art. 214). É a *única* exceção legal. Todavia, mormente nas comarcas interioranas, nas comunidades rurais, permite-se e dá-se autorização para o casamento de pessoas que ainda não atingiram a idade legal, especialmente se se trata de menor (de 15, 14 e até de 13 anos) que se acha grávida, mesmo que não se esteja cogitando de ilícito criminal, ou querendo obviar a imposição ou o cumprimento de pena; 7. nos mercados, feiras, exposições e leilões de gado, por todo o Brasil, os negócios — por maior vulto que apresentem — concluem-se verbalmente, na base da confiança. Nesse meio, é raro o inadimplemento, mas, quando ocorre, os juizes reconhecem o costume e acatam a prova exclusivamente testemunhal. Por força da lei (C.C., art. 141), ela não poderia ser admitida; 8. o seguro de vida era expressamente proibido pelo Código Comercial (art. 686, II), e, não obstante, largamente utilizado em nosso País, mesmo antes de lei especial e do Código Civil, que o regularam.

Uma das marcas da genialidade de RUDOLF VON JHERING está na permanente utilização de exemplos: os mais simples, sutis e até pitorescos, com vistas a facilitar a compreensão de suas idéias e tornar mais acessíveis as suas venerandas lições. Mais pelos exemplos do que propriamente pelo texto é que melhor se assimila e compreende a teoria objetiva da posse. Em nada isso diminuiu a importância da obra do imortal professor de Göttingen, muito pelo contrário. É escassa, em nossa literatura jurídica, a exemplificação. Sobre os costumes, então, a pobreza é patente. Dedicamos este capítulo, justo o derradeiro deste desprezioso trabalho, não com a veleidade de pretender suprir uma lacuna, ou consertar uma deficiência, mas com o intuito de, com dados práticos e fatos do cotidiano, corroborar algumas de nossas conclusões, e, acima disso, com o singular e sincero objetivo de, sobre um tema tão complexo e controvertido, facilitar a aprendizagem dos jovens estudantes de direito, que eventualmente venham a ler este texto, que oferecemos, com muito carinho, aos nossos colegas do curso de pós-graduação em Direito Civil, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Os direitos individuais

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Professor do Curso de Formação de Oficiais de Minas Gerais. Mestrando de Direito Constitucional da UFMG. Advogado em Belo Horizonte

SUMÁRIO

1. *Introdução (os direitos fundamentais)*. 2. *As origens dos direitos individuais*. 3. *A teoria dos direitos individuais (conceito, objeto e classificação)*. 4. *A dicotomia direitos individuais/direitos sociais*. 5. *Direitos individuais e direitos políticos*. 6. *O valor jurídico das declarações de direitos*. 7. *Os diversos direitos individuais*. 8. *As garantias dos direitos individuais*. 9. *Conclusão*.

1. *Introdução (os direitos fundamentais)*

Na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, lê-se que “o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos” e que o “fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis”, resumindo-se na “liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão” (1).

Estes direitos na perspectiva filosófica ou jusnaturalista podem ser considerados como direitos de todos os homens em todos os tempos e em todos os lugares (2).

A história dos direitos fundamentais coincide com a história do constitucionalismo, e como nos ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO no seu *Curso de Direito Constitucional*, “desde a Revolução de 1789,

(1) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina, 1983, p. 14.

(2) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 11.

o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou a proteção dos direitos individuais à própria existência da Constituição” (3).

DESCARTES é o ponto de partida para o iluminismo, corrente filosófica e cultural que vai tomar conta da Europa Ocidental. O iluminismo é fundado no racionalismo. Todas as coisas poderiam e deveriam ser explicadas através da razão. O poder estatal, exercido pelos reis e explicado pela vontade divina, passa a ser compreendido como força da vontade popular. O direito natural é completamente revisto. Na Idade Média este direito natural era visto como vinculado à vontade de Deus. A partir da Escola do Direito Natural de GROTIUS (1625) não é mais entendido desta forma (4). Os direitos naturais são produtos da razão.

“A idéia de garantir os direitos fundamentais a cada indivíduo é uma conquista teórica dos pensadores franceses” (5).

Estas mesmas idéias serviram de fundamento para a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América e foram, posteriormente, materializadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, França).

KANT, filósofo que ultrapassou o iluminismo, foi deste o melhor intérprete de seu espírito quando diz: “O que são as luzes? A saída do homem de sua minoridade pela qual ele próprio é responsável. Minoridade, isto é, incapacidade de se servir de seu entendimento sem a direção de outrem, minoridade pela qual ele é responsável, uma vez que a causa reside não em um defeito do entendimento, mas numa falta de decisão e coragem em se servir dele sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servir de teu próprio entendimento. Eis a divisa das luzes” (6).

Entretanto, o que são hoje estes direitos fundamentais? Quais são estes direitos fundamentais? Os direitos fundamentais são aqueles direitos que garantem ao cidadão uma vida digna, na qual possa se realizar completamente como ser humano. Os direitos fundamentais são direitos que servem de fundamento para todos os outros direitos, e são universais, devendo ser garantidos a todos os seres humanos. Devem, portanto, estes direitos estar assegurados pela lei fundamental de um Estado, a Constituição, que é a lei matriz de todas as demais, sendo que os outros direitos não fundamentais devem estar totalmente em consonância com aqueles, que são hoje conquistas universais das civilizações.

(3) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 81.

(4) SALGADO, Joaquim Carlos. “Os direitos Fundamentais e a Constituinte” in *Constituinte e Constituição*, Belo Horizonte, Conselho Extensão, UFMG, 1986.

(5) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 13.

(6) SALINAS FORTES, Lulz Roberto. *O Iluminismo e os Reis Filósofos*. São Paulo, Brasiliense, 1981.

O Professor JOAQUIM CARLOS SALGADO divide os direitos fundamentais em quatro grupos “não estanques, mas que se formam num todo orgânico em que a dispensa de um desestrutura a totalidade”: (7) *a*) os direitos individuais fundamentais, que têm o seu ponto de convergência na liberdade; *b*) os direitos sociais, que são os direitos do indivíduo na sociedade, como o direito à educação, à saúde e ao trabalho; *c*) os direitos humanos, que devem aí ser entendidos como a síntese dos direitos sociais e individuais, ou seja, estes dois direitos integrados dialeticamente como universais e ao mesmo tempo singulares; e *d*) os direitos políticos, que são aqueles direitos que asseguram a realização dos direitos fundamentais através da participação efetiva do povo no poder do Estado (8).

No conceito liberal clássico dos direitos fundamentais, somente os direitos individuais são considerados fundamentais, significando, neste ponto, uma limitação do poder do Estado, que não pode agir contra as liberdades fundamentais do ser humano.

“É a iniciativa de cada cidadão que torna efetivo e garante o conteúdo dos direitos. O Estado não pode reclamar para si (nem ao Estado deve exigir-se) a intervenção, no cumprimento de alegadas tarefas constitucionais (medidas legislativas, subsídios etc.) implícitas nos preceitos relativos aos direitos fundamentais. É também um corolário da idéia de “laissez-faire”, de omissão como regra de comportamento estatal” (9).

Entretanto, esta “neutralidade do Poder Público em face dos problemas sociais e econômicos conduzirá os povos livres às garras de um capitalismo absorvente, desumano e escravizador (. . .). A Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891), retrata com impressionante exatidão os desajustamentos e as misérias sociais que a Revolução Industrial suscitou e o liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis” (10).

Portanto, como as Constituições revolucionárias do século XVIII e as suas declarações de direitos pregaram direitos fundamentais do indivíduo anunciando assim a nova ordem liberal, surgem no século XX as declarações dos direitos e deveres sociais — Da Ordem Econômica e Social — inseridas nos textos das Constituições modernas. As Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 anunciam o surgimento do Estado social e das Constituições sociais que garantem, agora, não somente os direitos individuais, mas também os direitos sociais do ser humano.

Podemos visualizar, então, três grupos de direitos que compõem os direitos fundamentais do ser humano: *a*) os direitos individuais, que limitam a atividade do Estado, impedindo que este aja contra as liberdades funda-

(7) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 11.

(8) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 11.

(9) VIEIRA ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 57.

(10) MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*, 15ª ed. rev., São Paulo, Sugestões Literárias, 1983.

mentais do ser humano; b) os direitos sociais, que, ao contrário, pedem uma atividade estatal no sentido de oferecer ao ser humano certas condições básicas para uma vida digna e para a sua realização como homem, ou seja, direito ao trabalho, saúde e educação; e c) os direitos humanos, que, no ensinamento do Prof. JOAQUIM CARLOS SALGADO, são a síntese dos direitos sociais e individuais fundamentais. Estes direitos se integram dialeticamente, no momento em que vinculado ao direito à vida está o direito à saúde, podendo o ser humano usufruir dos recursos técnicos e científicos alcançados, através de uma ação direta do Estado; vincula-se ainda a vida ao trabalho e o trabalho à liberdade, pois é através do trabalho que o homem se faz livre; como trabalhador, tem o homem direito de participar igualmente do fruto do seu trabalho e de desenvolver sua capacidade produtora através da educação, a formação para o trabalho e a liberdade (11).

Resta ainda um último grupo de direitos, para formar o todo orgânico dos direitos fundamentais: os direitos políticos.

Os direitos políticos são a capacidade de cada cidadão participar do poder do Estado, e será, pois, através destes direitos políticos, no exercício da democracia política, que poderemos realizar, assegurar, defender os direitos humanos.

Como nos ensina ROSAH RUSSOMANO no seu *Curso de Direito Constitucional*, os direitos políticos, “em sua acepção restrita, encarnam o poder de que dispõem os indivíduos para interferir na estrutura governamental, através do voto”.

Quanto às formas de exercício deste poder, “pode o cidadão usá-lo diretamente, por exemplo, votando uma lei ou uma Constituição (como ocorreu em 1963 para aprovar o retorno do presidencialismo), ou por representação, ou seja, escolhendo representantes para exercerem, em seu nome, o poder do Estado. Por representação, os direitos políticos se dividem em direito de votar e escolher o representante, e de ser votado como representante” (12). Conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos universalmente reconhecidos como de primordial importância para o ser humano. Neste sentido temos os direitos humanos como sendo aqueles direitos sociais e individuais, prerrogativas dos seres humanos, necessárias para uma vida digna. Entretanto estes direitos só estão resguardados de arbitrariedades, quando também são assegurados os direitos políticos, instrumento democrático para a preservação destes valores. É neste sentido que os direitos políticos são hoje considerados como direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados e universalmente reconhecidos.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE nos mostra que os direitos fundamentais podem ser considerados por diferentes perspectivas. Numa

(11) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 31.

(12) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 35.

perspectiva filosófica, estes direitos podem ser vistos como direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, e é justamente nesta perspectiva que surgem os direitos fundamentais. Antes de se positivarem no ordenamento jurídico, ou de serem efetivados nas sociedades modernas, foram estes direitos uma idéia no pensamento dos homens⁽¹³⁾.

Na perspectiva universalista ou internacionalista, será após a 2.ª Guerra Mundial que se sentirá a necessidade de criar mecanismos jurídicos que protejam os direitos fundamentais do homem nos diversos Estados. Já não se pode mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não intervenção. O Estado está definitivamente consagrado como administrador da sociedade e convém, então, aproveitar naquele momento os laços internacionais criados no pós-guerra para que se estabeleça um núcleo fundamental de direitos internacionais do homem⁽¹⁴⁾.

É neste sentido que surgirá a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, entre outras declarações, convenções e pactos, sendo que, entre as organizações privadas, são de maior destaque a Anistia Internacional e a Comissão Internacional dos Juristas.

Hoje já existe o entendimento de que o gozo de certos direitos fundamentais pelos cidadãos de todos os Estados é uma questão de direito internacional, indo-se contra o princípio de não ingerência, "que limitava o direito internacional às relações entre Estados" (...). "Porém não é pacífico que o princípio do respeito pelos direitos humanos já se tenha imposto na comunidade internacional como princípio independente da vontade dos Estados"⁽¹⁵⁾.

Muitas vezes, este entendimento, que vai de encontro à não ingerência nos assuntos internos de um país, serve de pretexto para a intervenção nos destinos políticos de determinados países, que no momento possam parecer política ou economicamente indesejáveis.

Deve-se evitar este grave equívoco, pois, reconhecendo-se a necessidade de que estes direitos fundamentais do ser humano se imponham na comunidade internacional, como "princípio jurídico independente da vontade dos Estados", deve-se também ressaltar que, além dos direitos de liberdade, dos direitos sociais, dirigidos "não a um homem abstrato, natural, fora da história, mas a um homem concreto, situado, portador de interesses"⁽¹⁶⁾, existem os direitos de grupos e de povos, e entre eles,

(13) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, pp. 11 a 15.

(14) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, pp. 16 a 18.

(15) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 18.

(16) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, pp. 25 a 30.

além dos direitos à paz, à segurança, ao desenvolvimento, se encontra o importante direito à autodeterminação.

Finalmente, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE coloca como terceira perspectiva, pela qual se pode considerar os direitos fundamentais, a perspectiva estatal, ou constitucional, que significa o estudo destes direitos fundamentais, presentes nas Constituições de várias épocas, em vários países, desde a sua origem, até as modernas Constituições.

O tema direitos fundamentais pode parecer, à primeira vista, complexo. São vários os entendimentos a respeito. Como já vimos anteriormente, existe uma concepção liberal clássica que entende serem fundamentais somente os direitos individuais. A História provou ser inviável tal conceito, o mundo e a sociedade evoluíram e surgiu a concepção de direitos sociais. A sociedade cobrava, então, uma ação do Estado que proporcionasse aos seres humanos uma vida digna. O Estado deve oferecer os recursos disponíveis a todos os seres humanos, proporcionando educação, saúde e trabalho.

Vimos, também, que os direitos políticos tornam-se fundamentais, à medida que são, estes, instrumentos capazes de salvaguardar os direitos humanos, que, por sua vez, são síntese dos direitos sociais e individuais, vislumbrando-se, assim, quatro grupos de direitos que formam os direitos fundamentais.

No entanto estes direitos fundamentais poderão ser encontrados muitas vezes como sinônimos dos direitos humanos, como, por exemplo, no livro de JOSÉ CASTAN TABEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, quando este afirma que "os expositores do direito público, diretamente interessados pelos direitos do homem, preferem catalogar os mesmos, utilizando o critério das garantias jurídico-políticas que protegem estes direitos fundamentais. Assim o professor SANCHEZ AGESTA, atendendo a natureza do bem protegido pelos direitos humanos e a natureza diversa de sua realização e garantia jurídica, classifica os direitos proclamados nos textos constitucionais em quatro grupos principais:

- a) direitos civis (intimidade, segurança pessoal e econômica, e liberdade econômica);
- b) direitos públicos (liberdade de reunião, expressão, informação e de constituir associação política ou cultural);
- c) direitos políticos;
- d) direitos sociais" (17).

Vamos nos ocupar, neste presente estudo, dos direitos individuais fundamentais, localizando-os como um grupo de direitos fundamentais, que estão a resguardar as liberdades de cada um da ingerência indevida do Estado.

(17) CASTAN TABEÑAS, José. *Los Derechos del Hombre*, 2ª edição, Madrid, REUS. S. A., 1972, p. 30.

2. As origens dos direitos individuais

O mundo antigo admitia o poder ilimitado do Estado. Não existia um direito próprio do indivíduo que este pudesse opor ao Estado⁽¹⁸⁾.

Entretanto, será desde os tempos muito antigos que os filósofos e pensadores políticos “vão sustentar a crença de que deve haver um direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser individual ou coletivo. Estavam convencidos de que existia um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem”⁽¹⁹⁾. Quanto ao conteúdo destes direitos, eles serão vários no decorrer da história, entretanto, a convicção da existência de normas fundadas na natureza humana, de caráter obrigatório para todos os homens em todos os tempos, mostrou ter muita vitalidade no decorrer dos séculos⁽²⁰⁾.

Os primeiros a discutir o problema do direito natural foram os gregos. Alguns filósofos gregos adotaram a opinião de que existiam princípios eternos e imutáveis de justiça⁽²¹⁾. Entretanto os gregos não desfrutavam destes direitos naturais, uma vez que o Estado grego, a “Polis”, fazia do cidadão um instrumento, cuidando da vida econômica, social, cultural e religiosa do indivíduo⁽²²⁾.

É na Roma antiga que vamos encontrar a mais antiga das ciências do direito: a jurisprudência.

Para os juristas romanos desta escola, o justo e o injusto é o tema sobre o qual eles devem se deter. “Não eram assim os romanos tão voltados, como se supõe, para a *ratio scripta*, a lei. Os princípios constituíam o melhor de sua preocupação. A regra e a lei deveriam realizar o justo. Direito, para eles, era igual ao *o que é justo*”⁽²³⁾.

Entretanto, da mesma forma que na Grécia antiga, os cidadãos romanos não possuíam direitos individuais. Eram reconhecidos na teoria, mas não na prática.

Será a partir do Cristianismo que estes direitos naturais irão prosperar e se tornar universais. Entretanto, no período da Idade Média, a ciência

(18) A. ESMELIN. “*Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé.*” 6ª edição, Paris, Recueil Sirey, 1974, p. 538.

(19) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 127.

(20) BODENHEIMER, Edgar. *Ob. cit.* p. 127.

(21) BODENHEIMER, Edgar. *Ob. cit.*, p. 128.

(22) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 525, 526.

(23) MATA-MACHADO, Edgar de Godol. *Elementos de Teoria Geral do Direito — Introdução ao Direito*. Belo Horizonte, Editora da UFMG/PROED, 3ª edição, 1986, pp. 46, 47.

do direito da época, chamada Enciclopédia Jurídica, não vai tratar de procurar, “nas normas de conduta, o reflexo da idéia de justiça, a realização do valor da justiça. Não é o direito justo a preocupação do enciclopedista, mas o direito vigente, histórico, mais restritamente, o direito romano” (24).

Será nos séculos XVII e XVIII que renascerá a “preocupação com o valor intrínseco do direito, e a pesquisa se orienta no sentido da fundamentação das regras de conduta” (25).

Os juristas que constituíram a Escola de Direito Natural e das Gentes (séculos XVII e XVIII) passaram a dar um fundamento “racional e científico” ao direito natural. Será nesta época que florescerá o pensamento iluminista que vai culminar com as Revoluções Norte-Americana (1776) e Francesa (1789).

Porém, a primeira declaração de direitos fundamentais na história européia será aquela que se estratificou na Magna Carta de 1215, sendo seguida do “Ato de *Habeas Corpus*” de 1679 e pelo “Bill of Rights” de 1688. Todos, textos ingleses. Encontraremos novamente estas declarações de direitos na independência das colônias norte-americanas. A primeira declaração será a do Estado de Virgínia em 1776. Este modelo de declaração de direitos será novamente transportado para a Europa, onde vai se celebrar com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, proclamada com a Revolução Francesa, sendo, a partir daí, incorporada ao regime constitucional contemporâneo (26).

Todo este processo histórico de afirmação dos direitos individuais fundamentais foi muito bem sintetizado pelo professor RAUL MACHADO HORTA (27), quando nos ensina que a “recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma Imperial e republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes de pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos as fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirmam a precedência dos direitos individuais, inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem (28).

(24) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Ob. cit.*, p. 51.

(25) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Ob. cit.*, p. 58.

(26) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 8.

(27) MACHADO HORTA, Raul. “Constituição e direitos individuais”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 20, n. 79, jul./set. 1983, pp. 147, 148.

(28) MACHADO HORTA, Raul. *Ob. cit.*, pp. 147, 148.

3. A teoria dos direitos individuais (conceito, objeto e classificação)

A liberdade individual é o ponto de convergência deste grupo de direitos. LUIS RECASÈNS SICHES nos ensina que “os chamados tradicionalmente direitos individuais são, em essência (ainda que não de modo exclusivo), direitos de liberdade, de estar livre de agressões, restrições e ingerências indevidas por parte de outras pessoas, mas de modo especial por parte das autoridades públicas. “Os direitos individuais vão significar um não fazer dos outros indivíduos, mas principalmente por parte do Estado” (29). Significa que, diante dos direitos individuais, deve o Estado ter uma atitude de respeito; o Estado não pode violar, desrespeitar estes direitos.

DUGUIT, ao escrever sobre o Estado de direito, nos mostra que, para compreensão deste, é necessário se ter como pressuposto fundamental que o Estado é subordinado a uma regra de direito superior e anterior a ele mesmo, e a qual ele não pode violar.

Todas as manifestações do Estado estão limitadas por um direito superior, que proíbe aquele de agir contra determinados direitos individuais (30). DUGUIT afasta da discussão a importância da fundamentação dada a este direito superior. A limitação do Estado pelo direito deve ser aceita, qualquer que seja o fundamento. Seja “a doutrina individualista que crê na existência de direitos naturais, individuais, inalienáveis e imprescritíveis, anteriores ao Estado e vindo limitar sua ação” (31); seja a doutrina solidarista que afirma existir uma regra de direito que é imposta a todos e que pertence a um princípio superior inato na consciência humana; ou seja um fundamento puramente positivista. O importante é compreender que existe uma regra de direito superior ao poder público, que limita e impõe deveres ao Estado (32).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO nos coloca que as Declarações de Direito dos séculos XVIII e XIX teriam como objetivo principal “armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência — liberdades-limites —, seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste — liberdades-oposição” (33).

Parece-nos, porém, que não devemos considerar o Estado o inimigo da liberdade, como este era considerado pelas declarações dos séculos

(29) RECASÈNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. 4ª edição, México, Editorial Porrúa, 1970, pp. 600-601.

(30) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie. Editeurs E. de Boccard, Successeur, 1930.

(31) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, vol. III, p. 590.

(32) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, vol. III, p. 590.

(33) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 81.

XVIII e XIX⁽³⁴⁾. Podemos, sim, estabelecer um paralelo entre direitos individuais e democracia, e afirmar que estes direitos e garantias são, além de defesas das liberdades individuais, defesas do Estado democrático.

LOEWENSTEIN afirma que “a proteção dos direitos e liberdades fundamentais é o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional”⁽³⁵⁾.

WILSON ACCIOLI, em seu livro *Instituições de Direito Constitucional*, seleciona duas importantes citações que nos ajudam a melhor conceituar os direitos individuais. Cita, primeiramente, ALCORTA, que afirma serem os direitos individuais “todos aqueles que constituem a personalidade do homem, e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente, sem outro limite que o do direito correspondente”⁽³⁶⁾. Cita, após, VEDEL, que nos mostra que, “em sua essência, a doutrina dos direitos individuais é a afirmação de que os indivíduos têm determinados direitos que lhes são inerentes e aos quais o Estado não pode causar lesão. Significa que o Estado não é a única fonte do direito, pois existem direitos individuais que lhe são anteriores e superiores”⁽³⁷⁾.

Segundo DUVERGER, o liberalismo político, que teve suas origens mais antigas na reforma protestante, proclamando o livre exame de consciência, e no método de DESCARTES, que nega qualquer princípio “a priori”, está “inteiramente resumido no artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos* (. . .). As palavras liberdade e igualdade expressam o essencial da ideologia liberal”⁽³⁸⁾.

Desta forma, a igualdade vai significar que ninguém terá privilégios hereditários. É a afirmação da igualdade de todos perante a lei. “A liberdade significa que cada homem pode pensar, se expressar e trabalhar como ele queira, e a liberdade dos outros é o único limite para a liberdade de cada um”⁽³⁹⁾. DUVERGER estabelece uma distinção entre liberdades civis e liberdades públicas; para ele liberdades civis são aquelas que dizem respeito à atividade privada. Significam garantia, proteção contra prisões arbitrárias, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de correspondência etc. As liberdades públicas se referem àquelas relações dos cidadãos entre si. Desta forma temos a liberdade de imprensa e outros meios de expressão do pensamento, como livros, rádio, televisão, a liberdade de reunião e

(34) VAZ DA SILVA, Floriano Correa. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo, LTr. 1977, p. 12.

(35) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª edição espanhola, Barcelona, Ariel, 1970, p. 392.

(36) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 530.

(37) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 531.

(38) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª edição, Barcelona, Ariel, 1970, p. 90.

(39) DUVERGER, Maurice. *Ob. cit.*, p. 98.

de associação. Estas liberdades públicas, portanto, são de grande importância para a garantia da expressão do pensamento⁽⁴⁰⁾.

Tanto as liberdades privadas como também as liberdades públicas estão no plano dos direitos individuais fundamentais.

KARL LOEWENSTEIN estabelecerá um outro critério para a classificação das liberdades fundamentais. Para ele existirá uma distinção entre “as liberdades enraizadas diretamente na pessoa — as liberdades civis em sentido próprio — e as liberdades econômicas e políticas”. Pode-se incluir entre as primeiras a proteção contra a arbitrária privação da liberdade ou o *habeas corpus*, na tradição inglesa, e como também é chamado em nosso direito; a inviolabilidade de domicílio; a liberdade e o segredo de correspondência, entre outros. Na segunda categoria de liberdades fundamentais estão as liberdades econômicas fundamentais, a liberdade de escolha de profissão, a liberdade da livre disposição sobre a propriedade e a liberdade de contrato⁽⁴¹⁾.

Convém ressaltar que o Estado moderno não mais considera a propriedade privada um direito absoluto. Apesar de continuar sendo um direito individual fundamental, vai encontrar limites estabelecidos pelo interesse da coletividade.

RICASÉNS SICHES foi quem melhor estabeleceu o objeto dos direitos individuais. Desta forma, ele nos ensinou que os chamados direitos individuais “têm como objeto predominante uma conduta própria do indivíduo, a qual este pode decidir livremente, por exemplo: a liberdade pessoal; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de opinião e de expressão; a inviolabilidade de domicílio; a liberdade de circulação etc.; ou têm como objeto garantias ou defesas para a pessoa individual, por exemplo: de não ser submetido à escravidão, a torturas, a desigualdades perante a lei; de não ser arbitrariamente detido, preso e desterrado; de ser julgado conforme a lei, com todas as garantias processuais etc.”⁽⁴²⁾.

Entretanto, parece-nos que os direitos individuais constituem, em todos os seus aspectos, também garantias. Assim, podemos dizer que a declaração da liberdade de opinião e de expressão, a liberdade de circulação, a liberdade de reunião, a inviolabilidade de domicílio, constituem garantias do indivíduo contra a ingerência indevida do Estado. São declarações de direitos individuais que estão a exigir um “não fazer” do Estado. Enquanto a liberdade de opinião e expressão tem como objeto uma conduta do indivíduo, da mesma forma podemos dizer que, para o indivíduo perante o Estado, esta declaração do seu direito vai significar uma garantia contra a proibição, por qualquer motivo, da sua liberdade de opinião e de expressão.

(40) DUVERGER, Maurice. *Ob. cit.*, pp. 91, 92.

(41) LOEWENSTEIN, Karl. *Ob. cit.*, p. 392.

(42) RECASÉNS SICHES, Luís. *Ob. cit.*, pp. 601 e 602.

Desta forma, os direitos individuais estão a resguardar sempre uma liberdade puramente individual. A liberdade de poder se expressar livremente por meio de palavras, da imprensa, de livros, e não ser perseguido, submetido a torturas, a desigualdades perante a lei, a prisões ilegais etc. Podemos acrescentar, então, que os direitos individuais têm como objeto a garantia de condutas individuais e a garantia do indivíduo (sua integridade física e moral).

AFONSO ARINOS nos ensina que os direitos individuais são ao mesmo tempo públicos e individuais. Públicos, “porque fazem com que o indivíduo se relacione diretamente com o poder público”, e individuais, “porque sua finalidade reside em dinamizar normas jurídicas, no interesse individual”. Para melhor explicar esta afirmação, diz que “as normas jurídicas e os direitos públicos individuais se distinguem em seu funcionamento, servindo essa distinção para os caracterizar devidamente”. Neste sentido, “as normas jurídicas, em regra, funcionam para determinar: a) um direito do indivíduo em face de outro indivíduo; b) em referência a fatos ou situações concretas, estranhos a um e outro, que ocupam os pólos da relação jurídica (a exemplo de bens e direitos que se disputam). Já os direitos públicos individuais funcionam: a) não em referência a outro indivíduo, mas, sim, ao próprio Estado; b) em relação a princípios abstratos — que não são, pois, alheios ao indivíduo, eis que integram a sua personalidade — sendo sua observância obrigatória para o Estado” (43).

CARL SCHMITT, no seu livro *Teoría de la Constitución*, estabelece uma classificação dos direitos individuais. São estes divididos em quatro grupos: no primeiro grupo estão os *direitos de liberdade dos indivíduos isolados* que compreendem a liberdade de consciência, liberdade pessoal, propriedade privada, inviolabilidade de domicílio e o segredo de correspondência. No segundo grupo, os *direitos de liberdade do indivíduo em relação aos outros*, ou seja, a livre manifestação das opiniões, liberdade de discurso, liberdade de imprensa, liberdade de cultos, liberdade de reunião, liberdade de associação. Estes dois primeiros grupos são considerados por CARL SCHMITT como garantias liberal-individualistas da esfera de liberdades individuais, da livre competência e da livre discussão. O terceiro grupo será o dos *direitos do indivíduo no Estado*, como cidadão. Estes são os direitos político-democráticos do cidadão e compreendem os direitos de igualdade perante a lei, de petição, igualdade de voto e igual acesso aos cargos públicos (44).

Finalmente, o quarto grupo será o dos *direitos do indivíduo a prestações do Estado*. São estes o direito ao trabalho, à assistência e socorro, à educação, formação e instrução (45).

(43) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, pp. 216, 217.

(44) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 197.

(45) SCHMITT, Carl. *Ob. cit.*, p. 197.

Preferimos, entretanto, classificar este quarto grupo como sendo de direitos sociais, excluindo-os do presente estudo. Mesmo quando define estes direitos, CARL SCHMITT afirma serem eles "direitos e pretensões socialistas (ou mais suavemente: sociais)" (46). Podemos dizer então que os dois primeiros grupos relacionados por CARL SCHMITT seriam os direitos individuais propriamente ditos, ou seja, aqueles direitos fundamentais que estão a proteger cada indivíduo isoladamente contra a ingerência indevida do Estado. São, principalmente, aquelas liberdades que são exercidas exclusivamente pelo indivíduo, sem participação do Estado, e cujo único limite é a liberdade do outro. Sua característica básica é a omissão como regra de comportamento estatal.

No terceiro grupo relacionado por SCHMITT, vamos encontrar a igualdade jurídica como a segunda característica essencial destes direitos individuais; o direito de petição como uma forma de se dar eficácia aos direitos e garantias individuais; e a igualdade de voto que colocaremos no grupo dos direitos políticos fundamentais, excluindo-os do grupo que ora estudamos.

Quanto ao quarto grupo, podemos dizer que a característica destes direitos fundamentais é essencialmente oposta, no que diz respeito ao comportamento estatal. Enquanto perante os direitos individuais a regra é a omissão, perante os direitos sociais a regra será a ação estatal para suprir as necessidades coletivas e as exigências sociais.

4. *A dicotomia direitos individuais/direitos sociais*

Visando estabelecer uma diferenciação entre estes dois grupos de direitos fundamentais, recorreremos ao ensinamento de FERRUCCIO PERGOLESÌ, que nos esclarece que "na verdade, a doutrina mais prudente e ponderada salienta que todo direito é ao mesmo tempo social e individual (...). A distinção entre social e individual vai, pois, obviamente entendida não em sentido absoluto, mas convencional. (...) Os sistemas jurídicos baseados na principiologia da Declaração Francesa do Direito do Homem e do Cidadão de 1789 possuem caráter individualístico, porque o indivíduo é colocado no centro do ordenamento estatal. Já no século XIX, fermenta no campo ideológico (filosófico e político) tendência para um sentido mais profundo da vida coletiva, numa estreita coesão, sistematicamente disciplinada, dos vários elementos sociais, tendência que na Constituição francesa de 1848 encontrará uma afirmação, ainda que fugaz, para germinar depois no início do século XX, e amadurecer quase universalmente logo após a Guerra Mundial de 1914-1918, sob crescente pressão das novas forças políticas (e em particular das classes populares), das novas exigências, quer de natureza ética para a mais alta valorização

(46) SCHMITT, Carl. *Ob. cit.*, p. 197.

do trabalho, quer de natureza técnica para uma adequada satisfação das necessidades individuais, *que só podem ser atendidas coletivamente*" (47).

RECASÉNS SICHES a este respeito afirma que "todo direito subjetivo de uma pessoa supõe essencial e necessariamente um dever jurídico em outra pessoa (individual e coletiva). Assim, a partir deste ponto de vista essencial, todos, absolutamente todos os direitos, são sociais. Mas quando se fala de direitos sociais diferenciando-se dos direitos individuais, as palavras 'social e individual' adquirem, cada uma, significação mais concreta e específica" (48).

KARL LOEWENSTEIN, quando trata dos direitos sociais, afirma que estes novos direitos fundamentais são essencialmente diferentes daqueles recolhidos pelo antigo catálogo liberal. Estes direitos sociais "não estão destinados a garantir a liberdade perante o Estado e a proteção contra o Estado, mas são, sim, pretensões do indivíduo ou do grupo coletivo diante do Estado" (49).

Desta forma, podemos notar duas diferenças básicas entre os chamados direitos individuais (das Declarações dos séculos XVIII/XIX) e os chamados direitos sociais. A primeira será referente ao comportamento estatal. Diante dos direitos individuais a atitude do Estado é de respeito. É a omissão como regra de comportamento. Significa para o Estado um não fazer. De outra forma, diante dos direitos sociais o Estado deve fazer, deve agir para satisfazer as pretensões e necessidades da coletividade.

A segunda maneira de diferenciação destes dois grupos de direitos será a maneira de satisfação ou realização destes direitos. Os direitos individuais pertencem a cada indivíduo isoladamente. Dizem respeito a condutas individuais que cabem somente ao indivíduo decidir, e cujo único limite será a liberdade do outro. Quanto aos direitos sociais, só poderão ser realizados coletivamente. Dizem respeito a condutas estatais que têm como finalidade satisfazer as exigências do indivíduo inserido na sociedade. Estes últimos não se referem a condutas próprias, isoladas do indivíduo, mas sim, condutas devidas pelo Estado em relação ao grupo.

Segundo ESMEIN, diferentemente dos direitos sociais, os direitos individuais "apresentam todos uma característica comum: eles limitam os direitos do Estado, mas não lhe impõem nenhum serviço positivo, nenhuma prestação ao proveito dos cidadãos" (50). É por este motivo que não se poderia classificar entre estes direitos, como já se pretendeu, "o direito à assistência, à instrução, ao trabalho, que cada cidadão poderia reivindicar ao Estado" (51).

(47) PERGOLESI, Ferruccio. *Orientamenti Sociali delle Costituzioni Contemporanee*. 3ª edição, Florença, Libreria Editrice Fiorentina, 1948.

(48) RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.*, p. 601.

(49) LOEWENSTEIN, Karl. *Ob. cit.*, pp. 400 e 401.

(50) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 548.

(51) A. ESMEIN. *Ob. cit.* p. 548.

5. *Direitos individuais e direitos políticos*

Os direitos individuais, conforme nos ensina ESMEIN, já receberam por parte da teoria constitucional diversas qualificações. Já foram chamados por diversas vezes de direitos civis e mesmo de direitos públicos ou sociais, terminologia esta muito adotada na França. Entretanto, ESMEIN vai se preocupar em estabelecer uma diferenciação entre os direitos individuais e os direitos políticos. Estes direitos políticos vão significar “a participação dos cidadãos no governo, na administração, na justiça (pela instituição do júri)”⁽⁵²⁾. Não há simplesmente uma oposição de termos, mas uma clara distinção de conseqüências jurídicas. Os direitos políticos pertencem somente aos cidadãos, conforme estabelece a Constituição, e não a todos os indivíduos independentemente de idade ou capacidade. De outra forma os direitos individuais pertencem a todos os indivíduos indiscriminadamente⁽⁵³⁾. Esta é uma verdade absoluta para alguns destes direitos individuais, como por exemplo as liberdades individuais *stricto sensu*, a liberdade de consciência, a liberdade de culto. Entretanto, para outros direitos individuais, a regulamentação legal deve criar um certo número de incapacidades. Isto provém de duas causas: ou estes direitos podem realmente constituir uma verdadeira ação política e significar uma participação *indireta* no poder público como, por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, e mesmo a liberdade de ensino, “pela qual se formam os futuros cidadãos”⁽⁵⁴⁾, “ou trata-se de proteger o indivíduo, ainda incapaz de fato, contra os danos que ele poderia fazer a si mesmo, pelo abuso do seu direito individual”. Desta forma temos que a liberdade do trabalho é algumas vezes restrita para as crianças e as mulheres⁽⁵⁵⁾.

A distinção entre os direitos individuais e os direitos políticos é muito clara; entretanto, quando se trata do caso especial do direito de petição, esta distinção deixa de ser tão clara. Surge por vezes a dúvida de se saber em qual dos dois grupos de direitos fundamentais em estudo devemos classificá-lo. O direito de petição terá duas aplicações bem distintas. Este direito pode ser empregado para resguardar um interesse particular, e neste sentido o indivíduo peticiona a qualquer órgão do Executivo ou do Legislativo para se ressarcir de um seu direito lesionado; ou poderá também ser utilizado visando uma medida de interesse geral: para propor, por exemplo, uma nova lei, ou a reforma de uma lei antiga. Neste momento o peticionário “se faz o conselheiro e auxiliar do legislador. Existem sob o mesmo nome e sob a mesma forma dois direitos que, na realidade, parecem distintos e diferentes: o primeiro é incontestavelmente um direito individual, tocante aos interesses individuais; mas

(52) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 549.

(53) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 550.

(54) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 550.

(55) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 550.

o segundo parece um direito político, constituindo uma participação, por mais discreta que ela seja, na proposição de leis" (56).

Desta forma podemos estabelecer uma diferenciação entre estas duas aplicações distintas do direito de petição, classificando como direito individual aquele direito de representação por meio de petição. Assim, a petição será um meio de se exercer um direito de representação contra qualquer autoridade pública, meio este assegurado a todos os indivíduos, na defesa de interesses individuais lesados.

ANDRÉ HAURIUO (57) vai partir do pressuposto básico de que as liberdades políticas são, para os cidadãos, o direito de "participar no governo do Estado e mesmo de fornecer governantes", enquanto os direitos individuais são "as diversas faculdades que permitem a estes cidadãos ou indivíduos realizar com independência e eficácia seu destino pessoal, num contexto de uma sociedade organizada" (58). À primeira vista, estas duas liberdades fundamentais parecem estar em planos completamente diferentes, pois enquanto a liberdade política se apresenta com um aspecto coletivo, pois trata-se de uma "participação no governo da coletividade nacional", as liberdades individuais, ao contrário, parecem ter "fins particulares, pessoais, limitados ao indivíduo" (59).

Após estabelecer estas diferenciações básicas, HAURIUO estabelecerá laços estreitos entre estas liberdades fundamentais, que nos ajudarão a localizá-las em dois grupos de direitos, distintos, porém não estanques. Segundo o autor, estes laços estreitos serão de ordem histórica, lógica e política.

Do ponto de vista histórico, podemos afirmar que os diversos movimentos constitucionais portavam sempre duas reivindicações fundamentais: a liberdade política e as liberdades individuais. Foi assim na Inglaterra, através do movimento que culminou com a Magna Carta de 15 de junho de 1215; nos Estados Unidos, na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, vamos encontrar nos seus artigos as liberdades individuais misturadas com o direito dos cidadãos de participar do governo; como ainda na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, encontraremos o direito do cidadão de participar pessoalmente ou através de representantes na elaboração das leis (60).

Pela lógica, as liberdades políticas e as liberdades individuais têm ligações claras. A liberdade, em si mesma, "consiste essencialmente em um poder de decisão". As diversas liberdades individuais correspondem a esta verdade: a liberdade de consciência consiste no poder de decidir entre

(56) A. ESMÉIN. *Ob. cit.*, pp. 550, 551.

(57) HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 4eme édition, Paris, Editions Montchrestien, 1970, p. 171.

(58) HAURIUO, André. *Ob. cit.*, p. 171.

(59) HAURIUO, André. *Ob. cit.*, p. 171.

(60) HAURIUO, André. *Ob. cit.*, pp. 171, 172.

as diversas opiniões, crenças e religiões; a liberdade de locomoção consiste em poder decidir o lugar de sua residência ou de seus deslocamentos; e assim sucessivamente vamos encontrar este poder de decisão nas liberdades individuais. Da mesma forma a liberdade política é um poder de decisão, pois é esta, essencialmente, a "participação no poder de decidir que é próprio aos órgãos governamentais" (61).

Enfim, politicamente, estas duas liberdades se garantem mutuamente (62). Em outras palavras, isto significa que, se os cidadãos participam diretamente do poder estatal votando ou sendo votado, obviamente a sua participação deverá ser sempre no sentido de se garantirem e realizarem os direitos fundamentais, e entre eles, os direitos individuais. Da mesma forma, os direitos ou liberdades individuais defendem eficazmente as liberdades políticas, pois a liberdade de expressão, de consciência, de reunião, de cátedra, podem vir ao socorro das liberdades políticas, no momento em que estas se acharem ameaçadas.

6. O valor jurídico das declarações de direitos

Após a Segunda Guerra Mundial os Direitos do Homem, e entre estes os direitos individuais fundamentais, penetraram de forma unânime na opinião mundial, sendo que as liberdades individuais e sociais ocuparam um lugar de destaque nas novas Constituições européias. Embora unânime, na prática veremos que muitos destes direitos não terão eficácia. Para MIRKINE GUETZÉVICH (63), mesmo que estes direitos sejam violados, desrespeitados e até mesmo desconhecidos, nada disso vai alterar o seu caráter de obrigatoriedade a todos os governos. "A própria Carta das Nações Unidas fez dos Direitos do Homem um dos pontos principais do sistema da comunidade internacional" (64).

O professor RAUL MACHADO HORTA (65) vai nos despertar para o importante problema do valor jurídico das declarações de direitos, as quais seriam superiores hierarquicamente às leis constitucionais e às leis ordinárias.

DUGUIT, reconhecendo o valor jurídico da declaração de direitos, diz ser esta a lei fundamental, sendo que tanto as leis constitucionais como as leis ordinárias devem respeitar os seus preceitos. Nas palavras de DUGUIT, "o legislador constituinte está sujeito às declarações de direito, e o legislador ordinário, ao legislador constituinte" (66). Esta hierarquia vai aparecer de forma muito clara no título I da Constituição francesa

(61) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, pp. 172, 173.

(62) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, pp. 172 e 173.

(63) MIRKINE-GUETZÉVICH, Boris. *Evolução Constitucional Européia*. Rio de Janeiro, Konfino Editor, 1967, p. 157.

(64) MIRKINE-GUETZÉVICH, Boris. *Ob. cit.*, p. 157.

(65) MACHADO HORTA, Raul. *Ob. cit.*, p. 149.

(66) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, p. 604.

de 1791: "Disposições fundamentais garantidas pela Constituição". Logo em seguida a este título, o legislador constituinte vai reconhecer de forma incontestável a sua subordinação à regra suprema existente na Declaração de Direitos, quando afirma: "O poder legislativo não poderá fazer nenhuma lei que atinja ou coloque obstáculos aos direitos naturais e civis consignados no presente título e garantidos pela Constituição..." (67)

Para ESMEIN (68), os direitos individuais são reconhecidos sob duas formas diferentes. Ou através de declarações de direitos, ou através de garantia de direitos. As declarações de direitos, para ESMEIN, apesar de emanarem de corpo com autoridade legal e soberana (as assembléias constituintes), não são "artigos de leis precisas e executáveis", são simplesmente princípios que não criam obrigatoriedade (69). Na França de 1789, parte da Assembléia Nacional levantou a questão de que não seria conveniente proclamar os direitos individuais (liberdades fundamentais) sob a forma de declaração de direitos. O argumento principal defendido contra esta forma seria de que não se poderia declarar como absolutos direitos que a própria Constituição deveria limitar ou de alguma sorte restringir. Seria como se convidar a população a insurgir-se contra as leis (70). A Constituição francesa de 1793 contém uma declaração muito ampla com 35 artigos. Entretanto, a Constituição do ano III abriga uma declaração de direitos com 22 artigos e, em contrapartida aos direitos individuais, conterà também uma declaração de deveres do homem e do cidadão em nove artigos (71). A Constituição francesa do ano VIII não apresenta uma declaração de direitos. Para ESMEIN, os motivos deste desaparecimento da declaração de direitos do texto constitucional francês do ano VIII seriam essencialmente dois: o primeiro, seu caráter mais filosófico que constitucional, e o segundo, a constatação da inutilidade destas declarações num sentido prático (72).

Ao contrário das declarações de direitos, as garantias de direitos terão caráter obrigatório. São verdadeiramente leis positivas, adquirindo assim um caráter impositivo. As garantias vão conferir aos direitos sua eficácia. Estas sim, para ESMEIN, podem ser consideradas superiores às leis ordinárias, limitando e restringindo os poderes do legislador (73).

ZIPPELIUS (74), abordando a tese da validade pré-estatal de direitos, pergunta se não seria contraditório consagrar em leis a existência destes

(67) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, pp. 604, 605.

(68) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 554.

(69) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 554.

(70) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 556.

(71) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 558.

(72) A. ESMEIN. *Ob. cit.* p. 558.

(73) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 559.

(74) ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 170 e 171.

direitos supra-estatais. Para o professor alemão, “pré-estatal pode ser realmente a força moral obrigatória e a validade ético-social de uma norma. Em contraste com isto, porém, a validade de um direito garantido, ou seja, a segurança de sua realização mediante um procedimento obrigatório, está condicionada pela existência de uma organização de proteção jurídica compulsória, que esteja afeta a impor coercitivamente o respeito de uma norma. Neste segundo sentido, a validade jurídica depende do Estado e não pode ser pré-estatal” (75).

Para BURDEAU, a simples enunciação dos direitos não é nada se não há garantias do seu exercício. As Constituições revolucionárias francesas continham disposições que, sob o nome de garantias de direitos, enunciavam de uma maneira mais concreta as teses da Declaração e impunham um caráter de obrigatoriedade ao legislador comum. A Constituição francesa de 1946, no seu preâmbulo, estende estas garantias a todos os direitos e liberdades que ela consagra. “Para que a eficácia destas garantias não dependa exclusivamente da boa vontade do legislador, elas são confirmadas, de um lado, pela existência de uma força pública ‘que deve permanecer ao serviço do povo soberano’ (art. 20); de outro lado, pela consagração do direito de petição (art. 15), enfim pela proclamação do direito de resistência à opressão que está enunciado” em termos enérgicos (76).

No nosso entender, não se deve negar o valor jurídico das declarações de direitos, contidas na Constituição. São elas normas jurídicas que devem ter eficácia. Não falamos aqui em validade pré-estatal. Quanto a este aspecto, já citamos o constitucionalista alemão REINHOLD ZIPPELIUS. *Estamos falando da existência na Constituição do reconhecimento dos princípios e valores que proclamam como universais e inalienáveis as liberdades e direitos individuais fundamentais. Seja na forma clássica de declaração de direitos, seja na forma clássica de garantias de direitos, ou seja na forma moderna da declaração de direitos e das garantias processuais, é inegável o valor jurídico desta norma constitucional.*

7. Os diversos direitos individuais

São vários os direitos individuais, mas, após a leitura deste item do nosso estudo, iremos notar que são duas as bases destes. A liberdade e igualdade.

A liberdade será o principal, tanto que nos itens anteriores muitas vezes nos referimos às liberdades individuais, ou liberdades fundamentais, no lugar de direitos individuais. As declarações de direitos dos séculos

(75) ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, pp. 170-171.

(76) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Constitutions Politiques*. 19ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, pp. 399, 400.

XVIII e XIX irão afirmar para todo o mundo que o homem deve ser livre, pois nasceu livre, e necessita desta liberdade para crescer, evoluir, pois é esta sua característica essencial.

Desta forma, veremos que os direitos individuais fundamentais são, por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade de consciência filosófica, política ou religiosa, a liberdade de locomoção, a liberdade de se reunir em praças públicas por meio de comícios ou passeatas etc.

Entretanto, não podemos esquecer o segundo importante fundamento destes direitos: a igualdade. Da mesma forma que as declarações afirmaram que o homem nasce livre, também afirmaram que estes nascem iguais em direitos. Esta igualdade será de fundamental importância, pois é a igualdade a base sólida sobre a qual se sustentarão as liberdades individuais. Não haverá jamais liberdade onde não haja igualdade. Neste sentido ANDRÉ HAURIOU⁽⁷⁷⁾ vai-nos mostrar que “as liberdades individuais, tais como elas foram formuladas pelo Direito Constitucional clássico e tais como nós a conhecemos ainda, são sucessivamente o fruto da desigualdade e da igualdade”.

Nas sociedades antigas a liberdade era um privilégio. Assim os escravos estavam privados de todos os direitos, e mesmo entre os cidadãos, homens livres, existiam diferentes graus de liberdade. Era assim na Roma Antiga entre os patrícios e os plebeus. Na Idade Média, a liberdade de ir e vir era negada aos servos, e o direito de caça e de pesca era reservado, até à revolução, aos senhores feudais. Desta forma a liberdade constitui um “direito de superioridade”⁽⁷⁸⁾. A liberdade, sem a igualdade, vai sempre constituir um direito de poucos privilegiados.

HAURIOU⁽⁷⁹⁾, estudando a liberdade como sendo produto da desigualdade, e identificando nela um “direito de superioridade”, vai afirmar que ainda hoje, analisando “profundamente a natureza íntima dos direitos individuais, sua qualidade de direito de superioridade pode ainda ser percebida”. Temos então que o direito de propriedade é essencialmente um direito de superioridade do homem sobre as coisas e os animais, o direito de família representa o direito de superioridade dos pais sobre os filhos e mesmo, em alguns lugares, do homem sobre a mulher⁽⁸⁰⁾.

Entretanto, assim como os direitos de liberdade aparecem em certo momento como “filhos” da desigualdade, eles irão aparecer também como “filhos” da igualdade⁽⁸¹⁾, e, a partir deste momento, mesmo aquelas liberdades fundamentais, que surgiram como frutos das desigualdades, dei-

(77) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 175.

(78) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 175.

(79) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 176.

(80) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 176.

(81) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 176.

xarão de ser um privilégio de um privilegiado, passando a pertencer a todos os indivíduos, independentemente de sua condição social, sua raça, sua consciência política, filosófica ou religiosa. A igualdade a partir do pensamento de ROUSSEAU e dos filósofos do século XVIII será inseparável da liberdade. Ela será a condição fundamental para a realização da liberdade.

Após identificarmos a base, o alicerce sobre o qual se ergueram os direitos individuais fundamentais, como hoje são considerados, vamos elaborar um lista com estes vários direitos, que serão aqui estudados como condutas individuais, como um poder de ação do indivíduo, sobre as quais só cabe a ele decidir, e cujo único limite será a liberdade do outro.

7.1 — *Liberdade de locomoção e segurança individual*

A liberdade de locomoção é colocada por muitos mestres do direito constitucional como liberdade pessoal, juntamente com a segurança individual, sendo considerada como a primeira e mais essencial de todas as liberdades ⁽⁸²⁾.

ESMEIN ⁽⁸³⁾ considera a liberdade de locomoção e a segurança individual como a liberdade individual *stricto sensu*, que protege o indivíduo de prisões, atentados à sua integridade física e moral.

ANDRÉ HAURIOU ⁽⁸⁴⁾ não vai colocar a segurança individual juntamente com a liberdade de ir e vir. Ele estabelecerá uma diferenciação entre estes dois tipos de direitos individuais, pois, enquanto o direito de ir e vir será a liberdade física do indivíduo se opondo à escravidão e à servidão, a segurança individual significa o direito de não ser preso sem julgamento. Não nos parece, porém, conveniente esta diferenciação, pois entendemos que, se vamos julgar o direito de locomoção diferente do direito à segurança individual, como realmente é, devemos considerar de forma oposta à estabelecida. O direito à segurança individual será aquele que se opõe a qualquer forma de atentado à integridade física ou moral, a torturas ou qualquer outra atitude de agressão à pessoa humana, enquanto o direito de locomoção será aquele que se opõe a qualquer privação da liberdade de ir e vir, impedindo a prisão de qualquer pessoa sem o devido julgamento, o procedimento legal, justamente estabelecido.

7.2 — *A propriedade privada*

A propriedade privada tem sido objeto de reflexão desde as civilizações mais antigas. PLATÃO, em *A República*, afirmava que o membro

(82) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 537. Tradução da 9ª edição de 1972 por Maria Helena Diniz.

(83) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 544.

(84) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 180.

escolhido de sua república ideal não terá como seu nada além do absolutamente necessário. A maneira de se manter íntegro o caráter seria através da inexistência de ambições pessoais (85).

Na Idade Média, poder político e propriedade se transmitiam por herança. Não havia uma separação entre sociedade civil e sociedade política. O rei, o marquês, o conde, transmitiam a seus filhos a propriedade patrimonial do Estado e o poder. Desta forma o "latifundiário transmitia a terra, o marquês, o marquesado, o conde, o condado, isto é, todos os bens e todo poder sobre esses bens, assim como também sobre os homens que viviam no condado e no marquesado" (86).

Apesar de a Igreja na Idade Média ser proprietária de bens imóveis e participar do poder político, o Cristianismo expressado nas ordens religiosas significou uma "rigorosa denúncia a propósito da preocupação obcecante do homem com os bens materiais", e estas "desenvolveram-se num ambiente reconhecidamente partidário do desprezo pela propriedade material" (87).

Com a Revolução Francesa (1789) o mundo assistirá à afirmação dos princípios de liberdade e à declaração universal de direitos fundamentais que são inerentes a todos os seres humanos. Entre estes direitos naturais, encontraremos o direito à propriedade.

JACQUES MARITAIN nos ensina que "o direito à propriedade privada dos bens materiais pertence à lei natural, na medida em que a humanidade tem o direito de possuir, para o seu próprio uso comum, os bens materiais da natureza" (88).

É a partir da Revolução Francesa que temos, portanto, o surgimento do primeiro Estado jurídico, "guardião das liberdades individuais". É o chamado Estado liberal. São os ideais liberais, os princípios filosóficos da burguesia, que de classe dominada surge agora como classe dominante (89).

Venceram os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Para ROUSSEAU esta afirmação de igualdade é fundamental, e ela está intimamente ligada à noção de liberdade: o homem só poderá ser livre se for igual. A igualdade a que se refere ROUSSEAU é principalmente a igualdade jurídica, entretanto ele parece compreender a existência da desigualdade social e econômica. Com efeito, ele escreve: "o primeiro homem que, ao

(85) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 538.

(86) GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Porto Alegre, LPM Editores Ltda, 1980, p. 15.

(87) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 538.

(88) MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 101.

(89) BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 5.

cercar um terreno, afirmou "isto é meu", encontrando pessoas suficientemente estúpidas para acreditarem nisso, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. (...) Quantos crimes, quantas guerras, quantos assassinatos; quantas misérias e erros teriam sido poupados à humanidade se alguém arrancasse os marcos, ou nivelasse os fossos, gritando aos seus semelhantes: não ouçam este impostor, vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e a terra não pertence a ninguém" (90).

Entretanto, não é este o pensamento que sairá vencedor da Revolução Francesa. Para o liberal desta época, só existe liberdade a partir do momento em que exista a desigualdade entre proprietários e não proprietários.

BENJAMIM CONSTANT DE REBECQUE, mais tarde, vai discordar de ROUSSEAU, afirmando que esta igualdade por ele imaginada "destrói toda a liberdade". Para ele, portanto, a liberdade dependia da propriedade. CHARLES TOCQUEVILLE, liberal do século XIX, vai estabelecer duas concepções de liberdade. Uma, liberal, que estabelece a correlação entre propriedade e liberdade, e, uma outra, democrática, pela qual a liberdade é alcançada através da igualdade jurídica (91). Esta concepção democrática será a concepção derrotada na Europa do século XIX. A propriedade privada, neste século, será intocável, absoluta, e, mesmo havendo uma mistura entre liberalismo e democracia, este conceito não será abalado.

Apesar de o caráter absoluto da propriedade ter sido abalado durante a Revolução Francesa, por uma proposta de reforma agrária, expropriando as grandes propriedades dos contra-revolucionários e da Igreja, e prevendo na Constituição a desapropriação por utilidade pública, a função social da propriedade privada não teve maior repercussão no Estado liberal dos séculos XVIII e XIX (92).

Afirmou-se, a partir de então, o liberalismo clássico do Estado liberal, "que traduziu o pensamento econômico do *laissez-faire, laissez-passer* e deixava aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria de todos" (93).

O Estado liberal vai ser, portanto, um Estado que não intervém na economia e que coloca a propriedade privada e a liberdade de iniciativa como os principais direitos individuais do ser humano. Este Estado vai somente manter a ordem interna, através do seu poder de polícia, e a soberania externa, através do exército.

Entretanto, as conseqüências desta omissão do Estado perante os problemas sociais vão conduzir "os povos livres às garras de um capitalismo

(90) GRUPPI, Luciano. *Ob. cit.*, p. 19.

(91) GRUPPI, Luciano. *Ob. cit.*, pp. 22 e 23.

(92) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, pp. 16 e 17.

(93) NICZ, Alvair Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 1.

absorvente, desumano e escravizador. Reduziu a sociedade a uma comunidade de cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados, segundo a expressão de THIERRY MAULNIER. A Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891), retratou com impressionante exatidão os desajustamentos e as misérias sociais que a Revolução Industrial suscitou e o liberalismo deixou alastrar em porções crescentes e incontroláveis” (94).

Surgirá, então, no México, com a Constituição de 1917, e, na Alemanha, com a Constituição de Weimar, de 1919, o Estado social. A partir deste momento o Estado deixará a omissão como regra de comportamento para passar a intervir na economia e garantir à coletividade os direitos sociais. A Constituição de Weimar vai reservar um grande espaço à declaração dos direitos sociais, sendo que a Constituição do Reino dos Sérvios, Croatas e Slovenos no seu artigo 37 vai assinalar “que a propriedade comporta obrigações” aceitando a “tese sociológica moderna segundo a qual a propriedade tem uma função social” (95).

A função social da propriedade, significando uma limitação ao direito individual à propriedade, será consagrada nas Constituições modernas. A Constituição brasileira de 1934 estabelecerá no seu art. 113, item 17, a garantia do direito de propriedade, que não poderá ser exercido “contra o interesse social ou coletivo”. Após a autoritária Constituição de 1937, o texto de 1946 vai prever a possibilidade de desapropriação por interesse social, além dos casos de necessidade e utilidade pública. A Constituição de 1967 vai manter este dispositivo, exemplo seguido pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, acrescentando estas últimas a referência clara à função social da propriedade (item III do art. 157 no texto de 1967 e item III do art. 160 no texto de 1969).

A função social da propriedade vai significar uma condenação “à concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade” (96).

Finalizando este item, é de fundamental importância ressaltar o pensamento de PONTES DE MIRANDA, que nos ensina que não “há liberdade referente a coisas. ‘Liberdade de propriedade’ é um contra-senso. Propriedade, referindo-se ao objeto, é coisa; referindo-se ao sujeito, é o direito subjetivo de alguém quanto a certa coisa, segundo as leis civis. Nada de liberdade entra aí” (97).

Tratamos aqui dos direitos individuais fundamentais, e, como já afirmamos anteriormente, estes direitos têm como principal característica serem

(94) MALUF, Saïd. *Ob. cit.*, p. 495.

(95) MIRKINE GUETZÉVICH, Boris. *Ob. cit.*, p. 171.

(96) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª edição, revista e atualizada, Saraiva, 1988, p. 658.

(97) PONTES DE MIRANDA. *Democracia, Liberdade e Igualdade (Os três caminhos)*. 2ª edição, Saraiva, 1979.

direitos de liberdade, entretanto, não se resumem nesta, pois encontraremos entre eles a propriedade, e principalmente a igualdade, fundamento da própria liberdade, que, como direito do ser humano, deve pertencer a todos, e não somente a alguns.

7.3 *Inviolabilidade de domicílio*

O princípio da imunidade da casa, ou de sua inviolabilidade, visa a proteger não a *propriedade*, mas sim a paz e a tranqüilidade do morador. Ele vai determinar que somente em alguns casos estabelecidos em lei se permitirá a entrada na casa, sem o consentimento do morador.

As *Constituições brasileiras* estabelecerão de maneiras diferentes este direito individual. A Constituição de 1824 vai determinar que, sendo noite, só se poderá entrar na casa, sem o consentimento do morador, em caso de incêndio ou inundação, deixando para o legislador ordinário estabelecer os casos de permissão, durante o dia. As Constituições de 1891, 1934 e 1946 vão acrescentar o caso de crime, para acudir vítimas, deixando também para o legislador ordinário estabelecer os casos em que se poderá penetrar na casa durante o dia.

A Constituição de 1967 vai estabelecer no § 10 do art. 150 que: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer."

É importante notar que esta redação, mantida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não vai falar, a exemplo das Constituições citadas anteriormente, que a permissão para penetrar na residência à noite em caso de desastre ou crime será para acudir as vítimas. Desta forma, esta redação amplia os casos de entrada à noite, pois ocorrendo crime dentro da casa, será caso de permissão para invasão desta, não sendo mais necessária a existência de vítimas a serem acudidas.

O texto de 1937, seguindo uma linha autoritária, estabelecerá simplesmente que está assegurada a inviolabilidade do domicílio "salvas as exceções expressas em lei" (art. 122, § 6.º, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937).

7.4 *Liberdade de reunião*

Segundo PONTES DE MIRANDA, "a primeira e mais simples das liberdades corporativas é a liberdade de reunião. Vem logo após a liberdade geral de ir, ficar e vir. O único elemento novo é a convergência de pessoas" (98).

É como que um complemento da liberdade de expressão, pois estas reuniões vão se caracterizar diversas vezes pelo debate de idéias ou mesmo

(98) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 378.

pela manifestação do pensamento comum de várias pessoas. Estas reuniões podem ser realizadas a qualquer hora, em lugares fechados, em casa, ou em lugares abertos, nas praças ou vias públicas, em forma de comícios ou passeatas.

Para BISCARETTI DI RUFFIA ⁽⁹⁹⁾, deve-se entender por reunião “o agrupamento temporário e voluntário de várias pessoas em determinado lugar, segundo acordo preventivo e com um fim preestabelecido”, diferenciando-se desta forma das aglomerações ocorridas por qualquer fato repentino e ocasional. PONTES DE MIRANDA ⁽¹⁰⁰⁾ vai excluir também do enunciado da liberdade de reunião os visitantes ou convidados de uma festa, o auditório de concertos ou conferências, o conjunto de espectadores de teatros, cinemas, circos etc., o aglomerado dos que se acham em mercados, ou feiras, ou bolsas; o ajuntamento por força de ordem legal, como o dos que têm de ser conscritos para o serviço do Exército ou da Marinha. Para PONTES DE MIRANDA, vai faltar, em todos estes casos, a intenção dos indivíduos em se reunirem.

As reuniões não podem ser proibidas, desde que sejam pacíficas, realizadas sem armas. Haverá, ainda, limitações a esta liberdade fundamental, como a de se estabelecer, em determinadas circunstâncias, o local de sua realização, contanto que, obviamente, o local determinado pela autoridade não impossibilite a sua realização.

7.5 — *Liberdade de expressão*

A liberdade de expressão é de fundamental importância para o desenvolvimento intelectual e cultural da raça humana. Todos os períodos da história marcados pela censura e pela intolerância foram também de profunda estagnação cultural.

São diversas as formas de expressão do pensamento, que vão constituir as liberdades derivadas do direito individual de se expressar livremente.

São liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente, para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total.

Desta forma, são liberdades de expressão:

7.5.1 — *Liberdade de palavra e de prestar informações*

7.5.2 — *Liberdade de imprensa*

A liberdade de imprensa terá para A. ESMEIN ⁽¹⁰¹⁾ o mesmo princípio da liberdade de reunião, ou seja, o direito dos homens de comunicar

(99) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Ob. cit.*, p. 541.

(100) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 379.

(101) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, pp. 546, 547.

o seu pensamento, as suas idéias. Entretanto, não vamos colocar a liberdade de reunião entre as liberdades de expressão. Como nos ensina PONTES DE MIRANDA ⁽¹⁰²⁾, a liberdade de reunião é uma liberdade física, assim como a liberdade de locomoção, a inviolabilidade da casa, ou a segurança individual. Apesar de ser a reunião, em qualquer das suas formas, uma maneira de se poder expressar e comunicar os pensamentos, esta será uma liberdade física do indivíduo e não uma liberdade de pensamento ou de expressão deste, no sentido mais estreito.

7.5.3 — *Liberdade de se expressar por meio da arte, seja o teatro, o cinema, a dança, a música, a literatura, a pintura, a escultura ou qualquer outro tipo de arte.*

Como nos ensinaria PONTES DE MIRANDA, os únicos limites que a lei poderá fazer às artes será o de: “subtrair à juventude certas criações artísticas, a título de demasiado emocionantes, ou acima de sua idade: vedar alusões pessoais que constituam crimes previstos em lei”.

7.5.4 — *Liberdade de ciência, utilizada para o desenvolvimento pacífico das civilizações*

7.5.5 — *Liberdade de culto*

Esta será a expressão da consciência religiosa, do pensamento e do sentimento religiosos. Os limites serão aqueles indicados pela liberdade individual, sendo que a cerimônia ou o culto não pode ultrapassar os limites impostos pela lei ordinária, no sentido de preservar a integridade física e moral do indivíduo, a ordem pública e, até mesmo, as espécies animais.

A Constituição brasileira de 1824 vai estabelecer que a Religião Católica continuaria a ser a religião do Império, acrescentando ainda no seu art. 5.º que “todas as demais seriam permitidas apenas em seu culto particular, sem qualquer forma de exteriorização” ⁽¹⁰³⁾.

A partir da República, com a separação da Igreja do Estado, deixará de existir uma religião oficial, caindo esta proibição, estabelecendo-se limites somente no sentido de se preservar a ordem pública e os bons costumes.

7.5.6 — *Liberdade de ensino, tendo como limites aqueles impostos pela verdade e pela ciência*

7.5.7 — *Sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e telefônicas.*

Este princípio, que visa proteger a privacidade dos indivíduos na emissão do pensamento, poderá aceitar uma restrição. Será no caso do

(102) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 369.

(103) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 533.

estado de sítio, quando a gravidade e emergência da situação permitirão a censura legal da correspondência, ou das comunicações telefônicas e telegráficas.

7.6 — *Liberdade de consciência*

Esta liberdade está intimamente ligada à liberdade de expressão, pois uma depende diretamente da outra. São inseparáveis. Para a livre formação da consciência é necessário que exista a liberdade de expressão, pois é através do livre acesso a todas as correntes do pensamento da humanidade, em todas as áreas, que poderá o indivíduo formar livremente a sua consciência filosófica, política ou religiosa. Portanto, limitando-se a liberdade de expressão, estar-se-á limitando também a liberdade de formação da consciência.

Entretanto não será somente desta forma que poderá o Estado violar o que no nosso entender é a mais preciosa liberdade. PONTES DE MIRANDA nos ensina que, “quando se pensa e não se diz, nem se deixa perceber, torna-se impossível, lá fora, conhecer-se o que se pensa e ter-se prova”⁽¹⁰⁴⁾. Desta forma, cria-se uma barreira natural à ação do Estado autoritário, que, não conhecendo o pensamento, não vai procurar interferir nele de maneira bárbara e cruel como por meio das diversas formas de lavagem cerebral. Mas mesmo este esconderijo da consciência, que é o silêncio, pode ser violado. Vamos recorrer mais uma vez ao mestre PONTES DE MIRANDA, e utilizaremos suas palavras para afirmar que “expedientes e truques têm sido usados para se derrubar essa muralha⁽¹⁰⁵⁾ e se permitir, com explicações cavilosas, o sadismo decadente das indagações inquisitoriais. Tais como a leitura de poemas revolucionários, em reuniões, para se verificar, pelos olhos, se alguns dos presentes os conheciam; ou de música, para se verificar ser estranha, ou não, aos ouvintes. Recorrem-se a outros meios, inclusive tóxicos especiais e sonhos por sugestão. Essa invasão do foro íntimo obedece ao sistema geral de repressão”⁽¹⁰⁶⁾. Podemos perceber, dentro desta liberdade fundamental, uma outra, que será a liberdade de não emitir o pensamento.

7.7 — *Liberdade de associação*

BISCARETTI DI RUFFIA⁽¹⁰⁷⁾ vai-nos mostrar que esta terá uma natureza totalmente diversa da liberdade de reunião, que será entendida como um “agrupamento temporário e voluntário de várias pessoas em um

(104) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 338.

(105) O silêncio como forma de não dar a conhecer a consciência.

(106) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 338.

(107) BISCARETTI DI RUFFIA. *Ob. cit.*, p. 543.

determinado lugar, segundo acordo preventivo e com um fim preestabelecido”, ao passo que a liberdade de associação “é o direito de várias pessoas se organizarem com um vínculo recíproco e duradouro, para alcançar um fim comum” (108). Não são permitidas associações com caráter bélico que tenham por objetivo praticar atos proibidos pela lei penal, ou que tenham uma atividade desconhecida (organizações secretas).

7.8 — *Direito de petição e de representação*

As Constituições brasileiras de 1824 (art. 179, n.º 30), 1891 (art. 72, § 9), 1934 (art. 113, n.º 10) e de 1946 (art. 141, § 37) estabeleciam que a “representação era o direito que se exercia através de um instrumento chamado petição” (109).

A atual Constituição vai estabelecer uma diferenciação quando afirma, no art. 153, § 30, que: “É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos poderes públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.”

Podemos, a partir de então, estabelecer que o direito de representação será aquele que se vai manifestar contra os abusos de autoridade, enquanto o direito de petição seria utilizado para defesa de direitos individuais ou coletivos. Já tratamos do assunto anteriormente, quando nos utilizamos da lição de A. ESMEIN para diferenciar os direitos individuais dos direitos políticos. ESMEIN (110) afirma que o direito de petição terá duas aplicações distintas: uma para se ressarcir de direito individual lesionado, outra para propor medidas de interesse geral. Desta forma o constitucionalista francês coloca como direito individual somente o direito de representação por meio de petição, enquanto que a segunda hipótese caracteriza um direito político.

A Constituição de Weimar no seu art. 126 vai estabelecer uma diferenciação entre o conceito de petição e queixa, permitindo ao “cidadão alemão o direito de dirigir por escrito petições (*Bitten*) ou queixas (*Beschwerden*) de uma maneira individual ou coletiva” (111).

Entretanto, este direito de petição tem perdido muito da sua importância com o surgimento de garantias constitucionais, como o “habeas corpus” e o mandado de segurança (112).

(108) BISCARETTI DI RUFFIA. *Ob. cit.*, p. 544.

(109) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 620.

(110) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, pp. 550 e 551.

(111) PINTO FERREIRA. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 568.

(112) PINTO FERREIRA. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 568.

8. *As garantias dos direitos individuais*

As preocupações a respeito das garantias dos direitos individuais e dos limites das liberdades individuais são bem remotas. Apesar das constantes proclamações destes direitos individuais, são frequentes as ameaças e as violações (113).

O professor JOSÉ ALFREDO BARACHO, em importante estudo do processo constitucional, nos ensina que:

“A defesa das liberdades públicas pode ser assegurada por diferentes modalidades, sendo que em certos Estados, sob o plano institucional, ocorre o aparecimento de garantias teóricas: princípio democrático, separação de poderes, princípios da legalidade, supremacia da Constituição. A real garantia está no respeito às liberdades públicas, que aparecem como condição da democracia” (114).

A eficácia da declaração de direitos é preocupação e tema de debate dos clássicos do Direito Constitucional. As Constituições francesas de 1791, 1793, do Ano III e de 1848 não se vão contentar com as declarações solenes de direitos em seu preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que elas garantiam aos cidadãos (115).

Muitas Constituições vão utilizar esta terminologia francesa de “garantias individuais” ou “constitucionais” em relação aos direitos individuais. Entretanto, este entendimento vai mudar, pois a nova doutrina entenderá que a simples declaração de certos direitos não será suficiente para garantir a sua eficácia. “Tal compreensão leva à aceitação de que a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste em sua proteção processual” (116).

A expressão “garantias constitucionais” ou “garantias de direitos” será empregada, portanto, de duas maneiras diferentes. Primeiramente ela vai decorrer da “inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente” (117). De outra forma a doutrina alemã, como nos ensina o profes-

(113) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 180.

(114) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 180.

(115) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral de Constitucionalismo.” *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 91, jul./set. 1986, p. 45.

(116) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 183.

(117) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: o devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, p. 83.

sor JOSÉ ALFREDO BARACHO, vai empregar esta expressão para significar “os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo” (118).

Utilizando esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, encontraremos no direito brasileiro garantias como o “habeas corpus” e o mandado de segurança, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual penal, como o do devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa (119).

Conclusões

Após este rápido estudo dos direitos individuais, podemos chegar a determinadas conclusões.

Com relação ao conceito dos direitos individuais fundamentais, podemos afirmar que são direitos que pertencem a cada um isoladamente, pois dizem respeito a condutas cujo poder de decisão é individual e o único limite é a liberdade do outro. São direitos que têm como objeto as condutas individuais e a integridade física e moral. Sua base fundamental é a igualdade, sem a qual não haverá liberdade, pois esta seria privilégio de poucos em detrimento de muitos.

Estes direitos diferem essencialmente dos direitos sociais, que são direitos que só podem ser realizados coletivamente, sendo que o comportamento estatal será o oposto daquele exigido diante dos direitos individuais. Nos direitos individuais a omissão será a regra de conduta estatal, enquanto que, diante dos direitos sociais, o Estado deve agir, deve colaborar, contribuir. Os direitos sociais são os direitos do homem inserido na sociedade, e os direitos individuais pertencem a cada um isoladamente, pois são da própria essência humana.

Diferenciamos também os direitos individuais do direito político, que é o direito do cidadão de participar do poder estatal, da administração pública ou da elaboração de leis.

Reconhecemos o inegável valor jurídico dos direitos individuais contidos na Constituição, seja qual for a forma em que estes direitos se apresentem: por meio de declarações de direitos, de princípios filosóficos, de garantias de direitos no sentido clássico, sendo ou não assegurados pelas

(118) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral de Constitucionalismo”, *ob. cit.*, p. 45.

(119) SOUZA, José Barcelos de. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 7.

garantias processuais constitucionais. Desde que estejam previstos no texto constitucional, não se pode negar o seu caráter de obrigatoriedade e o valor jurídico de sua declaração. Afirmamos, portanto, o valor jurídico das declarações de direitos contidas na Constituição.

Quanto aos diversos direitos e garantias individuais, podemos classificá-los da seguinte maneira:

- 1 — A igualdade (o fundamento de todos os outros direitos individuais)
- 2 — Liberdades físicas
 - 2.1 — Liberdade de locomoção
 - 2.2 — Segurança individual
 - 2.3 — Inviolabilidade de domicílio
 - 2.4 — Liberdade de reunião
 - 2.5 — Liberdade de associação
- 3 — Liberdades de expressão
 - 3.1 — Liberdade de palavra e de prestar informações
 - 3.2 — Liberdade de imprensa
 - 3.3 — Liberdade da arte
 - 3.4 — Liberdade de ciência
 - 3.5 — Liberdade de culto
 - 3.6 — Liberdade de ensino
 - 3.7 — Sigilo de correspondência, de comunicações telefônicas e telegráficas
- 4 — Liberdade de consciência
 - 4.1 — Religiosa
 - 4.2 — Filosófica
 - 4.3 — Política
 - 4.4 — Liberdade de não emitir o pensamento
- 5 — Propriedade privada (direito)
- 6 — Direito de petição e de representação
- 7 — Garantias processuais (Garantias de eficácia propriamente dita)
 - 7.1 — *Habeas corpus*
 - 7.2 — Mandado de segurança
 - 7.3 — Princípios fundamentais de direito processual

- 7.3.1 — o devido processo legal
- 7.3.2 — o juiz natural
- 7.3.3 — a instrução contraditória
- 7.3.4 — ampla defesa

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 93, jul./set. 1986.
- *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*. Movimento Editorial da Revista FDUFG.
- *Processo Constitucional*. Rio, Forense, 1984.
- BARCELOS DE SOUZA, José. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. 5ª edição, Edição Saraiva, 1980.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. Tradução da 9ª edição de 1972 por Maria Helena Diniz.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ou Estado Social*. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 19ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- CASTAN TABEÑAS, José. *Los Derechos del Hombre*. 2ª edição, Madrid, REUS S.A., 1972.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1930.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones Politicas y Derecho Constitucional*. 5ª edição, Barcelona, Ariel, 1970.
- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 6ª edição, Paris, Recueil Sirey, 1914.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, São Paulo, Edições Saraiva, 1975.

————— *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª edição rev. e atualizada, Saraiva, 1986.

GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*. Porto Alegre, LPM Editores Ltda., 1980.

HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 4ª edição, Paris, Éditions Montchrestien, 1970.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª edição espanhola, Barcelona, Ariel, 1970.

MACHADO HORTA, Raul. "Constituição e direitos individuais". *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 20, n. 79, jul./set., 1983.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 15ª edição, São Paulo, Editora Sugestões Literárias, 1983.

MARITAIN, Jacques, *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro, Agir, 1966.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3ª edição, Belo Horizonte, 1986.

MIRKINE GUETZEVICH, Boris. *Evolução Constitucional Européia*. Rio de Janeiro, José Kofino Editor, 1957.

NICZ, Alvaçir Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

PERGOLESI, Ferruccio. *Orientamenti Sociali delle Costituzioni Contemporanee*. 3ª edição, Florença, Editrice Fiorentina, 1948.

PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª edição, tomo II, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1971.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 4ª edição, México, Editorial Porrúa, 1970.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos 1978.

SALGADO, Joaquim Carlos. "Os Direitos Fundamentais e a Constituinte" in *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, Conselho de Extensão, UFMG, 1986.

SALINAS FORTES, Luiz Roberto. *O Iluminismo e os Reis Filósofos*. São Paulo, Brasiliense, 1981.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1977.

VIEIRA ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina, 1983.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

A arte por computador e o direito de autor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.
Regente de Direito de Autor nos cursos de graduação e de pós-graduação

SUMÁRIO

1. *As manifestações de arte pelo computador.*
2. *As questões que se suscitam no plano do direito de autor.*
3. *O problema da criação.*
4. *A criação pelo computador.*
5. *Titularidade de direitos.*
6. *Conclusões.*

1. *As manifestações de arte pelo computador*

A revolução que a informática imprimiu à vida humana no presente estágio, modificando profundamente usos e costumes, empresariais e particulares, já está alcançando o mundo da arte, em sua própria textura e em sua conceituação intrínseca, a provocar verdadeira revolução quanto ao respectivo sentido e ao alcance futuro.

Com efeito, a começar pela música, o uso de computadores como meio de expressão de arte vem atingindo dimensões nunca antes imaginadas, penetrando no domínio da própria essencialidade da arte e questionando as concepções tradicionais, a partir de programas tendentes a fazer com que da máquina nasçam criações intelectuais novas.

Na senda da reprodução, já está definitivamente assentada a posição do computador como aparato de multiplicação de escritos, imagens e sons, inclusive com os acoplamentos necessários, que lhe permitem a produção em série (edição de textos, impressão de formulários, edição de gráficos e inúmeras outras utilidades).

Como instrumento musical, no processo de execução, aderente a outros, ou componente de conjuntos ou orquestras, também está consagrado o uso do computador, mesmo em nosso país, que já conta com inúmeros expoentes na denominada "tecnopop" (ou "arteônica"), em que o computador funciona como sintetizador (processo de síntese musical), produzindo sons diferentes dos usuais.

Impressiona-nos, no entanto, de há muito, como o referimos em nosso livro *Direito de Autor na Obra Publicitária* — em que, por vez primeira, entre nós, colocamos essa questão —, o problema da criação de música — ou de outra arte — pelo computador, que, aliás, já foi versada por especialistas no exterior, em particular na Itália, ante ao maior desenvolvimento

lá obtido nesse passo (como PAOLO GRECO e PAOLO VERCALLONE, *I Diritti sulle Opere dell'Ingegno*, pp. 66 e segs.).

No cenário presente, figuras humanas, pinturas, gravuras e desenhos são obtidos no computador, por via de programas especiais, que permitem, através da linguagem codificada específica, por exemplo, a criação de imagens próprias, ou a reprodução de outras tantas (assim, fotos, telas de pintura, esculturas famosas e outras obras têm sido reproduzidas no computador).

2. *As questões que se suscitam no plano do direito de autor*

As questões que nos preocupam precipuamente são as seguintes: pode o computador criar, por si, obra intelectual, e, em caso positivo, de quem será o direito sobre a forma estética resultante?

Refletem-se essas indagações exatamente no âmbito do direito de autor, cujo sistema existe para a proteção das criações intelectuais estéticas, de que os programas de computação constituem espécie, entre nós, por força de expressa legislação (Lei n.º 7.646/87, art. 2.º).

Em função do regime legal adotado, são os criadores de programas titulares de direitos autorais, gozando da exclusividade de exploração e dos demais direitos próprios do elenco previsto em seu contexto, aliás, em consonância com posição que defendíamos desde 1981, no Congresso de Florianópolis, em trabalho sob o título "Enquadramento jurídico do 'hardware' e do 'software' no plano dos direitos intelectuais" (depois publicado na *Revista de Informação Legislativa* 73/307 e *Revista dos Tribunais* 565/9).

De outra parte, quanto à condição de aparato reprodutor de textos, imagens e sons, incidem os computadores no âmbito da denominada "reprografia" — reprodução mecânica de obras intelectuais em série, pelos processos possíveis (xerografia, microfilmagem, computação, gravação eletrônica em vídeo, ou em fita etc.) —, prática que, quando envolve criações protegidas pelo direito de autor e não se faça sob autorização autoral, fere os direitos autorais. Aliás, para sua regulamentação, vimos sustentando, desde 1977, a instituição de regime de licença legal, mediante pagamento por cópia extraída, que poderia também ser aplicado à reprodução por meio de computador e à luz de anteprojeto que preparamos e oferecemos à apreciação das autoridades administrativas do setor (o denominado "projeto Bittar" de regulação da reprografia).

3. *O problema da criação*

De difícil solução, no entanto, é a questão da criação pela máquina: se a obra é resultante de programa elaborado por pessoa ou pessoas definidas, dúvida alguma há, sendo estas os seus titulares, salvo quando criam em regime de trabalho ou serviço assalariado, quando à empresa se atribuem os direitos, respeitados os condicionantes legais. Mas, e se a máquina criar sozinha ou independentemente de comando humano?

De início, põe-se em crise a própria noção de criação, que se tem considerado como própria da pessoa humana (ou pessoa natural), como

fenômeno decorrente de manifestação do intelecto, plasmada sob forma artística, literária ou científica.

Mas, uma primeira mitigação do conceito reside na atribuição originária de direitos de criação a pessoa jurídica, aceitando-se, pois, a idéia de criação no âmbito dos denominados "entes morais", sempre que, sob sua direção e coordenação, é criada a obra intelectual, que se constitui pela reunião incidível das elaborações individuais, inidentificáveis no final (na chamada "obra coletiva") (V. Lei n.º 5.988/73, art. 15, e Lei n.º 7.646/87, art. 5.º, em que se imiscuiu a noção, advinda do direito anglo-norte-americano, do "employer" como titular originário de direitos).

4. A criação pelo computador

Mas, chegar-se-á à criação absoluta na máquina, ou pela máquina? Força é reconhecer que, ante ao extraordinário avanço atingido na área tecnológica, em especial na telemática, fronteiras até então intransponíveis estão sendo alcançadas e submetidas à ação das máquinas e dos aparatos de comunicações. Ademais, o uso de magnetofones; vibrafones; osciladores e elaboradores eletrônicos (*computers*), na área da música, ao produzir sons os mais variados, tem conduzido à elaboração de obras musicais para uso específico por esses instrumentos (a "música eletrônica").

Discute-se a partir de determinados condicionamentos, se a máquina poderia, ou não, gerar música e se dotada de criatividade a obra assim produzida!

A partir de programas próprios, já é realidade a criação no computador de obras artísticas: temos assistido a freqüentes demonstrações, desde pinturas célebres, figuras humanas, de animais, desenhos, gravura, traçados, projetos arquitetônicos e outras. Geradas por cálculos matemáticos, novas imagens e figuras de conotações próprias vêm povoar o âmbito das artes.

Nesse sentido, pode-se dizer que a criação computadorizada é nova forma de expressão de arte. A arte realizada por meio de computador reveste-se de inegável caráter estético: interessantes composições, aliás, têm figurado em mostras do setor e em exposições de arte de vanguarda. As variações cromáticas obtidas no computador demonstram o enorme avanço atingido na computação gráfica.

No plano da criação e da execução, o computador vem substituindo instrumentos de trabalho de artistas, como o cinzel, o pincel, o lápis etc., e na música, onde as experiências já são mais antigas, atua como meio mecânico de transmissão de sons, ou seja, como verdadeiro instrumento musical. E mais: a capacidade de interação com o homem — que só o computador possui — confere-lhe posição ímpar no mundo artístico.

Anote-se, a propósito, que sempre que houver uso de obra alheia por essa via, cumpre sejam respeitados os direitos do criador da obra primígena, de cuja autorização expressa depende o usuário para sua comunicação por essa nova forma, assim como para qualquer outra (como em televisão normal, por cabo, ou por assinatura; rádio; cinema etc.).

A infinita capacidade de armazenamento de dados para posterior produção e usos os mais variados recomenda, pois, respeito absoluto às criações inseridas em seu contexto, sob pena de privar-se o criador de direitos que a utilização normal da obra lhe permite.

5. *A titularidade de direitos*

Admitida a possibilidade de criação pela máquina — superado, pois, o elo de ligação entre homem e computador, que pelo programa se estabelece —, volta-se à indagação já formulada: de quem será a titularidade, se a máquina incontrolada, por si, vier a criar obras estéticas originais?

Afasta-se, desde logo, a possibilidade de atribuição de direitos à máquina, que, embora disponha de componentes inteligentes, é, no mundo jurídico, *res* (coisa), insuscetível, pois, de ter personalidade — e, conseqüentemente, de ser ator no mundo do direito —, a qual se atribui apenas a pessoas físicas e jurídicas.

Volvendo-se para os possíveis contemplados, caberia discutir-se se os direitos deveriam ser deferidos: ao proprietário da máquina; ao seu usuário; ou ao titular do programa, que lhe permitiu alcançar esse nível.

Como, normalmente, as máquinas são objeto de contratos de “leasing” — embora muitas, ao revés, já estejam incorporadas ao patrimônio do usuário —, como ficaria a situação do interessado? Ao proprietário da máquina não nos parece possa ser atribuído qualquer direito, a menos que nele coincidam as posições de usuário e titular dos programas que alçaram a máquina ao plano criador. Além disso, ao usuário aplicar-se-ia o mesmo raciocínio, na medida em que se cuidasse de mero extrator de utilidades da máquina!...

Restaria, pois, o criador do programa, este sim a única pessoa apta a ingressar no âmbito da titularidade de direitos sobre a criação que o engenhoso invento venha a trazer a lume, e com razões de sobra, eis que de sua mente teria sido gerada a fórmula mágica que imprimiu sensibilidade estética ao formidável e genial aparato, que a tecnologia põe a serviço da humanidade e, paradoxalmente, lhe comandará a existência em seus ambientes e incomensuráveis vãos futuros!...

6. *Conclusões*

Assim, o novo dimensionamento conferido à arte pelo uso de computador rompe as fronteiras da conceituação tradicional, trazendo desafios continuamente mais profundos à inteligência e à sensibilidade humanas.

No plano jurídico-autoral, à luz da necessidade de outorgar-se ao autor do programa o direito sobre a obra nascida na máquina, deverá resolver-se a preocupante equação da titularidade de direitos, projetando-se para o futuro a solução que a estrutura atual do direito permite deduzir, como única possível.

Victimología y criminalidad violenta en España

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Prof. Dr. Catedrático de Derecho Penal
y Director del Instituto de Criminología
Universidad de Córdoba (España)

Se configura este estudio como primaria aportación, dentro de un programa de investigación afrontado por el Instituto de Criminología de la Universidad de Córdoba (España), sobre una problemática, cual la de la Victimología, de máxima actualidad social en el contexto internacional y de la más acentuada relevancia político-criminal, en orden a la conformación de una Legislación penal internacional, en la que progresivamente se den acogida cada vez más a instituciones supranacionales de recíproca cooperación a la Justicia penal.

Debe ante todo consignarse que, desde la óptica de las coordenadas en que se inspira el movimiento de la Reforma penal española, procede efectuar una breve aproximación temática, prelude de ulteriores consideraciones más específicas, sobre un núcleo de cuestiones criminológicas que sin duda ofrece singular significación político-criminal y reclama especial atención, habida cuenta del relativamente escaso interés prestado hasta ahora por lo general a la problemática objeto de referencia.

Las diversas instituciones jurídico-penales y criminológicas, que constituyen presupuesto de las reflexiones victimológicas diseñadas metodológi-

Trabajo redactado en homenaje al Prof. Dr. D. Agustín Fernández Altor.

camente en el presente programa investigador, sustancialmente vienen a confluír en la común exigencia de su ponderación técnica desde una perspectiva atenta a las más elementales reivindicaciones de Justicia, tanto de orden personal como social, por parte de la víctima del comportamiento delictivo, que junto a la agresión criminal en no pocas ocasiones se ve obligada a sufrir la falta de adecuada respuesta de los mecanismos jurídicos y sociales de reparación e indemnización material y espiritual, acusando los efectos de adicionales factores de marginación social.

1. Como punto de partida de las actuales reflexiones introductorias, he de poner inicialmente de relieve un dato estadístico de singular relevancia, en la perspectiva de una objetiva descripción de la realidad criminológica y jurídica subsistente en mi país.

Me refiero al dato del “aumento de la delincuencia violenta” en España, en una curva criminológica que estadísticamente revela un incesante recrudecimiento de estas formas de manifestación delictiva, que afectan no sólo a los tradicionales tipos de delitos violentos, sino también a comportamientos delictivos en los que la violencia es adicional o superfluaamente añadida al núcleo del contenido criminal de la acción.

La insensatez personal y la ausencia de inhibición psicológica respecto al empleo de medios violentos de delinquir, de esta suerte, constituye acaso una de las características más singulares de manifestación de la moderna criminalidad.

En efecto, se observa una reciente ascensión, en la sociedad española, con tendencia a un pertinaz arraigo criminológico, de la comisión de comportamientos delictivos violentos, que requieren el empleo de fuerza, bien física o bien moral, en la realización de múltiples figuras legales de delito.

a) En primer término, la aplicación de los medios violentos de comisión afecta primordialmente, por antonomasia, al conjunto de delitos que atentan contra los bienes jurídicos personales más preciados y sujetos a la más elevada garantía jurídico-penal, tales como los delitos contra la vida humana, contra la salud y la integridad corporal, contra la honestidad (término normativo peculiar del Ordenamiento penal español que abarca a la totalidad de los comportamientos desvalorados en el Derecho penal sexual), los delitos contra la libertad, la seguridad y el honor, y los delitos contra el estado civil de las personas.

En este contexto criminológico, se ha tratado de conectar ciertos nuevos fenómenos de la criminalidad, singularmente característicos de la moderna sociedad — tales como la drogadicción, el tráfico de drogas, el desempleo y la frustración profesional, o la proliferación de la delincuencia juvenil —, con el notable incremento experimentado por la tasa de criminalidad de los

delitos violentos contra las personas, que directamente inciden sobre los bienes jurídicos personales.

Tal incremento de las manifestaciones violentas de la criminalidad en España, sin duda, es favorecido por nuevos y complejos factores de orden sociopolítico, económico y cultural, que en suma vienen sintomáticamente a operar como momentos criminógenos.

En cierto sentido, la apreciación de estos nuevos condicionamientos de configuración política, que según se indica en ocasiones revisten auténtico carácter criminógeno por virtud de los graves desajustes sociológicos que comportan, denotan acaso una ineludible exigencia básica de sacrificio, por parte de una sociedad que ha optado por la nítida aceptación de un Sistema democrático de gobierno en el marco de la Estatalidad de Derecho.

La nueva estructura social y política de carácter democrático de mi país requiere, de modo perentorio, los precisos ajustes organizativos en su Ordenamiento jurídico y en su Administración pública, en orden a una veraz adaptación de ésta a los auténticos presupuestos sociológicos propios subyacentes en la misma, en el contexto de las modernas democracias de la Europa continental.

Sin una tal armonización, determinada de manera nítidamente consecuente y responsable a nivel de genuina cuestión de Estado, no sólo la propia sociedad se ha de resentir, con inequívoco detrimento del Sistema político objeto de *autodeterminación democrática*, sino que la tasa de criminalidad aumentará inexorablemente, generando una espiral de violencia, que de modo particular afectará a las generaciones que por ser más jóvenes sustentan las más firmes expectativas, frente a una sociedad que no puede impunemente defraudarlas ante la Historia y la Civilización.

Respecto al fenómeno criminológico básicamente enunciado, es de poner también de relieve que la ausencia de la debida coordinación armónica entre la realidad social y el desarrollo normativo ordinario de las exigencias de *carácter constitucional* — tales como el *afianzamiento de una Economía política* inspirada en la libertad de mercado, en todo caso subordinada al interés general y en el estímulo del crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, y el reconocimiento de un régimen democrático de respeto inquebrantable a los derechos y a los deberes fundamentales de las personas — ha propiciado la intensificación de ciertas manifestaciones delictivas.

Así acontece, en efecto, con el incremento cuantitativo y con la intensificación cualitativa de la gravedad típica de manifestaciones de criminalidad que se revelan progresivamente preocupantes, como los delitos contra el tráfico de drogas, los delitos contra la seguridad del tráfico rodado, los delitos contra la salud pública, el medio ambiente, la ordenación territorial

o la seguridad laboral y, en suma, un conjunto de comportamientos delictivos que atentan a bienes jurídicos comunitarios.

b) En segundo lugar, es de señalar que los fenómenos criminológicos aducidos, no sólo afectan directamente a los delitos violentos contrarios a bienes jurídicos de las personas individualmente consideradas, sino que además, como quedó indicado, trascienden en la dinámica criminal al ámbito de otros comportamientos delictivos a cuya morfología típica no pertenece esencialmente el empleo de violencia física o moral alguna.

De esta suerte, los desajustes sociopolíticos acusados por una democracia como la española, en temas que afectan a la propia justificación del *Ius puniendi* estatal — que ha de emanar de la genuina y sustancial voluntad popular de Justicia comunmente sentida, y no de los intereses partidistas de ninguna opción política —, hacen sentir igualmente su reflejo en el recurso a la utilización de medios violentos en las manifestaciones de diversas conductas delictivas que, tentando primordialmente contra bienes jurídicos no personales, terminan también por afectar a bienes y valores inherentes a la personalidad humana.

En este contexto, aun desde el punto de vista de una valoración, no tanto de signo individualista cuanto de índole sociológico-criminal, se ha detectado que, a través de hipótesis de concursos de delitos, ya real ya ideal, así como en ocasiones de supuestos de concurso de leyes penales, se atenta en la realización de delitos de carácter extrapersonal también conjuntamente a bienes jurídicos de la persona.

A tal respecto, en el marco de una reflexión psicológico-criminal, se ha llegado a estimar que, frente a la clásica actitud delictiva de infligir, más o menos alevosa o premeditadamente, deshonra, indignidad o humillación a la víctima de un delito, en particular en supuestos en que la misma opone una resistencia que al fin es enervada por el autor, se aprecian hoy crecientemente nuevas tendencias criminológicas en la actitud subjetiva del autor de numerosos comportamientos delictivos.

En efecto, en el momento presente, se ha advertido la presencia de nuevas disposiciones anímicas del sujeto en la autoría de comportamientos delictivos violentos, que hacen referencia a la pretensión de satisfacer un exteriorizado instinto de superioridad del autor sobre la víctima, en el que, marcándose las diferencias de los planos situacionales entre ambos, aquél se prevale de una posición inhibitoria de la reacción de ésta, a la que con frecuencia aspira a colocar en una actitud de cobardía e indefensión, de una manera insensata, superflua e innecesaria.

2. Entre el conjunto de factores desencadenantes de la “desocialización personal” del delincuente, que contribuyen a la configuración de la “capa-

ciudad criminal” del autor, en el momento actual, debe resaltarse especialmente los “fenómenos socioeconómicos”, a que con anterioridad se ha aludido de modo incidental, y que, sin duda en la presente situación de la Economía política española, condicionan de manera significativa el desenvolvimiento de la criminalidad violenta en España, sobre todo en cuanto afectan al plano estructural básico de la macroeconomía nacional.

Son de resaltar aquí, de modo particular, las precarias condiciones de absorción, por parte de la sociedad española, de la capacidad de aportación de la actividad profesional de las más jóvenes generaciones, que suscita el alarmante problema del paro, que alcanza a varios millones de ciudadanos españoles, y que parece, no sólo no reducirse ni dominarse, sino recrudecerse respecto de las actuales promociones estudiantiles y profesionales en formación del país.

Tan evidentes situaciones de injusticia sociolaboral generan instintivamente una legítima actitud de rebeldía, por parte de amplios estamentos, tanto estudiantiles como de fuerzas de trabajo de la sociedad española, frente a un *status* en el que no tiene fácil cabida el normal desenvolvimiento *del rol social que están destinados a desempeñar las más jóvenes promociones de un país que, solamente a través de una más justa distribución de la riqueza nacional, puede llegar a desenvolverse en el marco de un régimen constitucional de las libertades y de la democracia.*

Sin perjuicio de la imperiosa necesidad de las ineludibles correcciones aludidas, es de señalar, en orden a la complementación del cuadro criminológico de la delincuencia violenta en España -básicamente delimitada a grandes trazos, en el marco de una incipiente y defectuosa pero irreversible e irrenunciable democracia cual la española-, que la criminalidad en el ámbito territorial hispánico parece homologarse a la de otros países de análoga configuración político-constitucional, precisamente, en el dilatado cuadro de la denominada delincuencia supranacional.

La delincuencia supranacional requiere una respuesta transnacional y la puesta en práctica efectiva de unos mecanismos de colaboración penal internacional, de cuyos requerimiento y compromiso en modo alguno se libera España, ni en el contexto comunitario continental ni en el intercontinental, para una mejor satisfacción de las elementales exigencias victimológicas de la actualidad.

3. Frente a este cuadro criminológico, cuyas peculiaridades más acusadas se han descrito a grandes rasgos, interesa de modo particular aludir a las vetustas previsiones legales, reguladoras del régimen de reparaciones e indemnizaciones personales y materiales por el conjunto de los daños y perjuicios irrogados a la víctima de todo comportamiento delictivo, todavía en vigor en el vigente Ordenamiento penal español.

A este respecto, procede ante todo señalar que, si bien desde el punto de vista puramente técnico parece inobjetable identificar — conforme a criterios doctrinales tradicionalmente aceptados — a la “víctima” con el “ofendido”, entendidos como la noción genuina y propia del sujeto pasivo del delito en sentido estricto, se muestra asimismo no obstante conveniente reconocer la entidad de otros sujetos que son, directa o indirectamente, “perjudicados” por el comportamiento delictivo.

En este contexto, todos estos sujetos, que resultan directa o mediamente afectados de modo inequívoco por la nocividad inherente a un comportamiento delictivo, pueden ser de igual modo comprendidos en la noción victimológica, conceptualmente más amplia, de “víctima”, que en todo caso constituye el objeto de consideración realistamente determinado de la Victimología, Ciencia que está llamada establecer las bases de conexión entre el tradicional planteamiento axiológico y normativo peculiar del Derecho penal y la moderna investigación psicológica y social del fenómeno criminal propia de la Criminología.

Como criterio normativo básico en la regulación de la asistencia jurídica provista a la “víctima” — en sentido victimológico amplio — de todo comportamiento delictivo, comprendiéndose consiguientemente la consideración tanto al sujeto pasivo como a los perjudicados por el delito, es de consignar que el vigente Código penal español proclama — acaso un tanto enfáticamente — en su artículo 19, que “toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente”.

Tal concepto normativo de determinación de la “responsabilidad civil” se halla delimitado por la exigencia de la “reparación” de daños y perjuicios derivados de una infracción penal, circunscribiéndose técnicamente el concepto de “daños” a aquellos efectos nocivos del delito portadores de contenido material y tangible y susceptibles de una compensación efectiva, y remitiéndose conceptualmente la noción de “perjuicios” al ámbito de los efectos nocivos de la infracción penal que inciden sobre la esfera espiritual del sujeto pasivo del delito y que conforme a su naturaleza son susceptibles de una reparación de índole moral.

La determinación de los daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito obviamente se basa en diversos factores: en la naturaleza del tipo de la infracción penal, en el correspondiente grado perfecto o imperfecto de ejecución de la misma, en la específica modalidad de intervención a título de autoría o de participación en ella, así como en la índole singular del bien jurídico respectivamente afectado por la realización delictiva.

El sistema jurídico español, conforme al criterio establecido en su Código penal, preconiza el principio de que, cuando falta la responsabilidad

criminal, proveniente de la comisión de un delito, decae también la "responsabilidad civil directa", derivada de la comisión del injusto típico, es decir, de toda realización de una acción típicamente antijurídica, con independencia de la culpabilidad o no del autor y de la consiguiente ausencia o no de la punibilidad del mismo.

Tal principio normativo general de que la ausencia de responsabilidad criminal conlleva la exclusión de la responsabilidad civil derivada del injusto típico, sin embargo, conoce algunas excepciones legales en el propio Sistema jurídico-penal que le preconiza.

En efecto, el Código penal español prevé expresamente en tal vía de excepcionalidad los comportamientos descritos en la Ley penal que hayan sido realizados por enfermos mentales, por menores de edad penal, por personas que tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, por quienes se hallan en situación de estado de necesidad, y por quienes obran impulsados por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

Respecto de tales hipótesis de causas eximentes de responsabilidad penal, excepcionadoras del principio general, prevé el Código penal un sistema de "responsabilidad civil subsidiaria" por los daños o perjuicios irrogados, que alcanza a las personas responsables del enfermo, del menor, del incapacitado, de la persona en cuyo favor se haya precavido el mal en el caso del estado de necesidad, y al causante de la situación de miedo exculpante.

Asimismo prevé el Código penal la responsabilidad civil subsidiaria, en defecto de los sujetos que sean responsables criminalmente, para quienes ostentan una básica situación de garantía respecto de los establecimientos que dirijan, en los que ha tenido lugar la comisión de delitos o faltas por parte de empleados de tales establecimientos, previendo la determinación de la situación de garantía de los responsables civiles subsidiarios por virtud de la referencia a diversos títulos y de forma en exceso prolija y casuística.

No obstante, las aludidas previsiones de la legislación penal española requieren la exigencia de determinadas condiciones para el reconocimiento de validez de la responsabilidad civil, que mediatizan sensiblemente el alcance efectivo de la misma, tales como el ejercicio de las acciones civiles conjuntamente con las penales, o la concurrencia de infracción de reglamentos generales o especiales de policía relacionada con el hecho punible cometido.

De otro lado, es de significar que la positiva determinación de las responsabilidades civiles derivadas de la realización de un comportamiento tipificado en la norma penal queda sometida a un "ilimitado arbitrio

judicial”, y con ello ineludiblemente excluida de un criterio jurídicamente cierto y seguro, desde el punto de vista de las exigencias materiales del principio de legalidad penal, quedando abierta la posibilidad de dejar en situación de plena indefensión y de absoluta versatilidad a las personas de la víctima y de los perjudicados por la realización delictiva.

4. Consecuencia de esa deplorable situación legal española, que por lo demás adolece de evidentes lagunas relativas al conjunto de las restantes causas eximentes de responsabilidad penal que dejan intacta la comisión de una acción típica y antijurídica por parte de un autor no culpable, es el hecho de que, con gran frecuencia pero con insoslayable realismo, renunciándose a las garantías inherentes al principio de legalidad penal y acogiéndose los cauces de principios procesales como los de oportunidad y acusación, se opta en la *praxis* forense por la “renuncia al ejercicio de la acción penal”, sin más, y por la instancia del exclusivo ejercicio de las acciones civiles, ante la comisión de comportamientos delictivos aún de máxima gravedad.

El problema de fondo aún se agrava sensiblemente cuando se dejan normativamente sin contemplar, en una evidente “laguna legal”, situaciones en las que, a su vez, el responsable civil subsidiario del autor del comportamiento típico exento de responsabilidad penal, por su parte, adolece de la “incapacidad económica” para afrontar las obligaciones propias de la responsabilidad civil de carácter indemnizatorio que legalmente le incumben.

Así acontece en el caso, por lo demás extraordinaria y sintómicamente frecuente, del responsable civil subsidiario insolvente, como tal incapaz de satisfacer las compensaciones correspondientes a los daños y perjuicios irrogados.

Aún más, a tal respecto, en numerosos supuestos se verifica una situación de “insolventación”, que genera una insolvencia sobrevenida, portadora a su vez de una relevancia típica de muy difícil constatación práctica, sobre todo cuando apriorísticamente se emplean hábiles técnicas de dispersión de capital, v.gr. en un ámbito familiar o societario, que no sólo dejan sin efecto las exigencias compensatorias inherentes a la responsabilidad civil, sino que de paso pueden reportar beneficios fiscales para el responsable civil subsidiario, en el contexto de una dinámica criminógena de difícil, cuando no imposible, prevención y tratamiento correctos desde el propio marco de la legislación penal vigente.

En suma, los supuestos de la responsabilidad civil, tanto “directa” como “subsidiaria”, legalmente consignada a través de tan defectuosa y fragmentaria técnica legislativa, y que es en la práctica insatisfecha por el titular de la misma, no encuentran efectivo tratamiento correcto en el Ordenamiento jurídico español, desde el momento en que no se transfieren

a la propia Administración pública la carga de la responsabilidad civil indemnizatoria de los daños y perjuicios de un comportamiento delictivo precisamente en todas aquellas hipótesis en que el responsable criminal del mismo o el correspondiente responsable civil subsidiario no afrontan, total o parcialmente, el alcance de la compensación jurídica debida a la víctima y a los perjudicados del delito.

La previsión de una “responsabilidad civil subsidiaria de segundo grado”, con cargo a la Administración pública, en favor de la víctima del delito y de los perjudicados por el mismo, sin detrimento de las acciones procedentes contra el responsable civil subsidiario de primer grado, constituye una elemental propuesta de Política criminal en el momento actual de expectativas legislativas de configuración de Sistemas penales atentos a la salvaguarda integral de los bienes jurídicos acreedores de la protección jurídico-penal.

5. Sólo cabría mencionar una tímida y fragmentaria excepción a tan deplorable cuadro normativo de regulación de las compensaciones a la víctima y al perjudicado de los comportamientos delictivos.

Tal es el caso precisamente de las indemnizaciones a víctimas del terrorismo, previstas por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

La citada ley de 26 de diciembre de 1984, en su artículo 24, dispone que “serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de la comisión de actividades delictivas comprendidas en esta Ley, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que la desarrollen”.

Las aludidas normas de desarrollo, por otro lado, ciertamente establecen unos criterios exigüos, insuficientes, formalistas e injustos de determinación del importe de las indemnizaciones.

La defectuosidad de la Ley antiterrorista de 26 de diciembre de 1984, a que se hace referencia por lo que concierne a la determinación de las indemnizaciones a víctimas del terrorismo, no sólo denota la insuficiencia e imperfección de la misma respecto de su objeto de regulación, sino que además, y al margen del grave problema de la incidencia sustancial que proclama sobre derechos constitucionalmente garantizados — como el excesivo plazo de detención policial —, con la aludida previsión normativa unilateral que contiene, conculca el principio constitucional básico de la igualdad, que ha de inspirar todo tratamiento jurídico, constitucionalmente correcto, de la indemnización debida a las víctimas y a los perjudicados de cualesquiera tipos de delitos.

6. En el presente contexto de ponderación legislativa, he de señalar igualmente en sentido crítico que, en ocasiones, la falta de la posibilidad de ejercicio de las facultades indemnizatorias y compensatorias, correspondientes a un comportamiento tipificado en la norma penal, se "anticipa" ya el propio momento de realización del respectivo comportamiento delictivo.

Se alude en concreto a aquellos supuestos en los que, a la vista de la regulación vigente en el momento actual, puede suponerse que formalmente no se ha producido desde el punto de vista de la legalidad objetiva la causación de ningún perjuicio, determinante de la exigencia de compensación jurídica, por lo que la "víctima" y el "perjudicado", conforme a un concepto social de valoración de tales situaciones, no encuentran cauce jurídico viable de ejercicio de acciones indemnizatorias de las consecuencias nocivas padecidas por comportamientos típicos, al no disponer del debido ordenamiento positivo.

De esta suerte, en tales hipótesis puede suponerse que formalmente no procede compensación alguna a víctima o perjudicado de un comportamiento típico que no ha llegado a producirse, y que con arreglo a Derecho queda decaída toda posible pretensión en aquel sentido.

A fin de clarificar puntualmente la precisión crítica ahora suscitada, será conveniente aludir específicamente siquiera a algunos supuestos concretos, que evidencian la incongruencia sustantiva entre regulación jurídica y realidad social.

Podría tenerse presente, en primer lugar, el siempre acuciante problema del exacto tratamiento jurídico-penal de la práctica de la voluntaria interrupción del embarazo, al amparo de alguna de las causas desincriminadoras del aborto consignadas en la vigente Legislación penal española.

Como es sabido, a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, se ha desarrollado un abierto y amplio debate en la sociedad española sobre el permanente problema del tratamiento jurídico-penal del aborto.

A tal respecto, quizás se ha polarizado acaso en exceso el planteamiento partidista de las diversas opciones políticas, definidas en el marco del pluralismo político e ideológico constitucionalmente proclamado en el Estado social y democrático de Derecho propio de la monarquía constitucional española, que se han mostrado abiertamente contrapuestas.

En cierto sentido, una cuestión social y humana como la apuntada que, al margen de su sentido ético, esencialmente reviste una fundamental significación jurídica que afecta directamente al ámbito de la Justicia penal, ha experimentado cierto maniqueísmo e incluso manipulación por parte de las diversas y encontradas opciones políticas.

Consecuencia normal de este planteamiento es que, tras un amplio debate más propiamente político y parlamentario de carácter partidista que genuinamente sociológico y humanitario, se ha llegado a la configuración de una nueva regulación del aborto, a través de una reforma parcial del Código penal, que se caracteriza porque, manteniendo en vigor la totalidad de los tipos legales tradicionales de incriminación del aborto entre los delitos contra la vida humana (en una tradición que es más que secular y que evidencia el anquilosamiento histórico de tales preceptos legales), incluye un artículo adicional, el actual artículo 417 *bis* del Código penal español, en virtud del cual se incorpora en la Legislación penal el sistema de las indicaciones desincriminadoras médica, eugénica o eugenésica, y jurídica o criminal (con exclusiva circunscripción en este último supuesto al delito de violación).

Sin entrar en este lugar en el trascendente problema de la valoración crítica del sistema legal de las indicaciones, fragmentariamente acogido en el Ordenamiento penal español, con respecto a los postulados propios del criterio del plazo, baste señalar que la presente regulación adolece de escasas condiciones de viabilidad, que permitan garantizar el correcto tratamiento jurídico de una de las cuestiones que sin duda preocupan a la sociedad contemporánea.

Desde una perspectiva victimológica, baste indicar en este contexto que los "perjuicios" que pudieran derivarse para la madre del embrión fecundado, por la negativa de la práctica médica del aborto en los supuestos legalmente previstos, sin duda, pueden llegar a "excluirse", no sólo teóricamente por virtud de la posibilidad de la objeción de conciencia por parte del facultativo que se considere no vinculado a la práctica médica requerida, sino prácticamente incluso, de forma más o menos institucionalizada, por la deficiencia estructural sanitaria para la debida atención médica en el marco de la legalidad penal vigente.

En efecto, ni el problema de la objeción de conciencia invocable por los facultativos al amparo del principio constitucional de la aconfesionalidad del Estado español y de la libertad de conciencia de sus ciudadanos, de una parte, ni el complementario problema de la previsión de un mecanismo sanitario público para el aseguramiento de la asistencia médica respecto de los ciudadanos que, al amparo del mismo derecho constitucional de la libertad de conciencia, opten dentro del marco legal por la voluntaria interrupción del embarazo, por otro lado, han sido debidamente resueltos hasta el momento en el Ordenamiento jurídico español.

Antes bien, los problemas denunciados han abierto una nueva y dilatada polémica, con no escasas connotaciones estamentadistas y corporativistas, de diverso modo interpretadas y utilizadas por las distintas opciones con representación parlamentaria, de suerte que, no sólo no han conseguido

decantar ninguna solución satisfactoria en el plano social, sino que han evidenciado una consecuencia incuestionable: la víctima de esta situación psicológica y social extrema, y con frecuencia humanamente dramática, queda en absoluta indefensión ante un Ordenamiento jurídico que no prevé solución satisfactoria alguna.

He aquí un caso, pues, de "victimización institucionalizada", bajo la cobertura de la estatalidad jurídica, por virtud del incorrecto ejercicio de los derechos fundamentales para la solución de los problemas sociológicos.

7. Otro supuesto igualmente significativo de indefensión real de víctimas y perjudicados, que por cierto se ofrece en el marco del ejercicio de la propia Administración de Justicia, es el constituido por las hipótesis erróneas resoluciones determinantes de "victimización judicial".

En efecto, si bien el Ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad teórica de la responsabilidad civil subsidiaria de Jueces y Magistrados por errónea decisión jurisdiccional, la realidad jurisprudencial demuestra la "absoluta inaplicación práctica" de una tal responsabilidad, evidenciándose una injusta estimación legal, por la propia jurisprudencia, de los derechos que asisten a la víctima y a los perjudicados, desde la óptica del reconocimiento constitucional de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

A este respecto, ciertamente ha de tenerse presente que el problema de la ausencia de la responsabilidad civil de la propia Judicatura en los casos de error judicial no es exclusivo de nuestro país.

Antes bien, diversos países de nuestro entorno cultural continental europeo tienen planteado en la actualidad el arduo problema de la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados por supuestos de incursión de error judicial en el ejercicio del Poder jurisdiccional.

Tal es el caso, por ejemplo, de la República Italiana, que después de numerosos avatares políticos y parlamentarios, en conexión con un reciente cambio de gobierno, ha optado al fin, tras numerosos esfuerzos de expectativas jurídicas promovidas desde distintas instancias de la convivencia social, por someter a *referendum* nacional, dentro de la presente anualidad de 1987, la aludida cuestión de la posible responsabilidad civil de Jueces y Magistrados ante los casos de error judicial.

La connotación de carácter comparado a que se ha hecho referencia no asume mayor significación en el ámbito del Ordenamiento jurídico español si no es precisamente, por vía de contraste, porque en nuestro Sistema jurídico la "responsabilidad civil teórica" de Jueces y Magistrados aparecía ya consignada legalmente desde hace casi un siglo, y es el

caso que la indicada normativa ha sido objeto de una virtual "inaplicación práctica".

De tal constatación no cabe derivar, a nuestro modo de entender, que los Jueces y Magistrados españoles hayan estado durante un siglo en posesión de la verdad, exentos de la posibilidad de incurrir en "errores", y que por consiguiente se hayan mantenido al margen de una situación generadora de lo que podría denominarse "victimización jurisdiccional".

Lo más grave, sin embargo, no es quizá la inaplicación de una normativa legal que en modo alguno puede ser derogada por su desuso ni práctica *en contrario*, sino la casi total falta de conciencia y de sensibilidad ante uno de los problemas cruciales más acuciantes de la sociedad española actual en el ámbito de la Administración de la Justicia penal.

Baste señalar como ejemplos que se publican en la prensa y son objeto de viva controversia social aquellos supuestos en los que un Juez de Vigilancia, o un Juez o Tribunal encargados de la observancia de la ejecución y del cumplimiento de una pena privativa de libertad adopten la resolución, en atención al grado progresivo de cumplimiento alcanzado en el tratamiento penitenciario por el condenado a la pena privativa de libertad, de concederle al condenado un permiso de salida de fin de semana o de carácter especial, y, con motivo de esa esporádica salida del establecimiento penitenciario, el preso se evade del mismo.

Frente a tales casos de fuga de presos, en el contexto del mecanismo orgánico de aplicación de la legislación penitenciaria, en cambio, suelen tener escasa incidencia social los supuestos, mucho más numerosos y trascendentes en la convivencia de una sociedad democráticamente configurada, de los "errores judiciales" que, bajo la cobertura de una legislación descompasada a las exigencias constitucionales de respeto y *salvaguarda* de los derechos y libertades fundamentales de la persona, permiten en el orden procesal-penal el mantenimiento durante varios años de la privación de la libertad de una persona en calidad de preso preventivo, es decir, de quien no es todavía ni condenado ni siquiera sentenciado, sino detenido preventivamente a la espera de un juicio penal que decida sobre la existencia o no de la culpabilidad penal del detenido preventivo.

Ahora bien, es de reconocer que ciertamente el alcance de la responsabilidad de los Poderes públicos del Estado, y en concreto de la Administración de Justicia, frente al claro y trascendente problema de la victimización de importantes sectores de la sociedad española, trasciende acaso del propio marco del factor victimizante que hemos dado en llamar "error judicial", incidiendo en el marco legislativo, del que, conforme al Principio de Legalidad imperante en nuestro Sistema jurídico, trae origen toda la Administración de la Justicia penal.

8. Las reflexiones que preceden, sobre supuestos evidentes de victimización de sectores más o menos desocializados y marginados de los convencionales esquemas de convivencia en la sociedad española, sugieren asimismo la consideración de una posible nueva causa de victimización, vinculada a la propia actividad parlamentaria.

La denominada "victimización parlamentaria" trasciende más allá de la esfera propia de cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los destinatarios de las mismas así como de la propia aplicación de la legalidad vigente por parte de la Administración de Justicia, es decir, tanto de la esfera del justiciable, de un lado, como de la propia del Poder Judicial, que por antonomasia y conforme a su esencia se caracteriza por la absoluta independencia respecto los restantes Poderes públicos del Estado, de otro lado.

Es obvio que, con el reconocimiento de esta hipótesis de victimización, no se interfiere en el ámbito de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, que determina la total exención de posible responsabilidad jurídica de los parlamentarios por virtud de las manifestaciones de voluntad por ellos realizadas en el desempeño de la actividad legisferante.

No se cuestionan, en efecto, las facultades de ejercicio de la actividad parlamentaria, rebasándose los márgenes ordinarios de crítica y de descalificación absoluta de cualesquiera opciones propuestas por otras alternativas parlamentarias, porque en este sentido el ejercicio del poder parlamentario es excepcionado y goza de la indemnidad que las leyes penales confieren al *status parlamentario*.

Sin una tal libertad parlamentaria no podría ciertamente llevarse a efecto de manera correcta y consecuente la función legisferante, que admite la más denodada crítica y el más abierto debate dialéctico sobre las cuestiones objeto de la decisión de la Asamblea parlamentaria, de suerte que se excepciona personalmente la vigencia de la Ley penal, en especial respecto al grupo de delitos que la Dogmática jurídico-penal denomina como delitos de exteriorización, de expresión o de manifestación.

Sin embargo, no quiere ello decir en modo alguno que el Parlamento carezca de Ley. Independientemente de que las Cámaras parlamentarias tengan su propio Reglamento interno de regulación, que sin duda prevé facultades disciplinarias y medidas de observancia del orden orgánico interno en el normal funcionamiento de la actividad parlamentaria, es cierto que, en un plano que trasciende más allá de las exigencias reglamentaristas de carácter interno, el Parlamento por antonomasia ha de acatar incuestionablemente la propia Ley Fundamental.

En efecto, la Constitución Española rige para todos los ciudadanos y para todos los Poderes públicos del Estado. No conoce excepción alguna

al respecto. Individualmente son sometidos a las previsiones constitucionales todos y cada uno de los ciudadanos de este Estado social y democrático de Derecho que reconoce a la Constitución como su *Magna Charta*, proclamando que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. El Gobierno ha de ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Las Cortes Generales representan al pueblo español y tienen las competencias que les atribuye la Constitución. El Rey es el Jefe del Estado, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

El fenómeno de victimización a que se alude puede tener su causa en una errada actividad parlamentaria, que representa el paralelo del error judicial en el plano legisferante que es propio del ejercicio de la competencia constitucionalmente asignada a las Cortes Generales de España.

En efecto, si las Cortes Generales, a través del Congreso de los Diputados y del Senado, llegan a aprobar disposiciones de carácter general vinculantes a los destinatarios de las normas jurídicas, que atentan al reconocimiento positivo de los derechos y los deberes fundamentales expresamente proclamados en la Constitución española, se crearía justamente un nítido fenómeno de victimización parlamentaria, en orden a sus consecuencias.

El mecanismo práctico de la posible aprobación formal de una disposición jurídica de carácter general contraria a la Constitución, por parte del Parlamento, es orgánicamente fácil de representar como susceptible de viable consignación efectiva. Bastaría para ello la adopción del acuerdo parlamentario en el porcentaje mínimo previsto en la propia Constitución, que es la mayoría simple para las disposiciones de carácter general no constitutivas de Leyes orgánicas, y una mayoría cualificada para éstas, que requieren, para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto legislativo.

De esta suerte, un grupo parlamentario que cuente con mayoría absoluta, conforme al sistema constitucional español, puede aprobar, con apariencia de validez legislativa en base al cómputo positivo del número de votos favorables exigido por la correspondiente disposición general, una Ley orgánica o una ley ordinaria que no acaten los derechos y deberes fundamentales proclamados por la propia Constitución.

Desde este punto de vista, la formal entrada en vigor de tales disposiciones de contenido inconstitucional, tras su promulgación y publicación

oficial, generará una serie de efectos jurídicos, que solamente podrán ser salvados en virtud de recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional, en el caso de que se formalice en la práctica tal mecanismo jurídico del recurso constitucional.

En su virtud, el conjunto de efectos jurídicos que durante la vigencia de una ley inconstitucional derivan para los destinatarios de la norma jurídica configuran una inequívoca hipótesis de "victimización parlamentaria".

Como se ha indicado, lejos de representar una hipótesis irreal, el supuesto de la victimización parlamentaria puede perfectamente presentarse en la realidad, como correlato del error de decisión en el ámbito legislativo. Así acontece, no sólo cuando la norma legal aprobada por el Parlamento no respeta directamente los derechos y deberes fundamentales consagrados por la Constitución, sino también cuando la disposición legal no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos para su aprobación con arreglo a la Constitución.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley sobre control de cambios, que en su aspecto penal, y no en el de mera regulación administrativa del tráfico de divisas en el orden internacional, requiere carácter de Ley orgánica en cuanto afecta a derechos y deberes fundamentales de la persona. Una disposición legislativa sobre esta materia que no revestía el carácter de ley orgánica se ha mantenido en España, ilegítimamente desde la perspectiva de las exigencias constitucionales, durante varios años, generando una serie de consecuencias jurídico-penales, que sólo han podido ser salvadas por virtud de una resolución del Tribunal Constitucional declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley en el ámbito penal por ausencia del carácter orgánico de la misma.

La "victimización parlamentaria", que se genera por las actividades parlamentarias desarrolladas extraconstitucionalmente, con el fácil y posible prevalimiento de una mayoría parlamentaria absoluta, desde el punto de vista punitivo, representa una significativa hipótesis de riesgo para la Justicia penal, que por antonomasia emana de la propia voluntad popular y que en todo caso requiere la exacta previsión de medidas reparatorias e indemnizatorias de las víctimas generadas por la actividad parlamentaria que resulte errada, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho.

9. Aún más allá de la responsabilidad de los Poderes públicos, en el orden penal perceptible desde la óptica de la victimización, con específica referencia a los aludidos supuestos del erróneo desempeño del Poder Jurisdiccional y del Poder legislativo, por último, cabe señalar una nueva dimensión singularmente transcendente de la victimización a que se ve sometida

la sociedad actual en cualesquiera Sistemas jurídicos, y aún de modo más significativo paradójicamente en el ámbito de los sistemas jurídicos de las sociedades democráticas.

Me refiero en concreto al fenómeno victimológico que podría denominarse hipótesis de la "victimización internacional", que alude a aquellos supuestos en los que se generan daños o perjuicios a seres humanos por virtud de la realización de comportamientos típicamente ilícitos que, conforme a la Legislación penal comparada, revisten el carácter de "criminalidad supranacional".

No es preciso insistir en este lugar sobre la acusada significación que há asumido en las últimas décadas, de una manera continuadamente progresiva, la denominada criminalidad internacional, a través de los múltiples aspectos y fenómenos en que se materializa la manifestación de la misma.

De una parte, se detecta la "criminalidad internacional" en sentido genuino y propio, por cuanto se verifica la realización de comportamientos delictivos que en sua esencia morfológica y en su contenido sustancial afectan a bienes jurídicos de carácter internacional.

Así acontece en los delitos que inciden sobre el medio ambiente, los bienes naturales, o la seguridad mundial, que la moderna tecnología y la estrategia de enfrentamiento ideológico de las grandes potencias propician de una manera completamente deshumanizada, creándose una situación de inseguridad general que afecta a la propia humanidad.

No es preciso evocar los lacerantes ejemplos de los genocidios en masa de los regimenes nazis y fascistas, precursores del desenlace de la II guerra mundial, ni los más tradicionales ejemplos de la piratería colonialista. Baste recordar los fenómenos de manifestación de las actuales discriminaciones raciales y de las explotaciones sociales de grupos nacionales bajo nuevas formas de colonialismo, o los riesgos de carácter mundial generados por la posible utilización de medios bélicos de alcance universal o de recursos técnicos como la energía nuclear.

De otro lado, es de consignar el conjunto de delitos de "proyección supranacional" que en sus efectos trascienden más allá de las líneas de demarcación de las fronteras nacionales de cualquier Estado individualmente configurado. Numerosas manifestaciones delictivas tienen este alcance, ya afecten a la economía nacional o internacional a través de la delincuencia monetaria, ya atenten a las condiciones de seguridad internacional requeridas frente a manifestaciones de terrorismo, ya incidan sobre otros bienes jurídicos de carácter transnacional en virtud de fenómenos delictivos como el tráfico de drogas, la ingeniería genética, o la manipulación de la informática.

En fin, es de resaltar asimismo la deficiencia de la previsión de "instancias jurisdiccionales de carácter internacional" que, favoreciendo la aplicación de los Ordenamientos penales en el ámbito internacional, traten de asegurar el logro de una Justicia penal auténticamente universal.

Pese a los esfuerzos obtenidos, ya sea a través de instituciones puntuales como el reconocimiento de la reincidencia internacional para determinados tipos de delitos, ya sea por medio del progresivo desarrollo de una política de ampliación y perfeccionamiento de los Tratados internacionales de extradición en materia penal, es lo cierto que la idea de la Justicia penal mundial no deja de ser, en el momento presente, una bella utopía idealista, difícilmente realizable, ante la práctica inviabilidad, desde el punto de vista de los reparos individualistas de las soberanías estatales, del reconocimiento de un Ordenamiento jurídico-penal internacional.

No se pretende, en suma, tratar de resolver lo que posiblemente hoy por hoy es insoluble. Lo único a lo que en todo caso se aspira, en rigor, es a la defensa de la progresiva instauración y del reconocimiento positivo, a nivel internacional, de medidas indemnizatorias y de reparación de daños y perjuicios, que se estimen generalmente merecedoras de reconocimiento legal como elemental deber de solidaridad humana en la democrática conformación de la convivencia social, en favor de las víctimas y a los perjudicados por la comisión de delitos de carácter supranacional.

10. En abreviada síntesis, que no pretende ser resumen de lo anteriormente expuesto, sino mero testimonio simbólico de un sentir jurídico que indefectiblemente enraiza cada vez más en el devenir histórico de las modernas democracias, estimamos procedente por nuestra parte formular, como exigencia científica fundamental en el marco del estudio comparado e internacional de los principales problemas suscitados por la Victimología en el momento presente, las siguientes propuestas de *lege ferenda* relativas a graves manifestaciones de victimización actual:

a) Previsión de responsabilidad civil subsidiaria en todos los casos en que el autor del comportamiento ilícito sea inimputable o inculpable.

b) Reconocimiento de responsabilidad civil subsidiaria en todos los casos en que el autor del injusto típico sea un sujeto insolvente.

c) Instauración de responsabilidad civil para los Jueces y Magistrados para todos los casos de error judicial victimizante.

d) Incorporación de responsabilidad civil parlamentaria para todos en los casos de aprobación de legislación anticonstitucional victimizante.

e) Asunción de responsabilidad civil de carácter internacional para los casos de la comisión de delitos supranacionales y transnacionales.

Participação da comunidade na área penitenciária — Necessidade de melhor apoio legal

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penitenciário do Instituto de Cooperação Assistência Técnica — ICAT, da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal — AEUDF e do Curso Superior de Polícia, da Academia de Polícia Civil do Distrito Federal

SUMÁRIO

- 1 — *Da obra de misericórdia individual à cooperação internacional*
- 1.1 — *Antecedentes remotos — obra de misericórdia ou caritativa*
- 1.2 — *O surgimento do serviço estatal; o patronato oficial, o papel dele e o da obra caritativa*
- 1.3 — *Eficiência do serviço público e da atividade privada*
- 1.4 — *Os patronatos de liberados e egressos e a obra de misericórdia de visitaçào dos presos e correspondência epistolar com eles*
- 1.5 — *Questionamento da palavra “patronato”*
- 1.6 — *Patronato e Serviço Social Penitenciário*
- 1.7 — *O que dizem especialistas hispano-americanos*
- 1.8 — *Resumo panorâmico a respeito de patronatos, Serviço Social Penitenciário, e outros órgãos ou entidades ou grupos*
- 1.9 — *Evolução nos sucessivos congressos da ONU, desde 1960: dever do Estado, mas importância das entidades da comunidade; participação de toda a comunidade; cooperação internacional*

Exposição apresentada no II Congresso Nacional das APACs, realizado em São José dos Campos—SP, de 2 a 5 de julho de 1987. (APAC, é a sigla de Associação de Proteção e Assistência aos Condenados; pioneira a de São José dos Campos, mais de cem comarcas, em doze Estados, têm a sua.)

- 2 — *Evolução da assistência a presos, liberados e egressos no Brasil*
- 2.1 — *O patronato oficial*
- 2.2 — *O Patronato Lima Drummond de Porto Alegre — RS, e a reforma do art. 63 do Código Penal, prevendo também patronato particular*
- 2.2.1 — *O Serviço Social Penitenciário e o patronato*
- 2.3 — *Órgãos e entidades diversos do patronato, possibilitados pela lei que reformou o art. 63 do Código Penal*
- 2.3.1 — *A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados — APAC, de São José dos Campos — SP*
- 2.3.2 — *O Estatuto da APAC e o Provimento do Juiz Corregedor de Presídios, regulando as atividades dela, à luz das normas gerais federais*
- 2.3.3 — *A cooperação de toda a comunidade joseense, e os bons resultados da obra da APAC*
- 2.3.4 — *O apoio dado pela Lei nº 6.416/77 às boas experiências que vinham sendo feitas no País, entre elas as da Comarca de São José dos Campos — SP*
- 2.3.5 — *A possível criação de novas entidades da comunidade, nos termos das leis supletivas estaduais; a expansão da APAC*
- 2.3.6 — *Sob a égide da Lei nº 6.416/77*
- 2.3.7 — *O olvido daquilo que foi feito na década de 1970, e o anúncio dos projetos das novas leis*
- 2.3.8 — *Os males das novas leis (de 1984)*

1.1 — O tema que me foi dado para expor aqui sugere que a participação da comunidade na área penitenciária não tem bom apoio legal como necessita. E logo se apresenta a indagação: não tem porque nunca teve ou porque, já o tendo tido, deixou de tê-lo?

Vejamos por partes, começando por um retrospecto universal.

Até há bem poucas décadas, não se falava em participação ou colaboração da comunidade. A Organização das Nações Unidas — ONU, porém, recolhendo as manifestações dos países membros seus, feitas em reuniões regionais e registradas em documentos de trabalho, relatórios e outros papéis, passou a falar no assunto, incluindo-o no temário dos seus congressos. Dos estudos preparatórios dos mesmos congressos e dos debates no correr deles, têm resultado, numa visão de síntese, recomendações que, em seus termos gerais, são válidas para todos os países. Referem-se elas, insistentemente, à necessidade de participação da comunidade, colaborando com os órgãos estatais próprios (da execução penal e administração das prisões), no tratamento dos presos (provisórios ou condenados) e na solução, quando não já prevenção, de pequenos problemas que, afetando os

referidos órgãos, se refletiriam sobre os presos. Preconizando e recomendando essa participação da comunidade, a ONU nunca entendeu que pudesse ser confundida com participação no exercício do direito de punir, ou substituir atividades específicas de ditos órgãos. Importante, importantíssima, essa participação é sempre acessória. De acordo com o aforismo, o acessório segue e se subordina ao principal.

Todavia, é preciso ter em mente que a participação da comunidade não nasceu dessas recentes manifestações de que resultaram as preconizações e recomendações da ONU. Seu germe é milenar. Ela já existia desde um passado remoto, com outras feições, de certo modo mais modestas, possivelmente refletindo o estilo de vida daqueles tempos idos, como também com um sentido diverso, de vez que, até aproximadamente cinco séculos, a prisão não era pena, mas medida cautelar para que o acusado estivesse à disposição da Justiça, quando fosse aplicada e executada a pena. Existem notícias seguras de que os primeiros cristãos visitavam os presos, *para dar-lhes conforto afetivo, moral e espiritual e, se lhes fosse também permitido, levar-lhes ajuda material e prestar-lhes cuidados pessoais quando estivessem doentes. Assim faziam, obedecendo aos ditames da caridade, enaltecida pelo Cristo.*

Ao longo dos séculos, a visitação dos presos evoluiu acompanhando a evolução da vida. Evoluiu também por causa da adoção da prisão como pena, e continuou evoluindo no percurso do caminho evolutivo da execução da pena privativa da liberdade, vindo a ser acrescida de assistência aos liberados e egressos. Ademais, havendo indícios de que sempre, de algum modo, se estendeu às famílias dos presos, bem como à vítima e sua família, essa extensão só veio a se tornar objeto de manifesta preocupação em tempos mais recentes. Igualmente em tempos mais recentes apareceu, ao lado da visitação e das formas de assistência pessoal e como variação dela, a correspondência epistolar.

Resumindo e ao mesmo tempo interpretando ou glosando, com o uso de conhecimentos hauridos de fontes diversas, o que nos informam, entre outros, JEAN PINATEL (1), J. R. CESAR SALGADO (2) e MARIA RIBEIRO DA SILVA TAVARES (3), até aproximadamente o século XVIII, a visitação dos presos, a assistência e ajuda que lhes era dada segundo precisassem, e as extensões que vieram a se acrescentar, como se acaba de aludir, e a própria colaboração com a administração das prisões, eram expressões da caridade; eram obras de misericórdia. As pessoas que a elas se dedicavam, faziam-no cumprindo o dever moral e religioso de ajudar

(1) JEAN PINATEL. *Traité Élémentaire de Science Pénitentiaire et de Défense Sociale*. Paris, Sirey, 1950, pp. 358 e segs.

(2) J. A. CESAR SALGADO. "O problema da assistência aos condenados e egressos". *O Patronato*. Órgão do Patronato Lima Drummond. Porto Alegre, III (VIII), out., 1951, *passim*.

(3) MARIA RIBEIRO DA SILVA TAVARES. "Serviço Social Penitenciário". Exposição apresentada à III Reunião Penitenciária Brasileira, realizada em Florianópolis, de 13 a 20 de junho de 1954, *passim*.

o próximo, conforme o próximo precisasse e estivesse ao alcance delas dar ou fazer. Um dever de Caridade — Caridade com a inicial maiúscula, porque é a mais refinada e sublime forma de amor: amor a Deus e amor ao próximo por amor de Deus. Um dever que se cumpre com amor, pois não custa sacrifício nem impõe sofrimento. Ao contrário, satisfaz nobres anseios da alma humana, e propicia paz interior que se reflete no ambiente.

Era, assim, com esse espírito que durante mais de um milênio e meio foi dada assistência e ajuda aos presos, ainda que, desde os primeiros tempos do Cristianismo, houvesse, a par das obras espontâneas, outras, institucionalizadas pela Igreja, de cunho obrigatório, para diaconisas, sacerdotes e bispos. Essas mesmas, porém, constituindo não apenas simples deveres, mas obrigações de Caridade para essas categorias de pessoas religiosas, não só tinham as características daquelas praticadas pelas pessoas religiosas em geral, como lhes serviam de exemplo e emulação.

1.2 — Por volta do século XVIII, a assistência e a ajuda prestadas ao próximo em quaisquer circunstâncias da vida, conforme a necessidade que se apresentasse, e configuradas como obras de misericórdia, com espírito de Caridade, começaram a ter a concorrência de obras instituídas pelo Estado. Em outras palavras: a prestação caritativa, isto é, feita com amor e por amor, passou a ser, pelo menos em parte, incumbência de funcionários, para isso remunerados. E, certamente tudo fazendo parte do espírito da época, os necessitados passaram a, pelo menos em parte, sentir como um direito seu, cujo dever (ou cuja obrigação) correspondente cabia ao Estado, a ser cumprido pelo órgão ou pelos funcionários competentes, no frio exercício das atribuições funcionais. E começaram a aparecer em cena leis, normas jurídicas, reguladoras de direitos e deveres — às vezes satisfatórias, às vezes não.

Quando, pois, na complexidade das transformações do pensamento e da vida, de que fazia parte substituir a assistência caritativa, calidamente fraternal, por um atendimento juridicamente regulamentado, feito por funcionários de um órgão público, no frio desempenho da sua competência, a obra de misericórdia de visitação dos presos foi, também, atingida. Nunca desapareceu, mas ficou relegada; em certos casos, quase se diria encolhida.

Foram criados órgãos oficiais — patronatos — para dar assistência institucionalizada, juridicamente organizada, legalmente estabelecida, aos presos, condenados ou não, e aos liberados (condicional e definitivamente).

De modo geral, que é que incumbiria aos patronatos oficiais, patronatos órgãos públicos?

— Dar assistência moral aos presos; verificar quais os que teriam direito a alguma medida de clemência; cuidar da formação de pecúlio para os liberados e conseguir-lhes trabalho... sem excluir o entendimento de quem via o patronato como instrumento de defesa social, tão-somente (já que apenas lhe cumpriria exercer vigilância para que o condenado não viesse a reincidir...).

Fosse por motivos de ordem jurídica e legal, fosse por motivos de ordem prática, os patronatos oficiais, de modo geral, não satisfizeram no adimplemento das suas atribuições. Entre eles, houve os que, instalados, funcionaram pouco tempo, sobrando nada mais que as normas jurídicas que os haviam criado e definido, e regulavam o seu funcionamento.

A solução encontrada foi buscar a cooperação ostensiva das sempre existentes (mas obscurecidas) obras de misericórdia, dos grupos de assistência caritativa.

Essa modalidade mista, em sentido lato, poderia ter modalidades diversas, tais como:

— o grupo caritativo mantinha a sua autonomia, não sendo submetido a qualquer norma (a não ser as suas próprias, internas, que seus membros quisessem traçar para si), e prestava colaboração inteiramente informal ao patronato oficial, nos limites das solicitações ou dos entendimentos;

— o grupo caritativo mantinha a sua autonomia, mas eram-lhe traçadas normas, pelo órgão público competente, estabelecendo as suas atribuições que se poderiam dizer supletivas das do patronato oficial;

— o grupo caritativo mantinha a sua característica privada, mas as normas que o órgão competente lhe traçava eram tais que o vinculavam ao patronato oficial;

— o grupo caritativo, mantendo-se a sua característica privada, manifestada pelo conteúdo voluntário, gratuito, das atividades dos seus componentes, era, entretanto, englobado no patronato oficial pelas normas deste reguladoras. . .

Em qualquer das modalidades, a atividade nem sempre era eficaz, nem sempre duradoura, embora se notassem melhoramentos em relação ao patronato exclusivamente oficial.

De variação em variação, viu-se em determinado momento coexistirem, perfeitamente distintos, um patronato oficial e um patronato particular, não mais grupo amorfo, embora regido por normas reguladoras, mas legalmente previsto e normativamente estruturado ou organizado, sendo igualmente objeto de normas as suas atribuições, o seu funcionamento e as suas finalidades. As modalidades mistas de patronato oficial com assistência caritativa, conforme recém-descrito, também se têm encontrado em combinações com o patronato particular.

1.3 — Em qualquer das situações que acabam de ser apontadas, os países de mais atenta e longa experiência têm deixado perceber que a atividade privada é sempre melhor que a do órgão público, não sendo para ela vantajoso, mas ao contrário, ser jungida a seu congêneres oficial.

Por quê? Por que assim aconteceria?

ANTONIO LOVATI e MARTINA PANETTI LOVATI, que prestam serviço voluntário à prisão de Brescia (Itália), não respondendo, embora, diretamente a pergunta, fazem, a respeito do que ocorre em países

anglo-saxões, alguns reparos, de que é possível inferir senão a resposta, pelo menos *uma* resposta.

Dizem eles que nas diversas situações (isto é, em quaisquer situações) o voluntário é mais eficiente do que o profissional, o funcionário de um órgão público; sendo as entidades privadas, em geral, mais expeditas do que os órgãos públicos, são capazes de mais rapidamente se ajustar às circunstâncias, e de ir ao encontro das necessidades assim como vão sucessivamente se apresentando. Assinalam que os custos com os presos e os funcionários são altos, enquanto que a prestação de serviços dos voluntários é gratuita, causando surpresa que seja nos países de melhor nível de vida que essa realidade mereça mais consideração⁽⁴⁾.

Que é, pois, que se pode inferir? Pode-se inferir que, quando não haja outras razões, de ordem pessoal — individual ou coletiva —, o patronato órgão público é amarrado, tolhido, pelas formalidades legais e regulamentares que fixam a competência do órgão e as atribuições dos seus componentes. Cada funcionário deve ficar dentro das suas atribuições — embora os próprios termos legais e regulamentares possam permitir, como todos sabemos, uma interpretação estrita, isto é, mais rígida, e outra lata, isto é, mais flexível. Contudo, todos nós sabemos, também, que uma interpretação mais lata acarretando mais trabalho facilmente será evitada... — Quanto à referência aos custos, feita pelos citados autores, é de inferir que as verbas podem escassear como — outra coisa que igualmente todos nós sabemos — freqüentemente escasseiam, quando não vêm a faltar inteiramente... Os serviços por elas custeados deixam de ser feitos e, com mais um pouco, o órgão deixa de funcionar.

Por outro lado, as experiências voluntárias — caritativas — podem ser efêmeras, ou podem durar anos, varar os decênios e transpor o século ou mais de um. Tudo depende de quem é o líder, de como ele (sozinho ou com um ou mais colaboradores) traça normas, por poucas que sejam, definidoras da sua obra e respectivas finalidades e atividades, das exigências que devam preencher seus colaboradores e possíveis futuros seguidores, quanto ao que ou como fazer e se conduzir. E quanto aos custos? A prestação pessoal é gratuita, mas sempre haverá coisas para as quais é preciso dinheiro. Existem muitas maneiras lícitas de obtê-lo, conforme as necessidades previstas e imprevistas, renovando-se a comprovação de que costuma bastar quantia ínfima, se comparada com o que um órgão público despenderia no mesmo caso.

1.4 — Vale notar que, consultando a literatura especializada, vinda a lume ao longo de sucessivos decênios, na Europa e fora dela, verifica-se que o patronato — oficial ou particular ou misto — deixou de ter atribuições dentro das prisões, passando a ter como objeto apenas a assistência a liberados e egressos.

(4) ANTONIO LOVATI e MARTINA PANETTI LOVATI. "Esperienza di volontariato nel mondo occidentale". *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*. Roma, Ministero di Grazia e Giustizia, V(1), genn.-apr., 1963, p. 322.

LEMOS BRITTO, na "Exposição de Motivos" que apresentou ao ser instalada a "Comissão de Juristas encarregada de regulamentar a patronagem no país, sob a presidência do Ministro da Justiça, Honório Monteiro", expõe o pensamento da época (com variações pessoais que introduz), que se configurava moldado especialmente, senão exclusivamente, em países da Europa: o patronato é "complemento da pena", cabendo-lhe reajustar os liberados e egressos no ambiente fora da prisão, dando assistência também às famílias deles e às das vítimas. Admite que, "em circunstâncias especiais", possa (o patronato) dar assistência "ao próprio preso", "quando necessitada" (5).

A visitação informal, feita por pessoas individualmente ou em grupo, bem como a correspondência epistolar com os presos continuaram existindo como obras de misericórdia ou de Caridade ou, pelo menos, de filantropia.

Os patronatos, porém, passaram, até, a ter, agregada ao seu nome, a expressão "de liberados e egressos" (ou equivalente, nas diversas línguas). Como tais, tendo uma sede, acolhiam os liberados e egressos, dando-lhes a assistência ou a ajuda que, de imediato, precisavam, ao se defrontarem com a sonhada liberdade, e com a qual não sabiam, inicialmente, como se haver, não fossem amparados e encaminhados.

1.5 — A par de todos esses altos e baixos do patronato, oficial, particular ou misto, foi crescendo, à luz (ou à sombra?) da consciência cada vez mais acentuada, dos direitos humanos, a consciência dos direitos dos presos — provisórios e condenados (ainda não se falava de penas restritivas de liberdade, cumpridas fora da prisão) —, direitos esses para cujo exercício tinha de estar presente o senso de responsabilidade.

Então, em congressos e reuniões análogas foi possível ouvir vozes contra a palavra *patronato*. Isto é: essa palavra dá a idéia de que alguém dá ou faz, e outrem recebe, em atitude passiva. O condenado liberado condicional ou egresso definitivo da prisão, sujeito de direitos, portador de senso de responsabilidade, não poderia ser esse sujeito passivo da assistência, do amparo do patronato.

Para abrir os olhos nesse sentido, muito terá contribuído o Serviço Social, que, já em fins do século XIX, estava estruturado suficientemente, tanto assim que realizou, nos Estados Unidos, o seu primeiro congresso, e teve a sua primeira escola inaugurada em Nova Iorque, em 1898.

Essa nova ciência, e, ao mesmo tempo, arte, inspirou-se na obra de FREDERICO OZANAM e seus companheiros, denominada "Conferências de São Vicente de Paulo", cujos princípios acolheu. Dentre eles, vale aqui registrar os seguintes:

(5) LEMOS BRITTO. "Do Patronato de Presos e Liberados". O *Patronato*. Órgão do Patronato Lima Drummond, Porto Alegre, III(VIII), out. 1951, *passim*.

— o caso será estudado por uma comissão que determinará as providências a serem tomadas;

— os socorros não serão temporários, mas suficientemente importantes para que a família e o indivíduo se reajustem;

— o assistido deve ser o agente de seu próprio reajustamento;

— os parentes e amigos deverão ser interessados na obra (6).

Mesmo sem referência quer aos demais princípios, quer aos postulados, nem ao método e às técnicas do Serviço Social, o registro, aqui, desses princípios é bastante para se compreender claramente que o patronato, com efeito, já não satisfazia.

Devia ser, então, eliminado, substituído pelo Serviço Social?

Sabe-se que alguns países assim fizeram. Outros descobriram soluções diferentes, como seja a de introduzir, entre os funcionários ou os colaboradores do patronato, alguns assistentes sociais, que procedessem de acordo com os cânones de sua profissão.

Um ponto há que se me apresenta digno de nota. É o seguinte: embora não tenha lido nem ouvido nada explícito a respeito, parece que se pode entender das entrelinhas ou meias frases que um dos motivos de apego ao patronato é que ele não contém somente a idéia de dar assistência ou auxílio, na forma de roupa, comida, consecução de trabalho, uns trocados enquanto nenhum trabalho é conseguido; patronato também tem sentido de casa, onde recolher, dar teto, cama e mesa, banho, ao assistido, enquanto disso ele precisar.

1.6 — Vejamos qual é a opinião de MARIA RIBEIRO DA SILVA TAVARES. — Depois de lembrar que a assistência pode consistir em ação paliativa (capaz, somente, de aliviar o mal ou o problema), ou ação curativa (capaz de eliminar o mal ou solucionar o problema, efetivos, já presentes), ou ação profilática (capaz de impedir o surgimento do mal ou do problema), devendo-se dar preferência a esta, observa ela que, em nome dessa preferência não se pode deixar de cuidar dos casos em que, já existindo um mal ou um problema, necessitam de atendimento curativo ou paliativo. Para isso ser possível, impõe-se a coexistência do patronato (particular, mas vinculado a órgão do Poder Executivo e submetido ao Juiz da Execução Penal) com o Serviço Social. Enquanto o patronato abriga, ampara, o liberado e o egresso, o Serviço Social há de iniciar o seu trabalho quando da sentença condenatória (do recolhimento à prisão), acompanhando o preso (o condenado) e, entrosado com o patronato, há de estender seu tratamento à família, de sorte que o “cliente”, tendo passado um tempo de pré-liberdade no patronato, ajudado pelo Serviço Social, esteja suficientemente preparado para voltar ao convívio social (7).

(6) Conforme BALBINA OTTONI VIEIRA. *Serviço Social. Processos e Técnicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Agir, 1970, pp. 26 e segs.

(7) MARIA RIBEIRO DA SILVA TAVARES. *Op. cit.* (nota 3). *Passim*.

Portanto: patronato, para dar assistência, em geral curativa ou meramente paliativa, mas entrosado com o Serviço Social, a quem incumbe atendimento curativo, mas também e preferentemente profilático. O Serviço Social ajuda o preso a se ajudar, isto é, a, responsabilmente, fazer a sua parte para não vir a reincidir, e colabora estreitamente com a Administração Penitenciária, merecendo, ao mesmo tempo, a confiança dos presos; toma adequadas medidas para que o preso, sua família, seu ambiente (a comunidade) não se desajustem reciprocamente, ou, se tiver havido desajustamento, que se reajstem. O patronato recebe o "cliente" do Serviço Social, no momento jurídico e judicialmente oportuno, e lhe dá assistência para as precisões imediatas, acompanhando-o, apoiando-o, até o momento em que já esteja reintegrado no convívio social. Se já não tiver emprego (ou trabalho por conta própria) na comunidade, o patronato poderá, na sua própria sede, dar-lhe uma ocupação, até que lhe encontre (ou o Serviço Social lhe encontre) um emprego na localidade onde vai morar.

Além de possibilitar esses raciocínios, a opinião de MARIA RIBEIRO DA SILVA TAVARES e as informações que ela dá, na sua citada obra e em outras, incluem um ponto particularmente importante: é o que se refere ao momento em que há de começar o atendimento ao condenado: no início, logo após a sentença condenatória, logo após efetuada a prisão; não no fim, quando recupera a liberdade, condicional ou definitiva. Para que a tarefa do patronato (de liberados e egressos) seja eficaz é preciso que tenha havido todo o eficiente trabalho do Serviço Social, desde o início do cumprimento da pena (do recolhimento à prisão) e que tenha havido, durante pelo menos alguns meses antes da recuperação da liberdade, um como que estágio preparatório da liberdade, no patronato (ou similar), durante o qual o mesmo Serviço Social que vai ajudá-lo a ajudar-se desde que liberado ou egresso, comece as suas diligências para com ele. Em outras palavras e independentemente de se falar em patronato e em Serviço Social, seria — e é — de duvidosa utilidade senão inútil qualquer assistência aos condenados, que comece quando voltam à liberdade, por livramento condicional ou por término da pena.

1.7 — Que dizem, a respeito, alguns, pelo menos, dos nossos vizinhos hispano-americanos?

A partir da experiência do seu país (Uruguai), LUIS BERTRAN entende que, para ser eficaz a ajuda ao liberado e ao egresso, é preciso que o condenado, enquanto preso, seja ajudado, em termos de bom andamento das tramitações legais, trabalho (remunerado) que lhe possibilite contribuir para o sustento da própria família, a qual, aliás, seja amparada pelo órgão oficial ou entidade particular (de assistência aos condenados); sem isso, tenderá a não desejar emendar-se, mas continuar delinquindo como "meio de vida" (8).

(8) LUIS BERTRAN. "Sobre las Sociedades de Beneficencia que cuidan del preso y del liberado". In *Actes du II.e Congrès International de Criminologie*. (Paris, Sorbonne, Septembre 1950). Paris, Presses Universitaires de France, 1954, pp. 292 e segs. *passim*.

BERNARDO ECHEVERRI OSSA se refere ao Código Penitenciário do seu país (Colômbia) e ao "Serviço Social Carcerário", incumbido de ajudar os presos — provisórios e condenados — a se ajudarem a si mesmos, a manterem suas relações com a família e os bons amigos; dito Serviço Social deve servir de "catalizador" entre a administração das prisões e os presos, e procurar conservar o interesse humano do Juiz, tudo na observância das leis do país e das normas internacionais sobre tratamento dos presos. O liberado (condicional ou definitivo) será inicialmente acolhido pela "Casa do Pós-Penado", prolongamento do Serviço Social⁽⁹⁾.

No Peru, JULIO ALTMANN SMYTHE propunha, por sua vez, que a intervenção do Serviço Social começasse logo que efetuada a prisão. Enquanto prisão provisória, a assistência, valiosa, embora, e extensiva à família, só poderá ser paliativa. Ao preso condenado, a ajuda visa a que ele se capacite física, espiritual e moralmente, desenvolva seu autocontrole, adquira hábitos de trabalho e aprenda um mister que lhe possibilite sustentar-se e à sua família. A ajuda deverá estender-se à família do condenado, à vítima e sua família. ALTMANN SMYTHE não manifestava entusiasmo pelo patronato (previsto, então, pelo Código Penal peruano), cujo método é empírico, e aludia a "lares" de que o Serviço Social dispunha, para abrigar o liberado e o egresso, até o seu reajustamento. Esse Serviço Social, oficial, deverá receber sempre como de muito valor a colaboração de pessoas e instituições filantrópicas⁽¹⁰⁾.

Para SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, com apoio na legislação do seu país (México), a melhor solução é a de cooperação entre os setores públicos e privados, constituindo, pois, patronato misto, sediado na capital da República, e com "agências" em todos os "Distritos Judiciários" e Municípios, com suas prisões distritais e municipais. Destina-se a liberados e egressos, mas também àqueles que, tendo estado presos provisoriamente, vêm a ser soltos, por absolvição ou outro motivo⁽¹¹⁾.

Em outro livro, o mesmo autor fala da preparação dos presos para a volta à liberdade. Isso, porém, não se faz (no seu país) por um órgão específico, mas pelo próprio pessoal das prisões, que inclui assistentes sociais. Essa preparação — ou tratamento — "pré-liberacional" procura atender a recomendações do II Congresso para a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, da ONU, no sentido de, com sucessivas e paulatinas restituições de parcelas de liberdade ao condenado, estimular o seu senso de responsabilidade. Quando essa restituição já constitui fase

(9) BERNARDO ECHEVERRI OSSA. *Temas Penitenciarios*. Bogotá, publicaciones de la Escuela Penitenciaría Nacional (1971), pp. 17 a 19.

(10) JULIO ALTMANN SMYTHE. *Bases para un Plan de Futura Política Penitenciaria Nacional*. Lima, Librería-Editorial Juan Mejía Baca (1962). Capítulo "Servicio Social Criminológico", pp. 221 a 250, *passim*.

(11) SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. *La Reforma Penal de 1971*. México. Ed. Botas, 1971, pp. 81 e segs., *passim*.

(ou regime) de semiliberdade, o Serviço Social (da prisão) dá a necessária ajuda para que se desfça o ajustamento ao ambiente prisional e se processe o reajustamento à família, ao trabalho (12).

Na Argentina, há serviços penitenciários federais e provinciais, com os respectivos serviços e obras assistenciais complementares. JULIO ENRIQUE APARICIO, fazendo citações e reportando-se a publicações do seu país, informa que, após inúteis tentativas de, no início do século XX, fundar um patronato oficial, veio a ser criado oficialmente, mas por iniciativa privada, um patronato que ainda perdura. Destinado a guiar e vigiar os liberados para que não reincidissem, veio a ser complementado por uma "Caixa de Auxílios", provida com o produto de multas, e destinada a ajudar as famílias dos presos (provisórios e condenados) e, nas suas primeiras necessidades, os liberados sem pecúlio. Evoluindo, o patronato, que até hoje é "associação civil sem fins lucrativos", veio a dispor de "visitadores" que, dentro das prisões, ajudam os presos a se prepararem para a liberdade, inclusive quanto a trabalho (13).

Nas províncias, a configuração jurídica dos patronatos pode ser de autarquia (como, por exemplo, o da Província do Chaco); de órgão oficial (como, por exemplo, o da Província de Córdoba).

De modo geral, os patronatos argentinos têm uma divisão de Serviço Social, por meio da qual se ocupam, em colaboração com os órgãos penitenciários, dos presos que estão em fase próxima da liberdade, dos liberados e dos egressos, e respectivas famílias; amparam os liberados condicionais para que cumpram as suas condições, e ajudam-nos, como aos egressos, a se reajustarem (à família, ao trabalho, ao ambiente), para isso dispondo de serviços tais como bolsas de trabalho, orientação psicológica e orientação jurídica. Dois pontos interessantes: um é que se a Polícia tiver de efetuar a prisão de um assistido de algum dos patronatos, deve imediatamente fazer-lhe comunicação; o outro é o dos cursos de Capacitação em Serviço Social Pós-penitenciário, durante oito meses, para matérias teóricas, mais um ano de estágio (14).

(12) SERGIO GARCIA RAMÍREZ. *Manual de Prisiones*. México, Botas, 1970, pp. 20 e segs., *passim*.

(13) JULIO ENRIQUE APARICIO. "Los antecedentes del patronato en la República Argentina". *Resenha Informativa 1984-1985*, Patronato de Liberados de la Capital Federal, República Argentina, pp. 80 e segs., *passim*.

(14) Patronato de Liberados de la Capital Federal. República Argentina. *Doctrina y Acción Postpenitenciaria*. "El Patronato de Liberados de la Capital Federal de la República Argentina". Buenos Aires, 1(1), marzo 1987, pp. 15 a 22, *passim*. — JORGE KENT. *El Patronato de Liberados y el Instituto de la Libertad Condicional*. Buenos Aires, Astrea, 1974, *passim*. — Juan C. GARCÍA BASALO. *El Régimen Penitenciario Argentino*. Buenos Aires, Ed. Librería del Jurista, 1975. A legislação transcrita, pp. 91 em diante. — República Argentina, Servicio Penitenciário Federal. *Revista Penal y Penitenciaria*. XXXVI — XXXVII — XXXVIII (139/146), En./dic. 1971/73. A legislação federal e provincial ali transcrita, pp. 109 a 236.

Nas obras consultadas (as citadas e outras), raras foram as referências a esses grupos de visitantes informais, que não se desconhece existirem, às vezes efêmeros, às vezes mais ou menos duradouros, que vão levar conforto afetivo, moral, espiritual, religioso, aos presos, e que, em geral, nenhuma vinculação têm com o patronato, com o Serviço Social Penitenciário ou outra entidade organizada, os quais, ainda que sejam particulares, são legalmente reconhecidos e regulados. Os membros de tais grupos são em geral pessoas religiosas (de qualquer religião), caridosas ou simplesmente filantrópicas; a sua presença e atividade podem ser benéficas, para os presos e as prisões, desde que se conformem à ordem interna e à disciplina dos estabelecimentos. Dir-se-ia que são os mais lúdimos herdeiros daqueles visitantes de cárceres e encarcerados dos começos do cristianismo...

Já faz, entretanto, diversos anos que a Igreja Católica tem, entre os ramos da sua pastoral, um, o da Pastoral Penal (ou Penitenciária), cuja assistência religiosa é, às vezes, complementada por outras modalidades (material, social, jurídica, médica...) em colaboração com o patronato, o Serviço Social, ou entidade análoga, ou autonomamente, mas em acréscimo ao que tais órgãos ou entidades façam, encarregando-se do que lhes escapa. Onde tais órgãos ou entidades não existem, a Pastoral Penal se encarrega, não raro, de fazer o que lhes caberia.

1.8 — Aí está um panorama a respeito de patronato. Serviço Penal Penitenciário e outros órgãos ou entidades ou grupos que se têm ocupado de assistência e ajuda aos presos, liberados e egressos, panorama esse não restrito às fronteiras do Brasil.

Para as citações ilustrativas feitas, procurei aquilo que, no seu arcabouço, já tem foros de universalidade, invocando, além de autores brasileiros, alguns nacionais de países hispano-americanos, pois que esses nossos vizinhos, mais parecidos conosco (do que os distantes, de outros continentes), podem, com a variação das adaptações, ou a similitude das complementações do arcabouço universal, nos oferecer bons subsídios. Invoco também um ou outro europeu, para termo de comparação daquilo que, nas suas linhas gerais, é universal. E se verifica o seguinte:

— patronato oficial, particular ou misto; Serviço Social integrado no patronato, ou colaborando com o patronato, ou autônomo;

— início das atividades: ao ser (o condenado) posto em liberdade, condicional ou definitiva; ao passar em julgado a sentença condenatória; ao ser efetuada a prisão provisória (preventiva ou a qualquer outro título);

— destinatários da assistência: somente o preso (provisório ou condenado), o liberado e o egresso (inclusive o provisório posto em liberdade), ou, ademais, a sua família ou, também, a vítima e sua família;

— finalidade: em caso de condenado (expressa com estas ou aquelas palavras), ajudá-lo a se emendar para, trabalhando e vivendo honestamente, se reintegrar no convívio familiar e social; em caso de preso provisório, ajudá-lo, nas suas precisões ou nas suas pretensões, legítimas ou lícitas, e, quando recupere a liberdade (sem ter sido condenado), ampará-lo e ajudá-lo segundo seja necessário em cada caso.

— De modo geral, foi-se acentuando a tendência a não ver o preso, o condenado, o liberado e o egresso, como sujeitos passivos de assistência, mas tendo eles (como suas famílias, as vítimas e suas famílias) de fazer o seu esforço, ajudando-se a si mesmos (para poderem ser ajudados), a fim de, com senso de responsabilidade, participarem da solução dos próprios problemas.

— Manifestaram, uns e outros, ter verificado que de pouco adiantariam a assistência e a ajuda prestadas ao liberado e ao egresso, se não tiverem sido também prestadas, adequadamente, enquanto eles estavam presos, e não houverem tido um período de preparação para a liberdade.

— Nota-se, pelo que está expresso ou implícito, nos autores citados, que órgãos públicos ou entidades privadas, definidos e regulados por normas jurídicas, só poderão bem funcionar, buscando cumprir as próprias finalidades, se ditas normas não forem estritas e rígidas, que lhes amarem as atividades, mas suficientemente amplas e flexíveis que permitam aos órgãos e seus funcionários, às entidades e seus colaboradores, prontamente adequar seu modo de agir e as providências a tomar às circunstâncias e condições de cada caso concreto.

Pareceria que, assim sendo e assim sendo observado, nada mais poderia faltar.

1.9 — Entretanto, a ONU se deu conta de algo que veio ficar claro pelos debates do seu II Congresso sobre a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, e que, constando do respectivo relatório, das conclusões e recomendações, assim se pode resumir: embora seja a ajuda aos liberados (condicionais ou definitivos) dever primordial do Estado, por meio de órgãos específicos, é importante a colaboração de entidades privadas, mas para que a emenda e a reintegração do condenado no convívio social possam efetivamente se operar, é preciso que a comunidade toda participe, impondo-se que, nesse sentido, a opinião pública seja bem formada e informada ⁽¹⁵⁾.

(15) United Nations. Department of Economic and Social Affairs. *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders*. London, 8-9 August 1960. Report prepared by the Secretariat. A/CONF. 17/20. Itens 390 a 467, especialmente 390 e 446.8 a 446.10.

No IV Congresso, o assunto foi retomado com mais amplitude, constituindo o tema "Participação do público na prevenção do delito e na luta contra a delinqüência". A prevenção pode ser dirigida contra o delito primário ou contra a reincidência; o combate (ou a luta) contra a delinqüência há de ser tão amplo que alcance a corrupção, o crime organizado, os crimes internacionais. Quanto à prevenção da reincidência — que é o que está agora nos interessando —, o congresso insistiu na participação de todo o público, não só por meio da colaboração de voluntários (individualmente ou em grupos, neles possivelmente incluídos antigos condenados que, cumprida a pena, já estejam reintegrados no convívio social), com os órgãos oficiais, mas a participação de toda a população; cada um e todos devem estar preparados e dispostos para, na ocasião oportuna, fazer a sua parte, que pode consistir, no mínimo, em receber bem, como vizinho ou companheiro de trabalho, um condenado liberado ou egresso (ou por outros motivos legais fora da prisão). Daí a importância dos meios de comunicação, das boas reportagens, dos bons artigos em jornais e bons comentários no rádio e na televisão. É interessante registrar aqui o papel desempenhado por um dos cursos ministrados pelo Instituto das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, da Ásia e Extremo Oriente (sediado em Fuchu, Tóquio, Japão). Esse curso, frequentado por mais de 500 alunos, oriundos de dezenas de países, possibilitou, pelas exposições dos professores e pelas informações e intervenções dos alunos, e debates de todos, inestimável contribuição para conhecimento de experiências e seus resultados, e respectivo exame pelo congresso ⁽¹⁶⁾.

A ONU, no intervalo de cinco anos, entre um congresso e outro, sempre atenta à evolução dos assuntos, pelas experiências realizadas, pela observância das recomendações feitas, nos mais diversos países, tem incluído certos temas no programa de sucessivos congressos, embora com enunciados que indicam a evolução. O assunto ora em foco voltou, no V Congresso, como tratamento dos delinquentes nas prisões e na comunidade, à luz, especialmente, das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos. Daí decorreu a previsão, pelo Documento de Trabalho (prévio), de formas de pena sem privação da liberdade, cumpridas na comunidade, ou, previstas como privativas, terem sido possíveis na comunidade, em razão da mitigação do regime de execução ou de benefícios legais. O mesmo documento sugere que tais formas de pena deveriam constituir a regra, enquanto a privação da liberdade, a exceção, se destinaria aos casos mais graves de certo número de criminosos. Assim sendo, mais uma razão para o público todo participar, para a comunidade não rejeitar, mas acolher o condenado — sem deixar, naturalmente, de colaborar na assistência aos presos, com

(16) Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Kioto, Japón, 17-26 de agosto de 1970. Informe de la Secretaría. A/CONF. 43/5. Itens 111 a 141, *passim*.

extensão, em qualquer caso, às famílias dos condenados e às vítimas e respectivas famílias⁽¹⁷⁾.

O congresso, acolhendo as considerações do Documento de Trabalho e levando em conta informações dos mais diversos países, a respeito de experiências feitas e seus resultados, concluiu e recomendou que, para o bom êxito, era importante que o condenado pudesse permanecer no seio da comunidade a que pertencia e da qual continuava a fazer parte durante o cumprimento da pena ou à qual devia voltar após a prisão; a comunidade devia assumir certa forma de responsabilidade, direta ou indiretamente, no processo de tratamento do condenado, que, na prisão ou no seio dela, continua sendo "um dos seus". Essa colaboração, por assim dizer difusa, da comunidade não dispensa a bem definida dos voluntários, individualmente ou em grupos, entre eles antigos condenados que, tendo cumprido a pena, já estão reintegrados no convívio social⁽¹⁸⁾.

Quanto ao VI Congresso: o Documento de Trabalho prévio sugere a elaboração de regras mínimas para o tratamento de condenados na comunidade, e normas que possibilitem aos condenados estrangeiros irem cumprir a pena no seu país de origem⁽¹⁹⁾. — O congresso reconheceu a confirmação, pelas experiências já feitas, da importância, para a emenda do condenado e sua reintegração no convívio social, do cumprimento da pena (toda ou, pelo menos, de certo ponto em diante) na comunidade. Confirmou-se, também, que, para isso, era mister, além da colaboração com os órgãos públicos, das entidades privadas já clássicas, participassem, como tais, determinados setores específicos da sociedade, por exemplo, os sindicatos, e o público todo, cuja opinião devia ser formada e bem informada para admitir como apropriadas e suficientemente punitivas as formas de pena sem prisão, e o condenado, como um membro da sua comunidade. Para tudo isso, duas coisas indispensáveis: a cooperação dos meios de comunicação e uma legislação equilibrada que, possibilitando à pena bem exercer as suas funções, vise a emenda do condenado e sua reintegração no convívio social e, também, regule as atividades das entidades da comunidade de modo que, longe de inibi-las ou impor-lhes limitações injustifi-

(17) Nations Unies. *Cinquième Congrès des Nations Unies pour la Prévention du Crime et le Traitement des Délinquants*. "Traitement des délinquants dans les prisons et dans la collectivité, compte spécialement tenu de l'application de l'ensemble des Règles Minima pour le Traitement des Délinquants adopté par l'Organisation des Nations Unies". Document de Travail établi para le Secrétariat. A/CONF. 56/6, *passim*, particularmente itens 21/22, 67, 83 e 84.

(18) Nations Unies. Département des affaires économiques et sociales. *Cinquième Congrès des Nations Unies pour la Prévention du Crime et le Traitement des Délinquants*. Genève, 1er — 12 septembre 1975. Rapport préparé par le Secrétariat. A/CONF. 56/10. Itens 260 a 289, *passim*, particularmente itens 267, 269 e 280.

(19) United Nations. General Assembly. *Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Discussion Guide for Regional Preparatory Meetings for the Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*. A/CONF. 87/RM.1 — 28-6-1977. Item 74-b) e c).

cadadas, as ampare e estimule (polarizando, elas, a colaboração de toda a comunidade). A comunidade onde o condenado há de cumprir a pena é a dele, onde ele tem o seu ambiente, a sua família, o seu trabalho (ou possibilidades de trabalho). Enquanto preso, há de ter contatos com ela, mantendo abertos os caminhos para a futura reintegração no convívio social. Tendo de cumprir a pena (ou parte dela) sem prisão, não teria sentido que fosse numa comunidade que não é a sua, para a qual, cumprida a mesma pena, haja de voltar, com os naturais problemas de ajustamento, ocasionados pelo mais ou menos prolongado afastamento. Que assim é (e foi de modos diversos confirmado nos referidos congressos) reafirma-se pela preocupação, incluída ultimamente, com os presos estrangeiros, que, não sendo membros da comunidade onde estão cumprindo pena, nem de outra no país em que se encontram, hão de poder ir, mediante formalidades de direito internacional, cumprir a pena no seu país de origem, no seu ambiente, perto da sua família⁽²⁰⁾. — Vale informar que não poucos países já assinaram tratados nesse sentido, e o Conselho da Europa celebrou uma convenção.

Tendo evoluído a questão da assistência e ajuda aos presos, como ficou dito, a ONU acrescentou, como acaba de ser exposto, recomendações a respeito da participação da comunidade nessa assistência, não só por meio de representantes dela, individualmente ou em grupo, mas dela toda, do público todo. A evolução dessas recomendações chegou à preocupação com os presos estrangeiros, de modo que o VI Congresso deu especial atenção ao problema, resultando as bases para compromissos internacionais que, tendo como objeto o intercâmbio de presos, viessem a ser firmados. Continuando a matéria da “cooperação” a evoluir, foi passando do que diz respeito à comunidade local para, juntamente, cuidar de aspectos de caráter internacional e, finalmente, no último Congresso, o VII, foi contemplada a participação de toda a coletividade em todas as fases do processo de prevenção do crime e Justiça Penal, inclusive no que se refere a zelar rigorosamente pela proteção dos direitos humanos; houve insistência quanto ao papel construtivo dos meios de comunicação; foi dado destaque às “modalidades de cooperação internacional”, entre elas incluindo-se a transferência de condenados para o seu país de origem, a fim de ali ser executada a pena⁽²¹⁾.

Pelo que acaba de ser dito, em traços elementares embora, há de ter ficado patenteado que é deveras importante a questão da assistência,

(20) United Nations. Department of International Economic and Social Affairs. Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Caracas, Venezuela, 25 August — 2 September 1980. Report prepared by the Secretariat. A/CONF. 87/14/Rev. 1, pp. 13 e 14, “Resolution” 8, Item 1-a), e) e g); pp. 17 e 18, “Resolution” 13; pp. 72 e 73, *Itens 183 a 185*.

(21) Nations Unies. Septième Congrès des Nations Unies pour la Prévention du Crime et le Traitement des délinquants. Milan (Italie), 26 août — 6 septembre 1985. “Dimensions nouvelles de la criminalité et de la prévention du crime dans le contexte du développement: problèmes pour l’avenir”. A/CONF. 121/L.11 — 2 septembre 1985. *Itens 28, 29 e 39*.

da ajuda, aos presos, aos condenados, e da participação da comunidade, incluindo o que se refere a cumprir ele a pena na comunidade a que pertence, no seu ambiente, perto da sua família. Tão importante é, que a própria ONU se ocupou da questão em sucessivos congressos seus, apreciando, progressivamente, aspectos diversos, conforme evolutivamente se apresentassem, e considerando já admitidas, sem necessidade de mais discussão, aquelas providências que, correspondendo a recomendações dos mesmos Congressos, tenham sido objeto de experiência durante anos, em países diversos, com satisfatórios resultados, servindo, pois, como orientação, a quaisquer países.

2.1 — Terá o Brasil, especificamente, acompanhado essa evolução?

Sem falar da visitação caritativa informal, que sempre houve e continua havendo, o precursor do patronato, no nosso País, foi o Desembargador João da Costa Lima Drummond, professor de Direito Criminal na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro.

O primeiro Código Penal da República, datado de 1890, estabelecia, no parágrafo único do art. 51, que o liberado condicional ficava sujeito à vigilância da Polícia.

LIMA DRUMMOND, tendo de vencer as reações daqueles que se opunham a patronato de liberados, entendeu facilitar a sua luta se passasse a dar atenção a patronato de egressos, cujo germe ele via na “Colônia de Livres Trabalhadores”, situada na então capital federal, destinada a dar acolhida e trabalho aos egressos das respectivas prisões, que se encontrassem sem recursos.

Entendia ele que o patronato devia ser particular, supridas as suas deficiências pelos competentes órgãos públicos. Entretanto, sendo Presidente da República Nilo Peçanha, e Ministro da Justiça o criminalista Esmeraldino Bandeira, os esforços de LIMA DRUMMOND começaram a ter êxito, embora não exatamente como ele desejava, pois o Decreto n.º 8.233, de 22 de setembro de 1910, aprovava o regulamento do patronato oficial dos liberados definitivos da prisão do então Distrito Federal.

Ponto importante que não pode deixar de ser assinalado: entendia ele, fundadamente, que a assistência do patronato só seria eficaz se começasse, não ao sair o condenado da prisão, mas ao nela ingressar. A obra do patronato, efetiva durante todo o tempo de cumprimento da pena, prolongar-se-ia, quando recuperada a liberdade, “até mesmo após a reintegração do condenado no seio da sociedade” (22). Estas últimas palavras, que vão entre aspas, porque são textuais, parecem linguagem do presente, mas foram ditas no começo deste século.

A Consolidação das Leis Penais, de 1932, traz uma inovação: no § 4.º do art. 50, estabelecendo as condições a serem observadas pelo libe-

(22) JOÃO DA COSTA LIMA DRUMMOND. *Noções de Direito Criminal*. Coligidas pelos Drs. Moraes Costa e Francisco de Macedo. Rio de Janeiro, Jacintho, 1919. Cap. XII. “O patronato dos liberados adultos”, pp. 155 a 168, *passim*.

rado condicional, menciona, entre elas, "submissão a um patronato"; não distinguindo, o patronato podia ser oficial ou particular. Registre-se, de passagem, que, pelo Decreto n.º 16.665, de 1924, era atribuição do Conselho Penitenciário verificar a regularidade da execução das condições impostas aos liberados condicionais e aos egressos localizados em colônias de trabalhadores livres ou em serviços externos, providenciando como fosse conveniente (art. 3.º, inciso 2.º).

Entretanto, o Código Penal de 1940, na sua redação original, enrijeceu; onde não houvesse patronato oficial subordinado ao Conselho Penitenciário, o liberado (condicional) ficava sob a vigilância da autoridade policial (art. 63).

Estava previsto o patronato oficial e, a partir daí, haveria uma evolução brasileira, ora se aproximando da evolução geral de que têm participado também tantos outros países, e para a qual a própria ONU veio a contribuir, ora se restringindo às nossas fronteiras, quando não a regiões ou localidades nossas.

Para ilustrar a evolução e, ao mesmo tempo, fundamentar o que ultimamente tem sido sentido como necessidade de melhor apoio legal, vou descrever aqui duas experiências: a do Patronato Lima Drummond, de Porto Alegre, porque, entre outros motivos, foi por causa dele que o texto original do art. 63 do Código Penal de 1940 foi modificado, vindo a admitir também o patronato particular; e das APACs, porque, entre outros motivos, este é o II Congresso Nacional delas, e o próprio tema que me foi dado para expor aqui demonstra a sua preocupação com a mencionada necessidade de melhor apoio legal.

2.2 — Isso posto, pode-se continuar.

Prevendo o texto original do Código Penal de 1940 somente patronato oficial, foi criado, porém, em Porto Alegre, pela Assistente Social Maria Ribeiro da Silva Tavares, um patronato particular, a que, não por acaso, deu o nome de "Lima Drummond". Após cerca de cinco anos de experiência de assistência a presos da chamada "Casa de Correção", incluindo a supervisão de turmas em gozo de serviço externo — sempre com a orientação e o decisivo apoio do Juiz das Execuções Penais, Dr. Coriolano de Albuquerque, além da sua interveniência no exercício das suas funções jurisdicionais —, os próprios condenados sugeriram a criação de um patronato. Nessa altura, não poucas das resistências da sociedade tinham sido vencidas, e já se manifestava compreensão e colaboração. O patronato foi inaugurado no dia 8 de outubro de 1947.

Não era possível criar um patronato oficial, como rezava o texto legal, mas a necessidade era enorme, de sorte que tal criação de um patronato se justificava... digamos, por "não exigibilidade de outra conduta", se só se cuidasse da letra da lei. A opinião dos doutos, porém — o próprio Lima Drummond e, mais, entre outros, Esmeraldino Bandeira, Carvalho Neto, Lemos Britto, Cesar Salgado, José Maria Alkimin —, manifestada

principalmente por ocasião de congressos e reuniões análogas, era em favor do patronato particular. Os argumentos para essa orientação da opinião iam desde o de malogro dos patronatos oficiais em países estrangeiros, até o de que o patronato particular é composto por pessoas que agem, não como funcionários no exercício de atribuições do cargo ou da função, mas com espírito de caridade, o que torna o contato entre elas e os assistidos mais eficiente, por ser, assim, mais humano, e o torna mais expedito, porque é isento de certas formalidades burocráticas.

Prudentemente, porém, os gaúchos cuidaram do amparo legal, que, aliás, poderia favorecer a criação de patronatos particulares em todo o País, o que se deveu ao Deputado Dâmaso Rocha (que, para entrar na política, saíra do Ministério Público). Já no dia 8 de janeiro de 1948, apresentou ele um projeto de lei reformulando o art. 63 do Código Penal. A iniciativa do Deputado Dâmaso Rocha foi muito bem acolhida, havendo recebido franco apoio, como se pode inferir do teor dos apartes do Plenário da Câmara (23).

Afinal, sem prejuízo do mérito dessa iniciativa, o que veio a prevalecer foi o substitutivo do Senado, com emendas, donde resultou a Lei n.º 1.431, de 12 de setembro de 1951, que reformulou o art. 63 e (correspondentemente) o art. 95 do Código Penal, e o art. 725 do Código de Processo Penal, pela criação do patronato particular, estabelecendo (no seu art. 5.º): "a organização, funcionamento, atribuições e prerrogativas (...) obedecerão ao padrão estabelecido pelas peculiaridades regionais ou locais".

Essa lei, deixando expresso, nesse caso específico, o que poderia ser subentendido pelos termos constitucionais que atribuíam à União competência para legislar em matéria de normas gerais de regime penitenciário, admitindo que os Estados legislassem supletiva ou complementarmente (24), era suficientemente genérica e flexível para que qualquer patronato particular pudesse, sem injustificadas peias nem maneias, bem funcionar e alcançar seus objetivos.

A fundadora do Patronato Lima Drummond, já tendo o respaldo das autoridades, foi vendo se estender, pouco a pouco, a boa vontade e o espírito de colaboração das pessoas gradas, dos profissionais liberais, industriais, comerciantes, senhoras da sociedade, estudantes... Toda a comunidade porto-alegrense tomou conhecimento do Patronato Lima Drummond e se dispôs a colaborar, de um modo ou de outro. O aluguel da casa destinada a ser sede dele era pago por uma associação religiosa (católica) cujos membros eram profissionais liberais e homens de negócios. Respeitada a liberdade de consciência e de religião dos assistidos, o patronato sempre pôde contar com o atendimento de sacerdotes católicos, pastores protestantes e representantes de entidades espíritas.

(23) *Diário do Congresso Nacional*, Sexta-feira, 9 de janeiro de 1948, pp. 320 a 322.

(24) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1946, art. 5º, inciso XV, alínea b, e parágrafo único.

2.2.1 — Entretanto, Dona Maria Ribeiro da Silva Tavares, sendo Assistente Social, logo se deu conta de que um patronato (entidade particular ou órgão público que fosse) não era suficiente, “algo” faltando em seus objetivos e métodos de trabalho. Era preciso ir além da simples assistência própria do patronato, para chegar a “ajudar o outro (no caso o preso, o condenado) a ajudar-se”, conforme preceitua o Serviço Social. Outro ponto era que não bastava dar assistência ou mesmo querer ajudar o condenado a ajudar-se a partir, somente, do momento em que ele recuperasse a liberdade, condicional ou definitiva. Era preciso que uma preparação “para sair da prisão” começasse pelo menos alguns meses antes, ficando, o condenado, durante esses meses, em situação de poder ter contatos com a comunidade fora da prisão, sucessivamente maiores, até a liberdade (condicional ou definitiva); durante esse tempo de preparação para a liberdade, o condenado aprenderia um ofício ou, se já o tivesse, melhoraria sua capacidade de trabalho, ao mesmo tempo que seria ajudado, inclusive pelo representante da sua religião, a reconhecer e usar as suas próprias reservas morais, para, trabalhando honestamente, viver em harmonia com a família e a comunidade. Na “Casa de Correção” (que era então a Penitenciária de Porto Alegre) era impossível transcorrer esse período. O patronato teria condições para isso, mas era preciso solucionar certos óbices de ordem legal ou, pelo menos, formal, que aos poucos foram sendo resolvidos junto com o Juiz das Execuções Penais.

Outro ponto que preocupava a já agora Diretora do Patronato era que, segundo um levantamento que fizera na “Casa de Correção”, somente ao redor de 3,5% dos presos que ali cumpriam pena provinham de família regular (a dos pais e a sua própria). Era preciso, portanto, à luz das prescrições do Serviço Social, cuidar não só do condenado individualmente, mas dele com a sua família, no seu ambiente, na comunidade.

Era mister, então, pensar num Serviço Social que completasse a obra do patronato.

Com visão ampla, a Diretoria do patronato compareceu à 3.^a Conferência Penitenciária Brasileira, realizada no Rio de Janeiro, em abril de 1949, apresentando uma exposição do seu pensamento, que foi coroada com a seguinte recomendação: “A 3.^a Conferência Penitenciária recomenda a criação do Serviço Social Penitenciário e o desenvolvimento do mesmo, nos estabelecimentos penais do País, como parte indispensável dos processos de recuperação do homem que delinuiu”. Entre as ilustres assinaturas encontram-se as de Sete Câmara, Heitor Carrilho, José Maria Alkimin, Carvalho Neto, Plauto d’Azevedo, Otávio Abreu e Lima, Lemos Britto. . .

Em seguida, por proposta do Procurador-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul), Prof. Ajadil de Lemos, veio a ser criado o Serviço Social Penitenciário, por lei de 8 de dezembro de 1951.

Conforme essa lei, cabe ao Serviço Social promover, em favor dos seus assistidos: a) emprego em estabelecimentos públicos ou privados;

b) reintegração na família e na sociedade; c) tratamento médico indicado; d) afastamento de ambientes prejudiciais; outras medidas indicadas para o seu reajustamento.

No patronato, cuja capacidade é de poucas dezenas de assistidos, sempre houve possibilidade de trabalho em oficinas, independentemente de, para os que já tenham os necessários requisitos, benefício do trabalho externo, judicialmente concedido (inclusive na experiência pioneira de emprego em empresa privada, que veio a ser acolhida pela Lei n. 6.416, de 1977).

Não só os beneficiados com o livramento condicional mas os próprios egressos definitivos podem permanecer ainda algum tempo no patronato, se isso for necessário para o seu reajustamento, e nesse sentido manifestarem vontade.

Nos quarenta anos, desde a sua fundação, "tiraram o seu tempo" (como eles dizem) no patronato 8.024, entre condenados em fase de pré-liberdade, liberados e egressos, dos quais reincidiram (comprovadamente) apenas seis, até 1985. Esses números são eloqüentes. É preciso não esquecer, no entanto, que, para isso, e ademais da submissão ao juiz, a comunidade tem cooperado. Hoje, Porto Alegre é uma cidade grande, com aproximadamente 1.500.000 habitantes; seria praticamente impossível mobilizar toda a comunidade, como, vencendo, embora, dificuldades, o foi na década de 1940, quando a população girava em torno de 300.000 habitantes. Quando o crescimento da cidade começou a se fazer acelerado, a opinião pública já estava formada e bem informada a respeito do Patronato Lima Drummond, que pôde continuar contando com a colaboração de pelo menos parte da sociedade.

Segundo recente informação verbal de Dona Maria Ribeiro da Silva Tavares, atualmente o patronato enfrenta dificuldades advindas da demasiada liberalidade das novas leis a respeito das penas e sua execução, o que dificulta e às vezes impede o trabalho de preparação para a liberdade e de reajustamento social, ao mesmo tempo que, tendo tido o patronato de, judicialmente, receber certos condenados que tinham os requisitos legais, porém não condições pessoais para ali serem recolhidos, tem havido problemas de disciplina que nunca dantes tinham ocorrido (o que, facilmente se compreende, prejudica todo o trabalho de ajuda a todo e qualquer assistido, na sua preparação para a liberdade e no seu esforço para o seu reajustamento social). De um encaminhamento de sete condenados, um logo reincidiu (em 1986), três foram devolvidos por haverem cometido graves faltas de disciplina e três nem sequer jamais se apresentaram (não havendo notícias deles, presume-se que, quando deviam encaminhar-se para o patronato, hajam empreendido fuga).

2.3 — Quando em 1972, o Dr. Mário Ottoboni, movido por espírito de Caridade, desejou fazer algo por aqueles próximos que estavam presos na prisão de São José dos Campos, os arts. 63 e 95 do Código Penal já previam o patronato particular, e o art. 725 do Código de Processo Penal a ele tam-

bém atribua as incumbências que, antes, eram só do patronato oficial (conservado, porém, o papel legalmente supletivo, mas na realidade tantas vezes principal, senão único, da Polícia...). Nos termos em que essas incumbências, de *vigilância dos liberados* (condicionalmente) e dos submetidos a medida de segurança de liberdade vigiada, eram definidas, não eram impedidas outras atividades do patronato, quer fosse oficial, quer fosse particular. A lei que modificou os referidos dispositivos dos Códigos (n.º 1.431, de 1951), longe de restringir ou inibir tais atividades, lhes possibilitava amplitude, já que, como se acaba de ver, confiava “ao padrão estabelecido pelas peculiaridades regionais ou locais” a organização, o funcionamento, as atribuições e prerrogativas do patronato particular incumbido da vigilância do liberado condicional. A Constituição já não era a de 1946, senão a de 1967, mas, com diversa numeração dos artigos e algo de modificado na redação, o dispositivo de que ora se trata mantinha todo o seu conteúdo, como fora herdado da Carta Magna anterior⁽²⁵⁾. Portanto: conforme as peculiaridades regionais ou locais, podia haver muitas variações, inclusive (o que é muito importante) quanto à extensão da vigilância a ser exercida, podendo ela abranger um período preparatório, isto é, antes de ser concedido o benefício, estando o condenado ainda preso. Essa extensão por antecipação tinha, como vimos no correr desta exposição, o amparo de doutas opiniões. Nessa extensão, a atividade do patronato não poderia ser, obviamente, de vigilância, mas teria conteúdo e forma de assistência.

Que essa interpretação extensiva era certa veio a ser confirmado pela Lei n.º 3.274, de 1957, que nos arts. 25 a 28 cuidava da assistência social aos sentenciados, aos liberados condicionais e aos egressos definitivos, às suas famílias e das vítimas, “começando no início do cumprimento da pena nos estabelecimentos penitenciários”, a cargo dos patronatos, oficiais ou particulares. Dita assistência seria moral, material e jurídica, “compreendendo todos os meios de prevenção contra a reincidência”, de modo que assegurasse “aos assistidos e às suas famílias lar honrado, profissão honesta e ambiente de bons costumes”. O art. 29 dizia que a lei estabeleceria a maneira de composição jurídica e administrativa dos patronatos, definir-lhes-ia as atribuições e lhes indicaria a fonte de receita. Essa última parte se referia, naturalmente, aos patronatos oficiais. Não ignoramos a realidade dos patronatos oficiais.

Os citados dispositivos legais, entretanto, autorizavam e davam legitimidades à *assistência privada nas prisões, e à vigilância dos liberados condicionais*, abrangendo, dita assistência, as famílias dos condenados e das vítimas. Poucos dispositivos que, assim autorizando e legitimando, traçavam amplos limites, dentro dos quais, de cuja disciplina geral podia haver, em cada região, e até em cada localidade, as variações que, segundo as

(25) Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Art. 8º “Compete à União: (...) XVII — legislar sobre: (...); c) normas gerais (...); de regime penitenciário; (...). § 2º A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, (...) do item XVII, respeitada a lei federal”.

próprias peculiaridades, melhor serviriam às funções e finalidades atribuídas, pelos mesmos dispositivos legais, aos patronatos e à assistência social.

Assim, pois, fosse por causa do já referido questionamento da palavra "patronato"; fosse em razão do Serviço Social, com seus princípios e postulados; fosse porque na interpretação do texto legal (Lei n.º 1.431, de 1951) que, especificando o que, em termos genéricos, tinha guarida na Constituição, determinava obediência aos padrões estabelecidos pelas peculiaridades regionais ou locais, se sujeitava a denominação "patronato" às peculiaridades dos usos regionais ou locais; fosse porque a redação do art. 28 da Lei n.º 3.274, de 1957, "São órgãos dessa assistência os Patronatos, (...)", permite entender que não são exclusivos, como seria o entendimento se a redação fosse "Os órgãos dessa assistência são os Patronatos, (...)". . .

— Fosse, enfim, por qualquer um desses motivos, fosse por dois ou mais deles conjugados, fosse que influíssem ostensivamente ou subliminarmente, o fato é que em localidades diversas surgiram entidades que se propunham colaborar com os órgãos públicos da execução penal, os judiciários e os da administração penitenciária, prestando assistência nas prisões e uma vigilância que foi sendo cada vez mais ajuda e amparo ao liberado condicional, como já o era ao egresso definitivo. Essas entidades, representando a comunidade, adotavam denominações diversas.

2.3.1 — A daqui de São José dos Campos, devido à iniciativa do Dr. Mário Ottoboni, teve a denominação de Associação de Proteção e Assistência Carcerária, que, sem ser preciso mudar a sigla — APAC, foi modificada para Associação de Proteção e Assistência aos Condenados.

Inicialmente, o Dr. Ottoboni, apesar das palavras precavidamente nada otimistas do Delegado de Polícia, Dr. José Celestino Joaquim, responsável pela administração da prisão, ao lhe permitir visitar os presos, estava firmemente decidido a fazer alguma coisa em favor daqueles próximos, irmãos em Cristo. A prisão era um verdadeiro cárcere, isto é, depósito imundo de seres humanos que, naquelas condições, era como se tivessem perdido essa natureza. Sem distinguir se eram provisórios ou condenados, a primeira coisa foi tentar humanizar, tanto quanto possível, aquele sórdido ambiente. Era preciso água, sabão, vassouras, panos, desinfetantes, esfregões, para limpar a imundície dos alojamentos (ditos celas coletivas) — limpá-los da sujeira acumulada e dos bichos que nela medravam. Ato contínuo, asseio pessoal dos presos, e roupa limpa.

Já para essas primeiras providências, o Dr. Ottoboni sentiu necessidade de companheiros. Não foi fácil arregimentar um grupo. Havia pessoas que desde logo recusavam o convite para colaborar, e havia as que, aceitando-o, iam uma ou duas vezes à cadeia, e desistiam. Com as que permaneciam e as sucessivas "mais algumas", era dada aos presos a possível assistência rudimentar, a qual correspondia, pelo menos em parte, ao desejo de colaboração do Delegado de Polícia que, de todos os seus esforços, só tinha conseguido, até então, instalar na prisão um gabinete dentário, atendido por voluntários. O grupo do Dr. Ottoboni procurava falar de Deus aos

presos (quase a totalidade deles declarando-se católicos), ajudá-los nas suas necessidades materiais, pô-los em contato com a família, arranjar-lhes alguma coisa para fazer e encher o vazio da ociosidade. . . Nessa assistência destinada ao soerguimento humano daqueles infelizes, não surgira, ainda, qualquer cogitação referente à sua condição jurídica, processual ou judiciária. . . Os melhoramentos se faziam notar, e os presos sentiam isso; não obstante, os sempre presentes descontentes, revoltados e reivindicadores, criavam problemas diversos, que às vezes levavam ao desânimo os colaboradores, e comprometiam a conquista da confiança da comunidade urbana, nada fácil, mesmo sem aqueles problemas. . .

2.3.2 — Em 1973, quando o Dr. Sílvio Marques Netto foi promovido para São José dos Campos, onde assumiu a 2.^a Vara, à qual competia a Corregedoria de Polícia e Presídios, a assistência aos presos tomou outras feições, com a participação do mesmo Juiz.

Passou, então, a ser distinguida a simples assistência caritativa, incluindo alguma providência (legalmente fundada) junto a alguma autoridade, quanto aos presos provisórios e, possivelmente suas famílias, daquela outra, quanto aos condenados, que abrangia, ademais, ajuda para que tivessem disposição de assumir a responsabilidade do seu crime, e fazer o seu próprio esforço a fim de se emendarem e virem a viver honestamente. Assistência sempre oferecida; nunca imposta.

Organizada a Associação de Proteção e Assistência Carcerária, com a sigla APAC, a substituição do adjetivo "Carcerário" pela expressão "dos Condenados", que permitiu conservar a mesma sigla, já conhecida e crescentemente merecedora da confiança da população joseense, não impediu a assistência caritativa aos presos provisórios, que até hoje perdura. Pode-se dizer que, atualmente, essa assistência constitui importante apêndice da APAC. Os benefícios morais, materiais, humanos e até mesmo jurídicos, são patentes. Se o preso provisório é solto sem ter sido condenado, volta para o seu ambiente (família, trabalho) humanamente preservado; se condenado, já está iniciado na metodologia da APAC, de modo que a ajuda pode começar já, sem aqueles preâmbulos necessários quando, não tendo havido prisão preventiva, o recolhimento a prisão só ocorre após a condenação.

Para que as atividades da APAC, junto aos presos provisórios e aos condenados, não tivessem qualquer conflito com a lei e, no caso dos condenados, com a sentença, o Juiz Corregedor de Polícia e Presídios, da Comarca, teve o cuidado de promover a elaboração do Estatuto da APAC, e baixou o Provimento n.º 2/75, em que, referindo-se à mesma APAC como "órgão auxiliar da Corregedoria de Presídios, devidamente instituída e legalizada", estabelece as regras, à luz das normas gerais federais, especialmente as do Código Penal referentes à pena, e as do Livro IV do Código de Processo Penal, referentes, todas, à execução penal, e as da Lei n.º 3.274/57, sobre regime penitenciário.

Esse Provimento reconhecia o direito do preso provisório ou condenado à assistência da APAC, desde o seu ingresso na prisão, e definia

a atividade da APAC, por meio de padrinhos (e madrinhas) dos presos de quem pessoalmente se encarragavam, os quais seriam denominados afluídos — alguns poucos para cada casal de padrinhos.

Prosseguindo, disciplinava a execução penal — que para o condenado é cumprimento da pena —, de modo que, nas peculiaridades da Comarca de São José dos Campos, melhor pudessem ser observadas as normas gerais federais.

Por vezes, nesse seu ato o Juiz “provia onde a lei não previa”, o que se dava, não contra a lei, mas à margem dela e dentro do seu espírito, objetivando melhor cumpri-la.

A disciplina das atividades dos presos, apoiada na ajuda dos padrinhos, se referia a saídas; visitas, correspondência e pacotes que podiam receber; práticas religiosas; trabalho dentro e fora da cadeia; participação em programas educacionais (escolares), culturais, sociais e esportivos. A par das atividades que constituíam concessões, benignidades, havia a previsão de salutares freios consistentes em obrigações e proibições. Tudo era previsto ao longo de três sucessivos estágios, durante os quais era feita progressiva preparação para a liberdade; o terceiro deles tinha o regime de prisão-albergue (já então disciplinada por Provimento do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo).

2.3.3 — Os padrinhos (e madrinhas) eram pessoas advindas dos mais diversos setores da sociedade joseense e das mais diversas profissões, desde as mais elevadas até as mais humildes. Cada qual difundia a APAC no círculo das suas relações. Foi possível celebrar Missa na prisão, para os presos e funcionários, e ter, entre os presentes, pessoas da sociedade joseense. Na primeira vez, porém, que a APAC, com a autorização do Juiz, levou, em procissão, para a Missa na Catedral, os presos que, cada pequeno grupo sob a responsabilidade dos respectivos padrinhos, quisessem ir, foi um escândalo na cidade. Houve críticas e manifestações de repulsa e indignação; mas com a repetição do fato, a comunidade foi-se dando conta de que aqueles homens não eram repulsivos, mas eram, continuavam sendo, membros dela mesma, e mereciam confiança.

Aos poucos, foram sendo vencidas as resistências quanto ao trabalho externo e outras das atividades que o Provimento judicial previa, a serem realizadas na comunidade.

Os empregadores e toda a população passaram a confiar na APAC e nos presos por ela assistidos, de tal modo que o Bispo Diocesano pôde frisar, referindo-se à obra apaqueana: “Não é empreendimento de uma pessoa, nem de uma equipe, mas da comunidade toda, da sociedade toda” (26).

(26) D. José Antônio do Couto, S. C. J., Bispo Diocesano, no “Prefácio” que lavrou para o livro de Mário Ottoboni e Sílvio Marques Netto, *Cristo Chorou no Cárcere*. São Paulo, Paulinas, 1976, p. 13.

Os condenados eram membros daquela comunidade, da qual fazia parte também a família deles, tudo o que era fator preponderante para a sua emenda e respectiva consolidação, para o seu reajustamento e sua reintegração no convívio social. Com efeito, a preparação para a liberdade se fazia pelos contatos do condenado com o ambiente onde haveria de viver quando recuperasse a liberdade — contatos por meio do trabalho e das demais atividades permitidas, inclusive freqüência à sua igreja, e transcurso de lapsos de tempo com a família.

Os bons resultados, praticamente demonstrados pelo considerável decréscimo do número de reincidentes e de reincidências, não tardariam em aparecer. Bom resultado, sem dúvida, era também haver condenados que não eram somente assistidos, pois eram ao mesmo tempo colaboradores da APAC, cooperando com ela no conforto moral a companheiros, na espontânea prestação de pequenos serviços do dia-a-dia, no melhoramento físico da prisão (chegando a dar sua mão-de-obra na construção de um novo pavilhão). Mais do que isso: egressos já reintegrados no convívio social passaram a ser membros da APAC, na qualidade de padrinhos. . .

2.3.4 — Nos mesmos anos em que a APAC surgia e se firmava, aparecendo também outras entidades da comunidade no cenário pátrio, para evitar abusos ou desvios, eram tomadas providências pretorianas, em certos setores da área jurídica, principalmente penal, e muito se falava em reforma penitenciária. Do exame da questão, com seus problemas e soluções adotadas regionalmente, em todo o território nacional, o Ministério da Justiça concluiu que se fazia mister uma reforma — não penitenciária, mas do sistema de penas.

Com vistas, pois, à reforma do sistema de penas do Código Penal (de 1940) e correspondentes dispositivos do Livro IV do Código de Processo Penal (de 1941), dedicado à execução penal, o Ministério da Justiça procurou conhecer todas as realidades do País (não só de um ou outro Estado, mas de todo o País), quanto a execução penal, administração das prisões, órgãos e entidades assistenciais, experiências feitas (conforme a lei, à margem dela). . .

As indagações e observações feitas, confirmando o que de algum modo e por outros meios e motivos, já se sabia, esclareceram pormenores, bem como a motivação de certas providências ou de certas omissões.

Foi, então, elaborado um anteprojeto de que resultasse uma lei de normas gerais e flexíveis, que possibilitasse, a cada região, ter especificações, atendendo globalmente às peculiaridades de toda a região, ou permitindo variações de acordo com diversificações locais. Viram-se, assim, acolhidas pela Lei n.º 6.416, de 1977, em termos amplos, genéricos, boas experiências, feitas com variações, de norte a sul, de leste a oeste do País, entre elas, algumas feitas “com feição joesense”, aqui nesta Comarca.

Quando não era possível abranger tudo com uma palavra ou uma expressão só — porque isso ficaria sendo restritivo, e constituiria uma rigidez que não combinava com a flexibilidade que se desejava tivesse a lei —, não se abrangia. Ora, o que se verificou, em matéria de entidades da comunidade, as denominações, a organização, as atividades e outros aspectos, variavam muito, não só de região para região, mas até de uma para outra localidade da mesma região. Essas variações, expressamente autorizadas por lei, desde 1951, como já se viu, correspondiam às peculiaridades locais; em outras palavras: eram necessárias para que as entidades pudessem funcionar a contento.

Por isso, na nova redação dada pela Lei n.º 6.416, de 1977, ao art. 63 do Código Penal, e ao § 4.º do art. 698 do Código de Processo Penal, foram admitidos “serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares”.

Uma das experiências generalizadas no País, com as mais diversas modalidades, umas boas, outras inaceitáveis, era a de cumprimento da pena na Comarca da condenação, que costuma ser a da residência do condenado e sua família. Em realidade, era ela da tradição brasileira, desde os tempos do Império, quando era legalmente determinada, e continuou, na República, por injunção das circunstâncias geofísicas do País, precariedade dos transportes e outras, apesar de as novas leis disporem diversamente. A experiência continuou, mesmo naquelas regiões em que pelo menos algumas dessas injunções deixaram de existir ou se atenuaram. Verificou-se que, principalmente em localidades menores, onde a coesão social costuma ser ainda muito forte, e existe muito espírito de comunidade, a experiência era boa. A colaboração de uns e de outros, a proximidade da família e a consciência de que o condenado era, continuava sendo, membro da comunidade, contribuía para que ele não se desajustasse e, ao mesmo tempo, tivesse boa disposição para reconhecer a sua responsabilidade pelo crime e se emendar. A Lei n.º 6.416, de 1977, deu, então, guarida a essa experiência que, feita por motivos imperiosos, de verdadeira força maior, era, entretanto, boa e merecia, por muitas razões, de ordens diversas — prática, jurídica, econômica, social, moral, familiar... —, ser continuada, como uma das previstas concessões. A mesma lei remetia a regulamentação das ditas concessões à “lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente”, e estabelecia os gêneros de concessões que a regulamentação devia especificar, para que as concessões não viessem a redundar em impunidade.

Os benefícios legais de suspensão condicional e livramento condicional foram ampliados pela mesma lei, mas, ao mesmo tempo, contidos por condições, normas de conduta e obrigações, que, longe de se confundirem com impunidade ou quase, constituíam um regime de execução da pena na comunidade, regime atenuado, configurado por restrições de liberdade ou de direitos.

A Lei n.º 6.416, de 1977, sabiamente fazia concessões e aumentava o âmbito dos benefícios, opondo, ao mesmo tempo, cautelosas contensões. para, com justo equilíbrio, e “de acordo com os princípios da política penal e penitenciária universalmente aceitos como os mais adequados à época atual, o basilar dos quais consiste em ver no acusado ou condenado uma pessoa sujeito de direitos e deveres e responsabilidade, buscando-se, para um e outro, tanto quanto possível, a sua permanência ou a sua reintegração no convívio social” (27), não deixar o deliçúente impune.

2.3.5 — Nesse “clima legal” e à luz das leis supletivas estaduais, as entidades da comunidade podiam ter a denominação, a organização, o funcionamento, o método de trabalho definidos pelo seu próprio regulamento, em consonância com as particularidades locais, para melhor colaborar com os órgãos da execução penal, judiciários e administrativos.

Nesse clima e com esse espírito podiam ser criadas novas entidades; as que já existiam podiam continuar como eram, ou se aperfeiçoar. Aliás, o que se notou foi que mesmo as que funcionavam bem, eram eficientes e tinham bons resultados, tendiam a se aperfeiçoar.

Entre essas, a APAC. Tendendo, desde o seu início, a aperfeiçoar o seu funcionamento, as suas atividades, e aparecendo os bons resultados, começou a ser procurada para, conhecida de perto, servir de modelo em outras Comarcas de São Paulo. O seu aperfeiçoamento, incluindo cursos para os padrinhos e outros colaboradores, e a sua expansão continuaram, após a Lei n.º 6.416, de 1977, instalando-se APACs não só em mais Comarcas de São Paulo, mas de outros Estados também. Em cada Comarca sempre pôde haver um como que “colorido local”. Quando razoável, esse “colorido” contribui para, melhor correspondendo às particularidades locais, ser eficiente a obra apaqueana. Em uma ou outra Comarca, porém, a modificação introduzida não correspondia apenas ao que poderia ser o “colorido local”, pois se entendeu substituir a assistência religiosa por psicoterapia. E não deu certo. Com efeito, o ser humano tem uma dimensão espiritual que não é alcançada pela psicoterapia ou pela psicologia, que são ciências naturalísticas. Elas podem ser úteis, ao lado do Serviço Social, conforme as reais necessidades de cada caso concreto. Mas a assistência religiosa não pode ser eliminada. Aliás, há fundamentos, inclusive de ordem jurídica, de direitos humanos, que justificam a assistência religiosa nas prisões, o que é corroborado por dispositivo da Constituição brasileira em vigor (28).

2.3.6 — O Patronato Lima Drummond, as APACs e todas as entidades da comunidade (com esta ou aquela denominação, esta ou aquela organização ou composição, este ou aquele método de trabalho) podiam, sob a

(27) Ministro da Justiça Armando Falcão. “Exposição de Motivos” da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 4(54), abr./jun., 1977, pp. 177/178.

(28) Constituição da República Federativa do Brasil, 1967, art. 153, § 7º

égide da Lei n.º 6.416, de 1977, e à luz das leis supletivas estaduais, bem como das próprias normas regulamentares, realizar obra de colaboração com os órgãos judiciários e administrativos de execução penal. Digo “sob a égide” porque, com efeito, aquela lei amparava as boas iniciativas e os esforços, no âmbito oficial como no privado, destinados a criar e manter tais condições para os condenados cumprirem a pena, que se sentissem estimulados a se emendar e a se reintegrar no convívio social. Ela não dificultava semelhantes iniciativas e esforços. Não foi ela buscar alhures, neste ou naquele país, benefícios diversos, para transplantá-los aqui, ao mesmo tempo que ignorasse o que estava sendo feito no País, que era bom em si e dava bons resultados. Longe de ignorar o que aqui se fazia, ela procurou dar-lhe apoio, encorajando o que constituía soluções nossas, sem prejuízo da observância de princípios e recomendações internacionais, alguns, aliás, correspondendo, em linhas gerais, a experiências nossas, enquanto outros foram adaptados às nossas tradições e índole. Não teve ela a vaidosa pretensão de ser a grande inovadora; ao contrário, quis ser um prudente passo de reforma da legislação penal e processual penal, no que tangia à pena e sua execução, ao qual deveriam seguir-se outros passos, cada um com a mesma prudência, dado quando o bom senso lembrasse que era oportuno. Para isso, a vivência das reformas introduzidas na legislação devia ter tido tempo para amadurecimento e consolidação.

Promulgada em 24 de maio de 1977, entrando em vigor no dia seguinte, alguns Estados logo procuraram elaborar as suas leis supletivas. Outros, mais morosos (a realidade brasileira tem tantas variações!), precisavam de ser animados a tomar essas providências. Entretanto, não demorou muito para surgirem as primeiras notícias satisfatórias a respeito dos melhoramentos que podiam ser feitos, que já tinham começado, possibilitados pela nova lei, incorporada nos Códigos. Juízes houve que falavam em ter-lhes, essa lei, tirado um peso da consciência, pois dava legitimidade a providências que, além de serem boas em si mesmas e terem bons resultados, eram aconselhadas senão impostas pelas circunstâncias, não tendo elas, porém, amparo legal.

Procurava-se andar devagar, com firmeza e segurança, registrando os prós e os contras, não só das grandes capitais (ou das sempre as mesmas duas ou três grandes capitais que costumam aparecer nos meios de comunicação, como se representassem o País inteiro...), mas de todas as cidades, grandes e pequenas, por mais retiradas, longínquas e de difícil acesso que fossem.

Conforme a lição dos cientistas sociais, seriam necessários aproximadamente cinco anos para que a observância da nova lei se consolidasse em todo o País, de modo geral. Em certas regiões ou, pelo menos, certas localidades, o lapso de tempo seria menor porque nelas, de acordo com o seu modo de ser, tudo marchava bem; se algum tropeço despontasse, era resolvido sem delongas. Em outras, porém — tantas outras —, ao contrário, havia muitas indecisões; até mesmo muitas pequenas rivalidades pessoais,

de tão grandes efeitos nocivos; em algumas, havia autoridades de trato difícil e, em outras, povo muito acomodado... e assim por diante. Em todos esses casos, era preciso dar um discreto mas eficiente acompanhamento, um como que "ajudar aquelas comunidades a se ajudarem"...

2.3.7 — Entrada em vigor no dia 25 de maio de 1977, a Lei n.º 6.416 tinha, pois, um ano, nove meses e vinte dias, quando mudou o Governo, em 15 de março de 1979.

Começou, então, uma estranha... digamos, atmosfera — um ostensivo olvido, que era uma rejeição do que havia sido feito durante a década de 1970⁽²⁹⁾, inclusive com referência às reformas e inovações da Lei n.º 6.416 (que, pelo menos em parte, eram, como vimos, acolhimento do que já existia na nossa realidade). Sempre com essa atitude de olvido ou desconhecimento do que já havia sido feito, passaram a falar em reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal, e em reforma penitenciária. Isso naturalmente não favoreceu a vivência da Lei n.º 6.416, mas esmoreceu, embora tal não acontecesse, provavelmente, nos Estados que já tinham promulgado a sua lei supletiva.

No começo da década de 1980, essa atmosfera se acentuou, tornando-se, sem muita demora, tão certo que haveria uma imediata reforma geral dos Códigos Penal e de Processo Penal, que alguma casa editora que havia encomendado a especialistas comentários do Código Penal com as reformulações introduzidas pela Lei n.º 6.416 suspendeu a edição, apesar de já ter os originais em mão. Até mesmo as reedições dos textos puros dos Códigos sofreram restrições...

Tudo isso gerou perplexidade senão confusão.

Proclamavam que as reformas seriam feitas "a todo vapor", que trariam profundas inovações e que seus autores seriam conhecidos como os grandes inovadores do Direito Penal, do Processo Penal e da Execução Penal no Brasil...

Pelo que os meios de comunicação e outros meios também davam a conhecer, as reformas estavam sendo feitas realmente "a todo vapor",

(29) O que pode ser assim resumido: o despertar e o cultivo de amistosa e profícua relação entre o Ministério da Justiça e a administração penitenciária e os órgãos da execução penal das Unidades da Federação; a reformulação da arquitetura penitenciária, a construção e reforma de dezenas de estabelecimentos prisionais, e a elaboração de um conjunto de "Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária"; a reformulação do conceito de pessoal das prisões, a colaboração com os Estados (em dinheiro e orientação) para cursos de agentes prisionais; a realização de um curso de dirigentes de estabelecimentos prisionais, e a elaboração de um conjunto de "Recomendações Mínimas para a Formação de Agentes Prisionais"; a elaboração de uma "Política Penitenciária Nacional", com seus princípios, instrumentos (normativos e de realidade), finalidades e órgãos; instrução e capacitação profissional de sentenciados, mediante convênio do Ministério da Justiça com o Ministério do Trabalho, e Termos de Cooperação Técnica com os Ministérios da Agricultura e da Educação e Cultura, e os respectivos termos aditivos com as Unidades da Federação.

havendo mais amiudadas referências ao Código Penal e à Lei de Execução Penal, com a repetida afirmação de que, pela primeira vez, o Brasil teria uma Lei de Execução Penal... Essa afirmação era feita de tal modo que levava a indagar: o Livro IV do Código de Processo Penal seria miragem?

Afinal, só ficaram prontos os anteprojetos da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal que, enviados à Presidência da República, foram, como projetos, enviados ao Congresso Nacional com as Mensagens, respectivamente, n.ºs 241, de 1.º de julho de 1983, e 242, de 29 de junho de 1983.

2.3.7 — Saíram os quadros comparativos dos projetos com os textos legais anteriores, como a Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal costuma fazer.

Continuaram, não obstante, a falar nas profundas inovações e na primeira Lei de Execução Penal do Brasil...

Era só olhar o quadro comparativo e ver... Ver que muito daquilo que proclamavam como profundas inovações não passava de repetição, imitação ou deturpação do que já existia. A participação da comunidade foi comprimida em patronato público ou particular e Conselho da Comunidade, já com a sua composição definida. Entre as inovações, um excesso de benefícios — inclusive transplantados de outros países. A falta de flexibilidade que permitisse aos Estados atender, com legislação supletiva, as próprias peculiaridades, se fazia sentir em uns e outros dispositivos.

Seria preciso um exame mais analítico, para compreender que as leis, assim projetadas, não viriam para melhorar?

Sentiu-se uma certa perplexidade e expectativa. Aguardava-se como certo que logo estariam prontos e o Congresso haveria de receber os projetos da Parte Especial do Código Penal, e do Código de Processo Penal, para, então, fazer um exame de conjunto e poder oferecer sugestões para emendas, sem o risco de incoerências.

Já não havendo alarde em torno do assunto, mas se fazendo, até, silêncio, pensou-se que isso se deveria a que, por causa das circunstâncias políticas daquele segundo semestre de 1983, a matéria, de natureza tão importante, só seria examinada e discutida, mais adiante, quando as circunstâncias fossem mais propícias, o "clima" fosse de mais calma.

O que aconteceu, porém, foi que, enquanto assim se pensava e se aguardava, a tramitação dos projetos estava sendo feita com o mesmo ritmo "a todo vapor", expressão com que eram elogiados os trabalhos da elaboração dos anteprojetos.

E que assim foi se comprova com o voto em separado do Deputado João Gilberto, na Comissão de Constituição e Justiça (em 1.º de dezembro de 1983), a respeito do Projeto da Lei de Execução Penal, onde consta: "(...) a tramitação de matéria tão importante não se deu com a participação necessária da comunidade jurídica nacional e dos setores ligados

ao sistema penitenciário. Tanto que somente um parlamentar ofereceu emendas. Deixo registrado, por isto, as restrições à tramitação e ao pouco debatida matéria” (30).

Comprova-se, ainda, com o que o mesmo Deputado disse em discurso no Plenário da Câmara, em 20-3-84, data em que o Projeto da Lei de Execução Penal foi discutido em turno único. Disse ele: “(...) tenho algo a lamentar: é que estes projetos foram atrelados a uma velocidade especial, e creio que tenha sido, a nível de Câmara dos Deputados, muito pequena, quase nenhuma, a participação da comunidade jurídica, dos movimentos de defesa dos direitos humanos, dos movimentos ligados à vida carcerária em nosso País, em tão importante matéria, porque ela foi deferida exclusivamente à Comissão de Constituição e Justiça e caminhou rapidamente, até por insistência da Mesa e em consequência de um acordo de Lideranças, que visava a agilizar sua aprovação. (...) A rapidez com que caminhou, o pouco número de emendas oferecidas, fruto dessa rapidez (...)” (31).

O Deputado João Gilberto disse com todas as letras que “a matéria caminhou rapidamente, até por insistência da Mesa e em consequência de um acordo de Lideranças que visava a agilizar a sua aprovação”.

Não parece estranho tudo isso? Não parece estranha toda essa pressa? Mesmo que não se queira, essa pressa lembra o ritmo “a todo vapor” da elaboração dos anteprojetos.

Naquele tempo, ainda não tinha entrado na moda (ou modismo) o uso da palavra inglesa *lobby*, o que não quer dizer que não fosse feito o que ela significa.

A coincidência é tal, que não parece fora de propósito pensar que tenha havido *lobby* para obter aquela atitude da Mesa e das Lideranças, e que quem o fez — pessoalmente ou por interpostas pessoas — foi quem desejava e tinha interesse em aparecer como grande inovador da legislação penal e da execução penal. . . Ora, se não fosse “agilizada a sua aprovação”, haveria o risco de os projetos ficarem para o subsequente ano legislativo, que seria também de novo Governo. . . E então, com o devido exame e discussão dos projetos, a ambição inovadora poderia ficar frustrada. . .

Era preciso que os projetos fossem aprovados, as leis fossem promulgadas e entrassem em vigor, antes da mudança de Governo. . . Foram promulgadas em 11 de julho de 1984, tendo entrado em vigor em 11 de janeiro de 1985.

(30) Deputado João Gilberto. Voto em separado. DCN — S. I — 9-3-84, p. 102. Citação tirada da transcrição feita in Ana Valdez A. N. de Alencar e Leyla Castello Branco Rangel. *Execução Penal*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1985, pp. 568/569.

(31) Deputado João Gilberto. Discurso. DCN — S. I — 21-3-84, p. 634; citação tirada do trecho transcrito in Ana Valdez A. N. de Alencar e Leyla Castello Branco Rangel. *Op. cit.*, p. 569.

2.3.8 — Sem demora, porém, os males das novas leis se fizeram sentir.

Em 17 de junho de 1985, o Deputado Marcondes Pereira apresentou o Projeto de Lei n.º 5.672, propondo alterações em vários dispositivos das novas leis — aqueles a cujo respeito já se patenteava a urgente necessidade de reforma.

A tramitação andou rapidamente. O relatório, com o voto do Relator, Deputado Arnaldo Maciel, é datado de 26 de agosto de 1985. O projeto foi rejeitado.

O argumento, em favor da rejeição, quanto ao mérito, foi o seguinte: “Em matéria de Direito Penal e Regime Penitenciário, como qualquer ramo de Direito, as opiniões são divergentes, de acordo com as correntes doutrinárias que abraçam ou a que se filiam seus autores” (32). Só. Quanto ao mérito, só isso, sem qualquer exame ou crítica do fundamento, do acerto ou desacerto das alterações propostas, e de suas justificativas.

Com um seco “Aprovo”, datado de 26-11-85, manuscrito na primeira página do relatório, o projeto morreu e foi enterrado na própria Comissão de Constituição e Justiça.

Presentemente, o Dr. Mário Ottoboni, na sua qualidade de Presidente da APAC de São José dos Campos, como, igualmente, da Confederação Brasileira das APACs — Cobrapac, assinala, entre outros males, advindos das novas leis, de que resulta que não se realizem, como deviam, as funções da pena, e o condenado não tenha boas disposições para se emendar, os seguintes:

— O desprestígio da APAC e associações congêneres, a ponto de, em certas comarcas, os seus membros serem desrespeitados por determinados funcionários ou autoridades, e seu trabalho vilipendiado; desse desprestígio deriva que os próprios presos tendem a não confiar na APAC e seus componentes, o que é profundamente prejudicial para a emenda dos mesmos condenados, e sua futura reintegração no convívio social.

— A eliminação do cumprimento da pena em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado, que, em tão boa hora, havia sido autorizado pela Lei n.º 6.416, de 1977, obriga o cumprimento da pena em estabelecimento geralmente de grande porte, com número muito elevado de presos e distante do ambiente do condenado, o que traz consigo todos os males próprios de tais circunstâncias, traduzidos, em termos práticos, em dificuldades de reajustamento, até ao aumento de reincidências.

A menção desses dois defeitos — sem falar em outros que se refletem negativamente na execução da pena e suas funções, e no trabalho das APACs — é bem ilustrativa de que as APACs têm de fazer um esforço heróico para exercer as suas tão meritórias atividades.

(32) Deputado Arnaldo Maciel. Relatório e voto a respeito do Projeto de Lei nº 5.672, de 1985. Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça. Cópia fotostática, p. 3.

A rigor, as APACs deveriam, em face das novas leis, desaparecer ou se submeter aos seus termos rígidos e insuficientes. As APACs não querem desaparecer e não podem se submeter aos termos legais, porque isso seria aceitar a redução das suas atividades a um arremedo do que elas têm feito com tão bons resultados humanos, sociais, morais, jurídicos e, o que não é desprezível, econômicos também. O que se faz mister é reformar as leis. Enquanto não se faça essa reforma, a obrigatória obediência às leis em vigor tem prejudicado enormemente o seu trabalho já reconhecidamente exemplar.

Por sua vez, o Conselho Penitenciário do Distrito Federal, na informação dos seus altos funcionários Dona Angélica de Magalhães Huguency (Diretora do Serviço de Apoio Administrativo), Dr.^a Eliane C. G. M. Souto e Dr. Henrique de Azevedo Netto (ambos Assessores da Presidência do Conselho) e Coronel Paulo Azambuja de Oliveira (Diretor-Geral do Núcleo de Custódia, membro informante do Conselho), nota, entre outros defeitos das novas leis — a da Parte Geral do Código Penal, com as previsões a respeito da pena, de caráter substantivo, e a de Execução Penal — os seguintes, que avultam: o excesso de benefícios e os prazos muito curtos para a progressão nos regimes e para o livramento condicional. Esse excesso faz com que a pena perca seu caráter punitivo, e se comprometa, chegando a impossibilitar a respectiva função de emenda do condenado e sua reintegração no convívio social. O grande aumento do número de pedidos de benefícios, desde o advento das novas leis, fazem supor que o senso de responsabilidade dos condenados, em relação ao seu crime, fator importante para se disporem a se emendar, está obstruído pelo espírito de reivindicação dos excessivos benefícios, facilmente postos à disposição dos condenados pela legislação.

Aquela demasiada liberalidade das novas leis, que dificultam o trabalho do Patronato Lima Drummond, a que se referiu Dona Maria Ribeiro da Silva Tavares, na informação que me deu, é essa, verificada de outro ponto de vista, pelo Conselho Penitenciário do Distrito Federal. Infere-se que os excessivos benefícios legais — que constituam demasiada liberalidade — já por si mesmos, sem os outros defeitos das novas leis, seriam suficientes para embaraçar qualquer trabalho sério de entidades da comunidade, e inibir a participação da mesma comunidade.

Em suma: as novas leis, feitas com tanta pressa, com verdadeira sofreguidão, já demonstraram suficientemente, com os danos causados, que devem ser inteiramente revistas, e devidamente reformadas.

Para isso, será preciso, sem dúvida, aguardar a nova Constituição. Deus queira que ela seja boa, a fim de servir, deveras, ao bem temporal e espiritual do povo brasileiro. Então, à luz dela hão de ser elaboradas novas leis, que não cerceiem nem impeçam o que é bom e produz bons frutos, mas regulem as atividades, o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres em geral, de modo que não haja abusos, garantindo elas o que é bom em si mesmo e produz bons frutos.

A conversão da dívida

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro, Professor
Catedrático de Direito Civil da UERJ

I — O primeiro leilão da conversão da dívida

A institucionalização das técnicas de conversão, abrangendo os débitos vencidos e vincendos, que temos em relação ao sistema financeiro privado estrangeiro, deflui da Resolução n.º 1.460 do Conselho Monetário Nacional e das Circulares de n.ºs 1.302 e 1.303, de 18 do corrente, complementadas pelo convênio que acabam de assinar o Banco Central, as Bolsas de Valores e a Comissão de Valores Mobiliários e teve, no leilão do dia 29-3-88, a sua primeira manifestação concreta.

A conversão da dívida se materializa num momento histórico no qual o País acaba de superar uma crise política, consagrando as tradições presidencialistas e assegurando, ao Chefe de Estado, um mandato coerente e compatível com a relevância das funções que exerce e as necessidades de estabilidade e continuidade que caracterizam a sociedade moderna.

Por outro lado, o trabalho construtivo e paciente do Excelentíssimo Senhor Ministro da Fazenda, Maílson da Nóbrega, realizado de acordo com a orientação fixada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, permitiu o reingresso do nosso País na comunidade financeira internacional, ensejando uma solução equitativa para o pagamento da nossa dívida externa em vinte anos, com oito de carência, na operação mais vantajosa, para o país devedor, realizada até agora.

A conversão da dívida constitui um instrumento importante para a redução dos nossos débitos, podendo alcançar, no tempo, 65 bilhões de dólares, que são suscetíveis de transformação em participações acionárias, sendo cerca de vinte e cinco bilhões de dívida vencida e, aproximadamente, quarenta bilhões de débitos vincendos, abrangendo 10 da iniciativa privada e 30 do setor público. A conversão será realizada de acordo com normas claras e inequívocas, sem qualquer ambigüidade, e com total transparência e respeito ao princípio da igualdade de oportunidades para todos os interessados.

No tocante à dívida vencida, a conversão se concretizará pelos leilões públicos, realizados mensalmente nas Bolsas de Valores, devendo alcançar, cada um, o valor líquido de, aproximadamente, 150 milhões de dólares, divididos da seguinte forma: 75 milhões para as áreas não incentivadas e 75 para as áreas incentivadas. A dívida do nosso País se reduzirá em virtude dos deságios, que serão definidos nos leilões, sem prejuízo da eventual fixação prévia de um deságio mínimo.

A conversão da dívida vincenda não estará sujeita aos leilões e decorrerá de acordo entre o credor e a empresa brasileira beneficiária do investimento, mediante autorização do Banco Central e redução do valor do registro do capital estrangeiro, de modo a aliviar os encargos da nossa dívida externa.

Em ambos os casos, de dívida vencida e vincenda, haverá, pois, uma relevante diminuição do débito do nosso País em relação aos seus credores. Estes, por sua vez, transformarão um crédito a longo prazo numa participação imediata, passando de financiadores a sócios, recebendo dividendos em vez de juros e aceitando os riscos empresariais dos empreendimentos nos quais vão investir.

Assim, além de reduzir a dívida externa, a conversão permite que a remuneração do capital estrangeiro seja condicionada pelo sucesso das sociedades brasileiras, cujas ações adquiriu, diretamente ou por intermédio dos fundos de conversão.

Trata-se de verdadeira revolução econômica, que ampliará extraordinariamente as dimensões do nosso mercado de capitais e da própria economia brasileira.

Já se disse que a sociedade anônima foi, no plano institucional, uma invenção tão importante, para a humanidade, quanto a máquina a vapor ou a própria eletricidade, pois a sociedade anônima permitiu reunir os capitais necessários para os grandes empreendimentos do nosso tempo. Podemos afirmar que a conversão, ao mobilizar os recursos externos no interesse dos países em desenvolvimento, sem desnacionalização dos empreendimentos existentes, é uma técnica tão relevante para a nossa economia quanto a informática, pois ambas se tornam multiplicadores de atividades, dando ao processo econômico novas dimensões na sua rapidez e eficiência, e repetindo, em certo sentido, o milagre divino da multiplicação dos pães.

Efetivamente, ao transformarmos uma dívida em capital, ou seja, um passivo em ativo, reconhecemos ter passado da idade do endividamento para a era da participação acionária. Neste mesmo sentido, PETER DRUCKER, ainda recentemente, teve o ensejo de salientar que o comércio internacional de mercadoria está sendo parcialmente substituído pelos investimentos no exterior, com a exportação de serviços e tecnologia.

Não tenho dúvida em afirmar que a conversão bem orientada e devidamente capitalizada pode significar uma nova abertura dos portos, sem

desnacionalização, que se realiza 180 anos após a primeira e cujo ponto de partida foi o leilão do dia 29, na Bolsa de Valores da Praça Quinze, no Rio de Janeiro.

Em entrevista dada à imprensa, em 17-6-87, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, José Sarney, teve o ensejo de afirmar que era importante utilizar a conversão para, protegendo a indústria nacional, possibilitar a maior abertura da nossa economia, criar empresas e empregos, e inclusive *joint ventures* entre companhias nacionais e estrangeiras, tudo num clima de desregulamentação, ou seja, de liberdade com responsabilidade.

A orientação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República está sendo transformada em realidade concreta, podendo ensejar, no corrente ano, conversões estimadas em vários bilhões de dólares, iniciando-se um programa que, em alguns anos, poderá reduzir, substancialmente, a nossa dívida.

Está, pois, ocorrendo, uma nova decolagem ou *take off* da economia brasileira, substituindo-se o círculo vicioso do *deficit* que gera a inflação, a incerteza, a falta de criação de riquezas e o desemprego, pelo círculo oposto, o da virtude, no qual os investimentos da conversão poderão garantir a criação de novas atividades, aumentando o mercado de trabalho e melhorando a qualidade de vida de todos os brasileiros, no plano econômico e social.

Penso que a conversão não significa apenas um meio de reduzir a dívida — o que já é importante —, mas deve ser um instrumento de fortalecimento e democratização da empresa privada, de robustecimento das nossas exportações e de ampliação do mercado de capitais. Novas técnicas jurídicas e econômicas poderão ser utilizadas para que, juntos, o Poder Público e a iniciativa privada possam capitalizar a conversão em favor do mercado acionário, cujas dimensões podem facilmente ser triplicadas em poucos anos, como aconteceu em vários outros países.

No momento em que o Excelentíssimo Senhor Ministro da Fazenda defende, constante e veementemente, uma redução do papel do Estado na economia do País e uma menor regulamentação, a conversão da dívida pode, outrossim, ser o grande catalizador da privatização que merece o apoio de todos, mas deve ser transformada em realidade para diminuir o nosso *deficit* e tornar a economia mais competitiva, criando um novo desafio para a sociedade brasileira. Respeitados os interesses estratégicos e de segurança nacional, a privatização abrangendo tanto a gestão como a composição acionária das sociedades mistas e a aplicação efetiva às mesmas da legislação societária, pode revolucionar a economia nacional, dando-lhes as dimensões que merecem no mundo contemporâneo.

Finalmente, a conversão permitirá a presença mais constante e rentável dos fundos e das ações brasileiras no exterior, drenando novos recursos para o desenvolvimento do Brasil, em virtude da internacionalização crescente dos mercados de capitais.

Sem ser uma panacéia, a conversão, utilizada adequadamente, representa, pois, um instrumento importante para o progresso econômico e social do País.

Dizia o poeta alemão GOETHE que pensar é fácil, agir é difícil, mas o mais difícil é agir de acordo com o nosso pensamento. No caso da conversão, diante de um pensamento e um discurso já antigos, houve um esforço efetivo do Governo e, em particular, do Banco Central do Brasil, cujo novo Presidente, Dr. Elmo Camões, dedicou-se, com a sua equipe, de corpo e alma, para manter o cronograma inicialmente fixado para o programa de conversão. Aqui, hoje, a CVM e as Bolsas de Valores estão, por sua vez, cumprindo a sua missão de divulgar as normas e esclarecer todos os interessados, como o fizeram nos últimos dias, pelo Brasil afora, em várias capitais dos Estados e como ainda o farão amanhã e segunda-feira nos leilões simulados.

A mensagem da CVM é, pois, uma mensagem de confiança e de esperança, que estou transmitindo ao mercado e a todos os brasileiros, esperando que os acontecimentos políticos e econômicos desta semana, representem um novo marco construtivo na história do nosso País.

II — A Conversão no Presente e no Futuro

Há cerca de meio-século que a literatura fazia do Brasil o país do futuro, ao qual aludia o escritor austríaco STEFAN ZWEIG (1), e há mais de vinte anos que os bancos credores aceitavam o dogma da infalibilidade do débito soberano. Ambas as afirmações se tornaram obsoletas. O Brasil já é, hoje, a oitava economia do mundo ocidental e, a partir de maio de 1987, os bancos reconheceram, ostensivamente, que a dívida dos países em desenvolvimento deveria ser objeto de transação e renegociação. Ocorreu, então, com a criação das provisões para devedores soberanos duvidosos, o que a imprensa norte-americana chamou, na época, (a) *anagnorisis*, usando a palavra que significa, no drama grego, o encontro do homem com o seu destino (2).

Na renegociação da dívida externa dos países em desenvolvimento, não é mais hora para examinar as eventuais culpas e responsabilidade, de ambos os lados, ou os acontecimentos internacionais que ensejaram a inviabilidade do pagamento na forma inicialmente convencionada. O momento internacional exige soluções rápidas, racionais e construtivas, mobilizando as técnicas econômicas e jurídicas e o pensamento político, para a elaboração de um cardápio (menu) realista que atenda à possibilidade de pagamento dos devedores e ao mínimo de sacrifício dos credores.

De lado a lado as soluções radicais foram abandonadas, quer possam implicar na moratória, ou na exigência de um pagamento imediato e

(1) STEFAN ZWEIG, *Brasil, País do Futuro*.

(2) *Fortune*, June 22, 1987, p. 26.

completo, por serem fórmulas irrealistas, que não se coadunam com a necessária convivência comercial e política dos países que, cada vez mais, participam de um só mundo, que há longos anos já era almejado por WENDELL WILKIE (3).

Na formulação de uma política para o pagamento da dívida, os países em desenvolvimento e os credores encontraram uma técnica importante, que pode atender aos interesses em conflito e que consiste na conversão. Fórmula de transação e de mercado, na qual cada uma das partes perde um pouco, mas consegue salvar o principal, a conversão surgiu, inicialmente, na prática, sem ter estrutura legal própria, tendo sido transposta da vivência bancária privada para o campo internacional. Com o decorrer do tempo, ela foi sendo institucionalizada e considerada como uma das respostas adequadas ao desafio decorrente da relativa insolvência dos países devedores.

Na realidade, trata-se de um instrumento fecundo que não se limita a reduzir a dívida, mas transforma-se ainda num verdadeiro catalizador do desenvolvimento econômico dos países devedores, permitindo a ampliação e o fortalecimento do mercado de capitais local, podendo ensejar uma política de privatização e ainda, a médio prazo, a internacionalização dos mercados com a eventual presença nas Bolsas de New York, Londres e Tóquio das ações e dos fundos oriundos das nações em desenvolvimento.

Há, pois, no caso, uma dupla função da conversão dentro dos limites em que ela é aproveitada para assegurar o progresso econômico do contexto no qual vivem os países devedores, porque não só reduz a dívida, mas permite a criação, no futuro, de condições melhores ou mais adequadas seja para novas conversões, seja para o próprio pagamento da dívida. Acresce que um dos aspectos positivos dessa transformação é que ela se realiza de acordo com as leis do mercado, sem maior intervenção do Estado. E já se disse que é possível que o *pricing* dos títulos dos países devedores não se faça mais atendendo ao seu valor no mercado internacional, mas às possibilidades de um bom investimento que nele possam realizar os credores ou os cessionários dos seus direitos.

O Brasil de hoje é um país industrial e agrícola, com boa estrutura financeira e do mercado de capitais, que passou nos últimos anos, de uma política destinada à substituição das importações (*import substitution industrialization*) para uma industrialização orientada para a exportação (*export orientated industrialization*), sem descuidar do mercado interno.

Tornou-se evidente que o País não podia sobreviver numa economia autárquica e que era importante e oportuna uma maior abertura, com a utilização do capital estrangeiro, numa fase em que o *deficit* público não mais permite os grandes investimentos estatais, que foram feitos no passado. Em certo sentido, podemos até dizer que a evolução positiva da economia brasileira depende, em parte, e talvez preponderantemente,

(3) WENDELL WILKIE, *Um Mundo Só*.

do aporte dos investidores externos e de um contexto internacional favorável.

Os estudos governamentais brasileiros comprovam a necessidade de uma rápida modernização estrutural e tecnológica, em virtude da qual a economia brasileira possa alcançar uma fase de integração competitiva e de inserção construtiva no mercado mundial. Existem, hoje, no Brasil, não só a mão-de-obra e os recursos naturais necessários, mas ainda indústrias e empresas de médio e grande porte que podem crescer no momento que substituírem as suas dívidas por participações acionárias, que também lhes possam assegurar tecnologias mais aprimoradas e o acesso a novos mercados.

A existência de um *superavit* comercial e uma evolução razoável do consumo interno poderão ensejar, com o tempo, a criação de uma poupança nacional concebida como a diferença entre o PIB e o consumo, que se estima evoluir na ordem de 25% nos próximos anos.

Essa situação brasileira ocorre no momento em que, no mundo inteiro, reconhece-se que passamos da idade do endividamento para era da participação acionária. Por outro lado, os economistas, liderados por PETER DRUCKER, salientam que o comércio internacional de mercadorias está sendo parcialmente substituído pela transferência de serviços e pela produção de mercadorias no exterior, ou seja, pelo investimento externo ⁽⁴⁾.

O Brasil tem hoje uma estrutura do mercado de capitais que o Dr. Roberto Teixeira da Costa acaba de descrever e que abrange mil sociedades abertas e um movimento bursátil diário de cerca de US\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares), sendo que o conjunto de empresas abertas equivalem, a preço de mercado, atualmente, a cerca de 25 bilhões de dólares, representando aproximadamente 30% da economia do País e das exportações brasileiras.

Considerando a proporção existente entre o valor das empresas negociadas em Bolsa no Brasil e o PIB e comparando-o com o de outros países, como o fez DAVID GILL ⁽⁵⁾, chegaremos à conclusão de que o mercado de ações brasileiro pode crescer rapidamente, em alguns anos, alcançando quatro ou cinco vezes o seu valor atual. É possível que tenhamos muito mais ações no mercado, mais investidores institucionais e particulares, utilizando a *grosso modo* as atuais estruturas das Bolsas e o sistema financeiro, que apresentam capacidade ociosa, o que também ocorre com a nossa indústria de bens de capital.

Há cerca de trinta anos, foi criado o mercado de capitais no Brasil, com a transformação das antigas empresas patriarcais em sociedades anô-

(4) PETER DRUCKER, *From world trade to world investment*, in *Wall Street Journal* de 26-5-1987.

(5) DAVID GILL, *Chairmant's introduction at Debt/Equity Swaps Seminar*, Euromoney Conferences, June 30/July 1, 1987.

nimas, ainda, na maioria dos casos, sob controle de uma família ou de um grupo econômico. As novas dimensões da economia mundial exigem: uma nova revolução no setor, com a abertura do capital de numerosas empresas que estavam fechadas, com a vinda ao mercado das subsidiárias das multinacionais, com o acesso às Bolsas das empresas médias, criando-se, também, no plano interno, uma nova mentalidade de substituição da dívida bancária e financeira, em geral, por participações acionárias. Se a legislação do mercado de capitais de 1965 ensejou a abertura das sociedades no plano interno, a conversão de 1988 pretende dar-lhes *standard* e dimensões internacionais.

É uma mudança de mentalidade e de concepção de vida que tanto as empresas brasileiras como o Estado devem e estão prontos a aceitar para alcançar o nível da competição no plano mundial. Só assim chegaremos a realizar *joint ventures* binacionais ou internacionais, que, além de reduzir a dívida do nosso País, permitirão o acesso às novas tecnologias e aos grandes mercados mundiais.

Na área pública, a privatização será a fórmula inteligente e construtiva para dar maior eficiência e nova escala à economia brasileira. A privatização deve englobar tanto a gestão das sociedades de economia mista, que representam importantes valores no mercado de capitais, como a sua composição acionária. Poderemos assim ter, numa verdadeira graduação, empresas mistas totalmente privatizadas, empresas com a privatização da maioria das ações, mantendo o Estado um direito de veto em determinados assuntos, em virtude de possuir *golden shares* e empresas mistas com a maioria do capital pertencente ao Estado, mas com uma gestão privatizada e a mais estrita obediência à legislação sobre as sociedades anônimas. A privatização pode ensejar a conversão em ações de valores que poderão alcançar US\$ 30 bilhões — que é o valor da dívida pública vincenda — e será certamente um instrumento de combate eficiente ao *deficit* público e à inflação.

A privatização acaba de ser consagrada como decisão política do Governo brasileiro, pelo recente Decreto n.º 95.886, de 29-3-88 e pelo projeto de lei sobre a matéria que está sendo remetido ao Congresso Nacional.

Por outro lado, inclui-se na política de privatização a concessão de obras públicas a particulares prevista pelo Decreto n.º 94.002, de 4-2-87, e que pode ser ampliada para permitir a realização de grandes obras para fins de transporte, urbanização ou valorização de imensas regiões do interior do País. O recente exemplo do túnel a ser construído debaixo do Mar da Mancha poderá frutificar e se multiplicar no Brasil, como se vê no caso da Estrada de Ferro do Paraná e do programa da Ferroeste.

Finalmente, o Brasil está se integrando ao movimento de internacionalização do mercado de capitais. Na conversão, seja em virtude da utilização de recursos já vencidos, no montante de cerca de US\$ 25 bilhões que podem ser obtidos por intermédio do leilão, seja abrangendo a dívida privada

vincenda no valor aproximado de US\$ 10 bilhões, os investidores tanto podem fazer investimentos diretos em empresas, como entrar na Bolsa de Valores, por intermédio dos fundos de conversão. A Comissão de Valores Mobiliários — CVM já aprovou até agora cerca de 30 fundos de conversão mostrando o interesse que essa fórmula despertou para os credores e justificando, assim, uma previsão de ingressos de recursos para 1988, via conversão, de cerca de US\$ 4.000.000,00.

Simultaneamente com a utilização dos fundos de conversão, que movimentam recursos externos internados no País, foram constituídos fundos de *new money* para a Bolsa. Uma quinzena deles já estão captando dinheiro para a aquisição de ações brasileiras em *private placement* e o Fundo Brasil acaba de evidenciar a capacidade de captação em *public placement* de cerca de US\$ 150 milhões.

A conversão é, pois, um instrumento estratégico não só de pagamento da dívida, mas de transformação da economia do país que recebe os recursos, numa fase em que não dispõe de outros investimentos a longo prazo. Para o credor, qualquer tipo de conversão é uma forma de transformar um crédito a longo prazo numa realidade econômica da qual ele passa a ter a imediata e completa disponibilidade e que pode ser representada por uma certa quantia de cruzados, por uma participação acionária ou por um investimento realizado no país.

O Governo brasileiro quer dar à sua política de conversão uma total transparência, livrando-a de todos os aspectos burocráticos, razão pela qual o leilão realizado na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 24-3-88, constituiu o marco inicial dessa nova abertura das portas que ocorre 180 anos após a primeira, decidida em 1808 pelo então rei de Portugal, D. João VI.

Sempre se entendeu que o desafio surge das crises e que a crise é benéfica dentro dos limites em que ela cria novas soluções e esperanças. Assim, dizem que, em chinês, a palavra crise é representada por dois sinais, o primeiro significando o desastre e o segundo a esperança. A crise da dívida externa está gerando uma nova esperança, que é a conversão, como meio de incentivar as relações internacionais e o progresso econômico e social dos países em desenvolvimento. É com ela que iniciaremos, efetivamente, o trabalho para substituir a crise do terceiro mundo por uma “partnership in international economic management”.

Como entendeu, nas suas conclusões, a Comissão Trilateral no seu relatório sobre a dívida do terceiro mundo, a urgência de soluções decorre, no caso, pela existência de uma oportunidade única e histórica de transformar a economia de alguns países devedores — como o Brasil — integrando-os no caminho da co-prosperidade mediante a associação (co-prosperity through partnership) (6).

(6) Trilateral Commission. *Restoring-Growth in the debt of the third world*, by H. de Carmoy, december 1986, p. 110.

Selección y formación del personal penitenciario en Argentina

ALCAIDE MAYOR DON JUAN LUIS SAVIOLI

Director de la Escuela Penitenciaria de la Nación "Dr. Juan José O'Connor" Ezeiza —
Provincia de Buenos Aires — Argentina

S U M A R I O

1. Reseña histórica. 2. El personal penitenciario. 3. La selección. 4. La formación. 4.1. Departamento Profesional. 4.2. Departamento Humanístico. 4.3. Departamento Jurídico. 4.4. Departamento Contable. 4.5. Asignaturas Operacionales.

1. Reseña histórica

El 17 de noviembre de 1931, al aprobarse en Acuerdo General de Ministros el Presupuesto de la Nación para el año 1932, se crea la DIRECCION E INSPECCION DE CARCELES DE LOS TERRITORIOS NACIONALES, siendo designado el Dr. Juan José O'CONNOR como Jefe de la nueva Repartición el 12 de enero de 1932.

La tarea del organismo bajo su conducción fué fecunda. Basta, para demostrarlo, entre otros hechos, el impulso dado a los proyectos o inicio de construcción de las actuales Colonia Penal de Santa Rosa (U.4) — La Pampa — y Prisión Regional del Norte (U.7) — Resistencia-Chaco. Las memorias anuales dan cuenta de la iniciativa y el tesón que impulso a la tarea su conductor, evidenciada por la puesta en marcha de un régimen penitenciario que bien podría considerarse de avanzada para la época.

Toda esa acción tuvo por brillante corolario legislativo el dictado de la Ley 11.833, de Organización Carcelaria y Régimen de la pena, sanciona-

da por el Congreso Nacional el 30 de setiembre de 1933, sobre la base de un proyecto del Poder Ejecutivo del que fuera coautor el Dr. O'CONNOR y que fuera promulgada el 9 de octubre del mismo año.

Por la referida Ley se crea la DIRECCION GENERAL DE INSTITUTOS PENALES, que al determinar de su artículo 1.º) tendrá a su cargo todos los establecimientos penales de la Nación, siendo también su primer titular el Dr. O'CONNOR reiterando una larga y destacada labor frente a la misma.

Se concretaba pues, en jurisdicción federal, en forma definitiva, la unificación y comando de todos los establecimientos penitenciarios, mediante la creación a nivel nacional de un Organismo llamado a conducir a todos ellos, que trajo como consecuencia la construcción de unidades modernas, el mejoramiento y adecuación de la infraestructura de las existentes, la jerarquización creciente y paulatina del personal y las bases de modernización del régimen penitenciario de nuestro país.

Sobre esta Ley, que no satisfacía todas las aspiraciones, por desear algunos penalistas y estudiosos del tema que ya surgiera un conjunto de normas que regularan en forma uniforme, la aplicación de un régimen penitenciario en todos los establecimientos del país (tanto nacionales como provinciales), lo que recién se logra en el año 1958, opinaba el Dr. O'CONNOR "... es el resultado del estudio de nuestra delincuencia durante varios años y de investigaciones que se han extendido a todo el país... Puede afirmarse, por lo tanto, que la nueva Ley está fundada sobre el conocimiento más amplio y posible de nuestra criminalidad y de su característica y que sus enunciados responden a la más absoluta realidad, tanto en lo que se refiere al factor humano, como en lo que atañe a los establecimientos. Este conocimiento precisamente, es que determinó las limitaciones del proyecto. No podía pensarse en implantar de inmediato todo un sistema carcelario en cárceles como las nuestras, muchas de las cuales carecían de maestros de escuela, de talleres y hasta de médicos, cuando todo el desenvolvimiento de nuestros establecimientos penales había sido completamente anárquico sin que un Organismo central o una idea común lo presidiera, porque no existía el Estatuto que diera unidad a la obra y la orientara dentro del Plan Nacional... En el dilema, pues, de hacer un estatuto legal más o menos perfecto, o de dar al país un principio de organización penitenciario científico, concordante con su posibilidad de aplicación inmediata, se ha preferido lo último sin vacilación alguna..."

La primera Reglamentación de esta ley surge el 4 de setiembre de 1935, mediante Dto. 66.454, que se refiere exclusivamente a la competencia del Director General y a las funciones específicas que como organismo consultivo le corresponden al Consejo Asesor.

En el año 1946 entre los considerandos de un proyecto se afirma: "Que la existencia de establecimientos carcelarios, modelos para la readaptación integral de los individuos segregados de la sociedad por actos

delictivos, carece de sentido si no cuenta con un personal idóneo y capacitado para llenar su propio fin y remunerado adecuadamente al servicio especializado que presta... Que siendo la labor del personal de Cárceles de la Nación fundamentalmente distinta del de la Administración Civil, pues requiere particulares condiciones personales además de una especial preparación de todos sus componentes para el cumplimiento de la delicada misión que las leyes penales le confieren... Que... Policía, Juez y Agente Penitenciario se complementan recíprocamente, cada uno dentro de su respectiva esfera y naturaleza, para que la lucha contra la delincuencia sea realmente efectiva y que, disminuida la eficacia de uno de esos servicios, repercuta tal circunstancia sobre los otros dos, ..."; naciendo así con el Decreto 12.351 del 10 de octubre el primer Estatuto del Servicio Penitenciario de la Nación pasando a integrar los miembros del Cuerpo Penitenciario las Fuerzas de Seguridad y denominándose desde tal momento genéricamente, "Agentes Penitenciarios".

Tal Estatuto determina las pautas de organización del Personal, constituyendo el primer antecedente específico de estabilidad, progreso en la carrera, adecuada capacitación y sentido de profesionalismo.

El 14 de noviembre de 1947, mediante Decreto 35.758, se reglamenta nuevamente la Ley 11.833, concretándose en ella entre otros significativos aspectos otra gran aspiración del Dr. O'CONNOR: la creación de la Escuela Penitenciaria de la Nación, determinada en su artículo 9.º) la que en su honor, lleva su nombre.

La ESCUELA PENITENCIARIA DE LA NACION es, desde entonces, el Instituto de Formación del Personal Superior del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

En ella se preparan intelectual y físicamente a quienes, ya oficiales penitenciarios, han de cumplir una función de enorme responsabilidad social como integrantes de una Fuerza de Seguridad, dedicada a la guarda y custodia de procesados y el tratamiento correccional del condenado a penas privativas de libertad.

A lo largo de su existencia efectiva, el Instituto funcionó en diversas sedes. Así desarrolló sus actividades en la ex-Prisión Nacional, ex-Penitenciaria Nacional, hasta que en abril de 1963 el establecimiento se instaló en su actual asiento, un predio de 40 hectáreas, respondiendo sus construcciones a un ordenamiento racional, destinado a permitir la realización eficiente de diversas actividades, desde las específicamente educacionales hasta aquellas que hacen a la capacitación militar, la recreación, la atención del aspecto espiritual, el alojamiento y la alimentación de los cadetes, la realización de formaciones y ceremonias.

El establecimiento cuenta con un amplio patio de armas, y además de los recintos ocupados por aulas, dormitorios, edificio de comando, Guardias, Casinos, Servicio Médico y otras dependencias, la Escuela dispone de una

Capilla de líneas modernas, un gimnasio cubierto de grandes dimensiones para la práctica de deportes y eventualmente para el desarrollo de actos o reuniones; pileta de natación; campo de deportes y otras comodidades.

En virtud de las becas que anualmente otorga el Servicio Penitenciario Federal han pasado por las aulas de la Escuela Penitenciaria de la Nación becarios de los siguientes países: BOLIVIA, COLOMBIA, COSTA RICA, CHILE, ECUADOR, EL SALVADOR, HONDURAS, MEXICO, NICARAGUA, PANAMA, PARAGUAY, PERU y VENEZUELA.

Este año egresará la promoción 36.º

2. *El personal penitenciario*

El Personal, en el Servicio Penitenciario Federal Argentino, por norma general, no puede ingresar a la Planta Permanente, sino mediante la realización de Cursos de Formación Profesional Previa al Servicio.

Estos Cursos, por otra parte previstos en la Legislación, tienen como objetivo final el impartir una sólida formación profesional a quienes — luego del proceso psicofísico de selección — aspiran a participar como Personal Superior o Subalterno en la misión social que el Estado Argentino asigna a la Institución.

El Personal, en el Servicio Penitenciario Federal Argentino, por norma novedad, ha venido manifestando su preocupación por este tema que constituye una parte esencial para el acabado cumplimiento y alcance de sus finalidades además de las Recomendaciones de los Organismos Internacionales que se han expedido en la materia.

La Institución organiza la formación de su personal, a través de la Dirección de Institutos de Formación del Personal, de la que dependen la totalidad de Escuelas (Escuela Penitenciaria de la Nación — Escuela para el Personal Subalterno — Academia Superior de Estudios Penitenciarios).

Si se tiene en cuenta que el primero de los Institutos mencionados en el párrafo anterior fué creado en 1947, se podrá inferir el criterio y la importancia que para el Servicio Penitenciario Federal tiene la formación de su Personal.

En diciembre de ese año (1947) asume la Escuela la responsabilidad de la formación integral del personal penitenciario, en base a planes de estudios que fueron actualizados de continuo, siempre sobre el eje de las asignaturas de mayor importancia para la función que resultan ser las de carácter Jurídico, Humanístico y Criminológico. Al pasar se menciona que la última modificación y actualización de sus Planes de Estudios responde a los resultados de un análisis integral materializado a contar del año 1984.

Es preciso consignar que el avance en las técnicas pedagógicas y la necesidad de intensificar la formación del funcionario hicieron que se

asumiera la decisión de crear, en la década del 60, un Instituto que se dedique a el perfeccionamiento del Personal ya ingresado. Nace así la Academia Superior de Estudios Penitenciarios, antes mencionada.

Más tarde, y con iguales criterios, se crea la Escuela para el Personal Subalterno (1980) la que se dedicaría de lleno y específicamente a la formación de los agentes auxiliares, de manera tal que la Escuela Penitenciaria de la Nación, actualmente, únicamente trabaja en los futuros integrantes de Personal Superior, los que se incorporan a la Institución luego de aprobar los tres años de duración de los Cursos.

Los Institutos de Formación del Servicio Penitenciario Federal Argentino poseen adecuada infraestructura y cada uno de ellos cuenta, a manera de reseña, con todas las comodidades necesarias para el fiel cumplimiento de su tarea educativa (Alojamiento, comedores, bibliotecas, aulas, gimnasio cubierto, pileta de natación, sector de deportes con todos los implementos, oficinas, medios de transporte propios, capilla, servicio médico de urgencia y otras dependencias).

No puede omitirse la mención de que la Escuela Penitenciaria de la Nación goza de un bien ganado prestigio nacional e internacional. Anualmente y como consecuencia de convenios, recibe alumnos provenientes de otros países. Desde su creación, han egresado muchos funcionarios de administraciones penitenciarias extranjeras, como Ecuador, Bolivia, Perú, Uruguay, Colombia, Venezuela, Panamá, Chile, Costa Rica, México, y otros países de habla hispana, cuyo número ya ha superado el centenar.

3. *La selección*

Es preciso distinguir, en el Servicio Penitenciario Federal Argentino, dos formas de selección. Una, primaria, permite indicar "prima-facie" cuales son los individuos cuyas características personales lo habilitarían, en principio, para acceder a los cuadros de personal permanente.

La siguiente forma o método de selección consiste en la aprobación obligatoria de los distintos cursos que se implementan.

Para el primer método, el aspirante debe reunir condiciones psicofísicas adecuadas (Exámenes intelectual, médico, psicotécnico y físico). Luego y de acuerdo al resultado alcanzado en estas primeras evaluaciones, un consejo de funcionarios decide al respecto del postulante.

La segunda forma o método surge de la necesidad de aprobar la totalidad de asignaturas comprendidas en los distintos planes de estudios.

Pero además, superados estos niveles e incorporado el funcionario de plantel de personal, su formación no termina, sino que aún debe, obligatoriamente, incorporarse a otros cursos cuya desaprobación significa la imposibilidad de continuar en la carrera.

De manera tal que no se puede hablar de selección únicamente en un determinado momento sino que bien puede mencionarse que el proceso de selección abarca una tarea de muchos años.

4. *La formación*

Esta formación, considerando que la misión social a cumplir es jurídica en su base, pedagógica en sus medios y social en su finalidad, se proyecta de modo tal que el aspirante de cada nivel, a su término, al par que dotado de una firma ética profesional, posea conocimientos esenciales de:

1) Las ramas del derecho vigente, vinculadas con la función penitenciaria.

2) Los principios y normas que rigen la custodia y guarda de las personas metidas al debido proceso y el justo tratamiento correccional de los condenados a sanciones privativas de libertad.

3) Las disciplinas relativas a la comprensión del hombre — especialmente del privado de libertad por decisión judicial — y de los factores que contribuyen al delito.

4) La organización de la administración penitenciaria central y de los establecimientos y servicios de su dependencia.

Además, el aspirante debe haber adquirido:

5) El entrenamiento físico indispensable que requiere la función y el adiestramiento necesario para aplicar adecuadamente, con los alcances y limitaciones fijados por la ley, las técnicas de defensa personal que le permitan dominar a los reclusos violentos y controlar situaciones anormales.

6) La instrucción teórica y práctica que lo habilite para dominar el manejo de las armas que reglamentariamente utiliza el Servicio Penitenciario Federal y hacer uso de ellas, en los casos y condiciones que establece la legislación vigente.

La última parte de cada curso está destinada a prácticas intensivas, supervisadas, en unidades carcelarias. Esta última facción, como un puente tendido entre la enseñanza recibida en aula, por fuerza generalmente teórica y la efectiva y definitiva incorporación al servicio, permitirá verificar la asimilación lograda por el aspirante y formar juicio sobre su personalidad, carácter y aptitud para la misión social de la Institución.

Los docentes e instructores deben tener en cuenta:

a) *Curso de Cadetes*: en principio, el alumno debe ser considerado un educador social en formación. La enseñanza corresponde al nivel terciario y su asimilación debe evaluarse con tal sentido.

b) *Curso de Agentes*: el alumno debe ser considerado un importante e insustituible eslabón del proceso correccional. La enseñanza debe tender a alcanzar el nivel secundario y su asimilación debe evaluarse con tal sentido.

c) *En ambos Cursos*: el alumno debe ser concientizado que será servidor público y que su conducta tendrá que ajustarse a la Constitución Nacional y leyes que son su consecuencia. Asimismo deberá aprender a valorar y respetar los derechos humanos, es decir, los que corresponden al hombre por el mero hecho de serlo con independencia de cualquier contingencia.

La enseñanza impartida se implementa por Departamentos, en la Escuela Penitenciaria de la Nación; se detallan, seguidamente, lineamientos de las distintas asignaturas que integran los planes de estudios.

4.1 *Departamento Profesional*

Organización Y Legislación Del Servicio Penitenciario Federal:

Comprende el estudio de la Ley Orgánica del SPF N.º 20.416 y sus antecedentes, sus principales reglamentaciones, así como también la organización de la Dirección Nacional, sus establecimientos y servicios.

PENOLOGIA:

Comprende una introducción histórica al estudio de la disciplina; las penas y medidas de seguridad en general y el sistema en el Código Penal Argentino; medidas alternativas de las penas privativas de libertad; la reforma carcelaria, sus antecedentes y orígenes; técnicas y resultados de los principales regímenes carcelarios.

CRIMINOLOGIA:

Comprende el conocimiento de su objeto, método y leyes; el enfoque bio-psico-social, de carácter interdisciplinario y dinámico, de la criminalidad; la composición criminológica de la población penal del Servicio Penitenciario Federal. La clínica criminológica en Argentina. Exposición y comentarios críticos de casos representativos, especialmente de jóvenes adultos.

CRIMINOLOGIA I (Introducción a la Criminología)

Comprende el análisis de su objeto, el método y técnicas de investigación; de las leyes criminológicas, como asimismo el estudio de las ideas criminológicas hasta nuestros días, en especial en Argentina.

MERCEOLOGIA I:

Comprende el conocimiento de las funciones de los principios nutritivos en el organismo, su incorporación como alimento, y la importancia de los distintos trabajos en cuanto al requerimiento calórico. Estudia además la composición química, elaboración, industrialización, comercialización, alteraciones y adulteraciones de los alimentos más importantes.

PROCEDIMIENTOS PENITENCIARIOS I:

Comprende el estudio de la organización interna de los establecimientos para procesados y condenados, sus funciones específicas y los procedimientos empleados en cada dependencia y en cada tarea.

CRIMINOLOGIA II (Sistemática)

Comprende el enfoque bio-psico-social, de carácter interdisciplinario y dinámica de la criminalidad con estudio de casos.

MERCEOLOGIA II:

Comprende el estudio iniciado en Merceología I, de la composición química, elaboración, industrialización, comercialización, alteraciones y adulteraciones de los alimentos más importantes.

PROCEDIMIENTOS PENITENCIARIOS II:

Comprende el estudio de los procedimientos de admisión y egreso del interno, las actuaciones de diversa naturaleza que origina su permanencia en el establecimiento y los fundamentos legales y reglamentarios correspondientes.

REGIMEN PENITENCIARIO:

Comprende el estudio de la Progresividad del Régimen Penitenciario Argentino, su reglamentación; las condiciones y los principales medios que se utilizan en el tratamiento del interno, con especial referencia en cada caso, a lo normado en la Ley Penitenciaria Nacional.

CRIMINOLOGIA III (Aplicada)

Comprende el análisis de la criminalidad en Argentina, su evolución en el tiempo y en el espacio. La composición criminológica en Argentina: técnicas del estudio médico-psicológico-social del delincuente, diagnóstico, pronóstico y programa de tratamiento. Exposición y comentario crítico de casos representativos, especialmente de jóvenes adultos. Metodología y técnicas de la investigación criminológica.

ORGANIZACION Y LEGISLACION DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL II:

Comprende una revisión y consolidación de los conocimientos adquiridos en el Curso I de la asignatura, su actualización y complementación así como el estudio de los convenios suscriptos por la Dirección Nacional en materia penitenciaria.

4.2. *Departamento Humanístico*

PSICOLOGIA GENERAL:

Comprende el estudio de los elementos básicos de la concepción dinámica de la vida psíquica, sus aspectos sociales y la evolución de la personalidad.

FILOSOFIA I:

Comprende el estudio de la naturaleza de la Filosofía. Nociones históricas, su definición y relaciones con otras disciplinas; sus partes generales y problemas principales.

FILOSOFIA:

Comprende el estudio de la naturaleza de la Filosofía, nociones históricas, su definición y relaciones con otras disciplinas; sus partes generales y problemas principales así como el análisis de las corrientes filosóficas más significativas desde la antigüedad hasta nuestros tiempos y en Argentina.

EXPRESION ORAL Y ESCRITA:

Comprende una revisión y profundización de los conocimientos idiomáticos adquiridos en el nivel secundario, así como un adiestramiento intenso en prácticas de redacción y expresión oral sobre temas vinculados al plan de estudios y acontecimientos habituales del servicio.

INGLES I:

Comprende una revisión y profundización de los conocimientos adquiridos en el nivel secundario y una iniciación al manejo del vocabulario criminológico, penal y penitenciario, basado en el texto "United Nations, Standard Minimum Rules for the treatment of prisoners".

INGLES II:

Comprende una revisión de los conocimientos adquiridos en Inglés I y una profundización del manejo oral y escrito del idioma en las áreas criminológica, penal y penitenciaria.

PSICOLOGIA SOCIAL I:

Comprende el estudio teórico-práctico de la interacción entre el hombre y su medio socio-cultural, con especial referencia al campo criminológico y penitenciario, a los efectos de facilitar el adecuado conocimiento del hombre privado de su libertad, así como el surgimiento de actitudes que posibiliten su tratamiento.

HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y POLITICO I:

Comprende su estudio desde la antigüedad hasta comienzos del siglo XIX.

FILOSOFIA II:

Comprende el estudio de las principales corrientes filosóficas desde la antigüedad hasta nuestro tiempo y en Argentina.

HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO Y POLITICO II:

Comprende su estudio desde comienzos del siglo XIX hasta nuestros días, así como el análisis del pensamiento filosófico y político en Argentina.

PSICOLOGIA SOCIAL II:

Comprende el estudio de las principales técnicas y sus aplicaciones en la investigación de la delincuencia y el tratamiento del interno, con el propósito final de complementar los objetivos señalados en Psicología Social I.

4.3. *Departamento Jurídico*

INTRODUCCION AL DERECHO:

Comprende el estudio del origen del derecho, su vinculación con otras disciplinas, sus diversas fuentes, su aplicación e interpretación y los aspectos esenciales de las diversas ramas del derecho público y privado.

DERECHO CONSTITUCIONAL:

Comprende los antecedentes históricos de la Constitución Nacional; el estudio analítico de su texto, con especial énfasis en su preámbulo, en sus sistema de declaraciones, derechos y garantías en la democracia como estilo de vida, en la defensa de los derechos humanos, así como referencias a los principales tratados vigentes sobre tales tópicos.

DERECHO PENAL I:

Comprende el estudio de la evolución histórica del Derecho Penal en general, y en Argentina; el análisis de la teoría de la Ley Penal, de delitos y de la pena y de la parte general del Código Penal Argentino, con exclusión de las sanciones penales incluidas en el programa de Penología. Comprenderá, asimismo, el estudio del régimen de la minoridad.

DERECHO PENAL II:

Comprende una visión general del Código Penal Argentino, de otras leyes penales y del régimen de la minoridad, con exclusión, en la parte general, de las sanciones penales incluidas en el programa de Penología y el estudio analítico de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional y de aquellos cuya comisión se vincule con la función pública, en particular la penitenciaria, o sean típicos del medio carcelario, haciéndose referencia a decisiones jurisprudenciales.

DERECHO PENAL III:

Comprende el estudio pormenorizado de la parte especial del Código Penal Argentino y de otras leyes penales, en particular de aquellos delitos cuya formación se vincule con la función pública, especialmente la penitenciaria, o sean típicos del medio carcelario, haciéndose referencia a decisiones jurisprudenciales; como asimismo el análisis de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.

DERECHO CIVIL:

Comprende una visión panorámica del Código Civil y de otras leyes específicas, así como una introducción a la legislación procesal respectiva.

DERECHO ADMINISTRATIVO:

Comprende una visión panorámica del Derecho Administrativo, así como una introducción a la Legislación Procesal respectiva.

DERECHO PROCESAL PENAL

Comprende el análisis pormenorizado de la organización judicial, del Código de Procedimientos en materia penal, de las doctrinas esenciales procesales, con énfasis en los artículos 256 y concordantes y 677 y siguientes del Código de Procedimientos en materia penal, así como la instrucción de sumarios y en los principios del derecho de defensa en juicio.

4.4. *Departamento Contable*

CONTABILIDAD I:

Comprende una revisión sistemática de los temas fundamentales y de los conocimientos adquiridos en esta materia en el nivel secundario.

CONTABILIDAD II:

Comprende el análisis e interpretación de los estados contables observados desde el punto de vista patrimonial, económico y financiero así como la utilización de las herramientas técnicas que posibilitarán dicho análisis.

CONTABILIDAD PUBLICA:

Comprende el conocimiento de los mecanismos internos de la administración pública nacional, las formas de expansión de las reparticiones y la interdependencia con otros organismos estatales, así como el aspecto ético que deberá observarse en materia de contrataciones, de registro escritural de las operaciones con énfasis en la responsabilidad de los agentes del Estado.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS I:

Comprende el estudio de las estructuras administrativas específicas, así como el régimen de las cuentas especiales, gastos generales y rendiciones de cuentas del SPF.

TRABAJOS PRACTICOS ADMINISTRATIVOS I:

Comprende ejercitaciones intensas referidas a procedimientos administrativos I.

DERECHO COMERCIAL:

Comprende su origen, contenido y caracteres; el análisis del Código de Comercio Argentino: actos de comercio, comerciantes, libros de comercio, registro público de comercio, agentes auxiliares del comercio; régimen de sociedades comerciales, contratos, documentos de comercio, ley de concursos e Instituto de prescripción.

ECONOMIA:

Comprende el estudio de la historia del pensamiento de las escuelas y de los sistemas económicos, hasta nuestros días, inclusive en Argentina.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS II:

Comprende el estudio del régimen de contrataciones del Estado, de caja chica, y fondo permanente, de las normas para la provisión de racionamiento; de la liquidación de sueldos, retiros y pensiones, así como el ordenamiento general del patrimonio.

TRABAJOS PRACTICOS ADMINISTRATIVOS II:

Comprende ejercitaciones intensivas referentes a procedimientos administrativos II.

LEGISLACION FISCAL:

Comprende el complemento, con criterio preferentemente práctico y relacionándolo con la legislación vigente, de los conceptos estudiados en Contabilidad Pública, acerca de los Institutos y las grandes cuentas nacionales que en esa asignatura se tratan.

ESTADISTICA:

Comprende su concepto, objeto, alcances e importancia; el relevamiento y aplicación de datos; representaciones gráficas; tabulación; análisis de datos y predicción; medidas de centralización, de dispersión absoluta y de dispersión relativa. La aplicación de la estadística a la función administrativa.

4.5 — *Asignaturas Operacionales*

PRACTICAS PENITENCIARIAS I y II:

Consisten en pequeños grupos de visita a los establecimientos y servicios de la Capital Federal y Gran Buenos Aires, con el propósito de familiarizar al alumno con el medio en que a su egreso deberá actuar.

MECANOGRAFIA:

Consiste en la necesaria teoricidad y práctica de la dactilografía para adquirir la destreza adquirida en el desempeño de las funciones específicas.

CEREMONIAL I y II:

Consiste en la necesaria complementación de los modos de comportamiento del alumno tanto en el aspecto interior como en el exterior (jerárquico y social).

IDENTIFICACION:

Consiste en el estudio científico de las técnicas de identificación dactiloscópica del interno, por razones jurídicas, de seguridad y de tratamiento.

SEGURIDAD PROFESIONAL:

Consiste en el aprendizaje de las medidas preventivas de incendio y de explosiones, del manejo técnico de la situación en caso de siniestro en la ejercitación de los procedimientos necesarios para lograr la seguridad de personas e instalaciones y en el contralor del comportamiento de la gente involucrada, tanto activa como pasivamente, en los diferentes hechos.

ADiestRAMIENTO FISICO I, II y III:

Consiste en:

a) Brindar al alumno una formación física apropiada a las necesidades del servicio.

b) El aprendizaje y la práctica intensiva de las técnicas de defensa personal en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias.

c) Y en la interiorización del respeto a las reglas del deporte y del juego, que permitirán el desarrollo de una personalidad ajustada.

MANDO E INSTRUCCION:

Consiste en el estudio de la esencia y el carácter del proceso de la toma de decisiones y del camino que debe seguirse para que éstas lleguen eficazmente a sus destinatarios.

ARMAS Y TIRO I, II y III:

Consiste en el conocimiento, manejo y uso de las armas que emplea reglamentariamente en el servicio, para asegurar el cumplimiento de la Regla Mínima 54, 3 y del Artículo 38 de la Ley Penitenciaria Nacional, así como de las exigencias del Servicio Militar.

ORDEN CERRADO I y II y ORDEN ABIERTO I y II:

Consiste en la interiorización de conceptos disciplinarios y organizativos comunes a toda Institución jerárquica de carácter formal; en la adquisición de conocimientos teórico-prácticos que permitan, en las distintas actividades, tomar las decisiones que, a nivel superior, correspondan y el cumplimiento del Servicio Militar.

O problema teórico das lacunas e a defesa do consumidor

O Caso do art. 159 do Código Civil

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Advogado — Professor Assistente da Faculdade de Direito da USP

A questão das lacunas surge na teoria do direito a partir de pressupostos nem sempre explicitados. Por isso às vezes a questão mostra-se insolúvel ou sem sentido. Afinal, o que se esconde por trás deste tema é nada mais nada menos do que a própria idéia fundante do que é o direito e do método da ciência jurídica. Conforme a idéia do direito (objeto) e do modo de conhecê-lo (método) surge ou não a idéia de lacuna, surgem ou não hipóteses de explicação. Conforme acentua EMILIO BETTI⁽¹⁾, se a orientação for de caráter formalista, haverá uma série de processos relativos à interpretação e aplicação do direito, relegados à categoria de atos de vontade, arbitrários, insuscetíveis de racionalização e, portanto, de conhecimento verdadeiro. Uma outra orientação que incorpore ao ordenamento e à teoria do direito as regras de decisão e os próprios processos decisórios terá como efeito recolocar ou mesmo deslocar o problema das lacunas.

1. Norma jurídica, ordem jurídica e sentido da conduta

A primeira questão a examinar é uma idéia de direito a partir da qual se põem as lacunas. Sem dúvida é a idéia de direito como conjunto ou sistema de normas jurídicas, especificamente, a norma jurídica como critério de sentido da conduta. Que espécie de relação há entre norma jurídica e conduta? Trata-se de uma descrição? Trata-se de uma forma de compreen-

(1) BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. (Trad. José Luis de los Mozos). Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, s.d.p. Cf. especialmente p. 127.

são? De fato, as normas não descrevem condutas. Tradicionalmente se diz que as normas são enunciados imperativos. O que significa isto? Pode-se ensaiar a resposta seguinte: a norma jurídica é um parâmetro, uma régua (*regula*, regra), medida a partir ou em comparação/confronto com a qual somos capazes de ler a realidade *sub specie juris*, sob o ponto de vista do direito. As normas — e os ordenamentos como sistemas de normas — são conceitos ideais, ou melhor, são enunciados sobre conceitos ideais, nos quais se lêem hipoteticamente as condutas sob o prisma da autorização, da obrigatoriedade ou da proibição. Neste sentido, as normas servem para reconstruir o significado da realidade e o sentido das ações dos homens. Reconstrução em forma jurídica. Acompanhando assim o pensamento de KELSEN, não há como entender coisa alguma do ponto de vista do direito, a não ser a partir do próprio direito, visto como um sistema de normas postas.

Isto estabelecido, pode-se deduzir ou inferir que não haveria condutas juridicamente sem sentido. Há aqui uma aparente solução do problema.

Evidentemente, a inexistência de um sem-sentido jurídico não implica, por seu turno, a necessidade de uma univocidade de sentido. Em outras palavras, dizer que não pode haver um sem-sentido jurídico não significa dizer que haja apenas um sentido para determinada conduta. É esta a linha de raciocínio de HANS KELSEN, como veremos.

De fato, a distinção radical e insuperável entre ser e dever-ser, sobre a qual se constrói a teoria pura do direito, permite afirmar que os fatos em si, participantes do mundo do ser, não têm qualquer sentido jurídico em si mesmos. É este, parece, o verdadeiro fundamento a partir do qual se pode desconstituir as lacunas como problema do ordenamento (e da teoria do direito) e não, como o próprio KELSEN às vezes sugere, a existência de uma “permissão geral”. Contrastemos as suas afirmações. No início de sua *Teoria Pura do Direito* vem claramente afirmado: “Simplesmente, este evento como tal (qualquer fato ou conduta), como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico — não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (2).

A partir desta afirmação essencial entendemos com clareza a sua explicação da inexistência de lacunas: não se trata de lacunas toda vez que o ordenamento como um todo possa ser aplicado, isto é, quando a partir do ordenamento como um todo se possa tirar um sentido jurídico, mesmo

(2) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. (Trad. J. B. Machado). Coimbra, Armenio Amado Ed., 1979, p. 20.

que diverso para vários casos. Lacunas haveria se fosse impossível, logicamente (3), aplicar-se o ordenamento. Ora, para a teoria pura aplicar o direito é ao mesmo tempo produzir direito. "Com efeito, se deixarmos de lado os casos-límites — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior" (4). Logo, as lacunas são logicamente impossíveis. Por quê? Porque seja lá qual for a variedade dos casos concretos, eles só fazem juridicamente sentido a partir do ordenamento/norma e isto quer dizer: não faltam normas capazes de dar sentido aos fatos. O que pode ocorrer é a "indesejabilidade" de uma solução. Esta indesejabilidade está, todavia, no aplicador ou no sujeito e não no ordenamento em si (5). Percebe-se que a solução vem de que o processo de interpretação, dentro do qual se pode inserir a lacuna, fica dissolvido num ato de criação de regra ou norma particular, limitado por uma norma superior, que não exclui o seu caráter propriamente criador.

Visto o direito como sistema de normas e vistas as normas como critério de interpretação jurídica da realidade, não há como falar-se — logicamente — em lacunas. Isto para uma teoria formal e apriorística, como a de KELSEN.

Haveria alguma diferença se entendêssemos o direito do ponto de vista de um realismo jurídico? Certamente haverá uma diferença.

2. *Lacunas como problema de decisão*

No caso de um ponto de partida realista, as lacunas tornam-se, de certa forma, um falso problema ou talvez um não-problema. Tomemos como paradigma o trabalho de ALF ROSS. Seu ponto de partida distingue-se do de KELSEN. Este vê o direito a partir de normas como enunciados essencialmente do dever-ser, distintos dos enunciados referentes ao mundo do ser, enunciados que seriam descritivos. Dada a sua matriz idealista, o fundamento do direito para KELSEN está numa norma *a priori*, que não pertence ao mundo das normas postas, senão do dever-ser em si, já que é norma fundamental pressuposta. A juridicidade é a validade derivada desta norma pressuposta. ROSS toma outro caminho e outro ponto de partida. O ponto inicial é a controvérsia. A controvérsia e sua decisão fazem a essência do direito, se fosse possível neste caso falar em essência sem ser mal compreendido. Ao contrário de KELSEN, para ROSS a efetividade e a eficácia serão o início determinante de um sistema (seria aqui um sistema diverso do sistema simplesmente lógico) jurídico. O papel da

(3) *Idem*, p. 339.

(4) *Idem*, p. 325.

(5) *Idem*, p. 339.

eficácia e da efetividade das decisões terá também uma certa lógica, mas subordinada à característica da força do Estado. De um lado ROSS poderá afirmar que a força não é o respaldo do direito, mas o direito é em si a organização da força ⁽⁶⁾. O papel do Estado, como ordem coativa, surge, de modo claro, na sua compreensão do ordenamento jurídico, como “conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparelho de força do Estado” ⁽⁷⁾. Neste sentido, pode-se perceber uma aproximação com outras correntes positivistas e pode-se igualmente perceber o papel dominante que o direito estatal exerce sobre a sua teoria geral. Afinal, todos os juristas pagam, de boa ou má vontade, um tributo ao Estado moderno, que exige o desaparecimento ou a desconsideração de qualquer outro fenômeno jurídico paralelo. Isto seria, no entanto, uma discussão mais para a antropologia jurídica do que para um trabalho voltado para as lacunas (que pressupõem, em grande parte, justamente o direito e o Estado modernos).

Para ROSS o direito vigente confunde-se com as regras aplicadas. As regras não aplicadas deixam de ser direito. Ora, toda controvérsia requer uma aplicação de regra decisória, de modo que em todos os casos haverá a decisão, o que não permite falar em lacunas. Como haveria lacunas se cada nova decisão de controvérsia passa a integrar o direito vigente? Se estas decisões passam a ser tomadas como apoio à hipótese de que A ou B ainda é o direito vigente ⁽⁸⁾? Assim, as lacunas não são apenas logicamente impossíveis, como sugeria KELSEN; são também materialmente impossíveis, na medida em que o direito vigente abarca mais do que um sistema escalonado e piramidal de regras formalmente válidas. O direito é qualificado como direito vigente e esta qualificação faz toda a diferença. A vigência tem a ver com a faticidade, é uma “relação entre o conteúdo normativo ideal e a realidade social”. Sendo assim, não há mais distância insuperável entre a realidade e a norma: há entre elas uma relação de implicação, impedindo a existência de normas ineficazes e de fatos irrelevantes juridicamente. Não é pela lógica que se deduz a pertinência de uma norma ao ordenamento, mas é pela observação do seu uso. Com ROSS já deixamos para trás as lacunas como problema do ordenamento enquanto sistema lógico-formal e entramos no campo da decisão. As lacunas se resolvem na instância decisória. O direito é regra de decisão e não esquema de interpretação puro e simples. Abandona-se a ciência do direito como descrição de um sistema ordenado de normas postas e passa-se à observação de seu caráter tecnológico. Isto significa que a ciência do direito não [não] des-

(6) “Es evidente que el poder judicial precede siempre al legislador. El juez formaba originariamente su juicio de acuerdo con las reglas tradicionales de los costumbres”. ALF ROSS. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 4ª ed. (Trad. Genaro Carrío). Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 88.

(7) *Idem*, p. 34.

(8) *Idem*, pp. 39 a 47.

creve ou ordena as normas postas, mas [que] prevê decisões a serem tomadas, levando em conta as regras de decisão usadas normalmente, isto é, o direito vigente. Desta perspectiva, a solução dada para a lacuna assume uma outra impositação. Considerado o direito como regra ou conjunto lógico sistemático de normas (enunciados imperativos hierarquizados entre si) que dá sentido jurídico ao mundo, a lacuna só pode parecer logicamente impossível. Contudo, considerado o direito como conjunto de decisões e regras de decisão voltadas para o futuro, tendo em vista sua aplicação também no futuro, a lacuna só pode existir se vier a faltar a decisão. A decisão “equivocada” nada tem a ver com as lacunas. O que tem a ver com as lacunas é a não-decisão, ou a indecisão. Ora, visto o direito como sistema de decisões — sem espaço para a indecisão —, tampouco resta espaço para a lacuna.

Chegamos, pois, por dois caminhos diversos, à eliminação das lacunas, quer pela sua impossibilidade fática (sempre há decisão), quer pela sua impossibilidade lógica (sempre há regras a aplicar). Mas aqui é preciso esclarecer com mais detalhe a hipótese já aventada por BETTI de que uma impositação teórica não formalista pudesse abordar de forma distinta o problema das lacunas. Na verdade o que BETTI parece querer dizer é que é viável constatar as lacunas e assumir a necessidade de preenchê-las. Esta é também, de um certo modo, a posição de BOBBIO. Esta posição, no entanto, continua a aceitar o pressuposto da divisão inicial do pensamento jurídico tradicional que faz a escansão insuperável entre ser e dever-ser. A razão está irremediavelmente dividida. Daqui para frente vamos enfrentar o desafio das lacunas como problema da interpretação. Elas se ligam ao espaço que vai da constatação do conflito à formulação de uma regra particular ou de uma decisão particular. Estamos, pois, no processo e no momento interpretativo-hermenêutico. Mesmo aqui os problemas não são poucos.

3. *As lacunas como problema da interpretação*

Para começar, toda interpretação parece carregar algo de irracional e não controlável. Ou pelo menos parece estar mais fundada em crenças e adesão a valores do que em saber científico. É verdade: o racional e o irracional aparecem hoje como dois hemisférios da razão sem que haja nada que ligue atos de inteligência e atos de vontade. Justamente por esta linha divisória poderia operar a hermenêutica. Ela pretende ser a descoberta de critérios para o entendimento e o conhecimento, na medida em que o conhecimento já não é mais externo e contemplativo do ponto de vista da relação sujeito-objeto, mas implicativo e intencional. Em outras palavras, a hermenêutica pressupõe mesmo a relação do sujeito com o objeto de forma absoluta, introduzindo a questão inafastável do “ponto de vista”. De tal maneira que o saber torna-se essencialmente motivado: isto implica uma idéia de que o saber e o conhecer partem de perguntas moti-

vadas e motivadoras e não de perguntas soltas. Assim a hermenêutica jurídica é a interrogação de um texto legal ou de uma regra decisória ou mesmo de um precedente a partir de motivações. E estas motivações podem ser divididas em duas espécies: a primeira é a necessidade da decisão e a segunda é a dos valores que o intérprete (seja o indivíduo, seja o próprio "sistema" de interpretação, ou seja uma espécie de intérprete impessoal que encobre os valores dominantes socialmente) pressupõe ao fazer a sua pergunta. Isto já carrega em si outra consequência: as perguntas em certa dimensão já trazem uma resposta. É, de fato, a maneira pela qual GADAMER formula o núcleo da atividade hermenêutica: "Uma das concepções fecundas da moderna hermenêutica é que todo enunciado deve ser considerado como uma resposta a uma pergunta e que a única via para entendê-lo consiste em fazer a pergunta da qual esse enunciado é uma resposta. Por conseguinte, uma primeira distinção a fazer com respeito à hermenêutica tradicional é o fato de que a hermenêutica filosófica está mais interessada nas perguntas que nas respostas. Ou melhor, interpreta os enunciados como respostas a perguntas que tem de compreender. Os fatos se encontram nos enunciados. Todos os enunciados são respostas. Porém, isso não é tudo. A pergunta a respeito da qual todo enunciado é uma resposta está, por sua vez, motivada; por conseguinte, em certo sentido toda pergunta é igualmente uma resposta. Responde a uma necessidade. Sem uma tensão interna entre nossas expectativas de sentido e as concepções amplamente difundidas, e sem um interesse crítico nas opiniões dominantes, não existiria qualquer pergunta" (9). Se assim é, abrem-se aqui novas perspectivas: passa a existir, no processo de interpretação, uma dimensão cognoscitiva subjetiva. Em outros termos: o saber tem sua direção e seu sentido a partir de motivações que o produzem. Desta forma, o problema das lacunas em direito surge justamente no espaço das questões colocadas pelo intérprete ao "ordenamento". Se a sua motivação não corresponde à "motivação" do "sistema", certamente aparecerão as lacunas. Caso contrário, as lacunas não aparecerão ou serão um problema inexistente, mesmo que apenas logicamente inexistente, porque, ao fazer suas perguntas na mesma chave de sentido do "ordenamento", tenderá a dar as mesmas respostas já dadas. Na mesma direção se pode afirmar que a "constatação da lacuna, embora aparentemente tenha um significado *descritivo*, representa, na verdade, um procedimento *inventivo*" (10).

As lacunas são, assim, típicas da "Ciência do Direito de modelo hermenêutico", em que "se distingue a atividade legislativa da executiva e judiciária" (11). Neste espaço de interpretação vai a lacuna. Como vai também

(9) GADAMER, Hans Georg. *A Razão na Época da Ciência*. (Trad. Angela Dias). Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, pp. 71 e 72.

(10) FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1980, p. 85.

(11) *Idem*, p. 80.

o espaço criado “quando as necessidades de uma sociedade já em modificação começam a romper com uma espécie de admiração acrítica pelo jurista do direito positivo vigente” (12). Ambas as características — separação das fases de produção normativa ou sua “procedimentalização” e fixidez positivada de regras decisórias em contextos de mudança social — são específicas da moderna sociedade industrial. Parece, pois, bem típico o caso da interpretação do art. 159 do Código Civil brasileiro em situação de conflitos entre produtores e consumidores. É o que veremos a partir de um caso paradigmático.

4. *Interpretação do art. 159 do Código Civil*

A produção industrial de bens de consumo põe uma novidade em cena: danos e prejuízos causados aos consumidores por defeitos de fabricação. Em princípio são afastadas as regras da compra e venda (vícios ocultos da coisa vendida) por dois motivos: *a*) a relação fabricante-consumidor não existe juridicamente como um contrato (o consumidor compra de um intermediário); e *b*) os prazos dados na disciplina redibitória são incompatíveis com a manifestação de vícios ocultos em bens mais ou menos complexos. De outro lado, a regra da responsabilidade civil (art. 159 do C. Civil) fala em ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência. A produção em empresas não permite falar em “vontade”: quanto à negligência ou imprudência, como constatá-las, se, na mesma série de produtos, uns apresentam defeitos e outros não?

Que fazer? A evidência dos danos forçou um processo de interpretação do art. 159, que o ampliou sem falar em lacunas, mas cujo efeito foi exatamente impedir o “aparecimento” de uma lacuna, isto é, a constatação de uma decisão inconveniente, um “caso duvidoso”, uma “lacuna ideológica”, a falta de um texto legislativo explícito.

Podemos analisar o caso publicado na *Revista de Direito Mercantil* n.º 61 (S. Paulo, jan./mar. de 1986, pp. 61-63) e que ali comentamos. O tribunal decidiu da seguinte maneira: responsabilizou o fabricante e o vendedor de um medicamento em conjunto, um pelo vício oculto da coisa que vendera (responsabilidade contratual) e o outro pela ausência de cuidados na fabricação (responsabilidade extracontratual). Juntou, pois, duas espécies jurídicas e legalmente distintas numa só decisão. Fundou-se, para isso, em indícios, valendo-se do art. 136 do Código Civil. A confusão conceitual denuncia várias coisas que se podem explicar a partir da evidente recusa do tribunal de constatar uma “lacuna”, ou seja, uma previsão legislativa suficientemente expressa, clara e explícita (13) para o caso de defeitos de fabricação, ou seja, a recusa de denunciar pelo menos um caso de dúvida ou insuficiência de critérios legislativos. Em suma, recusou-se a falar em

(12) *Idem*, p. 81.

(13) BETTI. *Op. cit.*, p. 131.

caso "duvidoso". Daí valer-se de recursos a mais de uma espécie de responsabilidade, a critérios bem mal utilizados de distribuição de ônus da prova etc.

Quais as confusões originadoras deste julgamento? Se o tribunal fosse falar diretamente em responsabilidade do fabricante, teria que enfrentar de vez a responsabilidade por risco ou por resultado: ela vem disciplinada no Código Civil nos artigos 1.518 e seguintes e lá não se prevê responsabilidade por defeito de produto. Prevê-se a responsabilidade na guarda da coisa, mas um produto fabricado e consumido não é coisa da qual o fabricante tem a guarda. O produto está em circulação. De forma que expressamente as regras ali previstas não se aplicam claramente ao caso.

A saída foi o uso de uma regra de "negligência", via expressão "omissão de cuidados". O fabricante procurou safar-se da acusação de negligência alegando que não omitira cuidados, tanto que fabricara a coisa de acordo com fórmula aprovada pela autoridade pública e que, além disso, a fabricação estava sob fiscalização federal, que nada constataria de defeituoso. O tribunal rejeitou o argumento, dizendo que a autoridade fazia a inspeção por amostragem e não em cada unidade comercializada: uma delas poderia escapar. É fácil ver que se escapa uma ou outra, o fundamento da decisão não pode ser a omissão de cuidados que, de forma geral, foram aplicados na linha de fabricação. O verdadeiro fundamento é a atividade de fabricação, o risco de errar — involuntária e inevitavelmente — na fabricação em série de qualquer coisa. No entanto, para não negar o seu ponto de partida (o dogma da culpa) e ainda assim obter a decisão a favor do consumidor, o tribunal fez um esforço de integração, construiu uma decisão e evitou falar em lacuna da lei, para que não se constatasse um campo de decisão em aberto, decisão não regrada, arbitrária.

Outra observação curiosa: o tribunal faz um apelo aos indícios como meio de prova, de maneira bastante incompetente, errônea. Os indícios a que alude o art. 136 do Código Civil são os relativos à conclusão de "negócios" jurídicos. Ora, no caso, a compra e venda não estava em discussão: o que estava em dúvida era a prova da causa do dano, isto é, se o produto for a "causa causans" do evento. Ali se tratava de usar indícios para prova de um fato histórico e não de uma relação jurídica. Tratava-se, pois, de fazer apelo ao art. 335 do CPC, que permite justamente fazer conjecturas sobre fatos históricos. Era um juízo de probabilidade (empírico) que se fazia e não um juízo de certeza (lógico). Daí que a aplicação do art. 136 era evidentemente inadequada: todavia se explica pela confusão necessária para ocultar o verdadeiro motivo de decidir.

A simples observação deste caso permite-nos retomar o que fora dito na parte inicial deste trabalho: as lacunas dão-se como problema de interpretação e decisão, de aplicação do direito e só podem surgir para uma teoria jurídica (modelo) que não se reduza ao modelo analítico, seja ele mais ou menos formalista.

Criminalidade e política criminal

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO

Ministro do Tribunal Federal de Recursos

Após as saudações de praxe, desejo iniciar esta preleção com alguns dados estatísticos fornecidos recentemente pelo DEPEN, órgão do Ministério da Justiça.

Os presídios brasileiros estão superlotados. Temos, ao todo, cerca de 41.250 lugares nesses estabelecimentos (capacidade de lotação), mas o número de presos já ascende a, aproximadamente, 71.000. Todavia, o que mais impressiona é, ao lado disso, a existência de 251.000 mandados de prisão expedidos e ainda não cumpridos. Como fazê-lo? É simplesmente impossível.

Esses dados nos revelam que o Direito Penal, no Brasil, é duplamente ineficaz: de um lado, quase nada se pode fazer, em estabelecimentos superlotados, em prol da regeneração do condenado; de outro, o maior número de condenações fica no papel, já que não são prontamente executadas.

O que falha em tudo isso?

Notem os senhores que o valor do Direito Penal, em seu aspecto de prevenção geral ou especial, está na sua eficácia. O Ministro CORDEIRO

Conferência proferida em 21-11-87, no I CICLO MARANHENSE DE CIENCIA DO DIREITO, em São Luís — MA.

GUERRA, do Supremo Tribunal, costuma dizer que ninguém mete o dedo em uma tomada elétrica porque sabe, de antemão, que, se o fizer, leva um choque. *A pena criminal deve assemelhar-se a esse choque, para que produza efeitos sobre o delinqüente no meio social. Mas, em um país em que a pena criminal não passa de mera ficção, isto é, consta da sentença e não se executa, ou se executa mal, é como se estivéssemos diante de uma tomada que não funciona, na qual se pode meter o dedo, sem perigo de levar choque.*

E o criminoso sabe disso. Tanto que, freqüentemente, temos notícia de crimes bárbaros, praticados nas ruas de nossas cidades, por quem já está condenado a 10, 30 ou 40 anos, mas permanecia solto.

Por que estava nas ruas esse multirreincidente? *Será possível ou desejável continuarmos na linha da falsa pregação de que é necessário agravarem-se ainda mais as penas, aumentar o número de condenações etc., se não damos conta sequer do que aí está?*

O que falha entre nós? Eis a questão.

O exame desses fatos, de conhecimento público, freqüentemente mencionados pela imprensa, leva a uma reflexão de política criminal, ou melhor, conduz à necessidade de refletirmos um pouco sobre a política criminal brasileira.

E a isso nos propomos nesta conferência.

A política criminal brasileira começou, precisamente, com o Código Criminal do Império, de 1830. Sua ideologia está na Carta Constitucional de 1824.

Esse primeiro estatuto penal significou um grande avanço, foi objeto de elogios pela comunidade internacional, serviu de modelo para o Código Espanhol e, por via reflexa, para os códigos dos países latino-americanos. Mas esse mesmo Código nasceu sob a inspiração da fé no cárcere, da fé na pena de prisão e na pena de morte. A política criminal que o informa é uma política criminal de índole repressiva, baseada na idéia que arranca da crença na pena criminal como instrumento único, bastante e suficiente ao combate ao crime, à contenção da criminalidade. Depois desse, tivemos o primeiro Código Republicano, de 1890, que evolui, de certa forma, em relação ao Código de 1830: atenua uma série de penas, mas situa, ainda, no centro da legislação penal, a mesma idéia da repressão ao crime, do combate ao crime, da fé na pena de prisão. *Sobretudo, na pena de prisão que começa a adquirir relevância desde então. A Consolidação das Leis Penais mantém-se na mesma linha, e o Código de 1940 aprimorou a técnica, mas não abrandou o caráter nitidamente repressivo, orientando-se pela idéia de que a pena de prisão continuava como o remédio único e definitivo contra o fenômeno do crime. Estes Códigos, o primeiro de 1830, passando*

pelo Código Republicano, pela Consolidação das Leis Penais, e chegando até o nosso Código de 1940, são Códigos que foram elaborados a partir de idéias então vigorantes em países da Europa Ocidental. Recentemente, em Congresso Internacional de Direito Penal, trocava idéias com um grande penalista latino-americano, RAUL ZAFARONI. Dizia-me ele que, na Argentina, não há tantos problemas. Para uma população, se não me falha a memória, de vinte milhões de habitantes, existiam 10 ou 50 mil presos. E todos cumpriam suas penas razoavelmente. Se isso ocorrer em outros países de menor população, pode-se antecipar a conclusão de que o Direito Penal de índole repressiva, com todos os equívocos que possa ter, funciona em lugares de menor número de habitantes, ou de menor densidade demográfica. O que não é o caso do Brasil ou de nossas regiões urbanas, de grande densidade demográfica.

Há, pois, no Brasil, urgente necessidade de se repensar nosso ordenamento jurídico-penal, já que a Reforma de 1984 ainda continua incompleta.

O Código Penal de 1940, com o que dele ainda permanece, feito e editado no clímax do Estado Novo, foge aos padrões desejáveis. Foi, para a época, um estatuto avançado, incorporando o que havia de consenso na doutrina então dominante. Essa doutrina, porém, tem um grave pecado: remonta ao primeiro quartel do século XX e se estrutura sobre a crença da necessidade e suficiência da pena de prisão para o controle do crime. A política criminal que a inspira é marcadamente parcial e repressiva. Tão repressiva que transformou, entre nós, a medida de segurança, de caráter eminentemente preventivo, em uma espécie de pena complementar da pena retributiva ou em pena de prisão para portadores de doença mental, em celas de horríveis manicômios judiciários. Não desejamos repetir, aqui, as críticas que temos endereçado a esse Código, por já serem bastante conhecidas (cf. *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp. 58 e ss.).

Frise-se, porém, que a malsinada fé no cárcere tornou-se responsável, entre nós, por coisas como estas:

a) a falsa noção de que a cadeia é o remédio para todos os males sociais, noção essa que obteve enorme difusão entre a população, e hoje se poderia considerar solidamente instalada na opinião pública brasileira;

b) a aplicação de penas de prisão superiores ao tempo médio de duração da vida humana, como se esta ficção das ficções pudesse assustar ou intimidar bandidos que enfrentam a morte constantemente, como rotina do cotidiano;

c) os milhares, muitos milhares de mandados de prisão, resultantes de condenações ou de medidas processuais, que não podem ser cumpridos, por desaparecimento policial ou por falta de espaço nos estabelecimentos penais, gerando a consciência da impunidade do crime e o descrédito da Justiça Criminal;

d) o abarrotamento, o submundo dos atuais estabelecimentos penais e a rotulagem, com a conseqüente marginalização social, de um bom número de indivíduos que, sem retorno possível, descambam para a criminalidade mais grave;

e) por fim, o círculo vicioso ancorado na falsa idéia de que a solução, agora, seria agravarem-se e ampliarem-se ainda mais as hipóteses de penas de prisão: o crime conduz à pena, a pena conduz ao crime e este a mais penas, e assim por diante.

A Reforma de 1984, que, como se sabe, não se constituiu em ato de generosidade de um Governo, mas nasceu de um pensamento penalístico reformador, que se desenvolveu entre nós durante mais de duas décadas (o primeiro projeto de reforma de NELSON HUNGRIA data de 1963), busca alterar esse panorama, mas não o tem conseguido: primeiro, por estar incompleta (ainda não se reformou a Parte Especial nem se editou o novo Código de Processo Penal); segundo, pelas naturais dificuldades de implementação de alguns institutos, ante a falta de recursos para tanto. Além disso, registram-se, agora, em algumas áreas, tendências muito fortes e preocupantes, no sentido de um retorno a orientações de legislações pretéritas, o que soma novas dificuldades àquelas já existentes.

Como os debates em torno dessa nova legislação ainda estão quentes, dispenso-me de repetir o que tenho dito e escrito, reiteradamente, a respeito, para poder dedicar algumas palavras sobre o que reputo fundamental no momento presente.

Há, no Brasil, uma Constituinte instalada que nos dará, em breve, a nova Constituição da República. Nessa nova Lei Maior, como não pode deixar de ser, estabelecer-se-ão os limites da atuação dos Poderes do Estado, frente aos direitos e garantias individuais. Estabelecer-se-á o tipo de Estado e de regime sob os quais iremos viver em futuro próximo. Parece-me confortador saber que o ideário da reforma penal brasileira está expressamente consagrado no texto do projeto recém-aprovado na Comissão de Sistematização, ao estabelecer as formas de pena criminal. Como prepararmo-nos, entretanto, para a implementação, no Brasil, de uma autêntica política criminal?

A dogmática penal atinge, em nossos dias, nível elevadíssimo de desenvolvimento. Os conceitos que elaborou nos últimos 50 anos parecem suficientes à construção de um sistema jurídico penal mais do que razoável. De tal sorte que seus pontos ainda polêmicos são de uma tessitura tão fina e periférica que já não conseguem situar-se antiteticamente em termos de "certo" ou "errado". Deve o dolo localizar-se no tipo, na culpabilidade ou em ambos? A consciência da ilicitude é elemento do dolo ou da culpabilidade? Pena e medida de segurança, ou a primeira desempenhando a função de ambas?

Qualquer que seja a resposta que se dê a estas indagações — e citamos algumas apenas exemplificativamente —, não põe em questão os temas fundamentais, consensualmente já resolvidos, tais como: o princípio da culpabilidade, os elementos subjetivos e objetivos do crime, a sanção penal com seu dúplice caráter retributivo-preventivo etc.

A questão — esta, sim, difícil de se resolver — situa-se na esfera de atuação da política criminal. E aqui a polêmica instaura-se sobre pontos fundamentais, ainda sem respostas com trânsito pacífico.

A política criminal identifica e seleciona princípios, meios e métodos para o controle do fenômeno do crime.

Agora, vejamos este exemplo: que meios selecionar e que volume de recursos canalizar para as instâncias estatais de controle do crime? Ou até mesmo esta perspectiva será discutível?

A mesma pergunta poderia ser formulada de modo diverso, assim: que preço estaremos dispostos a pagar, em termos de restrição à liberdade, de desvios de recursos de outras áreas igualmente prioritárias, ou de maiores encargos tributários, para a obtenção da tão sonhada segurança pública e pessoal?

Estas indagações, ainda sem respostas entre nós, por falta de um consenso em torno de discutíveis propostas conflitantes, conduzem ao que poderíamos chamar de “a hora da verdade”, no âmbito da política criminal brasileira. E, para não fugir pela tangente e ter que enfrentar essa realidade, permitam-me colocar como premissa do raciocínio que se seguirá uma proposição simples, que pode ser facilmente intuída a partir da experiência brasileira. Ei-la: da mesma forma que não se podem revogar, por ato legislativo, a causalidade do mundo da natureza ou as leis que regem os fenômenos sociais, assim também não se podem revogar, por simples decreto, os fatores causais do crime.

A insuficiência das leis penais, por mais severas e abrangentes que sejam, para conter ou reduzir a criminalidade de nossos dias, atesta a validade dessa premissa.

Não obstante, da mesma forma que é possível utilizarmos-nos das leis da natureza, em certa medida, para a obtenção de resultados valiosos, e influirmos nos fenômenos sociais, para criar respeitáveis instituições, canalizando poderosas forças para objetivos valiosos, contendo algumas tendências, direcionando outras, eliminando certos fatores deletérios, assim também deve ser possível intervirmos na área da criminalidade para submetê-la às instâncias de controle.

Qualquer que seja, porém, a solução que se pretenda, assim como as grandes obras de engenharia, tem ela um preço, tem um custo, que não

pode deixar de ser pago, por exigir projetos e realizações concretas dispendiosas.

E quando falo em preço, começo pelo significado mais prosaico dessa palavra, o seu significado econômico. Considerem que, presentemente, necessitamos reformar e construir estabelecimentos penais, em todo o País. Essa é uma atribuição dos Estados. Todavia, a maioria dos Estados da Federação se encontra em difícil situação financeira. O Ministério da Justiça, que poderia acudi-los, tem dotação orçamentária de aproximadamente 120 milhões de cruzados para socorrer a área penitenciária, neste exercício. Só a reforma e ampliação do complexo penitenciário do Distrito Federal, projetada para menos de 1.000 presos, exigiria, em números atuais, cerca de 200 milhões de cruzados. Se considerarmos que o Distrito Federal tem população total bem inferior a 2 milhões de habitantes e que sua situação penitenciária, embora ruim, não é das piores, em confronto com a de outras unidades federativas, não será difícil projetar esses números para o restante do País, com uma população que se aproxima dos 130 milhões de habitantes.

E note-se que aí não estão computadas as despesas de pessoal e de manutenção, nem as que dizem respeito ao reaparelhamento das Polícias, Ministério Público e Justiça Criminal.

Há meios de pagar esse preço? Um modo de fazê-lo sem o desvio de recursos de outras áreas prioritárias seria, por exemplo, a instituição de uma taxa de segurança pública, e/ou de algum tributo com o mesmo objetivo, para criação de um fundo cujos recursos ficariam vinculados e rigorosamente fiscalizados. Mas isso nos faz retornar à indagação inicial: estaremos dispostos a pagar esse preço?

A isso conduz a política criminal de índole acentuadamente repressiva, em um país com a população do Brasil.

Há, também, um preço, de natureza diversa, que não pode ser quantificado numericamente. Qualquer estratégia séria de prevenção do crime exige iniciativas em áreas melindrosas, de que são exemplos: a participação dos meios de comunicação de massa; a paternidade responsável; a educação e assistência ao menor; as correntes migratórias desordenadas, com a evasão do campo para centros urbanos explosivos; as estruturas sociais arcaicas; a necessidade de maior participação de empresas e de particulares que preferem estabelecer, com elevados dispêndios, um tipo de segurança própria que não se projeta para a coletividade; a humanização dos presídios etc.

Como em um Estado democrático essas iniciativas só podem ser tomadas com o assentimento da maioria, volta a pergunta: estaremos dispostos

a mobilizarmo-nos, ainda que com algum sacrifício de certas parcelas de benefícios pessoais — e em que medida? —, para oferecer soluções a tão magnas questões? Em outras palavras: estaremos dispostos a pagar também esse preço?

As respostas a essa ordem de indagações poderão redirecionar a nossa política criminal, de modo a influir poderosamente sobre o ordenamento jurídico-penal do futuro, tornando-o *racional, praticável e efetivo*. Penso mesmo que a grande tarefa dos penalistas brasileiros atuais — dos penalistas que ouvem os anseios de nosso povo, diga-se de passagem — é deslocar, agora, o foco de suas preocupações, de um direito penal repressivo, cheio de teias sutis sobre detalhes de menor importância, para este tema de política criminal: a *praticabilidade e efetividade* de nosso Direito Penal material e processual, deixando de lado certas ficções jurídicas que a nada conduzem, de que é exemplo o tamanho desmesurado das penas criminais que se têm como solução do crime; aplicam-se, mas, em boa parte, sequer se executam.

O apelo que tenho formulado em congressos, repetido nesta ocasião, dirige-se, pois, a todos nós, estudiosos das ciências penais: façamos, de uma vez por todas, a união do Direito Penal com o Direito Processual Penal. E que seja uma união indissolúvel, de tal sorte que o Direito Penal material se torne processualmente exequível e encontre eficácia no campo social. São palavras de HEINS ZIPF, às quais nada tenho a acrescentar: toda problemática no campo dogmático deve ser considerada, ao mesmo tempo, sob o aspecto processual de sua realização. Uma solução dogmática processualmente inviável é imprestável na área da política criminal...

O atual momento penalístico brasileiro não é, pois, penso eu, após anos dedicados às questões dogmáticas, próprio para as filigranas rendadas de uma dogmática penal pura, mas para a procura de idéias simples e factíveis, diria mesmo quase cartesianas, que não desconsiderem o valor da pessoa humana e o Estado social de direito que pretendemos edificar, mas que sejam verdadeiramente eficazes, para afastar os fantasmas ou o pesadelo de uma criminalidade que a todos assombra.

Tenho plena consciência das dificuldades e dos obstáculos que se levantam ante um desafio dessa natureza. Confio, entretanto, na capacidade da inteligência brasileira para, um dia, superá-los.

DEBATE

1.ª Pergunta: Como encontrarmos meios para construir casa de albergue, estabelecimentos industriais agrícolas, manicômios judiciais etc.? Como podemos, desse modo, cumprir o que está nas leis das execuções penais — tudo isto não redundaria em mais uma quimera ou ficção?

Resposta: Esta primeira pergunta é muito importante, porque vai me permitir dizer aos senhores o que tenho dito e dizia já na época em que

essa lei estava em elaboração. A lei é constituída de normas, as normas se identificam tecnicamente como algo que deve ser, volta-se, para o futuro. Nenhuma norma exprime um juízo de realidade, O QUE É, mas sim, O QUE DEVE SER.

Na área da execução penal, a lei exprime um projeto de política criminal. Não poderia instituir normas que refletissem o que aí está, a saber: os presídios devem ser abarrotados, o preso deve ser castigado, a desumanidade fica instituída. A lei é programa para um futuro melhor; para tanto, torna-se necessária a elaboração de uma nova política criminal. Isto significa que a Lei de Execução Penal objetivou estabelecer um projeto para os próximos 20 anos. O que nos cumpre, já que essa lei se insere dentro de uma política criminal moderna, é procurar implementá-la. Isso significa excluir dos estabelecimentos fechados aqueles que não necessitam estar dentro desses estabelecimentos fechados, mas necessitam de outra forma de punição ou de uma censura de parte do ordenamento jurídico, para que saibam que a infração cometida não deve ser cometida, para que os demais tenham um exemplo da eficácia do Direito Penal e um desestímulo à prática de infrações. Em uma palavra: dentro dessa política criminal, que situa na periferia do Direito Penal a microcriminalidade ou os crimes de menor importância, previu-se, na Lei de Execução Penal, o regime aberto, no qual se inserem as casas de albergados. Mas a própria lei, ante a deficiência do sistema penitenciário brasileiro, instituiu etapas paulatinas, para a implantação do projeto nela inserido. O que cumpre é lutar para que a realização dessas etapas não se eternizem. O Ministro PAULO BROSSARD, assessorado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tem-se empenhado nesse sentido. Esperemos que tenha êxito.

O Brasil não é um só. São vários Brasis. Em função das peculiaridades regionais, é possível que haja uma solução diferente. Lembro-me que, em uma das vezes em que estive em São Luís, fui informado de que havia algumas comarcas de interior permitindo ao preso trabalhar na lavoura. É uma forma de albergue, embora o ideal seria que a casa do albergado fosse isolada, para evitar a mistura dos presos. Preso que retorna ao próprio presídio se comunica com os demais delinqüentes que estão ali, não beneficiados pelos favores da prisão-albergue. E isso é um mal.

2.^a Pergunta: Vossa Excelência disse que a política criminal identifica e direciona os instrumentos de prevenção, e entendi que até condiciona ou viabiliza, ou não, a eficácia do Direito Penal. E, com vista a essa hora da verdade que Vossa Excelência nos conclamou, nós sabemos que o Governo poderia retirar recursos, não da Previdência ou da Educação, ou de outros setores tão prioritários, mas aplicar melhor os seus recursos e até evitar sua aplicação de forma condenável, para podermos canalizar o que sobra para a política criminal ou, pelo menos, para as opções encontradas

pela política criminal. Se nós temos essa realidade a partir do momento em que assumimos nossa verdade — e nós sabemos que a impunidade é uma condicionante para a eficácia da política criminal —, pergunto a Vossa Excelência: não seria a política criminal um exercício intelectual também na estratosfera?

Resposta: Ela é, sem dúvida, uma forma de exercício intelectual, precisamente porque é uma ciência. E a ciência, antes de passar às aplicações práticas, trabalha na parte teórica. Mas creio que já não temos muita opção nos grandes centros urbanos, em que a criminalidade ultrapassou aquele nível tolerável pelo meio social, produzindo a deteriorização da qualidade de vida. Há, pois, que se procurar uma solução para isso. E cumpre à política criminal, mesmo enquanto teoria ou exercício e uma atividade científica, revelar, nas universidades, aos magistrados, aos promotores, aos advogados, àqueles que labutam nessa área, os equívocos que têm sido a causa do nosso fracasso nessa área. No momento em que nos conscientizarmos dos nossos verdadeiros problemas, o mais virá como consequência. Por enquanto, realmente estamos trabalhando na parte ainda teórica.

3.ª Pergunta: Vossa Excelência falou que a impunidade incentiva o cometimento de mais crimes, e depois diz que se o juiz colocar em dia os processos criminais, talvez isso não resolvesse, por falta de vagas nos presídios. Pergunta-se: não seria melhor a atualização dos processos, mesmo sem vagas nos presídios, pois que isso tiraria dos criminosos a primariedade?

Resposta: Não. Infelizmente, meu pensamento, a minha resposta é negativa. Em primeiro lugar, devo dizer o seguinte: não sou a favor do retardamento do processo; claro que nós todos devemos lutar para que os processos tenham a celeridade necessária. Mas acho que o mal estrutural anteriormente apontado leva à ineficácia da pena criminal. Então, devemos ter maiores opções quanto à modalidade de cumprimento de pena e quanto aos tipos de pena, para acabar com a ineficácia do nosso sistema penal.

Pena não executada significa condenado marginalizado, explorado, necessitado de reincidir para sobreviver. E isto é um círculo vicioso indesejável. Quem passa a atuar na clandestinidade só pode ser um estimulado à prática de novos delitos. A pena, nesse caso, atua como fator criminógeno.

4.ª Pergunta: Partindo da realidade de que o Estado tem-se mostrado impotente para executar um efetivo policiamento, intensivo e ostensivo, de caráter eminentemente preventivo, e de que os guardas das empresas de segurança têm contribuído para diminuir os cometimentos de crimes em suas áreas de atuação, que acha Vossa Excelência da implantação de uma

política de quarteirão, polícia particular através da interligação de guarda de empresa ou mesmo de guardas contratados diretamente pela coletividade?

Resposta: Sou inteiramente favorável ao policiamento ostensivo, pois essa é uma das melhores maneiras de se prevenir o crime, ou, pelo menos, os crimes mais graves. Penso que todos os Estados da Federação vão se empenhar nisso. Onde há um policiamento ostensivo, reduz-se de um dia para o outro o índice de criminalidade. Não é que os criminosos fiquem bonzinhos a partir daí; o policiamento ostensivo cria obstáculos, dificulta a prática de infrações. Há, todavia, outros meios de prevenções igualmente eficazes. Agora, devo dizer que não sou francamente favorável a polícias particulares. Essas polícias necessitam de outra para controlá-las, para fiscalizá-las e para evitar que elas próprias não pratiquem desvios. Há, pois, duplicidade de recursos para o mesmo fim. A solução seria uma polícia municipal bem fiscalizada, que possa estender-se àquelas áreas que não pudessem ser atendidas pela polícia estadual. Quanto ao policiamento ostensivo, parece que há consenso inteiramente favorável.

5.ª Pergunta: Vossa Excelência primeiro abordou lucidamente a política criminal, apontando os problemas cruciais, indicando soluções. Pergunto a Vossa Excelência sobre os pontos que se impõem, ao lado dessa proposta: não seria de se considerar, nesse processo, a fixação ou atração do homem ao meio rural, de onde provém, com ênfase à reforma agrária e a outros benefícios de ordem social?

Resposta: Correto, corretíssimo. Reforma agrária pode ser a solução. Nós não podemos sequer pensar que é possível drenar 140 milhões de habitantes para os centros urbanos. Quem vai plantar o feijão, quem vai plantar o arroz, quem vai criar o boi, no pasto, quem vai fornecer o alimento para esses 140 milhões de urbanizados? Chegará o instante em que os habitantes dos grandes centros urbanos vão ter carência de alimento. E pior que isso: São Paulo já drenou vários rios para fornecer água a todas as suas torneiras. Um dia, além de comida, poderá faltar até água.

Numa das conferências que fiz, se não me engano em Goiânia, falei sobre essa constelação dos fatores causais do crime, quando alguém me fez esta pergunta: qual é a maior estrela dessa constelação? Respondendo, disse que, para mim, não há dúvida que essa estrela solar são as grandes concentrações urbanas.

A reforma agrária deve ser feita não sei de que forma, não sou especialista nisso, mas impõe-se como a mais séria possibilidade de fixação do homem na terra, porque o homem que lavra a terra é um cidadão pacato, trabalhador e bom. Na periferia de São Paulo, nas favelas do Rio, ou em lugares equivalentes, se marginaliza e acaba por engrossar os grupos rebeldes, descontentes ou delinqüenciais.

As eleições municipais de 1988 (*)

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Juiz Federal — Juiz-Membro do TRE-MG

ROUSSEAU, no capítulo IV do livro III de seu *Contrato Social*, diz que na acepção rigorosa da palavra nunca existiu e jamais existirá democracia. “É contra a ordem natural que o maior número governe e o menor seja governado” (1).

De fato, não se tem como fazer com que o povo governe a si mesmo. O próprio governo indireto, isto é, o governo através de representantes, é sempre incapaz de refletir a vontade geral. A vontade é sempre a de um ou de poucos, ainda que em nome do todo. “Todo governo é oligárquico, comportando, necessariamente, o domínio de um grande número por um pequeno” (2).

Mas, a despeito dessa “impossibilidade natural”, desde a Antiguidade (3) que se luta para que o povo preserve pelo menos a “titularidade” do poder político, ainda que seu “exercício” fique nas mãos de um ou de poucos.

Na Idade Média, sobretudo depois das glosas de AZONE no *Digesto* e da publicação do *Defensor Pacis*, de MARSÍLIO DE PÁDUA, é que se afirma que o povo nunca abdicou da titularidade de fazer leis. Nunca o povo fez a *traditio imperii* ao governante. Sempre houve uma mera *concessio imperii*. E, se se trata de uma “concessão” do poder, o povo, que nunca o perdeu, pode, a qualquer momento, tirar a concessão do mau governante e outorgá-la a outrem. É o “direito de resistência” que se faz, na concepção aristotélica, através do “regime político, ou real” (4).

É através das eleições que o povo, periodicamente, renova seus delegados no corpo legislativo e no corpo executivo. É através do voto (5) que

(*) Conferência pronunciada no “Minascentro” no 1º Congresso Mineiro de Estratégias Eleitorais e Marketing Político.

(1) Edições e Publicações Brasil Editora — 4ª ed., p. 80.

(2) MAURICE DUVERGER in *Os Partidos Políticos*, Editora UnB, 2ª ed., p. 457.

(3) Ver a discussão entre Otane, Megabizo e Dario na palavra de HERÓDOTO (III, 80/83) sobre a melhor forma de governo para a Pérsia.

(4) YVES SIMON in *Filosofia do Governo Democrático*, Agir, 1955, pp. 77 e segs.

(5) O sufrágio universal por si só não garante um governo democrático. É preciso que o eleitorado tenha certa consciência política, que saiba votar. No Brasil ocorreu fenômeno inverso do que se deu na Grã-Bretanha, sobretudo na Escócia, por estímulo participativo da Igreja presbiteriana. Aqui a outorga do direito de voto, que veio de cima para baixo, chegou antes da educação política. Lá, diferentemente, o povo foi amadurecendo politicamente e, em decorrência, passou a exigir a extensão do *ius suffragii*.

o povo, ainda que dentro de lista de nomes imposta pelos partidos políticos, escolhe aqueles que melhor convêm ao país, dentro de uma óptica.

O partido político, a despeito de seus ferrenhos opositores⁽⁶⁾, é o único instrumento institucional de que o cidadão, numa democracia representativa, dispõe para escolher seus legisladores e governantes. Daí dizer WILLIAM BENNETT MUNRO, em seu clássico *The Government of the United States*, que “o governo através de partidos políticos livres é simplesmente outro nome para governo democrático. Em parte alguma jamais existiu um governo livre sem partidos políticos”⁽⁷⁾.

No Brasil, sobretudo com a Emenda Constitucional n.º 25/85⁽⁸⁾, que acabou com a “fidelidade partidária” e aboliu a “proibição de coligação partidária”, temos um regime político que leva à proliferação desenfreada de partidos políticos.

A própria Lei n.º 7.664, de 29 de junho do corrente, republicada no DOU, de 1.º-7-88, permite que às eleições deste ano — as eleições municipais — concorram não só os partidos políticos com registros definitivos no TSE — já são 9 —, como aqueles com registros provisórios — são 18 —, bem como os que se “organizarem em tempo hábil” (art. 6.º, caput). Enseja, também, a participação dos partidos — *verbis* — “que tiverem, entre os seus fundadores, membros integrantes do Congresso Nacional representantes de, pelo menos, 5 (cinco) Estados da Federação” (art. 7.º).

Como se vê, essa lei, casuística como quase todas as leis eleitorais, é um incentivo aos “rachas” partidários. Ora, tudo isso não deixa de en-

(6) GEORGE WASHINGTON, que foi eleito unanimemente para dois mandatos (1789-1797), ao pronunciar seu *farewell address* (discurso de despedida), advertiu contra o “*spirit of party*” que então se estava esboçando nos EUA. Também JAMES MADSON em *O Federalista* (nº 10) procurou fazer ver ao povo de Nova Iorque as vantagens que o federalismo traria na contenção e controle das violências das facções políticas. MENDIETA Y NÚÑEZ, em seu *Los Partidos Políticos*, firme nas idéias de KARL MARX, vê nos partidos um mal necessário, que se extinguirá com o advento do Estado comunista. HANS KELSEN, a seu turno, fala em *Estado de Partidos (Parteienstaat)*, não conseguindo vislumbrar democracia sem partidos políticos livres. Sir YVOR JENNINGS em *A Constituição Britânica* (UnB — Pensamento Político n.º 30, p. 23) diz que “um estudo realista da Constituição britânica, hoje, deve começar e terminar com os partidos e discutí-los pormenorizadamente”.

(7) The MacMillan Company, New York, 1947, 5th Edition, p. 113.

(8) Antes da EC 25/85, a CF consagrava, no art. 152, incisos V e VIII, “disciplina partidária” e “proibição de coligações partidárias”. Também exigia, no caso de a fundação do partido novo sair do Congresso Nacional, que 10% de cada uma das Casas — Câmara dos Deputados e Senado Federal — assinassem o “ato constitutivo” do novo partido. O art. 152 de nossa Carta política é baseado no art. 21 — *Parteien* — da Lei Fundamental de Bonn. Também nossa LOPP — Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 5.682/71) — não deixou de sofrer influência da *Parteiengesetz* alemã, de 24-7-67.

fraquecer os partidos políticos, como um todo, e, em decorrência, a democracia representativa que deles não pode prescindir.

Nas democracias tradicionais, como a norte-americana e a inglesa, embora existam mais de dois partidos, o sistema eleitoral é tipicamente bipartidário⁽⁹⁾.

Uma grande conquista do Projeto de Lei n.º 201-F, que se transformou na Lei n.º 7.664/88, era o do “segundo turno” de votação para os cargos majoritários (prefeito e vice), caso nenhum dos candidatos, em Municípios com mais de 200.000 eleitores, atingisse a maioria absoluta de votos úteis⁽¹⁰⁾. Essa inovação foi vetada, o que não impedirá, por certo, que o TSE, se a nova Constituição for promulgada antes de 15-11-88, regulamentar a matéria. O art. 16 da Constituição a ser promulgada, é verdade, dispõe que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”. Assim, poder-se-ia entender que, mesmo na hipótese da nova Carta Magna ser promulgada antes das eleições, não haverá segundo turno, por força desse dispositivo constitucional. A eficácia desse artigo, porém, foi suspensa para as eleições de 15-11-88 (A.D.C.G.T., art. 11).

É verdade que os dois turnos, segundo estudo feito por MAURICE DUVERGER, tendem a favorecer o pluripartidarismo e, ao contrário, um turno só reforça o bipartidarismo⁽¹¹⁾. Efetivamente, os partidos em melhor situação serão obrigados a prestigiar os mais fracos, fazendo-lhes concessões em troca de apoio na segunda rodada. Mas, creio que no Brasil, onde os partidos políticos não têm tradição, isso será de pouca monta, pois a votação, no segundo turno, que se dará em Municípios mais politizados, se fará mais em torno do “candidato” do que de sua legenda partidária.

De acordo com a lei em comento (arts. 1.º e 2.º), as eleições serão realizadas em todo o País, em um só turno, no dia 15-11-88. Delas participarão não só os Municípios que têm prefeitos, mas aqueles Municípios criados até 15-7-88.

(9) Na Inglaterra só dois partidos têm peso nas urnas: o Conservador e o Trabalhista. O Partido Liberal, que ultimamente vem reagindo, começou a perder forças a partir de 1924. Seus antigos membros e eleitores bandearam para os dois partidos. Nos EUA, só o Democrata e o Republicano é que disputam, na verdade, as eleições nacionais, embora haja partidos liliputianos como o dos fazendeiros, o progressista etc. Ao two-party system não faltam críticos mordazes, como MICHAEL PARENTI (*Democracy for the Few*, St. Martin's Press, N. York, 4th Edition, pp. 199 e segs.). Sobre a mecânica eleitoral para Presidente da República americana, ver BERNARD SCHWARTZ in *Direito Constitucional Americano*, Forense, pp. 117 e segs.

(10) Trata-se de “ballottage”, isto é, nenhum dos candidatos consegue a metade mais um de votos úteis.

(11) Obra citada, pp. 252 e segs. DUVERGER, ao estudar o bipartidarismo, aponta como uma de suas causas históricas o sistema majoritário em um só turno.

Para o Executivo, vale dizer, para os cargos de prefeito e vice-prefeito, o sistema é o majoritário: quem tiver mais votos, não importa quantos, ganha (art. 3.º) ⁽¹²⁾. Para a Câmara Municipal, o sistema é o proporcional, isto é, fica assegurada à minoria, dentro de determinado limite, a sua representatividade ⁽¹³⁾.

Nas eleições deste ano, somente os eleitores inscritos até 6 de agosto é que votarão (CE, art. 67). Assim, o maior de 16 anos e menor de 18, caso não sofra alteração a Constituição em andamento na Assembléia Nacional Constituinte, não votará. O analfabeto eleitor, como já ocorreu anteriormente, escolherá seu candidato ou seu partido através de cores, fotos, números ou símbolos partidários estampados no quadro próprio da cédula oficial (art. 20).

A Justiça Eleitoral, como se sabe, já divulgou o número de vagas de vereadores para cada Município (art. 15).

No dia 7 de agosto se encerrará o prazo para que as convenções partidárias escolham os candidatos (CE, art. 93, § 2.º). Todos os atuais vereadores são candidatos natos dos partidos aos quais estejam filiados no dia da convenção (art. 61, § 1.º). O prazo para o candidato se inscrever na secretaria da Comissão Executiva ou Comissão Diretora Municipal Provisória vai até 48 horas antes do início da convenção (art. 16, § 2.º). Na convenção deverá haver dois escrutínios separados: um para as eleições majoritárias, outro para as proporcionais (art. 16, § 3.º). Uma vez escolhidos os candidatos, fica a cargo dos presidentes dos Diretórios Municipais ou das Comissões Municipais Provisórias protocolizar o pedido de registro no Cartório Eleitoral. O prazo vai até às 18 horas do dia 17 de agosto (art. 11, *caput*). Caso esse pedido não seja feito dentro do prazo, o próprio candidato pode fazer seu pedido de registro até às 18 horas do dia 19 de agosto (art. 17, § 2.º).

Na hipótese de morte, renúncia ou indeferimento pela Justiça Eleitoral do nome do candidato, o partido pode, desde que o faça por maioria absoluta da Comissão Executiva ou da Comissão Diretora Provisória, apresentar outro nome. A Lei n.º 7.664/88 fala que esse requerimento deve ser no prazo de 10 dias. O fim desse prazo, numa interpretação teleológica, só pode ser antes do dia 27 de setembro, vez que nessa data o TRE já terá julgado todos os recursos, com publicação dos respectivos acórdãos.

O candidato, que tem no máximo três opções, pode se registrar com variações nominais. Assim, pode colocar o seu nome todo, o nome abreviado ou o apelido, desde que esse não "atente contra o pudor, não seja ridículo ou irreverente" (art. 22).

(12) O sistema majoritário, defendido arduamente por ESMÊIN, dá maior estabilidade política ao país. Tem, porém, a desvantagem de afastar a minoria do corpo de representantes.

(13) Ver FAVILA RIBEIRO in *Direito Eleitoral, Forense*, 2ª ed., pp. 65 e segs.

O art. 25 permite que o candidato servidor público (*latissimo sensu*) se afaste, com vencimentos ou salários, desde o dia do registro de sua candidatura até o dia 16 de novembro. O candidato empregado público, que não tiver estabilidade no emprego, não pode, nesse período de afastamento, ser demitido, dispensado ou transferido (art. 27, § 1.º). Quanto aos empregados das empresas privadas, o empregado-candidato tem direito de se afastar para os mesmos fins, sem prejuízo de seus direitos, salvo quanto ao recebimento da contraprestação salarial. Vale dizer, o contrato de trabalho fica suspenso.

A Lei n.º 7.664/88 dá destaque especial à propaganda eleitoral e cuida, inclusive, de regulamentar as prévias, as pesquisas eleitorais e os testes pré-eleitorais.

Quanto às prévias⁽¹⁴⁾, às pesquisas e aos testes, a Lei estabelece três requisitos, além do nome da *fonte patrocinadora*: o *período* em que se fez a realização do trabalho, os *locais pesquisados* e o *número de pessoas entrevistadas*. Estabelece o último dia para divulgação da pesquisa: 14 de outubro (art. 26, § 1.º). A infração a essas exigências é considerada crime, capitulado no art. 322, do CE. A pena é de até um mês de detenção ou 60 a 90 dias-multa (art. 26, § 2.º).

No tocante à propaganda eleitoral através do rádio e da televisão, ela só poderá ser feita no horário gratuito estabelecido pela Justiça Eleitoral. Começa no dia 29 de setembro e vai até 12 de novembro, às 22h30m (art. 28). As emissoras reservarão 90 minutos por dia à Justiça Eleitoral para fins de propaganda partidária. Metade desse tempo — 45 minutos — deve ser no denominado “horário nobre”, isto é, entre 20h30m e 22h30m.

O art. 28, alínea *a*, inciso I, da Lei, permite que também os partidos sem representantes no Congresso Nacional participem da propaganda pelo rádio e televisão. A evidência, o tempo, nesse caso, é praticamente para constar: 5 minutos para os partidos, com um máximo, para cada partido, de 30 segundos.

Nas eleições de 86, o TRE-MG decidiu, através de mandado de segurança impetrado pelo Partido Socialista, onde fui o relator, que o art. 1.º da Lei 7.508/86, que vedava a participação de partidos sem representantes no Legislativo, era inconstitucional. Feria o princípio da igualdade perante a lei. Hoje, como se viu, a Lei 7.664/88 já corrigiu, em parte, esse tratamento odioso. A filosofia por ela utilizada é a mesma dada pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional) alemão, que passou a entender que o tempo de televisão e rádio deve

(14) Segundo WALTER COSTA PORTO in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 57, as “prévias eleitorais” tiveram sua gênese num resultado publicado pelo *Harrisburg Pennsylvanian*, em 1824, quando se colheram 335 votos a favor de Andrew Jackson, contra 169 dados a John Adams, na disputa pela Presidência da República americana. KARL POPPER, inspirado na tragédia *Edipo Rei*, de SÓFOCLES, denominou de “Efeito de Edipo” aquele que a “prévia” exerce psicologicamente sobre os indecisos.

ser proporcional à representatividade dos partidos, sem a supressão do partido fraco. A *Parteiengesetz* alemã, de 24-7-67, no § 5.º, cristaliza o princípio do “igual tratamento” (*Gleichbehandlung*) dos partidos. Essa igualdade de oportunidade na propaganda eleitoral, que é um “direito fundamental (*Grundrecht*) do partido e do candidato, não pode ser, como bem entendeu o TRE-MG, em termos absolutos. O importante é que o partido novo, sem representantes no Congresso Nacional ou nas Assembléias Legislativas, também participe, ainda que com tempo mínimo, da propaganda eleitoral.

Além do tempo gratuito, permite-se que as emissoras divulguem debates entre os candidatos (art. 28, X).

A lei em comento trouxe uma importante novidade, que vai, sem dúvida alguma, melhorar o nível da disputa e politizar os eleitores: a possibilidade de não-candidato, desde que credenciado pelo partido, participar da propaganda eleitoral gratuita (art. 29). Também permite que o candidato ou terceiro ofendido no programa gratuito possa, no mesmo tempo e veículo, defender-se (art. 29, § 2.º).

O candidato poderá, ainda, fazer propaganda, através da imprensa escrita, de seu *curriculum vitae*, desde que faça dentro das medidas estipuladas: 360 cm² para a eleição majoritária e 240 cm² para a eleição proporcional (art. 31). Pode, à evidência, fazer propaganda em bens particulares (imóveis, veículos etc). Quanto à colocação de faixas, cartazes, quadros e painéis, a Lei, em seu art. 32, diz que tal propaganda só pode ser em locais indicados previamente pela Prefeitura.

A Lei, em seu art. 33, é peremptória quanto à propaganda no dia das eleições. Comina uma pena que para o não-candidato vai de 6 meses a um ano de detenção. Para o candidato, além dessa pena privativa de liberdade, a da perda do registro e, se for o caso, a do mandato. A proibição no dia do pleito se estende — *verbis* — à “divulgação de qualquer espécie de propaganda política na data da eleição, mediante publicações, faixas, cartazes, dísticos em vestuários, posto de distribuição ou entrega de material e qualquer forma de aliciamento, coação ou manifestação tendente a influir, coercitivamente, na vontade do eleitor, junto às seções eleitorais ou vias públicas de acesso às mesmas”.

Entendo que o mesmo dispositivo existente na Lei 7.508/86, em seu art. 2.º, parágrafo único, que proibia a censura prévia, continua de pé, pois se harmoniza com o § 8.º do art. 153 da Carta política em vigor. Assim, penso que é inconstitucional e atentatória à liberdade de expressão de pensamento a atitude de alguns juízes eleitorais, quando exigem do partido e do candidato gravação prévia da propaganda nas emissoras de rádio e televisão. Se o candidato se exceder, que sofra as sanções penais *a posteriori*. “Não se pode” — como escrevi em artigo publicado na RDP 82, p. 178 — “é sacrificar um direito maior, fundamental, sob a alegação de se estar a aplicar legislação eleitoral. A responsabilidade deve ser a tônica numa democracia.”

A legislação agrária e o federalismo, leis federais e leis estaduais

JOSÉ MOTTA MAIA

Vice-Presidente do Instituto dos Advogados
Brasileiros (86/87). Diretor da Revista do
Instituto dos Advogados Brasileiros

A simples contemplação do vasto continental território brasileiro — dos maciços do Norte, desta Amazônia imensurável, “o silêncio fecundo da Natureza crescendo”, da visão poética, passando pelo Nordeste com seus contrastes, dos vales úmidos às zonas semi-áridas, das caatingas, dos chapões e dos cerrados; até às planícies do Centro-Sul e do Centro-Oeste com seus planaltos e com o seu pantanal que embasa a serra de Bodoquena; até o extremo-sul subtropical tão diferente do Norte, do Nordeste, do Centro-Oeste, para apenas referir algumas diferenças — retrata nossa fisionomia política aquilo que deve ser, por força de fatores naturais, a unidade dentro da dessemelhança.

Contemplar corresponde aqui àquele gesto de quem vê mais do que com os olhos, com o espírito e com a inteligência, para procurar entender o fenômeno brasileiro.

A variedade de solos, de climas, da fauna e da flora, numa extensão territorial imensa, traduz o milagre de nossa unidade na pluralidade, a unidade espiritual que é o traço vigoroso da fisionomia do país. Este é, em verdade, o *milagre brasileiro*.

CAPISTRANO DE ABREU observara que, “sem recorde de periferia marítima, a imensa costa do Brasil não dava incentivo à navegação e, por isto, os habitantes primitivos do país se quedaram num atraso de isolamento”.

Nem o mar, este gigante dominador do espírito dos homens, um caminho aberto às aventuras dos navegadores, teve a virtude de corrigir as distâncias e esse isolamento. Um privilégio de Deus a unidade territorial.

A visão de ALEXANDRE HUMBOLDT, diante da natureza exuberante, se traduz numa profecia que, ainda agora, desafia o espírito de iniciativa e a capacidade de realização dos homens deste século e dos que virão no alvore do ano 2000: só o Vale do Amazonas será capaz, ele sozinho, de produzir alimentos em volume suficiente para nutrir toda a humanidade.

Nessa profecia se contém, certamente, o pressuposto de se dar à terra *sua destinação econômica e social*.

Essa destinação não será, certamente, produto de milagre nem prodigalidade da natureza. A prodigalidade da natureza já está aí. É o milagre à disposição do homem, um convite para que ele cumpra sua parte nessa obra gigantesca mas possível de dar aos recursos naturais sua destinação mais adequada em benefício da humanidade.

Fundamentos do federalismo

As teorias sociológicas e jurídicas que procuram explicar ou aconselhar o federalismo valem menos, ao nosso entender, do que os fundamentos naturais.

A discussão entre os cientistas sociais não tem fim, e já se prolonga de forma quase diria flagelante para um fenômeno que tem seus fundamentos naturais evidentes.

O Manifesto Republicano de Itu, em que pese às contestações de ordem ideológica que se lhe tenham oposto, por motivo mesmo de posições ideológicas de natureza política, adotadas, assinalara, com muita sabedoria, que o federalismo era, antes de tudo, uma imposição do fato natural, um fato da *natureza*. Mais enfaticamente, um notável líder agrarista, ASSIS BRASIL, sentenciara: "Nosso país está como a grande República de Washington, mais que nenhum outro, no mundo, disposto *pela ação única da Natureza*, para receber e desenvolver, esplendidamente, as fecundas instituições da República Federal".

Era, assim, uma consagração do fundamento invocado pelo Manifesto de 1873 que sucedeu o de 1870; "(...) no Brasil, antes da idéia democrática, a Natureza se encarregou de estabelecer o princípio federativo".

Que significa isto senão a necessidade de adequar a organização político-administrativa às novas peculiaridades de *país continental*, com regiões diversificadas pelo clima, pelo solo, pela vegetação, por todos os fatores naturais, e que precisava ter seus problemas resolvidos ou equacionados pela adesão das parcelas diversificadas da nação, dos seus governos regionais mais próximos das necessidades, das realidades que lhes afetam a vida e o destino?

Sem dúvida há fundamentos sociológicos que ditam a organização federativa, a descentralização que é sinônimo de maioria das comunidades, a partir das células administrativas menores, os Municípios.

Esse fundamento serve melhor ainda aos países de menor extensão territorial, eis o caso da Alemanha, da Áustria, da Suíça e, aqui no continente sul-americano, aos países que o adotaram, sob a influência da doutrina europeia e de modelo dos Estados Unidos.

Países de menor extensão territorial — eis os casos da Alemanha e da Áustria e, em nosso continente, a Argentina, o México — optaram pelo federalismo.

PONTES DE MIRANDA alude à federalidade: “a existência daquilo a que chamam federalismo é dependente da intuição que nos dá a “soma” dos poderes deixados aos membros do Estado, quer deixados por se terem enumerado os *gerais*, quer por se terem enumerado os que se lhe deixam. Se a soma é suficientemente enérgica, a intuição surge. Ora, tal intuição depende de se sentir até que ponto é interesse *geral* efetivo, a própria divisão”.

“Por isso a Áustria se acreditava federativa, a Alemanha de 1919 se disse tal, e a União Soviética tal se proclama. Para os juristas austríacos, que vinham de sistema unitário, a Constituição nova, após a Primeira Guerra Mundial, foi federalista; isto é, movimento para nítida descentralização. A estrutura russa mostra que para o ambiente russo, o unitarismo *potencial* não desfaz a concepção federativa; trata-se de federalismo com espada de Dâmocles. Com que critério fixo podemos dizer, alto e bom som, que não é federalismo?” (PONTES DE MIRANDA, in *Comentários à Constituição de 1946*, volume I, Max Limonad, São Paulo, 1946, pp. 201/2).

O gérmen do nosso federalismo encontra-se, ainda, na organização das capitâncias hereditárias, como observara MARTINS JÚNIOR (in *História do Direito Nacional*, p. 175). E LEVI CARNEIRO assinala que o federalismo, antes de ser acolhido pelo legislador republicano, já existia na aspiração do povo brasileiro, como idéia insopitada, na tradição nacional, há mais de quatro séculos de nossa evolução política.

Tanto era assim, tanto era uma idéia natural, que o Ato Adicional se antecipara à Constituição de 91, porque, se não instituíra expressamente esse sistema descentralizador, em toda sua extensão, consagrava um sistema intermediário, ou como observara TAVARES BASTOS — tão ligado às tradições da Amazônia — a concessão do Ato Adicional constante da Lei de 12 de agosto de 1834 “participava de ambos os sistemas”. Da mesma natureza é a Lei n.º 105, de 12 de maio de 1840, que procurou interpretar e definir o alcance do art. 10 daquele Ato. De acordo com este, caberia às assembleias provinciais e às câmaras dos distritos legislar sobre matéria antes reservada ao governo central, de acordo com a Constituição de 1824.

Nascimento e desventura do federalismo brasileiro

A marcha do federalismo nacional tem sido marcada de grandes dificuldades, com a velha angústia que domina os economistas, os sociólogos e os juristas, de compatibilizarem as idéias com a realidade.

Basta ver o que foi essa luta na Constituinte de 91, e depois, ao longo do tempo, na prática do regime.

Como já assinalado, a descentralização a que corresponde o federalismo da primeira República foi menos uma cópia do modelo norte-americano do que uma imposição da realidade fisiográfica.

A grande voz de um gênio político que tanto se ligou à Amazônia, o sempre lembrado TAVARES BASTOS, já observara:

“A extensão dos territórios, as cordilheiras, rios, florestas ou os desertos intermédios que repartem cada um desses países em seções distintas (ele se refere aos países da América espanhola);

Os centros de população preponderantes em cada qual destas, sem relações de comércio, quase independentes umas das outras; a dificuldade das comunicações entre as populações isoladas por tamanhas distâncias; desertos inacessíveis ou ‘mares de longa navegação’; a fraqueza dos laços com que se pretendesse uni-las em um só feixe; o choque de interesses às vezes contrários, acendendo a *paixão da autonomia*; a diferença de climas, gerando condições sociais diversas, explicando tendências opostas (...) tudo concorre para impossibilitar nas regiões americanas o sistema de governo fundado há séculos em monarquias da Europa” (TAVARES BASTOS in *A Província*, ed. Brasileira, p. 27).

Na Constituinte da primeira República RUI BARBOSA advertira que jamais se poderia tomar ao pé da letra o modelo norte-americano, posto que “fora da União não há conservação para os Estados”:

“Não somos uma federação de povos” — disse RUI — “até então separados e reunidos, de ontem para hoje. Na União nascemos. Na União se geraram e fecharam os olhos nossos pais.

Na União ainda não cessamos de estar. Para que a União seja a herança de nossa descendência, todos os sacrifícios serão poucos.”

E em discurso notável, justificava seu ponto de vista e seus temores contra os extravasamentos que a prática republicana só veio confirmar:

“Em certas reivindicações de federalismo que vejo encapela-rem-se aqui contra o projeto eminentemente federal da Constituição que vos submetemos, há exagerações singulares e perniciosas

que cumpre cercear, a bem exatamente do regime federativo” (...). Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos nos convenceu de que a Monarquia se incrustava irredutivelmente na resistência à Federação. Esse non possumus dos partidos monárquicos foi o seu erro fatal.”

O pensamento de RUI era no sentido de que se devia adotar um federalismo conciliador com os que defendiam a federação, mas preservando a força da União.

Logo depois do notável discurso de RUI, informa AGENOR DE ROURE, LAURO SODRÉ, representando o pensamento positivista, apresentou emenda ao art. 1.º do projeto de Constituição, substituindo a idéia de a Nação Brasileira adotar a forma republicana-federativa, por uma outra que equivalia à declaração de que as antigas províncias, por livre união, constituíam-se em federação. O Brasil só continuaria a existir por assim o entenderem as antigas províncias do Império (apud AGENOR DE ROURE, in *A Constituinte Republicana*, vol. I, Imprensa Nacional, 1920).

Da ampla discussão e sobretudo das acirradas divergências, surgiu o art. 64 da Constituição de 91, que transferiu às antigas províncias, transformadas em Estados, “as minas e territórios e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União, *somente*, porção indispensável para defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

Essa área de segurança das fronteiras veio se alargando até chegar-se àquela extensão definida no Decreto-Lei n.º 1.414, de 18-8-1975, que fixou essa área em 150 quilômetros.

A Lei n.º 4.947 atribuiu ao antigo IBRA, hoje o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, a tarefa de realizar a discriminação dessas terras, assim na área administrativa como na judiciária.

Tendência a centralização

Essa expansão da área de terras devolutas da União revela uma tendência, até um certo inconformismo da realidade com a forma federalista de 1891.

O maior domínio da terra pela União sempre foi considerado um suporte, uma condição da existência do poder nacional, como expressão da soberania, um elo entre os Estados-Membros, posto que a União, sem domínio territorial, seria uma abstração. Esse, o argumento básico de Rui Barbosa, ao opor-se vigorosamente ao dualismo federativo — a soberania dos Estados-Membros e a soberania da União —, defendido pela corrente de constituintes cujo líder principal foi Campos Salles.

A advertência de Rui foi secundada por Theodureto Souto:

“Pretende-se fazer uma Pátria sem território, uma Pátria abstrata, sem elementos materiais, sem domínio nacional que é a maior força de um povo, porque é a sua maior riqueza no presente e no futuro (...)

Soberania sem território é uma abstração inane, é uma idéia oca, é um sonho; só o federalismo, levado até a altura do separatismo, pode chegar aí. (...)

Nós emergimos do seio de uma Pátria una, indivisível, indissolúvel, íntegra e fortemente centralizada, e não podemos dar o salto mortal para uma federação extrema” (AGENOR DE ROURE, in *A Constituinte Republicana*, ed. Senado Federal, Brasília, 1979, p. 53).

Identificava-se, assim, o conceito de federalismo e soberania com o do predomínio territorial.

A solução conciliatória entre União e Estados-Membros teria sido a disposição do art. 5.º da Constituição de 1891, que exprimia o ponto de vista de um dos mais prestigiados líderes federalistas, Júlio de Castilhos:

“Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.”

A solução, repetimos, foi essa disposição mais a do art. 64, que reservou à União, *somente*, a porção do território indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Transferiram-se ainda aos Estados os próprios nacionais não considerados necessários aos serviços da União.

A faixa de fronteiras, que correspondia à faixa de segurança, era a mesma definida na Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, a excelente Lei de Terras, firmada pelo Visconde de Mont'Alegre.

Essa faixa eram:

“as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente” (Lei n.º 601, art. 1.º).

E ainda aquelas que, em qualquer tempo, a critério da União, fossem necessárias à instalação de estabelecimentos militares e instituições de conveniência federal (Constituição de 1891, art. 34, inciso 31).

É relevante assinalar a diferença que se estabeleceu, posteriormente, entre faixa de fronteira e faixa de segurança.

A faixa de segurança fixada na Constituição de 1891 (art. 64) em 66 quilômetros — igual, portanto, à faixa de fronteira referida no art. 1.º da Lei n.º 601, de 1850 — foi ampliada para 100 quilômetros em 1934 (Constituição de 1934, art. 166) e para 150 quilômetros em 1937 (Constituição de 1937, art. 165).

A tendência de identificar faixa de fronteira com a de segurança consolidou-se a partir da Constituição de 1946 (Constituição de 1946, art. 180, § 1.º) e com o Decreto-Lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, e, mais precisamente, com a Lei n.º 2.597, de 12 de setembro de 1955, que faz remissão expressa ao art. 180 da Constituição de 1946:

“Art. 2.º É considerada zona indispensável à defesa do país a faixa interna de 150 quilômetros de largura, paralela à linha divisória do território nacional, cabendo à União sua demarcação.”

A natureza específica dessa faixa de fronteira e de defesa do país distingue-se de forma inequívoca das demais parcelas do território nacional, pelo fato de que se prevê que, a qualquer tempo, essa faixa territorial poderá ser ampliada, como previsto no parágrafo único do art. 2.º citado.

A ocupação é o instrumento primordial para tornar efetiva a função dessa área. É uma ocupação programada sob a supervisão e com o concurso dos órgãos próprios do governo da União, compreendendo:

“a criação de colônias agrícolas e núcleos rurais de recuperação do elemento humano nacional, onde se tornar necessário, bem como para estabelecer, por proposta e nos locais indicados pelo Conselho de Segurança Nacional, colônias militares” (Lei n.º 2.597, de 12-9-1955, art. 5.º).

Prevê-se, ainda, a autorização do Conselho de Segurança Nacional para as transmissões de terras contidas na zona de fronteira e de defesa do país.

A regulamentação da lei, pelo Decreto n.º 39.605, de 16 de julho de 1956, criou novas restrições a qualquer atividade, principalmente as relativas à pesquisa e lavra de reservas minerais e:

“as transações de terras, tais como alienações, enfiteuse, anticrese, usufruto ou qualquer gênero de transmissão de posse a estrangeiro, quer individualmente, quer em sociedade ainda que brasileira, de que constem estrangeiros”.

Veda-se, também, a concessão de terras públicas sem o assentimento da Comissão Especial de Faixa de Fronteira, sob pena de responsabilidade dos notários e oficiais de registro de imóveis.

A concessão de terras públicas, estabelece ainda o decreto, não poderá exceder de 2.000 ha, excetuando-se dessa exigência as transações sobre terrenos urbanos destinados a edificações.

As modificações resultantes dessa legislação — o art. 180 da Constituição de 1946 e o Decreto-Lei n.º 9.760, de 5-9-1946, e a Lei n.º 2.597, de 12-9-1955 — criaram situação nova em relação ao patrimônio territorial dos Estados e dos Municípios, posto que retiraram-lhes consideráveis parcelas de seu patrimônio territorial, incorporando-as ao da União.

Decorre disso a atribuição deferida ao antigo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, hoje o INCRA, para adotar “providências administrativas e promover as judiciais, concernentes à discriminação das terras devolutas existentes (...) na faixa de 150 quilômetros ao longo das fronteiras do país, respeitado o disposto na Lei n.º 2.597, de 12 de dezembro de 1955 (Lei n.º 4.947, de 6 de abril de 1966, art. 5.º).

O disposto na Lei n.º 2.597 é, ao nosso entender, o do art. 10, § 2.º, que assegura os direitos dos brasileiros proprietários de áreas que ultrapassem o limite de um terço da respectiva superfície.

Em consequência dessas disposições legais, ampliou-se a área das terras devolutas da União, reduzindo-se as dos Estados e dos Municípios situados na faixa de fronteira ou de defesa do país.

Prevalência dos fatos sobre as leis

O conceito de terras devolutas vem da Lei n.º 601, de 1850, e tão sábio foi aquele diploma legal que permaneceu ao longo do tempo a atestar a competência dos seus elaboradores.

Seu conceito é o mesmo em leis posteriores, até o Decreto-Lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que passou a ser a lei básica relativa aos imóveis da União, depois derogada.

A importância desse patrimônio territorial, como suporte da própria soberania nacional, é indicada pelas discussões, debates e divergências doutrinárias e legislativas, que informam o nosso federalismo em 1891 e que foi bandeira dos propagandistas da República, principalmente os da Convenção de Itu, em 1873.

De grande significação do ponto de vista do domínio da União é o Decreto-Lei n.º 1.164, de 1971, que incorporou a este as terras devolutas situadas num raio de 100 quilômetros de cada lado das rodovias federais, implantadas, em fase da implantação ou projetadas na Amazônia Legal, excluídas dessa providência as parcelas já incorporadas ao domínio particular.

Tal providência representa um acréscimo das terras devolutas da União estimada em cerca de 311 milhões de hectares.

Revolta dos fatos contra a lei

A antevisão de Rui Barbosa, na Constituinte de 90, opondo-se ao federalismo amplo que teve seu assento básico na transferência aos Estados do patrimônio nacional sob o sistema unitário, foi confirmada pelos fatos. A realidade foi mais forte do que o idealismo ou irrealismo dos federalistas *à outrance*.

Cabe citar o pensamento de PONTES DE MIRANDA, a outros propósitos:

“A primeira crítica que se faz à elaboração das leis só pelo Poder chamado Legislativo é a de que nos fatos se mostram *insuficientes*” (in *Comentários à Constituição de 1946*, art. 36).

Coincide com aquela lição do lúcido GEORGE RIPERT, segundo a qual

“as regras gerais têm um caráter eminente se se puder demonstrar que elas são exigidas pela razão humana. Seu valor será, então, tal que se tornará impossível admitir que uma lei possa desprezitar um princípio, porque isso seria o mesmo que dizer que ela é contrária à razão. Ela seria, por outro lado, inaplicável, porque o espírito humano jamais poderia aceitar as conseqüências extravagantes que dela resultariam. Chega-se, assim, à noção dos *princípios racionais*, que constituem um obstáculo ao poder do legislador” (GEORGE RIPERT, in *Les Forces Créatrices du Droit*, édit, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1955, p. 332).

Poder-se-ia também exemplificar com “a revolta dos fatos contra o direito”.

O federalismo é um sistema tão complexo e tão salutar que ainda não se chegou a fixar, apesar dos esforços dos doutrinadores e da experiência, uma fórmula constitucional ideal, capaz de atender à realidade que é caprichosa e variável no tempo e no espaço.

O fato evidente é que o sistema sonhado pelos constituintes de 90 e inserto na Carta de 91 não prosperou. Ou prosperou com os aperfeiçoamentos que se traduziram na redução cada vez maior da *soberania* ou da autonomia dos Estados-Membros.

Foi o que se verificou com o regime fundiário em nosso país, na angústia dos nossos pensadores e dos legisladores em busca de uma acomodação da realidade deste país continental e dominado de contrastes com o sistema legal.

Nem se diga que essa mudança é uma distorção nossa, uma peculiaridade do Brasil, no contexto dos demais países latino-americanos, tão exorcizados de incapacidade para construir regimes estáveis.

Transformação do federalismo se verifica na pátria *mater* do federalismo, os Estados Unidos. O federalismo dualista dos constituintes de 1787, que os nossos constituintes de 90 pretenderam transportar até aqui, não é o mesmo, hoje, posto que a União vai avançando todos os dias, ganha terreno sobre os Estados-Membros. Agora predomina — e isto é reconhecido por juristas, por políticos, por homens de governo —, na grande nação do Norte, outro federalismo, o federalismo cooperativo que se traduz pela expansão dos poderes da União, sem prejuízo da autonomia, da quase soberania das unidades federativas: a União e os Estados-Membros realizam o ideal federalista através de uma atividade cooperativa que possibilita planejamento e execução de programas visando à solução de problemas de interesse nacional, sejam os de natureza econômica, sejam os de caráter social. Essa a constatação de BERNARD SCHWARTZ, um dos mais autorizados doutrinadores do moderno constitucionalismo norte-americano (in *American Constitutional Law*).

Estaria, assim, consagrada, tantos anos decorridos da histórica Assembléia Constituinte da 1.^a República, a tese de Rui sobre “o papel vivificador da União, relativamente aos Estados”; e que ela é “a condição fundamental da existência destes” (Apud AGENOR DE ROURE in *A Constituinte Republicana*, vol. I, ed. Senado Federal, 1979).

Assim se justificam as transformações do nosso federalismo, com a reforma da Constituição de 1891, com as emendas de 1946; e com as Constituições de 1934, de 1937, de 1946 e 1967.

Citem-se, a propósito, as disposições da vigente Constituição, relativas à execução de planos regionais de desenvolvimento (Constituição de 1967, Emenda n.º 1/69, art. 8.º, inciso XIV).

Ao deferir-se à União a atribuição de estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento, optou-se por uma forma de cooperação que, se bem conduzida, realizará os objetivos de promoção do programa e do bem-estar da nação.

Não se trata, em princípio, de eliminar a autonomia dos Estados, antes de realizar uma política racional, com vistas ao desenvolvimento nacional, de qualquer natureza.

Esse preceito já vem da Constituição do Império, que dispunha em seu art. 15: aí se incluía, entre as atribuições da Assembléia Geral, a promoção do bem-estar geral da Nação.

A lição do notável PIMENTA BUENO, ao explicar o sistema constitucional do Império, coincide com as aspirações de nosso tempo: “O pro-

gresso, os melhoramentos, não podem vigorar sem leis regulamentares, sem instituições que secundem o desenvolvimento e exercício livre da inteligência, dos capitais e do trabalho do homem.

É, conseqüentemente, necessário que a administração central organize bem seus ministérios, seu Conselho de Estado, em todas as suas partes, que componha as suas agências provinciais e locais, para que possam desempenhar a sua missão, funcionar bem, sem morosidades prejudiciais, vacilações e entorpecimentos; que seja animada de vistas largas, generosas e não puramente fiscais e vexatórias, vistas que prescrevem prejuízos dos sistemas regulamentares e preventivos que tanto encadeiam e retardam as forças industriais dos povos (. . .)" (PIMENTA BUENO, in *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857).

Sob o sistema federativo vigente, o a que se pode e deve aspirar é que se realizem as funções do Estado, dando-se prioridade aos aspectos funcionais, antes que aos casuísmos de natureza jurídica que são a negação do jurídico. O federalismo, que é tão caro aos que desejam a maior participação possível do povo nas deliberações do Estado, tem de encontrar formas de expressão prática, que tornem viável e não concorrente e perdulária a ação da União e dos Estados e dos Municípios. Já advertira TOCQUEVILLE, prevenindo a investida dos federalistas à outrance, que "o mais funesto dos vícios inerentes ao sistema federal é a fraqueza relativa ao governo da União" (in *Democracia na América*).

A chave do problema está em harmonizar-se a ação do poder nacional, da União, com os poderes atribuídos, por disposição constitucional, a partir da Constituição de 1891, que instituiu o regime federativo, com a dos Estados e dos Municípios.

Não cabe discutir, por simples emoção ou preconceito ou pontos de vista preconcebidos, as inconveniências ou efeitos negativos da ampliação do poder da União, em detrimento da soberania dos Estados e da autonomia municipal.

Essas expansões de teoria política não encontram sequer modelos em que se apoiarem, porque a fortificação do poder central nos Estados federais modernos é uma realidade, resultante de necessidade imperiosa de tornar viável o federalismo.

Cumpriu-se, ao longo de uma experiência da prática do nosso federalismo, aquilo que previra Rui na Constituinte e que se poderia resumir nesta previsão de outro constituinte Justiniano Serpa:

"Os Estados Unidos e a Confederação Suíça, quando se organizaram, conheciam todos os interesses da vida local. Os Estados é que existiam. Falta criar a União. Cumpria, primeiro, acautelar a sorte dos Estados, porque estes é que tinham compromissos. A União era uma entidade nova. Aqui sucede o contrário.

O que existe é a União. Esta é que tem compromissos e compromissos de honra. Abandoná-la a pretexto de melhor garantir os Estados não me parece patriótico nem digno. Acima de tudo, este grande princípio — a honra da Pátria Brasileira” (AGENOR DE ROURE, in *A Constituinte Republicana*, citada).

O que se verificou nos Estados Unidos foi precisamente o inverso do que se desejou aqui: a expansão do poder da União, como ainda recentemente registrou SCHWARTZ caracterizando esse fenômeno:

“A simples existência de dois aparelhos governamentais, operando na mesma área territorial, torna quase inevitável o aparecimento de conflitos entre os dois. Mesmo que cada ordem governamental seja inteiramente destituída do desejo de estender a sua própria autoridade, surgirão, sempre, casos em que a ação de um poder invadirá a competência do outro. A menos que se estabeleçam meios para resolver os conflitos de competência, o próprio sistema federativo poderá desmoronar” (BERNARD SCHWARTZ, *ib.*).

Não se pode negar que nesse processo de espraiamento do poder nacional haja inconvenientes, como se poderia referir no caso do nosso vigente sistema tributário que se centralizou em excesso. Mas daí a negar a supremacia e até a conveniência de um maior poder da União, vai distância.

Acresce que o patrimônio territorial dos Estados e dos Municípios resultou, como se sabe, de uma liberalização da União, com o fito de construir o federalismo brasileiro, através do art. 64 da Constituição de 1891.

A política fundiária

Política fundiária é objetivo de interesse nacional, tanto mais quando se agrava, dia a dia, o problema da ocupação da terra e da necessidade de se conciliarem interesses entre as estruturas atuais e as novas necessidades de corrigir distorções.

Esse problema foi bem focalizado na justificação da Lei n.º 4.504, de 30-11-1964, o *Estatuto da Terra*, que corou uma tentativa de muitos anos, no sentido de corrigir nossas deficiências quanto ao problema da terra.

Não se pode dissociar aqueles problemas da questão da individuação das terras públicas, ou mais precisamente, de sua discriminação. Primeiro discriminar, definir a posse e a propriedade dos particulares da propriedade do Estado em todos os seus graus. Depois dar destinação econômica a esse patrimônio ocioso.

Note-se que, quando o governo nacional cedeu as terras públicas aos Estados, o fez sob um compromisso de seu aproveitamento econômico.

O objetivo básico da legislação agrária é a instituição de uma política fundiária que consiste na ação do Estado para criar os meios de adequação das estruturas ligadas ao problema da terra, e sua exploração racional.

Visa, precipuamente, a solução de problemas sociais e econômicos como aqueles referidos na justificação da Lei n.º 4.504, de 1964:

“O problema agrava-se agudamente com a crescente industrialização do País e com a concentração populacional nos grandes centros urbanos. Toda essa população, absorvida no trabalho urbano, cria exigências, cada vez maiores, de suprimento de alimentos, demandando uma organização mais sistematizada de sua produção, transporte e distribuição.”

Os aspectos fundamentais dessa política também foram definidos na mesma justificação: *a) suprir a base alimentar indispensável à intensificação da vida urbana e industrial; b) concorrer com produtos de exportação mais diversificados para ajudar o equilíbrio do balanço de pagamento externo; c) concorrer para que se estabeleça um equilíbrio nas migrações entre o campo e a cidade, inclusive pela ampliação da fronteira agrícola para colocação de parte da mão-de-obra anualmente acrescida pelo incremento demográfico (Exposição de Motivos do projeto de que resulta a Lei n.º 4.504/64).*

Sentido nacional da política fundiária

A Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, que foi a seqüência da Emenda n.º 10, de 10-11-64, à Constituição de 1946, inaugurou no Brasil uma nova política fundiária que visa à reforma das estruturas obsoletas, dentro do modelo democrático, e sobretudo a dar destinação racional aos nossos recursos naturais.

Está dito no art. 103 do Estatuto da Terra:

“A aplicação da presente lei deverá objetivar, antes e acima de tudo, a perfeita ordenação do sistema agrário do País, de acordo com os princípios da justiça social, conciliando a liberdade da iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

Definido, assim, o caráter nacional da política da terra, assumiu o governo da União o compromisso de realizar um programa abrangedor, compatível com as peculiaridades regionais de país de extensão continental. Essa política se compatibiliza com um federalismo que se efetiva através de uma cooperação entre União e Estados e Municípios, como previsto na Constituição. Essa política tem sua expressão nas atividades dos órgãos de desenvolvimento regional e pretende conciliar atribuições de todos os níveis da administração.

A predominância do governo da União em relação ao patrimônio territorial, ou mais precisamente, em relação às terras devolutas, resulta da legislação específica que regula a discriminação dessas terras, sejam elas do domínio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Com efeito, a Lei n.º 3.081, de 22 de dezembro de 1956, revogada pela Lei n.º 6.383, de 7-12-1976, na lei nacional, revestia a natureza de lei processual, da competência da União. Fica reservado aos Estados o processo discriminatório administrativo que deverá, entretanto, guardar concordância com a legislação básica.

A liberdade dos Estados e dos Municípios em matéria de discriminação de terras devolutas reduziu-se ao processo administrativo. Este mesmo sofreu restrições e chegou a ser eliminado com a Lei n.º 3.081, de 1956. Só foi restabelecido com a promulgação do Estatuto da Terra, através da disposição do art. 11, que faz remissão expressa ao Decreto-Lei n.º 9.760, na parte em que consagrava essa providência.

Essa competência sofrera restrições por parte do legislador federal, uma restrição velada, ao acenar-se com a conveniência de cooperação da União para a discriminação por via administrativa ou judicial das terras dos Estados e dos Municípios:

“(. . .) através de convênios celebrados com os Estados e os Municípios, iguais poderes poderão ser atribuídos ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (hoje Instituto de Colonização e de Reforma Agrária — INCRA — g.n.) quanto às terras devolutas estaduais e municipais, respeitadas a legislação local e o regime jurídico próprio das terras situadas na faixa da fronteira nacional, bem como a atividade dos órgãos de valorização regional” (Estatuto da Terra, art. 11, § 1.º).

A competência legislativa de Estados e Municípios, definida nos arts. 13 e 15 e outros da Constituição, exercida sob regime de cooperação com a União, foi finalmente definida com a Lei n.º 6.383, de 7-12-1976, que, através do art. 27, ampliou sua aplicação aos Estados e Municípios.

Se a fixação de normas legais relativas ao procedimento administrativo é inerente à autonomia dessas unidades menores da Federação, não menos verdade é que a meta referida no art. 103 do Estatuto da Terra, respeitadas as peculiaridades locais ou regionais, está condicionada a uma orientação capaz de assegurar a harmonia de procedimentos, com vistas ao objetivo de uma política agrária nacional. Isto será possível através de critérios gerais básicos, a serem fixados mediante acordos e convênios para compatibilizar as legislações estaduais e municipais à legislação federal.

Registre-se, aqui, o labor, sem solução de continuidade, dos jusagraristas que do problema se têm ocupado, em louvável preocupação de aper-

feição o sistema legal e de cooperação com o Poder Legislativo em assunto tão complexo.

O valioso trabalho de análise crítica da legislação relativa ao registro imobiliário, ligada ao instituto das terras devolutas, pelo Prof. Octávio Mendonça, se acresce aos de outros como Jacy de Assis, Affonso Borges, Paulo Tormin Borges e, em campo mais genérico, as contribuições de Messias Junqueira, Octávio Mello Alvarenga, Fernando Sodero, Altir de Souza Maia, José Arthur Rios e Waldeci Urquiza. Menção especial aos esforços, especificamente da área da Amazônia, de Benedito Monteiro, de Paulo Lamarão e de tantos outros cujos nomes não me ocorrem.

A discriminação de terras devolutas não exaure o problema agrário, não o resolve por si mesma.

Legislação federal e legislações estaduais

Cabe fixar, embora de forma sucinta, a relação entre a legislação agrária federal, como dito, legislação mais do que federal dado seu caráter nacional, e as legislações estaduais, no que diz respeito às terras públicas, ou mais precisamente, sobre as terras devolutas.

Por força da disposição constitucional de 1891 (Constituição, art. 64) e para dar forma à federação, o patrimônio dominial do governo nacional foi transferido aos Estados em que se transformaram as antigas províncias existentes sob o regime unitário. Foram reservados à União tão-somente as faixas de terras das fronteiras, as necessárias à segurança nacional e os bens públicos necessários aos seus serviços.

A disposição do art. 64 é esta:

“Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.”

As normas legais relativas à discriminação das terras públicas, em geral, eram, em última análise, as vigentes desde 1850, a Lei n.º 601 e seu regulamento, o Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Era natural que assim fosse, visto que somente uma entidade de direito público, o poder federal, era o titular de todo o patrimônio territorial. Assim dispunha a letra da Constituição imperial de 1824 em seu art. 2.º:

“O seu território é dividido em províncias na forma em que atualmente se acha (...).”

Quanto aos bens públicos ou bens nacionais dispunha o inciso 15 do art. 15 que aludia à sua administração e alienação.

“O território do Império” — assinala PIMENTA BUENO, o primeiro comentador da Constituição Imperial — “não constitui somente a sua mais valiosa propriedade; a integridade, a indivisibilidade dele é demais não só um direito fundamental, mas um dogma político”.

Quanto ao domínio privado, do território nacional, este é dos portugueses e dos brasileiros conjuntamente.

De domínio público, inicialmente, todo o território nacional a que se refere a citada Constituição, a posse, a propriedade privada, é considerada, até certo ponto, como simples concessão ou, como define RUY CIRNE LIMA, uma simples prestação administrativa, “uma espécie de gênero, *a prestação de coisa*, ou seja, de terra devoluta, que aos particulares, reunindo as condições necessárias, faz o serviço público de terras de colonização”.

Terras devolutas, terras devolvidas ao patrimônio público, começaram a ser problema a deslindar pelo poder público, a partir da Lei n.º 601, de 1850. Terras devolutas são as que “se acharem aplicadas a algum uso público, nacional, provincial ou municipal; as que não se acharem no domínio particular, por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incurras em comisso por falta do cumprimento das condições de medições, confirmação e cultural; as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei” (g.n. Lei n.º 601, de 1850). Outras espécies foram indicadas na mesma lei que começava vedando as aquisições dessas terras por outro título que não o de compra.

Questão relativamente simples, tornou-se complexa a partir da divisão do domínio territorial do País entre a União, Estados e Municípios por força da instituição do regime federativo.

Repercussão do Estatuto da Terra

O interesse de individuar as terras devolutas da União, dos Estados e dos Municípios passou a assumir maior relevo, dir-se-ia mesmo, importância relevante, com a nova legislação agrária, a partir do “Estatuto da Terra”, posto que se impôs a todas as entidades públicas a obrigação de realizar uma política fundiária ou uma política agrária objetivando, como dito no art. 103 do Estatuto, “antes e acima de tudo, a perfeita ordenação do sistema agrário do País, de acordo com os princípios da justiça social, conciliando liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Procurou-se simplificar o procedimento de individuação desse imenso patrimônio público, as terras não destinadas a fins especiais, o chamado patrimônio privado da União.

Fazendo abstração da abundante legislação que a precedeu, fixemos na referência à Lei n.º 3.081, de 22 de dezembro de 1956, que visava

a complementar, por via judicial, aquilo que se apresentava insuficiente por via administrativa.

A legislação anterior se multiplicara em vários diplomas legais, tais como o Decreto n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, revogado e depois revigorado pelo art. 11 do Estatuto da Terra; o Decreto-Lei n.º 1.164, de 18 de março de 1939; o Decreto-Lei n.º 1.968, de 17 de janeiro de 1940, que regula a concessão de terras e vias de comunicação e o estabelecimento de indústrias na faixa de fronteiras; o Decreto-Lei n.º 2.610, de 10 de setembro de 1940, que interpreta o anterior, e outros de menor importância.

Por fim, a Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, procurou espancar dúvidas, contradições e dificuldades de toda a legislação anterior, e sobretudo estabelecer um sistema rápido, ágil, de discriminação das terras devolutas.

Ao lado dessas disposições legais, a existência de uma vária e abundante legislação estadual, para o mesmo fim, no que diz respeito ao patrimônio privado dos Estados e Municípios.

É de ressaltar-se a existência de legislações estaduais exemplares, adequadas a cada realidade local, a começar pela Lei de Terras, de São Paulo, de 1941, que serviu de modelo ao Decreto-Lei n.º 9.760, de 5-9-1946.

Outras leis de terras, como simples exemplificação, as dos Estados do Paraná, de Goiás e do Pará.

Limitações e competência dos Estados

A primeira e mais importante limitação à competência dos Estados para dispor de seu patrimônio é, ao nosso entender, a norma constitucional, a partir da Constituição de 1934. Com efeito, o art. 130 da Constituição de 1934 limitou a 10.000 ha a extensão territorial alienável, independente de autorização do Senado Federal: esse limite foi reduzido a 3.000 ha pela Emenda Constitucional n.º 10, de 1964, à Constituição de 1946, limite conservado pela Constituição vigente.

Era fatal o conflito legislativo entre leis federais e estaduais, sobretudo em pontos suscetíveis de interpretação vária. Pode-se dizer que foram os Estados de Goiás e os demais situados na Amazônia legal, os mais sujeitos a esses equívocos.

Sob tal ponto de vista, não há exagero em louvar a oportunidade da Lei n.º 6.383, de 1976, pela sua adequação às realidades e peculiaridades regionais. Vale inserir aqui o depoimento autorizado do jurista PAULO LAMARÃO, cujo labor na área do território paraense lhe dá autoridade para esse julgamento.

“A Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976” — diz o jurista paraense — “é, sem dúvida, o sinal mais evidente da extraordinária importância

que os problemas fundiários alcançaram no estágio da evolução econômica, jurídica e social do Brasil. (...) O art. 27 da nova lei estende sua aplicação às terras devolutas estaduais, quer na instância administrativa, quer na judicial (...).”

E se é assim na Amazônia, onde o problema fundiário é mais grave e complexo, conclui-se facilmente que o será muito mais em relação a outros Estados.

A solução é, em grande parte, de boa vontade e de compreensão pelos poderes públicos regionais, posto que um diploma legal da natureza da Lei n.º 6.383 já lhes proporciona um instrumento hábil para realizar a discriminação das terras do seu patrimônio.

Não há mais conflitos nem dúvidas a estorvar esse processo que se deve conduzir sob a inspiração do princípio de estreita colaboração entre os poderes da União e os poderes dos Estados e dos Municípios. O poder público tem, agora, a grande responsabilidade de tornar efetiva a letra do Estatuto da Terra: dar destinação a esse patrimônio em benefício da Nação, que é a comunidade dos que produzem e promovem a riqueza e o bem-estar de todos, cada um na área de atividade que lhe for reservada dentro das circunstâncias em que se procura realizar o desenvolvimento econômico e social, através da ação conjugada da União, dos Estados e dos Municípios, como previsto no princípio diretor, amplo, do art. 103 do Estatuto da Terra. Este pode ser entendido em consonância com outras normas da mesma lei, especialmente as dos arts. 9.º e 11.

Com efeito, ao estabelecer prioridade para utilização das terras públicas, nos objetivos da reforma agrária, o Estatuto inclui as terras devolutas dos Estados e dos Municípios, depois dos bens da União, aqueles que constituem seu domínio privado.

A delegação para que a União promova a discriminação de terras devolutas dos Estados e dos Municípios, agora também prevista na Lei n.º 6.383, resulta de disposições constitucionais que informam as tendências atuais do nosso federalismo, de cooperação entre a União e as entidades menores, prevista no § 3.º do art. 13 da Constituição. De acordo com este, “a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

Legitimações: os ocupantes de terras públicas

Legitimação é o ato visando a tornar legítimo aquilo sobre cuja legalidade ou legitimidade há dúvida. Não se confere legitimidade ao que não apresenta pressupostos para revestir tal condição. Legitimar a posse é torná-la juridicamente protegida, retirando-lhe o caráter de precariedade. É medida de caráter social que visa a proteger aquele que ocupa a terra, dando-lhe destinação econômica lícita, com seu trabalho.

A Lei de Terras, de 1850, já inserira medidas para tal fim, em seu art. 11, quando permitiu fossem legitimadas “as posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária ou havidas de primeiro ocupante, que se achem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente (...).”

A Constituição de 1946 assegurou o mesmo direito aos ocupantes de terras devolutas estaduais. As condições de legitimação estão indicadas na vigente Constituição (art. 171).

Antes, o Estatuto da Terra, em seu art. 97, previra a legitimação em benefício dos “posseiros”, observados os requisitos da “cultura efetiva e da morada habitual”.

Em várias legislações estaduais, senão em todas, há disposições no mesmo sentido, por exemplo, a Lei n.º 7.055, de 4-9-1978, do Paraná (art. 28); e a Lei n.º 4.584, de 8-10-1975, do Pará (art. 2.º, inciso IX, alínea c).

Por fim, a Lei n.º 6.383, de 1976, tantas vezes aqui citada, disciplinou o processo dessa legitimação criando oportunidades para os ocupantes que tenham revelado aptidão para a atividade de exploração agrícola e satisfaçam outros requisitos.

Não cabe, dentro da orientação que nos impusemos, nesta exposição, a análise de textos legais, muito menos compará-los, como é de bom estilo quando se examinam leis de interesse público. Procuramos tão-somente, ao referi-los, estabelecer uma conexão entre leis federais e leis estaduais, para constatar certa unidade de orientação ou de propósitos, voltados para valorização do trabalhador agrícola. E considerando que se este é um aspecto importante, é apenas um deles, dentro do complexo problema fundiário.

Função social da terra agricultável

A competência dos Estados e dos Municípios, definida nos arts. 13 e 15 da Constituição, não foi eliminada, mas somente reduzida até certo ponto, limitada para o fim de se adequarem aquelas entidades à política fundiária, de sentido nacional.

Tal limitação não é prejudicial ao federalismo, antes o vivifica em termos de eficiência. Essa cooperação tornará mais ágil a realização de várias tarefas que se diluiriam, no conflito de competências, se persistisse a orientação oposta.

Quando se alude à individualização dos bens dominiais do poder público — da União, dos Estados e dos Municípios —, surge, naturalmente, a indagação sobre sua destinação econômica e social, quando tantas restrições são impostas ao patrimônio privado.

Este é, realmente, o grande desafio que se apresenta ao Estado moderno, no cumprimento de sua missão de promover, acima de tudo, o bem-

estar. De tal modo que esse objetivo básico já supera as idéias tradicionais inspiradas no puro liberalismo.

Concluimos, por isso, que a discriminação das terras devolutas não é tudo, conquanto seja um passo importante, por parte do Estado brasileiro para dar cumprimento a uma de suas mais relevantes missões quanto ao seu patrimônio dominical.

Em relação aos Estados e Municípios, é relevante lembrar que, ao transferir-lhes as terras que eram do poder nacional, os constituintes de 1891 obedeceram a uma inspiração que está expressa naquele dispositivo do projeto de Constituição, da responsabilidade de Rui Barbosa, o art. 63:

“Uma lei do Congresso Nacional distribuirá aos Estados certa extensão de terras devolutas, demarcadas a custa deles, aquém da zona da fronteira da República, sob a cláusula de as povoarem e colonizarem dentro de um determinado prazo, devolvendo-se, quando essa ressalva se não cumprir, à União, a propriedade cedida”.

Os instrumentos legais existem para a União, os Estados e os Municípios satisfazerem esse compromisso. Referimo-nos à legislação relativa à colonização oficial e particular, reguladas no Estatuto da Terra.

A Amazônia é o maior desafio que se apresenta ao Estado brasileiro, neste momento em que se exacerbam os problemas de preservação do nosso imenso patrimônio territorial, objeto da cobiça predatória de estrangeiros e, também, de certos grupos nacionais desatentos de sua condição de naturais desta grande nação. Neste momento, segundo dados confiáveis, pelo menos 1/5 da Região Amazônica já foi devastado e o avanço predatório continua, sob várias formas, as mais primitivas e funestas: as queimadas, “as vorazes técnicas de derrubada através das moto-serras, do *correntão* e dos desfolhantes químicos, entre os quais se tornou famoso o “agente laranja”, utilizado na guerra do Vietnã e recentemente identificado em alguns pontos do Estado do Acre”, conforme ressaltado pelo jusagrarista amazonense, o ilustre Prof. Octavio Mendonça.

Missão dos jusagraristas

Os mais cruciais problemas que afligem a sociedade brasileira estão relacionados com a destinação adequada de seu patrimônio territorial. Detenham-nos em dois fenômenos que são ostensivos e suscitam inquietação: o êxodo rural e as migrações internas desordenadas. Tão inquietantes, que levaram o governo da União a instituir comissão especial para estudar medidas corretivas, como se constata da Exposição de Motivos n.º 4, de 5 de março de 1980, firmada pelos Ministros do Planejamento, da Fazenda, do Trabalho e Previdência Social, do Interior, da Educação e da Saúde. As migrações internas, que se conectam intimamente ao êxodo rural, ameaçam a estabilidade dos centros urbanos, desorganizam o trabalho nos campos e

preenchem a escassez de alimentos, agravando os problemas das cidades em termos de espaço, de absorção de mão-de-obra, de serviços essenciais à população, com aumento do surto de violência e de insegurança. Basta assinalar que o número de migrantes internos, que era, em 1970, de 29,5 milhões, passou, em 1976, a 37,5 milhões, ou seja, mais de um terço da população brasileira.

A solução está no desenvolvimento econômico racional, começando pela agricultura, estruturada sob formas sociais justas de utilização da terra, com o aproveitamento do nosso imenso potencial fundiário. Impõe-se um desenvolvimento planejado, sem as improvisações nem o empirismo que têm marcado muitas das iniciativas de âmbito nacional.

Os jusagraristas — e o afirmamos perante a elite de juristas da velha e sempre renovada Europa e do nosso continente inquieto, que nos trazem suas lições e sua experiência, neste cenário exuberante e misterioso da Amazônia continental, a Amazônia da antevisão paradisíaca de ALEXANDRE HUMBOLDT — têm o dever de dar sua parte para as soluções racionais e eficientes que conduzam ao bem-estar da nação brasileira.

Jusagraristas não são contempladores inertes do drama sócio-econômico que decidirá do nosso futuro. São produtores de idéias, com o sentido objetivo do direito. Do direito “como forma de vida humana objetivada” segundo a definição do jusfilósofo, ou na expressão do nosso maior jurista que foi PONTES DE MIRANDA, do direito como instrumento para “solução dos conflitos da vida social”.

Referência legislativa

1. Constituição de 1891, art. 64.
2. Constituição de 1934, art. 166.
3. Constituição de 1937, art. 165.
4. Constituição de 1946, art. 180 e seu inciso I.
5. Constituição de 1967, arts. 4º, 5º e 171.
6. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 — Dispõe sobre as terras devolutas no Império e acerca das que são possuídas por títulos de sesmarias, sem preenchimento das condições legais bem como por simples título de posse mansa e pacífica e dá outras providências.
7. Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 — Manda executar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.
8. Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 — Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências (principalmente, os arts. 1.º, 6º, 19, 20, 21, 22 a 60).
9. Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955 — Dispõe sobre zonas indispensáveis à defesa do país e dá outras providências.

10. Lei nº 3.081, de 22 de dezembro de 1956 — Regula o processo nas ações discriminatórias de terras públicas.
11. Decreto nº 39.605-B, de 16 de julho de 1956 — Aprova o Regulamento da Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955.
12. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 — Estatuto da Terra: regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola (principalmente os arts. 9º, 10, 55 a 72 e 103).
13. Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966 — Fixa normas de Direito Agrário e fixa o sistema de organização e funcionamento do INCRA.
14. Decreto-Lei nº 1.414, de 18 de agosto de 1975 — Dispõe sobre o processo de ratificação das concessões e alterações de terras devolutas na faixa de fronteira.
15. Decreto-Lei nº 1.164, de 18-3-1939 — Dispõe sobre a concessão de terras e vias de comunicação na faixa de fronteiras.
16. Decreto-Lei nº 1.473, de 13 de julho de 1976 — Altera o Decreto-Lei nº 1.164, de 18-3-1939.
17. Decreto-Lei nº 78.720, de 11 de novembro de 1976 — Dispõe sobre a licitação nas alienações de terras devolutas da União que menciona.
18. Decreto nº 79.658, de 5-5-1977 — Dispõe sobre licitação de terras públicas da União que menciona.
19. Lei nº 6.431, de 11 de julho de 1977 — Autoriza a doação de terras devolutas a Municípios incluídos na região da Amazônia Legal para vários fins, tais como: serviços comunitários, lotes rurais, sítios de recreio, exploração agrícola com aproveitamento econômico das terras em culturas hortigranjeiras.
20. Decreto nº 80.511, de 11 de julho de 1977 — Regulamenta o Decreto-Lei nº 6.431, de 11-7-1977.
21. Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976 — Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União. (Revoga a Lei nº 3.081, de 22 de dezembro de 1956).
22. Portaria nº 1.238, de 21 de outubro de 1977, do INCRA — (Estabelece Comissão Especial de Discriminação de Terras Devolutas).
23. Decreto-Lei nº 14.916, de 5-8-1945, do Estado de São Paulo (Lei de Terras).
24. Lei nº 5.994, de 30 de dezembro de 1960, do Estado de São Paulo (Reforma Agrária).
25. Lei nº 7.055, de 4 de setembro de 1978 — Dispõe sobre terras devolutas do Estado do Paraná.
26. Decreto-Lei nº 57, de 22 de agosto de 1969, do Estado do Pará — Dispõe sobre as terras devolutas do Estado.
27. Lei nº 4.584, de 8 de outubro de 1975, do Estado do Pará — Cria o Instituto de Terras do Pará definindo-lhe atribuições sobre as terras devolutas estaduais.

Mudança e política de desenvolvimento regional no Brasil desde o ano 1964

HORST BAHRO E JÜRGEN ZEPP *
Tradução de Moéma Parente Augel

SUMÁRIO

1. O golpe de 1964 — Causas e conseqüências. 2. Caminhos para a "abertura política". 3. A supressão dos direitos humanos e a censura. 4. Política econômica. 5. Política de desenvolvimento regional e mudança social. 6. A redemocratização — Tendências e realidade. 7. Resultados: agravamento das disparidades.

1. O golpe de 1964 — Causas e conseqüências

Mudanças econômicas e sociais causam tensões políticas⁽¹⁾. A transformação do Brasil, passando de um país de estrutura monocultural para tornar-se um país semiindustrializado⁽²⁾, desencadeou um processo de graves rupturas sociais, que culminou com a destruição do sistema democrático. A 1.º de abril de 1964 caiu o governo do Presidente João Belchior Marques Goulart, destituído pelos militares. Estes, em estreita colaboração com os representantes do grande capital, tendo como base intelectual de sua ação o Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais (IPES), com o apoio dos Estados Unidos, elaboraram os planos para a substituição da democracia brasileira por um autoritarismo capitalista a fim de, assim, recuperarem

* O Prof. Dr. Horst Bahro leciona Ciência Política na Universidade de Colônia e o Dr. Jürgen Zepp é seu ex-Assistente.

(1) HUNTINGTON, Samuel P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven London, Yale University Press, 1975, 9ª ed., pp. 140 ss. et passim; sobre o Brasil, cf. pp. 219 s.

(2) Cf. p. ex. WÖHLCKE, Manfred. *Brasilien — Anatomie eines Riesen*. München, C. H. Beck Verlag, 1985, esp. pp. 28 ss.

a predominância das classes proprietárias⁽³⁾, garantindo todavia um desenvolvimento modernizante do país⁽⁴⁾. Como consequência desse golpe de Estado, o governo civil foi destituído, os políticos democráticos perderam seus direitos políticos, as posições-chave das instituições políticas (sindicatos, bancos, associações profissionais e econômicas) passaram ao controle do Estado — pela primeira vez na história do Brasil os militares assumiram eles mesmos o poder.

As causas do golpe têm suas raízes no receio — não fundamentado — de que as classes proprietárias tinham pelo comunismo, receio fomentado pelos militares da extrema direita; na época, grassava uma séria crise econômica, acompanhada de progressiva inflação, de extraordinário déficit orçamentário e elevadas dívidas externas⁽⁵⁾, males que foram atribuídos ao governo democrático. As “reformas básicas”, planejadas por Goulart, deram ensejo ao golpe de Estado. O que desencadeou a crise foi o fato de o Presidente ter assinado demonstrativamente, a 13 de maio de 1964, um decreto de reforma agrária, sem indenização imediata, e um outro, estatizando refinarias de petróleo particulares⁽⁶⁾. Os militares, porém, estavam divididos entre eles: de um lado, a “linha dura”, que visava a uma supressão ampla e radical de toda opinião e toda ação divergentes⁽⁷⁾; e, do outro lado, o grupo moderado dos “sorbonistas”⁽⁸⁾ (mais tarde chamados de “castellistas”), que defendia um procedimento ditatorial, porém mais seletivo e mais cauteloso nas suas medidas de restrições aos direitos políticos e individuais do cidadão⁽⁹⁾. A esse segundo grupo pertencia o primeiro presidente militar brasileiro, o Marechal Humberto de Alencar Castello Branco. Sob o seu governo, onde os civis desempenharam papéis preponderantes, foi pos-

(3) DREIFUSS, René Armand. *1964: A Conquista do Estado — Ação Política, Poder e Golpe de Classe*. Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1981, pp. 170 ss, 396 ss. et passim.

(4) Cf. SCHNEIDER, Ronald M. *The Political System of Brazil — Emergence of a “Modernizing” Authoritarian Regime, 1964-1970*. New York/London, Columbia University Press, 1971, p. 10, onde estabelece a diferença entre “desenvolvimento e “modernização”.

(5) SKIDMORE, Thomas E. “Politics and Economic Policy Making in Authoritarian Brazil, 1937 — 71”, in: ALFRED STEPAN, ed. *Politics in Brazil — Origins, Policies, and Future*. New Haven/London, Yale University Press, 1973, pp. 4 ss.

(6) Para pormenores, cf. SKIDMORE, Thomas E. *Politics in Brazil — 1930-1964. An Experiment in Democracy*. London/Oxford/New York, Oxford University Press, 1967, pp. 284 ss. Cf. também STEPAN, Alfred. *The Military in Politics Changing Patterns in Brazil*. Princeton, NJ.: Princeton University Press, 1971, pp. 195 s.; SCHNEIDER, *op. cit.* (n. 4), pp. 93 s.

(7) Cf. SKIDMORE, *op. cit.* (n. 5), pp. 16 ss.

(8) Segundo a Escola Superior de Guerra, cf. parte 3, o “think-tank” dos militares, que foi equiparada à Sorbonne.

(9) Cf. esp. VELASCO E CRUZ, Sebastião C.—MARTINS, Carlos Estevam. “De Castello a Figueiredo: uma incursão na pré-história da “abertura”, in *Sociedade e Política no Brasil Pós-64*, São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1983, p. 16.

sível refrear a inflação, mas não se verificaram impulsos decisivos para o crescimento econômico do País (10).

Em 1967, o General Arthur da Costa e Silva assumiu a presidência da República. Também ele era considerado pertencente ao grupo dos "sorbonistas", embora mantivesse contato com oficiais da cúpula da "linha dura" (11). Sob o seu governo, verificaram-se os primeiros sinais positivos do "milagre econômico brasileiro", com um grande crescimento econômico e excedentes do comércio exterior (12); não lhe foi possível, contudo, fazer prevalecer a política da "segurança nacional". Sob seu sucessor, o General Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), a ditadura passou a dominar em toda a sua severidade, verificando-se ao mesmo tempo, porém, sucessos impressionantes no setor do crescimento econômico.

Aparentemente, os militares governaram apoiando-se no Estado de direito. Através de um "Ato Institucional", de 9 de abril de 1964, foi conferido ao Presidente, por um período de noventa dias, o poder de suprimir os direitos políticos dos cidadãos por até dez anos e de cassar mandatos parlamentares em todos os níveis do governo (13). Com o segundo Ato Institucional, de 27 de outubro de 1965, foram prolongados os plenos poderes especiais do Presidente, até o fim do seu mandato, isto é, até 15 de março de 1967. A jurisdição militar foi estendida aos crimes contra a segurança nacional; foi introduzida a eleição indireta do Presidente e do Vice-Presidente (e mais tarde dos Governadores estaduais) e os partidos políticos foram proibidos. Em substituição aos partidos anteriores, o próprio Estado criou artificialmente dois outros: a ARENA (Aliança Renovadora Nacional), como partido da situação, e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), como partido da oposição. Em 1967, através de mais um Ato Institucional, foi posta em vigor uma nova Constituição, pela qual se instituiu uma centralização dos poderes ao nível da União, concentrando-os nas mãos dos militares (14).

Em dezembro de 1968, o Congresso Nacional, cuja maioria era composta pelo partido do governo, a ARENA, negou ao Presidente da República a aprovação da suspensão da imunidade de um deputado do MDB, embora essa medida tivesse sido declarada como do interesse da segurança nacional (15). Em vista disso, o Presidente decretou o recesso do Con-

(10) SKIDMORE, *op. cit.*, (n. 5), pp. 9 s.

(11) SKIDMORE, *op. cit.* (n. 5), p. 11.

(12) SKIDMORE, *op. cit.* (n. 5), pp. 12 s.

(13) BICUDO, Hélio Pereira. *O Direito e a Justiça no Brasil (Uma Análise Crítica de Cem Anos)*. São Paulo, Símbolo S.A., Indústrias Gráficas, 1978, p. 34. Cf. tb. CRUZ-MARTINS, *op. cit.* (n. 8), pp. 18 s.

(14) BICUDO, *op. cit.* (n. 13), p. 37.

(15) SKIDMORE, *op. cit.* (n. 5), p. 14; Bicudo, *op. cit.* (n. 13), pp. 37 s.

gresso por tempo indeterminado e baixou o Ato Institucional n.º 5 (AI-5), pelo qual o Presidente adquiria poderes ilimitados para intervenção de todo e qualquer tipo e em todas as esferas do direito. Com base no AI-5, foram cassados centenas de mandatos políticos e o Supremo Tribunal foi "saneado" (16). Com uma emenda constitucional, o regime militar erigiu para si mesmo um novo embasamento, que lhe outorgou poderes ilimitados.

2. Caminhos para a "abertura política"

Com a eleição do General Ernesto Geisel para a presidência da República, em novembro de 1973, para o período de março de 1974 a março de 1979, foi confirmada a vitória dos "castellistas" em face da "linha dura". Já no início do seu mandato, Geisel anunciou o que mais tarde ficou conhecido como a "abertura política" (17): uma passagem gradual, mas segura, em direção ao aperfeiçoamento democrático, sem pausas de estagnação nem retrocessos, mas visando à substituição das leis de exceção por "salvaguardas eficazes dentro do contexto constitucional à ordem estabelecida".

O mandato de Geisel foi, desde o início, dificultado pelo choque causado pela elevação do preço do petróleo, ocorrido em 1973, o que significou, para o País, que dependia quase por completo das importações desse produto e seus derivados, o fim do milagre econômico. Com isso, o regime militar perdeu a confiança das classes alta e média, que o sustentavam até então (18). Isso tornou-se evidente com as eleições de 15 de março de 1974, para o Congresso Nacional e para as Assembleias Legislativas Estaduais, quando a ARENA sofreu pesadas derrotas (19). O governo Geisel, ante a ameaça de perda de legitimação, que teria podido fazer ruir completamente o poder militar, tentou sair do impasse através da manipulação do direito eleitoral: em junho de 1976, através da Lei Falcão (20), a propaganda dos partidos pela televisão foi drasticamente restringida, o que prejudicou sobretudo a oposição; além disso, vários deputados, que denunciaram a violação no País dos direitos humanos por parte do Exército, tiveram seus mandatos cassados. Ao lado de tentativas de uma mudança

(16) SKIDMORE, *op. cit.* (n. 5), pp. 14 s.

(17) KUCINSKI, Bernardo, *Abertura, História de uma Crise*. São Paulo, Editora Brasil Debates Ltda., 1982, p. 20. Quanto às causas possíveis da abertura, cf. também WÖHLCKE, Manfred. *Brasilien 1983: Ambivalenzen seiner Politischen und Wirtschaftlichen Orientierung*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1983, pp. 23 ss.

(18) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), S. 27 ss.

(19) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), S. 37.

(20) Detalhes a respeito, cf. DUARTE, Celina Rebello. "A Lei Falcão: antecedentes e impacto", in BOLIVAR LAMOUNIER (org.): *Voto de Desconfiança — Eleições e Mudança Política no Brasil: 1970-1979*. São Paulo, Editora Vozes Ltda., 1980, pp. 173-216.

do sistema de governo, a polícia e os militares, sobretudo os da “linha dura” em São Paulo e no Rio de Janeiro, recorreram de novo e maciçamente à tortura e ao assassinato de comunistas e críticos liberais do sistema.

Depois que o MDB, contra todas as previsões e apesar de condições tão desfavoráveis, ganhou com grande margem as eleições municipais de 15 de novembro de 1976, os fundamentos do sistema pareciam realmente abalados. Geisel, tomando como pretexto a não aprovação de uma lei sobre a reforma judiciária, decretou a dissolução do Congresso, a 2 de abril de 1977. Ainda no mesmo mês, pôs ele em vigor o “pacote de abril”, com 14 emendas constitucionais e 6 decretos-leis: entre as medidas do “pacote”, destacam-se sobretudo a redução da maioria obrigatória exigida para emendas na Constituição; a criação dos senadores “biônicos”, de fato nomeados diretamente pelo governo; a prorrogação do mandato presidencial do futuro presidente para o período de seis anos; e a modificação da proporção numérica dos deputados no Congresso Nacional, em favor dos Estados e Territórios nos quais o governo tinha esperança de obter resultados eleitorais favoráveis (21).

As mudanças políticas tiveram repercussões também entre os militares. Por um lado, aumentou a pressão da “linha dura” junto ao Presidente; por outro lado, no próprio seio dos militares levantaram-se vozes defendendo a “volta aos quartéis”. Geisel designou como seu sucessor o Chefe do Serviço Nacional de Informações (SNI), o General João Baptista Figueiredo (22). Em junho de 1978, Geisel baixou novas emendas constitucionais (“pacote de junho”), revogando o AI-5, assim como todas as suspensões de direitos baseadas nesse Ato, retirando também do Presidente não só determinados poderes especiais, como também o direito de decretar o recesso do Congresso, além de abolir a pena capital, o banimento e a prisão perpétua (23). Foram mantidos, contudo, a Lei de Segurança Nacional (24), os senadores “biônicos” e a “Lei Falcão”. Geisel não decretou, tampouco, a anistia geral, exigida por amplos setores da sociedade (25). Na Constituição, foi introduzida ainda a possibilidade de o Presidente decretar o “estado de emergência”. Com isso, os militares consideravam que estavam lançados os fundamentos da abertura política, sem que eles perdessem a posição que tinham até então.

(21) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 60 ss. Cf. tb. CRUZ-MARTINS, *op. cit.* (n. 9), p. 55.

(22) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 73 s.; CRUZ-MARTINS, *op. cit.* (n. 9) p. 58.

(23) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 89; CRUZ-MARTINS, *op. cit.* (n. 9), p. 60.

(24) Uma nova lei sobre a proteção do Estado democrático deveria substituir aquela lei. Cf. “Anteprojeto propõe garantias para liberdades políticas”, in: *Folha de S. Paulo*, de 22-1-1986 e “Lyra entrega a Sarney “pacote de leis””, in: *Folha de S. Paulo*, de 14-2-1986.

(25) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 89 ss. A “Lei Falcão” foi revogada só em outubro de 1984, cf. “Adeus à Lei Falcão”, *Folha de S. Paulo*, 19-10-1984.

3. A supressão dos direitos humanos e a censura

A base da legitimação do regime militar foi — como em toda a América do Sul⁽²⁶⁾ — a ideologia da “segurança nacional”. No Brasil, foi ela desenvolvida pela Escola Superior de Guerra (ESG), tendo como “pai espiritual”⁽²⁷⁾ a “eminência cinzenta” dos presidentes militares, o General Golbery do Couto e Silva. “Segurança nacional” abrange tudo o que se refere à vida nacional, tanto na política interna como externa⁽²⁸⁾. Ela traduz “o relativo grau de garantia que o Estado, através de medidas de ordem política, econômica, militar e psicossocial, dentro da esfera de suas competências, proporciona à Nação em uma determinada época, a fim de conseguir assegurar a realização das metas de interesse nacional, apesar dos antagonismos existentes”⁽²⁹⁾. Atrás dessa ideologia, esconde-se um anticomunismo indiscriminado, que declara como agente de Moscou qualquer pessoa inimiga⁽³⁰⁾; com base nela, foram definidos em 1969 inúmeros crimes contra a segurança nacional⁽³¹⁾. Pela Constituição de 1969, foi atribuída a todo cidadão brasileiro a responsabilidade pela segurança e foi instituído o “Conselho de Segurança Nacional”, com amplos poderes⁽³²⁾. Com os serviços secretos, foi montado um extenso sistema de denúncias, com representações em todos os Ministérios e empresas estatais, através das suas “Divisões de Segurança e Informação” (DSI)⁽³³⁾. Os delitos enquadrados nas leis de segurança nacional⁽³⁴⁾ caracterizavam-se por estarem definidos de uma forma vaga e genérica, oferecendo ampla margem à arbitrariedade⁽³⁵⁾. Com isso, sob o manto do direito, foram levantadas as bases do Estado policial arbitrário.

(26) Cf., p. ex., NOHLEN, Dieter. “Militärregime und Redemokratisierung in Lateinamerika”, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 9/86, de 1-3-1986, p. 8.

(27) Cf. STEPAN, *op. cit.* (n. 6), p. 185. Detalhes a respeito, cf. OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *As Forças Armadas: Política e Ideologia no Brasil (1964-1969)*. 2ª ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1978, esp. pp. 19 ss.

(28) Cf. COUTO E SILVA, Golbery do. *Conjuntura e Política Nacional. O Poder Executivo & Geopolítica do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1980, esp. pp. 251 ss.; cf. tb. SCHNEIDER, *op. cit.* (n. 4), pp. 245 ss.

(29) Cf. SCHNEIDER, *op. cit.* (n. 4), p. 246. Cf. tb. a respeito a coletânea de material de FIDELIS, Guido. *Lei de Segurança Nacional e Censura (Comentários)*. São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1979, p. 42.

(30) Cf., p. ex., MARCONI, Paulo. *A Censura Política na Imprensa Brasileira (1968-1978)*. 2ª ed., revista, São Paulo, Global Editora e Distribuidora Ltda., 1980, pp. 18 ss.

(31) Por Decreto-Lei n.º 898, de 28-9-1969, cf. FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), pp. 49 s.

(32) FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), S. 44.

(33) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 18.

(34) Cf. a coletânea de material de FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), pp. 50 ss. Por fim, a Lei n.º 6.620 sobre a Segurança Nacional, de 17-12-1976, emendada pela Lei n.º 7.170, de 15-12-1983.

(35) Cf. tb. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 91. Existem, porém, tb. em países em que predomina o Estado de direito, violações contra o princípio do “nullum crimen sine lege”, como por exemplo na República Federal da Alemanha; cf. a jurisdição do Tribunal Federal da R.F.A. concernente a coação in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1969, p. 1771 (1772).

Violações dos direitos humanos, cassações de mandatos e demissões de postos, bem como banimentos de políticos mal vistos pelo sistema, começaram com o advento da ditadura militar, com base no primeiro Ato Institucional. A partir de 1968, os militares passaram, sem nenhum respaldo jurídico, a deter, torturar, mutilar e assassinar os inimigos declarados do regime ou os que eram como tal considerados. O Departamento do Serviço de Informações do Exército, encarregado dessas atividades especiais, era o DOI—CODI (Destacamento de Operações de Informações — Centro de Operações de Defesa Interna)⁽³⁶⁾. Mas também membros da polícia participaram de torturas e assassinatos, como o famigerado Delegado Sérgio Fleury, do Departamento de Ordem Política e Social (o DOPS), de São Paulo⁽³⁷⁾. Foram adotados os métodos que os esquadrões da morte empregavam no combate à criminalidade comum e à marginalidade, fazendo-se justiça com as próprias mãos⁽³⁸⁾.

Ao lado dos militantes da guerrilha urbana, que teve importância sobretudo nos anos 68-69, e cujos mais conhecidos representantes foram Carlos Marighela e Carlos Lamarca, as vítimas foram jornalistas liberais, sacerdotes da Igreja Católica especialmente engajados nos interesses das camadas pobres da população, mas também pessoas completamente fora de qualquer atividade política ou social⁽³⁹⁾. A tortura, aliás comumente empregada pela polícia brasileira⁽⁴⁰⁾, foi nessa época brutal, conduzindo freqüentemente a mutilações e mesmo à loucura. As pessoas — homens, mulheres e também crianças — foram torturadas de uma forma que lembra as atrocidades dos desumanos guardas dos campos de concentração, durante o regime nazista alemão. Os métodos de tortura preferidos⁽⁴¹⁾, possivelmente desenvolvidos pelo serviço secreto americano⁽⁴²⁾ e transfe-

(36) Cf. sobre isso a mais importante documentação sobre a tortura *Brasil: Nunca Mais — Um Relato para a História*, 5ª ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1985, pp. 73 s.; e o depoimento a respeito na carta dos presos políticos no Rio de Janeiro ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, in *Brasilien Dokumente, Materialien 5 — Zur Situation der Menschenrechte — Juristen klagen an*; amnesty international: Köln, 1977, p. 102.

(37) *Brasilien Dokumente, op. cit.* (n. 36), p. 22.

(38) PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Polícia e crise política: O caso das Polícias Militares", in: *A Violência Brasileira*, São Paulo, Editora Brasiliense S.A., 1982, p. 70.

(39) GABEIRA, Fernando. A entrevista do Pasquim, in: GABEIRA, Fernando. *Carta sobre a Anistia — A entrevista do Pasquim — Conversação sobre 1968*. Rio de Janeiro, Editora Codecri Ltda., 1979, p. 37. Cf. de modo geral: *Brasil: Nunca Mais, op. cit.* (n. 36), pp. 93 ss.

(40) GABEIRA, *op. cit.*, (n. 39), p. 67; cf. tb. PINHEIRO, *op. cit.* (n. 38), p. 71.

(41) A respeito das atrocidades inimagináveis da época em torno do ano 1977, cf. *Brasil: Nunca Mais, op. cit.* (n. 36); e *Brasilien Dokumente, op. cit.* (n. 36), passim.

(42) GABEIRA, *op. cit.* (n. 39), p. 29; os livros de SCHNEIDER, *op. cit.* (n. 4) e de STEPAN, *op. cit.* (n. 6), não tratam o problema da tortura como constituindo um elemento estabilizante do regime militar.

ridos para regimes autoritários na América do Sul, foram os seguintes: o "pau-de-arara", em que o preso, com as mãos e os pés atados a uma vara passada sob os joelhos, é pendurado com a cabeça para baixo e submetido a outras torturas; choques elétricos, principalmente na cabeça e nos órgãos genitais; asfixia simulada; "telefone", pancadas simultâneas em ambos os ouvidos; "latas", onde o preso tem que ficar descalço, em pé sobre duas latas abertas e vazias; a "geladeira", uma cabine aclimatizada com um frio intenso ou um calor insuportável, na qual o preso, nu e sempre sob observação, é exposto a ruídos fortíssimos⁽⁴³⁾.

O balanço da supressão brutal dos direitos humanos e da liberdade política, ao fim do mandato Geisel, registrou 4.682 cassações, entre as quais 300 de professores universitários, 500 de políticos, 50 de ex-governadores ou prefeitos, muitos diplomatas, líderes sindicais e funcionários públicos⁽⁴⁴⁾. O número de assassinados e torturados não pode ser averiguado com segurança. Para o período de setembro de 1973 a setembro de 1975, KUCINSKI menciona pelo menos 32 desaparecidos. Supõe-se que todos esses desaparecidos — como na Argentina — foram assassinados. Durante o período que vai da entrada em vigor da Lei de Segurança Nacional até o fim de 1978, segundo esse autor, foram condenadas cerca de 2.000 pessoas, e somente uma à pena capital⁽⁴⁵⁾.

A censura sempre faz parte dos métodos de repressão dos regimes autoritários. No Brasil, foi ela incorporada a um sistema de doutrinação nacionalista, baseado na ideologia da "segurança nacional". Essa ideologia foi difundida sobretudo nas escolas, onde conceitos como "ordem", "obediência", "responsabilidade", "respeito à hierarquia", "patriotismo", "família", "comunidade" e "solidariedade" deviam ser ensinados através da disciplina, então obrigatória, intitulada "Ordem Social e Política Brasileira" (OSPB)⁽⁴⁶⁾, tendo, na época, o programa Mobral a mesma orientação⁽⁴⁷⁾. A censura⁽⁴⁸⁾, por outro lado, tinha como função barrar a propagação, e

(43) *Brasilien Dokumente*, op. cit. (n. 36), pp. 41 ss., 101. Na literatura consultada, não puderam ser comprovados os rumores segundo os quais os presos levados ao DOI-CODI, especialmente sob a chefia do já mencionado Delegado Fleury, fossem conduzidos a locais afastados, em São Paulo, e espartejados vivos, torturados até a morte. Talvez se trate aqui das "casas dos horrores", referidas em *Brasil: Nunca Mais*, op. cit. (n. 36), p. 260.

(44) KUCINSKI, op. cit. (n. 17), p. 110.

(45) KUCINSKI, op. cit. (n. 17), p. 91. Em *Brasil: Nunca Mais*, op. cit. (n. 36), pp. 291-293, são mencionados nominalmente ao todo 125 desaparecidos, no período de 1964 até 1974. NASCIMENTO, Gilberto e BIAZZO, Miguel em "Desaparecidos: história a ser esquecida?", *O São Paulo*, de 5-11-1985, dão 144 desaparecidos para a época entre 1964-1979.

(46) KUCINSKI, op. cit. (n. 17), p. 91.

(47) Ch. SCHMITTER, Phillippe E. "The "Portugalization" of Brazil?", in STEPAN, op. cit. (n. 5), pp. 215 s.

(48) SCHMITTER, op. cit. (n. 47), p. 217.

até mesmo a simples menção da sua existência, de valores indesejáveis, tais como “egoísmo”, “rebelião”, “desobediência às autoridades”⁽⁴⁹⁾, passando com isso o regime militar a adquirir feições de um sistema totalitário fascista.

A censura atingiu em primeira linha as emissoras de radiodifusão e de televisão⁽⁵⁰⁾, que no Brasil são empresas particulares, mas estendeu-se também a jornais e revistas, assim como a livros, peças de teatro, letras de músicas e obras de arte plástica. Já em 1967, foi proibida propaganda de guerra e de subversão da ordem política e social⁽⁵¹⁾. Em dezembro de 1968, enquadrados no Ato Institucional n.º 5, os editores de dois jornais foram temporariamente detidos⁽⁵²⁾. Esse “fundamento jurídico” emprestava, aliás, ao regime a possibilidade de processar jornalistas que infringissem as idéias da “segurança nacional”. Com a Constituição de 1969, a censura foi legitimada com a justificativa de que a publicação de livros, jornais e revistas prescindia de uma autorização oficial e que só o “abuso” da liberdade de imprensa seria considerado ilegal⁽⁵³⁾. Nesse sentido, foi baixada uma série de regulamentações⁽⁵⁴⁾.

Um dos alvos da censura era a pornografia, incompatível com os valores propagados pelo regime militar. Nessa categoria foram enquadrados romances como *Madame Bovary*, *O Amante de Lady Chatterley*, *Fanny Hill*, *O Trópico de Câncer*, *O Trópico de Capricórnio*⁽⁵⁵⁾. A censura política foi, entretanto, mais eficiente, uma vez que conseguiu impedir as informações sobre os horrores do regime. Os critérios usados por essa censura não eram inequívocos. A partir da segunda metade de 1973 até o começo de 1974, época do maior rigor da censura⁽⁵⁶⁾, foi proibida a republicação de artigos de jornais estrangeiros sobre ditaduras como as da Grécia ou do Paraguai. Da mesma forma, o nome de certas personalidades vistas como indesejáveis no Brasil não deveria ser mencionado. Eram considerados tabus temas relativos à própria censura, à tortura e aos presos políticos. Também deveriam ser evitados artigos críticos a símbolos do nacionalismo brasileiro, como, por exemplo, ídolos do futebol. Comentários

(49) Começando com o Decreto-Lei n.º 869/69, de 19-9-1969; cf. SCHMITTER, *op. cit.* (n. 47), pp. 215 s.

(50) SCHMITTER, *op. cit.* (n. 47), p. 217.

(51) Não conseguimos encontrar informações pormenorizadas a respeito; as nossas suspeitas, nesse ponto, apóiam-se em nossas próprias observações e também no fato de que as emissões da televisão e do rádio são mais difundidas do que outros meios de divulgação.

(52) Pela Lei de Imprensa n.º 5.250, de 9-9-1967, cf. FIDELIS, *op. cit.* (n. 28), p. 122.

(53) STEPAN, *op. cit.* (n. 6), p. 221.

(54) FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), pp. 122 ss.

(55) Cf. a coletânea de material de FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), pp. 129 ss. Cf. tb. *Zensur in Brasilien — eine Dokumentation*, publicada pela Amnesty International — Brasilien Koordinationsgruppe, Köln: *Rundschau* n.º 3, setembro de 1976, passim.

(56) FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), p. 150.

negativos sobre a situação econômica também foram mal vistos. Os critérios usados pela censura durante os anos da "abertura" ficaram cada vez menos claros⁽⁵⁷⁾. No campo da literatura, autores brasileiros foram censurados, sobretudo CASSANDRA RIOS, ADELAIDE CARRARO e RUBEM FONSECA. É conhecida também a censura do romance *Zero*, de IGNÁCIO DE LOYOLA BRANDÃO, e de *Aracelli, Meu Amor*, de JOSÉ LOUZEIRO⁽⁵⁸⁾. Em 1976, foram proibidos seis filmes, 29 peças teatrais, 74 livros e 292 canções⁽⁵⁹⁾.

Com a "abertura", os métodos foram modificados. Com a suspensão da censura pelo Presidente Geisel, em 1978, começou-se a adotar processos mais sutis, que passavam despercebidos da opinião pública e às vezes até mesmo dos diretamente atingidos. Foram usadas pressões de ordem política, econômica e administrativa, registrando-se também uma censura interna, dentro das próprias empresas⁽⁶⁰⁾.

4. Política econômica

O acelerado desenvolvimento econômico brasileiro, iniciado na segunda metade da década de 50, foi induzido inteiramente por estímulos provenientes de fora, tendo dois efeitos imediatos: rápido crescimento, sobretudo no ramo da indústria de bens de consumo duráveis, assim como aumento da quota pública do Produto Nacional Bruto (PNB). Nesse período, foram lançadas as bases decisivas para a futura estruturação e a distribuição regional das indústrias dinâmicas no Brasil⁽⁶¹⁾.

Ao lado de uma cada vez maior dependência do exterior, os sucessores do então Presidente Juscelino Kubitschek viram-se confrontados com um crescente desequilíbrio interno do desenvolvimento do País. Esse estado de coisas também mudou quando foi destacada pela primeira vez a importância do planejamento regional para um desenvolvimento equilibrado do País, no Plano Trienal de 1963-1965⁽⁶²⁾. A construção de Brasília próximo ao centro geográfico do País, por Juscelino Kubitschek, deu-se nos anos 1957-1960 e a transferência das funções de capital foi concluída em 1972⁽⁶³⁾. Este foi um típico exemplo da tentativa de estimular o desen-

(57) MACHADO, José Antônio Pinheiro, *Opinião X Censura — Momentos de Luta de um Jornal pela Liberdade*. Porto Alegre, L&M Editores, 1978, p. 134.

(58) MACHADO Pinheiro, *op. cit.* (n. 57), p. 135.

(59) FIDELIS, *op. cit.* (n. 29), p. 150.

(60) Cf. *Brasilien Dokumente, op. cit.* (n. 36), p. 47.

(61) Cf. especialmente a este respeito MARCONI, *op. cit.* (n. 30), pp. 115 ss., pp. 126 ss., 137 ss. A suspensão definitiva de toda censura é prevista no projeto de lei para a proteção da liberdade de opinião em diversões e espetáculos públicos, cf. "Governo quer modificar o projeto de Alvaro Valle", in *Folha de S. Paulo*, de 21-12-1985.

(62) Cf. DICKENSON, John P. *Brazil*. Folkestone, Wm Dawson & Sons Ltd., 1978, p. 17.

(63) Cf. WOHLCKE, *op. cit.* (n. 2) pp. 32-34; AMARAL, Adriano B. do. *Industrialisierung in Brasilien — Zur Politik der Importsubstitution*. Tübingen — Basel, Horst Erdmann Verlag, 1977, pp. 20-25; DICKENSON, *op. cit.* (n. 62), p. 17.

volvimento interno para além do superpoderoso Sudeste, fora do eixo São Paulo—Rio de Janeiro, e que se caracterizou por gastos desmesurados e cujo efeito teve sobretudo um caráter simbólico e um valor propagandístico para a política regional brasileira. Entretanto, a dinâmica própria do desenvolvimento industrial fez com que, entre 1955 e 1964, a participação da Região Sudeste no conjunto global da produção industrial do País crescesse de 75,4% para 83,2%, enquanto decrescia a importância das demais regiões⁽⁶⁴⁾. Foi somente no decorrer da década de 70 que essa participação diminuiu, alcançando em 1975 76% e em 1980 77,1%, registrando índices semelhantes aos de antes do “milagre brasileiro”⁽⁶⁵⁾.

No início da ditadura militar, os meios tradicionais da política econômica foram esgotados. Assim, o Governo Castello Branco decidiu, a partir de 1965, e de modo reforçado desde 1968, lançar mão da estratégia de “diferenciação das exportações através da exportação de produtos industriais”⁽⁶⁶⁾. A deterioração das camadas mais carentes da população fazia parte integrante dessa política⁽⁶⁷⁾. Havia a promessa, contudo, de um melhoramento das condições do comércio externo do País⁽⁶⁸⁾. Registrou-se, com isso, um desenvolvimento do Brasil de acordo com a doutrina da “segurança nacional” e que, sob o lema de “segurança e desenvolvimento”, tornou-se também o fundamento da política econômica de então. Essa intervenção maciça dos militares coincidiu com o advento de uma nova definição do poder militar, marcada pela promulgação do AI-5, passando de um transitório poder de ordem para a concepção de um “poder dirigente”⁽⁶⁹⁾. Por essa época, os militares encaravam o estreitamento da ligação com os círculos econômicos dominantes como a melhor possibilidade de garantir a própria liderança. Essa ligação entre o capital e os militares tinha em mira sobretudo a aceleração do crescimento econômico e a absorção do grande potencial da mão-de-obra ociosa existente. O Plano Decenal, publicado em 1965, previa uma elevação da taxa de crescimento econômico para 6% ao ano, taxa que deveria ser alcançada, entre outros fatores, através de um programa quinquenal de investimentos. Mesmo

(64) O dia 7-9-1972 foi decretado como o último para a transferência das Embaixadas para Brasília e marcou, assim, o ponto final da mudança da capital. Cf. HENSHALL, Janet D. MOMSEN, R. P. *A Geography of Brazilian Development*. Londres, G. Bell & Sons Ltd., 1976, p. 245; JACOB, Ernst Gerhardt. *Grundzüge der Geschichte Brasiliens*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1974, pp. 57 ss.

(65) Cf. DICKENSON, *op. cit.* (62), p. 18.

(66) Calculado a partir do Anuário Estatístico do Brasil 1984, Rio de Janeiro, 1985, p. 507.

(67) Cf. AMARAL, *op. cit.* (n. 63), pp. 38, 39.

(68) AMARAL, *op. cit.* (n. 63), pp. 47 s. A fonte usada esclarece bem que o governo militar estava consciente desse fato, porque o autor ocupava, quando escreveu esse livro, o posto de Secretário do Departamento de Economia e Comércio da Embaixada brasileira em Bonn e, assim, é de se supor que tinha uma visão clara de todo o processo que levou a tal decisão.

(69) Cf. AMARAL, *op. cit.* (n. 63), p. 40.

depois do abandono desse plano a longo prazo, essas metas continuaram válidas dentro do Programa Estratégico de Desenvolvimento 1968-1970. Foi conservada também a preferência atribuída aos investimentos públicos no Sudeste do País (70).

O desenvolvimento alcançado pela economia brasileira superou de fato, consideravelmente, os planos dos anos 1968-1973, atingindo um crescimento econômico médio de 11,5% ao ano. Ao mesmo tempo, conseguiu-se baixar a taxa de inflação de 47,4% em 1964 para 19,5% (71). É do consenso geral que esse desenvolvimento foi o resultado da intervenção maciça do Estado na política econômica e da nítida preferência pela indústria de bens de consumo duráveis, e que já no período anterior tinha alcançado progressos significativos (72). Esse desenvolvimento, limitado a um estreito setor da indústria de transformação, levou a um espantoso crescimento econômico, sem conseguir, entretanto, superar as defasagens básicas da economia brasileira (73). Isso correspondia aos planos do regime militar, mas agravava ao mesmo tempo as tensões sociais no seio da sociedade brasileira, pois só estava visando ao bem-estar das classes privilegiadas. O custo da mão-de-obra continuou baixo, o operário e principalmente as populações marginalizadas não tiraram proveito do desenvolvimento ocorrido. Os mercados para os bens produzidos não foram atingidos por esse processo, típico para um país capitalista subdesenvolvido (74).

O resultado dessa política foi que:

* o setor das grandes empresas foi plenamente integrado no mercado mundial (o que também é válido para a dinâmica agricultura industrializada, em grande parte dominada pelas multinacionais) (75);

* a modernização e a prioridade dada ao desenvolvimento da tecnologia avançada e a preferência pelas empresas multinacionais causaram um aumento da dívida externa brasileira;

* a desintegração interna agravou-se.

Na concepção dos militares, a unidade social do País podia ser assegurada suficientemente por meio da repressão. Essa estratégia foi bem sucedida até 1973-74 quando, em consequência da crise dos preços de petróleo, começou a vacilar a lealdade das camadas urbanas média e alta, que viam

(70) Cf. DREIFUSS, René Armand, DULCI, Otávio Soares, "As forças armadas e a política" in *Sociedade e Política no Brasil*, op. cit. (n. 9), pp. 94-97.

(71) Cf. DICKENSON, op. cit. (n. 62), p. 19.

(72) Cf. AGUIAR, Marco Antônio de Soza, ARRUDA, Marcos, FLORES, Parsifal. "Economic Dictatorship versus Democracy in Brazil", in *Latin American Perspectives*, issue 40, vol. 11, n.º 1, Winter 1984, p. 15.

(73) Cf. FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra S/A, 3ª ed., 1974, pp. 106 s.

(74) Cf. FURTADO, op. cit. (n. 73), p. 107; AGUIAR et al., op. cit. (n. 72), pp. 15 ss.

(75) Cf. SANGMEISTER, Hartmut. Brasillen: Internationale Integration und nationale Desintegration, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 46/82 de 20-11-1982, p. 29.

seu nível de vida ameaçado. Nesse ínterim, os militares tinham tomado para si, amplamente, as funções dirigentes do Estado e da economia do País. Não conseguiram, porém, alcançar uma mudança conjuntural, apesar do apoio integral prestado às multinacionais, de modo que assim, mesmo com a repressão exercida, fortaleceu-se uma nova oposição, não institucionalizada.

O entrelaçamento entre o Estado e a economia, provocado pelos militares, torna-se sobretudo evidente pela expansão da indústria brasileira de armamento, cujo crescimento já em 1974 foi intensamente fomentado⁽⁷⁶⁾. Essa indústria de armamento recebeu um novo impulso por ocasião da revogação do convênio militar entre os Estados Unidos e o Brasil, em 1977. Tal medida pretendeu ressaltar a independência brasileira, em conformidade com a doutrina da segurança nacional, levando o Brasil a ocupar em 1984 já o sexto lugar do mundo na lista dos grandes exportadores de armas. Entre os países em desenvolvimento fornecedores de armas, a quota do Brasil no mercado de exportação é de 45,6%. Além de funcionar como apoio da exportação, a indústria armamentista tem o papel de fortalecer as ambições brasileiras de liderança no Continente sul-americano. Assim, o fato de o Brasil não ter assinado o Tratado de Não Proliferação de Armas Atômicas está em completa coerência com essa linha política⁽⁷⁷⁾. O mesmo se pode dizer em relação ao empenho do Brasil em assegurar a importação do petróleo, uma vez que fornece armas também para regiões de tensão política. A indústria brasileira de armamento é só um exemplo para ilustrar a influência militar na economia nacional, não contribuindo para o melhoramento da estrutura econômica do País. A expansão desse ramo da indústria contrasta com a estagnação e recessão dos demais setores econômicos, cuja dependência do mercado externo é crescente, não podendo ser corrigida tampouco pelas medidas previstas pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento.

Nem o desequilíbrio nacional nem a crescente dívida externa puderam ser detidos, embora monumentais investimentos em favor do Programa Pró-Álcool, iniciado em 1975, tivessem refreado a importação do petróleo e seus derivados⁽⁷⁸⁾. O Programa tinha como meta a expansão da cultura da cana-de-açúcar, em escala agroindustrial, para a produção de álcool como combustível, em substituição da gasolina. Essa medida levou a um maior empobrecimento de grande parte das populações rurais de baixa renda, que vivem apenas de sua agricultura de subsistência e vêem-se assim privadas da base da sua alimentação. Os grandes proprietários rurais passaram a expulsar os pequenos lavradores — posseiros e peões — que

(76) Cf. GOGOLOK, Osmar E. "Brasilien — Waffenschmiede der Dritten Welt", in: *Brasilien Dialog*, 4/84, p. 27.

(77) Para a política brasileira de armamento em geral cf.: GOGOLOK, *op. cit.* (n. 76), pp. 27-31; DREIFUSS/DULCI, *op. cit.* (n. 70), pp. 104-109.

(78) Cf. sobre as conseqüências do programa para as estruturas rurais do Nordeste brasileiro: LINHART, Robert. *Der Zucker und der Hunger*. Berlin, Verlag Klaus Wagenbach, 1980.

em grande parte emigraram para as grandes cidades. Sobretudo no Estado de São Paulo, onde se duplicou em dez anos a área destinada ao cultivo da cana-de-açúcar, surgiu uma nova modalidade de emprego, pessimamente remunerado, para os assim chamados "bóias-frias", que não conseguiram trabalho nas cidades, castigadas pela recessão. Recebiam pagamento apenas durante a época da colheita, ficando este bem aquém do salário mínimo legal. Só em maio de 1984, esses diaristas, tomando consciência da posição-chave que ocupavam na indústria brasileira de combustíveis, organizaram uma greve reivindicatória na região de São Paulo, que em breve se estendeu às regiões açucareiras do Nordeste. Apesar da reação da polícia militar, em parte muito violenta, os "bóias-frias" conseguiram um aumento de salário de 300% (79). Hoje em dia, está comprovado que esse programa, do ponto de vista estritamente econômico, representa um desperdício. Uma vez que a indústria automobilística brasileira passou a produzir em grandes proporções motores movidos a álcool, as subvenções públicas para o programa "Pró-Álcool" elevaram-se enormemente. Se esses investimentos tivessem sido canalizados para a exploração das grandes jazidas de petróleo, na plataforma continental, teriam sido colhidos efeitos muito maiores para a estabilização da balança de pagamentos do país, com bem menores prejuízos sociais. A prospecção do petróleo brasileiro, fomentada desde 1980, e que em 1985 já deve ter conseguido cobrir a metade do consumo do País, muito contribuiu para a estabilização da situação da economia externa brasileira. Em 1981, quase 50% das divisas de exportação eram destinados ao petróleo e seus derivados, enquanto que em 1984 só 18% foram previstos para tal (80). A dívida externa foi assim refreada, mas nos anos seguintes registrou-se uma nova alta, com a tomada de empréstimos em dólar, tanto nos mercados internacionais de capital como também no nacional (81). Isso provocou um forte aceleração da inflação e uma diminuição paralela dos salários reais, de modo que a política de modernização levada a efeito pelos militares brasileiros tem de ser encarada, o mais tardar em 1978, como tendo fracassado.

O processo da "abertura" deve ser visto também com a admissão de que essa ambiciosa política econômica dos militares não tenha tido sucesso. Em vez de uma modernização e de uma integração nacional, ela levou a um agravamento da situação econômica e sobretudo social do País, o que tem sido reconhecido também por parte dos militares (82). Com a cautelosa

(79) Cf. "Sie machen aus Rohrzucker Benzin", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 7-8-1984; "Os canaviais da ira", *Veja*, 23-5-1984.

(80) Cf. "Fortschritte der brasilianischen Erdölwirtschaft", in: *Neue Züricher Zeitung*, de 8-7-1985.

(81) Para ter acesso ao capital tão urgentemente necessário, foi preciso emitir também títulos em cruzeiro com correção monetária conforme o valor do dólar. No fim de 1984, quase 48% das ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional) foram ligados ao valor exterior do cruzeiro. Cf. AGUIAR et al., *op. cit.* (n. 72), pp. 18, 19.

(82) Cf., p. ex., as declarações do General Serpa in: DREIFUSS/DULCI, *op. cit.* (n. 70), p. 114.

abertura dos sistemas governamental e administrativo, as principais metas a serem atingidas na área da política econômica foram as seguintes:

* encobrir a responsabilidade pelo fracasso da política econômica, atribuído claramente aos militares e devido à preponderância absoluta do Poder Executivo nas decisões políticas

* canalizar a crescente pressão exercida pelas comunidades eclesiais de base nas áreas rurais, suburbanas e no seio dos movimentos sociais.

A Igreja Católica foi a primeira a desempenhar um papel decisivo na luta do povo brasileiro pela redemocratização, pelos direitos dos trabalhadores rurais sem terra e da população urbana marginalizada. Foi a única organização que tinha, ao lado dos órgãos públicos, a possibilidade de atuar em todo o País. O seu mais importante instrumento foram as comunidades de base, surgidas depois do II Concílio do Vaticano e cujo número se tornou, a partir de 1965, cada vez maior; calcula-se terem somado em 1978 entre 50 e 80 mil (83). Nessas comunidades de base, os membros se encontravam regularmente com "seus" sacerdotes ou agentes pastorais, a fim de discutirem seus problemas e juntos procurarem soluções. Também no episcopado brasileiro essa linha de ação vem ganhando cada vez mais adeptos, em especial depois do recrudescimento da repressão contra a teologia da libertação. Seus principais expoentes são o antigo Arcebispo de Recife e Olinda, Cardeal Dom Hélder Câmara, e o Cardeal Dom Paulo Evaristo Arns, Arcebispo de São Paulo. Na Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros (CNBB), o grupo progressista conta com 60 representantes, enquanto que na ala conservadora do clero se encontram 40 bispos. Nesse importante grêmio, os moderados, em número de 200 bispos, constituem a maioria e votam sobretudo com os progressistas. Com uma tal constelação, a CNBB, através de publicações e denúncias contra as violações dos direitos humanos por parte do regime, pôde exercer uma forte pressão junto ao governo. KUCINSKI estabelece uma comparação entre a Igreja dos fins da década de 70 e o Exército brasileiro, considerando-a como o "alto comando" na luta contra o regime (84). Até 1979, foram assassinados 8 sacerdotes na luta pelos direitos do povo; 11 foram expulsos, 122 mandados para a prisão e em parte torturados. Além disso, 13 líderes leigos foram também presos (85). A posição da CNBB em face das necessidades da população não mudou quando o Arcebispo de Fortaleza, Cardeal Dom Aloisio Lorscheider, foi eleito seu presidente. Se bem que Lorscheider fosse considerado da ala conservadora moderada, suas posições em relação à reforma agrária, por exemplo, são nitidamente progressistas (86).

O primeiro grande movimento de massa, o "movimento contra o custo de vida", partiu também das comunidades de base, levando milhares de

(83) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 101.

(84) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 102.

(85) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 102, 103.

(86) "Geschwätz der Weissen", in: *Der Spiegel*, 51/1985.

favelados dos subúrbios às ruas das cidades, às vésperas das eleições de 1978, reivindicando o congelamento dos preços dos alimentos, dos aluguéis e dos meios de transportes públicos. Nessa ocasião, como também em campanhas em favor da anistia, iniciada e organizada pelo "Movimento Feminino pela Anistia", a Igreja e grupos marxistas trabalharam em estreita colaboração⁽⁸⁷⁾.

Em 1978, deu-se na região de São Paulo, pela primeira vez desde dez anos, uma série de greves dos operários da indústria automobilística. Essas greves mostraram que os militares não tinham conseguido desarticular completamente os movimentos sindicais autônomos. Também aqui se fez sentir a presença das comunidades de base, sob cuja relativa proteção o movimento pôde formar-se⁽⁸⁸⁾. As greves continuaram também em 1979, quando o poder aquisitivo baixou drasticamente⁽⁸⁹⁾. Em pouco tempo, elas se estenderam a outros ramos da indústria e ao setor dos transportes públicos. Em 1979, o movimento sindical se dividiu em duas alas, uma dirigida pelo PCB e outra liderada pelo presidente do Sindicato dos Trabalhadores Metalúrgicos, Luiz Inácio da Silva ("Lula"). Este foi um dos fundadores do Partido dos Trabalhadores, o PT, cujos membros freqüentemente pertencem às comunidades de base⁽⁹⁰⁾.

Vem tornando-se cada vez mais concreta e violenta a tentativa de resistência dos posseiros em face das ameaças de expulsão das terras por eles cultivadas, por parte dos latifundiários, que não hesitam em lançar mão até mesmo de assassinatos. Apenas entre 1972 e 1978, segundo dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), 200.000 estabelecimentos perderam suas terras. Os camponeses assim expulsos passaram a engrossar a multidão dos "sem terra", que vivem abaixo do limite mínimo de sobrevivência. Igualmente precária é a situação dos rendeiros. Esse estado de coisas levou a CNBB a criar, no ano de 1975, a Comissão Pastoral da Terra (CPT). Os militares reagiram de modo tão violento quanto os grandes proprietários e a consequência foram assassinatos e torturas⁽⁹¹⁾. O agravamento da repressão e as primeiras greves, a partir de 1978, levaram à criação da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), que reuniu em 21 associações 2.500 sindicatos⁽⁹²⁾.

(87) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 108-112.

(88) Sobre as ligações entre os diferentes movimentos sociais, cf. também SINGER, PAUL. "Movimentos sociais em São Paulo: traços comuns e perspectivas", in: *São Paulo: O Povo em Movimento*. Paul Singer e Vinícius Caldeira Brant (org.), Petrópolis: Editora Vozes Ltda., em co-edição com CEBRAP, 1980, pp. 207 ss.

(89) Cf. KUCINSKI, *op. cit.*, (n. 17), pp. 118, 125.

(90) Sobre o desenvolvimento do PT e o papel das comunidades eclesiais de base cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 126 ss.

(91) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 142 ss.

(92) Os conflitos, muitas vezes, adquiriram o aspecto de verdadeira guerra civil e o número de mortos é muito alto: KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 148, menciona somente para os anos 1980/81 o assassinato de 15 líderes e advogados de sindicatos rurais. Um estudo da CPT fala de 56 assassinatos, somente nas lutas pela terra, na primeira metade de 1983 e uma violência crescente no confronto entre as duas frentes. Cf. *Brasilien Dialog* 4/83, Materialien: Landkonflikte im ersten Halbjahr 1983 nach Arten und Staaten.

Ao lado desses movimentos sociais de massa, destacam-se outras importantes organizações na luta pela defesa dos direitos humanos. Mencionem-se, sobretudo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ⁽⁹³⁾ e o Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, fundado em 1979. Essa instituição vem reunindo em congressos, desde 1979, os mais importantes juristas do País, especialistas em direito constitucional, a fim de discutirem a garantia dos direitos humanos e a inserção de uma ordem básica democrática na nova Constituição brasileira ⁽⁹⁴⁾. Deve-se mencionar como um movimento no setor acadêmico a União Nacional dos Estudantes (UNE), que, através de greve e outras medidas de protestos, ainda hoje vem grandemente contribuindo para a abertura democrática e para desvendar a atuação do serviço secreto DSI ⁽⁹⁵⁾.

A crescente dívida externa (que já no fim de 1982 tinha consumido só em juros 17% das exportações brasileiras) ⁽⁹⁶⁾ só pôde ser mantida sob controle por uma severa política de austeridade imposta pelo Fundo Monetário Internacional. Se bem que, desde 1984, o montante das dívidas externas brasileiras não tenha mais crescido no mesmo ritmo dos anos anteriores, chega a registrar atualmente um volume superior a 100 bilhões de dólares. A dívida externa levou a um aumento da pressão cada vez maior em favor de uma mudança da política econômica; outros fatores que contribuíram para uma tal pressão foram a inflação galopante (que chegou a alcançar 246,3% ao ano ⁽⁹⁷⁾), segundo os dados oficiais, no período entre 1-7-1984 e 30-6-1985) e ajustamentos salariais semestrais, que para além de três salários mínimos cobriam apenas 80% da taxa inflacionária ⁽⁹⁸⁾.

5. Política de desenvolvimento regional e mudança social

Para fins estatísticos, o Brasil está dividido em cinco grandes regiões, divisão que se revela apropriada para uma apresentação eloqüente dos dados informativos sobre o imenso desequilíbrio interno no seio do País. Além dessa divisão geográfica, existem quatro superintendências de desenvolvimento, que têm como tarefa o planejamento, a coordenação e a viabilização financeira do desenvolvimento regional brasileiro.

A tabela seguinte fornece alguns dados básicos relativos ao desenvolvimento econômico das grandes regiões do País.

(93) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 88, 110. Pelas informações sobre o papel da OAB, agradecemos ao Prof. Paulo Bonavides, Fortaleza.

(94) Sobre o trabalho do Instituto, informou-nos o presidente-fundador daquela instituição, Prof. Paulo Bonavides; cf. tb. a *Revista do Direito Constitucional*, do mesmo Instituto.

(95) Cf. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), pp. 105 ss.

(96) AGUIAR *et al.*, *op. cit.* (n. 72), p. 19.

(97) Cf. *Veja*, de 26-6-1985.

(98) Cf. "Mindestlohn-Materialien", in: *Brasilien Dialog* 3/84. Tb. houve uma tentativa do Ministro do Trabalho Macedo para fixar o reajustamento dos salários mínimos em 110% da taxa da inflação.

Área	População				Estabelecimento				Pessoal ocupado				Produção	
	1950	1960	1970	1980	1975	1980	1975	1980	1975	1980	1975	1980		
Norte	42%	3%	3%	4%	2%	3%	2%	3%	1%	2%				
Nordeste	18%	35%	32%	29%	17%	20%	10%	11%	7%	8%				
Sudeste	11%	43%	44%	43%	53%	49%	67%	65%	76%	72%				
Sul	7%	15%	17%	16%	23%	21%	19%	19%	15%	16%				
Centro-Oeste	22%	4%	6%	6%	6%	7%	2%	2%	1%	1%				

Distribuição da área, da população e da indústria nas grandes regiões brasileiras. Fonte: cálculos próprios a partir do Anuário Estatístico do Brasil, 1984, pp. 28, 78, 507.

O Sudeste brasileiro não só apresenta uma clara preponderância nos setores da mineração e das indústrias de transformação, mas a sua importância também sobressalta pelo volume da sua população, sobretudo face à decrescente relevância da região do Nordeste. O aumento do número de estabelecimentos industriais no Nordeste não contradiz essa afirmação, uma vez que, se se considerar o tamanho das empresas e o valor de produção, verifica-se uma nítida concentração industrial no Sudeste.

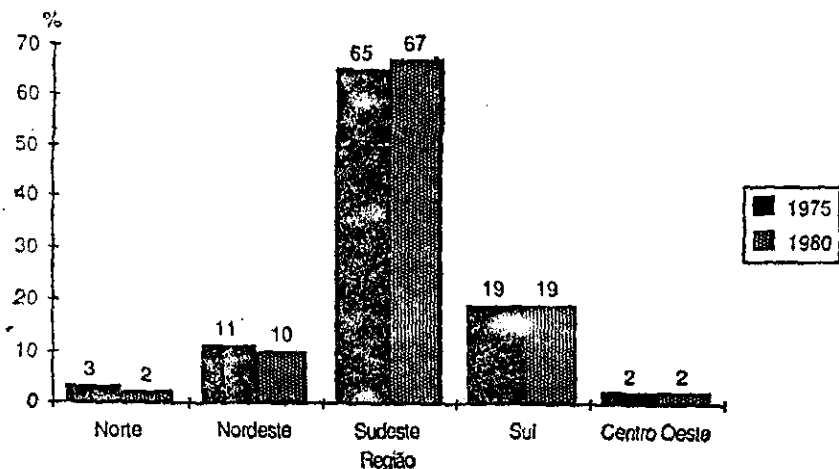
A média das pessoas ocupadas por estabelecimentos cresceu entre 1975 e 1980 em todas as regiões, enquanto que o Nordeste se conservou praticamente constante. Os valores da estatística industrial brasileira estão fortemente marcados pelo Sudeste, uma vez que ali se concentra a metade de todos os estabelecimentos industriais do País.

A média das pessoas ocupadas nas firmas do Sudeste é de forma quase constante cerca de 30% superior à média do País. Por outro lado, foi exatamente nessa região tão altamente industrializada onde mais violentamente se fizeram sentir os efeitos da recessão internacional e da política econômica restritiva, resultante da crise da dívida externa e das condições impostas pelo FMI. Assim, as regiões Norte e Sul, menos atingidas pela conjuntura econômica, puderam melhorar sua posição em 10%. O Sul, com 92,3%, quase alcança a média do País, enquanto as regiões mais ocidentais estagnaram. O Nordeste sofreu mais um golpe, registrando apenas 54,3% da média nacional.

De modo semelhante, mas de forma ainda mais crassa, decorreu o desenvolvimento dos índices de produção industrial por estabelecimento nas diferentes regiões brasileiras. Os valores absolutos, devido aos altíssimos índices inflacionários de antes da reforma monetária de 28 de fevereiro de 1986, são pouco esclarecedores. A comparação entre os resultados relativos demonstra novamente a posição de liderança do Sudeste, cujas indústrias em média produzem quase 1,5 vezes mais do que a média geral brasileira,

com uma leve tendência a aumentar ainda mais. O Norte também apresenta progressos, com um aumento de 41,4% em 1975 para 60,8% da média nacional em 1980; igualmente o Sul, com 76,6% em 1980, em comparação com os 64,5% que apresentava em 1975.

Indústrias extrativas de minerais e de transformação
Pessoal ocupado 1975 e 1980



Distribuição do pessoal ocupado na indústria por regiões, em 1975 e em 1980. Fonte: cálculos a partir da tabela 1.

Em contrapartida, o valor da produção dos estabelecimentos nordestinos, que, em 1975, apesar de tudo, ainda alcança 38,3% da média geral, caiu em 1980 para menos de um quarto do conjunto total do País, embora o índice relativo ao tamanho médio das empresas nessa região, que já foi a mais importante do Brasil, mostre que a defasagem corresponde a mais do que a metade da média total do País. Tampouco parece fazer-se sentir até o momento qualquer efeito positivo das atividades da SUDECO no Centro-Oeste brasileiro, pelo menos no que se refere aos indicadores apresentados. Os indicadores para a região Centro-Oeste evidenciam nitidamente uma estagnação, com leve tendência decrescente, oscilando na faixa de um quinto dos valores médios do País⁽⁹⁹⁾.

(99) Os dados aqui usados são calculados a partir da tabela: "Estabelecimentos recenseados, pessoal ocupado, salários, despesas, valor da produção e da transformação industrial segundo as grandes Regiões da Federação, 1975 — 1980", in *Anuário Estatístico, op. cit.*, (n. 66), p. 507.

Os dados apresentados a respeito do desenvolvimento do setor econômico secundário já evidenciam que o regime militar, apesar dos amplos poderes do Presidente, não conseguiu fazer parar, como também foi o caso dos governos anteriores, a fatal tendência de concentração do desenvolvimento, como as usinas hidroelétricas de Itaipu e de Tucuruí, a Usina Central Atômica em Angra dos Reis ou ainda a construção da Transamazônica e da estrada ligando Brasília à Região Amazônica, nada disso conseguiu emprestar impulsos duradouros para um desenvolvimento fora do Sudeste. Esses projetos resultaram, pelo contrário, em duas graves desvantagens:

* concentraram enormes meios financeiros, que poderiam ter sido empregados no desenvolvimento do País, em favor do conjunto da população. Somente as duas usinas hidroelétricas, postas em funcionamento respectivamente em 25-10-1984 e 22-11-1984, custaram 21 bilhões de dólares americanos, o que corresponde a 1/5 da totalidade da dívida externa do País ⁽¹⁰⁰⁾;

* a exploração do Norte levou, junto às já referidas lutas dos posseiros contra a agroindústria, e junto aos interesses da indústria extrativa de minérios na Região Amazônica, a uma considerável migração: por parte daqueles que, primeiro acossados por cinco anos contínuos de seca no Nordeste, para ali se dirigiram, atraídos pelas novas rodovias, e que de lá se deslocaram para os grandes centros urbanos do Sul do País, pois as suas esperanças e expectativas não se realizaram.

Esses movimentos migratórios ocorreram paralelamente às mudanças que transformaram um Brasil predominantemente agrário numa sociedade urbana, registrando por um lado um rápido decréscimo do número de pessoas ocupadas na agricultura, no conjunto total da população economicamente ativa, e, por outro, uma explosão demográfica que só na última década pôde ser em parte refreada, fazendo o número de habitantes do País crescer de 70.191.370, em 1960, para 119.002.706, em 1980, atingindo, na primeira metade de 1985, 135,5 milhões de habitantes, numa taxa de crescimento que, segundo os dados mais recentes, é de 2,2% ao ano ⁽¹⁰¹⁾.

A percentagem da população urbana elevou-se, entre 1950 e 1980, segundo as estatísticas oficiais, de 36,2% para 67,7%. Só o conjunto das cidades com mais de 250.000 habitantes possui hoje mais de 42.000.000 de habitantes, o que significa 4 vezes mais do que o total da população urbana em 1950 ⁽¹⁰²⁾. No cômputo geral, verifica-se que a população urbana aumentou duas vezes mais depressa do que a população global, registrando-se, entretanto, diferenças conforme o tamanho das cidades; assim, cidades

(100) Cf. *Brasilien Dialog* 4/84, op. cit. (n. 92), *Materialien*.

(101) *Anuário Estatístico*, op. cit. (n. 66), pp. 74, 77; "Brasil terá 180 milhões no ano 2000", in: *O Estado de S. Paulo*, de 1-1-1985.

(102) Cf. FARIA, Vilmar. "Desenvolvimento, urbanização e mudanças na estrutura do emprego: a experiência brasileira dos últimos trinta anos", in: *Sociedade e Política no Brasil*, op. cit. (n. 9), p. 121.

com mais de 500.000 habitantes crescem, já desde 1960, mais devagar do que as do grupo imediatamente abaixo, entre 100.000 e 500.000 habitantes⁽¹⁰³⁾. Um estudo do Banco Mundial sobre o processo de crescimento das regiões metropolitanas confirma a observação desse fenômeno, dando informações mais exatas sobre esse processo, onde se constata um crescimento das aglomerações urbanas e uma simultânea desconcentração dentro das regiões metropolitanas⁽¹⁰⁴⁾. A importância de São Paulo dentro do País é, porém, menos significativa do que acontece em outros países do Terceiro Mundo, correspondendo mais ao caso japonês⁽¹⁰⁵⁾. No Brasil, isso se explica devido a existência de vários outros centros regionais, como o Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife e Porto Alegre, cada um com mais de 2 milhões de habitantes (no ano 1980). FARIA destaca nesse contexto sobretudo dois problemas:

* o número absoluto de grandes aglomerações urbanas cresceu muito durante os últimos 30 anos;

* onde se verificou o maior aumento dessas aglomerações foi de novo no Sudeste⁽¹⁰⁶⁾.

Esses problemas tornam-se também visíveis através dos balanços migratórios das estatísticas oficiais, segundo os quais o Nordeste registrou, entre 1960 e 1980, uma perda líquida de 11.347.434 emigrantes, dos quais quase a metade entre 1970 e 1980. Em contrapartida, o Norte, o Sudeste e o Centro-Oeste foram regiões de crescimento demográfico nos períodos considerados. Digno de nota é que o Sudeste e o Oeste cresceram de modo especialmente dinâmico entre 1970 e 1980 (o Sudeste com mais de 3 milhões de imigrantes, cinco vezes mais do que no período anterior, o Centro-Oeste com quase 2 milhões de imigrantes). Também o Sul, que até 1970 havia registrado um balanço migratório positivo, durante a última década viu sua população de imigrantes diminuída⁽¹⁰⁷⁾.

É bastante difícil de se verificar até que ponto essa evolução pode ser atribuída à ação das Superintendências de Desenvolvimento, diretamente subordinadas ao Ministério do Interior. Muitas vezes é dito, em sua defesa, que sem as atividades das Superintendências a situação estaria provavelmente ainda pior. As áreas cobertas pelas ações de desenvolvimento, isto é, Sudam, Sudene, Sudesul e Sudeco, abarcam a maior parte da superfície

(103) Cf. FARIA, *op. cit.* (n. 102), pp. 124, 128 ss.

(104) LEE, Yoon Joo. "The Spatial Structure of the Metropolitan Regions of Brazil" (*World Bank Staff Working Paper* nº 722), Washington, D.C., The World Bank, 1985.

(105) Cf. FARIA, *op. cit.* (n. 102), p. 133.

(106) Cf. FARIA, *op. cit.* (n. 102), p. 142.

(107) Os dados aqui usados são a partir da tabela: "Movimento migratório, segundo as grandes Regiões e Unidades da Federação 1940—1980", in: *Anuário Estatístico*, *op. cit.* (n. 66), p. 140.

total do Brasil, sendo que para tal é possível mobilizar meios financeiros suficientes para a realização de medidas eficazes. Além disso, há outros programas oficiais de desenvolvimento e de assistência, como o DNOCS, Departamento Nacional de Obras Contra as Secas. Além da atração exercida pelo dinamismo da região Sudeste, e também ao lado dos projetos de desenvolvimento no Oeste (Acre, Rondônia) e a exploração da Região Amazônica, é a própria política do DNOCS que fomenta projetos de irrigação, os quais vão beneficiar sobretudo os latifundiários locais, e que não são apropriados a fixar a população à terra, incentivando, muito pelo contrário, o êxodo rural⁽¹⁰⁸⁾. O resultado de vinte anos de política de desenvolvimento regional, desde 1960, é:

- * o agravamento das disparidades entre a cidade e o campo e entre o Nordeste e o Sudeste do Brasil;
- * a penetração de formas de produção industrial também na agricultura⁽¹⁰⁹⁾;
- * como resultado, o desenraizamento de milhões de pessoas à procura de trabalho.

Essas reestruturações regionais causaram o surgimento em torno das aglomerações urbanas de imensas favelas, onde vivem esses imigrantes como uma população marginalizada, junto àquela parcela do proletariado urbano desempregada pela recessão dos anos entre 1979 e 1983. Esse processo de pauperização evidencia-se também no desenvolvimento dos salários reais, e que nesse período caíram em 22,9%, dos quais 20,4% só entre 1982 e 1983. Essa queda da renda atingiu sobretudo os mais pobres: os 40% da população que recebiam os salários mais baixos — perfaziam em 1983 somente 8,3% da renda nacional — perderam 27,4%, enquanto que os 5% da população mais abastada do País conheceram um retraimento de apenas 19,1% no seu poder aquisitivo real⁽¹¹⁰⁾.

6. A redemocratização — tendências e realidade

Nas eleições para o Congresso Nacional, em novembro de 1978, o MDB conseguiu ampliar a sua votação⁽¹¹¹⁾, resultando também que um número maior de candidatos “da esquerda” fosse eleito. Em março de 1979, o novo Presidente da República, General João Baptista Figueiredo, tomou posse. Ele anunciou uma anistia para os crimes políticos, com exceção dos

(108) Cf. SANGMEISTER, *op. cit.* (n. 75), pp. 25 ss.

(109) Cf. SORJ, Bernard, WILKINSON, John. “Processos sociais e formas da produção na agricultura brasileira”, in: *Sociedade e Política no Brasil*, *op. cit.* (n. 9), pp. 164-183.

(110) MEISSNER, Teodoro G. “Recessão provocou empobrecimento de 20,4%”, in: *Folha de S. Paulo*, de 6-11-1984.

(111) KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 98.

atos de terrorismo, assaltos, seqüestros e assassinatos, mas incluindo os crimes cometidos no exercício de funções nas Forças Armadas e na Polícia, isto é, por torturadores e assassinos⁽¹¹²⁾. Por uma lei, também decretada pelo Presidente, em outubro de 1979, foram dissolvidos os partidos ARENA e MDB⁽¹¹³⁾, e novos partidos, com exceção dos comunistas, puderam ser constituídos. Os senadores e deputados do Congresso Nacional deviam alistar-se em um dos novos partidos. Mas o governo Figueiredo também recorreu à manipulação eleitoral: a proibição da propaganda dos partidos políticos na televisão ("Lei Falcão") foi mantida. Os partidos eram obrigados a designar candidatos para todas as posições, em todos os níveis do governo, causando dificuldades para os pequenos partidos, que não podiam entrar em coligações eleitorais⁽¹¹⁴⁾. Além disso, foi estipulado o "voto vinculado", introduzindo a obrigação para o eleitor de votar no mesmo partido, para todas as posições.

Muitos partidos foram criados, tanto por parlamentares como por não parlamentares:

- * o Partido Democrático Social — PDS — que congregou a maior parte dos deputados e senadores da ARENA;
- * o Partido do Movimento Democrático Brasileiro — PMDB — constituído por uma grande parte de membros do antigo MDB;
- * o Partido Democrático Trabalhista — PDT — e o Partido Trabalhista Brasileiro — PTB —, partidos que tiveram ressonância sobretudo junto aos operários industriais e aos intelectuais das classes médias; e ainda o Partido dos Trabalhadores — PT — saído da região metropolitana de São Paulo, e que extrapola do espectro tradicional dos partidos brasileiros⁽¹¹⁵⁾.

Os partidos comunistas continuaram na ocasião proibidos. Nas eleições para o Congresso Nacional e para governadores, de 15 de novembro de 1982, consideradas, apesar das muitas limitações, as primeiras eleições democráticas desde 1964, o PDS conquistou 235 cadeiras, o PMDB, 200, o PDT, 23, o PTB, 13, o PT, 8. Nos Estados onde os governadores pela primeira vez desde 1966 puderam ser eleitos por votação direta, o PMDB ganhou 9 mandatos e o PDT saiu vitorioso no Rio de Janeiro. 11 mandatos

(112) A Lei de Anistia nº 6.683, de 28-8-1979, permaneceu ainda em vigor até a Emenda Constitucional nº 26/85, que abrangia os mesmos delitos, mas não previa mais nenhuma exceção.

(113) Pela Lei nº 6.767, de 18-10-1979, *Jornal do Brasil*, de 19-10-1979. Cf. tb. KUCINSKI, *op. cit.* (n. 17), p. 137.

(114) ALVES, Maria Helena Moreira. "Grassroot Organization, Trade Unions, and the Church-Challenges to the Controlled Abertura in Brazil", in: *Latin American Perspectives*, *op. cit.* (n. 72), p. 96.

(115) *Anuário Estatístico*, *op. cit.* (n. 66), p. 372; Wölcke, *op. cit.* (n. 2), pp. 43 ss.; MOREIRA ALVES, *op. cit.* (n. 114), pp. 96 ss.

foram para o PDS, e isso sobretudo nas regiões pouco desenvolvidas do Nordeste, assim como os governadores dos territórios designados diretamente pela União⁽¹¹⁶⁾. Com isso, os "partidos da esquerda" foram vitoriosos nos Estados que constituem a maior potência econômica do País.

Também encorajada por esses resultados eleitorais, começou a movimentação popular pelas eleições diretas do Presidente da República ("Diretas já"). Ao mesmo tempo, iniciaram-se as reivindicações para a convocação de uma assembléia constituinte, que redigisse uma nova Constituição em substituição à outorgada em 1969 pelo regime militar, com as suas múltiplas emendas. Ambas as reivindicações falharam. A 15 de novembro de 1985, foi eleito, ainda pelo Colégio Eleitoral, o novo Presidente da República, Tancredo de Almeida Neves, o primeiro presidente civil desde 1964⁽¹¹⁷⁾. Tancredo Neves, em quem uma ampla massa popular depositara grandes esperanças, não pôde, porém, tomar posse, morrendo no dia 21 de abril de 1985. Em seu lugar, foi investido como Presidente da República o Vice-Presidente José Sarney. Com isto, o tempo da ditadura militar foi formalmente terminado e foi constituída a "Nova República".

Durante a campanha das eleições presidenciais, a ala liberal do PDS, sob a liderança de José Sarney, separou-se e passou a constituir, a partir do começo de 1985, o Partido da Frente Liberal (PFL). Pelo fato de certos deputados terem mudado de partido e pela volta à legalidade dos partidos comunistas, cujos membros se haviam candidatado sobretudo pelo PMDB, resultou, depois da emenda da lei dos partidos em 1985⁽¹¹⁸⁾, a seguinte distribuição dos mandatos no Congresso Nacional, em maio de 1986: PMDB, 239; PFL, 149; PDS, 86; PDT, 28; PTB, 14; PT, 6; PL, 5; PSB, 5; PDC, 4; PSC, 4; PCB, 3; PC do B, 2; PMB, 2; PPB, 1⁽¹¹⁹⁾.

7. Resultados: agravamentos das disparidades

No início, existiam consideráveis reservas contra Sarney, pois ele tinha saído da ARENA-PDS e não havia tomado posições progressistas até então; já nos primeiros meses do seu mandato, Sarney ganhou prestígio

(116) Para os antecedentes dessas eleições, cf. GOGOLOK, Osmar E., BERGMANN, STEPAN, KARG-DIRKES, Lorenz. "Präsidentenwahl 1985 und Demokratisierungsprozess", in *Brasilien Dialog* 2/84, pp. 3-16. Sobre as eleições indiretas, cf. o excelente resumo in "Materialien", *Brasilien Dialog* 2/84.

(118) Pela Lei nº 7.332, de 1-7-1985, cf. "Emenda propõe reformas políticas na Constituição", in: *Folha de S. Paulo*, de 14-6-1985.

(119) O PCB foi admitido a 8 de maio de 1985. Cf. "Fora da Catacumba", in: *Folha de S. Paulo*, de 15-5-1985; "Troca partidária redivide quadro político no Congresso", in: *Folha de S. Paulo*, de 17-5-1986. Os partidos comunistas PCB (Partido Comunista Brasileiro) e PCdoB (Partido Comunista do Brasil) são de cunho leninista e maquista; o PSB (Partido Socialista Brasileiro) pertence ao espectro da esquerda, o PMB (Partido Municipalista Brasileiro), PPB (Partido do Povo Brasileiro), PL (Partido Liberal), PDC (Partido Democrata Cristão) e PSC (Partido Social Cristão) pertencem ao espectro da direita.

por se colocar à frente dos interesses das massas populares mais carentes (120). As lutas pela expulsão dos posseiros continuavam (121). A primeira medida anunciada por Sarney, depois de ter tomado posse, já em maio de 1985, foi o plano de uma reforma agrária, com a qual queria ele tentar modificar as extremas desigualdades na distribuição das terras (122). O Primeiro Plano Nacional de Reforma Agrária da "Nova República" foi apresentado a 27 de maio de 1985. O plano se concentrava nas regiões onde predominavam os conflitos agrários, onde a distribuição da terra tem sido especialmente injusta. Previa a desapropriação de áreas improdutivas dos latifúndios e a compra adicional de terras com verbas públicas (123). Essa reforma agrária, que foi sempre encarada pelos sindicatos de trabalhadores rurais com grande desconfiança, perdeu cada vez mais a consistência, sob a forte pressão dos grandes proprietários, que passaram a se armar. O projeto definitivo de 1985 foi recusado por todas as frações moderadas e as da esquerda, tendo sido aprovado somente pelos latifundiários (124). Também nos setores da indústria, continuavam as inquietações e novas greves abalaram, no começo de maio, os centros urbanos. Ao todo, 43 sindicatos aderiram à greve, de modo que essa onda grevista foi considerada uma das maiores dos últimos 21 anos. O motivo desses protestos foi novamente o fato de o salário mínimo não bastar para a sobrevivência (125).

No dia 14 de fevereiro de 1986, Sarney reformulou seu ministério, que até então era o originalmente composto por Tancredo Neves, diminuindo nesse segundo ministério a influência do PMDB, embora esse partido tivesse sido o grande vitorioso das eleições municipais de 15 de novembro de 1985 (126). A 28 de fevereiro de 1986, a inflação galopante, que no começo daquele mês havia alcançado 14,36% ao mês, pôde ser sustada com uma reforma monetária, o Plano Cruzado: o cruzeiro foi substituído pelo

(120) Cf. sobre isso tb. Cardeal Evaristo Arns na entrevista "Hundert wurden Märtyrer", *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt*, de dezembro de 1985, com críticas à reforma agrária. Sua popularidade subiu ainda mais depois dos primeiros êxitos do programa anti-inflacionário; cf. "Sarney Capitalizes on Popularity", *Latin American Weekly Report*, de 28-3-1986.

(121) Cf. notícia da agência "Latina" (Reuters) de 1-2-1986, entre 1982 e 1984, consta que 500 pessoas foram mortas nas lutas pela terra, como foi anunciado no 1º Congresso dos posseiros não-possuidores.

(122) Segundo uma pesquisa do Instituto de Análises Sociais e Econômicas (IBA-SE), os latifundiários possuíam 85% das áreas cultiváveis, enquanto a metade dos estabelecimentos agrários (quer dizer os com menos de 10 ha) possuíam somente 2,4% da terra. Cf. "Latifúndios ocupam 85% da área registrada como rural", in: *Jornal do País*, semana de 14 a 20 março de 1985.

(123) O texto foi impresso in *Folha de S. Paulo*, de 28-5-1985.

(124) Cf. o texto do documento in: *Folha de S. Paulo*, de 11-10-1985, e comentários no número de 19-10-1985; "Sarney approves the final draft", in: *Latin American Weekly Report*, de 25-10-1985; e NIEBUHR, Siegfried. "Agrarreform in Brasilien", in: *Frankfurter Rundschau*, de 23-10-1985.

(125) Cf. "Unions Pose First Test for Sarney", in: *Latin American Weekly Report*, de 10-5-1985.

(126) "New Cabinet is Conservative", in: *Latin American Weekly Report*, de 21-2-1986.

cruzado e foram introduzidos o congelamento e o controle de preços (127). O grande prestígio alcançado, com tal medida, na política interna, parece, entretanto, posto em questão desde que o governo Sarney, logo depois das eleições de 15 de novembro de 1986, anunciou o "Plano Cruzado II", acompanhado de maciço aumento dos preços e uma desvalorização do cruzado.

Sarney havia prometido a convocação de uma Assembléia Constituinte, porém, apesar das fortes críticas que em parte lhe foram feitas, conseguiu fazer prevalecer sua idéia de que o Congresso Nacional, eleito a 15 de novembro de 1986, deveria ser o encarregado da elaboração da nova Constituição (128). A eleição direta do novo Presidente da República já ficara estabelecida, através de uma emenda constitucional, em maio de 1985 (129). Para os trabalhos preliminares da elaboração da nova Constituição, a "Comissão dos 50", designada pelo Presidente, apresentou a 18 de setembro de 1986 um primeiro anteprojeto (130). As eleições de 15 de novembro de 1986 para o Congresso Nacional, para as Assembléias Legislativas estaduais, para as Câmaras municipais e para Governadores trouxeram o triunfo completo do PMDB, como demonstra a seguinte distribuição dos mandatos no Congresso Nacional Constituinte:

Partidos	PMDB	PDS	PFL	PDT	PTB	PL	PDC	PMB	PSB	PT	PCdoB	PCB
Senadores	45	5	15	2	1	1	1	1	1			
Deputados	262	32	116	24	17	6	5		1	16		3

Dos Governadores eleitos naquele mesmo dia, 21 pertencem ao PMDB e um, o de Sergipe, ao PFL.

O Brasil, como país com um desenvolvimento já muito avançado, tem muito mais oportunidades de fazer vigorar a democracia e superar as disparidades sociais do seu povo do que a maior parte dos países em desenvolvimento. Existe, entretanto, o perigo de que as reformas sociais se façam demasiado lentamente, que as exigências do povo se façam ouvir cada vez mais alto e, com isso, setores mais conservadores lancem mão novamente de uma solução autoritária.

(127) "Governo adota choque para tentar derrubar inflação", in: *Folha de S. Paulo*, de 28-2-1985.

(128) Cf., p. ex., DALLARI, Dalmo de Abreu. "Constituinte e presidência", in: *O São Paulo*, de 12-12-1985, com críticas ao PMDB, PFL e PDS, constatando que essa Constituinte, não eleita pelo povo, estaria ligada aos interesses dos grupos econômicos nacionais e internacionais. Cf. também GOLDMANN, Alberto. "Em questão a legitimidade da Constituinte", in: *Folha de S. Paulo*, de 12-7-1985; "Constituinte: caravanas irão a Brasília reclamar nova emenda", in: *Nas Bancas*, de 25-9-1985. O PDS, PMDB e PFL aprovaram no dia 23 de outubro de 1985, uma emenda à Constituição, atribuindo ao Congresso Nacional as tarefas de uma Constituinte: "Aprovada Constituinte à la Sarney", in: *O São Paulo*, de 25-3-1985.

(129) *Folha de S. Paulo*, de 8-5-1985.

(130) *Folha de S. Paulo*, Edição Especial, de 19-9-1986.

Atos políticos e atos de governo

— Realidades diversas, segundo a teoria tetraédrica do direito e do Estado

MARQUES OLIVEIRA

Membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, ex-Auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal

À página 73 do n.º 95 (julho a setembro de 1987) da *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, CRETELLA JÚNIOR, professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, publicou, sob o título de “Teoria do Ato de Governo”, didático artigo, onde resume e esgota o assunto, em seu estágio atual. Infelizmente não fez nenhuma menção ao livro, por ele mesmo prefaciado, *O Controle, Esse Desconhecido*, de nossa autoria, onde, de fls. 73 a 88, pensei ter definido o vocábulo *ato político*, a fim de transformá-lo em *termo jurídico*. Assim é que me causou espécie o seguinte trecho do lapidar artigo do prof. CRETELLA JÚNIOR:

“O problema da definição do ato político tem desafiado a argúcia da doutrina, que não chega ao contexto exato, é evidente, pela própria flexibilidade inerente ao objeto definido.” (p. 177)

Logo no começo já havia dito, no segundo parágrafo de seu trabalho:

“... a expressão *ato de governo* é oriunda da jurisprudência francesa de conteúdo administrativo, que a consagrou e tentou, em vão, circunscrever-lhe o campo exato.”

Na verdade, quando os autores tentam definir o *ato político*, perpetram um dialeto: *ato político* ou de *governo* são os atos “editados pela autoridade administrativa, insusceptíveis de todo e qualquer recurso diante dos tribunais” (LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 3.ª ed., 1963, vol. I, p. 418), *sic*, à p. 78, *in fine*, da *Revista de Informação Legislativa* supracitada. E quais são os atos que o Judiciário ou os Tribunais Administrativos não podem apreciar? São... os *atos políticos* ou (?) *atos de governo*. Nem o Conselheiro Acácio abonaria tal “definição”...

Mas a coisa mais importante no artigo do Professor CRETELLA JÚNIOR está no fato de com ele aprendermos que até agora os atos políticos são confundidos com atos de governo e parece-me que quase todos os autores os circunscrevem ao estreito âmbito do Poder Executivo, único que poderia praticar atos políticos ou... atos de governo. Parece que apenas BIELSA (p. 80 da *Revista de Informação Legislativa*) e TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*ibidem*) suspeitam que o Poder Legislativo possa praticar atos políticos ou atos de governo. Mas certamente nenhum autor, jamais, supôs que o Poder Judiciário pudesse também praticá-los...

Na verdade, no âmbito do "Tribunais" de Contas, por motivos "políticos", criou-se, há algum tempo já, curiosa e insustentável distinção entre "controle político" e "controle técnico" e isso com base para a insólita afirmação de que os chamados "Tribunais" de Contas executam controle meramente técnico, enquanto o Congresso executa controle... político. O único mérito dessa, a nosso ver, e falando em tese, estapafúrdia heresia jurídica reside no fato de ser esta uma das poucas vezes em que se acentua o fato de o Legislativo também praticar atos políticos. Mas, evidentemente, os que fazem tal distinção e extensão não têm idéia do que seja um ato político, em acepção jurídica... Não iriam ser eles os únicos a saber, quando nem os franceses, que criaram a expressão, confessadamente não sabem!

O grande GEORGES RIPPERT, no seu famoso livro *Les Forces Créatrices du Droit* (1), já se lamentava:

"C'est grand dommage que paraisse s'affaiblir aujourd'hui la valeur d'une technique qui attache aux mots un sens précis, donne de la vigueur au raisonnement et de la concision aux développements."

Como exemplo bem recente desse descuido no emprego de termos que deveriam ser jurídicos mas são usados em acepção popular, menciono o artigo do festejado constitucionalista prof. JOSAPHAT MARINHO, publicado no fim de 1986, no *Correio Braziliense*, sob o título: "Poder Fiscalizador". Ora, um constitucionalista deve saber que, na separação de Poderes, não existe isso de Poder Fiscalizador, quando muito poderia — e deveria — haver um Poder CONTROLADOR ou MODERADOR. Pode existir, além disso, uma função fiscalizadora, mas nunca um PODER fiscalizador (2). Nesse artigo, ao especificar um controle político, o ex-senador e político, também professor de Direito Constitucional, usa o vocábulo político em sentido "político", vale dizer, de política partidária... Afirma ele que o controle político "é exercido por deputados e senadores, mediante a apreciação crítica, o pedido de informação, a investigação parlamentar, e pela vigilância da opinião pública e dos órgãos de comunicação". E termina o parágrafo, dizendo: "A eficácia da fiscalização está, efetivamente, no

(1) RIPPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris, R. PICHON, 1956.

(2) VIDE "Poderes e funções do Estado", Parte III de *A Força do Direito e os Limites da Lei*, Belém, Edições CEJUP, 1987, pp. 97 usque 150.

controle administrativo realizado pelos processos técnicos adequados e por órgãos independentes.” Eficácia da fiscalização? Controle administrativo? *Quel dommage...*

Como se vê, nenhuma preocupação de distinguir *fiscalização* de *controle*, como se ambos fossem a mesma coisa... Dá ao vocábulo *político* vago e impreciso campo semântico, mostrando que RIPPERT estava e continua a estar absolutamente certo quando lamentava a desvalorização da técnica de conferir aos vocábulos sentido preciso.

O direito, curiosamente, deixou de ser ciência quando os “cientistas” positivistas invadiram-lhe as fronteiras...

Dar sentido unívoco aos vocábulos para transformá-los em *termos jurídicos* é todo o labor dos que se prezam de juristas. O jurista deve buscar a denotação exata dos vocábulos e não descambar para suas conotações ou “senotações”. As conotações são sujeiras semânticas que se prendem aos vocábulos, tisonando-lhes a pureza da denotação. Há vocábulos que adoecem de conotações ou então adquirem infecção hospitalar nas agências publicitárias ou nos órgãos de comunicação de massa, como, por exemplo, a sublime palavra Amor, que é a própria definição de Deus, segundo São João, hoje rebaixada a mero sinônimo de *sexo*. No mundo jurídico, especialmente hoje em dia, quando as hordas bárbaras dos partidos políticos invadem o Império Romano do Direito, quase todos os vocábulos correntes estão contaminados de conotações díspares ou substituídos por eufemismos, verdadeiros dráculas vocabulares! Apenas como exemplo de vampiro vocabular, cito “vontade política” (!), criado certamente por jornalistas e não por jurista. Esse Drácula anda perambulando pelas penumbras dos corredores do Congresso, prelibando o colo da Constituição. Palavras sem alma semântica, a vagar errantes pela noite das inteligências e da cultura, e cuja imagem (idéia) não pode refletir-se no espelho jurídico...

Assim está o vocábulo “político”: sujo de conotações relativas a política; enfermo de conotações maquiavélicas de conquista e manutenção do Poder; tossindo “senotações” de aquisição e desfrute de prestígio; e, finalmente, delirando semanticamente, como arte de preterir valores e afastar concorrentes temidos. Nisso degenerou a palavra *política* e, quando tudo isso se faz com pompa e no uso de um cargo “político”, temos, segundo alguns, um ato... *político*.

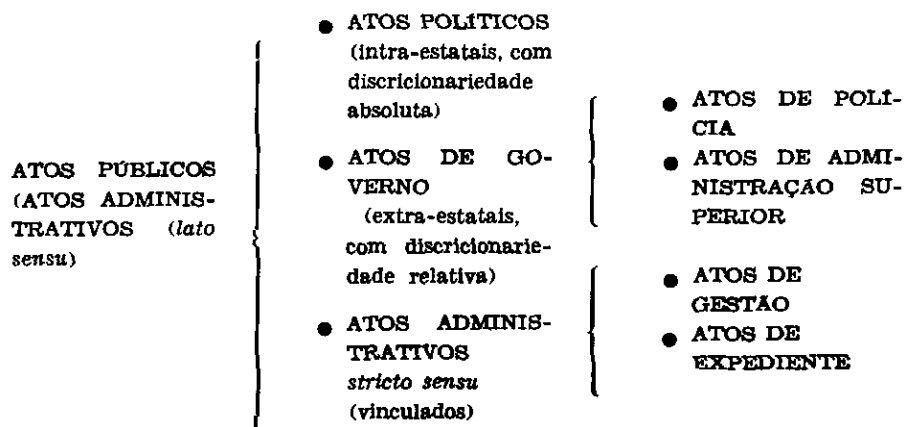
Mas, para o jurista, tal vocábulo é imprestável. Necessário é que o jurista siga o velho conselho de CELSO: “Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem!”

A primeira coisa a se fazer será dar um banho filológico no vocábulo “política”, esfregando-o com sabão-de-cinza etimológico. E teremos então a límpida denotação: *política* quer dizer Ciência do Estado, assim como *matemática* quer dizer ciência dos números, *música* significa ciência das musas e *gramática*, ciência das palavras. POLIS, em grego, quer dizer ESTADO, da mesma forma que já foi CIVITAS, em Roma.

Ora, se o *ato político* é *ato estatal*, a primeira coisa que se vê, claramente, é que não é *ato de governo*. *Estado* e *governo* são coisas diversas, pois um Estado pode momentaneamente estar sem governo, pode ser bem governado, pode mudar de governo e, sem contradição lógica, podemos ter um Estado anárquico, ou seja, Estado sem governo⁽³⁾. Logo, como podem juristas empregar como sinônimos perfeitos *ato político* e *ato de governo*? Aceitar essa equivalência é confissão velada de que se não conseguiu ver mentalmente, sem confusão, as idéias contidas nos termos *ato político* e *ato de governo*.

O Estado é um ente de razão, permanente e impessoal, *ubique et semper*, quer o chamemos de *polis*, de *civitas* ou de Estado, enquanto o Governo é passageiro e pessoal, seja ele monárquico, aristocrático ou republicano ou tenha degenerado em tirania, oligarquia ou democracia. Os *atos políticos* mantêm o diálogo entre os deuses do Olimpo, como no início de *Os Lusíadas*, por isso, são intra-estatais, manifestações de vontade entre Poderes. Nesta tertúlia, os mortais (os súditos) não podem tomar parte a não ser como Ganimedes, servindo néctar e ambrosia (impostos, taxas e contribuições de melhoria) aos divinos componentes do Estado. Com isso quero dizer que todo *ato político* é intra-estatal, só remotamente atingindo, em seus efeitos, os cidadãos.

Os *atos de governo*, entre os quais os mais conspícuos são os *atos de polícia*, são extra-estatais, são como que mensagens do Olimpo, trazidas por Hermes aos mortais, os súditos. O *ato de governo* é *hic et nunc*, o que lhe dá maior grau de concreção (menos abstrato) que o *ato político*. E, com isso, apresentamos nova divisão dos atos públicos: *atos políticos*, *atos de governo* e *atos administrativos* "*stricto sensu*". Os primeiros têm discricionariedade absoluta, os segundos, discricionariedade relativa e os últimos são atos vinculados, conforme se verá em seguida.



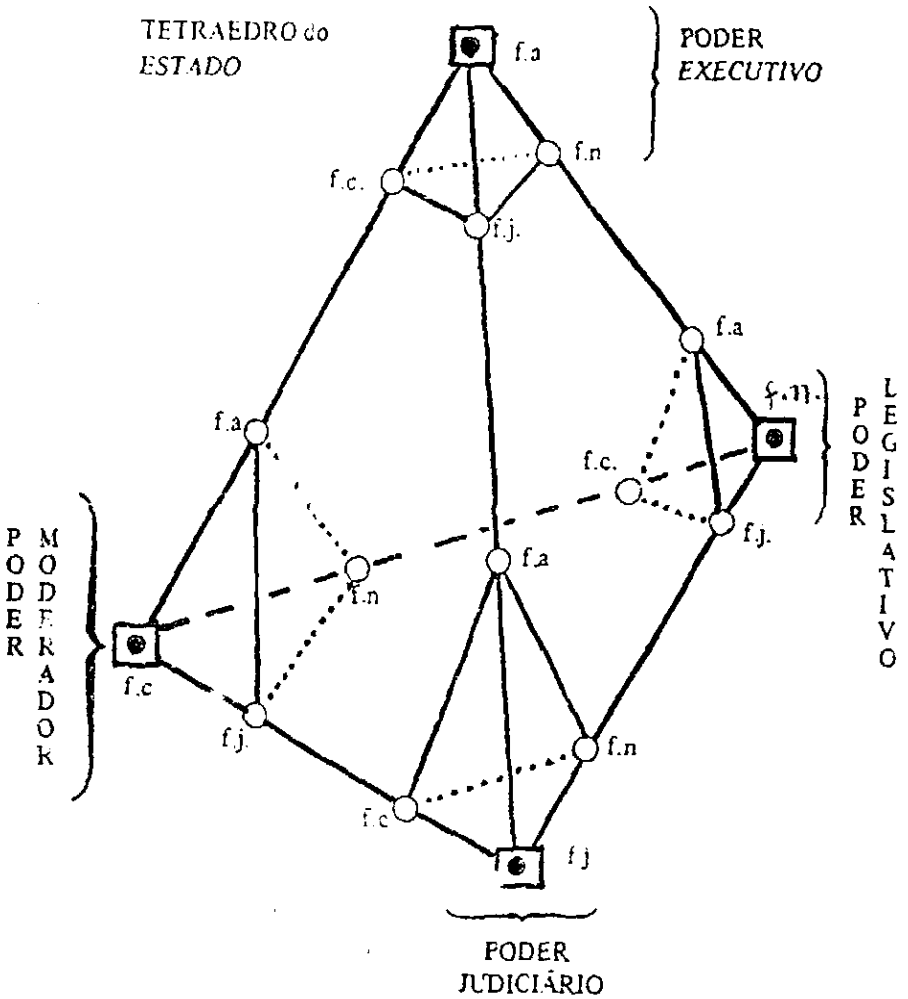
(3) *Sine grano salis...*

Quando disse que os *atos políticos* são intra-estatais, quis dizer que são atos praticados livremente dentro do território de competência demarcado na Constituição, para cada Poder. Assim, o Executivo tem seu território delimitado constitucionalmente e, dentro dessa linde, age com total e absoluta liberdade, por isso dissemos que tem discricionariedade *absoluta*, ou seja, nenhum dos demais Poderes pode contestá-lo. Não é apenas o Poder Judiciário, como supunha RUI BARBOSA e parece que continuam supondo os franceses, mas todos os outros Poderes têm de respeitar o *ato político* dos demais. E é só por esse motivo que todos os Poderes respeitam a *res judicata*, fruto de *atos políticos* do Judiciário. Pelo mesmo motivo se respeita a *lei*, produto de *ato político* do Legislativo.

Dentro desse entendimento, temos duas conseqüências lógicas, derivadas de dois pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, nos MMSS n.º 16.255 (RTJ 38:245-50) e n.º 19.973 (RTJ 77:29-48). A primeira é a de que, se nenhum dos Poderes constituídos pode resistir a um pronunciamento do Tribunal de Contas, como consta desses MMSS, então o Tribunal de Contas, ao se pronunciar dentro do seu campo constitucional, pratica ATO POLÍTICO. A segunda conclusão é a de que a natureza jurídica do Tribunal de Contas é a de um Poder e Poder diverso dos demais Poderes, uma vez que nem o Congresso Nacional pode contraditá-lo. . .

Isto posto, vamos a duas definições que apresentei em *O Controle, Esse Desconhecido*, as quais poderão ser melhor aquilatadas pelos que leram *A Força do Direito e os Limites da Lei* (Edições CEJUP, 1987), também de nossa autoria. Neste segundo livro, exponho a Teoria Tetraédrica, a qual, ao FATO, NORMA e VALOR, de RADBRUCH e REALE, acrescento a FORÇA. A FORÇA no Estado, transmuda-se em PODER. Pela Teoria Tetraédrica vê-se com nitidez que PODER, em sentido constitucional, é o conjunto de quatro (4) funções, nem mais, nem menos. São elas: função administrativa (força), função normativa (norma), função judiciária (valor) e função controlativa (controle). Estas funções, reunidas quatro a quatro e com predominância de uma delas em cada Poder, constituem esse Poder. No Executivo predomina, entre as quatro, a *função administrativa*, que prevalece contra as funções administrativas dos demais Poderes. No Legislativo, há predominância da *função normativa*, que prevalece contra as funções normativas de todos os outros Poderes. No Judiciário a função predominante é a *judicativa*, a qual prevalece contra as funções judicativas dos demais. Da mesma forma, no futuro Poder Moderador, a função predominante será a *função controlativa*, a qual diz a última palavra perante todos os outros Poderes, em assuntos de CONTROLE.

As seguintes ilustrações deixam bem clara a visão do Estado Integral, na concepção tetraédrica:



LEGENDA

f.a. = função administartiva

f.n. = função normativa

f.j. = função judicativa

f.c. = função controlativa

● = função-meio de cada Poder

◻● = função-fim de cada Poder, predominante e prevalente sobre as funções-meio idênticas dos demais Poderes

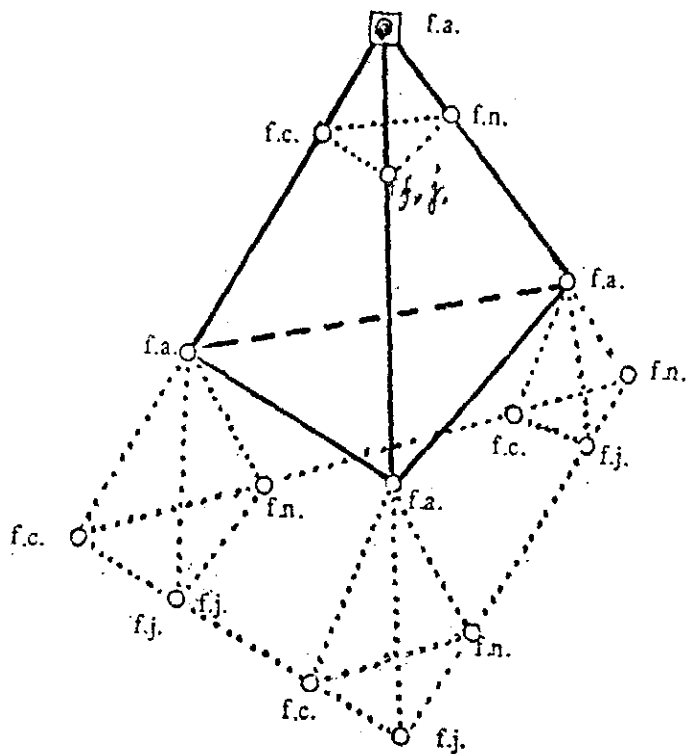


Fig. 2 — TETRAEDRO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA no ESTADO, com prevalência da função-fim administrativa (do Executivo) sobre as funções-meio, administrativas, dos demais Poderes.

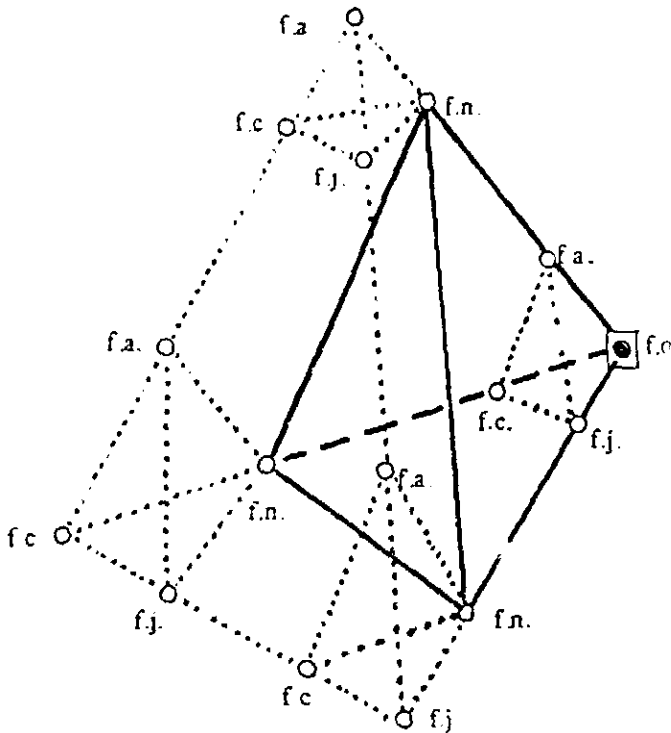


Fig. 3 — TETRAEDRO DA FUNÇÃO NORMATIVA no Estado, com prevalência da função-fim legislativa (do Legislativo) sobre as funções-méio, normativas, dos demais Poderes.

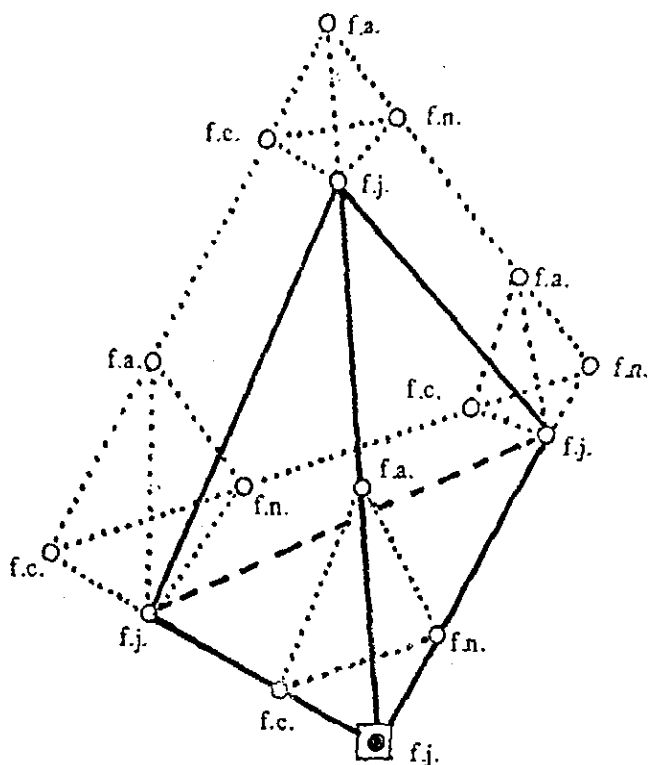


Fig. 4 — TETRAEDRO DA FUNÇÃO JUDICATIVA no ESTADO, com prevalência da função-fim jurisdiccional (do Judiciário) sobre as funções-meio, judicativas, dos demais Poderes.

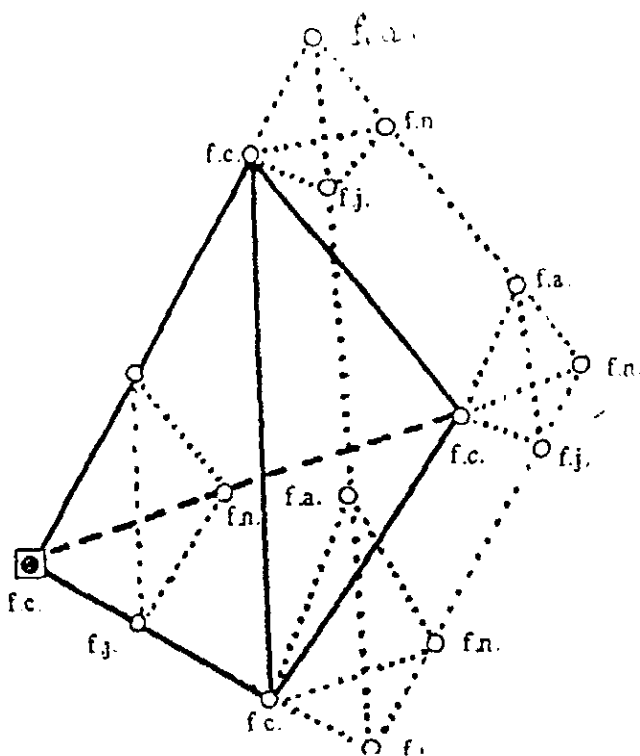


Fig. 5 — TETRAEDRO DA FUNÇÃO CONTROLATIVA no ESTADO, com prevalência da função-fim controlacional (do Controle, ou futuro Poder Moderador) sobre as funções-meio, controlativas, dos demais Poderes.

Tendo em mente o esterograma do Estado, reportemo-nos à definição que dei de *ato político*, em *O Controle, Esse Desconhecido*:

“ATO POLÍTICO é o ato governamental praticado mais que discricionariamente por agente político no uso de competência específica e expressamente indicada na Constituição para condução harmônica dos negócios públicos, com vistas ao bem-comum.”

Na verdade faltou a essa definição um pequeno acréscimo: “na Constituição e nas leis complementares à Constituição”. De fato, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por exemplo, atribui *competência* específica aos auditores dessa Corte de Contas, o que faz deles verdadeiros magistrados, de raiz constitucional.

Na definição acima não há círculo vicioso pelo fato de haver menção a “agente político”, uma vez que já havíamos previamente feito menção à bela conceituação de *agente político*, do renomado HELY LOPES MEIRELLES:

“AGENTES POLÍTICOS são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos e comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas ATRIBUIÇÕES com prerrogativas e responsabilidade próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 3.^a ed., S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 445.) — Grifos nossos.

Nesta preciosa conceituação de *agente político*, fariamos apenas um reparo: houve menção a *atribuições*, que na verdade todos possuem quando praticam *atos administrativos*, *lato sensu*; não houve menção expressa à *competência*, que é exatamente o limite de *poder* do *agente político*, que o *habilita* para a prática de *atos políticos*. Na certa o vocábulo não foi usado como termo jurídico — caso em que pediria uma complementação: *Atribuição, lato sensu* —, mas como palavra da língua... E, segundo o próprio professor HELY, os *agentes políticos*

“são as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição.” (*Idem, ibidem*, p. 57)

Ora, os "graus e limites constitucionais e legais de jurisdição" são precisamente *competência e não atribuição*. A propósito, no mesmo livrinho *O Controle, Esse Desconhecido*, proponho a seguinte tabela de harmonização das ordens do direito:

ORDEM DO ESTADO	ORDEM JURÍDICA	ORDEM ADMINISTRATIVA	ORDEM GOVERNAMENTAL	ORDEM CIVIL
● Soberania	● Jurisdição	● Função	● Poderes	● Personalidade
● Governo	● Competência	● Órgão	● Autoridades	● Capacidade
● Poder	● Atribuições	● Cargos	● Agentes	● Pessoa
ATO POLÍTICO	ATO JURÍDICO	ATO ADMINISTRATIVO	ATO DE GOVERNO	ATO JURÍGENO

À ocasião, observamos que o civilista pode usar apenas a clave de sol, mas o administrativista tem de utilizar-se de todas as claves, ser profundo conhecedor do contraponto jurídico, para poder compor sua sinfonia, destinada a vários instrumentos. Como início de pesquisa nesse setor, apresentei a tabela acima. Sua utilidade vai mostrar-se, agora, com pequenos reparos:

ORDEM DO ESTADO	ORDEM JURÍDICA	ORDEM ADMINISTRATIVA	ORDEM GOVERNAMENTAL	ORDEM CIVIL
● Soberania	● Jurisdição	● Função	● Poderes	● Personalidade
● Governo	● Competência	● Órgão	● Autoridades	● Capacidade
● Poder Público	● Atribuições	● Cargos	● Agentes	● Pessoa
ATO POLÍTICO	ATO JURÍDICO	ATO ADMINISTRATIVO	ATO DE GOVERNO	ATO JURÍGENO

Na Ordem do Estado, quando dizemos Poder Público, estamos nos reportando à POTESTAS latina, que em *A Força do Direito e os Limites da Lei* mostramos poder manifestar-se *cum imperio* (nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) ou *sine imperio*, quando configura o que se chamou de AUCTORITAS, predominante na função CONTROLE e também presente no Executivo e no Legislativo, mas inexistente no Judiciário, teoricamente.

Na Ordem do Estado, quando mencionamos Poderes, queremos referir-nos aos Poderes Constituídos, ou seja, Executivo, Legislativo, Judiciário e todos os órgãos de controle que irão, de futuro, compor o Poder Moderador, ou Controlativo.

A tabela acima é de entender-se como sendo de abstrações decrescentes, quer de cima para baixo como da esquerda para a direita. Ou seja: na Ordem do Estado, por exemplo, Soberania é termo mais abstrato que Poder Público, passando pelo grau intermediário de abstração "Governo". Da mesma forma, a Soberania vai-se concretizando (menor grau de abstração) em Jurisdição, Função, Poderes Constituídos, até chegar a Personalidade que é, poeticamente falando, uma "soberania pessoal"... No nível "Governo", por exemplo, este vai-se, por assim dizer, "materializando", em Competência, Órgão, Autoridades e Capacidade. Neste nível, não seria absurdo jurídico dizer-se imaginosamente que os Estados-Membros são "relativamente incapazes" como Governo, suspeitando-se que os Municípios, em nossa República, tenham sido tratados como "absolutamente incapazes"...

Outra observação que nos parece oportuna e pertinente refere-se aos AGENTES. Os agentes podem ser meros agentes administrativos, que têm ATRIBUIÇÕES, *stricto sensu*, enquanto os AGENTES POLÍTICOS têm competência (para a prática de ATOS POLÍTICOS) e também atribuições, *stricto sensu*, para a prática de ATOS ADMINISTRATIVOS, também *stricto sensu*. Entre estes extremos, situamos os ATOS DE POLÍCIA e os ATOS DE GOVERNO, que pressupõem competência específica. Como se vê, a tabelinha aponta rumo de pesquisas que seriam muito frutíferas dependendo do administrativista que as fizesse. Proposta à consideração dos administrativas, não passa de ponto de partida para visão integral e completa do mundo jurídico, distinguindo — mas ao mesmo tempo harmonizando — os mundos do direito público e do direito privado.

Na tabela acima devemos entender bem a separação da ordem estatal da ordem governamental. O Estado é permanente, impessoal, abstrato. O Governo é passageiro, pessoal, concreto. No mesmo Estado podem suceder-se excelentes e péssimos governos. Os governantes, por sua vez, podem agir apenas na qualidade de governantes, mas também podem agir como *agentes políticos*, ou seja, agentes do Estado. A diferença entre duas ações, uma *política* e outra *governamental*, vamos visualizar nas figuras do tetraedro estatal: quando exercita função maior, o agente pratica *ato político*; quando executa atos das funções menores que compõem o Poder em questão, os agentes praticariam *atos de governo*. Exemplo: quando veta uma lei ou quando a sanciona, o Presidente da República está realizando uma função maior (*Executiva*), ou seja, um ato estatal ou *ato político*. Quando escolhe um seu Ministro, está exercitando a *função menor administrativa* do Poder Executivo e seu ato será *ato de governo* e não *ato político*. Quando apresenta à consideração do Congresso um nome para Ministro do Tribunal de Contas da União, evidentemente não está praticando *ato político*,

mas *ato de governo*. Tanto isso é verdade que, se apresentar um candidato de apenas vinte anos de idade, mesmo que o Senado o aprove, tal ato poderá ser aniquilado juridicamente pelo Poder Judiciário. Mas nem o Judiciário nem o Legislativo podem obrigar o Presidente da República a sancionar ou vetar determinada lei e, se houver veto, o Senado pode rejeitar o veto, mas não pode obrigar o Presidente a alterá-lo, pois vetar ou sancionar são *atos políticos*.

Diríamos que o *ato político* tem discricionariedade absoluta, ou seja, discricionariedade "arbitrária" dentro dos limites constitucionais demarcados expressamente na Constituição (art. 59, § 1.º). Além dessa característica, o *ato político* é *indelegável*, por ser exercício de *competência* e não de mera atribuição. Mais ainda: o *ato político* é *irrenunciável*: o Presidente não pode deixar de, ou sancionar, ou vetar a lei votada pelo Congresso (4). Tem de sancionar ou vetar a lei, da mesma forma que o juiz de direito tem de executar a prestação jurisdicional. E aqui já parece surgir um fruto desta teoria, a ser pensada pelos constitucionalistas e pelos administrativistas: os deputados federais e os senadores têm de votar a favor ou contra determinado projeto de lei, pois, sendo tais atos, *atos políticos*, não se entende que possa haver abstenção, nem voto em branco, nas votações do Congresso em geral. São atos irrenunciáveis, por serem *atos políticos*.

Os *atos políticos*, além de possuírem *discricionariedade absoluta*, serem *indelegáveis* e *irrenunciáveis*, são também *irretratáveis*. Depois de sancionar uma lei, não pode o Presidente voltar atrás e vetá-la. Da mesma forma, não pode vetá-la e depois arrepender-se, sancionando-a. Vetou, está vetado. Sancionou, está sancionado. Igualmente, depois de votar, não podem os parlamentares arrepender-se do voto nem alegar erro, mudando seu voto. Votou, está votado. Na alta esfera do Estado não se admitem levianidades nem enganos. E isso é a contrapartida da imensa liberdade que a *discricionariedade absoluta* confere aos *atos políticos*. E, ainda a propósito de *discricionariedade absoluta*, podemos distingui-la da *discricionariedade relativa*, dizendo que a discricionariedade absoluta é aquela que se não vincula nem à própria motivação (5). Os atos discricionários, como é sabido,

(4) Se não se manifestar dentro de 15 dias, isso equivale a sanção tácita; cf. art. 59, § 2º, da CRFB; c.e.

(5) Os atos administrativos, quando apreciados pelo Judiciário, o são, apenas, no que tange à sua legalidade, ou conformidade com a lei. O Judiciário (e, conforme vimos expondo, todos os demais Poderes) não pode penetrar nas questões de *oportunidade* e *conveniência*, que são o campo de "arbitrio" da administração. Mesmo nos atos vinculados, tal território é sagrado: *oportunidade* e *conveniência* são os privilégios do administrador. Entretanto, se um ato, mesmo discricionário, for *motivado*, a conformidade com a própria motivação pode ser analisada pelo Judiciário, que, de certa forma, vê na motivação um *privilégio* em sentido etimológico, ou seja, lei particular e específica para aquele ato. Se tal ato está em desacordo com sua própria motivação, pode, portanto, ser anulado pelo Judiciário (ou por qualquer outro Poder provocado). Mas, como dissemos, o *ato político* nem à própria motivação se vincula!

quando motivados, ficam vinculados à própria motivação. Os atos de governo, de discricionariedade relativa, por exemplo, vinculam-se à própria motivação. Idem, para os atos vinculados ou atos administrativos *stricto sensu*. Mas os atos políticos, não. Mesmo que os *consideranda* feitos pelo Presidente da República nos levem logicamente ao veto à Lei proposta, se afinal o Presidente acabar sancionando a Lei, está sancionada a lei. Mesmo que logicamente se conclua que a lei deve ser sancionada pelos *consideranda* preliminares, se afinal for vetada, vetada está. Diga-se o mesmo da sentença de um juiz de direito: ainda que desde o começo de sua sentença tudo nos leve a entender que é caso de condenação, se afinal for dito "absolvo o réu", absolvido está o réu. E vice-versa. Logo, nem a própria motivação pode vincular o ato político e, por isso, chamamos a sua discricionariedade de absoluta.

A última característica do ato político e talvez a mais curiosa é serem tais atos *intra-estatais*, o que aliás deveria saltar aos olhos logo à primeira vista. Se são atos *estatais*, os atos políticos não se dirigem aos administradores ou súditos: dirigem-se aos demais Poderes. Um veto nada tem a ver com qualquer contribuinte diretamente. Um veto é veto à proposta do Legislativo, é diálogo entre Poderes e só entre eles. Uma sentença do Judiciário é expressão da vontade do Judiciário perante os demais Poderes e só posteriormente pode vir a referir-se aos cidadãos envolvidos. Da mesma forma, o pronunciamento do Tribunal de Contas da União é manifestação de sua vontade perante os demais Poderes, pois tal ato é político e não ato de governo.

Já o mesmo não acontece com os atos de governo. Os atos de governo são extra-estatais, dirigem-se aos administrados em geral, mas podem ser resistidos pelo particular, com recurso a outro Poder que não aquele de cujo órgão emanou o ato de governo. O ato político não admite recurso a outro Poder. Citamos como exemplo uma sentença do Judiciário, ato político do juiz. Qualquer recurso só pode ser impetrado dentro da esfera do próprio Judiciário. A recíproca não é verdadeira, pois o ato de governo, que admite recurso a outro Poder, pode, também, aceitar recurso dentro da esfera do mesmo Poder de onde emanou. O recurso dentro da órbita do mesmo Poder é o que se tem chamado de *recurso administrativo*. Este campo parece não ter sido, até agora, aprofundado. Após a Teoria tetraédrica, entretanto, é de considerar-se a hipótese de um ato de governo do Judiciário poder ser alterado pelo Executivo. Digamos, por exemplo, que um funcionário seja nomeado ou promovido, dentro do Judiciário, em desacordo com as normas legais ou com determinações expressas do Poder Executivo. Todos os recursos ao próprio Judiciário não prosperaram. Teoricamente, cabe ao Executivo, cuja função administrativa prevalece contra idênticas funções dos demais Poderes, resolver a questão definitivamente, por tratar-se de questão *administrativa*. Esta é a límpida teoria. No entanto, supersticiosa tradição dá ao Judiciário uma áurea de infalibilidade e de intocabilidade que se não justifica, quer teoricamente, quer na prática. Nisso, é evidente,

não vai nenhuma insinuação maldosa, embora seja tempo de se começar a repensar o tabu criado por RUI BARBOSA e outros, quanto ao privilégio do Judiciário em face dos outros Poderes. Pensamos que a tradição dos EUA muito influenciou em nosso país, pois, como disse o Chief Justice CHARLES EVANS HUGHES, "... the Constitution is what the judges say it is". O Judiciário é um Poder face a outros Poderes: tem seus privilégios e regalias e deve ter, também, suas limitações. Da mesma forma que seus *atos políticos* são tão intocáveis quanto os dos outros Poderes, também seus *atos de governo* são relativamente discricionários e sujeitos às mesmas restrições que os *atos de governo* dos demais Poderes. E parece que, até agora, ninguém jamais pensou que outro Poder pudesse corrigir tais atos ou neles interferir. Por que não? Uma prova de que os Tribunais de Contas constituem na verdade um Poder de fato, vamos ter no "julgamento" das contas do Poder Judiciário. Se é verdade que o Tribunal não pode alterar uma *sentença* do Judiciário, também é verdade que pode detectar um alcance nos *atos de governo* do Judiciário. . .

E, com estas considerações, pensamos ter dado nossa pequena contribuição, ainda que na forma de mera provocação intelectual, aos doutos, neste assunto dos *atos políticos* que, para nós, não são nem podem ser assemelhados aos *atos de governo*, pois, ousadamente, assim definimos as duas realidades jurídicas:

"ATO POLÍTICO é o praticado com discricionariade absoluta por agente político no uso de competência exclusiva, específica e expressamente indicada na Constituição, ainda que explicitadas em leis complementares à Constituição, ou em leis orgânicas e em leis especiais, para condução harmônica dos negócios públicos, com vistas ao bem comum."

"ATO DE GOVERNO é o praticado com discricionariade relativa, por agente político no exercício de atribuições administrativas expressas em lei ou nesta implícitas, para execução eficiente das tarefas do setor público a seu cargo, com vistas também ao bem público."

De comum, como se vê, só têm ambos (o *ato político* e o *de governo*) o fato de, tanto um como o outro, serem praticados por *agentes políticos*, mais nada.

Sei que as definições são perigosas. Mas os sertões brasileiros também eram perigosos e isso não impediu que os bandeirantes os desbravassem ou neles morressem, delirando em visões de esmeraldas. Sejam embora turmalinas as minhas definições, que outros também se aventurem à Serra de Vupabuçu, em busca de verdadeiros *termos jurídicos!*

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda no Anexo I do Senado Federal, 22.º andar — Tels.: (061)
211-3578 e 211-3579

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal), ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43 a 45, 47 a 53, 55 a 98.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)”

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista.

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO” (5.^a edição — 1986)**

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

**“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”
(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

Constituição da República Federativa do Brasil — texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

**“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS”
(edição 1987) — 3 volumes**

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” (edição 1987/1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polônia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e 1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) — 3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4.^a edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis complementares. Leis ordinárias. Leis delegadas. Decretos-leis. Decretos legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal. Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

“CÓDIGO DE MENORES” (2.^a edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.

Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da lei.

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4.ª edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (6.ª edição — 1988) —

2 volumes

Volume 1 — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

Volume 2 (no prelo) — Instruções do TSE para as eleições de 1988.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: Cz\$ 600,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal

70160 Brasília, DF

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito