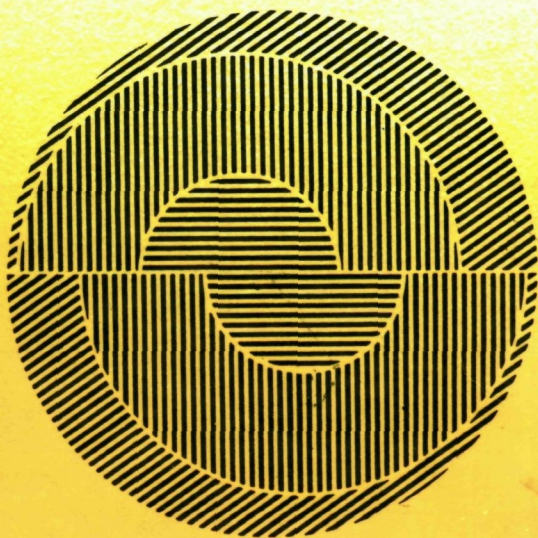


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO
ANO 16 • NÚMERO 63

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 16 n. 63 — julho/setembro 1979

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

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

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

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 16	n. 63	jul./set. 1979
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 60,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

S U M Á R I O

COLABORAÇÃO

	<i>Pág.</i>
Imunidade parlamentar — Senador <i>Paulo Brossard</i>	5
Inviolabilidade dos parlamentares — <i>Geraldo Ataliba</i>	39
A Emenda Constitucional nº 11 — <i>Paulino Jacques</i>	43
Reflexos da Emenda Constitucional nº 7 no Processo Civil e na Organização Judiciária dos Estados — <i>Luis Antonio de Andrade</i>	55
A evolução da competência do Supremo Tribunal Federal — <i>Alcides de Men- donça Lima</i>	69
O mandado de segurança e o Estado de Direito — <i>Arnoldo Wald</i>	89
O menor — concorrência de mão-de-obra — subemprego — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	101
Evolução do Direito Eleitoral brasileiro — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	113
Correção monetária — <i>Otto Gü</i>	119
Direitos e deveres do autor e do editor de obra literária — <i>Antônio Chaves</i> ...	143
Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII — <i>Fábio Maria de Mattia</i>	161
Direito Penal Ecológico — <i>Benjamin Moraes</i>	183
Crimes do automóvel — <i>J. Didier Filho</i>	199
Panorama da política penitenciária nacional — <i>Armida Bergamini Miotto</i> ...	209
A intervenção do Ministério Público no Processo Civil — <i>Lázaro Guimarães</i> ...	255
Os conceitos sócio-políticos de modernização agrícola e desenvolvimento no Brasil — <i>Rubem de Oliveira Lima</i>	265

NOTICIÁRIO

3º Seminário sobre Publicações Oficiais Brasileiras	293
---	-----

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	297
---	-----

Imunidade Parlamentar

Senador PAULO BROSSARD

IMUNIDADE PARLAMENTAR —
LICENÇA PARA PROCESSAR
DEPUTADO ESTADUAL —
PRERROGATIVAS —
INVIOLABILIDADE PESSOAL —
CRIME COMUM

— *O que a imunidade parlamentar protege e fortalece é o exercício das funções privativas do poder político, clara, expressa e positivamente enumeradas.*

— *A assembléia, quando examina pedido de licença para processar deputado, não diz da procedência, ou não, da denúncia que lhe é feita; considera os aspectos formais do processo, investiga se, em tese, existe crime e aprecia os reflexos políticos do caso, isto é, se não se trata de trama urdida contra ele a fim de atemorizá-lo, coagi-lo ou afastá-lo da assembléia (1).*

Reza a Constituição do Estado:

“Art. 26 — Os deputados são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.”

“Art. 27 — Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os deputados não poderão ser detidos, nem presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença da Assembléia.”

(*) Duas manifestações sobre a *imunidade parlamentar* foram encaminhadas pelo Senador Paulo Brossard à *Revista de Informação Legislativa*. Embora antigas — datadas a primeira de 1955 e a segunda de 1968 — refletem a posição do autor no momento presente.

A atualidade do tema justifica sua publicação.

(1) Parecer emitido, como relator, perante a Comissão de Justiça da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. O Parecer foi aprovado pela unanimidade da Comissão, e o Plenário, aprovando-o, concedeu a licença para o processo.

Semelhanamente dispunha a Constituição rio-grandense de 29 de junho de 1935:

“Os deputados não poderão ser responsabilizados por suas opiniões, palavras e votos, no exercício das funções do mandato” (art. 21).

“Os deputados, desde que tiverem recebido o diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura seguinte, não poderão, sem licença da Assembléia, ser processados criminalmente e, salvo o caso de flagrância em crime inafiançável, não poderão ser presos antes da pronúncia, sem o consentimento da mesma Assembléia” (art. 22).

O caso em tela:

Tendo o Ministério Público oferecido denúncia contra o Deputado A. B. M., o juiz da 7ª Vara Criminal requereu à colenda Assembléia Legislativa a necessária vênia para que pudesse ter andamento o processo penal contra o mencionado representante do povo.

A denúncia é datada de 7 de novembro de 1954 e a requisição judicial de 10 de janeiro de 1955. Em data de 28 de janeiro, ao tempo da anterior legislatura, portanto, foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça nos termos do art. 26, § 2º, III, do Regimento Interno.

Entende o Ministério Público que o Deputado A. B. M., assim como o Sr. H. T., está incursão nas sanções dos arts. 312, 297 e 299 do Código Penal, combinados com o art. 25 do mesmo diploma, por haver praticado, como co-autor, os crimes de peculato, falsidade ideológica e falsidade documental.

O fato tido como delituoso pelo Ministério Público é o seguinte:

Em 17 de novembro de 1950, no 3º Cartório de Notas desta capital, efetuou-se entre partes contratantes, de um lado como promitente-vendedor o ex-inspetor de polícia E. B., e de outro, como promitentes-compradores, os Srs. Dr. A. B. M. e H. T., a escritura de promessa de compra e venda do prédio números 713-721, da Rua 7 de Setembro, pertencente à “Società Italiana Victorio Emmanuelle II di Mutuo Soccorso”, mas sob a administração de fato e de direito da União, mercê da legislação especial atinente a bens de súditos do Eixo.

O imóvel referido, em sua parte térrea, estava locado à firma A. T., da qual são (ou eram) empregados e interessados os Srs. Dr. A. B. M. e H. T.

O negócio foi ajustado pelo Deputado A. B. M. com o ex-inspetor de polícia E. B., que se figurava, mediante falsificação de documentos, “administrador dos bens de entidades estrangeiras extintas”, supostamente nomeado pelo Presidente da República e ainda autorizado pelo Ministro da Justiça por radiograma, também falsificado, a efetivar a alienação em tela.

O ex-inspetor E. B., demitido a bem do serviço público, foi condenado pela prática dos crimes de peculato, de falsidade ideológica e de falsidade documental. Reclama agora o Ministério Público que “não seria justiça, mas meia justiça, se apenas E. B. fosse responsabilizado penalmente por aqueles fatos” e denuncia os Srs. A. B. M. e H. T. como incursões nas sanções dos arts. 312, 297 e 299, combinados com o art. 25 do Código Penal.

Acentua o Ministério Público que um dos promitentes-compradores, exatamente o atual Deputado A. B. M., era advogado de tirocínio profissional, homem de negócio, político, consultor jurídico da firma A. T., da qual era interessado, e que em hipótese alguma pode ser confundido com um ingênuo, um inexperiente.

Surpreende, dizem os autos, que uma pessoa nessas condições consentisse em ajustar um negócio e realizá-lo com um simples inspetor de polícia; que efetuasse o negócio independentemente de concorrência pública, mediante simples proposta particular, sem edital de licitação, e com infração não só dos preceitos da legislação especial pertinente a bens de súditos do Eixo como até da legislação

A Carta de 14 de julho de 1891, em seu art. 41, preceituava assim:

“Salvo o caso de flagrante delito, os representantes não poderão ser presos nem processados criminalmente sem prévia licença da Assembléa.”

Aliás, antes mesmo da Federação dar aos Estados o poder de se auto-organizarem e conferir-lhes com uma definida esfera e competência uma segura autonomia, ainda quando unitária era a forma do Estado, a imunidade parlamentar já era tida como inerente à deputação provincial, embora sem a amplitude que após a adoção da República com a Federação veio a ter, eis que apenas a irresponsabilidade legal era assegurada desde 1834.

Com efeito, o art. 21 do Ato Adicional dispunha:

“Os membros das assembléas provinciais serão invioláveis pelas opiniões que emitirem no exercício de suas funções” (cf. PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro*, 1857, vol. I, nº 199, págs. 156 e 157).

comum, relativa à venda de bens imóveis da União (Código de Contabilidade Pública, arts. 737 e 764; Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-1946, art. 135); que contratasse a compra do imóvel referido por preço vil (Cr\$ 285.000,00, pagáveis parceladamente em quatro anos e sem juros, quando só o terreno foi avaliado na época por Cr\$ 815.454,53), e quando o só valor locativo real do imóvel era superior às prestações anuais que esse negócio tenha sido feito depois do Acordo firmado entre o Brasil e a Itália, assinado a 8 de outubro de 1949, e no qual ficara expressa restituição de todos os bens pertencentes a pessoas italianas, físicas e jurídicas, associações de beneficência etc., residentes ou domiciliadas no Brasil, revogadas de pleno direito as medidas relativas aos bens do Estado italiano; que na escritura foi incluída uma cláusula (e a escritura foi minutada pelo Dr. A. B. M.), pela qual a satisfação dos encargos fiscais ou de qualquer natureza relativos à propriedade do prédio só passariam a cargo dos promitentes-compradores a partir da escritura definitiva de venda, cláusula essa que não constava na fictícia autorização do Ministro da Justiça a E. B.; que foi lavrado o ato sem que se apresentasse documento algum comprobatório da origem da propriedade do imóvel objeto da escritura, omitidas as confrontações e a área do imóvel, assim como as negativas fiscais; que parece que havia anterior entendimento entre as partes contratantes, eis que a suposta autorização ministerial é datada de 9 de maio, as certidões dessa autorização estão com a data de 15, e a 17 a escritura era lavrada, com omissões comprometedoras e até com erro de um dos números do imóvel.

Acompanham a denúncia os seguintes documentos: *a*) denúncia contra E. B. (fls. 17 a 19); *b*) relatório da Comissão nomeada pelo Sr. Ministro da Justiça para apurar irregularidades no processo relativo à suposta nacionalização da “Società Italiana Victorio Emmanuelle II di Mutuo Soccorso” (fls. 20 a 26); *c*) laudo de avaliação do imóvel transacionado (fls. 27); *d*) contestação da União Federal nos autos da ação de consignação em pagamento ajuizada por A. B. M. e H. T. (fls. 28 a 31); *e*) depoimento de H. T. (fls. 32 a 35); *f*) depoimento de A. B. M. (fls. 36 a 41); *g*) depoimento de O. L. (fls. 42 a 43); *h*) acareação entre M. M. R. e A. B. M. (fls. 44 a 45); *i*) relatório da Comissão integrada pelos Srs. José Barros Vasconcelos, Cândido Flores Pinto e Harveu Azambuja no processo administrativo instaurado contra E. B. (fls. 46 a 79); *j*) declaração do réu E. B. (fls. 80 a 85); *k*) depoimento de H. T. (fls. 86 a 87); *l*) depoimento de A. B. M. (fls. 88 a 90); *m*) sentença condenatória de E. B., lavrada pelo Dr. SISÍNIO BASTOS (fls. 91 a 99); *n*) parecer do representante do Ministério Público nos autos do processo-crime a que respondia E. B. (fls. 105 a 110).

Escusado, evidentemente, é desenvolver as razões justificativas da imunidade parlamentar, instituto de vigência universal nos países democráticos, assim como a legitimidade da sua adoção pelos Estados-Membros da Federação brasileira (cf. MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 3ª ed., nº 263, págs. 364 e 365, nota 8; AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Federal*, 1925, págs. 305 e 306; "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" in MENDONÇA DE AZEVEDO, *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*, 1925, n.ºs 238, 239, 1.032-A e 1.800; MAURÍCIO CARDOSO, *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul anotada por M. C.*, 1935, págs. 31 a 32; BALTASAR BARBOSA, sentença publicada em *Justiça*, volume XXXI, págs. 445 a 449).

— * —

Sabido é que a imunidade parlamentar decompõe-se em duas prerrogativas independentes: a irresponsabilidade legal ou irresponsabilidade parlamentar, e a inviolabilidade pessoal ou incolumidade pessoal (MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição*, 3ª ed., pág. 351; AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Federal*, 1925, pág. 825; PAULO DE LACERDA, *Direito Constitucional*, 1929, vol. 2º, nº 170; SORIANO DE SOUSA, *Direito Público e Constitucional*, 1893, pág. 245; PIMENTA BUENO, *Direito Público*, 1857, vol. 1º, págs. 118 a 120; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição*, 1ª ed., vol. 2º, pág. 29, e 2ª ed., vol. 2º, pág. 242; HENRIQUE COELHO, *O Poder Legislativo e o Poder Executivo no Direito Público Brasileiro*, 1905, pág. 64; WADE and PHILLIPS, *Constitutional Law*, 1950, págs. 10 a 115; ANSON, *Loi et Pratique Constitutionnelles de l'Angleterre*, 1903, vol. 1º, págs. 178 e 189; MAY, *Traité des Lois, Privilèges, Procédures et Usages du Parlement*, 1909, vol. 1º, págs. 101 e 109; DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, 1924, vol. IV, págs. 206 a 230; ESMEIN, *Droit Constitutionnel*, 1928, vol. 2º, págs. 418 a 420; LAFERRIÈRE, *Droit Constitutionnel*, 1947, pág. 707; ORBAN, *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, 1908, vol. 2º, nº 232, pág. 472; ARANGIO-RUIZ, *Istituzione di Diritto Costituzionale*, 1913, págs. 377 e seguintes; CALAMANDREI. LEVI D'ESPINOZA, *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, 1950, vol. 2º, pág. 40; WATSON, *The Constitution of the United States*, 1910, vol. 1º, págs. 306 e segs.; COOLEY, *The Constitutional Limitations*, 1903, págs. 634 a 636; WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, 1929, vol. 1º, § 342, págs. 613 a 616).

A irresponsabilidade legal remonta ao *Bill of Rights*, § 9º, e ainda a antes do célebre Ato de 1689 (cf. JOLLIFFEE, *The Constitutional History of Medieval England*, 1947, págs. 452 e 453; RIDGES, *Constitutional Law*, 1950, págs. 61 a 64; MAYTLAND, *The Constitutional History of England*, 1950, págs. 241 a 243; HOOD PHILLIPS, *The Constitutional Law*, 1952, págs. 130 a 132).

Resulta ela de que a regra do artigo 26 (Constituição federal, art. 44) é de direito material e como tal exclui o crime mesmo (PONTES DE MIRANDA,

Comentários, 1ª ed., vol. 2º, pág. 29, 2ª ed., vol. 2º, pág. 242; LAFERRIÈRE, ob. cit., págs. 707 a 714).

“Por ela sabemos que a opinião do deputado é livre, que os chamados crimes de opinião não o alcançam, que os preceitos do Código Penal e de outras leis sobre manifestação do pensamento até a tribuna não chegam. Se não se abre o processo é porque todo o processo supõe regra de direito material que incida e se tenha de aplicar e, na espécie, não há exatamente regra de direito material”. E depois: “não se admite o processo porque não há crime; nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, de direito constitucional material, e, pois, compreensiva da irresponsabilidade civil” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, 1ª ed., vol. 2º, pág. 30, 2ª ed., vol. 2º, pág. 242).

No mesmo sentido são as lições dos juristas nacionais e estrangeiros.

— * —

Não se trata, porém, *in casu*, da irresponsabilidade legal. Não caberia, então, a licença para processar o deputado. O fato delituoso narrado na denúncia é, em verdade, totalmente estranho ao exercício do mandato. Mais do que isso. É anterior mesmo à eleição do nobre deputado.

Trata-se, portanto, da chamada inviolabilidade pessoal, isto é, daquela prerrogativa em virtude da qual o deputado, desde sua diplomação e até o fim da legislatura para a qual foi eleito, não pode ser detido, nem preso, salvo flagrante delito, nem processado criminalmente sem licença da Assembléia.

Não é o caso da imunidade de direito constitucional material, mas “de direito constitucional processual”. Não apaga o “crime, nem irresponsabiliza — apenas impede o processo” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, 1ª ed., vol. 2º, pág. 31; 2ª ed., vol. 2º, pág. 244).

Enquanto a irresponsabilidade pessoal é permanente em relação aos atos praticados no exercício do mandato e vale para todo o sempre, em virtude da qual, na linguagem do *Bill of Rights*, “a liberdade da palavra, da discussão e dos atos parlamentares não pode ser objeto de exame perante qualquer tribunal, e em nenhum lugar que não seja o próprio Parlamento”, a inviolabilidade pessoal só prevalece durante a investidura.

“Houve o crime regido pela lei material, e só se impede o processo. Se o acusado deixa de ser deputado... extinto está o mandato e pois a improcessabilidade... O juiz, diante da cessação da imunidade, leva adiante o processo, como se apenas dele se houvesse esquecido. O crime continuou desperto; só o processo dormiu” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, 1ª ed., vol. 2º, pág. 33; 2ª ed., vol. 2º, pág. 247); e “o pedido de licença para se processar o membro da Câmara

interrompe a prescrição até o termo das funções eletivas” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, 1ª ed., vol. 2º, pág. 33; 2ª ed., vol. 2º, pág. 247; MAXIMILIANO, *Comentários*, nº 262, pág. 360; PAULO DE LACERDA, ob. cit., nº 392, pág. 178).

Em uma palavra, na frase de HENRIQUE COELHO, como de PAULO DE LACERDA, a irresponsabilidade legal ou de opinião é *absoluta*, enquanto que a inviolabilidade ou incolumidade pessoal é *limitada e condicional* (ob. cit., pág. 65; ob. cit., vol. 2º, n.ºs 387, 390 e 391, págs. 173, 176 e 178; cf. LAFERRIÈRE, ob. cit., pág. 712).

Outrossim, se a imunidade, no que tange à irresponsabilidade legal, deve ser interpretada liberalmente, *extensivamente* (*Ruling Case Law*, vol. VI, págs. 257 e 258, vb. *Constitutional Law*, nº 242-A), já no que pertine à inviolabilidade pessoal, deve ser interpretada estritamente. “Pelos respeito à justiça, por seu crédito e dignidade, não deixará a Câmara de ser a esse respeito muito circumspecta”, ponderava o desembargador JOAQUIM RODRIGUES DE SOUSA (*Análise e Comentário da Constituição Política do Império do Brasil*, 1867, vol. 1º, pág. 186; LAFERRIÈRE, ob. cit., pág. 715; DUGUIT, ob. cit., vol. 4º, págs. 220 e 223).

Embora vigore em todos os países democráticos e seja mesmo “um axioma do governo representativo”, na frase de ESMEIN (*Droit Constitutionnel*, 1928, vol 2º, pág. 419; MAXIMILIANO, ob. cit., nº 256, pág. 343; HENRIQUE COELHO, ob. cit., pág. 84; LAFERRIÈRE, ob. cit., pág. 715), a imunidade é, de ordinário, mal vista (cf., entre nós, JOÃO BARBALHO, *Comentários à Constituição*, págs. 64 e 65; AMARO CAVALCANTI, *Regime Federativo*, 1900, pág. 357).

Acoimam-na de infringente ao princípio da igualdade perante a lei, embora, consoante a advertência de RUI BARBOSA, o escudo da imunidade “não é dos instituídos em vantagens dos poderosos contra o povo, mas dos reclamados pelo interesse do povo contra o poder. Longe de ser estabelecido contra a igualdade, para favorecer a um diminuto número de cidadãos, foi criado com intuito de evitar, em benefício de todos eles, que o múnus público do seu mandato se converta, para os encarregados de executá-los, na mais perigosa desigualdade” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. 2º, pág. 42).

De resto, ninguém ignora que a imunidade é prerrogativa conferida à Câmara e reflexamente aos seus membros.

— * —

No caso em tela, *in abstracto*, o crime existe, eis que houve ou teria havido infração de norma penal.

A Assembléia, porém, quando examina um pedido de licença para processar um deputado, não diz da procedência ou não da denúncia que lhe é feita. Examina os aspectos formais do processo, investiga se, em tese, existe crime

e aprecia os aspectos políticos do caso, isto é, se não se trata de trama urdida contra o deputado a fim de atemorizá-lo, coagi-lo ou afastá-lo da Assembléia (ESMEIN, ob cit., vol. 2º, pág. 421; DUGUIT, ob. cit., vol. 4º, págs. 220 e 221; WIGNY, *Droit Constitutionnel*, 1952, vol. 2º, pág. 487).

Dissertando a respeito, nota MAXIMILIANO que:

“Examinando o processo que lhe é enviado, a Câmara não invade atribuições do Judiciário, não declara inocente ou culpado o representante. Verifica os fundamentos da ação pública ou privada, a classificação do delito, se este foi praticado e se o deputado parece responsável; em suma, indaga se a pesquisa judiciária não foi iniciada por motivo fútil ou ódio político, por forjar crimes ou inventar cumplicidade. Não está adstrito o Congresso à prova dos autos; procede como um tribunal político, decidindo soberanamente sobre a inconveniência de afastar de seu posto de combate um representante do povo” (ob. cit., nº 261, pág. 359).

Do exposto, não diverge PONTES DE MIRANDA:

“O exame pela Câmara... cifra-se na apreciação da conveniência pública, política ou moral, do procedimento. Não está adstrito à prova jurídica, constante dos autos. A concessão da licença não significa que reputou culpado o acusado, ou que achou válidos os atos processuais que lhe foram apresentados. Nenhum julgamento profere a respeito. A denegação não significa que o considere estreme de culpa, ou que os atos processuais não valham. Se tivessem tais significações as suas deliberações sobre licença para processo contra algum dos seus membros, invadiria ela as atribuições do Poder Judiciário. Ainda quando a Câmara conceda a licença, constando dos discursos e pareceres, ou da própria licença, que os seus membros se persuadiram da culpabilidade do acusado, pode ele ser julgado inocente. Ainda que a conceda por lhe parecer que nenhuma conseqüência pode ter o processo, por se lhe afigurar isento de qualquer culpa o deputado, a condenação é possível” (ob. cit., 1ª ed., vol. 2º, pág. 33; 2ª ed., vol. 2º, pág. 246).

HENRIQUE COELHO, fundado em MOREAU, GAMBETTA, JULES GREVY e ZANARDELLI, acentua que a Câmara não indaga da culpabilidade ou da inocência do denunciado, das provas coligidas, mas examina se o processo visa seriamente à repressão de um fato punível e se não o inspira um propósito menos digno, se não tem o escopo de desacreditar, em determinado momento, um homem e um partido (ob. cit., pág. 79).

Para não multiplicar as citações sobre assunto a respeito do qual são acordes as lições dos juristas, vale lembrar o comentário de um dos velhos constitucionalistas brasileiros, o desembargador JOAQUIM RODRIGUES DE SOUSA:

“Não sendo um recurso a bem da justiça, é dos direitos individuais, caso em que devia ser judicialmente decidido; mas um privilégio,

fundado em razões de utilidade pública, a bem da liberdade, dignidade das Câmaras, o bom desempenho das suas funções, não podem as mesmas Câmaras exercê-lo segundo os princípios e razões judiciais, mas sim em atenção aos motivos e razões políticas fundamentais do privilégio. Assiste-lhes o direito de examinarem o processo, a realidade de seu motivo, a prova, a classificação do crime; pois que não para outra coisa manda a Constituição que o juiz lhes dê conta do processo: na decisão, porém, procedem politicamente, atendendo aos interesses próprios — sua liberdade e dignidade, afetadas na pessoa do membro processado” (ob. cit., pág. 191).

No caso em que está a reclamar o voto da Assembléia, o fato narrado na denúncia é delituoso, constitui um ilícito penal. Foi motivo de condenação de um co-autor. A participação do denunciado no fato em si, abstraído o caráter delituoso ou não, não padece dúvida. De outro lado, o inquérito de que remotamente resultou a denúncia foi provocado por uma reclamação de S. Ex^a o Sr. Embaixador da Itália ao Itamarati e de uma sindicância procedida por determinação do Ministro da Justiça.

Logo, tanto os aspectos formais, como os políticos, *data venia*, não aconselham nem recomendam a negativa da Assembléia ao pedido de licença para processar o nobre deputado. S. Ex^a mesmo tem o maior interesse, e nesse sentido tem-se manifestado, em afrontar a denúncia e a situação de evidente e insupportável constrangimento em que se viu envolvido pela denúncia.

Parece não ficaria bem à Assembléia procrastinar, sem motivo relevante, a instauração do processo em tela, obstruindo a ação do egrégio Poder Judiciário e assumindo essa responsabilidade perante a opinião pública.

Otrossim, a Assembléia tem igualmente o maior interesse em que sobre qualquer de seus membros nenhuma dúvida paire a respeito da licitude de seus procedimentos, assim como que contra a autoridade moral de nenhum deles se possa opor embargos.

— * —

MAXIMILIANO, a respeito, professa:

“Desde que se trata de crime grave e haja procedido a magistratura com isenção de ânimo, é força não ser negada a licença” (*Comentários*, nº 261, pág. 360).

No mesmo sentido é a lição de LEON DUGUIT:

“La Chambre doit examiner si la demande de poursuite est légale et sérieuse et si elle n'est pas déterminée par des motifs politiques. Si elle estime qu'il en est ainsi l'autorisation doit être donnée. Tout au plus peut-on dire que, reconnaissant que la demande de poursuite n'est déterminée par aucune arrière-pensée d'ordre politique, la Cham-

bre devra accorder l'autorisation de poursuite surtout si elle reconnaît, en même temps, qu'il y aurait un grave inconvénient à retarder la solution de l'affaire" (ob. cit., vol. 4º, pág. 224).

LUIGI BIANCHI D'ESPINOZA, escrevendo sobre o Parlamento no *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, sob a direção de PIERO CALAMANDREI e ALEXANDRO LEVI, nota que:

"Il concedere o il negare l'autorizzazione è perciò una facoltà discrezionale da parte delle Assemblee; anche se, per prassi costante, essa non venga negata nel caso in cui l'imputazione sia per un reato di qualche gravità, e rivesta caratteri di serietà" (ob. cit., vol. 2º, pág. 40).

Como os grandes constitucionalistas modernos, o velho PIMENTA BUENO, há quase um século, dizia com a maior procedência:

"Desde que houver delito, desde que razões políticas se não opuserem, parece fora de dúvida que a Câmara deve consentir na continuação do processo, esse é o direito comum. Assim o exigem sua própria dignidade e a do representante da nação, que deve ser sempre pura; ele que se justifique. Tudo o mais será uma falsa aplicação do princípio do privilégio, da inviolabilidade, que certamente não foi instituída para proteger a impunidade do crime e sim somente a independência legislativa contra os abusos" (ob. cit., vol. 1º, nº 148, pág. 121).

Aliás, a respeito poder-se-ia repetir ainda o que a douta Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados há mais de meio século assentava:

"Trata-se de um crime comum, alheio completamente ao exercício do mandato político de deputado e a prerrogativa da imunidade está presa e limitada às necessidades deste... O que ela protege, fortalece e imuniza é o exercício das funções privativas deste poder político, clara, expressa e positivamente enumeradas. Não fora assim, a segurança individual e a ordem pública estariam em perigo, convertida a imunidade em salvo-conduto do crime" (*apud* AURELINO LEAL, ob. cit., págs. 300 a 301).

Tal é, aliás, a boa e exata doutrina, já adotada, de resto, pela colenda Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul na última legislatura, decidindo sobre parecer desta Comissão de Constituição e Justiça, de que foi relator o senhor deputado SOLANO BORGES, que tanto ilustrou e ilustra o Legislativo rio-grandense.

O nosso voto é no sentido de que a Assembléia conceda a autorização que lhe requereu o Ex.^{mo} Sr. Dr. Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal.

Ao Plenário, na sua soberania e na sua sabedoria, caberá decidir em definitivo, com o acerto proverbial das suas deliberações.

Sala Maurício Cardoso, 9 de março de 1955. — *Paulo Brossard de Sousa Pinto.*

IMUNIDADE PARLAMENTAR — IMUNIDADE PROCESSUAL — IMUNIDADE MATERIAL — A DOCTRINA NACIONAL — O PROBLEMA É DA CAMARA, NÃO DO DEPUTADO — O MINISTRO-PROFESSOR E SUAS CITAÇÕES — PRERROGATIVAS PARLAMENTARES — PRERROGATIVAS E DIREITOS INDIVIDUAIS OU POLÍTICOS — O ARTIGO 151 DA CARTA DE 1967 (ART. 154 DO TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE) — ARTIGO OCIOSO? — A PROVA DAS PROVAS — FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL — A CAMARA COMPE-TE ZELAR PELAS SUAS PRERROGATIVAS — ASPECTOS POLÍTICOS — O ANTECEDENTE DE 1936 — SEMELHANÇAS CURIOSAS — PALAVRAS FINAIS. (2)

Faz algum tempo o Prof. RAUL PILLA ocupava a tribuna parlamentar e com estas palavras iniciava seu discurso:

“Não subi a esta tribuna para defender o Sr. Carlos Lacerda; aqui não estou para defender o mandato do Deputado Carlos Lacerda; não estou também aqui para defender o mandato de todos nós; coisa muito mais importante me traz à tribuna. Muitos são os mandatos, muito podem eles valer, mas há algo superior à soma de todos os mandatos, que é a instituição representativa. E é contra essa instituição que hoje, nesta Casa, se vai atentar. A imunidade parlamentar é essencial ao exercício da função representativa.”

Foi isto na sessão de 14 de maio de 1957.

Dias antes, na sessão de 6 de maio daquele ano, a propósito do mesmo caso, dissera o representante libertador:

“Ocasões há, porém, que ainda num deserto, onde somente as pedras poderiam ouvir, é necessário falar, clamar e conclamar. Ninguém ouve,

(2) Na sessão de 11 de dezembro de 1968, recém-chegado do Recife, onde participava da III Conferência Nacional de Advogado, e servindo-se dos textos que, lidos, vão entre aspas, indicadas as fontes, o Deputado Paulo Brossard proferiu o discurso que ora se imprime. Segundo o registro da imprensa, “a Câmara ouviu em silêncio e aplaudiu de pé” a oração do parlamentar gaúcho, que no Congresso se mantém em posição de independência. No dia seguinte, por 216 votos contra 141 e 12 em branco, a Câmara rejeitou o Projeto de Resolução nº 82, de 1968, negando licença para que fosse processado o Deputado Márcio Moreira Alves por palavras proferidas da tribuna parlamentar. 24 horas após o Congresso era fechado, *sine die* e durante dez meses permaneceu fechado, por ato do Poder Executivo, que se investiu de poderes extra-constitucionais. Em outubro de 1969, os Ministros militares, no exercício da presidência da República, outorgaram uma carta constitucional, na qual o instituto da imunidade parlamentar foi nominalmente mantido, art. 32, mas na realidade suprimido.

A Emenda nº 11, de 1978, deu nova redação ao art. 32 da Carta outorgada para restaurar, em parte, a prerrogativa parlamentar.

ninguém quer ouvir? Pois é preciso bradar, Sr. Presidente, para que um país de surdos não se transmude num país de surdos-mudos, para que se não possa dizer haver-se obliterado completamente a consciência cívica neste País, onde ninguém ouve. Esta é, Sr. Presidente, a razão da minha presença nesta tribuna. Não falo por falar, falo por dever; falo para que não digam que não ouviram, porque não houve quem falasse; falo, sobretudo, para ficar em paz com a minha consciência, a que sempre obedeci e a que hoje, mais do que nunca, devo obedecer. A insânia parece dirigir a vida pública brasileira.”

Outra vez a Câmara se encontra em face de um problema como o que estive em 1957, e ao qual deu então a única solução compatível com seus deveres constitucionais. E é a lição de RAUL PILLA, modelo de parlamentar e de cidadão, que invoco no exórdio deste discurso, que pretendo seja em termos impessoais e jurídicos.

Hoje, como ontem, não se trata de apreciar o procedimento de um deputado em razão de opiniões externadas da tribuna parlamentar, mas antes de saber se o Poder Legislativo tem ou não as prerrogativas que a Constituição lhe confere.

O CASO EM TELA

Está em discussão o Projeto de Resolução nº 82, de 1968. Ao votá-lo, a Câmara dirá se concede licença para processar um deputado por palavras proferidas desta tribuna. De que deputado se trata? Ignoro seu nome. Também não está em debate o que disse ele, nem em discussão se encontra o deputado que proferiu tais ou quais palavras, que daqui emitiu esta ou aquela opinião. Nem é um mandato parlamentar que está em discussão ou julgamento. Não. É a instituição representativa, é uma de suas prerrogativas fundamentais, senão a mais essencial das prerrogativas parlamentares. Por isto faço inteira abstração do parlamentar envolvido no processo, como me abstenho de apreciar as palavras por ele proferidas nesta Casa.

Igualmente me abstenho de apreciar o fato, cuja relevância, de resto, não pode ser minimizada, de figurarem, no expediente para esta Casa remetido, notas taquigráficas ao lado de páginas do *Diário do Congresso* (tenho em mãos cópia fotostática de todo o expediente), quando aquelas, sujeitas à correção do autor e à correção da Mesa, são papéis de curso interno, que não podem, nem poderiam sair da Câmara, que tem no seu *Diário* o registro oficial e autêntico dos trabalhos parlamentares. Também, e pelos mesmos motivos, não examinarei a desarmonia às vezes existente entre o que se lê no *Diário do Congresso* e nas próprias notas taquigráficas e o que está escrito, como se delas e dele fora reproduzido, em exposições constantes do expediente e assinadas por autoridades.

Nada disto, para mim, está em debate.

IMUNIDADE PARLAMENTAR

O que se debate é apenas e tão-somente o sentido, o alcance, a existência ou inexistência da imunidade parlamentar, chamada material, que da processual se distingue por ser, como todos sabem, *permanente e absoluta*, enquanto a imunidade processual é *relativa e temporária*. Temporária, porque se extingue com o mandato; relativa, porque a Câmara pode dispor sobre ela, caso a caso. Permanente e absoluta é a imunidade material; permanente, porque dura sempre, mesmo depois de extinto o mandato; absoluta, porque nem a Câmara tem poderes para abrir mão dela; a própria Câmara dela não pode dispor. É indisponível.

Nenhuma ação, civil ou criminal, pode derivar de palavras, votos ou opiniões exarados no exercício do mandato, em virtude da irresponsabilidade legal a ele inerente. Nenhuma ação criminal pode ser iniciada, ou ter seguimento se instaurada previamente, durante a investidura parlamentar, sem o praz-me da Câmara a que pertença o representante, em razão da inviolabilidade pessoal. Extinto o mandato, porém, a ação será instaurada ou prosseguida. Ou no curso do mandato isto poderá ocorrer, desde que haja a imprescindível licença. A primeira exclui a ação; a segunda impede temporariamente o processo, ou a paralisa. Aquela é interpretada liberalmente; esta estritamente. Uma é de direito constitucional material, a outra de direito constitucional processual.

IMUNIDADE MATERIAL

A prerrogativa tem foros de ancianidade. Respeitada e violada antes da Revolução de 1688, foi consignada no artigo 9 do *Bill of Rights*, pelo qual “a liberdade da palavra, da discussão e dos atos parlamentares não pode ser objeto de exame perante qualquer tribunal, e em nenhum lugar que não seja o próprio Parlamento”; inscrita na Constituição dos Estados Unidos (artigo 1º, secção 6, nº 1), incorporada ao direito francês em 1789, por iniciativa de MIRABEAU, correu mundo e passou a figurar em todos os textos constitucionais, fato bastante para evidenciar a sua necessidade. Sem ela, diz PONTES DE MIRANDA, “não há Poder Legislativo que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo. É essencial à vida dos Congressos e Parlamentos que as correntes, neles manifestadas, se pronunciem, ou teremos simples Conselho de Estado em sistema unipartidário”.

No Brasil, ambas as imunidades existem desde o advento do regime constitucional. Consagrou-as a Constituição Imperial de 25 de março de 1824. A Constituição de 1967, tão autocrática sob tantos pontos de vista, não diminuiu essa prerrogativa, mas a manteve, tal como era, porque sem ela, em verdade, o Poder Legislativo perde a independência.

E não é por acaso que as poucas nações que desconhecem a imunidade material ou irresponsabilidade legal são dominadas pela chamada “ditadura do proletariado”. Assim, ignoram a imunidade de direito material e consagram apenas a imunidade processual a Rússia (artigo 52 da Constituição de 1936), a Albânia (artigo 49 da Constituição de 1946), a Hungria (artigo 11, nº II,

da Constituição de 1949), a România (artigo 59 da Constituição de 1948), a Polônia (artigo 16 da Constituição de 1952), a Coréia (artigo 44 da Constituição de 1948), a Mongólia (artigo 32 da Constituição revista em 1952), a China comunista (artigo 37 da Constituição de 1954). Haverá talvez mais algumas, mas a indicação parece elucidativa. Felizmente a Constituição brasileira, nem mesmo a de 1987, faz companhia, neste particular, à Constituição desses países.

A DOUTRINA NACIONAL

Não é de estranhar, por isso mesmo, que diante do preciso texto legal a doutrina, desde o Império até hoje, seja uma só num sentido. Nenhum autor autoriza interpretação outra que não seja a plenitude da imunidade material. Vejam-se os textos: Constituição do Império, de 1824, artigo 26: "Os membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões que proferirem no exercício de suas funções"; Constituição de 1891, artigo 19: "Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato"; Constituição de 1934, artigo 31: "Os deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato" (também os senadores, artigo 89, § 2º); Constituição de 1946, artigo 44: "Os deputados e os senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos"; Constituição de 1967, artigo 34: "Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos".

Mas não só a imunidade de direito constitucional material é ampla, plena, permanente e absoluta, senão também que deve ser interpretada liberalmente. A propósito, AURELINO LEAL cita BLACK e BURGESS, aos quais acrescento JOAQUIM GONZALEZ e a lição se lê no *Ruling Case Law* (3).

Não é de estranhar, volto a dizer, que a doutrina nacional seja impressionante na sua unanimidade, pois é a glosa a texto claro, imperativo, cristalino, insofismável, resultante de longa experiência histórica. Falei em doutrina nacional e a ela ficarei circunscrito, pois seria um nunca mais acabar reportar-me à estrangeira, tão rica e ilustrativa ela é. Vou ficar nas lindes da doutrina brasileira e ver-se-á como também é opulenta e concludente.

Enunciarei os autores em ordem cronológica. No Império: Pimenta Bueno, José Carlos Rodrigues, Rodrigues de Souza, Machado Portela; sob a Constituição de 91: Rui Barbosa — sempre o primeiro, na vastidão do seu saber e na elegância inconfundível do seu estilo —, Soriano de Souza, professor no Recife, Aristides Milton, que foi constituinte, Barbalho, constituinte, senador, Ministro da Justiça, Juiz do Supremo Tribunal, Silva Marques, Filinto Bastos, lente da Faculdade da Bahia, Henrique Coelho, Carlos Maximiliano, deputado, Ministro da Justiça, Juiz do Supremo Tribunal, Herculano de Freitas, professor em São Paulo, parlamentar, Ministro da Justiça, Juiz do Supremo Tribunal, Rodrigo Octávio, professor no Rio de Janeiro e Ministro do Supremo Tribunal, Araújo Castro, Aurelino Leal, professor na Faculdade do Rio de Janeiro, Paulo de Lacerda; ao tempo da Constituição de 1934: Pontes de Miranda, Maurício Cardoso, professor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Ministro da

3) *Ruling Case Law*, v. VI, 1915, vb. *Constitutional Law*, nº 242, a, págs. 257 e 258.

Justiça, Joao Neves da Fontoura, Araújo Castro; sob a vigência da Constituição de 1946: Pontes de Miranda, Temístocles Cavalcanti, José Duarte, Eduardo Espínola, lente da Faculdade da Bahia e Juiz do Supremo Tribunal, Paulino Jacques, professor no Rio de Janeiro, Sampaio Doria, catedrático em São Paulo e Ministro da Justiça, Cláudio Pacheco, professor na Faculdade do Piauí e da Guanabara, Pedro Calmon, professor na Guanabara... e em monografias do maior merecimento, Pedro Aleixo, professor de Direito em Belo Horizonte, hoje presidente do Congresso Nacional, Alcino Pinto Falcão, magistrado na Guanabara, Pinto Ferreira, professor no Recife, Cláudio Souto, também lente no Recife, e no âmbito parlamentar os professores Milton Campos, Afonso Arinos, Aliomar Baleeiro, Coelho de Souza, Osvaldo Trigueiro, Prado Kelly, Raul Pilla, Guilherme Machado, e tantos, tantos, tantos mais, que seria impossível a todos mencionar. Sob a vigência da Constituição de 67 aí estão os livros de Pontes de Miranda, Paulo Sarazate, Paulino Jacques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho... sem falar nos incontáveis artigos estampados em revistas científicas...

Todos quantos escreveram sobre Direito Constitucional, todos, sem excluir um só, professam a mesma doutrina, porque a imunidade parlamentar, na frase de ESMEIN, é "um axioma do governo representativo".

Por que não mencionar dentre os atuais Ministros do Supremo Tribunal aqueles que já se pronunciaram no mesmo sentido? Temístocles Cavalcanti, Aliomar Baleeiro, Adauto Lúcio Cardoso, Osvaldo Trigueiro, autor de notável parecer, relator que foi do pedido de licença para processar o ilustre Deputado Raymundo Padilha.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu, ainda que de modo indireto (pois à Câmara e não à Justiça normalmente incumbe decidir acerca de prerrogativas congressuais), já reconheceu o largo alcance da imunidade material ao garantir a publicação dos discursos parlamentares na vigência do estado de sítio, antes mesmo de sua inserção no *Diário do Congresso*, desde que "visados" pela Mesa, porque o seu "visto" dava "a certeza de que tais discursos não infringem as disposições regimentais".

Decidiu assim o Supremo Tribunal nos memoráveis acórdãos de 1914 e 1922, requeridos por Rui Barbosa, J. E. de Macedo Soares e Irineu Marinho, afirmando, é um dos fundamentos da decisão, a imunidade do parlamentar pelas opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato.

Se antes desprezei a rica literatura estrangeira no que concerne ao instituto da imunidade parlamentar, sou agora forçado a deixar de utilizar os textos dos autores mencionados e que tenho em mãos. Aliás, a Câmara dispensaria a leitura deles, até porque sabe que seria a demonstração do óbvio.

O PROBLEMA É DA CÂMARA, NÃO DO DEPUTADO

Volto a afirmar que todos quantos escreveram sobre a matéria em exame não deixaram de expor a boa doutrina, segundo a qual, *é absoluta e permanente a imunidade de direito constitucional material*. Daí por que não estamos

a discutir um problema individual, e volto a dizer que taço questao de ignorar até o nome do deputado, cuja licença para ser-lhe instaurado processo é solicitada. A questão não é de um deputado, deste ou daquele; não diz respeito a ele; a questão é do Poder Legislativo, no caso, da Câmara dos Deputados concerne a ela e só a ela. Não quer isto dizer que no tocante à imunidade processual a prerrogativa não seja da Câmara; sim, é da Câmara, mas a Câmara pode dispor a respeito da prerrogativa valiosa e igualmente necessária; mas no que respeita à imunidade material, que se refere a palavras, votos e opiniões emitidos no exercício do mandato, no recinto da Câmara ou de suas comissões internas ou externas, é tão absoluta a imunidade que nem mesmo a Câmara, volto a dizer, tem disponibilidade dela. A Câmara não pode dispor da imunidade, a Câmara, a rigor, não poderia sequer tomar conhecimento do expediente. A sua inépcia é flagrante e insanável.

Os autores ensinam isto. Mas, se fosse necessário evidenciar a evidência, lembraria, a título de exemplo, o que a propósito escreveu SILVA MARQUES ao comentar o artigo 19 da Constituição de 1891, que corresponde ao 34, *caput*, da Constituição de 67:

“A disposição do art. 19 proclamou a imunidade da função, imunidade da qual o indivíduo não pode desistir, nem a Câmara abrir mão contra qualquer dos seus membros.” (*Elementos de Direito Público e Constitucional*, Rio, 1911, pág. 134.)

Sempre magistral, era assim que RAUL PILLA se pronunciava na sessão de 14 de maio de 1957:

“O artigo 44 estabelece o que se pode chamar uma imunidade absoluta. A inviolabilidade é uma imunidade que não se discute, que não admite discussão. O mesmo não acontece com a imunidade relativa, prevista no art. 45, sujeita ao arbítrio da Câmara. . .

O texto do art. 44 não admite, absolutamente, restrições de espécie alguma. A inviolabilidade, como disse, é absoluta. E, como me fazia notar há pouco um colega, de acordo com ESMEIN, a inviolabilidade ou é absoluta ou não existe.”

Dias antes, na sessão de 6 de maio, o parlamentar rio-grandense, de modo impecável, expusera a doutrina consagrada:

“Não havendo crime, não podendo, de nenhum modo, haver crime no fato articulado contra o Sr. Carlos Lacerda, não o havendo, porque a isto se opõe o art. 44 da Constituição, esta Câmara não o pode entregar à Justiça, a fim de que ela investigue o que não deve investigar e julgue o que não deve julgar. Seria fugir ignominiosamente a um dever que é nosso — o de defender a nossa inviolabilidade — para atirar aos ombros da Justiça, na vil esperança de que ela o cumpra por nós. Sabemos de sobra, Sr. Presidente, que o deputado incriminado não pode ser processado, mas evitamos dizê-lo, para que a Justiça o digal. Nós não acudimos ao dever de defender as prerrogativas do nosso mandato, e esperamos que a Justiça as defenda! A esta situação humilhante querem levar a Câmara dos Deputados os que alegam de-

ver-se entregar o colega, para que a Justiça diga se ele é inocente ou culpado, quando inocente ou culpado não pode ser, porque é inviolável.”

Digno de menção é o ensinamento do Ministro Osvaldo Trigueiro, que tanto enaltece o Supremo Tribunal. Quando deputado, exarou parecer notável ao apreciar pedido de licença para processar o Sr. Deputado Raymundo Padilha, acolhido pela Comissão de Constituição e Justiça, do qual reproduzo estes conceitos:

“Os querelantes não desconhecem que, nos termos do art. 44 da Constituição Federal, os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Sustentam, porém, que a inviolabilidade só protege o parlamentar no exercício do mandato, ou seja, pelos votos, palavras e opiniões que proferir, em sua qualidade de membro do Poder Legislativo.

Sob o ponto de vista jurídico, entendemos que há uma distinção fundamental a ser feita quanto à caracterização dos fatos imputados ao Deputado Raymundo Padilha.

Pelas opiniões manifestadas dentro da Câmara dos Deputados, no exercício do mandato de que é titular, é evidente que ele não pode ser criminalmente processado. Esses atos estão protegidos pela inviolabilidade consagrada no texto constitucional, e cuja prevalência não depende do arbítrio do Congresso, ou de qualquer de suas Casas.

Resta saber se é de conceder-se licença para que o Deputado Raymundo Padilha responda à ação penal pretendida, por motivo de opiniões ou conceitos por ele emitidos através da imprensa e do rádio e que não sejam a mera reprodução de documentos parlamentares, nem possam ser tidos como atos necessariamente implícitos no exercício do mandato.

Pelo exposto, entendemos:

a) que a Comissão deve opinar contrariamente à possibilidade de ser o Deputado Raymundo Padilha responsabilizado criminalmente por opiniões, palavras ou votos proferidos, dentro da Câmara dos Deputados, no exercício de suas funções, *ex vi* do preceito do art. 44 da Constituição;

b) quanto à conveniência de ser concedida licença, nos termos do art. 45 da Constituição, para que o Deputado Raymundo Padilha responda a processo por opiniões expressas pela imprensa ou pelo rádio — que o pedido está em termos de ser submetido à deliberação da Comissão, para os fins de direito;

c) do pronunciamento que a Comissão houver por bem adotar, em seu alto critério, depende a redação do projeto de resolução, que deverá ser encaminhado ao plenário.

Sala das Sessões, 6 de maio de 1954. — *Osvaldo Trigueiro*, relator.”

PARECER DA CCJ

A Comissão de Constituição e Justiça, de acordo com o parecer do relator, considera protegidos pela inviolabilidade prevista no art. 44 da Constituição as opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, quando proferidos dentro das Casas do Congresso, no exercício das atividades parlamentares...

Projeto de Resolução nº 532 – 1954.

Nega licença para o processo criminal do Deputado Raymundo Padilha.

A propósito, não falta a lição de PRADO KELLY, que foi ornamento desta Câmara, eminência no Supremo Tribunal e exemplar no Ministério da Justiça. Jurista exímio e político de alta estirpe, ilustrou os três Poderes da República. Ouça a Câmara a sua palavra, que coincide com a de MILTON CAMPOS, o cidadão insigne que tanto honra o Congresso, como honrou o governo da sua terra e o Ministério da Justiça, que exerceu de modo impecável, com inteireza e elevação (4).

“Em nosso direito constitucional, o termo “imunidade” exprime um conceito complexo, que envolve duas garantias diferentes: a) a imunidade absoluta (Const., art. 44) e b) a imunidade relativa (Const., art. 45).

A imunidade absoluta cobre o exercício do mandato estritamente. Os deputados e senadores são “invioláveis” por suas opiniões, palavras e votos, isto é, são “irresponsáveis” e, conseqüentemente, “impuníveis”.

Neste caso, o deputado ou senador não poderá de modo algum ser processado (nem com licença de sua respectiva Câmara) pela razão óbvia de que não pode ser punido. Como irresponsável, é ele também impunível e é exatamente graças a estas duas características (“irresponsabilidade” e “impunibilidade”) que o parlamentar tem assegurada a sua “inviolabilidade.”

A imunidade “relativa” cobre o deputado ou senador por atos realizados ou praticados fora do exercício do mandato, durante este. Aí pode o parlamentar delinquir, mas em virtude da imunidade relativa de que goza, só com licença da sua Câmara poderá ser processado.

Pouco importa investigar o que o legislador constituinte poderia ter desejado escrever na Constituição. O que importa é o que, em verdade, ficou escrito. Ora, o que ficou escrito só pode ser interpretado como o fazemos.

Accepta esta interpretação — única admissível — a questão suscitada com a leitura do telegrama nº 295, se torna incomodamente clara. Trata-se de imunidade “absoluta”, porque o ato incriminado foi praticado no exercício do mandato, dentro do edifício da Câmara, na tribuna da mesma, perante o seu plenário, durante discurso político. Em tais

(4) Projeto de Resolução nº 115, de 1957, avulso, pág. 35.

condições, não podia o deputado dar margem à abertura de processo para efeito de punição, porque, sendo "irresponsável", na conceituação constitucional, é conseqüentemente "impunível" e nisso se concretiza a sua "inviolabilidade".

Neste caso, a imunidade é tão absoluta que nem a Câmara, a própria Câmara, tem poder para deixá-lo ou fazê-lo processar criminalmente.

O pedido e a discussão da licença para o processo são absurdos jurídicos."

(*Estudos de Ciência Política*, S. Paulo, 1966, v. II, págs. 190 e 191; *Projeto de Resolução nº 115 - 1957*, avulso, págs. 41 e 42.)

Por que não lembrar esta passagem da notável monografia que a literatura jurídica deve ao Presidente do Congresso, Prof. PEDRO ALEIXO?

"Em face do artigo 44 da Constituição Federal, *nenhuma transigência é permitida, nenhuma transação é tolerada, nenhuma exceção é admitida*. Para que o fosse, antes seria necessário que algum dos órgãos dos três Poderes constitucionais se arrogasse a competência para fazê-lo, e qualquer deles, porque se reputando competente, competência teria também para dizer onde e quando não funcionaria a imunidade. Então, não tendo o legislador constituinte brasileiro, ao contrário do que fizeram legisladores de outros povos, aberto exceção alguma para a regra que elaborou com caráter absoluto, as exceções seriam tais e tantas quais e quantos o poder arbitrário quisesse estabelecer. Acabaria, deste modo, sendo riscada da Constituição a imunidade real, não em virtude de interpretação restritiva e sim por força de virtual abolição. Os congressistas seriam violáveis ou invioláveis, por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, segundo o alvedrio do Poder Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. A inviolabilidade passaria a ser concessão benévola e deixaria de ser cânon intangível da Constituição... *A imunidade real*, a do artigo 44 (que corresponde ao artigo 34, *caput*, da Constituição atual), *nunca se suspende nem jamais se extingue.*" (*Imunidades Parlamentares*, Belo Horizonte, 1961, págs. 80 e 99.)

Tenho de parar aqui sob pena de não concluir meu discurso, tantos são os autores, cada qual mais autorizado, que realçam a *indisponibilidade da imunidade material pela própria Câmara* a que pertença o congressista.

Mas não posso fazê-lo sem mencionar um autor, por derradeiro, e a Câmara logo compreenderá por quê. Quero invocar a lição do meu Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Porto Alegre. Quando nela ingressei, foi isto em 1943, acabava de sair a sua *Teoria Geral do Estado* e em suas páginas, como nas aulas de seu autor, aprendi, calouro ainda, que:

"A imunidade parlamentar não é um privilégio concedido ao parlamentar pessoalmente; é uma garantia assegurada ao Poder Legislativo, para que funcione livre de qualquer coação. Por isso, o membro do Parlamento não pode desistir dela. Só o Parlamento pode conceder licença para o processo ou prisão por crimes comuns, e *nem ele nem*

o seu membro poderão permitir a responsabilidade pelos votos e opiniões emitidos no exercício das funções parlamentares.” (DARCY AZAMBUJA, Teoria Geral do Estado, 1942, pág. 178.)

A mesma lição, passado um quarto de século, vou encontrar em sua *Introdução à Ciência Política*, que acaba de sair do prelo, com as mesmas palavras, porque a verdade constitucional continua a mesma.

Não podia deixar de testemunhar ao meu sábio Prof. DARCY AZAMBUJA que o seu aluno aprendera a lição e dela não se esquecera. DARCY AZAMBUJA foi dos grandes professores que tive na Faculdade e é um dos grandes lentes que a Faculdade de Direito de Porto Alegre teve e tem, porque ainda hoje está a pontificar em sua cátedra. Muito moço, ainda acadêmico, com o livro de contos *No Galpão*, laureado pela Academia Brasileira de Letras, passou a ocupar na literatura rio-grandense o lugar que permanecera vago desde a morte de SIMÕES LOPES NETO. Espírito brilhante, reparte as inclinações da sua inteligência e sua sensibilidade entre a cátedra, a ciência do Direito e as belas letras.

Não poderia omitir o nome do professor gaúcho, nem encerrar melhor as referências doutrinárias que entendi de relembrar à Câmara. Estou certo de estar sendo fiel aos ensinamentos do meu professor e às lições hauridas na Escola onde me formei.

O MINISTRO-PROFESSOR E SUAS CITAÇÕES

Diante dessa impressionante unanimidade doutrinária no que tange à prerrogativa em exame, como se explica que esta “representação” tenha sido encaminhada pelo Ministro da Justiça ao Procurador-Geral da República e por este ao Supremo Tribunal? E note-se que o Senhor Ministro da Justiça é Prof. da Faculdade de Direito de São Paulo e Reitor da grande Universidade do grande Estado bandeirante! É difícil de entender, pelo menos à primeira vista. Mas quem lê o arrazoado ministerial não demora a tirar algumas conclusões, ainda que melancólicas.

O Ministro-Professor começa por referir os nomes de BARBALHO, AURELINO LEAL e M. J. CARVALHO DE MENDONÇA, para impugnar a imunidade material. Fazemos exame de cada um deles.

BARBALHO não autoriza a posição do Ministro-Professor. BARBALHO insurge-se contra o instituto da imunidade, entendendo que se tratava de privilégio peculiar às monarquias... vítima da ilusão dos primeiros republicanos que acreditavam, romanticamente, nas virtudes congênicas da República e em sua superioridade em relação às instituições parlamentares do Império. Não passaria muito tempo e FLORIANO haveria de mostrar o que era o “poder pessoal”, a cidade do Rio de Janeiro de sede da corte transformada em teatro de cenas selvagens, sangrentas, brutais; ali, no Rio de Janeiro, para não falar em certos Estados, a começar pelo meu, o Rio Grande do Sul, onde uma política de ferro e fogo, de crueldade e banditismo, procurou destruir as tradições liberais da terra rio-grandense, encarnadas em Silveira Martins.

Em verdade, porém, BARBALHO não comenta propriamente o artigo 19 da Constituição; insurge-se contra ele. A observação é de CARLOS MAXIMILIANO. No prefácio à primeira edição dos *Comentários*, salientando a posição que o intérprete deve assumir quanto à lei que vai explicar, que deve ser de submissão ao texto que comenta e elucida, observa MAXIMILIANO:

“Nem o hábil João Barbalho evitou o escolho fatal. Comentando o artigo 19, apenas combate a imunidade parlamentar, obrigando o estudioso a procurar noutro livro a origem da prerrogativa, limites respectivos e motivos pelos quais todos os povos a adotaram.”

O juízo não é meu, é de CARLOS MAXIMILIANO.

Contudo, a despeito de sua posição adversa ao instituto, BARBALHO assim inicia o seu comentário ao artigo 19.

“Invioláveis. Entende-se que o devem ser os representantes da nação para que com toda a isenção e independência possam exercer o seu mandato” (*Constituição Federal Brasileira. Comentários*, Rio, 1902, pág. 64).

E mais. É deste modo que o antigo Ministro da Justiça e ao tempo Ministro do Supremo Tribunal disserta sobre as imunidades parlamentares durante o estado de sítio:

“Os construtores da nossa organização constitucional entenderam imprescindível a imunidade e estabeleceram-na como garantia e broquel.

Quando pois a situação é a que exige maior segurança e quando mais expostos a arbítrio e violências ficam os membros do parlamento não é que se há de dar ao poder mais capaz de praticá-las a faculdade de prender e desterrar a seu arbítrio deputados e senadores!” (*Op. cit.*, pág. 122.)

Embora adversário do instituto, BARBALHO não abona, com sua autoridade, a iniciativa do Ministro-Professor.

Nem tampouco AURELINO LEAL, a quem o Ministro-Professor atribui a autoria do livro *Regime Federativo*, cuja página 285 ele indica. Quando não houvesse outras razões bastaria dizer que... AURELINO LEAL não escreveu livro algum intitulado *Regime Federativo!* O Ministro-Professor deu tanta atenção a este documento, endereçado ao Supremo Tribunal Federal, que trocou os autores e os títulos das obras. O livro *Regime Federativo* é de AMARO CAVALCANTI, mencionado por AURELINO LEAL à página 285 da sua *Teoria e Prática da Constituição Federal*. A página indicada pelo Ministro-Professor não é da obra de AMARO; é do livro de AURELINO, donde o Ministro-Professor copiou ligeiramente, como se não estivesse a dirigir-se ao Supremo Tribunal e como se não viesse a criar este problema enorme que criou para o governo e para a Nação.

A passagem em que AMARO CAVALCANTI se refere ao problema está à página 357, não à página 285, como se lê na exposição ministerial, no livro *Regime Federativo e a República Brasileira*, editado em 1900. A página 285

é da obra de AURELINO LEAL. O Ministro-Professor troca os autores, os livros e as páginas.

AMARO CAVALCANTI, Ministro da Justiça e depois do Supremo Tribunal, conforta a tese do Ministro-Professor? Não. Como BARBALHO e outros republicanos, revela o mesmo preconceito em relação ao instituto, no qual ele vê “um desmentido formal do princípio da igualdade de direito na República” e “um documento irrecusável de nossa incapacidade política aos olhos do estrangeiro”, como se todos os países dotados de instituições representativas, cuja forma de governo fosse monárquica ou republicana, não consagrassem a imunidade parlamentar. Contudo, nem uma palavra no sentido de diminuir o alcance da imunidade material. Aliás, suas reservas voltam-se contra a imunidade processual.

E o constitucionalista M. J. CARVALHO DE MENDONÇA abonará a tese do Ministro-Professor?

Começa que não é M. J. CARVALHO DE MENDONÇA, como, por erro de impressão, se lê no livro de AURELINO LEAL, donde foi copiado pelo *Ministro-Professor*, com erro e tudo, quando qualquer calouro sabe que é M. I. (MANOEL INÁCIO) CARVALHO DE MENDONÇA, como sabe também que foi ele exímio civilista (como J. X. CARVALHO DE MENDONÇA foi comercialista insigne), mas constitucionalista não foi. Autor de livros excelentes, *Doutrina e Prática das Obrigações, Contratos no Direito Civil Brasileiro, Rios e Águas Correntes em suas Relações Jurídicas, Introdução Geral ao Direito das Coisas, A Vontade Unilateral nos Direitos de Crédito, Da Ação Rescisória das Sentenças e Julgados, Do Usufruto, do Uso e da Habitação no Código Civil Brasileiro*, foi professor de Direito Civil na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro; constitucionalista, porém, não foi. Nem precisa desse título, que indevidamente lhe confere o Ministro-Professor, para figurar entre os grandes juristas do nosso País no setor do Direito Privado.

Mas o Ministro-Professor não leu o que citou. Eu li. Trata-se de um artigo, datado de 1901, inserto na revista *O Direito*, v. 86, págs. 449 a 547. Nele estão expressos os mesmos preconceitos republicanos, fortemente influenciados pelo positivismo. Mais de uma vez fala em “metafísica constitucional” e assevera que “nem todas as instituições podem igualmente convir ao regime monárquico e ao republicano”. A imunidade seria um exemplo de “metafísica constitucional”, coisa inconcebível desde que AUGUSTO COMTE havia condenado a metafísica à morte... Veja a Câmara esta passagem que bem ilustra quanto a filosofia comteana influenciara o pensamento do civilista: *a Constituição do R. G. do Sul* (obra de Castilhos, o positivista),

“a Constituição do Rio Grande do Sul — a única do Brasil que obedece a um plano sistemático, no qual todas as disposições têm uma razão de ser rigorosamente demonstrável — fez como a da Suíça, um silêncio completo sobre a inviolabilidade metafísica da palavra dos representantes do Estado, consagrando apenas (art. 41) a necessidade da licença para seu processo. Este é o genuíno espírito republicano”.

Eis a que se resume a contribuição de MANOEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, muito antes de tornar-se o notável civilista.

E AURELINO LEAL, apontado pelo Ministro-Professor como autor do livro *Regime Federativo*, obra de AMARO CAVALCANTI, será amparo à tese ministerial? Também não. Embora pense que as prerrogativas parlamentares “já fizeram seu tempo”, observa o publicista baiano:

“Seja como for, a nossa Constituição estabeleceu a irresponsabilidade legal dos membros das Câmaras, seguindo o exemplo de muitas outras... Da nossa Constituição se depreende que a imunidade segue o representante no exercício do seu mandato, isto é, enquanto ele age como deputado ou senador, desempenhando uma função legal do seu mandato, mesmo numa Comissão de inquérito extraparlamentar... De acordo, portanto, com a nossa Constituição e a jurisprudência estrangeira, os deputados e senadores, no que toca às “suas opiniões e palavras no exercício do seu mandato”, estão sujeitos ao contraste regimental. Este é o freio interior que os pode coibir. No exterior, no exercício do mandato, a repressão penal não pode ser praticada contra eles, isto é, em todos os atos oriundos de suas funções e a elas visceralmente ligados.” (*Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, 1925, págs. 286, 289 e 290.)

O Ministro-Professor vai além e atribui ao douto Prof. PAULO BONAVIDES, da Faculdade do Ceará, assim como ao ilustre Prof. RAUL MACHADO HORTA, da Faculdade de Belo Horizonte, o pensamento que sustenta. Desta vez indica o livro — *Estudos sobre a Constituição Brasileira de 1967* — mas silencia quanto às páginas. Aqui está o livro. A referência é falsa. O Prof. PAULO BONAVIDES nem se refere ao problema e o Prof. MACHADO HORTA não acompanha o raciocínio do Ministro-Professor.

Mais adiante é PAULINO JACQUES que cita. Mas se limita a transcrever trecho acerca do abuso dos direitos individuais e dos direitos políticos (artigo 151), sem a mais remota referência à imunidade consagrada no artigo 34, *caput*. Ao explicá-la, é assim que se pronuncia o eminente professor guanabarrino, rio-grandense de nascimento:

“O artigo consagra as chamadas “imunidades parlamentares”, que compreendem a *irresponsabilidade* do mandatário político por atos praticados no exercício do mandato (opiniões, palavras e votos), e a *inviolabilidade* de sua pessoa, imune de prisão e processo, salvo em flagrante de crime inafiançável ou prévia licença de sua Câmara. Enquanto a *irresponsabilidade* só ocorre no recinto das Casas congressuais (sala das sessões do grande plenário ou dos pequenos plenários, as comissões permanentes ou temporárias), onde os senadores e os deputados exercem o mandato, a *inviolabilidade* aproveita ao representante político por ato praticado dentro ou fora de sua câmara. Essas imunidades são a *conditio sine qua non* do livre exercício do mandato.” (*A Constituição do Brasil Explicada*, Rio, 1967, pág. 46 [nota ao art. 34].)

Pelo modo como o Ministro-Professor faz citações e a outros atribui o seu pensamento, bem se pode imaginar o conteúdo deste documento. O seu exame

justificaria um discurso. A título de amostra, limitar-me-ei a indicar duas passagens reveladoras da hermenêutica ministerial. Referindo-se ao artigo 151 é assim que se expressa:

“Diria, até, que o próprio legislador como que teve em mira, especialmente, os detentores de mandatos políticos, atento à liberdade de ação, ao prestígio, à força que lhes empresta o exercício deles. Por via indireta, essa suspensão de direitos políticos quis permitir se lhes tomar arma formidanda, da qual livremente poderiam usar contra as instituições e a própria soberania do Brasil, protegidos pelas imunidades inerentes aos mandatos que detenham.”

Esta jóia consta de um documento endereçado ao Supremo Tribunal Federal!

Ouçã a Câmara outra não menos valiosa:

“O art. 34 cuida de *direito*, garantia funcional, privilégio de alguns, senadores e deputados; o art. 151 trata de *dever*...”

Um aluno que escrevesse, como o Ministro-Professor, que o artigo 34 “cuida de direito”, teria de repetir o ano, pois não aprendera a fazer distinção elementar e fundamental entre direito e prerrogativa institucional.

PRERROGATIVAS PARLAMENTARES

Houve tempo em que as imunidades eram designadas como privilégios parlamentares, por influência, sem dúvida, da língua inglesa; foi na Grã-Bretanha que elas surgiram, como em geral os institutos de Direito Parlamentar, e lá figuram elas, e outras prerrogativas do Parlamento, entre os privilégios parlamentares. Tratando de imunidades, ainda hoje muitos autores empregam os vocábulos “privilégio” e “prerrogativa”, como sinônimos. Os calouros das escolas jurídicas sabem, entretanto, que não se trata de “privilégio”. Privilégio, como a palavra está a dizer, é lei privada. Seria um nunca acabar fazer citações a respeito. Veja a Câmara o que escreveu o Prof. CARLOS RUIZ DEL CASTILLO, da Universidade de Santiago de Compostela, em nota ao livro de Hauriou, que traduziu e anotou:

“... no que concerne à imunidade parlamentar, é de notar-se que não se trata de nenhum privilégio, senão de uma prerrogativa. O privilégio é a exceção da lei comum, exceção deduzida da situação de superioridade das pessoas que a desfrutam e a título de um direito superior à lei; a prerrogativa é o conjunto de precauções que rodeiam a função e que servem para o exercício desta. O privilégio é subjetivo e anterior à lei; a prerrogativa é objetiva e derivada da lei: o privilégio tem uma essência pessoal; a prerrogativa vai anexa à qualidade do órgão. O privilégio é poder frente à lei; a prerrogativa é conduto para que a lei se cumpra e chegue a todos. Por isso, pertence o privilégio às aristocracias das ordens sociais, enquanto que a prerrogativa pertence à aristocracia das instituições governamentais, única aristocracia que admitem as democracias, como adverte Hauriou.” (Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 1927, pág. 117.)

O venerando professor baiano, Conselheiro FILINTO BASTOS, faz mais de meio século, ensinava a seus alunos:

“Tendo a Constituição declarado no art. 72, § 2º, que todos são iguais perante a lei, estatuiu, entretanto, como já vimos, as prerrogativas dos arts. 19 e 20. Não estabelecerão estes dois últimos artigos disposição que importe em verdadeiro *jus singulare favorabile*, um privilégio no sentido amplo do vocábulo?”

O princípio da igualdade, ensina ORLANDO, constitui de certo um dos caracteres próprios do Estado moderno, ... Há, contudo, ... diferenças impostas pela necessária existência, em toda a pública organização, de uma hierarquia política e por isso de certas garantias especiais que, sendo necessárias, é justo que acompanhem certas funções públicas, o que é um conceito de prerrogativa em antítese ao de privilégio. Surge daí a noção de prerrogativa que, diversamente do privilégio, acompanha a função pública e encontra nela sua origem e sua justificação. Aplicando este princípio, os deputados e senadores, investidos de uma tão elevada função pública, têm particulares prerrogativas.” (*Manual de Direito Público e de Direito Constitucional Brasileiro*, 1914, págs. 191 e 192.)

Doutrinando acerca da imunidade processual, menos ampla que a imunidade material, nos albores da república escrevia RUI BARBOSA:

“Segundo a doutrina inconcussa entre os constitucionalistas e imanente a todas as constituições, essa garantia, pessoal na sua incidência, é impessoal, institucional, nacional na sua razão de ser e no seu objeto. Não é um privilégio individual do representante (tanto que este não pode renunciá-lo): é um apanágio coletivo da representação. Não é um interesse de ordem particular, mas um princípio de ordem pública.” (*Obras Completas*, v. XX, 1893, t. III, “A Ditadura de 1893”, pág. 276.)

Foi desta tribuna que PLÍNIO CASADO, fez ontem quarenta e quatro anos, proferiu estes conceitos:

“Tempo houve em que ainda se discutia o conceito jurídico político das imunidades parlamentares; mas, hoje em dia, neste tema, tem um cunho de truísmo, chega a ser uma parêmia, o conceito de que as imunidades parlamentares não são privilégios incompatíveis com o regime livre e democrático, sob que vivemos, e estabelecidos em proveito pessoal do representante, mas são prerrogativas políticas da função...”

São prerrogativas, mas não são privilégios, porque privilégios são concessões feitas a particulares ou em proveito destes, e a desigualdade de tratamento, na hipótese, visa, não os interesses de ordem privada, mas o interesse de ordem pública.” (*A Imunidade Parlamentar do artigo 20 da Constituição Federal*, Rio, 1925, págs. 3 e 4.)

Quem falava assim, na sessão de 10 de dezembro de 1924, discutindo o caso Azevedo Lima, era PLÍNIO CASADO, o eloqüente tribuno, porta-voz dos libertadores rio-grandenses, depois juiz do Supremo Tribunal, e que fora

o fundador da cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Porto Alegre, que um dia teria eu a honra de reger. Compreende a Casa por que devia eu lembrar esta passagem a fim de acentuar a continuidade de pensamento e a identidade de ação dos que, formados na mesma escola, refletem os mesmos anseios políticos.

PRERROGATIVAS E DIREITOS INDIVIDUAIS OU POLÍTICOS

Segundo o artigo 151 da Constituição: "aquele que abusar dos *direitos individuais* previstos nos parágrafos 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos *direitos políticos*, para atentar contra ordem democrática ou praticar a corrupção..." (5)

Ora, basta ter presente que a *imunidade parlamentar é uma prerrogativa do Poder Legislativo, não é direito individual nem direito político*, para que, a toda evidência, se conclua que a norma exarada no artigo 151 nem direta nem indiretamente se relaciona ou pode relacionar-se com o preceito do art. 34, *caput* (6).

A este propósito a Casa conhece o irresponsável estudo do Prof. CAMILLO MARTINS COSTA, jurista dos mais ilustres no meu Estado, que não foi Ministro do Supremo Tribunal porque declinou do convite que em 1945 lhe foi feito nesse sentido. Se PLÍNIO CASADO foi o fundador da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFRGS, CAMILLO MARTINS COSTA, seu aluno nessa Escola, foi o fundador de igual cadeira na Faculdade Católica de Direito da PUC, de cuja regência, quando de sua aposentação, fui incumbido. Coube-me a honra de sucedê-lo na cátedra, embora sem substituí-lo na eminência que infundiu ao magistério universitário.

(5) N. R.: O autor refere-se ao art. 151 da Carta de 1967, *in verbis*: "Art. 151 — Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa".

O dispositivo analisado corresponde ao art. 154 do texto constitucional vigente (Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda nº 1/69): "Art. 154 — O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa."

(6) N. R.: O art. 34 referido pelo autor é do texto original da Constituição de 1967: "Art. 34 — Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos."

Pela Emenda Constitucional nº 1/69, este dispositivo passou a ter a seguinte redação:

"Art. 32 — Os Deputados e Senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional."

O texto constitucional vigente (Emenda nº 11, de 1978) dispõe: "Art. 32 — Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a segurança nacional."

Ao eminente professor gaúcho vou pedir me empreste alguns conceitos do seu estudo:

“A atual Constituição do Brasil, fiel, neste particular, à linha democrática e liberal que bem se pode dizer tradicional no nosso País, acolheu amplamente a irresponsabilidade legal, no seu art. 34, *caput*. ...

Mas é claro que a ameaça (do art. 151) não se endereça a deputado, ou a senador, no tocante às opiniões, palavras e votos que emita no exercício do mandato, no plenário da sua Casa legislativa, ou no seio de alguma comissão, inclusive externa, instituída por essa Casa. ...

Há aí um equívoco, que é preciso desfazer. As imunidades dos legisladores não são, propriamente, direitos políticos, garantidos pela Constituição. São muito mais do que isso, pois transcendem ao plano em que se situam os direitos civis ou políticos dos cidadãos, para constituírem, como constituem, vitais prerrogativas do Poder Legislativo, postas à disposição dos parlamentares para que esse Poder de Estado se afirme como tal, segundo as exigências do regime democrático.

A imunidade parlamentar não é garantia de direito, no rigor técnico da expressão; é garantia de poder” (AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição*, págs. 707 e 708).

“É forçoso reconhecer que o art. 151 da vigente Constituição só tem em mira os direitos individuais, aí apontados, e os direitos políticos do cidadão, que ela normalmente protege, incluídos no rol das chamadas garantias constitucionais. Não estão visadas, de modo algum, as prerrogativas do próprio Congresso, instituídas precisamente para que este possa existir como poder independente.

O parágrafo único do art. 151 prefigura o congressista acusado de crime, vale dizer o congressista “não protegido pela irresponsabilidade legal” ... (7).

Quando se tratar de titular de mandato federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º, (8).

Basta ler o § 3º, aí aludido, para se verificar que ele está restritamente subordinado aos casos de crimes, e não às hipóteses de “irresponsabilidade legal” a que se refere a primeira parte do mesmo art. 34.

(7) N. R.: Vide o parágrafo único do art. 151 da Constituição de 1967: “*Parágrafo único* — Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º”

O dispositivo corresponde ao parágrafo único do artigo 154 do texto constitucional vigente (Constituição de 1967 na redação dada pela Emenda nº 1/69): “*Parágrafo único* — Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.”

(8) N. R.: Dispositivo citado da Constituição de 1967: “§ 3º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.”

Corresponde ao § 3º do art. 32 do texto constitucional vigente (Emenda nº 11, de 1978): “§ 3º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa.”

*Parece, assim, evidente que, se há um deputado, ou um senador, acusado de haver, na tribuna da sua Casa legislativa, emitido conceitos que, se não houvesse a irresponsabilidade legal, constituiriam injúrias, difamações ou calúnias — com isso nada tem a ver o art. 151 da Constituição, falecendo, portanto, na emergência, ao STF, competência para outro pronunciamento senão o que contiver a simples declaração de não ser da sua alçada a pleiteada suspensão de direitos. (“Imunidades Parlamentares e Cassação de Mandatos”, in *Correio do Povo*, de 20-10-68.)*

Interligando-se com o § 3º do art. 34, aquele parágrafo único (do art. 151) figura implicitamente a hipótese de que ao titular do mandato eletivo federal se atribua a prática de algum crime, sendo óbvio que tal crime não poderá jamais decorrer da conduta a respeito da qual a Constituição, no *caput* do dito art. 34, declara o congressista protegido pela chamada imunidade material, vale dizer — protegido pela completa irresponsabilidade legal.” (CAMILLO MARTINS COSTA, “*Ainda as imunidades parlamentares e a cassação de mandatos políticos*”, in *Correio do Povo*, 21-11-1968.)

A Câmara conhece igualmente o parecer do jurisconsulto RUY CIRNE LIMA, Professor da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Em breves linhas resumiu a sua doutrina ao mostrar que o exercício de função legislativa não é o exercício de um direito, que tenha, individual ou coletivamente, como sujeitos os senadores e deputados, senão o exercício da atividade de um órgão estatal.

Do sólido parecer do eminente jurista vou incorporar três itens à minha exposição. Ei-los:

“5. O senador ou deputado no exercício do mandato legislativo, ou seja, enquanto integrado no órgão legislativo, não está a exercer direito individual. Nem o de liberdade de pensamento (art. 150, § 8º, Const. Fed.) nem o de liberdade de profissão (art. 150, § 23, Const. Fed.), nem o de liberdade de reunião (art. 150, § 27, Const. Fed.), nem o de liberdade de associação (art. 150, § 27, Const. Fed.). As câmaras legislativas não são associações, autorizadas pela Constituição, nem suas sessões, somente reuniões lícitas. O mandato legislativo não é profissão, e a inviolabilidade do senador ou deputado, no exercício desse mandato, por suas opiniões, palavras e votos, não é garantia da liberdade de pensamento, senão garantia de funcionamento do Poder Legislativo.

6. No exercício do mandato legislativo, o senador ou deputado não está igualmente a exercer direito político (arts. 142-148, Const. Fed.).

O que exercita, ele, é uma função, de desempenho colegiado — a função legislativa.

7. Por mais censuráveis que sejam as opiniões, palavras e votos do senador ou deputado, no exercício do mandato legislativo, a nenhum outro Poder é permitido interferir, a fim de apreciá-los, julgá-los ou puni-los. A razão é simples. *O exercício da função legislativa não é*

o exercício de um direito, que tenha, individual e coletivamente, como sujeitos os senadores e deputados, senão o exercício da atividade de um órgão estatal. Nessa função, enquanto às opiniões, às palavras e aos votos dos que a exercem, não admite, a regra jurídica, a punibilidade do abuso, salvo o disposto no art. 37, III, da Constituição e as determinações regimentais. A impunibilidade, no caso, como já se pôs de realce, nada tem de insólita ou excepcional."

É de uma evidência solar que a norma do artigo 151 — aquele que abusar dos direitos individuais, não de todo e qualquer direito individual, mas dos previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo 150, e dos direitos políticos... — não guarda relação alguma com o preceito do artigo 34, *caput*, que não cuida de direito individual ou político, mas dispõe acerca de prerrogativa do Poder Legislativo.

Bastaria esta observação para que a questão em exame, consubstanciada no Projeto de Resolução nº 82, ora em debate, ficasse elidida, de uma só vez e por inteiro.

Mas ainda há algo a acrescentar.

O ARTIGO 151 DA CARTA DE 1967 (art. 154 do texto constitucional vigente)

Não foi por acaso que PONTES DE MIRANDA escreveu:

"O artigo 151 não é invocável em se tratando de imunidade de membros do Congresso Nacional. Daí a relevância dos limites que expusemos nos comentários ao art. 34 e aos §§ 1º-5º" (*Comentários à Constituição de 1967*, v. V, pág. 621).

Quanto mais se examina o art. 131 e seu parágrafo combinado com o § 3º do artigo 34, da Constituição, mais evidente se torna o absurdo jurídico da tese ministerial.

Senão, veja a Câmara: ou a imunidade material, consagrada no artigo 34, *caput*, é absoluta e exclui a possibilidade de incidência do artigo 151, ou esta possibilidade existe e a imunidade material não é absoluta, nem material, mas meramente processual. Ora, se não é absoluta, se não é de direito material, mas simplesmente de direito processual, então forçoso será concluir que o artigo 34, *caput*, não tem sentido, não tem alcance algum, nada significa, pois diria apenas o que está dito e prescrito no § 1º do mesmo artigo 34! Se a imunidade do artigo 34 é absoluta, ela exclui esta e qualquer outra tentativa de processo contra parlamentar por opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato, ou ela é meramente processual e neste caso o artigo 34 diz o que a seguir vai dito no seu § 1º (9)

(9) Vide o § 1º do art. 34 da Carta de 1967 (reproduzido pela Emenda Constitucional nº 11/78): "§ 1º — Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara."

Mas Deus do céu, tal exegese é simplesmente absurda, dado que o artigo 34, *caput*, diria apenas o que diz o seu § 1º, e segundo velha e segura regra de hermenêutica, e de rudimentar bom senso, deve ser afastada a interpretação que conduz ao absurdo. Suponho esteja desobrigado de recordar os ensinamentos de BLACK e de COOLEY, de SUTHERLAND e de WILLOUGHBY, de AURELINO e de MAXIMILIANO.

ARTIGO OCIOSO?

De resto, para concluir assim, absurdamente, seria ainda mister afirmar que o artigo 34, *caput*, não tem sentido, nada acrescenta ao disposto no § 1º, é inútil. Ora, se na lei não se presume a existência de palavras vadias, com maior razão não se há de admitir a existência de artigos ociosos.

A conclusão é uma e não pode ser outra; o disposto no artigo 151 não se relaciona nem poderia relacionar-se com a regra exarada no artigo 34, *caput*, segundo a qual “os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”. O preceito, tradicional no direito positivo brasileiro, há de ser entendido conforme a interpretação consagrada. É a lição dos doutores. Evidentemente, o parágrafo único do artigo 151 se refere e não poderia deixar de referir-se senão a atos estranhos ao exercício do mandato.

A PROVA DAS PROVAS

Outrossim, segundo o artigo 151 “a suspensão dos direitos políticos é sem prejuízo da ação civil ou penal”.

Ora, admitindo-se explicitamente “ação civil ou penal” além da suspensão de direitos políticos contra os que abusarem de direitos individuais e políticos, só esta possibilidade seria bastante para evidenciar que a regra do artigo 151 nada tem a ver com a do artigo 34, *caput*.

Não é esta uma simples e longínqua hipótese. Acabei de ler o artigo 151 da Constituição. Ele diz, não eu, que “a suspensão dos direitos políticos é sem prejuízo da ação civil ou penal”. Não é só. Aqui está a exposição do Ministro-Professor a falar na “suspensão dos direitos políticos, independentemente das cominações civis, administrativas e penais acaso cabíveis”. Ouça a Câmara, agora, o Procurador-Geral da República: “O representante sujeita-se a que a reclamada sanção política lhe seja aplicada sem prejuízo da ação penal cabível por esses fatos (Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967).”

Como admitir-se “ação civil ou penal” contra deputado ou senador em virtude de opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato, quando por elas é “inviolável” o parlamentar?

Que inviolabilidade seria esta, triplicemente violável?

Só esta consideração seria suficiente para apurar que o artigo 151 e seu parágrafo se relacionam com a imunidade processual assegurada no § 1º do artigo 34 e que supõe a existência de delitos, de atos estranhos ao exercício do mandato.

Se o cidadão investido em mandato eletivo, seja deputado ou senador, abusar de direitos individuais e políticos enumerados no artigo 151 "para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção" — excluída de forma absoluta a responsabilidade por opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato —, como qualquer pessoa estará sujeito ao processo ou processos previstos no referido artigo 151. Sendo parlamentar, gozando, por conseguinte, de imunidade processual, o processo dependerá da licença da Câmara respectiva, segundo a regra exarada no § 1º do artigo 34 (10).

Dir-se-á que, em tal caso, o parágrafo único do artigo 151 seria redundante. É fácil demonstrar o contrário.

Contudo, o argumento não seria de perturbar pois a Constituição de 1967 não é modelo de técnica jurídica nem de pureza vernácula. Basta ler o § 1º do artigo 20, onde se nos depara esta jóia "mas não se estende, *porém*, aos serviços públicos concedidos ..."

Retomo a análise do parágrafo único do artigo 151. Ele não é redundante. Seria ele inútil se não servisse para dizer o que efetivamente diz e de maneira insofismável, se não indicasse, como expressamente indica, o modo como a Câmara procederá em sendo o caso, nos termos do § 3º do artigo 34, isto é, mediante votação secreta e necessariamente mediante votação; a licença jamais poderá resultar de consentimento tácito, verificada mediante o simples decurso de prazo, como ocorre na hipótese do § 2º do mesmo artigo 34. Eis o vero e simples significado do parágrafo único do artigo 151, combinado com o § 3º do artigo 34 da Constituição.

FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL

Não sei se ainda há quem sustente a aplicabilidade das sanções do artigo 151 por opiniões, palavras e votos exarados no exercício do mandato.

Admiti-lo importaria no absurdo de admitir também que o deputado ou senador, que a Constituição declara ser inviolável por opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato, cometesse crime inafiançável através da tribuna e, em consequência, pudesse ser preso em flagrante!

Mas a um absurdo se somaria outro. Uma vez preso por crime inafiançável praticado na tribuna e através da tribuna, perante a Câmara, no seu recinto — preso por quem? —, quem remeteria os autos à Câmara, dentro de 48 horas, para que ela resolvesse, por voto secreto, sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação da culpa? (11)

A todas as luzes, o parágrafo único do artigo 151, combinado com o § 3º do artigo 34, ao qual explicitamente se refere, indica que o abuso de direito

(10) Dispõe o parágrafo único do art. 154 da Carta outorgada em outubro de 1969: "Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer."

(11) O art. 32 da Carta outorgada em outubro de 1969 suprimia a clássica disposição constitucional.

N. R.: Vide o § 3º do art. 32 do texto constitucional vigente (Emenda nº 11, de 1978) *in nota 8.*

individual ou político que o parlamentar, como qualquer pessoa, pode praticar, somente pode ocorrer fora do exercício do mandato. Se o crime for inafiançável e o parlamentar preso em flagrante, os autos deverão ser enviados à Câmara em 48 horas para que ela resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa. Se o crime for afiançável ou se inafiançável não houve prisão em flagrante, a Câmara decidirá acerca da formação da culpa, dando ou negando a licença imprescindível. Em ambos os casos, a licença não será concedida jamais por decurso de prazo sem deliberação, como na hipótese do § 2º do artigo 34, mas obrigatoriamente mediante votação secreta. É o que dispõe o § 3º do artigo 34, ao qual se liga o parágrafo único do artigo 151: "quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do artigo 34, § 3º"

Eis o vero sentido, o inofismável significado do que prescreve o parágrafo único do artigo 151, que nem direta, nem remotamente, colide ou restringe a norma fundamental contida no artigo 34, *caput*.

À CÂMARA COMPETE ZELAR PELAS SUAS PRERROGATIVAS

A Câmara não cabe exonerar-se das suas responsabilidades na defesa das prerrogativas que são suas. O dever é seu e ela não pode transferi-lo a outro Poder. Não pode dar de ombros e confiar em que o Supremo Tribunal vá defender prerrogativas que são suas, não dele. Não se olvide da lição de RUI, sempre atual:

"Regra foi sempre, em matéria de privilégios parlamentares, a de que cada uma das Câmaras componentes do Poder Legislativo tem em si mesmo a magistratura da sua dignidade e a proteção de seus direitos" (*Obras Completas*, v. XX, 1893, t. III, "A Ditadura de 1893", pág. 257).

ASPECTOS POLÍTICOS

Até aqui fiz uma análise do problema em termos estritamente jurídicos, escrupulosamente jurídicos. Peço licença, ao concluir, para fazer duas ou três observações de natureza política, com a mesma isenção e serenidade com que examinei os aspectos jurídicos da questão em debate.

Insisto em lembrar que a Câmara não pode transferir a outro Poder a defesa de suas prerrogativas, nem pode desvestir-se delas. Tenho bem viva a advertência de RAUL PILLA, em situação semelhante. Na sessão de 6 de maio de 1957 dizia o preclaro rio-grandense:

"Para subverter o regime, como agora se pretende, é necessário primeiro anular esta Câmara, é necessário que ela se despoje das suas prerrogativas, que, nua e desarmada, ela se entregue voluntariamente à destruição." E continuava: "Mais que os canhões, mais que os tanques, é a debilidade interna o que ameaça a existência das assembleias representativas. Pretende-se, é verdade, sair da dificuldade por uma tangente. Pretende-se descarregar no Poder Judiciário a tarefa pri-

mariamente nossa de defender a soberania do Poder Legislativo... verifique a Justiça o fundamento da acusação... este raciocínio de PILATOS esbarra num obstáculo irremovível: o artigo 44 (atual 34) da Constituição.”

Por esse tempo, AFONSO ARINOS lembrava reflexão do ilustre AFONSO PENA JUNIOR, que ele dizia ter setenta anos de experiência do Brasil e oitocentos anos de leitura. Para o humanista insigne, jurista de prol e político experimentado, “nada há mais perigoso do que dar carne de gente para onça comer”. Enganam-se os que pensam que, rolada a primeira cabeça, a fome ficará aplacada... (12)

Recorde-se a Câmara da advertência de RUI BARBOSA:

“Uma vez desencadeada, a soberania da conveniência política não conhece limites; rota a cadeia de garantias, não há uma só, que se não perca” (*Anistia Inversa*, 1896, pág. 120; O. C., v. XXIV, 1897, t. III, *Trabalhos Jurídicos*, pág. 158).

Estou a lembrar-me do final do capítulo primeiro do livro segundo de *A Retirada dos Dez Mil*, relato que a Humanidade deve a XENOFONTE. O discípulo de SÓCRATES descreve a situação dos gregos depois da morte de CIRO; sitiados em pleno coração dos Estados de ARTAXERXES, este, servindo-se do grego FALINO, concitou-os a entregar as armas. É assim que XENOFONTE registra o diálogo:

“Neste meio tempo chegou CLEARCO e perguntou que resposta tinham dado os camaradas.

“— Um diz uma coisa, outro diz outra — respondeu FALINO — e ninguém se entende. E a ti que te parece, CLEARCO?”

“— FALINO — obtemperou ele —, é com o maior prazer, de certo partilhado pelos camaradas, que te vejo aqui. Não podia ser doutro modo: és grego, todos os presentes gregos são. Como tal, pedimos-te o teu parecer desinteressado quanto à situação em que nos achamos. Pelos deuses imortais, aconselha-nos o que há de melhor a fazer sem prejuízo da nossa honra e lembra-te que te podes cobrir de glória pela maneira como o fizeres. A tua voz ficará a ressoar na posteridade, pois em toda a Grécia não deixará de vir a dizer-se: tal e tal foi o conselho de FALINO, enviado aos compatriotas por Artaxerxes para que entregassem as armas.

O intuito de Clearco, com linguagem tão capciosa, era levar Falino a aconselhar aos gregos que não entregassem as armas, esperançado em que assim lhes levantaria o ânimo. Mas Falino ladeou e respondeu-lhe nestes termos contra a sua expectativa:

“— Se tendes uma probabilidade contra mil de vencer a ARTAXERXES, digo-vos que não entregueis as armas. Agora, se não vedes salvação possível na resistência, então o melhor é lançar mão dos meios que se vos oferecem.

(12) Várias dezenas de parlamentares foram eliminados do Congresso por ato do Executivo.

“— É esse o teu pensamento? — retorquiu CLEARCO. — Agora ouve o nosso e vai com ele a ARTAXERXES: temos ou não temos de ser amigos dele? Se temos, ser-lhe-emos mais úteis conservando as armas. Se não temos, melhor combateremos conservando-as do que privando-nos delas.”

Temos ou não temos de subsistir? Se temos, devemos subsistir por inteiro, e não por partes. Se não temos, convém que, conservando as prerrogativas que são da Câmara, desapareçamos com ela, sem capitular.

O ANTECEDENTE DE 1936

Desde que este caso chegou aqui não tenho cessado de refletir sobre o que ocorreu em 36, quando à Câmara chegou um pedido para processar alguns deputados e ao Senado, um senador. Entre aqueles estava um dos maiores deputados brasileiros de todos os tempos, o príncipe dos seus oradores, na frase de JOÃO NEVES, o constitucionalista exímio, o discípulo amado de RUI BARBOSA: JOÃO MANGABEIRA. A despeito de todos os argumentos, a licença foi dada. E JOÃO MANGABEIRA esteve preso quinze meses e dois dias; e depois de quinze meses e dois dias de prisão, retornou à Câmara, absolvido pelo Superior Tribunal Militar; e fez, então, um discurso tremendo, cujas frases parecem látigos de fogo; e a Câmara teve de ouvir o libelo implacável, muda, porque ela era a ré, porque ela não soubera defender a prerrogativa que era sua.

E note-se, não se tratava de imunidade de direito material; tratava-se de imunidade processual: atribuía-se ao Deputado MANGABEIRA e a outros a participação em movimentos insurrecionais, estranhos, naturalmente, ao exercício do mandato. A esse tempo, na sessão de 6 de julho de 36, JOÃO NEVES DA FONTOURA, o formoso orador que tão alto elevou as tradições da eloquência rio-grandense, terminou seu notável discurso com estes conceitos de palpitante atualidade:

“Mas para mim o que está em debate não é a liberdade de quatro cidadãos investidos da representação nacional. O que tendes de julgar é a própria Constituição da República. Abrindo o ciclo de conferências em Buenos Aires, RUI BARBOSA disse com a segurança proverbial: “o que interessa saber no tocante a um país que se diz constitucional, não se tem uma constituição, mas se pratica a que tem.” Aí, o problema de hoje, em toda a sua gravidade. O Executivo transmite à Câmara toda a majestade de um poder, que deve pairar junto dos outros no mesmo pé de igualdade. Agora, basta de palavras. Vamos aos votos. Eles dirão se assistimos uma sessão histórica ou se já desceram as trevas da noite sobre o cadáver da democracia brasileira” (*As Imunidades Parlamentares e o Estado de Guerra*, 1936, págs. 58 e 59).

Aos votos, a maioria respondeu com a licença, a licença que significava a prisão e o processo, quinze meses e dois dias de prisão, processo que terminou pela absolvição e o retorno de MANGABEIRA à Câmara para proferir, na sessão de 10 de julho de 37, o libelo tremendo que ainda hoje queima como ferro em brasa, no qual escalpela os crimes, os abusos, as violências praticadas,

e no qual não poupa a maioria da Câmara nem a sua Presidência, que pensando salvar-se entregava a cabeça de alguns dos seus. Quatro meses depois, exatamente quatro meses após ouvir a oração do eloqüente tribuno baiano, a Câmara, que não soubera comportar-se, que não soubera defender as prerrogativas que eram dela, foi fechada aos 10 de novembro de 1937.

SEMELHANÇAS CURIOSAS

Outra coisa que me está a impressionar é o conjunto de circunstâncias, dir-se-á, acidentais, que aproxima 1968 de 1936. Note-se o paralelismo entre as duas épocas: Presidentes da República, dois gaúchos: Vargas e Costa e Silva; Presidentes da Câmara, dois mineiros: Antônio Carlos e José Bonifácio, pertencentes ambos à mesma gens ilustre dos Andradas; Ministros da Justiça, dois paulistas: Vicente Rao e Gama e Silva, ambos professores da mesma Faculdade de Direito; Líderes da maioria, dois mineiros: Pedro Aleixo e Geraldo Freire.

São coisas estranhas estas, que, parece, deviam constituir advertência, até porque, depois do 10 de novembro de 37, muitos dos que haviam aberto mão das prerrogativas parlamentares haveriam de sofrer as perseguições e até as punições do Estado Novo, que estava em gestação. O primeiro foi ANTÔNIO CARLOS, cuja carreira em ascensão permanente entrou em declínio; logo depois, já em 37, era substituído na Presidência da Câmara pelo Sr. PEDRO ALEIXO, hoje (outro traço a aditar ao quadro antes esboçado) Presidente do Congresso. Dos incômodos do Estado Novo não foi imune o líder da maioria em 36, o ilustre Sr. PEDRO ALEIXO. E o Presidente da Comissão de Constituição e Justiça quando do parecer para prender e processar deputados haveria de perder sua cátedra na Faculdade de São Paulo nos termos do famigerado artigo 177 da Carta outorgada em 10 de novembro. Sirva isto de advertência e lembrança.

PALAVRAS FINAIS

Volto os olhos para o berço das instituições parlamentares, e repito as palavras com que GEORGE PETTY encerrou seu livro *Lex Parliamentaria*, publicado nos fins do século XVII, em 1690:

“Nada deve ser tão caro às Comunas da Grã-Bretanha, como um Parlamento livre, isto é, uma Câmara dos Comuns livre e independente em todos os sentidos; livre em suas pessoas; livre em suas propriedades; livre em suas eleições; livre em seus escrutínios; livre em suas reuniões; livre em seus discursos, debates e resoluções; livre para queixar-se dos delinquentes; livre em sua perseguição aos delitos; livre, portanto, de qualquer temor ou influência de outros, por poderosos que sejam; livre para defender-se das invasões do poder arbitrário; livre para proteger a liberdade dos súditos, e, sem embargo, livre para destinar uma parte dessas propriedades, quando for necessário, ao serviço público.”

Que assim seja o Parlamento Brasileiro: livre, sempre livre, livre enquanto existir!

Inviolabilidade dos parlamentares

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito da
Universidade de S. Paulo e Universi-
dade Católica de S. Paulo.

No que ao Congresso diz respeito, põe-se como essencial a busca da resposta à questão: por que a licença? Qual a razão pela qual processos criminais contra parlamentares dependem de licença de sua Câmara? (§ 1.º do art. 32 da Constituição).

— I —

A Casa legislativa — ao decidir pela concessão ou não — não procede a julgamento técnico judiciário, mas simplesmente decide se o ato questionado, praticado por um membro seu, é inerente à função (se dela decorre, ou por ela é implicado) ou é ato privado, desvinculado, desligado do *munus* parlamentar, não merecendo a cobertura do Poder Legislativo.

Ao decidir, a Câmara estará implicitamente definindo se aquele ato concreto foi praticado como uma extensão ou como uma implicação do exercício da função parlamentar, ou não.

Este juízo, esta apreciação, esta encampação a Constituição a deferiu, em caráter de exclusividade, ao Congresso Nacional. Só após feito este pronunciamento — que pode ser expresso ou tácito — é que o Judiciário tem instaurada a sua jurisdição, para apreciação do caso concreto (§ 2º do art. 32).

— II —

O instituto da inviolabilidade não se constitui em privilégio de determinados cidadãos, *mas sim em prerrogativa de determinadas funções.*

Não são só os parlamentares que gozam de prerrogativas desse tipo. Também os órgãos de cúpula do Poder Executivo e magistrados.

A inviolabilidade se explica pela necessidade institucional — universalmente reconhecida — de que os parlamentares desempenhem suas funções, com independência e desassombro, sob pena de não o fazerem corretamente, sem temor de qualquer consequência, como o requer o mecanismo constitucional.

Também as instituições exigem — para seu perfeito funcionamento — que os juízes desempenhem suas atribuições sem qualquer tipo de receio (presente ou futuro), com relação aos atos que, de ofício, devam praticar.

Os integrantes da magistratura são protegidos até mesmo contra a própria instituição, o que acontece especialmente no que diz respeito à sua inamovibilidade.

Os predicamentos da magistratura — à semelhança da inviolabilidade dos parlamentares — não constituem privilégio de pessoas, mas prerrogativas de função, estabelecidas tendo em vista assegurar efetivamente (até as suas últimas conseqüências) a independência no desempenho do encargo de julgar.

Quer a Constituição que o juiz seja imparcial e não tenha receio de desagradar, nem preocupação de agradar, mas que cumpra seu dever.

O mesmo quer e espera dos parlamentares.

Por isso CELSO BASTOS sustenta que as prerrogativas dos magistrados e congressistas são garantias do povo: asseguram-lhe que esses agentes públicos desempenharão seus misteres e encargos com isenção, independência e desassombro, só preocupados em cumprir suas funções corretamente e curvados unicamente aos imperativos de suas consciências.

— III —

A injúria envolve e requer um tipo de *animus* que não se confunde com o *animus* característico do desempenho das atribuições inerentes à função parlamentar.

Por outro lado, o *animus* peculiar dos crimes contra honra não se presume nos pronunciamentos parlamentares. Ele há de ser provado exaustiva e cabalmente.

A eventual paixão que envolve um congressista se presume ditada pelos imperativos de seu mandato, de suas idéias.

O parlamentar expressa pensamentos, idéias, angústias, anseios, sentimentos e frustrações dos mandantes, daqueles a quem representam, agindo dentro ou fora do Parlamento.

Porque o senador ou deputado é mandatário do povo aonde quer que vá e não só no Congresso.

Daí a razão pela qual a inviolabilidade não se restringe à tribuna, mas a todos os pronunciamentos. É o que diz, de modo amplo, extensivo e abrangente o texto constitucional: “opiniões, palavras e votos”.

Reputou o constituinte brasileiro — à semelhança do que o fizeram os de outros países civilizados ocidentais e que adotam os padrões institucionais que nos caracterizam — que mais vale o risco de eventuais excessos do que o perigo de omitir-se o parlamentar, ou o de ser um mau ou inadequado portavoz do pensamento popular.

Pois a isto pode ele ser levado se as condições objetivas de sua independência não forem asseguradas.

Por idêntica razão, JEFFERSON — artífice da independência americana — manifestou o entendimento de que, se devesse optar entre a existência de imprensa livre “com todos os seus riscos e eventuais inconvenientes e excessos” e a existência de um governo forte, inquestionavelmente, sem vacilação, optaria pela existência da imprensa livre.

A liberdade da manifestação do pensamento é reputada — à luz do Direito Constitucional e da moderna ciência política — valor dos mais elevados, dentre os consagrados constitucionalmente.

— IV —

A decisão do Congresso Nacional, ao conceder ou não licença para o processo criminal de seus membros, é uma decisão soberana e jamais pode significar qualquer menoscabo ou desconsideração para com o Poder Judiciário.

A Câmara legislativa decide livremente. Cada membro seu vota em consciência.

Parece evidente que a inviolabilidade não se restringe à tribuna ou a pronunciamentos que sejam típicos e específicos da função. A inviolabilidade é estabelecida não só na função, mas *propter* exercício funcional (em razão da titularidade do mandato).

Daí o cobrir o desembaraço da manifestação de opiniões dos congressistas, onde quer que eles a façam.

Quando a Constituição alude a “opiniões”, está se referindo ao uso da palavra em toda e qualquer circunstância. Não obstante isso, o texto constitucional foi enfático, para ainda estender a cobertura da imunidade “às opiniões, palavras e votos” (art. 32).

— V —

Parece evidente que, se o *animus* do agente visa a honra de outrem, então, sim, caracteriza-se a figura delituosa, cabendo a aplicação da punição.

Se, entretanto, o *animus* é sustentar uma tese, despertar a atenção, denunciar um ato, e esta manifestação envolve eventualmente, acidentalmente, a honra de alguém, esta circunstância maior absorve a menor, fazendo com que desapareça o crime.

A figura da licença tem o sentido de permitir que um órgão político, como é o Congresso, decida uma questão preliminar — embora diretamente vinculada ao mérito — antes que o Poder Judiciário se dedique ao exame deste mérito (o que será feito de modo técnico e sem a liberdade de indagação e amplitude de discussão que caracterizam a decisão política).

A licença é concedida pelo Congresso, no caso deste reconhecer que a manifestação do parlamentar foi feita numa questão pessoal, privada, particular.

Concedendo a licença, o Congresso se desvincula daquele ato e proclama a não-inerência do ato ao exercício da função parlamentar.

Desta forma, a Constituição entrega ao próprio Congresso a avaliação da eventual inerência entre o ato inquinado e o exercício da função parlamentar.

Ao conceder a licença, a Casa legislativa desliga a instituição do agente, ou melhor, do ato daquele agente, e decide, proclama que o parlamentar não agiu como tal, naquele caso.

Se pode haver dúvida quanto à configuração do crime — exatamente em função de certas peculiaridades de difícil apreciação por um órgão técnico, como o Judiciário —, o Congresso a dirimirá.

A possível discutibilidade da caracterização de um determinado pronunciamento — no sentido de configurá-lo ou não como crime contra honra —, desde que envolva, ou que esteja próximo do exercício da função parlamentar, impõe que a apreciação deste ato seja feita com critérios menos técnicos e mais políticos.

Dizer se uma opinião, manifestada por um senador ou deputado, de algum modo deixa de ser pessoal (privada, particular), para dever ser reputada reflexo, desdobramento ou implicação da função, é competência soberana e incontestável da própria Câmara a que o parlamentar pertence.

Assim como as decisões soberanas e irrecorríveis do Supremo Tribunal são julgadas pela consciência popular, como o afirmou RUI BÁRBOSA — nosso jurista máximo e paradigma de parlamentar —, também tais decisões do Congresso só são sujeitas ao julgamento que se processa na consciência popular.

Essa é a razão pela qual a Constituição defere ao Congresso a decisão sobre essa preliminar. E ainda com a vantagem de que a Constituição poupa o Congresso, muitas vezes, de formular um pronunciamento explícito. Basta que se escoo o prazo constitucionalmente previsto, para que se repute concedida a licença (§ 2.º do art. 32).

— VI —

Outras considerações de grande importância ainda podem ser formuladas.

Pode acontecer de um determinado parlamentar, num momento, ver-se envolvido em um processo, por razões aparentemente procedentes, à luz de um julgamento exclusivamente técnico do caso.

Mas, sabe o Congresso que alguns parlamentares — em virtude de outros fatores políticos, de outras razões, que nada têm a ver com o ato questionado — merecem uma especial atenção, particular cuidado, que o induz a estender-lhes esta inviolabilidade, com relação inclusive a eventual caso aparentemente privado. Ilações com tal alcance nenhum órgão pode estabelecer a não ser o Congresso.

São avaliações e juízos de caráter político, que só o Congresso — na sua plena intensidade e amplitude — pode formular.

— VII —

A mesma coisa acontece em relação ao Presidente da República. Também ele goza de um estatuto especial, mediante o qual só pode ser responsabilizado na forma dos arts. 82 e 83 da Constituição — e nos casos ali expressos — posteriormente “definidos” por lei ordinária.

Pois estas prerrogativas — que se concedem ao Chefe do Poder Executivo — têm precisamente em mira assegurar a sua independência no exercício da função, que deve ser desempenhada com igual desassombro, sem temores ou receios da responsabilidade por certos atos ou opiniões.

Que imparcialidade terá o juiz — por exemplo — que temer, de alguma forma, as conseqüências de algum pronunciamento? Que independência terá o Chefe do Executivo que se arreicie da responsabilidade que acarretam certas decisões que desagradam os poderosos?

Que desenvoltura terá o parlamentar que titubeia algumas vezes, no exercício da função de denunciar, questionar, discutir, provocar dúvidas — muitas vezes, para o simples efeito de suscitar discussão e fazer surgirem as provas —, levantar as questões que direta ou indiretamente envolvam o comportamento de pessoas, cujo poder de reação (e portanto retaliação) possa vir a atingi-lo?

A Emenda Constitucional n.º 11

Prof. DR. PAULINO JACQUES

Da Faculdade de Direito da UERJ e da ABLJ

SUMÁRIO

- I — Os artigos da Constituição alterados.
- II — Os direitos individuais restabelecidos.
- III — A extinção da competência excepcional do Presidente da República.
- IV — O estado de emergência e o estado de sítio.
- V — A competência do Presidente do Senado e as imunidades parlamentares.
- VI — A perda ou suspensão de mandato e o processo de emenda constitucional.
- VII — O decreto-lei, a competência do Presidente da República e a perda do mandato.
- VIII — Os partidos políticos.
- IX — As penas de morte, de prisão perpétua e de banimento.
- X — O subsídio de ex-Presidentes da República.
- XI — A inelegibilidade e a suspensão dos direitos políticos.

I — OS ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO ALTERADOS

Em data de 13 de outubro de 1978, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a *Emenda Constitucional n.º 11*, publicada no *Diário Oficial* de 17 de outubro de 1978, e que passou a vigorar a partir de 1.º de janeiro de 1979, *ex vi* do disposto em seu art. 4.º

Ela alterou os seguintes preceitos da Constituição Federal de 1969:

- 1) Art. 29, § 1.º, alínea *a*;
- 2) Art. 32 e § 1.º, *usque* 4.º;
- 3) Art. 35, § 4.º;

- 4) Art. 47, § 2º;
- 5) Art. 48;
- 6) Art. 55, § 1º;
- 7) Art. 81, item XVI;
- 8) Art. 137, item IX;
- 9) Art. 152, itens I *usque* VIII e parágrafo único;
- 10) Art. 153, § 11;
- 11) Art. 155 e parágrafos;
- 12) Art. 156 e parágrafos;
- 13) Art. 157 e parágrafo único;
- 14) Art. 158;
- 15) Art. 159;
- 16) Art. 184;
- 17) Art. 185.

II — OS DIREITOS INDIVIDUAIS RESTABELECIDOS

O Presidente da República, na mensagem justificativa do Projeto de Emenda Constitucional, acentuou que “o Projeto de Emenda elimina do sistema legal os diplomas de exceção, sem desarmar o Estado, antes dotando-o dos instrumentos necessários à defesa da sociedade e assegurando plenamente os direitos e garantias individuais”. Realmente, o art. 3º da Emenda Constitucional nº 11 “revoga os Atos Institucionais e Complementares no que contrariarem a Constituição Federal”, isto é, toda a “legislação conjuntural”, oriunda da Revolução de 1964 (veja de PAULINO JACQUES, *A Constituição Explicada*, 4ª edição, Forense, 1976, págs. 9 e segs.). Mas, esse mesmo art. 3º, *in fine*, “ressalva os efeitos dos atos praticados com base nos referidos Atos, os quais estão excluídos de apreciação judicial” — o que se impõe como medida asseguratória da estabilidade político-jurídica, imprescindível à sobrevivência do Estado.

Como observa a mencionada justificação do Projeto, foram restabelecidos em consequência da aprovação da Emenda:

- a) o instituto de *habeas corpus* (Constituição, art. 153, § 20);
- b) as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (Constituição, arts. 100 e 113).

III — A EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA EXCEPCIONAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

E, ainda, foi extinta a competência atribuída ao Presidente da República — por força da conjuntura político-social em que vivia o País para praticar, entre outros, os seguintes atos:

- a) declarar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, e, em consequência, a competência para o Poder Executivo correspondente de legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas *Constituições ou Leis Orgânicas dos Municípios*;
- b) decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição (art. 15, § 3º);
- c) suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos e cassar mandatos eletivos;
- d) demitir, remover, aposentar, pôr em disponibilidade membros da Magistratura, funcionários públicos e empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista;
- e) demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios;
- f) decretar e prorrogar o estado de sítio sem aprovação do Congresso Nacional;
- g) banir brasileiros (Constituição, art. 153, § 11).

Bem se percebe quão amplos eram os poderes discricionários do Presidente da República, que os exerceu na medida das necessidades, sem abusos ou desvios.

IV — O ESTADO DE EMERGÊNCIA E O ESTADO DE SÍTIO

Vale destacar duas inovações da Emenda:

- a) a instituição do estado de emergência;
- b) a criação do Conselho Constitucional.

O estado de emergência é oriundo da Inglaterra (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) — “state of emergency” — que é “declarado pelo Rei em Conselho Privado e submetido à homologação do Parlamento”, em caso de guerra ou graves perturbações da ordem pública (veja de PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição, Forense, 1977, pág. 516). Os Estados Unidos da América também o adotam em termos semelhantes, mas em caso de “rebelião ou invasão” (veja de PAULINO JACQUES, *op. et loc. cit.*). O Brasil também o adotou na Constituição Federal de 1937 (arts. 166 e ss.).

O “estado de emergência”, atualmente, está disciplinado pela Emenda Constitucional nº 11, nos seguintes termos:

“Art. 158 — O Presidente da República, ouvido o Conselho Constitucional (art. 159), poderá decretar o estado de emergência, quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repelir as atividades subversivas a que se refere o art. 156.

§ 1º — O decreto que declarar o estado de emergência determinará o tempo de sua duração, especificará as regiões a serem atingidas e indicará as medidas coercitivas que vigorarão, dentre as discriminadas no art. 156, § 2º

§ 2º — O tempo de duração do estado de emergência não será superior a 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período, se persistirem as razões que lhe justificarem a declaração.

§ 3º — O decreto de estado de emergência ou de sua prorrogação será comunicado, dentro de 5 (cinco) dias, com a respectiva justificação, pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

§ 4º — No caso do parágrafo anterior, se o Congresso Nacional não estiver reunido, será convocado pelo Presidente do Senado Federal, dentro de 5 (cinco) dias contados do recebimento do decreto, devendo as duas Casas permanecer em funcionamento, enquanto vigorar o estado de emergência.

§ 5º — Aplica-se ao estado de emergência o disposto no artigo 156, § 7º, e no art. 157 e seu parágrafo único.”

Os textos acima transcritos restringem o arbítrio do Presidente da República, quer pela enumeração dos casos em que estabelecem a medida excepcional (guerra e atividades subversivas), quer pela fixação do tempo de sua duração (não superior a 90 dias, com prorrogação, se for o caso), quer pelo pronunciamento do Congresso Nacional, dentro de 5 dias de sua decretação, o qual permanecerá atento à conjuntura.

Demais, as medidas coercitivas que o Presidente da República poderá tomar serão as mesmas autorizadas em estado de sítio e que são:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;
- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;
- e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;
- f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas;
- g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

Findo o estado de emergência, cessarão os seus efeitos, e o Presidente da República, dentro de 30 dias, enviará mensagem ao Con-

gresso Nacional com a justificação das providências adotadas (art. 157 da Constituição com a nova redação da Emenda). A inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de emergência tornará ilegal a coação e permitirá ao paciente recorrer ao Poder Judiciário (parágrafo único do art. 157 cit.).

Também poderão ser suspensas as imunidades dos Deputados e Senadores, durante o estado de emergência, por deliberação das Casas a que pertencem (§ 7º do art. 156 cit.).

Quanto ao estado de sítio — originário, modernamente, da França (“état de siège”) e aperfeiçoado na Alemanha (“notrecht”) — foi mantido pela Emenda Constitucional nº 11, de acordo com a nossa tradição republicana, especialmente, e em termos semelhantes ao estabelecido na Constituição Federal de 1969, *in verbis*:

“Art. 155 — O Presidente da República, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados no § 2º do art. 156, desde que não excedam o prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período.

§ 1º — O Presidente da República, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, dará ciência das medidas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinaram.

§ 2º — Na hipótese da determinação de novas medidas, além daquelas iniciais, proceder-se-á na forma do parágrafo anterior.

Art. 156 — No caso de guerra, ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio.

§ 1º — O decreto de estado de sítio especificará as regiões que essa providência abrangerá e as normas a serem observadas, bem como nomeará as pessoas incumbidas de sua execução.

§ 2º — O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;

- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;
- e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;
- f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e
- g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

§ 3º — A duração do estado de sítio, salvo em caso de guerra, não será superior a 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogada, se persistirem as razões que o determinaram.

§ 4º — O decreto de estado de sítio ou de sua prorrogação será submetido, dentro de 5 (cinco) dias, com a respectiva justificação, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional.

§ 5º — Se o Congresso Nacional não estiver reunido, será convocado imediatamente pelo Presidente do Senado Federal.

§ 6º — Durante a vigência do estado de sítio e sem prejuízo das medidas previstas no art. 154, também o Congresso Nacional, mediante lei, poderá determinar a suspensão de outras garantias constitucionais.

§ 7º — As imunidades dos Deputados Federais e Senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio por deliberação da Casa a que pertencerem.

Art. 157 — Findo o estado de sítio, cessarão os seus efeitos e o Presidente da República, dentro de 30 (trinta) dias, enviará mensagem ao Congresso Nacional com a justificação das providências adotadas.

Parágrafo único — A inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de sítio tornará ilegal a coação e permitirá ao paciente recorrer ao Poder Judiciário.”

A apreciação dos textos acima transcritos dispensa quaisquer “explicações”, pois é, ainda, válido o velho brocardo *in claris cessat interpretatio*. Todavia, quem desejar maiores esclarecimentos poderá consultar a nossa *A Constituição Explicada* (cit., págs. 171 *usque* 174).

Com relação ao Conselho Constitucional, criado pelo art. 159 da Emenda Constitucional nº 11, e que se compõe do Presidente da República, que o preside, e de membros natos — o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Ministro responsável pelos negócios da Justiça e um Ministro repre-

sentante das Forças Armadas —, é de se reconhecer que se cogita de órgão da mais alta hierarquia legal, dada a sua composição e ao qual certamente serão atribuídos encargos da mais alta responsabilidade. A lei ordinária deverá cuidar do assunto, tendo em vista que o preceito não é *self-executing*. Demais, esse Conselho não se parece nem com o Comitê Constitucional da França, nem com o da Itália; é *sui generis*.

V — A COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO SENADO E AS IMUNIDADES PARLAMENTARES

O art. 29, § 1º, alínea *a*, da Constituição Federal de 1969, passou a ter a seguinte redação:

“*a*) pelo Presidente do Senado Federal, em caso de declaração de estado de sítio, de estado de emergência ou de intervenção federal;”

O preceito apenas acrescentou o “estado de emergência”, que inexistia na Constituição Federal.

O art. 32 e seus §§ 1º *usque* 4º da Constituição foi inteiramente reformulado, havendo a Emenda acrescentado mais três parágrafos, *in verbis*;

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

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

§ 2º — Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido, dentro de 40 (quarenta) dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença.

§ 3º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa.

§ 4º — Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º — Nos crimes contra a segurança nacional, cujo processo independe de licença da respectiva Câmara, poderá o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e atenta à gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 6º — A incorporação às Forças Armadas, de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 7º — As prerrogativas processuais dos Senadores e Deputados arrolados como testemunhas não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de 30 (trinta) dias, ao convite judicial.”

Como se observa, as “imunidades” de Deputados e Senadores, isto é, a sua inviolabilidade no exercício do mandato, foram ampliadas — porque suprimidas as exceções de “injúria, difamação ou calúnia”, em que prevalece a inviolabilidade (veja de PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., págs. 287 e ss.).

Também foi ampliado o período em que a inviolabilidade é assegurada — pois começa com “a expedição do diploma” e vai “até a inauguração da legislatura seguinte” (§ 1º *supra*) — com o que se restabeleceu nossa tradição republicana.

Os dois últimos parágrafos (6º e 7º) reproduzem normas anteriores da Constituição (§§ 3º e 4º), porém o § 5º estabelece rito especial no recebimento da denúncia contra Deputado ou Senador nos crimes contra a segurança nacional.

VI — A PERDA OU SUSPENSÃO DE MANDATO E O PROCESSO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

No § 4º do art. 35 da Constituição, incluiu-se mais um caso de perda ou suspensão de mandato de Senador ou Deputado, automático, na hipótese prevista no aludido § 5º do art. 32 *supra*-referido.

No § 2º do art. 47 da Constituição incluiu-se o estado de emergência como impeditivo de Emenda à Constituição, tanto quanto o estado de sítio.

O art. 48 da Constituição Federal com a Emenda, veio facilitar o processo de modificação do Estatuto Supremo, como se vê do novo texto:

“Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada, em reunião do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, dentro de 90 (noventa) dias a contar de seu recebimento, considerando-se aprovada, quando obtiver em ambas as votações, maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas.”

Embora haja sido aumentado o prazo para discussão e votação da Emenda, de 60 para 90 dias, reduziu-se o *quorum* de aprovação, de 2/3 (dois terços) para maioria absoluta (metade da totalidade dos Deputados e Senadores mais um).

VII — O DECRETO-LEI, A COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E A PERDA DO MANDATO

O § 1º do art. 55 da Constituição passou a ter a seguinte redação:

“Art. 55, § 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará dentro de 60 (sessenta) dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.”

A inovação está apenas na oração intercalada, “a contar do seu recebimento”, a fim de prevenir controvérsia.

O art. 81, item XVI, foi acrescido nos termos que seguem:

“Art. 81, item XVI — determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência”.

Criados o estado de emergência e as medidas de emergência, é óbvio que a ambos se estendesse a competência presidencial para dispor sobre eles.

O item IX do art. 137 da Constituição passou a ter a seguinte redação:

“Art. 137, item IX — a decretação da perda de mandato de Senadores, Deputados e Vereadores nos casos do § 5º do art. 152.”

O texto limita-se a substituir o parágrafo único do art. 152 da Constituição pelo § 5º do mesmo artigo alterado pela Emenda. (Veja adiante a “explicação” a esse dispositivo.)

VIII — OS PARTIDOS POLÍTICOS

O art. 152, seus itens e parágrafo único da Constituição Federal — que cuida dos Partidos Políticos, constituindo o Capítulo III do Título II dessa Constituição — sofreram alterações, não só em sua sistemática, mas também em seu conteúdo, em face do previsto na Emenda.

“Art. 152 — A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.

§ 1º — Na organização dos partidos políticos serão observados os seguintes princípios:

I — regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais;

II — personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III — inexistência de vínculo, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV — âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou municipais.

§ 2º — O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências:

I — filiação ao partido de, pelo menos, 10% (dez por cento) de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que tenham, como fundadores, assinado seus atos constitutivos; ou

II — apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles;

III — atuação permanente, dentro do programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral;

IV — disciplina partidária;

V — fiscalização financeira.

§ 3º — Não terá direito a representação o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipótese em que serão consideradas nulas.

§ 4º — A extinção dos partidos dar-se-á na forma e nos casos estabelecidos em lei.

§ 5º — Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

§ 6º — A perda do mandato, nos casos previstos no parágrafo anterior, será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa."

Realmente o artigo supratranscrito melhora a sistemática do art. 152, separando os requisitos da "organização" dos partidos dos do "funcionamento".

O § 1º, que dispensa "explicações", por sua clareza e exatidão, enumera os *princípios* a que os partidos devem obedecer ao se *organizarem*.

No § 2º especificaram-se as *exigências* impostas aos partidos para que possam *funcionar*, prescindindo o mesmo de "explicações" por motivos idênticos.

A Emenda, outrossim, procura moderar o pluripartidarismo, que esfacela a opinião pública, por sua excessiva divisão e é um mal, enfraquecendo os partidos (veja de PAULINO JACQUES, *A Constituição Explicada*, cit., págs. 153, e ss.)

Dá, estatuir o § 3º do art. 152 da Emenda que “não terá direito a representação o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipótese em que serão “consideradas nulas”, isto é, “5% do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”.

Vale observar que a Emenda suprimiu a proibição de “coligações partidárias”, que não passam de “cambalachos políticos” atentatórios ao idealismo dos partidos, mas que servem aos seus interesses pragmáticos — infelizmente comum em nossos dias em todo o mundo.

Outra inovação da Emenda que merece destaque é o que diz respeito aos “deputados trânsfugas”, que deixam o partido sob cuja legenda foram eleitos (veja de PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, cit, pág. 154), representantes esses que não perdem o mandato, desde que “participem, como fundadores, da constituição de novo partido”. Essa exceção visa, obviamente, a estimular o pluripartidarismo, que, como acima notamos, pode ser um mal.

Demais, o art. 2º da Emenda abre outra exceção, também visando ao estímulo do pluripartidarismo, quando dispõe que “para os efeitos do disposto nos §§ 5º e 6º do art. 152 da Constituição Federal, não configura ato de infidelidade partidária, a filiação de Senador, Deputado federal, Deputado estadual e Vereador a partido já constituído, dentro do prazo de um ano a contar da vigência desta Emenda”.

Não nos parece acertada essa exceção que vem favorecer o pluripartidarismo quase sempre nocivo, como demonstra a história política da França e da Itália, e a nossa própria após a Revolução de 1930. A verdadeira democracia repousa na *qualidade* e não na quantidade dos partidos — qual ocorre no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e nos Estados Unidos da América.

IX — AS PENAS DE MORTE, DE PRISÃO PERPÉTUA E DE BANIMENTO

O § 11 do art. 153 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

“Art. 153, § 11 — Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.”

O preceito suprimiu os outros tipos de guerra, aliás, *interna* (“guerra psicológica, adversa, ou subversiva”) — casos em que poderiam ser apli-

cadadas aquelas penas (morte, prisão perpétua e banimento), na conformidade da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898, de 29-9-1969).

Ainda, o aludido § 11 do art. 153 da Emenda suprimiu a parte final do texto constitucional (“cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta”), certamente, porque o legislador considera expressão redundante em face do conceito atual de “função pública”.

X — O SUBSÍDIO DE EX-PRESIDENTES DA REPÚBLICA

Em boa hora, o art. 184 da Emenda deu nova redação ao mesmo preceito, eliminando a condição restritiva, “desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos”, para fazer jus ao direito que assegura, *in verbis*:

“Art. 184 — Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual aos vencimentos do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.”

A nós parece justo o dispositivo da Emenda, visto como “quem foi Rei, sempre é Majestade”, e esta implica nobreza, que o adágio francês, tão sábio quanto aquele, bem traduz na expressão “noblesse oblige”.

O preceito só aproveitará ao ex-Presidente JANIO QUADROS, porque os outros já faleceram (já faleceram JOÃO GOULART e JUSCELINO KUBITSCHKE) — inexistindo qualquer dúvida quanto aos demais: EMÍLIO MÉDICI e ERNESTO GEISEL.

XI — A INELEGIBILIDADE E A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Por fim, o art. 185 da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda, liberalizou a inelegibilidade de que trata, *in verbis*:

“Art. 185 — A inelegibilidade para o exercício de qualquer função pública ou sindical, além dos casos previstos nesta Constituição e em lei complementar, vigorará enquanto o cidadão estiver com seus direitos políticos suspensos.”

De fato, se de um lado, ampliou o campo de ação do preceito, com a expressão “qualquer função pública ou sindical” — eliminando a enumeração constitucional, de outro lado, reduziu o tempo de duração dessa inelegibilidade com a perífrase, “vigorará enquanto o cidadão estiver com seus direitos políticos suspensos”.

Essa restrição impunha-se, por legalidade e justiça, a menos que se pretendesse impor a esses cidadãos uma “inelegibilidade perpétua”, incompatível com o regime democrático que adotamos e para cuja plenitude caminhamos a passos firmes.

Reflexos da Emenda Constitucional n.º 7 no Processo Civil e na Organização Judiciária dos Estados

Des. LUÍS ANTONIO DE ANDRADE

SUMÁRIO

I — Introdução

II — Reflexos de ordem processual

1. Representação do Procurador-Geral para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.
2. A advocatória.
3. Contencioso administrativo.
4. Outras inovações.

III — Reflexos na organização judiciária dos Estados

1. A instituição do Conselho Nacional da Magistratura.
2. A instituição de "órgão especial" nos Tribunais numerosos.
3. As questões de direito marítimo e de navegação.
4. Leis de organização e divisão judiciárias.
5. Substituição dos desembargadores.
6. Curso de preparação para o ingresso na magistratura.
7. Direito à promoção.
8. Escola de aperfeiçoamento do magistrado.
9. Outras inovações.

IV — Conclusão

Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Curitiba), em 27 de novembro de 1978 — texto atualizado.

I — INTRODUÇÃO

1 — Como é do conhecimento de todos, a partir de abril de 1974, teve início, entre nós, o movimento destinado à “Reforma do Poder Judiciário”, movimento esse do qual resultou, decorrido pouco mais de um ano, a remessa, ao Sr. Presidente da República, do “Diagnóstico” aprovado pelo Supremo Tribunal Federal.

A implantação da “Reforma” tornou necessárias duas providências legislativas: em primeiro lugar, a alteração da Carta de 1969; e, a seguir, a edição de Lei Complementar, denominada “Lei Orgânica da Magistratura Nacional”.

2 — Das modificações de ordem constitucional havidas, apenas cuidaremos das que, de algum modo, se relacionam com o processo civil e com a organização judiciária dos Estados.

Começemos pelas que dizem respeito ao processo civil.

II — REFLEXOS DE ORDEM PROCESSUAL

1 — Representação do Procurador-Geral para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual

3 — Antes da Emenda Constitucional nº 7, só previa nossa Carta Magna o conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representações a ele feitas pelo Procurador-Geral da República, para o efeito de declaração de **inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, I). Dessa faculdade valeu-se, em inúmeras oportunidades, o Chefe do Ministério Público, e as mais variadas disposições legais — principalmente normas das Constituições dos Estados — foram cassadas, por eivadas de inconstitucionalidade.

4 — A novidade introduzida pela Emenda de Abril consistiu em haver ampliado o direito de representação por parte do Procurador-Geral, autorizando-o a também pedir o pronunciamento do Supremo sobre a exata **interpretação de lei** ou ato normativo federal ou estadual. Trata-se de pronunciamento **em tese**, desligado e independente de qualquer caso concreto. E a decisão da mais alta Corte, uma vez tomada, terá eficácia **vinculativa**, impondo-se a toda a Justiça brasileira, e, quiçá, ao próprio Supremo Tribunal Federal.

5 — O objetivo da introdução desse princípio novo foi o de, dirimindo, logo no nascedouro, dúvidas quanto à interpretação de normas já editadas ou a se editarem, evitar que surjam e se multipliquem litígios decorrentes de sua pouca clareza, omissão, contradição, obscuridade, duplo sentido, ou, mesmo, de seu complexo entendimento em face de preceitos já existentes.

6 — Ao defender o novo instituto, lembrou o Dr. Procurador-Geral da República, o que vem ocorrendo, com freqüência, principalmente em matéria tributária ou fiscal: publicada uma lei, surgem logo inúmeras ações judiciais decorrentes apenas de sua interpretação, e que ameaçam se repetir, avolumando os cartórios, os tribunais e o próprio Supremo Tribunal Federal. E recorda o que se deu com relação à incidência do ICM sobre bens de capital, matéria a respeito da qual nossa mais alta Corte se pronunciou em data relativamente recente, dando a cobrança por ilegal. Não obstante, centenas de ações continuam sendo distribuídas, todas elas com o mesmo objetivo. Lembra, ainda, o Dr. Procurador-Geral, a título exemplificativo, situações semelhantes, como a de serem ou não devidos honorários de advogado em mandado de segurança; a de estarem ou não sujeitas a recurso de ofício as decisões denegatórias de mandado de segurança; a da persistência ou não, dos efeitos da liminar inicialmente concedida, após indeferida a segurança; a de ser, ou não, necessário o esgotamento da instância administrativa em matéria de acidentes de trabalho; a da extinção, ou não, do processo, em executivos fiscais cujo devedor não é encontrado para ser citado; e assim por diante.

7 — Merece aplausos a inovação?

Defenderam-na com ardor, entre outros, os Ministros Djacy Falcão e Décio Miranda, pela economia que representa, eliminando a repetição de demandas com o mesmo objetivo.

Na autorizada companhia do professor José Carlos Barbosa Moreira ⁽¹⁾, não nos parece, porém, feliz o novo texto, pois parte ele da premissa de ser possível fixar-se desde logo o sentido de determinada norma, “sem antes submetê-la ao crivo da experiência prática”. Por mais sábios que sejam os juizes do nosso Supremo Tribunal Federal, impossível ser-lhes-á dizer que a interpretação exata e verdadeira de uma regra jurídica que surge é esta ou não aquela, ou aqueloutra. Como bem salientou o professor Barbosa Moreira, “a norma jurídica só revela as suas potencialidades quando testada no contato com as hipóteses concretas, e não há intérprete no mundo capaz de adivinhar todas as conseqüências que se podem extrair de uma norma às vezes aparentemente muito simples”.

Dá-se com as leis o mesmo que com o sapato novo: após usá-lo durante algum tempo, amaciando-o, vemos que ele nos serve às maravilhas, ao contrário do que se supunha a princípio; e só em raros casos notamos que está a nos criar calos.

A inovação, de certo modo, desconhece o papel altamente criador da jurisprudência e corre o risco de mumificá-la em muitos casos.

8 — Sentindo o inconveniente que decorreria da interpretação, em tese, de determinada norma, ainda não madura, o Supremo Tribunal Fe-

(1) Rev. Dir. Proc. Geral Est. R. Janeiro, n.º 32.

deral, ao regulamentar, recentemente, a representação instituída pela Emenda de Abril, sujeitou-a a várias formalidades, e dispôs, com sabedoria (2):

“Art. 4º — O relator, se entender que não há motivos que justifiquem a necessidade da interpretação prévia, poderá indeferir liminarmente a representação, em despacho fundamentado, contra o qual caberá agravo regimental.”

Ai está, pelo menos, a válvula de escape a prevenir quaisquer exageros.

2 — A advocatória

9 — Outra inovação que nos vem da Emenda Constitucional nº 7 é a chamada **advocatória**.

Ao estabelecer os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, neles foi incluído — letra **e** do inciso I do art. 119 — o de processar e julgar originariamente — **verbis**:

“as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

10 — Como se vê do texto, legitimado ativo para pedir ao Supremo Tribunal a avocação é, tal como ocorre na representação por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, o Procurador-Geral da República, e somente ele. Não pode a avocação ser requerida por terceiro, particular ou ente público, nem determinada de ofício pela Suprema Corte.

11 — Pressupostos para a admissibilidade da advocatória, como também ressalta do novo inciso, são:

- a) a existência de um feito em curso, seja no primeiro, seja no segundo grau de jurisdição;
- b) já haver uma decisão proferida, ainda que liminar ou cautelar;
- c) decorrer dessa decisão imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas;
- d) não haver a decisão transitado em julgado, pois nesse caso não se estaria mais em face de feito pendente e a lide já teria tido sua normal solução.

12 — Passíveis de avocação são **quaisquer** causas, ainda que delas não participem a União, os Estados, os Municípios ou qualquer ente público, dado que a possibilidade de lesão grave à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas pode perfeitamente se dar entre particulares.

(2) Regimento Interno do STF (Emenda Regimental nº 7, de 23-8-78 — DJ de 28-8-78.)

Nos grandes centros urbanos é até comum a ameaça à ordem e à segurança públicas, quando se trata de executar despejos ou reintegração de posse de favelas habitadas por milhares de pessoas. Em tais casos, o temor da perturbação da ordem e, quiçá, da própria segurança pública, leva, em regra, à intervenção do Poder Público, que, embora não participante do feito, a ele põe termo desapropriando os imóveis.

13 — O professor José Carlos Barbosa Moreira andou pesquisando o Direito estrangeiro, a ver se encontrava em outros povos figura semelhante à dessa avocatória, ora introduzida em nosso mundo jurídico. Procurou, procurou e foi parar... na China! Na China Continental, cuja Lei de Organização Judiciária atribui à Corte Suprema Popular a faculdade de “conhecer de casos de primeira instância que considere que deva julgar” (art. 30).

Realmente, a semelhança é grande, embora aqui a avocação seja, por um lado, mais ampla, por abranger também as causas em curso na segunda instância; e, por outro, mais restrita, por depender de requerimento do Procurador-Geral da República.

Na verdade, porém, a fonte inspiradora da medida foi o nosso próprio Direito positivo. O art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, prevê a suspensão da medida liminar em mandado de segurança, e até da própria sentença concessiva de segurança, “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. O que a Emenda de Abril fez foi estender esse mesmo objetivo a ações outras que não as de mandado de segurança, usando até das mesmas palavras, trocada apenas a expressão “economia pública” por “finanças públicas”.

14 — A avocatória, transferindo o conhecimento integral da lide para o Supremo Tribunal Federal, abre exceção, na maioria dos casos, ao princípio do duplo grau de jurisdição, o qual, embora não erigido em norma constitucional, é tradição consagrada, não só pelo nosso direito, como pelos ordenamentos dos povos cultos. Avocado o processo que porventura ainda esteja em início da tramitação, é ele julgado, em única e última instância, pela Corte Suprema, pondo-se fim à controvérsia.

15 — O Supremo Tribunal Federal, através da Emenda Regimental nº 6, de 9-3-78, já regulou a avocatória, nela estabelecendo, entre outras medidas, e acertadamente, que a avocação não devolverá o conhecimento integral do litígio à Suprema Corte “se a decisão se adstringir a incidente da lide, caso em que o conhecimento a ele se restringirá” (art. 1º, *in fine*); que o Relator poderá indeferir, liminarmente, o pedido que não atenda, de modo manifesto, aos requisitos da avocatória, cabendo contra esse despacho agravo regimental (art. 3º, II); e que não caberá pedido de avocação, se a decisão impugnada houver transitado em julgado (art. 1º, parágrafo único).

16 — Num ponto, porém, parece haver falhado a regulamentação citada, pondo, mesmo, em perigo a própria finalidade do instituto novo. Referimo-nos à norma segundo a qual “Não caberá pedido de avocação se a decisão impugnada... admitir recurso com efeito suspensivo” (art. 1º, parágrafo único, *in fine*).

Ora, se da decisão proferida na causa cuja avocação foi pedida pode decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, ou às finanças públicas, o só fato de ser tal decisão passível de recurso com efeito suspensivo não exclui o imediato perigo que se pretende evitar. É que a simples possibilidade de recurso com efeito suspensivo, ou mesmo o já haver sido ele interposto, não impede, em muitas hipóteses, venha a decisão a transitar em julgado e tornar automaticamente inadmissível a avocação. Basta lembrar que, nos termos do art. 501 do Código de Processo Civil, "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem anuência do recorrido, ou dos litisconsortes, desistir do recurso", desistência essa que, por não depender de termo (Código de Processo Civil, arts. 154 e 158), faz logo transitar em julgado a decisão. Pense-se, ainda, na hipótese de, estando a fluir o prazo para o recurso, a parte **renunciar ao direito de recorrer**, renúncia essa que "independe da aceitação da outra parte" (Código de Processo Civil, art. 502). Ou, ainda, no caso mais simples, de a parte, intencionalmente, ou não, deixar que se escoe o prazo legal sem recorrer.

Ou finalmente, no caso do recurso ficar deserto por falta de preparo (Código de Processo Civil, arts. 519 e 527, § 1º).

3 — Contencioso administrativo

17 — Passemos, agora, ao exame das inovações através das quais autoriza a Emenda nº 7 a instituição entre nós do **contencioso administrativo**, o qual, previsto com o objetivo de desafogar a Justiça Federal, nada tem de comum, em sua estrutura, finalidade e conseqüências, com seus homônimos europeus e, muito menos, com o modelo francês.

18 — As normas que preconizam a criação desse contencioso, ou melhor, desses contenciosos administrativos, acham-se, um tanto estranhamente, espalhadas em várias disposições da Constituição.

Na Constituição de 69 existia, e ainda existe, a regra do art. 110, preceituando que "os litígios decorrentes das **relações de trabalho** dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos" dispondo, por sua vez, o artigo seguinte (111): "A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior". A única modificação introduzida neste art. 111 pela Emenda de Abril foi a de a ele acrescentar, entre parêntesis, remissão ao art. 153, § 4º

E o que diz o art. 153, § 4º?

Diz o seguinte:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram (sic) previamente as vias adminis-

trativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

O que resultou da pequena alteração feita — a remissão entre parêntesis — foi, simplesmente, que, criado o contencioso administrativo com atribuições de dirimir litígios decorrentes das relações de trabalho entre servidores com a União, autarquias e empresas públicas **federais**, suas decisões não põem ponto final à questão — como poderia se dar não houvesse o parêntesis. A apreciação judicial fica em aberto.

Mais adiante, no art. 203 — e não se sabe por que “Disposições Gerais e Transitórias” — prevê, também, a Emenda nº 7 a criação de contenciosos administrativos, **federais e estaduais**, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho. E, como aí, também, faz-se remissão ao art. 153, § 4º, conclui-se que, criados tais contenciosos, a lei poderá **condicionar** o ingresso do interessado em juízo à exaustão prévia da via administrativa, só podendo ingressar em juízo se, ultrapassado o prazo de 120 dias, não houver sido proferida decisão sobre o pedido formulado.

19 — Ainda sobre o assunto, diz, finalmente, o art. 204, que — **verbis** — “a lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (arts. 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão proferida”.

Dizendo que “a parte vencida” pode pleitear a revisão, aí se incluem, indistintamente, não só o particular, como, também, a Fazenda Pública. Nem se compreenderia fosse de outro modo, pois, presumindo-se imparcial a decisão do contencioso administrativo, poderia ela não haver feito justiça à Fazenda Pública.

20 — Qual a natureza do pedido de revisão, que o art. 204 admite seja requerido **diretamente** ao “Tribunal competente”? E que “Tribunal competente” é esse?

Vamos por partes.

Segundo o Projeto do Governo, o vencido, inconformado com a decisão do contencioso, poderia dela **recorrer**, diretamente para a segunda instância. E, como **recurso**, era o pedido de revisão classificado na emenda constitucional proposta (art. 123, III).

A tempo, deu-se conta o Congresso da impossibilidade jurídica de ser a revisão havida como **recurso**, pois, se fora recurso, haveria, necessariamente, **prazo** para a sua interposição, a fazer **coisa julgada**; mas, não tendo o órgão administrativo “poder jurisdicional”, como ficou expresso no art. 204, suas decisões não poderiam fazer coisa julgada. Daí a solução encontrada pelo Congresso de incluir o pedido de revisão como feito da competência **originária** do Tribunal.

21 — Mas, que Tribunal?

Lendo-se o art. 122, item II, que a Emenda de Abril redigiu, poderia parecer, à primeira vista, que seria o Tribunal Federal de Recursos, pois nele está escrito:

“Art. 122 — Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

.....
II — julgar, originariamente, nos termos da lei, o pedido de revisão das decisões proferidas pelos contenciosos administrativos (art. 204).”

Falando o inciso, genericamente, em “contenciosos administrativos” — em vez de “contenciosos administrativos **federais**” —, ter-se-ia, então, que ao Tribunal Federal de Recursos caberia apreciar **quaisquer** revisões, inclusive das decisões dos contenciosos **estaduais!**

Tal solução seria, entretanto, inconcebível, em face de nossa sistemática constitucional, que reserva ao Tribunal Federal de Recursos a apreciação, apenas, de questões em que a União, suas autarquias ou empresas públicas federais forem interessadas, deixando aos Tribunais dos Estados as matérias atribuídas aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Não teria pé nem cabeça estar o Tribunal Federal de Recursos a julgar questões fiscais de exclusivo interesse dos Estados.

O que houve, pois, foi imperfeita e descuidada redação do inciso II do art. 122, o qual **plus dixit quam voluit**.

Criado o contencioso estadual, a lei estadual é que dirá qual o Tribunal competente para julgar os pedidos de revisão das decisões por ele proferidas.

22 — Das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 7, esta que prevê a criação de contenciosos administrativos nos Estados, com os efeitos previstos nos arts. 153, § 4º e 204, foi, por certo, a mais combatida e criticada.

23 — Em primeiro lugar, porque a obrigatoriedade do ingresso na instância administrativa retardará, em inúmeros casos, a distribuição da Justiça. Se a parte está convicta de que seu direito foi ferido, não se lhe deveria entrar o ingresso em juízo. Obrigá-la a recorrer, antes, a órgão colegiado “sem poder jurisdicional” é forçá-la a uma perda de tempo muitas vezes precioso.

24 — Além do enfraquecimento do princípio de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual”, outra garantia constitucional já consagrada como uma das pedras angulares do nosso Direito, e constante, igualmente, do elenco dos “Direitos e Garantias Individuais”, sofrerá golpe profundo e quase mortal: o instituto do mandado de segurança, cujo objetivo é exatamente o de “proteger

direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (art. 153, § 21).

Vedar à parte lesada em seu direito líquido e certo, durante seis meses, o ingresso em juízo, em se tratando de questões fiscais e previdenciárias — exatamente aquelas em que o remédio é mais freqüentemente solicitado —, significa deixar praticamente ao desamparo lesões de direito que impõem solução pronta e imediata. Pense-se, por exemplo, na impossibilidade em que fica o interessado de obter medida liminar nos casos de iminência da lesão de seu direito.

25 — O eminente Ministro Décio Miranda, ardoroso pioneiro da rapi-ficação da Justiça, até há pouco membro do Tribunal Federal de Recursos — precisamente do Tribunal que mais se beneficiaria com a emenda proposta pelo Projeto, se realmente possuísse as virtudes pretendidas —, apontou ainda outro aspecto em desfavor da criação dos órgãos preconizados pela emenda. Lembrou ele que, nas questões tributárias e previdenciárias, “ou se estará cuidando de normas de vigência antiga, e, nesse caso, a justiça especializada sobre elas já tem jurisprudência e será inútil superfetação recorrer obrigatoriamente, em caráter prévio, à via administrativa, ou se tratará de regras novas, e será conveniente obter, quanto antes, sobre elas o pronunciamento judicial”.

26 — “Ademais” — observa argutamente o douto Ministro — “é de não esquecer que um outro tópico da reforma (art. 119, I, l) autoriza a representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei federal”. E indaga: “Se, com essa providência, se visa a antecipar a interpretação judicial definitiva da lei, que atualmente advém da sedimentação da jurisprudência, por que adia-la naqueles outros casos?”

Daí a sua conclusão de que erigir os contenciosos administrativos preconizados pela emenda “em caminho prévio obrigatório não concorrerá nem para o prestígio nem para a eficiência da Justiça” (Conferência proferida no Instituto dos Advogados do Brasil em 28-7-76).

4 — Outras inovações

27 — Além das que acabamos de ver, outras modificações e inovações de natureza processual, mas de menor monta, foram introduzidas pela Emenda Constitucional nº 7 no sistema até então vigente.

28 — No tocante ao Supremo Tribunal Federal, explicitou-se ser de sua competência dirimir os conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado (art. 119, I, e). Esta última hipótese, embora não prevista pela Emenda Constitucional nº 1, já era admitida, por construção, pela nossa mais alta Corte.

29 — Também ficou consignada a faculdade da concessão de medida cautelar nas representações da inconstitucionalidade oferecidas pelo Pro-

curador-Geral da República (art. 117, I, p). Relativamente a essa concessão, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal processá-la e julgá-la originariamente (art. 119, I, p). Tal solução evidentemente não condiz com a celeridade que se quis emprestar à "Reforma Judiciária", pois representará maior tarefa para a Excelsa Corte, em sua composição plena. O modelo, no caso, deveria ser o mandado de segurança, em que o deferimento, ou não, da liminar é deixado a critério do Relator.

30 — Quanto à homologação de sentença estrangeira, passou ela da competência do Tribunal Pleno para a do Presidente, por sinal, de maneira bastante curiosa: a Emenda nº 7, em vez de dizer, simplesmente, que caberia ao Presidente homologar sentenças estrangeiras, preferiu dar uma volta: dispôs que o **Regimento Interno estabelecerá** a competência do Presidente para esse fim (art. 119, § 3º, d); e esqueceu-se de revogar a norma que estabelecia para tanto a competência do **Tribunal** (art. 119, I, g). De qualquer forma, isso não importa, dado que modificado já foi o Regimento Interno (Emenda Regimental nº 4, de 4-5-77) e cumprida a determinação constitucional.

III — REFLEXOS NA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DOS ESTADOS

31 — Passemos, agora, à segunda parte do nosso programa: apontar os reflexos da Emenda de Abril na organização judiciária dos Estados.

Em resumo, as inovações e modificações foram as seguintes:

1 — A instituição do Conselho Nacional da Magistratura

32 — Esse Conselho será composto de sete ministros do Supremo Tribunal Federal, a ele cabendo conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância, e, em qualquer caso, determinar a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (art. 120 e § 1º)

O funcionamento do Conselho é regulado pela "Lei Orgânica da Magistratura Nacional" (3).

2 — A instituição de "Órgão Especial" nos Tribunais numerosos

33 — Só os Tribunais de Justiça com número superior a 25 desembargadores (como ainda não é o caso do Paraná) terão tal órgão, o qual, composto de 11 a 25 membros, exercerá as atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno, bem como uniformizará a jurisprudência, no caso de divergência entre os grupos ou seções do Tribunal (art. 144, V).

(3) Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Vide Capítulo IV — do Conselho Nacional da Magistratura (arts. 50 a 60) e ainda os arts. 3º, 133 e 135 do Regimento do Conselho Nacional da Magistratura — DJ de 29-6-79, pág. 5097.

À primeira vista, poderia parecer que, nos Estados com mais de 25 desembargadores, o “Órgão Especial”, uma vez eleito ou constituído por lei, iria **substituir** o Tribunal Pleno e exercer **todas** as atribuições até então a este reservadas, bem como uniformizar a jurisprudência.

Uma leitura mais atenta do texto constitucional mostra, entretanto, que a Reforma de Abril **especificou** os casos em que a competência seria do “Órgão Especial”, não o fazendo com relação a outros, relativamente aos quais a atribuição é conferida “ao Tribunal”, sem qualquer ressalva ou menção alternativa.

Assim, são da competência do “Órgão Especial”, segundo a Constituição: **a)** decretar a perda do cargo pelo juiz (art. 113, § 1º); **b)** determinar a remoção ou a disponibilidade do juiz de categoria inferior (art. 113, § 3º); **c)** declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 116); **d)** recusar a promoção por antigüidade do juiz mais antigo (art. 144, II, **b**); **e)** recusar a promoção de juiz que haja completado o estágio (art. 144, II, **c**); e **f)** propor a alteração do número de membros do Tribunal ou dos Tribunais inferiores de segunda instância (art. 144, § 6º).

Por sua vez, não diz a Constituição competir ao “Órgão Especial”, mas, genericamente, “aos Tribunais”: **a)** eleger seus Presidentes e demais titulares de sua direção (art. 115, I); **b)** organizar seus serviços auxiliares, prover-lhes os cargos e fixar-lhes os vencimentos (art. 115, II); **c)** elaborar seus regimentos internos e fixar a competência dos órgãos julgadores (art. 115, III); **d)** conceder licenças e férias a seus membros (art. 115, IV); **e)** indicar ao Presidente da República o nome de juristas para a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 133, III); **f)** propor ao Legislativo a criação de Tribunais inferiores de segunda instância, de juízes togados com investidura temporária, de justiça de paz temporária, de justiça militar estadual (art. 144, § 1º, **a**, **b**, **c** e **d**) e a alteração da organização judiciária (art. 144, § 5º).

A afirmação, pois, constante do art. 144, V, da Constituição, de que o “Órgão Especial” será constituído — **verbis** — “para o exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno”, não corresponde ao que resulta da análise sistemática e do confronto de textos da própria Carta Magna.

Parece, assim, que, por falta de técnica ou de atenção do Constituinte de abril, ao lado do já cognominado “Pleninho”, por ele criado, continuaremos a ter o Tribunal Pleno, embora desfalcado de algumas de suas principais atribuições. Essa dualidade de órgãos de cúpula, de atribuições distintas mas mal distribuídas, sobre ser ilógica, dificultará, por certo, os trabalhos dos Tribunais, pois os membros do “Órgão Especial” são, necessariamente, integrantes do Pleno, tendo, assim, que participar de ambos.

34 — A idéia da criação do “Órgão Especial” estava intimamente relacionada com a da abolição dos Tribunais de Alçada e a da conseqüente ampliação dos Tribunais de Justiça. Estes, com aquela extinção, teriam,

necessariamente, que aumentar, nos Estados mais populosos, o número de seus membros, o que tornaria praticamente inviável a tomada de votos nos plenários. Nessa linha de raciocínio era compreensível a substituição do Pleno por um órgão menor, em que estivessem representadas as várias seções do Tribunal.

Ocorre, porém, que não vingou a extinção dos Tribunais de Alçada. Mas ficou, não obstante, o "Órgão Especial". Daí complicar-se o sistema, com a subsistência de dois plenários, embora com atribuições diversas.

35 — A estrutura desse "Órgão Especial" depende, também, da "Lei Orgânica", e, em parte, de nova Lei de Organização Judiciária, esta a ser adaptada aos preceitos introduzidos na Constituição e na "Lei Orgânica" referida (4).

3 — As questões de direito marítimo e de navegação

36 — As questões de direito marítimo e aeronáutico de que a União, as respectivas autarquias ou empresas públicas não participarem, voltaram à competência da justiça comum. Tais questões, no regime da Constituição de 46, eram julgadas pelas justiças dos Estados nos dois graus de jurisdição. Com o Ato Institucional nº 2, de 1965, que criou a Justiça Federal de primeira instância, e com a Lei Federal nº 5.010, de 1966, que a organizou, passaram elas para a competência da referida Justiça Federal. Retorna-se, agora, com a Emenda Constitucional nº 7, ao sistema anterior, excluídas que foram da competência dos juízes federais "as questões de direito marítimo e de navegação, inclusive a aérea" (art. 125, IX, da Constituição de 67).

4 — Leis de organização e divisão judiciárias

Segundo a Constituição de 69 cabia aos Tribunais de Justiça dispor, em resolução, sobre a organização e a divisão judiciárias, as quais só poderiam ser alteradas de cinco em cinco anos (art. 144, § 5º)

Com essa autorização concedida aos Tribunais, de deliberar, por si mesmos, sobre os assuntos de seu interesse — verdadeira delegação legislativa — poderia parecer que se pretendeu fortalecer o Poder Judiciário, conferindo-lhe mais prestígio e maior autoridade. Pura ilusão, entretanto, pois a restrição imposta quanto à alteração do deliberado durante cinco anos criou verdadeiro empecilho à adaptação da máquina judiciária às necessidades que, num país em desenvolvimento como o nosso, freqüentemente surgiam. Nem mesmo os equívocos ou erros cometidos pelos Tribunais, quando da elaboração de seus Códigos, poderiam ser corrigidos antes de passados cinco anos.

Em boa hora, pois, a Emenda Constitucional nº 7 pôs termo à dificuldade, voltando ao sistema anterior e dispondo caber privativamente

(4) Vide Lei Complementar nº 35/79 — arts. 16, parágrafo único, 99 e §§. 104 e 106.

ao Tribunal de Justiça ou a seu "Órgão Especial" propoi ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias, vedadas emendas estranhas ao objeto da proposta ou que determinem aumento de despesa (art. 144, § 5º)

Com isso, sempre que necessário — e não apenas de cinco em cinco anos — poderá o Tribunal ir promovendo as modificações que se impuseram.

5 — Substituição dos desembargadores

Outrora, quando componentes dos órgãos julgadores dos Tribunais de segundo grau destes se afastavam por motivo de licença, de férias, de luto, ou não podiam participar de julgamento por impedimento ou suspeição, tornava-se necessário convocar juizes da primeira instância para substituí-los. Grandes eram os inconvenientes de tais convocações, pois o convocado, por sua vez, teria que ser substituído por outro juiz, ficando, além disso, adiadas as audiências e as diligências já designadas.

A fim de evitar esse contínuo vaivém e constantes adiamentos, foram criados nos Tribunais os cargos de substitutos permanentes. As Câmaras passaram, então, a funcionar com quatro membros e, com isso, a situação se normalizou, com grande proveito para andamento dos feitos, em ambas as instâncias.

A Emenda Constitucional nº 7, em momento de pouca inspiração, **extinguiu** os cargos de juiz substituto de segunda instância (art. 202, *in fine*) e colocou os em disponibilidade, com vencimentos integrais (art. 202, § 1º). E, prevendo as hipóteses de impedimento, férias, licenças ou afastamento por qualquer outro motivo, preceituou que os membros do Tribunal, sempre que possível, se substituam por outros de seus componentes, deixando para a "Lei Orgânica da Magistratura" disciplinar a convocação de juizes, não pertencentes ao Tribunal.

Com isso, muito provavelmente ter-se-á que voltar ao sistema antigo de deslocamento de juizes, com prejuizo para o andamento dos feitos na primeira instância.

São esses, em resumo, a nosso ver, os principais pontos da reforma de abril que vão afetar os Tribunais de segundo grau nos Estados.

6 — Curso de preparação para o ingresso na magistratura

37 — Inspirada nos exemplos do Paraná (Reg. Int., art. 63, VIII) e do Rio Grande do Sul, a Emenda Constitucional nº 7 admitiu exigisse a lei, para o ingresso na magistratura de carreira, prova de habilitação dos candidatos em curso de preparação para a magistratura (art. 144, I). Visou, com isso, o aprimoramento técnico dos futuros juizes. O "Diagnóstico" do Supremo Tribunal Federal assinalou ser desejável o intercâmbio entre Universidades e Tribunais, para a seleção dos melhores alunos (nº 28, p. 30).

7 — Direito à promoção

38 — Introduziu a Emenda nº 7 uma novidade no tocante à promoção por merecimento: o de tornar obrigatória a promoção do juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento (art. 144, II, a).

A medida é, evidentemente, salutar, pois evita que, por atendimento a pedidos ou por animosidade para com determinado magistrado, fique ele sistematicamente preterido na promoção por parte do Chefe do Poder Executivo.

Pena é que a medida se limite à promoção de **juizes**, pois, pelos mesmos motivos que ditaram a nova regra, deveria ela estender-se, igualmente, à nomeação dos candidatos ao preenchimento das vagas do “quinto” constitucional — advogados e membros do Ministério Público — que também figurassem, por cinco vezes, na lista tríplice do Tribunal de Justiça.

8 — Escola de aperfeiçoamento do magistrado

39 — A fim de fazer com que os juizes, após o ingresso na carreira, continuem a aperfeiçoar seus conhecimentos, a Emenda Constitucional nº 7, em disposição nova, preceituou que a lei poderá estabelecer, como condição à promoção por merecimento, a partir de determinada entrância, ou de acesso aos Tribunais de segunda instância, pelo mesmo critério, freqüência e aprovação em curso ministrado pela escola de aperfeiçoamento de magistrados (art. 144, VI).

9 — Outras inovações

40 — Outras modificações, embora de relevância menor, constam do novo texto constitucional, como, por exemplo, a redução de **três** para **dois** anos de exercício na entrância, o prazo para a promoção do juiz (art. 144, II, c); a redução da competência do juiz de paz, suprimindo a possibilidade de substituição de juizes togados, e limitando suas atribuições às habilitações e celebração de casamentos (art. 144, § 1º, c); a proibição do recebimento, pelo juiz, de **custas** processuais, sob pena de perda do cargo judiciário (art. 114, II); etc.

IV — CONCLUSÃO

41 — Desse apanhado que acabais de ouvir tão pacientemente, e milagrosamente sem pegar no sono — o que revela a fina educação da gente de Curitiba — creio que o balanço da Emenda Constitucional nº 7 é um tanto desalentador, pois poucos, muitos poucos, são os frutos colhidos.

Mas, a luta pelo aperfeiçoamento do direito é assim mesmo: não pára nunca, e os erros e as imperfeições que surgem só fazem acender no jurista a chama da reação, retemperando-lhe as forças para o prosseguimento da peleja em prol do aperfeiçoamento, cada vez maior, da ordem jurídica.

A evolução da competência do Supremo Tribunal Federal

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Catedrático aposentado e professor titular em exercício da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

SUMÁRIO

- I — Introdução
 - II — Competência originária (art. 119, I)
 - III — Competência recursal ordinária (art. 119, II)
 - IV — Competência recursal extraordinária (art. 119, III)
 - V — Conclusão
- Bibliografia

I — INTRODUÇÃO

1. Entre os poderes do Estado, o Judiciário prima por ser o chamado “poder inerte”, como é inerente à sua atividade peculiar e própria: a jurisdição. Enquanto o Poder Legislativo age por iniciativa de seus próprios membros ou o Poder Executivo, de seus respectivos titu-

Estudo escrito a convite da Universidade de Brasília para a revista comemorativa ao sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal.

lares, sem necessidade de provocação dos interessados e, até mesmo, sem que sejam obrigados a qualquer pronunciamento se houver ato de algum cidadão, o Poder Judiciário, tradicionalmente, aguarda a providência das partes para atuar no exercício de suas funções. Se não ocorrer nenhum litígio, caracterizando a jurisdição contenciosa, ou a necessidade da administração de interesses privados, originando a jurisdição voluntária, o Poder Judiciário se conserva estático. Somente depois de ser impetrada sua proteção, por intermédio do remédio processual adequado, é que se torna dinâmico, inclusive sem precisar, em regra, da cooperação direta e permanente dos interessados. Daí a importância de que se reveste o desempenho da magistratura, desde os órgãos de primeiro grau até os mais elevados, na seqüência normal e lógica do desenvolvimento de um processo.

2. Na cúpula do Poder Judiciário brasileiro, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, que já foi conceituado como "órgão de superposição" (JOSÉ FREDERICO MARQUES), porque o mesmo se articula com todas as Justiças Federal (comum e especial) e Estadual, desde que ocorra, no mínimo, um dos pressupostos de sua competência para julgar recurso extraordinário, que é a principal, a mais importante e a mais comum de suas atribuições, prescritas na Constituição Federal. As demais, apesar de necessárias, não caracterizam propriamente o Pretório Excelso, no seu papel dentro da Federação. O Supremo tem no recurso extraordinário a fonte mais genuína de sua instituição e de sua existência. Mas se essa foi sua origem, nem por isso outras situações deixaram de surgir na evolução histórica da entidade, fortalecendo sua posição e concedendo-lhe mais autoridade e mais confiança no meio social, como baluarte da Ordem Jurídica e Política da Nação. A possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, em tese, de uma lei foi, sem dúvida, uma das conquistas de maior realce no aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas.

3. Exatamente quando o mundo começou, de modo efetivo, a organizar-se democraticamente, a partir do século XIX, enfrentando a mentalidade conservadora e autoritária dos regimes despóticos atingidos pelo novo surto, tornou-se imprescindível que o Poder Judiciário fosse estruturado de modo a garantir o império da legalidade, como meio ético de assegurar a igualdade de direitos, quando violados, para ser mantida a paz social em benefício da comunidade. A lei, como expressão da soberania da vontade popular, passava a substituir, totalmente, o poder ilimitado dos soberanos, baseado na teocracia. Mas, por isso, seria preciso que a coletividade contasse, no ápice, com um órgão, um tribunal, que se tornasse imune às influências das várias forças de pressão, para defender, exatamente, o estatuto fundamental, ou seja, a Constituição, à qual devem subordinar-se todas as leis e demais atos normativos, cessando o arbítrio de qualquer órgão ou agente dos detentores do poder governamental.

4. Tanta tem sido a influência e tantos os benefícios da Corte Suprema nos Estados Unidos da América — padrão para as congêneres

de outros países de nosso continente —, que WILLOUGHBY, conciuuuo sua célebre monografia, afirma que é de todas as instituições de seu país o produto mais caracterizado do gênio americano (*apud* CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pág. 157, nº 2). Não era possível aos criadores do regime federativo, mormente com a complexa competência legislativa bipartida entre a União e os Estados-Membros, em todos os ramos jurídicos, deixarem de esculpir a Corte Suprema como o último sustentáculo da Lei Maior e da defesa dos direitos humanos.

5. Esta força do mais alto órgão do Poder Judiciário, ou seja, aqui, do nosso Supremo Tribunal Federal, promana, quase milagrosamente, apenas da autoridade de seus julgados e do respeito que originam suas funções, sem qualquer ato material que possa infundir temor ou estimular alguma recompensa, que não seja a de fazer cumprir a ordem jurídica e a de espargir justiça. Daí a assertiva de RUI BARBOSA em torno da ascendência de qualquer corte, que melhor se aplica ao Supremo: “Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem Deputados e Senadores. Os tribunais não fazem Ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem Presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos, esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. 4, pág. 15).

6. Mesmo desvirtuando, quem sabe, os altos objetivos de sua missão política, nestes quase 90 anos de República, a competência do Supremo tem sido ampliada, com o nobre intuito de proteger os direitos individuais e de resguardar as instituições democráticas, embora com enormes prejuízos para o funcionamento normal da Corte, distancianço-a de seu modelo norte-americano, e abalando, quiçá, seu prestígio, pela delonga de seus julgamentos.

Esta situação passou a ser conhecida como “A Crise do Supremo Tribunal Federal”, com advertências desde PEDRO LESSA, nos idos da metade da segunda década do século (em 1915), alarmado com a possibilidade de “continuar o Supremo Tribunal Federal sobrecarregado do mesmo superabundante trabalho que o oprime, e protelar-se muito mais a decisão dos feitos” (*Do Poder Judiciário*, pág. 23, 5º).

7. Além de já serem federais o Direito Civil, Penal e Comercial, mas com a unidade do Direito Processual; com a criação do Direito Eleitoral; com o surgimento do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário; com o alargamento do Direito Tributário; com a crescente tendência de fixarem-se normas gerais para a organização das justiças estaduais — enfim, com a proliferação da legislação federal, em detrimento da local —, tudo isso aumentou, de modo surpreendente e avassalador, o raio de competência do Supremo Tribunal Federal. Ensejou-se, assim, a avalanche de recursos extraordinários, por maiores que sejam as providências para ser evitada a sua admissibilidade nos Tribunais inferiores e, depois, o seu conhecimento pelo próprio Supremo, por via

de suas turmas. Enquanto, porém, não houver coragem e saber para cortar o mal na própria Constituição Federal — que, paradoxalmente, para ser defendida, se torna a fonte intocável do fenômeno social, político, jurídico e moral, afetando a grandiosidade da própria Corte em sua predestinação histórica — todas as demais medidas são artificiosas e ineficazes.

8. Cotejando-se o texto das cinco Constituições Federais, com suas principais emendas (1891/1926; 1934; 1937; 1946; e 1967/1969/1977), quanto às três espécies clássicas de competência do Supremo — a) Originária; b) Recursal ordinária; e c) Recursal extraordinária —, nota-se que, em cada inciso respectivo, as atribuições foram mais aumentadas do que diminuídas. A criação do Tribunal Federal de Recursos aliviou bastante o Supremo, no tocante aos recursos contra as decisões nas causas em que a União ou entidades federais sejam interessadas (mesmo antes de restaurada a Justiça Federal comum, em 1965, ainda ao tempo da Carta de 1946. A diferença estava, então, apenas, no órgão julgador de primeiro grau — que, até 1965, eram os próprios juizes estaduais privativos da Vara da Fazenda Pública Federal, e, depois, os juizes federais). Mas a competência originária foi sendo ampliada. E a própria “arguição de relevância da questão federal” (art. 119, § 3º, c, da Const. Fed. de 1967, com a Emenda nº 7, de 1977), antes de evitar trabalho, ainda provoca muito mais, pois os Presidentes de qualquer Tribunal não podem indeferir o pedido, que apenas é apreciado e julgado pelo Supremo (Reg. Int., art. 308, § 4º).

9. Sem entrarmos mais profundamente na matéria de cada espécie da competência do Supremo, desde 1891 até 1967, apenas procuraremos indicar as transformações operadas desde a primeira até a atual Constituição Federal, aflorando o problema e apresentando, mesmo de leve, alguma solução, sem pretender solver o impasse de modo definitivo ou que seja uma panacéia para tão grande mal que infesta a nossa ordem jurídica.

II — COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA (art. 119, I)

10. Tradicionalmente, é sempre a primeira regulada no texto das sucessivas Leis Magnas. Trata-se de um critério lógico, pois a causa se inicia no Supremo, em primeira mão, como se fosse qualquer outra em juízo singular, que é o normal. Ocorre, contudo, situação anômala dentro do mecanismo do Supremo, como acontece com os demais Tribunais do País, quando também a exercem (Federal de Recursos; Justiça; Alçada; e os das justiças federais especiais — Militar, Eleitoral e Trabalho). A grande característica é de que o Supremo age em instância única. “Ali” — diz THEMÍSTOCLES CAVALCANTI — “se promovem, processam e executam as ações” (*A Constituição Federal Comentada* — 1946 — vol. II, pág. 325). Para o desempenho desta competência — que é, verdadeiramente, a *extraordinária*, embora sem esse qualificativo legal, que aparece, apenas, quanto ao “recurso extraordinário” (na

atual, inc. III do art. 119), sempre se levaram em conta situações relevantes, qual seja a proeminente posição governamental de uma das partes, como pessoa física, ou de ambas, como pessoas jurídicas de direito público interno; ou questões de interesse internacional para outorgar a competência ao mais alto tribunal, na solução de complexas matérias pela sabedoria e, sobretudo, segurança e imparcialidade no julgamento. (V. PEDRO LESSA, *op. cit.*, pág. 45; CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira — 1891*, pág. 586, nº 381 e segs.; PAULO DE LACERDA, *Princípios de Direito Constitucional*, vol. II, pág. 519, nº 671; CASTRO NUNES, *op. cit.*, págs. 213 e segs.; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1934*, vol. I, pág. 647; *idem 1946*, vol. III, págs. 16 e segs.; *idem 1967*, vol. IV, págs. 18 e segs.). A locução — “originária e privativamente”, que se lia no art. 59, I, c, da Constituição de 1891, não mais foi repetida nas posteriores. Era uma demasia, embora o “privativamente” desse ênfase ao aspecto de ser “originária”. Se a “origem” é no Supremo — “perante ele começam e acabam em uma única instância” (JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira*, pág. 313), a competência somente podia ser *privativa*. Em tais casos, “esses pleitos, logo, não têm primeira e segunda instância. *Só uma instância têm*: a do Supremo Tribunal Federal, onde nascem e expiram”, na lição de RUI BARBOSA (*op. cit.*, pág. 69). Apesar da exclusão do advérbio “privativamente”, dúvida alguma houve posteriormente embora fosse suscitada na época em que esteve prescrito, como se vê da passagem acima referida do genial baiano. Bastaria, aliás, uma referência: ou “originária” ou “privativa”. Hoje o tema está superado.

11. O texto mais reduzido foi o de 1891 e o mais extenso o de 1967, sobretudo depois da Emenda nº 7, de 1977. A competência originária — ou “direta” (BARBALHO) — abrange matéria de ordem cível e criminal, de modo explícito e exclusivo, em ações propriamente ditas (v. item nº 14 infra). Também é tradicional a inclusão de julgamento de conflitos entre órgãos judiciários de entidades ou Estados diferentes. E, tecnicamente, foi instituído, em 1967, o “conflito de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias”, novidade louvada por PONTES DE MIRANDA, considerando que “a explicitação foi feliz” (*Comentários*, 1967, *cit.*, pág. 35, nº 16).

12. Entretanto, os casos clássicos mantidos, quase integralmente, de 1934 a 1946, sempre têm sido de pouca ocorrência (sobretudo os criminais contra altos dignitários). A partir de 1967, mesmo no texto originário, porém, outros foram introduzidos, tornando mais possível a atuação do Supremo. Ressalte-se, entretanto, que a tônica do legislador tem sido a de pretender proteger os direitos individuais. O “mandado de segurança”, que inexistiu, no regime da Constituição de 1891, desde 1934, contudo, se tornou cânone fundamental (menos na Carta ditatorial de 1937, a do “Estado Novo”), tem guarida na competência originária, quando a autoridade apontada como coatora for federal de elevada posição, abrangendo, igualmente, entidades de destaque administrativo.

13. Na redação primitiva da Constituição de 1967, inseriu-se a alínea *f*, do inciso II, do art. 119, estatuinto: "A declaração de suspensão de direitos, na forma do art. 154." Ora, pela natureza do regime, sob a égide de uma Revolução ainda em marcha, no âmbito institucional, tal dispositivo é de grande importância, porque se refere à chamada "segurança do Estado", do qual trata o mencionado art. 154 — "com o propósito de subversão do regime democrático", que, primitivamente, era o art. 151, com outro texto não substancial. De qualquer forma, pelos reflexos da declaração, quanto aos direitos políticos do acusado, a mesma foi confiada ao Supremo, por ser o órgão mais respeitado e acatado, desaparecendo, praticamente, as possibilidades de suspeita de qualquer parcialidade ou de influência espúria no julgamento. Com a aplicação, porém, do chamado "AI-5" — Ato Institucional nº 5, de 13-12-1968 —, pelo Presidente da República, por força do art. 182 da própria Constituição, pela Emenda nº 1, de 1969, o Supremo, segundo parece, rara vez teve oportunidade de fazer incidir aquela norma. Tudo se resolve noutro plano "constitucional".

14. Novidade da Emenda nº 7, de 1977, de grande repercussão e que poderá ocasionar mais trabalho para o Supremo, é a prescrita no art. 119, I, *o*, qual seja, o poder de avocar "as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais", deferindo pedido do Procurador-Geral da República, "quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas". Esta esdrúxula providência — que poderá ser usada, até, como arma política — poderá incidir sobre causa da justiça federal (comum ou especial — militar, eleitoral ou trabalhista) ou estadual (praticamente sempre comum, mas, onde houver, poderá ser a especial militar). Assim sendo, causa que não seria proposta no Supremo, por faltar-lhe competência originária, poderá subir ao Pretório Excelso, sem ser em grau de recurso de qualquer natureza, tanto que um dos efeitos da avocação é "para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido". O tramitamento regular da causa será trancado, para os autos serem remetidos ao Supremo, que, sobrepondo-se a qualquer instância inferior, cancelando todo ato futuro e suprimindo os eventuais recursos típicos, proferirá a decisão sobre o caso *sub judice*. São pressupostos, porém, da indébita medida: *a*) ocorrência de um dos fatos graves arrolados no texto; *b*) pedido do Procurador-Geral da República; *c*) deferimento do Supremo. O valor econômico, ou a matéria ou a situação do processo — nada disso influi, desde que a causa possa originar "grave lesão" nos moldes previstos. O termo "causa" tem de ser apreciado no seu exato sentido técnico, conforme a difundida definição de RUI BARBOSA interpretando o art. 59, II, da Constituição Federal de 1891: "é a questão, entre partes, levada a juízo acerca de um direito, que se defenda ou impugne, invocando-se a Constituição, as leis ou tratados federais" (*op. cit.*, pág. 102). A acepção,

pois, é ampla, sem abranger, apenas, as “ações”, pois, “em muitos processos judiciais, que nunca se chamaram ações (ao menos no sentido próprio do termo), se alegam, envolvem e resolvem direitos de relevância considerável”, no complemento daquele insuperável mestre (*op. cit.*, pág. 103). Outro não é o conceito de CASTRO NUNES: “É todo procedimento em que se decida do direito da parte. Não é preciso que seja, formalmente, uma ação. Qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal, é uma *causa* para os efeitos do recurso extraordinário” (*op. cit.*, pág. 328, nº 1). Este entendimento está consagrado na doutrina e na jurisprudência, sem situar o feito na área da jurisdição contenciosa (ação, tecnicamente) ou na jurisdição voluntária. É essencial, porém, que tramite ante órgão judiciário e, não, administrativo. Um dissídio coletivo, trabalhista, por exemplo, pode dar lugar à “avocação” permitida naquele dispositivo; ou uma ação de desapropriação; ou um processo crime — *enfim tudo que possa atentar contra um daqueles fatos vitais para a ordem social e jurídica do País*. Haverá um salto: até de qualquer órgão inferior (ou mesmo de um Tribunal) direto ao Supremo. O dispositivo é completado pela alínea p, quanto às medidas cautelares vinculadas àque-la causa, se assim requerer também o Procurador-Geral da República.

15. A chamada “ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei” surgiu na Constituição Federal de 1946, quando um Estado-Membro violasse os denominados “princípios constitucionais” elencados no art. 7º, VII, medida prevista no parágrafo único do art. 8º. A legitimação era do Procurador-Geral da República. Isso permaneceu na Constituição Federal de 1967 (art. 11, § 1º, c). Mas foi alargado o alcance da norma, no próprio texto originário de 67, no art. 114, I, l, (correspondente, com nova redação, ao art. 119, I, l, vigente); não se restringindo apenas aos casos de intervenção federal em Estado-Membro (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *As Inovações da Constituição Federal de 1967*, pág. 115, nº 164). A representação passou a ser possível contra “lei ou ato normativo federal ou estadual”. O dispositivo foi incluído *in loco proprio*, segundo acertadamente observa PAULINO JACQUES (*Curso de Direito Constitucional*, pág. 395). Acontece que a Emenda nº 7, de 1977, ainda acolheu outra matéria suscetível de ser apreciada pelo Supremo por provocação do Procurador-Geral da República, inserindo-a no mesmo dispositivo: “para interpretação”. Já não se trata de declarar “lei ou ato normativo” inconstitucional, tanto federal como estadual, mas, sim, de instituir-se o “direito pretoriano”, ou seja, como deva ser interpretada uma lei, abstratamente, pois não é em nenhum caso concreto, num processo, numa causa. Havendo dúvida, o Procurador-Geral da República poderá suscitar o pronunciamento do Supremo, como deva ser interpretada a “lei ou ato normativo”. Vale, a rigor, como antecipação da “Súmula”. Quando se trata de declaração de inconstitucionalidade

dade, a lei ou ato submetidos ao crivo do julgamento em tese, não *incidenter tantum*, ou uma ou outra perdem sua eficácia, se acolhida a representação, ou permanecem vigorando, se rejeitada. Na "interpretação", porém, a lei ou ato deve subsistir, mas com sua exegese certa, precisa, exata, como que extirpada qualquer controvérsia a respeito de seu conteúdo e de seus efeitos, porque de nada adiantaria, na prática, entendimento contrário, ainda que possível teoricamente, pela independência cultural que todos os órgãos judiciários possuem — juizes e tribunais, pois a última palavra caberia ao Supremo, lá chegando a causa em grau de recurso.

De qualquer maneira, se usado o dispositivo, ao Supremo caberão novos encargos, que nem podem ser limitados pelo Regimento Interno, conforme o art. 119, § 3º, c, da Constituição. É evidente que não haverá exagero no exercício da prerrogativa. Mas basta que esteja inserta, que será sempre uma ameaça ao funcionamento do Supremo, sujeito a um labor ingente pela complexidade da matéria, sempre que for suscitada. O preceito é, em tese, louvável, pois visa à maior segurança da ordem social e jurídica, extirpando o mal antes que prolifere em várias ações, em diversos pontos do País, e que, certamente, terminariam por atingir o Supremo, em autos volumosos, exigindo maior esforço em seu estudo e maior desperdício de tempo em seu julgamento.

16. O próprio *habeas corpus*, quando da competência originária, é pouco usado, porque, raramente, há casos atribuídos às autoridades mencionadas no texto, art. 119, I, alínea h, como nas Constituições anteriores. A vinculação da autoridade ao Supremo torna difícil a prática do ato incriminado, que teria de ser, *v. g.*, do Presidente e Vice da República; Ministros de Estado; Congressistas etc. Em grau de recurso ordinário (art. 119, II, c), contudo, já se torna mais comum a espécie.

Desapareceu, contudo, dispositivo que provinha da Constituição Federal de 1934, no art. 76, II, h: "e, ainda, se houver perigo de se consumir a violência antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido". Apesar de louvável intuito do preceito, o mesmo era inútil, pois, praticamente, nunca se realizaria a hipótese. Sempre seria mais rápido impetrar o *habeas corpus* a qualquer outro órgão (juiz ou tribunal), do que o paciente dirigir-se ao Supremo, salvo em local próximo. Mas a situação geográfica não podia ter o dom de manter norma inviável (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Direito Processual Civil* — Estudos — O Supremo Tribunal Federal e os *habeas corpus* — pág. 293).

17. Assim sendo, partindo da Constituição Federal de 1891 e chegando até o regime (embora transitório, no seu contexto geral) da Constituição Federal de 1967 — sobretudo com as Emendas n.ºs 1 e 7, de 1969 e 1977, respectivamente —, nota-se que as atribuições mais relevantes do Supremo, quanto à sua competência originária, no sentido de

sua aplicabilidade mais possível, será a “declaração por inconstitucionalidade, ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 119, I, alínea I). Além de manter o sistema, que não era explícito na primeira Lei Magna, mas que apareceu a partir da Carta de 1934, sobre a prerrogativa conferida ao Poder Judiciário de declarar uma lei (acepção ampla) inconstitucional, ainda criou a situação inusitada relativa à “interpretação de lei ou ato normativo”. Com isso, a posição de “instância constitucional” ou de “corte constitucional” se firma, tornando o Supremo, mais do que nunca, o “guardião da Constituição”, *ipso facto*, apresenta-se, entre os órgãos estatais, como o maior protetor da ordem jurídica nacional, sem fronteiras regionais, relegando preconceitos e tabus, que a exagerada concepção federalista de 1891 até 1946 pretendia dificultar, em nome da decantada autonomia dos Estados-Membros. Acima dos interesses locais, impõe-se a autoridade do máximo órgão judiciário federal, para zelar, exatamente, pela integridade e pela unidade da própria Federação, visando a manter sua força e a prestigiar a soberania nacional.

III — COMPETÊNCIA RECURSAL ORDINÁRIA (art. 119, II)

18. Quando vigoraram as Constituições Federais de 1891 e de 1934, existia a Justiça Federal comum, desde que a União — como regra geral — fosse interessada em qualquer causa, independentemente de sua posição processual (arts. 60 e 81, respectivamente). Na ausência de órgão recursal intermediário, a competência correspondente cabia ao próprio Supremo Tribunal Federal (art. 59, 2; e 76, II, respectivamente). Não interessava a matéria, nem a qualidade das partes: “a jurisdição é larga e vasta”, nas palavras de BARBALHO (*op. cit.*, pág. 318). E a norma abrangia qualquer recurso ordinário: agravos e apelação. É evidente que aí ficava excluído o recurso extraordinário, pois não teria sentido o reexame pelo Supremo de uma decisão própria por via do remédio extremo, porquanto, se fosse o caso, já lhe cabia provê-lo, desde que infringido qualquer dispositivo da Constituição regulando o recurso extraordinário.

19. Como a Carta de 1937 — a do “Estado Novo” — extinguiu a justiça federal comum de primeiro grau, a competência das causas da União passou para os juízes estaduais das varas privativas da Fazenda Pública Federal. Nessa hipótese, a articulação era, não com os Tribunais de Apelação (nomenclatura da época — e não existiam, ainda, os Tribunais de Alçada), mas diretamente, com o Supremo. A situação era similar com os regimes das Leis Magnas anteriores, apenas mudando o juízo de origem: antes, federal; depois, estadual.

20. Com a Constituição Federal de 1946, porém, criou-se o Tribunal Federal de Recursos. Antes houve tentativa de sua instituição pelo Decreto Legislativo nº 4.381, de 5-12-1921, com o nome de “tribunais regionais ou de circuito, mas o Supremo Tribunal fulminou a medida

por meio de uma emenda regimental, matando-os no nascedouro, por entendê-los incompatíveis com a Constituição” — CASTRO NUNES (*op. cit.*, pág. 61, nº 2). A finalidade precípua foi a de aliviar os serviços do Supremo, exatamente nos recursos ordinários. Como se conservava extinta a justiça federal comum de primeiro grau, as causas em que a União ou entidades federais eram interessadas continuavam de competência dos juízes estaduais da vara privativa da Fazenda Pública Federal. Apenas mudou, assim, o órgão recursório. Mas o alívio para o Supremo foi substancial, porquanto, nos mandados de segurança, que, paulatinamente, aumentavam, e nos *habeas corpus*, envolvendo autoridades federais nos dois casos, os recursos eram de competência do novo Tribunal.

21. Em plena vigência da Constituição Federal de 1946, e já no regime da Revolução de 31 de março de 1964, o Ato Institucional nº 2, de 1965, restaurou a justiça federal comum de primeiro grau, voltando, assim, ao sistema de 1891 e de 1934. Daí por diante, a articulação recursal com o Tribunal Federal de Recursos passou a ser com os próprios juízes federais, nas causas de interesse da União e de entidades federais. A Constituição Federal de 1967, desde seu texto originário, manteve a orientação (arts. 123 a 126, comb. com o art. 122, I, b, com o teor da Emenda nº 7, de 1977).

22. Entretanto, a transferência da competência recursal ordinária para o Tribunal Federal de Recursos, nas causas acima mencionadas, não cancelou, integralmente, a do Supremo, mesmo a partir da Constituição Federal de 1946, quando criou o Tribunal Federal de Recursos. Persistiram os demais casos, pela relevância das partes (Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País) ou pela importância da matéria (mandado de segurança e *habeas corpus*, desde que denegados; e crimes políticos). O mandado de segurança denegado foi cancelado desde o Ato Institucional nº 6, de 31-1-1969, situação mantida pela Emenda nº 1, de 17-10-1969 e que ainda subsiste (art. 119, II, c). Por conseguinte, ao Supremo ainda compete o julgamento em grau de “recurso ordinário” de algumas causas: art. 119, II, a, b e c (na alínea b passou de “crimes políticos”, como expressão genérica, para os “crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares”, pela remissão ao art. 129, § 1º, naquela alínea).

23. Nas causas da alínea a, os recursos passaram a ser a apelação e o agravo de instrumento, conforme os arts. 539 e 540 do Código de Processo Civil. Este diploma foi o primeiro a regulamentar tal recurso, que subsistia sem qualquer norma, nem mesmo tendo nome próprio. Sugerimos a terminologia “recurso ordinário constitucional”, que foi logo aceita por vários autores (ALFREDO BUZÁID, que a incorporou ao

Anteprojeto do Código de Processo Civil, no texto primitivo, arts. 583 a 588, embora não conservada no definitivo, que está em vigor; JOSÉ FREDERICO MARQUES; BARBOSA MOREIRA; JOSÉ AFONSO DA SILVA; SÉRGIO BERMUDEZ; ALBERTO DEODATO FILHO; e outros — v. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — *Sistema de Normas Gerais de Recursos Cíveis*, pág. 190, n.ºs 179 a 188; e *Introdução aos Recursos Cíveis*, pág. 213, n.ºs 155 a 161).

24. A não ser, possivelmente, os casos de *habeas corpus* denegados e, eventualmente, os crimes contra a segurança nacional, pela índole da situação revolucionária ainda imperante, dificilmente o Supremo Tribunal Federal terá ensejo de julgar tais recursos. A alínea *a*, então, é raríssima.

25. Desde a Constituição Federal de 1891 que esta competência recursal ordinária é a mais restrita em confronto com as outras. Ainda é mais razoável a competência originária do que a recursal ordinária. Somente por motivos relevantíssimos, ainda subsiste, para maior segurança dos julgamentos, dando-lhes cunho de inteira imparcialidade e autoridade. Ao tempo da Constituição Federal de 1946, Comissão de Juristas incumbida de apresentar “Reforma Constitucional” fez a seguinte sugestão quanto à competência do Supremo Tribunal neste ponto: “Os casos previstos na letra *b* têm repercussão internacional e o contemplado na letra *c* costuma despertar fortes paixões, quando não há punição. São em pequena quantidade e não há mal em que continuem na pauta do Supremo Tribunal Federal, como, aliás, sempre estiveram na órbita da Justiça Federal.” E, sobre o *habeas corpus*, especificamente, assim se pronunciou o parecer exarado: “A matéria é de tal magnitude, tão intimamente se identificou, no correr dos tempos, o órgão com esse remédio judicial, que somente razões de ordem prática, ainda que ponderáveis, não se afiguram bastantes para justificar a amputação do recurso, em uma de suas modalidades, aliás, a mais freqüente” (*Revista Forense*, vol. 167, pág. 42 e seguintes; *Folhetos da Imprensa Oficial*, págs. 38 a 51). Tal orientação terminou por preponderar na Constituição Federal de 1967, desde seu teor primitivo até o presente, depois da Emenda nº 7, de 1977.

26. Pela conotação política da alínea *b* — crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares — e pelo que representa a garantia do *habeas corpus* em favor da liberdade individual, mesmo com as restrições de emergência no momento, que tendem a desaparecer, previsto o caso na alínea *c*, a permanência dos dispositivos se impõe, porque seus objetivos justificam o eventual aumento de atividade do Supremo, que, no cômputo geral, pouco influirá. A alínea *a*, por sua vez, por abranger entidades internacionais, mesmo de escassa aplicabilidade, tem justificativa para ficar na área recursal do Supremo, pelos reflexos

no exterior do julgamento respectivo. Entendemos, porém, que, apesar disso, a espécie poderia ser deslocada para o Tribunal Federal de Recursos, pela sua posição, ainda que mantidas as outras no Supremo (retificamos, em parte, nossa opinião antes externada — *Sistema, cit.*, pág. 203, nº 185, quando preconizamos a transferência de todos os casos do Supremo para o Tribunal Federal de Recursos).

IV — COMPETÊNCIA RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (art. 119, III)

27. Desde a Constituição Federal de 1891 (art. 59, § 1º), como decorrência do regime federativo adotado pela República, que ao Supremo se atribuía a competência para julgar “recurso”, com o fim de preservar a integridade, a unidade e a uniformidade da legislação federal (em especial a própria Constituição). Era inominado, embora a terminologia aparecesse no art. 99 do primeiro Regimento Interno do Supremo, de 26 de fevereiro de 1891. A doutrina e a jurisprudência consagravam aquela nomenclatura. Apenas na Constituição Federal de 1934, é que foi constitucionalizada a denominação (art. 76, III), imitada pelas sucessivas Leis Magnas (1937, 1946 e 1967).

28. Se bem que não seja essencial ao regime federativo (CASTRO NUNES, *op. cit.*, pág. 309, nº 1; PONTES DE MIRANDA, *Constituição de 1967*, vol. IV, pág. 82, nº 30), o mesmo se impõe quando há justiças múltiplas, como acontece nos Estados Unidos, Argentina e entre nós. Há, portanto, correlação quase absoluta entre federação e duas ordens de justiça, e, conseqüentemente, um recurso com o fim preconizado por CARLOS MAXIMILIANO: “assegura a supremacia da Constituição e leis federais, garante a vigência destas em face da dualidade de magistratura, coloca acima dos preconceitos, rivalidades e insubmissões regionais, a autoridade nacional, firma a harmonia entre os Estados e a União, obrigando os primeiros a cumprir as deliberações da última” (*op. cit.*, pág. 610, nº 392). Se, portanto, teoricamente, a federação não exige, pela índole do regime, o recurso extraordinário (que pode existir em regime unitário, com justiça dupla), tem razão ROBERTO ROSAS, na realidade, quando afirma: “o recurso denominado extraordinário nasceu da estrutura federativa” (*Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal*, pág. 106, h). O fundamento do recurso extraordinário é porque “pressupõe a autonomia das justiças recorridas, o respeito integral às suas decisões que somente podem ser reformadas, por decisão do judiciário federal, nos casos expressos na Constituição, limitativas daquela autonomia, pelo conflito das mesmas com a Constituição ou a lei federal, ou pelo superior interesse da unidade do direito e da jurisprudência”, no magistério de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*op. cit.*, vol. II, pág. 340). Observe-se, aliás, que o recurso extraordinário atinge as decisões das justiças estaduais e da própria justiça federal — comum

e especial. Nas Constituições Federais de 1891, 1934 e 1937, a referencia era apenas às causas decididas pelas justiças locais; mas, nas de 1946 e de 1967, a redação passou a ser ampla: "por outros tribunais ou juizes", para, finalmente, a partir da Emenda nº 1, de 1969, mencionar somente "por outros tribunais". Impossível, assim, recurso extraordinário contra decisões de juízo singular, isto é, os juizes, como órgãos de primeiro grau monocrático.

29. É a grande carga do Supremo, pela elasticidade, tradicional, sobretudo, da atual alínea *a* do inciso III do art. 119 e, de certo modo, pelas possibilidades oferecidas pela alínea *d*.

Embora os casos de competência originária sejam raros e os de competência recursal ordinária se hajam escasseado depois da Constituição Federal de 1946, com a criação do Tribunal Federal de Recursos, mesmo assim é motivo de preocupação o que se costumou chamar "A Crise do Supremo". Apesar da divisão de turmas (de discutível constitucionalidade no tempo da Lei Magna de 1946, situação apenas regularizada na Constituição de 1967 — art. 115, no texto primitivo, art. 120 na redação da Emenda nº 1/69, ora art. 119, § 2º — ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema*, cit., pág. 140, n.ºs 147 a 150; e *Introdução*, cit., pág. 147, n.ºs 127 a 130), o problema subsiste de modo alarmante, como acentua, ALCINO SALAZAR: "E nos últimos 20 anos, notadamente após o advento, em 1940, do Código de Processo Civil, as coisas não se alteraram senão para pior, a despeito da criação, em 1946, do Tribunal Federal de Recursos, ao qual passou parte das causas da competência do Supremo Tribunal" (*Poder Judiciário — Bases para Reorganização*, pág. 194, nº 134).

30. Usando da faculdade inusitada outorgada pela Constituição Federal de 1967, o Supremo introduziu, no seu Regimento Interno, normas com o fim de tornar sem efeito a admissão pelos Presidentes dos Tribunais, ao permitir a sustação do encaminhamento pelo Relator (art. 22, § 1º) de recursos extraordinários. Além disso, a violação constitucional pode ser o único fundamento do recurso extraordinário, excluída a infringência de lei federal nos casos expressamente previstos (art. 308, incisos I a VIII). A infringência de lei federal ordinária, em tais causas, não enseja o recurso. A regra não é inconstitucional, porque a Constituição permite sua formulação. Pode ser considerada inconveniente; mas isso não a fulmina como inválida. É questão apenas de política legislativa, sem meios de ser atacada por via judiciária, mas, tão-somente, por via de reforma no texto fundamental. Já a instituição da súmula serviu de triagem no andamento do recurso, pois o Presidente do Tribunal pode negar seguimento a recurso contra decisão que se ajuste a um dos enunciados, faculdade também outorgada ao relator, no Supremo, pelo Regimento Interno (art. 22, § 1º), evitando, assim, a ida do

processo ao julgamento da turma. Mas de ambos os despachos cabe agravo, que não pode ser indeferido (art. 544, CPC; e art. 300 do Regimento Interno). Assim sendo, o trabalho não é obstado integralmente, pois ao menos esse recurso terá de ser apreciado. E a tendência inata dos vencidos é sempre a de usar de todos os meios colocados à sua disposição pela lei. O advogado, aliás, tem a obrigação profissional de assim agir na defesa dos direitos de seu cliente. E isso perturba o andamento da atividade já afanosa do Supremo.

31. Estas restrições regimentais às causas comuns já estavam prescritas na própria Constituição quanto à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, porque, em ambas, somente cabe recurso extraordinário quando “contrariarem esta Constituição” (arts. 139 e 143 — o texto primitivo do art. 143 foi alterado pela Emenda nº 7, de 1977). Como tais justiças são federais especiais, a interpretação que derem à legislação federal pelas mesmas aplicada tem validade e eficácia, não afetando o princípio federativo. Já as justiças estaduais, pela sua diversidade, poderiam cindir a unidade e a uniformidade da legislação federal em debate, mormente pela proliferação da competência da União, como fenômeno jurídico e social essencialmente brasileiro. Nos Estados Unidos, porém, a competência bipartida é bem maior, tanto que os diplomas de direito material, como os de direito processual são elaborados pelos Estados, cujas justiças mantêm, assim, autonomia na interpretação e aplicação nos processos submetidos a seu julgamento. Aqui, porém, o direito material sempre foi federal (Código Civil; Código Comercial, embora oriundo do Império; Código Penal etc.), mas o direito processual apenas se tornou federal, de fato, a partir do Código de Processo Civil de 1939 e, depois, do Código de Processo Penal de 1941, embora já preconizada a competência da União na Constituição Federal, mas concretizada a idéia, somente, na vigência da Carta de 1937.

32. É interessante, porém, que, ao contrário das justiças federais especiais (eleitoral e trabalhista, pois, na militar, é pertinente recurso ordinário, ao Supremo, *ex vi* do art. 119, II, b), a *comum* não se esgota em seus próprios órgãos. Realmente, contra as decisões dos juízes federais, cabem os recursos chamados de ordinários para o Tribunal Federal de Recursos e, daí, pode ser interposto recurso extraordinário ao Supremo, com base no art. 119, III, a, alegando que a decisão recorrida negou vigência de tratado ou lei federal, isso é, não fica circunscrito à infringência apenas de dispositivo da Constituição. O Tribunal Federal de Recursos, portanto, não se situa no mesmo plano dos Tribunais Superiores da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho. Além disso, como na CLT, não é permitido, em execução, o recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, a causa se esgota em Tribunal Regional, na qual, então, se violada a Constituição Federal, será hábil o recurso extraordinário, pelo *caput* do inciso III do art. 119 da própria Constituição, que menciona, genericamente, “por outros tribunais”. Um Tribunal Regional do Trabalho, portanto, tem mais autonomia na interpretação e na aplicação da legislação trabalhista, que é exclusivamente federal, do que o Tribunal Federal de Recursos, quanto à legis-

lação, que também somente pode ser a federal, na sua interpretação e aplicação, nas causas conhecidas em grau de recurso ou até originariamente (ações rescisórias; mandado de segurança etc.).

33. Tudo isso demonstra que o recurso extraordinário é o grande entrave no andamento do Supremo, por ser facilmente deturpável em sua finalidade precípua e para o qual foi criado: defesa da Constituição Federal e, em segundo lugar, da legislação federal ordinária. Verifica-se, assim, aquela situação delineada por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO: “a nossa estrutura faz, naturalmente, do Supremo Tribunal uma terceira instância para as causas de direito privado, o que lhe deu caráter de uma nova alçada judiciária, sem qualquer cunho político. E é nesse terreno privado que o nosso Supremo Tribunal, como se fosse uma Corte comum, consome a maior parte do seu tempo e expede o seu volumoso trabalho. Ora, é sabido que o Tribunal americano só atua com interesses privados que sirvam de base à emissão de normas de conduta interpretativas da Constituição, ou, de qualquer forma, ligadas ao direito público. Seu trabalho se resume em poucas centenas de processos anuais, que ele mesmo escolhe sob vários caminhos processuais que aqui não interessa esmiuçar, ao passo que o Supremo Tribunal brasileiro é esmagado pelo julgamento de milhares de processos em cada ano. A situação não foi melhorada, nem alterada, nos seus defeitos essenciais, que são de fundo e não de forma, com a criação do Tribunal Federal de Recursos” (*Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*, pág. 153, nº 24).

Este fato acontece pela errônea concepção generalizada sobre o papel do Supremo Tribunal como órgão judiciário e “que atinge os mais altos cumes do pensamento jurídico, quer na advocacia, quer na magistratura, de que o recurso extraordinário é um recurso processual como qualquer outro, destinado a corrigir desacertos no julgamento, estando o Supremo Tribunal em relação às cortes de apelação como estas em face dos juizes de direito. Não existe tal correlação. Nem o Supremo Tribunal é uma terceira instância, nem o recurso extraordinário é apelação”, no ensinamento de CASTRO NUNES (*op. cit.*, pág. 317, rodapé nº 11). É oportuno o testemunho recente de HUGO MÓSCA, que, por décadas, foi funcionário do Supremo, chegando a seu Diretor-Geral, para, depois, tornar-se, em seu seio, um dos advogados mais atuantes, conhecendo, assim, o problema pelos dois pólos — o interno e o externo:

“Hoje, o Supremo recebe, apesar de todas as restrições regimentais, quase dez mil processos por ano. E, não tenham dúvida, esse índice crescerá, porque os problemas fiscais e os de natureza administrativa, por mais que se clame, obrigarão o Pretório Excelso a uma carga de trabalho de conseqüências gravíssimas. É que a violação do enorme e sempre crescente elenco de leis federais não estancará, nunca, as torneiras processuais” (*O Supremo Tribunal Federal e o Meu Depoimento*, pág. 35).

34. As medidas artificiosas para impedirem o recurso extraordinário: súmulas; limitações regimentais; ausência de relevante questão federal; poderes de trancamento aos Presidentes dos Tribunais ou aos relatores etc. tudo isso tem sido mero paliativo. O recurso é interposto; há o incidente da admissibilidade; a inadmissibilidade ou indeferimento pelo Presidente, mas com possibilidade de agravo de instrumento; despacho denegatório do relator, também suscetível de agravo para turma — enfim, uma série de atos provenientes do uso de um direito, certo ou errado, mas que serve de tentativa honesta para reformar ou anular a decisão recorrida ou, então, para a deslavada chicana, servindo-se dos meios legais para procrastinar, indevidamente, o desfecho da causa, com prejuízo, quiçá irreparável, para o vencedor.

O mal, aliás, já foi atribuído ao próprio Supremo Tribunal, por um jurista gaúcho que, depois, muito honraria uma de suas cadeiras: “O tribunal mais alto, dia a dia, dilata a própria competência, pois aceita, quase sem restrição, pedidos de *habeas corpus* e recursos extraordinários” (CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 611, nº 392). Para coibir esta apregoada “facilidade”, a Revisão de 1926 ao texto da Carta de 1891 alterou o teor do art. 59, § 1º, *a*, pois “o acúmulo de serviço neste tem lhe perturbado a regularidade das funções” (MONIZ SODRÉ, *O Poder Judiciário na Revisão Constitucional*, pág. 91).

35. Ainda que permaneçam os casos de competência originária (com o perigo da novidade inserida com a “avocatória” inciso I, alínea o), por serem raros, inclusive o julgamento de representação sobre declaração de inconstitucionalidade ou de interpretação de lei ou ato normativo; e que subsistam os do recurso ordinário constitucional (se não passarem para o Tribunal Federal de Recursos), o recurso extraordinário, em qualquer hipótese, deveria apenas caber por violação de norma constitucional, como já acontece com a Justiça Eleitoral e com a Justiça do Trabalho. Para isso, seria necessário federalizar as justiças estaduais. Os recursos seriam para o Tribunal Federal de Recursos, e, de seus acórdãos, apenas quando fosse alegada infringência direta de dispositivo da Constituição Federal. Teria de ser aumentado o *quorum*, é evidente. Quanto à legislação federal, a situação seria a mesma que já ocorre, como acentuamos anteriormente, com a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho: a causa se esgotaria no Tribunal Federal de Recursos. Esta solução é defendida por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, na seguinte passagem: “A única centralização que não se verificou foi a da própria Justiça, como órgão e mecanismo, que continua submetida, embora com estreitas restrições constitucionais, à competência dos Estados. Devemos lembrar que a não-federalização de toda a Justiça encontra mais obstáculos nos receios de sobrecarregar, com despesas de pessoal, os orçamentos federais, do que propriamente resistências doutrinárias, ligadas à justa concepção do Direito Federal. É mais uma questão de caixa que de convicção. Tivesse o orçamento federal maiores larguezas com o seu pessoal e já teríamos, provavelmente, derrubado essa última trincheira de defesa formal da chamada autonomia jurídica dos Estados” (*op. cit.*, pág. 161, nº 29).

36. Com esta providência restritiva dos pressupostos do recurso extraordinário — desde que federalizada toda a justiça, desaparecendo, assim, as estaduais —, o Supremo Tribunal Federal passaria a desempenhar o seu verdadeiro papel: o de Corte constitucional. Mas enquanto subsistir o tabu da justiça dupla, será difícil — senão impossível — coarctar o uso do recurso extraordinário, para ser empregado somente nos casos teoricamente delineados na Constituição Federal. Sempre haverá uma brecha — na alínea *a* ou na alínea *d* do inciso III do art. 119. É questão de mera habilidade profissional, ao menos para provocar a *via crucis* dos demais atos sucessivos.

38. A válvula da “relevância da questão federal”, constitucionalmente de suas tarefas, que crescem de ano para ano. O fato foi ressaltado e verberado por ALIOMAR BALEEIRO, seu ex-Presidente:

“Evidentemente, esse trabalho de Hércules prejudica a qualidade dos julgamentos, impossibilitando o estudo aprofundado e a fundamentação mais convincente ou persuasiva dos acórdãos, nos assuntos de maior relevância” (ALIOMAR BALEEIRO, “O Supremo Tribunal Federal”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 34, pág. 35).

38. A válvula da “relevância da questão federal”, constitucionalizada pela Emenda nº 7, de 1977, depois de já vigorar por via de dispositivo regimental (art. 308), ainda propiciou mais encargo. A intenção foi autorizar o recurso extraordinário, ainda que não houvesse infringência da Constituição nas causas em que, normalmente, é vedado, em face da matéria suscitada. Mas como a expressão é vaga e dúbia, sem ainda a devida conceituação doutrinária, e o julgamento é secreto, isto é, não consta da ata o motivo pelo qual a arguição foi aceita ou foi rejeitada (Reg. Int., art. 308, IX), não há critério objetivo para ser levantada (BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, pág. 544 em diante, n.ºs 307 e 308). Serve, somente, para ser provocada, como meio de procrastinar o andamento do feito, pois os Presidentes dos Tribunais não podem indeferir, cabendo apenas ao Supremo, reunido em Conselho, apreciar o caso. Se repelida, o recurso extraordinário fica fulminado em definitivo; se é aceita, o recurso extraordinário será processado normalmente, nos seus trâmites regulares. Tornou-se, portanto, em mais uma fonte de labor para o Supremo, embora em julgamento esdrúxulo e pouco formal.

39. É evidente que, enquanto houver Justiça dos Estados, não será possível deixar que a legislação federal — idealizada para aplicação uniforme em todo o território nacional para todos os cidadãos — possa ser fragmentada ante eventuais julgamentos diferentes em cada Tribunal local — Justiça e de Alçada. Seria o caos. Ao Supremo, assim, cabe zelar, não só pela Constituição Federal, como por toda a legislação federal ordinária (que é imensa!). Um mal determina outro, pois o Supremo, com o atraso nos julgamentos e a falta da desejada perfectibilidade de seus acórdãos, em geral, deixa de manter o halo de pres-

tígio e de autoridade de que se deve revestir de modo intenso ante a coletividade. Daí, até, embora por outros motivos, a injusta censura de JOÃO MANGABEIRA: "O órgão que, desde 92 até 937, mais falhou à República, não foi o Congresso. Foi o Supremo Tribunal" (*Rui, o Estadista da República*, pág. 77).

40. Se a função do Supremo é a de preservar a força da Constituição Federal e da legislação federal ordinária, então não se deveria subtrair-lhe tal atividade, em nenhuma causa, quer pela matéria, quer, sobretudo, pelo valor. A Constituição, principalmente, não pode ser ferida em nenhum julgamento: ou vale sempre ou não vale nunca. Como esta última afirmativa não tem sentido nem ético, então somente impera a primeira. As limitações que o próprio Supremo se impõe a si próprio, via Regimento Interno, usando da inusitada competência constitucional, desfiguram seu papel e o tornam protetor apenas de um contingente de partes, pois as outras podem sofrer todas as violações — fundadas, é certo, em legislação federal, pois a ofensa à Constituição está ressalvada sempre. Acontece que a legislação federal — ou qualquer outra — não é para ser aplicada somente em alguns casos, mas, sim, em todos em que a norma for discutida e julgada. Por que, em causa de valor superior a 100 vezes o maior salário mínimo, uma lei federal não pode ser infringida, merecendo o reexame do Supremo, e em outra de menor *quantum*, se estabelece a imunidade? (Reg. Int., art. 308, VIII). É claro que tal diretriz é para aliviar o Supremo. Mas, acima dos motivos de ordem prática, deve prevalecer o alcance da norma jurídica — igual para todos, sem discriminações, máxime econômicas. Para sanar um mal, cria-se outro, quem sabe até maior!

41. Não basta, pois, concentrar-se, mesmo ilimitadamente, na defesa da Constituição. A legislação ordinária federal também tem de ser preservada, como instrumento da ordem jurídica nacional. Para isso, é preciso manter a pureza das instituições, atentando mais para seus fins do que para os obstáculos materiais. O Poder Judiciário, exatamente por intermédio de seu órgão máximo, deve ser, não fonte de angústias, de desesperos e de descrenças, mas, sim, de confiança, de tranquilidade e de esperanças de todos. Se apenas uma questão financeira transformar as justiças estaduais em entidades federais —, isso é de somenos, porque os técnicos tributários fazem milagres para a obtenção de recursos. Antes encontrar o numerário do poder público para atender às despesas do que tornar irreparável uma injustiça ou, pior ainda, inútil um julgamento final demorado, pelo mau funcionamento do Poder Judiciário, principalmente quando depende de sua cúpula, como repositório dos anseios da coletividade.

V — CONCLUSÃO

42. Por esta rápida resenha, verifica-se que o Supremo, em sua evolução na República, pouco a pouco foi dilatando sua órbita de competência, acompanhando evidentemente, o próprio desenvolvimento das

instituições jurídicas do Brasil. A criação do “mandado de segurança”; a afirmação do poder de declarar a inconstitucionalidade de lei, em concreto ou em tese; a necessidade de prescrever normas sobre crimes políticos, em nome da segurança do Estado; a proliferação legislativa federal da União — tudo isso formou uma corrente caudalosa que foi desaguar no Supremo. Mas, ao mesmo tempo, o Supremo não estava aparelhado para o impacto, por maiores que fossem os esforços, a experiência, a cultura, o sacrifício e a noção do cumprimento de dever de seus eminentes Ministros, em várias gerações. A situação é, praticamente, insustentável. A rigor, houve “involução” da competência do Supremo, pois o órgão não foi instituído para a ter alargada, mas, ao contrário, diminuída.

43. Para isso, somente com a federalização total da justiça. Se a Justiça Eleitoral e, embora com atividade permanente mais intensa, a Justiça do Trabalho — a Militar já tem menos encargos, por sua índole — desempenham tão bem suas funções, apesar dos ônus financeiros que acarretam para a União, por que a comum não pode ser, igualmente, federalizada? Com isso, desaparecerá o perigo, que justifica o recurso extraordinário nos seus moldes clássicos desde a Lei Magna de 1891, de deixar de incidir a legislação federal uniformemente em todos os recantos do País, porque poderia prevalecer uma interpretação diferente em cada região dependendo do Tribunal local.

44. Ao Supremo, então, competiria sua genuína função política: “guardião da Constituição”. Nada mais, mas que é tudo. Semelhante à Corte Suprema dos Estados Unidos, que lhe serviu de modelo, em suas linhas gerais, mas que pouco se distanciou, por contingências peculiares à nossa organização. Esta idéia, contudo, é combatida, veementemente, por HUGO MOSCA, com argumentos ponderáveis, embora jogando com a atual realidade brasileira, inclusive quanto à constância dos sucessivos textos constitucionais: “se o legislador pretendesse jungir o Supremo Tribunal Federal a apreciar, exclusivamente, matéria constitucional, já o teria feito, face a sugestões numerosas que surgem a cada momento” (*O Recurso Extraordinário e o Sesquicentário do Supremo Tribunal Federal*, pág. 21).

45. A lei não pode ser mera abstração contida apenas no texto do direito positivo. A lei tem de viver a realidade do cotidiano. Sobre tudo a Constituição, como a lei das leis, precisa ser atuante, para exercer os objetivos com que foi concebida, para a defesa fundamental dos direitos humanos. Precisa de um órgão que, especificamente, apenas atue para interpretá-la e aplicá-la, quando houver dúvida sobre sua incidência — em caso concreto ou em tese, na salvaguarda da própria ordem jurídica e política nacional. Somente, assim, a Constituição poderá imperar e ser respeitada, quando o Supremo proclamar seu julgamento — sem atropelos, sem exaustão, sem sobrecarga, mas sereno, altaneiro e tranqüilo, pois, na exortação de RUI BARBOSA, “quando ele pronuncia, a sua decisão constitui, definitivamente, a lei, e a mais alta lei do País” (*op. cit.*, pág. 39).

BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Allomar** — "O Supremo Tribunal Federal" — *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. — Julho 1972, vol. 34, Belo Horizonte.
- BARBALHO, João** — *Constituição Federal Brasileira (1891)*. 2ª ed., 1924, Brigulet & Cia. — Rio de Janeiro.
- BARBOSA, Rui** — *Comentários à Constituição Federal Brasileira (1891)*, 1933. Ed. Saraiva, São Paulo — Coligidos e ordenados por Homero Pires.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos** — *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, Coleção "Forense". 2ª ed., 1976. Rio de Janeiro.
- CASTRO NUNES, José de** — *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. 1943, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão** — *A Constituição Federal Comentada (1946)*, 1948. Ed. Konfino, Rio de Janeiro.
- JACQUES, Paulino** — *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., 1977, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- LACERDA, Paulo de** — *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*. Sem data, Ed. Azevedo, Rio de Janeiro.
- LESSA, Pedro** — *Do Poder Judiciário*. 1915, Ed. Francisco Alves, Rio de Janeiro.
- LIMA, Alcides de Mendonça** — *Sistema de Normas Gerais e Recursos Cíveis*. 1963, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro.
- — *Introdução aos Recursos Cíveis*. 1976, Ed. Tribunais, São Paulo.
- — *As Novidades na Constituição Federal de 1967*. 1971, Ed. Juriscredi, São Paulo.
- — *Direito Processual Civil*. 1977, Ed. Bushatsky, São Paulo.
- MANGABEIRA, João** — *Rui, o Estadista da República*. 1943, Ed. José Olympio, Rio de Janeiro.
- MAXIMILIANO, Carlos** — *Comentários à Constituição Brasileira (1891)*. 1ª ed., 1918, Ed. Jacintho, Rio de Janeiro.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de** — *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. 1975, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- MOSCA, Hugo** — *O Supremo Tribunal Federal e o Meu Depoimento*. 1975, Ed. Lea, Rio de Janeiro.
- — *O Recurso Extraordinário e o Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. 1978, Ed. Transbrasil, Brasília.
- PONTES DE MIRANDA** — *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. Ed. Guanabara, Rio de Janeiro.
- — *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed., 1953, Ed. Max Limonad, São Paulo.
- — *Comentários à Constituição de 1967 — Com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed., 1970, Ed. Tribunais, São Paulo.
- ROSAS, Roberto** — *Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal*. 1971, Ed. Tribunais, São Paulo.
- SALAZAR, Alcino** — *Poder Judiciário — Bases para Organização*. 1975, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- SODRÉ, Moniz** — *O Poder Judiciário na Revisão Constitucional (1926)*. 1929, Ed. Saraiva São Paulo.

O mandado de segurança e o Estado de Direito

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Brasília. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

"É incontestável que um dos problemas que hoje mais preocupam todos os juristas, todos os magistrados, todos os advogados e até a própria opinião pública pode ser definido nos seguintes termos: COMO OS PARTICULARES PODEM E DEVEM SER PROTEGIDOS CONTRA O ESTADO?" (LEON DUGUIT. *Leçons de droit public général*, pág. 301.)

"O fim da ciência do direito não consiste tão-somente em formar juizes e funcionários e em ensinar-lhes como deverão resolver os casos difíceis. Sua função suprema consiste em delimitar adequadamente as esferas de atuação do indivíduo e da coletividade." (GEORG JELLINEK. *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pág. 101.)

SUMÁRIO

- I — O Estado de Direito e os remédios judiciais
- II — A evolução legislativa do mandado de segurança
- III — A evolução jurisprudencial do mandado de segurança
- IV — Sugestões de *lege ferenda*
- V — O mandado de segurança como elemento de valorização do Poder Judiciário e instrumento prático de defesa do indivíduo
- VI — Conclusões

I. O Estado de Direito e os remédios judiciais

1. A nossa época tem sido caracterizada como "uma era de descontinuidade" (1) e de incerteza (2), na qual imperam a tirania (3) e a violência e reina o maior ceticismo em relação ao direito, que alguns julgam morto (4) e outros, ultrapassado (5), não mais nele reconhecendo uma eficiente técnica de solução dos conflitos sociais.

(1) PETER F. DRUCKER, *The age of discontinuity*, N. York, Harper & Row, 1968.

(2) JOHN KENNETH GALBRAITH, *The age of uncertainty*, London, British Broadcasting Corporation, 1977.

(3) ÉLIE HALÉVY, *L'ère des tyrannies*, Paris, Gallimard, 1938.

(4) EUGENE V. ROSTOW e outros, *La law dead*, N. York, Simon & Schuster, 1971.

(5) "Le dépassement du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 8, Paris, Sirey, 1963.

2. Assim sendo, cabe ao advogado, mais do que nunca, comprovar que está no pleno e efetivo exercício da sua função de "defensor do homem" e que o Estado de Direito não constitui uma simples especulação filosófica ou a visão poética de um mundo que não mais existe, mas que decorre do bom funcionamento de um conjunto de instrumentos essenciais e indispensáveis para a realização do progresso econômico e social do país e a superior conciliação entre os interesses públicos e individuais.

3. O Estado cresceu desmedidamente e consolidou o reinado da burocracia onipotente, anônima e incontrolável. Em todos os países, numa maior ou menor percentagem, a vida econômica passou a ser controlada, direta ou indiretamente, pelo poder público, que jamais, na história do mundo, atuou em setores tão diversos e com tanta intensidade (6).

4. A hipertrofia do Estado fez com que se reconhecesse a inadiável necessidade de remédios específicos de direito público que pudessem evitar ou corrigir, com rapidez e eficiência, os atos destorcivos da administração, prevenindo ou desfazendo ilegalidades e impedindo os abusos e os desvios de poder, sob qualquer forma.

5. Com o decorrer do tempo, reconheceu-se que as garantias individuais não podiam ser asseguradas por simples proclamações platônicas, devendo, ao contrário, ser amparadas por adequados remédios jurídicos. Verificou-se, outrossim, que as técnicas tradicionais do direito privado não tinham a necessária eficiência para restabelecer o equilíbrio nos conflitos entre o Estado e o indivíduo. Assim, o mandado de segurança e a ação popular surgiram como instrumentos de maior densidade, capazes, pela natureza especial do seu procedimento, de permitir que o Poder Judiciário arbitrasse, em tempo hábil e sem tardança, os litígios entre o particular e a administração.

6. Assim sendo, o legislador constituinte de 1934, inspirando-se na doutrina brasileira do **habeas corpus**, transpôs para o campo do direito público o remédio específico de proteção à liberdade individual, que tinha surgido no direito judiciário penal. Pretendeu-se, pois, garantir ao indivíduo, nas suas relações com a administração pública, um remédio tão eficiente quanto aquele que protegia o direito de locomoção.

7. A doutrina brasileira, embora divergente quanto à natureza processual do mandado de segurança, é mansa e pacífica ao reconhecer o seu caráter especial, **sul generis**, oriundo da própria Constituição e destinado a atender a uma finalidade de direito público. Os pressupostos do mandado de segurança (a lesão, devidamente comprovada, de direito líquido e certo, decorrente de ato inconstitucional ou ilegal do poder públi-

(6) JOHN KENNETH GALBRAITH, *The new industrial state*, London, Hamish Hamilton, 1967, págs. 2 e seguintes; e PETER F. DRUCKER, obra citada, págs. 212 e seguintes. Para a participação do Estado na economia brasileira, consultem-se as monografias do IPEA *Aspectos da participação de Governo na economia*, de FERNANDO REZENDE e outros, Rio, 1976; e *Avaliação do setor público na economia brasileira*, de FERNANDO ANTÔNIO REZENDE DA SILVA, Rio, 1974, assim como CARLOS ESTEVAM MARTINS, *Capitalismo do Estado e modelo político no Brasil*, Rio de Janeiro, Edições do Graal Ltda., 1977.

co) justificam a sua tramitação especial, que se explica pela maior densidade do direito defendido, pela força de pressão exercida pela autoridade coatora e pela necessidade da execução imediata e compulsória da decisão judicial. Efetivamente, à medida que vai aumentando a prepotência do Estado, impõe-se a criação de recursos mais poderosos para a defesa do indivíduo nas suas relações com a coletividade. Ao desenvolvimento das atribuições das pessoas jurídicas de direito público e ao progressivo aumento das delegações do Governo a entidades de direito privado deve corresponder uma maior intensidade e celeridade nos instrumentos criados para o atendimento dos direitos dos particulares, a fim de se manter o equilíbrio entre os interesses da coletividade e a esfera de influência e de atuação de cada indivíduo (7).

8. A importância do mandado de segurança como meio de corrigir as ilegalidades e os desvios ou abusos de poder e de fazer prevalecer o Estado de Direito também deflui de outros fatores históricos, pragmáticos e até pedagógicos.

9. A nossa tradição centralista, autoritária e burocrática, que data de época colonial, e o **coronelismo**, que por tantos anos dominou o País, ensejaram o reconhecimento da existência de verdadeiros "donos do poder" (8), que não admitiam qualquer tipo de contestação e, muitas vezes, confundiam o interesse público com o interesse político e até, em certos casos, com os seus próprios interesses particulares. Em relação aos seus atos, qualquer solução administrativa e recurso hierárquico não eram concebíveis, considerando-se a sistemática dos poderes então existentes. Por outro lado, a utilização das técnicas do direito privado levaria a uma solução tão tardia que seria inócua e consagraria a injustiça que se pretendia evitar.

10. Numa fase mais recente, que engloba os dias em que vivemos, os tecnocratas se insurgiram contra as normas jurídicas que, para eles, constituíam uma espécie de "camisa-de-força". Efetivamente, a partir da Revolução de 1930, mas de modo mais generalizado desde a década de 1960, os administradores e economistas pretenderam, em nome da eficiência, afastar os critérios jurídicos, que passaram a considerar como verdadeiras barreiras, que dificultavam a adoção de soluções pragmáticas por eles preconizadas e que lhes pareciam atender ao bem comum (9). O decurso do tempo comprovou, todavia, a existência de uma série de falhas numa política meramente quantitativa e inspirada exclusivamente na eficiência, que pretendia esquecer o homem e contornar as normas jurídicas. De qualquer modo, o mandado de segurança teve a sua importância realçada no conflito que surgiu entre, de um lado, a defesa dos direitos individuais e o respeito ao "Estado de Direito" e, de outro, os interesses públicos e o pragmatismo da administração. Coube, assim, freqüentemente, aos tribunais arbitrar, no julgamento de mandado de

(7) ARNOLDO WALD, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3.^a edição, Rio, Forense, 1968, pág. 114.

(8) RAYMUNDO FAORO, *Os donos do poder*, 2.^a edição, Porto Alegre—São Paulo, edição conjunta da Editora Globo e da Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

(9) SAN TIAGO DANTAS, *A educação jurídica e a crise brasileira*, São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1955, pág. 13.

segurança, o conflito entre a eficiência e a justiça, que se torna mais agudo nos países em desenvolvimento.

11. Finalmente, o mandado de segurança, pela possibilidade que enseja da concessão da medida liminar, exerce um incontestável papel pedagógico, constituindo evidentemente meio de educação dos agentes do Poder Público, que passam a saber e a sentir que são responsáveis pelos seus atos. É ele que obriga os administradores a distinguir a competência vinculada ou discricionária, que a lei lhes atribui, do poder arbitrário, que não se coaduna com a prevalência da norma legal. Já se afirmou que o mandonismo e a preguiça são as causas principais que levaram a Administração a combater o mandado de segurança, pois a sua concessão fere a vaidade da autoridade, comprovando que existe um poder superior que consiste na norma jurídica, na *rule of law*, no Estado de Direito (10).

12. É evidente que o mandado de segurança não é, por si só, medida suficiente para garantir o advento e a permanência do Estado de Direito. É, todavia, incontestável que, ao lado do *habeas corpus*, da ação popular, da representação em virtude de arguição de inconstitucionalidade, das comissões parlamentares de inquérito e, eventualmente, do *ombudsman* ou procurador-geral do povo (11), o mandado de segurança constitui um dos instrumentos úteis, necessários e indispensáveis para que seja respeitada a supremacia do direito.

II. A evolução legislativa do mandado de segurança

13. Podemos afirmar que a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, cristalizou uma regulamentação relativamente adequada do mandado de segurança, após quinze anos de vivência do instituto. Embora criticada pela sua falta de sistematização e por algumas confusões que gerou (12), o diploma de 1951 conseguiu conciliar as normas técnicas então existentes no Código de Processo Civil de 1939 com o liberalismo dominante na Constituição de 1946.

14. Ao contrário, o conjunto das normas legais posteriores a 1951 constitui uma verdadeira involução na matéria, importando em sucessivas restrições e deturpações do instituto. A bem da verdade, é preciso reconhecer que tais limitações à plena utilização do mandado de segurança já começaram a surgir antes da Revolução de 1964, com as restrições à concessão da medida liminar no caso de importações (13), com a ampliação dos prazos processuais (14) e a Mensagem nº 200, de 19-12-1962, posteriormente transformada na Lei nº 4.348, de 29-6-1964, que estabeleceu prazo máximo de vigência para as medidas liminares e

(10) Ministro CUNHA VASCONCELOS FILHO, no prefácio do livro de ARNOLDO WALD *Do mandado de segurança*, já citado, pág. XVII.

(11) V. a respeito a excelente tese de JOÃO DE OLIVEIRA FILHO apresentada na VI Conferência Nacional de Advogados, realizada em Salvador em outubro de 1976, ap. *Anais do referido conclave*, págs. 481 e seguintes.

(12) ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 86, *in fine*.

(13) Lei n.º 2.770, de 4-5-1956.

(14) Lei n.º 4.166, de 4-12-1962.

só permitiu a execução da decisão após o trânsito em julgado, quando proferida em mandado de segurança referente à reclassificação ou à equiparação de servidores públicos ou à concessão, aos mesmos, de aumento ou extensão de vantagens. Os mesmos princípios foram consagrados, com a mais completa falta de técnica, nas Leis nº 4.862, de 29-11-1965, e 5.021, de 9-6-1966, provocando sérias dúvidas à caducidade da liminar, especialmente nos casos em que o atraso no andamento do processo decorre de culpa da Administração ou da própria autoridade judiciária (15).

15. A legislação referente ao mandado de segurança criou um verdadeiro caos, transformando, progressivamente, o remédio heróico em autêntica ação ordinária (16). HELY LOPES MEIRELLES chegou a sustentar, com toda razão, a inconstitucionalidade e o caráter discriminatório das disposições que amputaram o mandado de segurança, desrespeitando o princípio da igualdade das partes do processo (17).

16. O novo Código de Processo Civil e as Leis n.ºs 6.014, de 27-12-1973, 6.071, de 3-7-74, e 5.869, de 11-1-1973, na sua preocupação de uniformizar os procedimentos, substituíram o agravo no mandado de segurança pela apelação, ensejando, outrossim, novas dúvidas e confusões quanto ao cabimento dos embargos infringentes e à concessão da medida liminar. A respeito, a doutrina chegou a afirmar que "se o legislador do processo foi omissivo ou imprevidente, nem por isso a garantia constitucional da segurança e a medida cautelar da liminar hão de ficar prejudicadas, em detrimento do direito individual, pela inépcia do redator das normas procedimentais aplicáveis ao mandado" (18).

17. No campo constitucional, ao lado da ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado contra certas autoridades (19), admitiu-se, contrariando a jurisprudência anterior, que o ingresso em juízo pudesse ser condicionado à prévia exaustão das vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido (20).

18. A Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que admitiu a criação do contencioso administrativo, sem poder jurisdicional, nas áreas federal e estadual, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias (21) previu a possibilidade de recurso direto da decisão administrativa para o Tribunal competente, ensejando-se, assim, um sistema híbrido (22). Efetivamente, a decisão administrativa substituiria, no caso, a sentença de primeira instância, mas, por outro lado, não se admitiria

(15) ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 97.

(16) ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 99.

(17) HELY LOPES MEIRELLES, "Mandado de Segurança e Ação Popular", 5ª edição, S. Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1978, pág. 43.

(18) HELY LOPES MEIRELLES, obra citada, pág. 46.

(19) Art. 119, item I, alínea I, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 7, de 1977.

(20) Art. 153, § 4.º, da Emenda Constitucional n.º 1, com a redação dada pela recente Emenda Constitucional n.º 7.

(21) Nova redação dada ao art. 203 da Constituição vigente.

(22) Art. 204 da Constituição Federal vigente, com a sua nova redação.

mais o mandado de segurança contra certos atos, sem o prévio esgotamento da via administrativa. A matéria depende de regulamentação pela legislação ordinária, mas é importante que nela se resguarde, adequadamente, a posição do remédio heróico (23).

19. Esse esvaziamento do mandado de segurança pela legislação ordinária não ocorre pela primeira vez na nossa história. Ao contrário, tem sido tentado de modo cíclico e contínuo. Já há quase um quarto de século, o Ministro Cunha Vasconcelos, então na presidência do Tribunal Federal de Recursos, afirmou, com a extraordinária coragem cívica que honra a magistratura brasileira, que:

“Qualquer combate ao instituto (mandado de segurança) será suicida. Ninguém acreditará, nos tempos que correm, que o ato de uma demissão ilegal se mantenha por anos a fio até que a Justiça o anule, como ninguém poderia admitir que a detenção do indivíduo com direito à liberdade se prolongasse além do tempo necessário à invocação do amparo da Justiça. Quer queiram, quer não queiram os ferrenhos inimigos do “writ”, ele subsistirá como estrela de primeira grandeza entre os recursos do direito, em seu sentido constitucional iniludível. Todas as deformações que, por leis ordinárias, têm sido tentadas com o objetivo de diminuir-lhe a eficácia, cairão como frágeis bombos chineses — ninguém se iluda” (24).

III. A evolução jurisprudencial do mandado de segurança

20. Se a legislação foi restringindo sucessivamente a utilização do remédio heróico, procurando aproximá-lo cada vez mais da ação ordinária, equiparando-o à mesma, a jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, evoluiu em sentido inverso, prestigiando o instituto, distinguindo-o das demais ações e ampliando consideravelmente o seu campo de atuação.

21. Em primeiro lugar, entendem acertadamente os tribunais que o mandado de segurança não é uma causa como as demais, devendo, ao contrário, ter um tratamento especial que lhe assegure celeridade na tramitação, não onere o impetrante e permita a apreciação do litígio pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente do valor dado à causa. Assim, a Súmula nº 597 exclui a possibilidade de utilizar os embargos infringentes no mandado de segurança e a de nº 512 não admite que haja a condenação em honorários de advogado no caso de julgamento do remédio heróico.

22. Por outro lado, dentro da mesma orientação, o Supremo Tribunal Federal consagrou a possibilidade do recurso extraordinário em mandado de segurança, independentemente do valor da causa. Efetivamente, tendo a Emenda Constitucional nº 1 permitido que o Regimento do Supremo Tribunal Federal indicasse as causas suscetíveis de recurso

(23) É importante ressaltar que o anteprojeto de lei sobre contencioso administrativo fiscal da União manteve o mandado de segurança, sem qualquer restrição.

(24) Ap. ARNOLDO WALD, obra citada, pág. XVI.

extraordinário, atendendo à sua natureza, espécie ou valor pecuniário, concluiu a mais alta Corte que, no caso de julgamento do mérito de mandado de segurança, poderia ser conhecido o recurso, mesmo tratando-se de processo de valor reduzido, não aplicando, pois, ao remédio heróico as restrições do art. 308, item VIII ⁽²⁵⁾, não se admitindo, todavia, o recurso extraordinário quando a decisão proferida não apreciou o mérito do pedido.

23. Finalmente, o Supremo Tribunal Federal tem afastado restrições que a própria lei faz ao uso do mandado de segurança. Em virtude de interpretação ou de construção, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que o impetrante não era obrigado a esgotar as vias administrativas, como se verifica pela Súmula nº 429, que é, todavia, anterior à recente Emenda Constitucional nº 7. Acresce que a mais alta Corte do País também assumiu uma posição construtiva em relação ao mandado de segurança contra ato judicial, entendendo ser cabível sempre que, ocorrendo ilegalidade causadora de dano irreparável, não haja recurso com efeito suspensivo ⁽²⁶⁾ e ainda quando o ato praticado pelo Juiz é de caráter administrativo ⁽²⁷⁾ ou é impetrado por quem não foi parte no feito ⁽²⁸⁾ ou pretende assegurar o respeito à coisa julgada ⁽²⁹⁾.

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na matéria foi estudada exaustivamente em brilhante voto proferido pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, levando o Ministro ANTONIO NEDER a considerar ultrapassada a Súmula nº 270, cuja adaptação aos pronunciamentos posteriores daquela Corte somente não propôs por razões de ordem formal ⁽³⁰⁾.

24. Verificamos, pois, que o Poder Judiciário tem reconhecido a importância do mandado de segurança como técnica eficiente de correção das ilegalidades e desvios ou abusos de poder nos mais variados campos da atividade, impondo-se, na matéria, uma revisão legislativa que permita o amplo uso do remédio heróico, sem as restrições que atualmente limitam a sua utilização.

IV. Sugestões "de lege ferenda"

25. Ao contrário, seria preciso reconhecer que o mandado de segurança, em virtude da sua natureza de remédio constitucional, pode ser impetrado em todas as instâncias e em todos os tribunais, mesmo quando a legislação não tenha previsto expressamente a competência para o seu julgamento, como ocorre, por exemplo, na Justiça Militar, que só conhece o mandado de segurança em matéria de pessoal, embora, também, se justificasse a sua utilização em outros casos na justiça castrense.

(25) Ver os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, in RTJ, vol. 58/36 e vol. 60/503 e a indicação que apresentamos e que foi aprovada pelo Conselho Federal e que se encontra publicada sob o título "O mandado de segurança e o novo regimento do Supremo Tribunal Federal" in *Jurídica*, 1971.

(26) RTJ, vol. 70/504.

(27) RTJ, vol. 50/180.

(28) Acórdãos do plenário no RMS n.º 9.106 e mais recentemente no RE de n.º 80.191.

(29) RTJ, vol. 4/152.

(30) RTJ, vol. 70/520.

26. Em matéria política, o mandado de segurança não pode ser afastado, desde que tenha havido a efetiva lesão de direito certo e líquido e seja irreparável a lesão conseqüente. Problemas como o **impeachment**, a cassação de direitos e mandatos e a intervenção federal justificam plenamente a impetração do mandado quando um direito individual é ferido, por ato ilegal.

27. Neste sentido, o Ministro LUIZ GALLOTTI teve o ensejo de esclarecer a orientação do Supremo Tribunal Federal ao admitir que:

"As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las; mas essa discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais" (31).

28. E acrescenta o eminente magistrado:

"Desde que se recorra ao Judiciário, alegando que um direito individual foi lesado pelo ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado.

Eximir-se, com a escusa de tratar-se de ato político, seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, máxime após ter ela inscrito, entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (32).

29. Assim sendo, evidencia-se que o Estado de Direito pressupõe a livre apreciação pelo Poder Judiciário de todos os atos do Governo e da Administração, qualquer que seja a natureza do mesmo, abrangendo, inclusive, os atos políticos, quando ferem direitos individuais, impondo-se, pois, a revisão da Constituição vigente que, no art. 181, exclui atos políticos e atos administrativos da apreciação judicial, reiterando norma idêntica que já constava no art. 11 do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Trata-se de imposição jurídica para que seja restaurado na sua plenitude o Estado de Direito que pressupõe a adoção do sistema de freios e contrapesos e o controle judicial dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

30. A importância para o País de certos conflitos tem justificado a sua avocação pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, nos precisos termos do art. 119, I, letra o, da Constituição Federal vigente, recentemente regulamentada pela Emenda Regimental nº 6, do Excelso Pretório, de 9 de março de 1978. Trata-se de inovação que se explica, em certas circunstâncias excepcionalíssimas, mas que deveria beneficiar não somente a União Federal, na pessoa do Procurador-Geral da República, mas qualquer cidadão, especialmente

(31) *Revista dos Tribunais*, vol. 216, pág. 252 e *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, publicação da Casa de Rui Barbosa, 1959, vol. I, Ementa n.º 503, págs. 251, *in fine*, e 252.

(32) *Revista Forense*, vol. 148, pág. 152, e *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, já citado, Ementa n.º 504, pág. 252.

quando invoca direito protegido, seja pelo **habeas corpus**, seja pelo mandado de segurança. Parece-nos, pois, que caberia examinar a possibilidade, numa reforma constitucional, de permitir a avocação pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do impetrante ou de uma autoridade independente com poderes para este fim, nos casos de **habeas corpus** e de mandado de segurança, nas mesmas circunstâncias em que ela é admissível a pedido do Procurador-Geral da República.

V. O mandado de segurança como elemento de valorização do Poder Judiciário e instrumento prático de defesa do indivíduo

31. O mandado de segurança sujeita ao Poder Judiciário, no momento oportuno, os grandes conflitos entre o indivíduo e o Poder Público, dando-lhe assim o ensejo de exercer a sua autoridade em tempo hábil, a fim de evitar que sejam cometidas ilegalidades ou que ocorram desvios ou abusos de poder. O caráter do remédio heróico permite que funcione como medida preventiva ou repressiva imediata, sem que se tenha de discutir, **a posteriori**, geralmente em ações ordinárias de indenização, o fato já consumado, cujas conseqüências se tornaram irreversíveis para a parte.

32. É, aliás, importante salientar a importância crescente do papel do Poder Judiciário e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, na atual fase da vida do nosso País e da história mundial.

33. Efetivamente, se há longo tempo que já não se fala mais no Governo dos Juízes⁽³³⁾, cujo fim já foi alardeado por parte da doutrina⁽³⁴⁾ que também considerou superado o próprio princípio da separação dos Poderes⁽³⁵⁾, em virtude da incontestável preponderância do Executivo⁽³⁶⁾, é preciso reconhecer que os tribunais adquiriram, recentemente, nova dimensão em virtude do controle efetivo que exercem sobre a administração e sobre o próprio Chefe do Poder Executivo.

34. Basta salientar o papel que o Supremo Tribunal Federal desempenhou na apreciação das questões políticas, antes do Ato Institucional nº 5⁽³⁷⁾, e que continua a exercer atualmente ao solucionar os litígios que envolvem os grandes problemas econômicos e sociais do País, como, por exemplo, a legalidade das desapropriações realizadas pelo Poder Público para urbanização e revenda de lotes, no caso da EMURB, para verificar que a Corte Suprema continua sendo um dos principais elementos ativos e dinâmicos do sistema de freios e contrapesos que substitui a antiga separação dos Poderes defendida por Montesquieu.

35. Cabe acrescentar que, nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal se tem conscientizado de modo mais ostensivo do papel que

(33) EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Paris, Marcel Giard, 1921.

(34) ROGER PINTO, *La fin du gouvernement des juges*, e do mesmo autor, *La cour suprême et le New Deal*, Paris, Sirey, 1938.

(35) MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, Sirey, 1934.

(36) EMILE GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, Paris, 1938, e *Le pouvoir exécutif dans les démocraties*, Paris, Sirey, 1938; *O papel do executivo no Estado Moderno*, publicação da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1959.

(37) JARDEL NORONHA DE OLIVEIRA e ODALÉIA MARTINS, *Os JPMs e habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1967, 3 volumes.

pode e deve exercer, mais profundamente, "de freio ou acelerador do Poder Legislativo", assumindo, assim, a tarefa de **policy maker**, de elaborador de diretrizes políticas e econômicas", no superior interesse da Justiça (38).

36. Mesmo em outros países, assistimos a um revigoramento da posição do Judiciário, como se verifica pela posição que pôde assumir nos Estados Unidos no caso Watergate, rejeitando os chamados privilégios do Executivo para, em colaboração com o Congresso Americano e com o apoio da imprensa e da opinião pública, fazer respeitar a **rule of law**. Ficou, assim, comprovado que nem o homem mais poderoso do mundo, o Presidente dos Estados Unidos, pode colocar-se numa posição acima da lei. Efetivamente, no caso Watergate, verificou-se que nem o Presidente Nixon podia ficar **above the law** (39).

37. Essas considerações nos parecem pertinentes para comprovar que a discussão, ora suscitada, sobre a função e a amplitude do mandado de segurança não constitui um mero debate acadêmico, mas tem importantes reflexos sobre a vida real do País. Já no passado, os aspectos práticos da doutrina brasileira do **habeas corpus** nem sempre foram bem compreendidos nem mesmo nos meios jurídicos (40) e já se acusou o nosso jurismo de construir sobre um terreno vazio (41). Certamente não é o que ocorre nos dias atuais com o mandado de segurança, que passou a integrar a vida do estudante cuja matrícula é ilegalmente recusada, a do funcionário demitido, a do contribuinte do qual se cobra o tributo indevido etc. . . Não se trata, pois, de um mecanismo sofisticado e inútil, mas de um instrumento prático indispensável ao próprio Estado de Direito (42).

38. Podemos até afirmar que o mandado de segurança passou a constituir uma contribuição própria do direito brasileiro ao direito público comparado, tendo, inclusive, ensejado numerosos estudos no exterior (43).

39. Pensamos que, do mesmo modo que a posição de um país no cenário internacional se define pela sua atividade científica, artística e esportiva, ou pela sua produção industrial, é possível dimensionar a importância de um povo pelas técnicas por ele concebidas e desenvolvidas para a defesa dos direitos individuais. Neste sentido, o mandado de segurança, embora parente do **juicio de amparo** (44), constitui, de modo

(38) Voto do Ministro ALIOMAR BALEIRO nos Embargos ao Recurso Extraordinário n.º 75.504, cujo acórdão, de 21-11-74, foi publicado na audiência de 17-12-1974.

(39) JAMES DOYLE, *Not above the law (The battles of Watergate)*, N. York, William Morrow and Co Inc., 1977.

(40) RUBEM NOGUEIRA, *O advogado Rui Barbosa*, Rio, Gráfica Olímpica Editora, 1949, pág. 116.

(41) NESTOR DUARTE, *A ordem privada e a organização política nacional*, págs. 221/222, ap. RAYMUNDO FAORO, obra citada, pág. 744.

(42) M. SEABRA FAGUNDES, "A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano" in *Cadernos de Conferências do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, 1971, pág. 31 e nota 14, pág. 47.

(43) O Instituto de Derecho Comparado da Universidad Nacional Autónoma do México publicou uma monografia de autoria dos Profesores FIX ZAMUDIO, RIOS ESPINOZA e ALCALA-ZAMORA, intitulada *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1973. Por sua vez, o Professor KEITH S. ROSEN publicou um estudo sobre "Judicial Review in Latin America" no *Ohio State Law Journal*, vol. 35, n.º 4, 1974.

(44) ALFREDO BUZOID, "Juicio de Amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LVI, fascículo 1, 1961.

incontestável, uma criação autenticamente brasileira, que revela a nossa preocupação tradicional pela adequada proteção dos direitos do homem e pela manutenção do Estado de Direito e a estruturação de mecanismos adequados para que as declarações contidas na Constituição possam ser efetivamente asseguradas pelos tribunais do País. Parece-nos, pois, que podemos considerar o mandado de segurança como uma técnica que honra a nossa civilização e reflete as aspirações legalistas e liberais do nosso povo.

40. É, outrossim, oportuno salientar que se comparou, e não sem razão, o mandado de segurança à penicilina. Grandes remédios para grandes males; remédios cuja excessiva generalização pode chegar a ser perigosa. Mas a culpa não é do remédio. Poderá ser dos médicos que o receitam sem fazer um diagnóstico completo e consciencioso e, sobretudo, dos doentes autodidatas que dele se servem imoderadamente.

41. A culpa das eventuais distorções, evidentemente, não é do mandado de segurança. Não é tão-somente de alguns juizes que, em alguns poucos casos, o concedem com excessiva facilidade. É primordialmente das nossas leis, feitas sem técnica, de modo confuso e contraditório, com uma imprecisão terminológica assustadora. É, ainda, de alguns de nossos administradores, que olvidaram as transformações sofridas pela nossa vida política, continuando com idéias pertinentes ao clima da ditadura, administradores que defendem mais o seu amor próprio e suas posições e interesses do que os do Estado e mantêm, assim, os atos arbitrários, revoltando-se contra as determinações do Judiciário e cultivando um caciquismo decadente. Estes administradores retardam as informações que deviam ser prestadas ao magistrado, pretendendo contornar ou procrastinar a execução das ordens dadas pelo Poder Judiciário e esquecendo que prejudicam, assim, o serviço público, criando uma atmosfera de desconfiança entre o Executivo e a Justiça.

42. Para evitar tais conflitos entre os diferentes Poderes constitucionais, a solução está no estudo mais aprimorado da técnica legislativa e na formação de novos administradores, imbuídos dos princípios do direito administrativo e apegados à defesa dos direitos individuais, que, abandonando uma tradição de "mandonismo e preguiça", de prepotência e de vaidade, aceitem galhardamente o controle judicial, esclarecendo, nos prazos legais, os magistrados a respeito dos atos que praticaram. O juiz, então, deixará de se sentir o único defensor do homem contra os tentáculos onipotentes da Administração Pública. O mandado de segurança continuará a sua evolução, sem sofrer deturpações, e sendo aplicado com menor freqüência por haver menos abusos e ilegalidades por parte da Administração Pública e leis mais claras, evitando-se assim os conflitos ostensivos ou latentes entre a Constituição e as leis ordinárias e entre as leis e os regulamentos.

43. Pode parecer mais fácil extinguir ou restringir o âmbito do mandado de segurança do que transformar nas suas bases o nosso clima administrativo e político. Mas o valor do mandado de segurança consiste justamente em apontar as falhas existentes no sistema, para que possam ser corrigidas. A jurisprudência do mandado de segurança nos revela

todos os problemas da administração brasileira nos diversos campos das suas relações com os funcionários, com os contribuintes, com os fornecedores do Governo, com os próprios governantes. Não nos revoltamos contra o mandado como indicador ou termômetro das nossas dificuldades. Mantenhamos o instituto na sua pureza, como garantia inteiriça do nosso liberalismo e da nossa democracia, e procuremos aproveitar a grande lição de senso de responsabilidade e de civismo que ele nos dá, fazendo com que os administradores saibam que os seus atos estão sujeitos ao controle judicial imediato, assegurando-se, assim, o primado do direito, numa sociedade dominada não pela prepotência dos governantes, mas pela ordem jurídica.

VI. Conclusões

44. Concluindo o nosso estudo sobre o mandado de segurança no Estado de Direito, entendemos que:

a) o mandado de segurança deve ser mantido como técnica constitucional de proteção dos direitos individuais, sendo um instrumento indispensável para o funcionamento e aprimoramento do Estado de Direito;

b) a legislação ordinária deve respeitar o espírito do instituto e admitir sua impetração em todas as áreas do Poder Judiciário, mesmo no silêncio da lei, sempre que houver direito líquido e certo lesado por ato inconstitucional ou ilegal ou abuso ou desvio de poder da autoridade pública ou de delegado da mesma que importe em dano irreparável;

c) toda lesão de direito deve ser suscetível de imediata apreciação pelo Poder Judiciário;

d) a possibilidade de recurso administrativo não deve excluir o recurso ao Poder Judiciário e a impetração do mandado de segurança;

e) o mandado de segurança deve poder ser impetrado independentemente da natureza do litígio, podendo abranger, inclusive, além de outras, as questões políticas, fiscais e de funcionários, sem que o procedimento seja alterado em virtude da matéria discutida, devendo o processo ser sempre uniforme, garantidos a medida liminar e o efeito meramente devolutivo do recurso;

f) o mandado de segurança caberá contra atos judiciais desde que não haja recurso com efeito suspensivo;

g) o mandado de segurança também caberá contra atos administrativos da autoridade judicial e quando impetrado, contra qualquer ato do magistrado ou do Tribunal, por quem não tiver sido parte no feito;

h) a caducidade da medida liminar não poderá ser decretada quando o decurso do prazo for imputável à autoridade coatora, à pessoa jurídica de direito público interessada no feito ou aos próprios órgãos da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade que lhes possa incumbir;

i) de *lege ferenda*, nas hipóteses nas quais a Constituição prevê a avocação das causas pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, o impetrante de mandado de segurança também poderá pedir a sua avocação ao Excelso Pretório, mediante a utilização de um mecanismo próprio criado para tal fim.

O menor — concorrência de mão-de-obra — subemprego

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da Faculdade de Direito da
UFMG — Ex-Julz do TRT da 3ª Re-
gião e Advogado em Belo Horizonte.

1. Quando se examina o trabalho do menor à luz do Direito do Trabalho, a perspectiva do expositor não poderá deixar de ser essencial e topicamente uma perspectiva jurídica.

Há temas que, embora implantados e desenvolvidos no mundo jurídico, jamais logram fugir das implicações ideológicas que alicerçam ou cobrem as regras de direito, mormente quando essas implicações redundam em pressio-
namentos externos e diretos, como os de natureza econômica, a cujo campo se dirigem, como etapas e forças retificadoras, as leis jurídicas.

For estranho que pareça isto, o trabalho do menor ocupa um centro efer-
vescente de concepções e de extremadas posições no plano da política jurídica, já que a direção que se empreste à sua regulamentação pelo Direito denun-
ciará o conteúdo ideológico das pressões dominantes e será ela sempre resul-
tante, quando menos, de um compromisso conjuntural, em que se debatem
sindicatos, empresários, agentes públicos, sociólogos, economistas, eugenistas,
educadores e — por que não dizer? — até homens que versam o Direito.

Pode-se, não resta a menor dúvida, centralizar o regramento nuclear do trabalho do menor em uma contextura filosófica geral, que responde pela concepção universal de determinada época e, ao mesmo tempo, pode-se creditar a essa concepção uma linha sempre evolutiva no sentido da tutela do menor prestador de serviços ou não prestador de serviços, o qual, no centro das preocupações dos artífices da política social de determinado país, tem sua condição existencial oscilante entre a figura do educando, ou do trabalhador, ou do marginalizado.

A sistematização de um tema, que diga respeito ao menor e trabalho, não é tarefa fácil, tais as bifurcações que ele impõe, mas a metodologia adequada em seu tratamento deve tomar como ponto de partida aquele setor da organização social em que se acha ele prevalentemente concentrado, que é o Direito e, neste, o Direito do Trabalho.

Ainda que consideremos o trabalho do menor como uma forma de atividade social de apreciáveis resultados econômicos ou o implantemos no centro da vida econômica, dentro do jogo dos elementos concorrenciais que a vitalizam, não podemos divorciar esse trabalho do quadro geral da disciplina jurídica em que é ele substancialmente regulamentado e das intensas repercussões que essa regulamentação traz para o fluxo econômico geral.

Entre as tenazes jurídicas que mais incisiva e agudamente vêm retificando a atividade econômica livre, afora, talvez, o difuso, mas açambarcador, Direito Econômico, podemos figurar, em escala ascensional, o Direito do Trabalho.

Alojado no núcleo ontológico dessa disciplina, como objeto de tutela específica, pois coberto de inspiração sensibíllissima, o trabalho do menor pode-se dizer calcado em um conteúdo ético-social específico, a que se subsegue, não cercado de tamanho desvelo, o trabalho da mulher.

A disposição metodológica do tema não dispensa, senão obriga, um retrospecto histórico, através de que melhor poderemos sintonizar as causas que levaram os Estados modernos, fortemente industrializados, a dispensar o maior rigor na regulamentação do trabalho do menor.

2. É de corrente leitura que, em fins do século XVIII e princípios até meados do século XIX, com o advento da máquina e a abertura do desenvolvimento industrial em escala, o regime liberal, como sistema ideológico de cobertura, consagrou as liberdades política, social e econômica, e, dentro desta, a chamada liberdade industrial, que, como suporte da bifurcação, entre outros, se expandia pela concorrência de mercado.

Inserida no tráfico econômico, como um dos fatores da atividade produtiva, a mão-de-obra que vinha ativar o trabalho da máquina, como um bem individual oferecido ou procurado no mercado, veio a ser objeto de relações econômicas e jurídicas que se governavam pelos mesmos princípios da livre concorrência.

A competição linear, entre empresas, fez-se imediatamente seguir da competição também linear entre trabalhadores e, esta, da competição reflexa entre aquelas e estes, através da qual os tomadores de trabalho investiam contra seus concorrentes garantindo os custos do produto com a utilização de energias humanas mais rendosas, portanto, embora qualificadas, sujeitas a menor preço.

No regime liberal, a lei de COBDEN atuou com precisão: se dois empregados corriam atrás de um patrão, o salário descia; se dois patrões corriam atrás de um empregado, o salário subia.

Ao mesmo tempo em que a implantação de uma máquina substituíu o trabalho de cem empregados, a marginalização da mão-de-obra acelerou-se com o êxodo do campo e a concentração populacional nas cidades em franco crescimento.

Em seus primórdios, na faixa do trabalho, a concorrência circunscrevia-se aos trabalhadores masculinos e adultos entre si, recrudescida pela quebra de empresas, pela desocupação tecnológica e pelos movimentos operários, que conduziam os empregados às dispensas em massa.

Nesse quadro inicial e de cores sempre mais vivas, surgem as denominadas "meias forças", compostas pelo trabalho da mulher e do menor, que, no sistema liberal, passou a incorporar-se no processo produtivo a custos mais baratos.

A participação do trabalho do menor, longe de, historicamente, vir-se constituindo em uma solução para ele, na quase totalidade dos casos, transmutou-se em uma problemática específica, no que toca à própria prestação de serviços.

Ao abordarmos a efeméride da inserção do menor na fábrica, de princípios a meados do século XIX, situar-nos-emos, antes, nas condições em que este trabalho era prestado e nas repercussões psicofísicas que advieram ou advinham para seus tenros organismos, em fase de formação e de desenvolvimento.

Somente assim se poderá compreender, embora as condições de trabalho no século XX sejam outras e, na atualidade, uma extensa e intensa rede de proteção jurídica viesse a coibir os excessos e os abusos da exclusiva prática da filosofia de mercado, que a retirada do menor do lazer ou da educação e a sua incorporação na atividade-trabalho não se constituiu em uma operação tão simples ou tão venturosa como à primeira vista pode parecer.

Não resta a menor dúvida que retirar o menor da pré-delinquência ou, ainda, da simples ociosidade ou mesmo de um entretenimento escolar, mal definido em seus horizontes de vida profissional futura, e abrir-se-lhe as portas de um emprego, representa isto a antecipação de uma coincidência situacional de seu ser com a forma básica de integração do homem na atividade social, além do aparato disciplinador e dignificante que o trabalho vai

imprimindo na personalidade do indivíduo e que desde logo se vai comunicando ao menor. Ali passa a encontrar ele uma fonte de segurança moral e econômica, na incorporação em um grupo, em um fio de engrenagem da sustentação social e na abertura do poder aquisitivo próprio, como fonte de sustento, de roupas, de colaboração com familiares e de disponibilidades valoradas em dinheiro, fator educativo da maior significação.

Dois pontos básicos, entretanto, devem ser equacionados e expostos, para que não caiamos na insólita candura dos utopistas, nem alimentemos fluxos de uma postura unilateral, em que viéssemos a colocar o menor como centro de toda a problemática social do trabalho e que estivéssemos construindo empresas, regulando o trabalho dos adultos, simplesmente em função do tão insistente e proclamado "drama ocupacional do menor".

Ainda que se tome um tema de tal preocupação como o *menor*, não queira isto significar se deixe o expositor absorver pela gravidade com que nos são expostas as questões que lhe dizem respeito no momento brasileiro, nem que, em decorrência disso, passemos a segundo plano ponderações históricas da maior relevância concernentes ao menor trabalhador e aos demais prestadores de serviços, no caso o trabalhador adulto.

Não só deverá merecer o nosso cuidado o menor desocupado, o menor cuja escolaridade foi comprometida por fatores estranhos à sua vontade, mas também o menor que trabalha, o menor inserido na fábrica, o menor que exigiu, por razões sociais, ideológicas e humanitárias até, uma compressiva e gradual intervenção do Estado na atividade econômica e um rigoroso aparato jurídico, a fim de que deixasse ele de ser tratado como uma peça mais simples, de fácil manipulação, diante da deusa pragmática dos séculos XIX e XX — a máquina.

3. Antes de voltarmos os olhos, por momentos, para os fins do século XVIII e princípios do século XIX e tomarmos alguns depoimentos do que fora o trabalho do menor em seus começos, é necessário fixemos bem o que, no sistema jurídico brasileiro, se entende por menor.

A menoridade trabalhista termina aos 18 anos, para o trabalhador urbano, para o trabalhador rural. Por menor, entende-se, então, o trabalhador dos 12 aos 18 anos. Depois dos 18, considera-o a ordem jurídica um adulto para efeitos da relação de emprego. É forçoso lembrar bem que a maioridade civil ainda está na casa dos 21 anos.

Se pensássemos o menor trabalhador em termos civis, isto é, da responsabilidade para a vida civil, poderíamos dizer que somente após três anos de adulto trabalhista é que passa ele a civilmente capaz. Raciocinada essa superposição, no esquema de uma sociedade predominantemente jovem como a brasileira, fica-se em um mais grave dilema: no plano da perspectiva social, a capacidade civil é tardia, mas juridicamente é ela que torna o homem apto para o exercício da vida civil, que lhe ocupa os atos substanciais da existên-

cia. Se o desencontro nas capacidades — a do maior trabalhista e a do maior civil — retém o trabalhador maior durante três anos, antes que possa dar-se ao normal exercício dos atos jurídicos gerais que mais lhe importam, o que não dizer, então, do trabalhador menor, entre 12 e 18 anos?

Esse aspecto do problema não é de desprezar-se, pois é de corrente magistério que a capacidade da pessoa tem por base condições médias de atuação da vontade e da consciência.

Se, no *Direito do Trabalho*, se argumenta que a vontade do empregado — menor ou adulto — não vai além de uma vontade da lei, oposta à vontade economicamente superior do empresário (GALLART FOLCH), pode-se responder que a maioridade trabalhista é limitada (somente para o emprego) e a sua menoridade vem cercada de reforços os mais diversos (assistência, em determinados atos; proibições de horários e de certos serviços; imprescritibilidade; fiscalização rigorosa; autorização ou intervenção dos responsáveis ou de autoridades etc.).

A verdade, porém, é que, sob o ângulo da maturidade civil, o trabalhador menor, pelo menos o de 12 a 16 anos, é um *nullum patiens* cuja atuação jurídica demanda representação e o de 16 aos 18 anos requer, no mínimo, assistência.

Se se obtempera que a realidade trabalhista é diversa — e, por ser diversa, diversamente é tratada na lei —, nem por isto se deixou de ter o trabalhador menor como um portador de vontade mínima, o que, se lhe garante intensa tutela da ordem jurídica, não deixa de expô-lo a uma posição precária diante do dia-a-dia da atividade laboral e aos desvãos que a volúpia gananciosa de uns e o desalmado poder de mando de outros prematuramente lhe marcam a personalidade juvenil.

Evidentemente, as condições de trabalho no século XX, sobretudo no após Segunda Guerra Mundial, não são as mesmas que as verificadas nos primórdios ou no esplendor da Primeira Revolução Industrial.

A procura e a admissão de menores em fábricas, nos fins do século XVIII e nas três primeiras décadas do século XIX, retratam uma melancólica história na emancipação da mão-de-obra e alguns depoimentos, tomados a autores diversos, trar-nos-ão uma idéia aproximada de como se desenrolavam.

PEREZ BOTIJA, em obra clássica e insuspeito em sua postura nitidamente sócio-jurídica, expõe, em visão panorâmica, o jogo das repercussões do trabalho antes do surgimento do *Direito do Trabalho*:

“Graças às máquinas, os postos que antes eram ocupados por adultos podiam ser desempenhados por crianças e mulheres. Como o ganho diário era baixo e o que recebia o chefe de família não bastava para cobrir as necessidades, os demais membros daquela tinham que ir à

busca do pão. A máquina permitia multiplicar o número de braços e cabeças dedicados à produção; ao reduzir o esforço físico, ao simplificar a atenção mental, tornava-se possível o emprego das "meias forças": reduzia o custo da mão-de-obra, porque economizava salários em número de ganhos diários e em sua quantia.

A sociedade não lucrava muito com que se fizesse concorrência aos trabalhadores adultos, pois as mulheres, amontoadas em não muito cômodas e higiênicas oficinas, sofriam os mais penosos processos de gestação e seus filhos, quando mal podiam parar em pé, já eram ocupados como aprendizes" (PEREZ BOTIJA, Eugenio. *El Derecho del Trabajo*. Madrid. Ed. Rev. de Dir. Privado. 1947, pág. 3).

Sob diversos aspectos, como se apreende nesta passagem do doutrinador espanhol, o estudo e a disciplina do trabalho do menor vêm sempre acompanhados do da mulher.

CABANELLAS expõe, corretamente, que

"(...) A limitação no trabalho de menores e das mulheres estabelece-se pelo legislador em atenção a circunstâncias de ordem racial, econômica, política e demográfica que variam segundo os territórios e representam, em parte, normas da legislação social, incluídas na do trabalho como consequência de ter o vínculo contratual essa natureza" (CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires. Ediciones El Gráfico Impresores, 1949. T. II, págs. 366/367).

As preocupações governamentais, entretanto, mais se acentuaram e mais se concentraram no trabalho do menor, não apenas em razão de suas repercussões psíquicas e físicas individuais, como, ainda, em termos de eugenia, quando o próprio BISMARCK acelerara a implantação da legislação social na Alemanha, para salvar as gerações que precocemente se consumiam no trabalho e em que meninos, ao chegarem à idade adulta, já tinham esgotadas as suas reservas energéticas destinadas ao crescimento. Gastas no trabalho, prepararam-nos para uma morte prematura e a extinção de gerações inteiras.

Não é gratuita nem artificial a legislação do trabalho, em suas limitações ao emprego e à atividade do menor. Ela tem uma história penosa e seus antecedentes sociais e pessoais, conquanto extintos, conduzem-nos à reflexão, não só para explicar o teor dessas normas como o cuidado com que devem ser elas elaboradas ou revistas. Deve-se a CÍCERO uma frase de uso freqüente: a História é a "mestra da vida".

Ainda CABANELLAS, depois de dizer que o trabalho da mulher é ulterior ao do menor, no advento industrial, diz que

"(...) Razões de economia impulsaram os patrões a procurar o trabalho dos meninos, com o objetivo de obter uma mão-de-obra barata, que

por um preço ínfimo realizavam esgotantes jornadas de trabalho" (ob. e vol. cit., pág. 361).

A mesma explicação é tomada a TONNIES, quando afirma que

"(...) as mulheres e as crianças foram vinculadas às máquinas e saíram pequenos dos asilos, não muito longe ainda da lactência, para servir de aprendizes. Os fabricantes encontraram sempre vantagens em empregar mulheres e crianças, porque seus salários eram sempre inferiores aos dos homens" (ob., vol. e pág. cit.).

O substrato fisiológico está na raiz da regulamentação do trabalho do menor e da proibição do trabalho dos meninos. As Convenções n.ºs 5, de Washington, 6, 7 e 33 fixam a idade mínima para o trabalho em 14 anos. Excepcionalmente, para tarefas ligeiras e descontínuas, sem prejuízos dos estudos, a idade de 12 anos (Convenção n.º 33). As Convenções n.ºs 5 e 6 foram promulgadas, pelo governo brasileiro, pelo Decreto n.º 423, de 12 de novembro de 1935.

Explicam-nas os antecedentes históricos, no que toca a serviços exaustivos, prolongados, em fábricas, em minas e que se refletem na segurança e na salubridade de suas condições prestativas.

Não será exaustiva a tomada de outros depoimentos, como a exposição de CLAUDE FOHLEN, em sua obra *Qu'est-ce que c'est la Révolution Industrielle?* (Paris. Editions Robert Laffont, 1971, págs. 205 a 213):

"O que é novo é a duração desse trabalho, que exige esforços físicos e a promiscuidade nos grandes estabelecimentos (*ateliers*) de homens, de mulheres e de meninos de todas as idades.

Tornou-se comum a imagem de crianças de menos de dez anos empurrando vagonetes cheios de carvão nas minas, ou rastejando-se nas galerias (...)

(...) Nas minas do norte da Inglaterra, a jornada atinge correntemente quinze a dezoito horas por volta de 1830 e no condado de Durham, quatorze horas. As crianças trabalham constantemente no subsolo e se encontram, por consequência, em condições higiénicas deploráveis. Disso resultam doenças, deformações que a sua aparência física revela. Não se podia reservar um destino diverso aos meninos.

Na indústria algodoeira, a maioria da mão-de-obra é formada por mulheres e meninos. Segundo uma estatística inglesa de 1835, 61% dos trabalhadores desta indústria eram mulheres e meninos de menos de 13 anos. Os salários femininos eram então sensivelmente inferiores aos dos homens, para um igual rendimento, o que representava uma grande vantagem. Quanto aos meninos, também numerosos nes-

se gênero de indústria, serviam sobretudo de emendadores, isto é, corriam atrás das máquinas ou sob os carrinhos de bobinas enroladas para atar os fios arrebitados no momento da torção. Esse trabalho necessitava de agilidade e dificilmente poderia ser feito por outras pessoas que não fossem menores. Mas aqui também se tratava de uma questão de salários, sendo os dos meninos, por sua vez, notavelmente inferiores aos das mulheres” (págs. 205/206).

Enquanto TOCQUEVILLE exprobrava o trabalho em Birmingham ao apontar que nas manufaturas de “messiers Connel” três quartos dos trabalhadores são mulheres e menores (crianças meninos), em “sistema destruidor da instrução e maléfico para a moralidade das famílias”, FAUCHER, referindo-se a Manchester, lembra que “a preferência dos manufatureiros era dada às mulheres e às meninas em razão da inferioridade do salário” (págs. 206 e 207).

Em não menos candentes observações, PIERRE JACCARD, em sua *Histoire Sociale du Travail de l'Antiquité à nos Jours* (Paris, Payot, 1960, pág. 238), expõe a condição de trabalho dos menores e as danosas conseqüências físicas, morais e sociais que sofreram:

“Certos empregadores ligavam as crianças a tarefas mecânicas e as faziam trabalhar, em condições odiosas, até dezesseis ou dezoito horas por dia. Conduzidas por tropas longe do lugar de seu nascimento, privadas de toda a proteção, encadeadas por contratos assinados às pressas por seus tutores ou seus pais, essas crianças, das quais muitas não tinham senão cinco, seis ou sete anos, foram submetidas a uma iníqua escravidão. Desde a Restauração em França, os industriais se apressaram em imitar o exemplo de seus concorrentes ingleses. Fortunas foram edificadas sobre a exploração da mão-de-obra infantil e feminina no começo do século XIX.”

Mudaram-se os tempos, é verdade, como mudou a mentalidade e, à força de campanha de humanitaristas, de pressões sindicais e da intervenção do Estado, as faixas de erro, eliminaram-se as concepções puramente mercantilistas nas relações de trabalho e o serviço do menor, firmemente resguardado por uma legislação especial, passou a ser objeto da maior proteção dos Poderes Públicos.

Uma das resultantes históricas, tida por conquista não só do trabalhador, em si, mas de um índice de civilização compatível com a dignidade do homem livre da necessidade, como proclamara, em 1935, FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, foi o estabelecimento da idade mínima de trabalho do menor, em 14 anos, a proibição de serviços danosos à sua moralidade, à sua saúde, às suas perspectivas educacionais e a limitação de sua jornada de trabalho.

4. O segundo ponto que se há de tratar versa a consideração do menor como um peculiar elemento que participa do mercado de trabalho. Aqui, dei-

xamos de equacioná-lo por assim dizer ontologicamente, para o situarmos em um contexto, o mercado de trabalho.

Ora, o mercado de trabalho pressupõe uma estrutura e uma conjuntura econômica determinadas.

As oscilações demográficas atuam como forças externas de pressão e de captação para o emprego, salvo se a concepção central de expansão econômica está ligada à de consumo (posição keynesiana) e esta à de distribuição da renda pelo maior número de ocupados com o conseqüente aumento do poder aquisitivo global.

Portanto, o alto índice de incremento populacional de um país — como é o caso do Brasil — influi positivamente nas pressões do mercado de trabalho se sua capacidade operativa natural e cíclica, com a expansão dos investimentos aplicados, não consegue atender à imediata e crescente procura de emprego. O saneamento parcial dos riscos da marginalização de uma mão-de-obra sobretudo concentrada nos grandes centros urbanos processa-se, em geral, por meios adicionais e até artificiais de abertura de empregos, em geral na esfera pública, como o lançamento de novas e sempre maiores frentes de atividades-trabalho, tais como estradas, edificações, barragens etc., à procura de um equilíbrio entre oferta, procura e um índice mínimo de faixa de desemprego.

Em uma sociedade fundada em núcleos afetivos e econômicos básicos como os centros familiares, em que, em geral, ao pai, à mãe ou a ambos compete a função de atender às suas necessidades de consumo, o ponto de partida para equacionar-se a área de fricção de um mercado de trabalho é a mão-de-obra adulta. Ainda sob esse aspecto, a mão-de-obra do menor é complementar e, por vezes, suplementar.

Desde logo já se pode advertir que a passagem do trabalho do menor (ou sua volta), através de técnicas jurídicas — como serão expostas adiante —, de sua função complementar no mercado de trabalho para uma posição paralela ou concorrencial à do adulto, evidentemente alentará — para não dizer agravará — as áreas conflituais que se aninham no miolo do mercado de trabalho e que são representadas, prioritariamente, pelo fluxo ou refluxo de mão-de-obra adulta.

Quando se convencionou, em fontes internacionais partidas da OIT, em estabelecer a idade geral mínima para o trabalho em 14 anos, não se estava apenas pensando em proteger a criança dos malefícios do serviço organicamente precoce nem apenas procurando levar ao entendimento das Nações signatárias das Convenções que o lugar da criança é a escola e que, antes do trabalho, importa se propicie ao menino a oportunidade de uma base educacional, mínima que seja e, toleradamente, uma formação profissional concomitante, em estabelecimentos adequados — as escolas ou entidades profissionais — e, em *ultima ratio*, no próprio emprego, através da aprendizagem metódica.

Não se há de esquecer que, em sua substancialidade econômica, muitas das limitações do Direito do Trabalho, como as de jornadas, por exemplo, têm por finalidade, também, a abertura de novos empregos.

A idade mínima do menor, em 14 anos, consagra, no vértice econômico do mercado de trabalho, a defesa da mão-de-obra adulta, a que assume a responsabilidade básica do poder-dever de consumo.

Para isso não atentou o constituinte brasileiro de 1967, ao abrir, no mercado de trabalho, mais uma faixa de mão-de-obra, descendo a capacidade do menor de 14 para 12 anos (art. 158, X, última parte).

A concorrência de mão-de-obra, que se iniciava na linha etária, cumulou-se no jogo dos salários, quando essa mesma Constituição — ainda no seu art. 158, já no nº III, incisos que passaram ao art. 165 com a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 — eliminou o princípio constitucional consagrado pela anterior e notável Carta de 46 (art. 157, II), que vedava a distinção de salários por motivo de idade.

Ao editar-se a Lei nº 5.274, de 24 de abril de 1967 — lei, aliás, elaborada com tanto vagar que se esqueceu dos menores de 12 a 14 anos, já entrados no mundo jurídico pela Constituição então vigente e pelo Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, modificando o art. 402 da CLT —, consumou-se o perigoso desvão da dúplici concorrência de mão-de-obra, na admissão e no salário.

Pelo espírito que governou a época, não parece ter sido pelo menor a preocupação fundamental do constituinte nem a do legislador de 1967, senão a de assumir os riscos sociais do recuo do trabalho adulto a benefício, na maioria ou quase totalidade dos casos, do emprego de uma mão-de-obra de baixo custo para a execução dos mesmos serviços.

Há um fenômeno paralelo que mais ainda indicia a direção da política jurídico-trabalhista brasileira, a partir de 1967, fenômeno esse fisionomizado pela lei do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966), que, liberando as demissões, propiciou ainda mais agilitação no mercado de trabalho e a faculdade de os empregadores ditarem os critérios de admissão, sobretudo o uso da mão-de-obra menos dispendiosa, a custo teórico de 75% ou 50% da do adulto.

Observe-se, entretanto, que a Lei nº 6.086, de 15 de julho de 1974, que revogou a Lei nº 5.274/67 e restaurou a redação do art. 80 da CLT dada pelo Decreto-Lei nº 229/67, não alcança os trabalhadores rurais, que têm o salário mínimo pela metade, se menores de 16 anos, a teor do art. 11 e seu parágrafo único da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. Explica-se, estruturalmente, a exceção, em face da sempre crescente escassez da mão-de-obra no campo.

Ainda que adotemos uma postura conceitual extraída de fundamentos e princípios que estão na raiz do Direito do Trabalho, longe de nós passa a idéia de assimilar o quadro atual brasileiro a uma retomada no passado histórico que fez gerar a legislação tutelar do menor.

Os autores dessa disciplina, em geral, ao abrirem o capítulo do trabalho do menor, evocam uma passagem ocorrida no século XIX, concluída pelo banqueiro e ministro inglês PITT, que, respondendo a industriais de sua terra, dominados pela febre do lucro, segundo CABANELLAS, exortou-os com a seguinte frase:

“Empregai no trabalho os meninos” (CABANELLAS, *ob. e vol. cit.*, pág. 367, nº 214).

Outra é a época, e a humanização do trabalho ganhou a lucidez dos espíritos, seja de empregadores, seja de estadistas, seja de economistas e de sociólogos.

O quadro de exposição é quadro de atualidade, complexo, não resta dúvida, mas debuxado em uma época de avanço das ciências, de funda e angustiante preocupação com a sorte dessas cotidianas vanguardas de menores que são diariamente lançadas às ruas sem o que fazer, sem o que dizer senão preparem-se para agredir a sociedade ou proporem-lhe pequenas, esparsas fórmulas de colaboração — como os vendedores nos sinais luminosos, os espontâneos vigias de carros —, despreparadas na formação, precárias na higiene, conviventes com a pobreza, porque ao seu condicionamento social não correspondeu sequer tempo de planejamento público para, senão obviar-lhes, ao menos minorar-lhes a sorte do desgoverno a que foram atiradas pela destrutura de seus procriadores.

Problema como esse não pode ser equacionado em um esquema de disciplinas compartimentadas, porque não deve ser cometido somente à escola, à assistência social, à polícia, à criminologia, porque ele não comporta soluções unilaterais, nem desvios de interesses, nem meras canalizações de paliativos, muitas vezes cobertas com verbas públicas faustosas.

Da leitura de manifestações nacionais em torno do menor, tais como a CPI da Câmara dos Deputados, de relatórios, de pareceres e até de obras, sente-se que, em um país jovem como o Brasil, não se atentou bem para uma solução global e de base, a começar pela natalidade, pelos primeiros desconchegos, pelos maus-tratos, pelo abandono, pelo atirar-se a esmo nas ruas, pelas condições físicas, pela rejeição ou inadaptação escolar e então, sem qualquer tirocínio, pelas tentativas de um ocasional ou efetivo emprego.

É indispensável que não se transfiram soluções, porque serão inadequadas, nem se inverta a prioridade das causas, tampouco sejam elas trocadas por seus efeitos.

O trabalho representa uma etapa ulterior na vida do homem, a que antecede a sua educação e a sua formação, elementares que sejam. Não podemos responsabilizar o trabalho, com a contingência e a roupagem formal das leis que o regulam, pelo preenchimento de um *deficit* que não lhe pode ser debitado, pois não nasceu em sua área de crepitação social.

Aos sociólogos, aos pedagogos, aos encarregados do planejamento educacional, aos programadores sociais é que cabe a primeira palavra, pois não será político, menos ainda econômico e ainda menos científico, localizarmos na esfera exclusivamente trabalhista uma questão social, cujas raízes a antecedem e podem ser procuradas em todas aquelas etapas que cobrem a incipiente vida do menor, desde seu nascimento, mas que inelutavelmente antecedem o momento azado de seu ingresso nas angustas veredas da vida profissional.

Perguntemos antes pela intensidade jurídica da tutela da criança quando nasce, pela assistência que tem de seus responsáveis; depois, pela efetiva criação e utilização das creches ou públicas ou empresariais; pelos jardins de infância, pelas escolas, pelas praças de esportes, pelas áreas de lazer e de digressão e, finalmente, pelos cursos profissionais.

Se pretendemos situar no trabalho a solução para o problema do menor, não nos esqueçamos, entretanto, que o seu ingresso em uma empresa constitui sempre a sua inserção em um quadro, móvel embora, definido em seus elementos essenciais, cuja expressão maciça é o trabalho do adulto.

Convenhamos na legitimidade do aprendizado em fábricas, do aproveitamento do menor em serviços compatíveis com sua compleição, do estabelecimento de condições específicas de trabalho, que não só o resguardem orgânica e psiquicamente, mas que reflitam o princípio básico da igualdade concreta e segundo a qual para um mesmo trabalho se deve agregar um mesmo salário, sem distinção de idade. A fugir daí, estar-se-á reconduzindo o menor à exploração e o adulto à concorrência.

Permanecemos na milenária parêmia de ARISTÓTELES: aos iguais, igualmente; aos desiguais, desigualmente, como postulado de abertura de trabalho a todos os atos para esse fim, como um direito de consagração universal e não uma fórmula recuadora e de transferência de riscos do capital para o trabalho ou do Estado para o trabalho, para o capital.

Ao assumirmos o menor inadaptado como uma realidade, ao encarmos o seu problema com a pureza, o calor e a energia que ele impõe, estamos apenas dando seqüência ao nosso compromisso de autenticidade no desempenho das tarefas que nos incumbem e jamais teremos incorrido, como autores ou atores, no quase imperceptível anátema de BERTHOLD BRECHT:

“A infelicidade não vem com a chuva, mas é provocada por aqueles que podem tirar dela algum proveito.”

Evolução do Direito Eleitoral brasileiro

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Professor da UERJ

A Revolução Francesa instituiu o sufrágio universal, como uma de suas mais significativas criações políticas, mas esse instituto ficou, praticamente, sem aplicação até 1848, quando foi retomado pelo Governo Provisório, após a queda de Luiz Felipe, em virtude, certamente, dos receios que despertava, pois, literalmente, supunha o direito a voto de todos os membros da comunidade política.

“Il ne devient réellement qu'en vertu du célèbre décret du Gouvernement Provisoire de 1848”, relata Chassin (*Le Parlement Républicain*, pág. 42, Paris, 1879).

A lei eleitoral francesa de 1850 restringia, já, o sufrágio universal, estipulando que, para alguém ser eleitor, era necessário que residisse por

mais de tres anos na comuna, o que devia ser verificado pelo registro de impostos.

Modernamente, contudo, como lembra o clássico Sampaio Dória, o instituto deve ser entendido como o sufrágio concedido a "todos os capazes de votar com acerto", opondo-se, já se vê, ao Censo Alto, utilizado no Império, em que a situação econômica ou social do indivíduo era pressuposto de sua capacidade para a votação.

Em verdade, o sufrágio universal é hoje um sufrágio limitado, uma vez que determinadas categorias de pessoas estão impedidas, por lei, de se alistarem como eleitoras (art. 147 da Const. Bras., que reproduz, *mutatis mutandis*, o art. 132 da Constituição de 1946).

A Constituição do Império (art. 92) privava de votar, nas condições que estipulava, os menores de 25 anos, os filhos-famílias, os criados de servir (esses e aqueles, por motivos óbvios), os religiosos e quaisquer que viviam em comunidade claustral (pela união entre o Trono e o Altar), e os que não tinham uma certa renda líquida anual, que, segundo a Lei de 19 de agosto de 1846, devia ser calculada em prata, devendo-se notar que o Decreto nº 484, do mesmo ano, acolheu uma correção monetária. O critério censitário, sem dúvida, era sintoma das influências franco-americanas. Pode ser detectado, entretanto, entre os romanos, e, sob Henrique IV, os ingleses, para votar, deveriam ter rendimento de 40 shillings, como para se candidatar, ainda hoje, devem fazer depósito de 150 libras. Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, pág. 462, ed. de 1958) esclarece que, para votar, era necessário "oferecer à sociedade certas garantias indispensáveis, certa idade, condição e propriedade e, conseqüentemente, certa inteligência, moralidade e independência".

A Constituição de 1891, estabelecendo a maioria cívica aos 21 anos, excluía do alistamento os mendigos (resqúicio do voto censitário), os analfabetos, as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares do ensino superior (homenageando-os por sua participação no movimento republicano) e os religiosos (esses por anticlerismo). Quanto a essa última proibição, recebida do regime anterior, constava ela, igualmente, da Constituição Francesa de 1875, revogando-se o preceito, em 1905, com a separação do Estado e da Igreja (Vitor Viana, *A Constituição Francesa*, pág. 15, Rio, 1983). A Constituição da Colômbia (art. 54) proíbe aos sacerdotes o acesso aos cargos públicos, convém lembrar.

A Constituição de 1934, reduzindo a maioria política para 18 anos, impedia o alistamento dos que não sabiam ler e escrever, das praças de pré, salvo as exceções arroladas, dos mendigos e dos que estavam temporária ou definitivamente privados dos direitos políticos (art. 108). Tal foi,

em tese, a orientação da Carta de 1937 (art. 117), sendo certo que as exclusões refletem sempre as contingências de um momento histórico.

Antes da lei de 1846, originária de um projeto dos Deputados Odorico Mendes e Paulo Barbosa à Câmara (Edgar Costa, **A Legislação Eleitoral Brasileira**, pág. 18), possuíamos, unicamente, instruções eleitorais baixadas por decretos. Tivemos as primeiras eleições gerais, em 1821, mas até 1828 ficamos, na matéria, sob a égide das Ordenações. A chamada "Lei dos Círculos", de 1855, inspirada por Paula Souza e Paraná, não só dividia as províncias em círculos ou distritos eleitorais, impedindo aquelas de serem as únicas circunscrições eleitorais, como inaugurava, em nosso direito, as incompatibilidades eleitorais e a eleição de suplentes de deputados. Arguiu-se a inconstitucionalidade desse diploma, cuja discussão demorou sete anos, sob o argumento de que a "Constituição previra os eleitores de **província** e não os de **distritos**", como lembra Sally de Souza. Acusado foi ele, ainda, de trazer não poucos problemas, estimulando, entre outras coisas, o espírito bairrista e as demonstrações de prestígio dos chefes locais (Wanderley Pinho — **Cotegipe e seu tempo**, pág. 556).

A Lei do Terço, de 1875, conseqüência de um projeto de João Alfredo, além de garantir a representação das minorias, criava o título eleitoral e outorgava à Justiça competência para conhecer da matéria sobre qualificação de votantes e da validade ou não das eleições de juizes de paz e vereadores. Providências tais eram dirigidas, como notou Homero Pinho (**Curso de Direito Eleitoral**, pág. 41), "apenas ao processo eleitoral, sem qualquer cogitação relativa à organização de um corpo judiciário especial para sua execução".

O extenso Decreto nº 3.029, de 1881, conhecido por "Lei Saraiva", mas elaborado por Rui, de manifesta inconstitucionalidade, por alterar, de forma ordinária, o Código Político, apesar das características semi-rígidas da Carta Imperial, embora estabelecendo a eleição direta, que até então desconhecíamos, e a elegibilidade dos não-católicos (punha-se termo às eleições em igrejas, extinguindo-se as cerimônias religiosas efetuadas antes e depois dos pleitos), insistia no anacronismo do voto censitário. Bem observou J. C. Oliveira Torres (**A Democracia Coroada**, pág. 253, 2ª ed.) que a "prática eleitoral do Império não correspondia aos ideais do século".

Como se sabe, as eleições imperiais (como as coloniais) se faziam em dois turnos: no primeiro grau funcionavam os **votantes** e, no segundo, os **eleitores**, escolhidos por aqueles, para sufragarem os mandatários provinciais e nacionais. Pois bem, a "Lei Saraiva", pela exigência do poder aquisitivo, fulminava os **votantes**, confiando o sufrágio a um número relativamente pequeno de indivíduos, ainda mais que afastava os analfabetos da participação política, cujos direitos políticos não eram obstaculizados pela Constituição, com todo acerto. Fortalecia-se, por conseguinte, o eleitorado urbano, em detrimento do rural.

A última lei eleitoral do Império, de 1887, modificava o processo das eleições para integrantes das Assembléias Provinciais e Câmaras de Ve-

readores, mas Eduardo Prado (*Fastos da Ditadura Militar no Brasil*, pág. 11) informa que medidas eleitorais tomadas pela República constavam das cogitações do Ministério deposto com a Monarquia.

A primeira lei republicana foi de 1892; a segunda (Cesário Alvim), de 1893, cuidando de inelegibilidades, foi considerada, por Carlos Maximiliano, "o mais engenhoso aparelho de fraude eleitoral que se conheceu no Brasil".

A Lei nº 1.269/1904, proveniente de projeto apresentado pelo Deputado Anísio de Abreu e refundido pelo Senador Rosa e Silva, revogava toda a legislação anterior, apresentando duas novidades: o voto cumulativo e a votação a descoberto (que teve calorosos adeptos na Monarquia, como Tavares Bastos, José de Alencar e outros), embora estatuisse, em regra, o escrutínio secreto. Foi iniludível, em Rosa e Silva, a influência de Calógeras, defensor do princípio de que o voto deveria ser a descoberto, quando o quisesse o eleitor. A Lei de 1916 derogou a anterior normaçoão eleitoral, tornando-se conhecida por "Reforma Bueno de Paiva".

O Código Eleitoral de 1932, do qual tratamos longamente em *Democracia e Cultura* (2ª ed., pág. 127), surgiu como um fruto da necessidade de regeneração de nossos costumes políticos, proclamada pela Revolução de 1930, traidora de muitos de seus objetivos. A comissão encarregada da codificação era composta de Assis Brasil, João Cabral e Mário Pinto Serva e presidida pelo Ministro da Justiça, Mauricio Cardoso. Todos, como se constata, insignes juristas.

Das quatro importantes inovações trazidas pelo Código Eleitoral (e que auxiliavam a ascensão da média burguesia): Representação Proporcional, Voto Feminino, Voto Secreto (tínhamos, apenas, o voto fechado) e Justiça Eleitoral, as duas últimas devem ser creditadas ao ardente evangelho patriótico de Pinto Serva, também um jornalista brilhante.

Cumpra esclarecer, todavia, que os Estados do Ceará, pela Constituição de 1925, e Minas Gerais, por foral ordinário de 1927, se anteciparam na adoção do voto secreto, destacando-se, na primeira unidade federativa, os trabalhos precursores de Matos Peixoto, sendo interessante referir que essa espécie de voto, usado pela primeira vez na Austrália, embora preconizado na Inglaterra por Charles Grote, foi Gladstone (1872) quem o fez adotar, sob a alegação de que o sigilo gozado pelos jurados deveria estender-se aos eleitores.

A Lei nº 48/35, que modificou o estatuto anterior, não chegou a regular nenhuma eleição federal, mergulhando o país no obscurantismo do Estado Novo.

De 28 de maio de 1945, foi o Decreto-Lei nº 7.586, conhecido por "Lei Agamenon Magalhães", elaborado por uma comissão integrada por Hahnemann Guimarães, Vicente Piragibe e José Linhares, entre outros, que deu ênfase à qualificação *ex officio*, para improvisar um eleitorado,

absurdo, diga-se de passagem, uma vez que a Justiça Eleitoral não podia "examinar, com cuidado indispensável, as condições fundamentais de cada inscrição" (Rui Bloem — **A Crise da Democracia e a Reforma Eleitoral**, pág. 21).

O Código Eleitoral de 1950, inspirado pelo Decreto-Lei nº 7.586, foi completado e alterado por leis importantes (n.ºs 2.550/55, 4.115/62 e 4.150/62).

Vigora o Código Eleitoral de 1967 (Lei nº 4.737) e legislação complementar, nela destacando-se a Lei nº 4.961/66.

Não deve ser esquecido o fracasso da apuração das eleições de 15 de novembro de 1970, em virtude da transformação das mesas receptoras em mesas apuradoras, almejando a obtenção de pronto resultado, nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro.

Como expusemos em **Política e Liberdade** (págs. 165 e segs.), o sistema falhou completamente. Os mesários não estavam intelectualmente preparados para a contagem de votos, que envolvia decisão em matéria jurídica e a elaboração de complexos mapas e boletins, o que, aliás, era de se prever, dando-nos uma inolvidável experiência eleitoral.

Duas proibições de alistamento merecem considerações particulares (não nos impressiona a restrição de Henrique Coelho — **A Organização Política do Estado de São Paulo**, pág. 30, SP, 1910 — sobre a incapacidade eleitoral dos menores, propondo que um representante exerça, por eles, o direito de sufrágio): a dos analfabetos e a das praças de pré, sendo certo que os inalistáveis são inelegíveis, de acordo com o art. 150 da Constituição, que especifica os casos de inelegibilidade absoluta e relativa, consoante a classificação de Nizard.

A lei militar do império alemão (art. 119) proibia o voto dos membros efetivos das Forças Armadas, permitido pela Constituição soviética.

A Constituição de 1824 não excluía as praças de pré. Foi a lei de 1846, de duvidosa constitucionalidade, que as privou dos direitos políticos. A República abriu exceção aos alunos das escolas militares de ensino superior, por influência positivista, como pleito "aos moços que foram o braço fortíssimo" da proclamação do novo regime, como consta dos **Anais**.

Diz-se que a disciplina militar sofreria com o alistamento das praças de pré, mas cremos que é preciso estimular o soldado-cidadão, politizado bastante para levar a sua contribuição cívica à Nação, sem qualquer coação de superiores hierárquicos. Nem o Exército é partido político, ou grupo de pressão, nem os quartéis são lugares para manobras políticas. Defendemos, pois, para as praças de pré (soldados e cabos) o direito de votar, como produto de um amadurecimento consciencioso.

Relatório da UNESCO define o alfabetizado como a pessoa que sabe ler com compreensão e escrever uma narrativa simples e curta sobre a

vida quotidiana, o que evita a fraude da memorização do nome e de palavras e de sua reprodução mecânica. O saber ler e redigir, com entendimento, é o que caracteriza o alfabetizado, mas esse desconhecimento, em tese, não é razão para que se negue o voto ao analfabeto, pois, hodiernamente, os dados informativos podem ser ministrados pelo rádio, pela televisão, pelo cinema, por exposições e conferências, sendo inverídico afirmar-se que um indivíduo, só por ser analfabeto, não tem senso, discernimento, personalidade e patriotismo. Oliveira Viana (**Instituições Políticas Brasileiras**, 3ª ed., pág. 155) pondera muito bem que "o analfabetismo tem muito pouco de ver com a capacidade política de um povo". Carlos Magno, sabe-se, ilustrou-se já como imperador.

Em 1822 permitiu-se, expressamente, o voto dos analfabetos; embora a Constituição monárquica silenciasse a respeito, a sua omissão, na verdade, significava autorização, descabendo razão àqueles que julgam na consagração do censo uma condenação implícita dos analfabetos, que poderiam, aliás, ter capacidade econômica, mas é verdade que, no segundo grau de votação, de acordo com o sistema então usado, os eleitores eram alfabetizados. Na primeira Constituinte Republicana, os positivistas lutaram pelo voto do analfabeto, congruentes com sua doutrina. Foi a República, em nome do liberalismo, que impediu seu alistamento, embora a Lei nº 35/1892 resguardasse o direito dos que vinham do alistamento imperial.

Os inalistáveis de que tratamos, além de contribuírem para a vida econômica do Estado, participam indiretamente da vida política, pois são computados como habitantes, para a fixação do número de deputados, servindo para uma coisa e não servindo para a outra.

Há no Brasil, com efeito, dissociação entre Poder e Sociedade, tendo José Honório Rodrigues acentuado que "nenhuma minoria se mostrou, em toda a América Latina, tão irresponsável como a nossa em oferecer ao povo a oportunidade ampla e nacional de aprender por meios educativos" (**Conciliação e Reforma no Brasil**, pág. 160), e J. J. Fonseca Passos (**Considerações sobre o Sistema Eleitoral Brasileiro**, pág. 53) denunciado o descompromimento, por parte do Estado, de preceito constitucional.

"A lógica do regime manda que o voto seja estendido ao analfabeto", assevera Vítor Nunes Leal.

Pró e contra podem ser arrolados dezenas de autores interessados por essa apaixonante questão.

Defendemos o voto do analfabeto, inicialmente, em eleições municipais, para as quais está ele melhor preparado. Em muitos países, entretanto, não há qualquer restrição (Itália, URSS e Inglaterra entre eles, bem como algumas unidades federativas dos Estados Unidos).

Não preconizamos a aceleração do jogo evolutivo sócio-político, mas sim que não se lhe antepõem barreiras a serviço de um superado egoísmo e de um individualismo já desprestigiado, mesmo porque os institutos perduráveis estarão acima das contingências históricas.

Correção monetária

Professor OTTO GIL

Da Faculdade de Direito Cândido Mendes

SUMÁRIO

- 1) Conceito de correção monetária.
- 2) Histórico — Indexação.
- 3) A correção monetária no pensamento da magistratura nacional.
- 4) O "Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário".
- 5) Algumas decisões dos Tribunais.
— Correção monetária: avença entre as partes.
— Correção monetária: cheque sem fundos.
- 6) As dívidas de valor.
- 7) As dívidas de dinheiro.
- 8) Nenhuma correção monetária com base diversa da estabelecida em lei.
- 9) Correção monetária somente com base em lei que a autorize.
- 10) Algumas das principais aplicações da correção monetária:
 - a) Seguros — indenização;
 - b) Débitos à Previdência Social;
 - c) A correção monetária na falência; e
 - d) Débitos de natureza tributária.
- 11) Desapropriação.
- 12) A correção monetária pode ser avençada nos contratos (autonomia da vontade).
- 13) Direito das Sucessões — a colação hereditária.
- 14) A correção monetária no Projeto de Código Civil.
- 15) A nova Lei de Sociedades por Ações.
- 16) Correção monetária obrigatória do capital social.
- 17) Aluguéis de imóveis.
- 18) As novas disposições da lei do imposto de renda, quanto à correção monetária dos balanços das empresas.
- 19) Aposentadorias concedidas pelo INPS.
- 20) Fundo de Garantia.
- 21) Vencimentos dos funcionários públicos.
- 22) Títulos de crédito.
- 23) A correção monetária não deve atemorizar os economistas.
A correção da correção.

BIBLIOGRAFIA

1) Conceito

A **correção monetária**, na lição autorizada de AMILCAR FALCÃO, é “a técnica pelo direito consagrada de se traduzirem, em termos de idêntico poder aquisitivo, quantias ou valores que, fixados *pro tempore*, se apresentam em moeda sujeita a desvalorização” (Rev. Dir. Púb., S.P., vol. I, págs. 54-63). A inflação, perturbando, às vezes, violentamente, o equilíbrio das prestações assumidas pelas partes no ato negocial (criando instabilidade e insegurança nos contratos), é responsável pelas diversas “defesas” com que se tem procurado minorar os efeitos dessa “agressão” causada pelo fenômeno inflacionário.

A expressão — como já acentuou o Prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES — é **imprópria**, eis que significa, tão-somente, **reavaliação**, visto que **não se altera a moeda**, mas apenas se reavalia em termos de moeda, tal ou qual débito. Representa, assim, a correção monetária uma atualização de valores do débito, tendo em vista as variações do poder aquisitivo da moeda nacional durante o período considerado. (Autor citado in **A correção de débitos fiscais perante o ordenamento jurídico brasileiro**, pág. 29).

— x —

2) Histórico

A “correção monetária”, como expressão de atualização do valor da moeda, tem como antecedente remoto o “Act for maintenance of the Colleges in the Universities, and of Winchester and Eaton”, ditado em Inglaterra, em 1575, que previa que o pagamento do arrendamento das terras destinadas a essas Escolas devia ser pago numa quantidade de dinheiro que correspondesse à cotação do melhor trigo e malte no mercado de Cambridge.

Mas o ponto de partida de todas as controvérsias jurídicas modernas em matéria monetária é a inflação alemã de 1918-1922, em que as cláusulas “valor-mercadoria” receberam a primeira e grande desvalorização. A legislação veio permitir que os preços de centeio, de trigo e do carvão servissem de medida de valor nos créditos hipotecários.

O estudo da **indexação** poderá ser feito nas lições do economista MARSHALL (**Remédios para as flutuações dos preços em geral**), e em IRVING FISCHER, que propugnou o pagamento de obrigações assumidas junto aos Bancos, mediante “número — índice de preços de mercadorias”. Igualmente, o economista C. M. WALSH desenvolve o tema dos “Index numbers” ensinando que “the immediate object of general price index numbers is the measurement of the general exchange value of money, or its general purchasing power” (*Encyclopaedia of the Social Sciences* — 1937, vol. IV, págs. 652-8).

Estamos assistindo, em nossos dias, a uma desmesurada e incontida ânsia de divulgar a correção monetária, tendo o Ministro VICTOR NUNES LEAL, em Parecer recente, feito uma pesquisa para levantamento da legislação brasileira sobre a correção monetária, encontrando mais de 60 leis

sobre essa matéria (*apud* ARNOLDO WALD, *Rev. Tribunais*, S.P. — V. 442, p. 37).

Mas, será errôneo supor que, apenas a partir de 1964 (com a lei que instituiu a correção monetária dos débitos fiscais) é que se iniciou, entre nós, a preocupação de corrigir os males da inflação, através da correção monetária.

Muito antes de 1964, de quando é a Lei nº 4.357 (marco da reformulação legislativa em que a atualização do valor da moeda tomou o nome de **correção monetária**, já se havia pensado nessa atualização e legislado a respeito. Sem falar nos apelos ao uso da cláusula-ouro, que o nosso liberaisíssimo Código Civil não vetava, ao declarar no § 1º do art. 947 que era lícito às partes estipular que o pagamento se efetuasse em certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira, permissão, afinal, revogada, em 1933, pelo Decreto nº 23.501, de 27 de novembro daquele ano, recordamos como pródomos da indexação no direito positivo brasileiro: **a)** o dispositivo da Constituição Federal de 1946 sobre a revisão dos proventos da inatividade; **b)** a revisão do salário mínimo, com base nos índices de aumento do custo de vida; **c)** a revisão da dívida de alimentos, autorizada pelo art. 400 do Código Civil e vivificada pela jurisprudência de nossos tribunais; **d)** o reajustamento de pensão, pelos acidentes no trabalho; **e)** a revisão trienal de alugueres dos prédios locados no regime do Decreto nº 24.150, de 1934, se, em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contrato sofrer variações além de 20% das estimativas; **f)** a reavaliação do ativo imobilizado das empresas, autorizada pelas leis do imposto de renda; **g)** o reajustamento do preço das obras públicas contratadas pelo Estado, no regime de empreitada; **h)** o reajustamento de preços de contratos de obras e serviços públicos no Estado de São Paulo (Dec. nº 42.063, de 19-6-1963); **i)** a revisão do cálculo da contribuição de melhoria; **j)** a aposentadoria móvel da lei orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807, de 1960); **k)** a emissão de letras do Tesouro Nacional, com valor reajustável (Lei nº 3.337, de 1957); **l)** a revisão dos aluguéis de imóveis, pela adoção do aluguel progressivo dos imóveis residenciais (Lei nº 3.404, de 1958); **m)** os financiamentos enquadrados no Plano Nacional de Habitação (Decretos n.ºs 786, 787 e 1.120, de 1962). Isto, sem falar na legislação de alguns Estados como o de São Paulo e do antigo Estado da Guanabara, que também adotaram a escala móvel, quer para receita, quer para a despesa (vencimentos dos funcionários).

Mas, inegavelmente, foi a partir de 1964, quando o Ministro ROBERTO CAMPOS empreendeu a reforma econômica brasileira, pelo processo que ele denominou de "cirurgia econômica sem anestesia", que a **correção monetária** se implantou no País e ainda hoje permanece, integrando esse famigerado modelo econômico. Em 1964 o Governo Federal criou as obrigações do Tesouro Nacional de valor nominal reajustável, periodicamente, e resolveu determinar a correção monetária das dívidas fiscais e dos débitos para com as caixas de aposentadorias e pensões — por força da Lei nº 4.357/64; se foi ampliando, rápida e avassaladoramente, a correção monetária das dívidas de valor; nos contratos de execução sucessiva e diferida

no tempo: Locação Predial; Incorporação e Imóveis; Plano Nacional de Habitação; Desapropriação; Indenização por Seguro.

Ao lado de leis específicas, em número elevadíssimo, outras leis são pleiteadas, como a que foi pedida pelos advogados para as dívidas de quantia.

Onde, porém, mais notadamente se fez sentir a ampliação do âmbito de aplicação da correção monetária foi nas decisões dos tribunais, notadamente nas do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência evoluiu para alcançar, com a correção monetária, a devolução do imposto pago indevidamente, para beneficiar a restituição do sinal, quando não puder ser realizada a venda. E, em sentido oposto valioso o pronunciamento do Supremo, negando a aplicação da correção monetária sobre as multas impostas pela Fazenda Pública aos contribuintes de impostos e taxas.

— X —

3) A correção monetária no pensamento da magistratura nacional

Os representantes das Associações dos Magistrados presentes ao Simpósio sobre “A Decisão Judicial e a Inflação Monetária”, realizada no Rio de Janeiro em maio de 1975, colhendo dos debates não ser a norma estatuída no art. 1.061 do Código Civil suficiente para a efetiva *restitutio in integrum*, frente à incontestável desvalorização da moeda, assim como, de outra parte, não haver justiça na só permissibilidade de adotar-se a correção monetária para alguns créditos, *consignaram*, a título de deliberação conjunta, que:

- 1) no tocante às chamadas **dívidas de valor**, louvável a orientação da jurisprudência brasileira, concedendo, aí, o reajustamento em termos de correção monetária, ou de atualização do débito, e não apenas para os casos de danos pessoais, senão, e, pelas mesmas razões analógicas para os de danos materiais;
- 2) quanto às chamadas **dívidas pecuniárias** inegável a necessidade de providência legislativa no sentido de se evitarem aquelas “situações em que a ausência do reajuste monetário conduz a locupletamento injusto do devedor relapso, em prejuízo flagrante do credor de boa fé, não ficando, porém, tolhidos os magistrados de encontrar soluções tendentes à preparação daquelas regras legais consideradas impeditivas da correção dos créditos sobretudo naqueles casos em circunstâncias em que a ausência de reajustamento ou atualização implicaria em danos irreparáveis”. (Ajuris — Porto Alegre, nº 4, págs. 3 e seguintes.)

— X —

4) O “Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário”

Os Ministros do STF, que apresentaram ao Presidente da República, em junho de 1975, “o Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário”,

ao analisarem a “crise do Poder Judiciário” e a “crise da ordem jurídica”, salientaram:

“A pleora de processo cíveis, entre mais razões que a *explicarão*, encontra estímulo no desgaste do poder aquisitivo da moeda e na inexistência da atualização ou correção monetária das condenações. Obrigado pelo Estado a recorrer-lhe à jurisdição, para obter reparo de lesão de seu direito, o demandante vencedor obtém reparação incompleta e desvaliosa pela indispensável demora da demanda com benefício do litigante sem razão.

Essa evidente falha na aplicação de Justiça cumpre ser prontamente eliminada.”

— x —

5) Algumas decisões dos Tribunais

Não há dúvida alguma que o Poder Judiciário, por seus tribunais superiores, vem aplicando a correção monetária, notadamente quando prevista, pelas partes, nos contratos.

“Acórdão

Correção Monetária — Avença entre as partes

Prevalência — Embora não decorra de lei específica, a correção monetária é devida quando avençada livremente entre as partes. Trata-se do princípio de ordem pública da autonomia da vontade, consagrado no § 2º do art. 153 da Constituição Federal — Emenda nº 1/69. E, como não há lei que proíba a estipulação da correção monetária nos contratos entre particulares, a avença há de prevalecer nos termos em que foi acordada” (Ac. do Trib. Alçada do Paraná — Relator: Juiz Nunes do Nascimento — **Boletim ADCOAS** — nº 4 — 1977);

Outro caso de construção jurisprudencial, benéfica ao credor da prestação, é este:

— “**Correção monetária — Cheque — Emissão sem fundos — Incidência na correção monetária** — Tratando-se de execução de cheque sem fundos, instruída com o recibo do cartório de protestos e o instrumento a este correspondente, por haver sido o original encaminhado à autoridade policial, responde o emitente, pessoalmente, incidindo a correção monetária, por se tratar de ato ilícito.”

— x —

6) As dívidas de valor — Conceito

Ao lado da dívida de dinheiro (que é aquela que tem por objeto a entrega de um número de coisas representativas de uma unidade ideal de valor e aptas para servir como instrumento na troca) encontra-se a **obri-**

gação de valor que tem por objeto a transferência de um valor abstrato, ainda não medido em unidades monetárias. Saímos, como diz NUSSBAUM, da dívida simples de dinheiro para entrar no terreno designado com o nome de **dívida de valor**.

Segundo a lição de ASCARELLI, quando a obrigação consiste num ressarcimento de um dano, seu objeto é sempre um valor, que deve ser liquidado por uma soma de dinheiro, mas que é conceitualmente diferente dela. Tratando-se de responsabilidade contratual ou extracontratual, cumprirá determinar o valor de que foi privado o patrimônio da parte prejudicada e condenar à reparação do dano. Somente para efeito de cumprir a condenação é que deverá medir-se esse valor e, para fazê-lo, se chegará a sua transformação numa obrigação monetária. A moeda atuará como medida de valor e como instrumento apto para transferir um determinado valor de um patrimônio para outro. **O único valor da moeda a ser considerado há de ser o que a moeda apresenta no exato momento em que se deve converter a dívida de valor em obrigação monetária. A sentença que condenar a indenizar deve ter por *substractum* o mandado de restituir ao patrimônio do prejudicado um valor análogo ao de que foi ele privado, ilegalmente, pelo ato ilícito. Apenas para o efeito de ser exigível é que a sentença condenatória deverá medir esse valor.** FERREIRA — LAMAISON — *El Dinero en la Teoría Jurídica*, Montevideu, 1974, pp. 50/51.)

Com relação às dívidas de valor é remansosa a jurisprudência de nossos tribunais no sujeitá-las à correção monetária. O STF tem decidido as espécies de **responsabilidade civil**, declarando que:

“Em se tratando de dívida de valor, ainda que a indenização seja por danos materiais, nada impede que se utilize o índice de correção monetária, como instrumento de aferição, quando do pagamento, pelo executado, da correspondência entre o valor do dano a ser ressarcido e a quantia em dinheiro a ele correspondente.” (RE. 86.191 — Rel.: Min. Xavier de Albuquerque.)

“Em caso da chamada dívida de valor, relativa a danos pessoais, cumpre aplicar-se a correção monetária, como homenagem à regra da *restitutio in integrum*.” (Trib. Alçada Estado do Rio de Janeiro — Apelação Cível nº 60.245 — Rel.: Juiz Áureo Carneiro.)

“Apuração de haveres do sócio falecido. Dívida de valor — Cabimento de correção monetária. As obrigações de valor se convertem em obrigações de dinheiro no momento de sua execução, pelo equivalente.” (Trib. Justiça do Rio de Janeiro — Apelação Cível nº 1.062 — Rel.: Basileu Ribeiro Fº.)

— **Correção monetária — Responsabilidade civil — Ato ilícito — Dívida de valor**

Apoiando-se no que decidiu o STF no RE. 74.581, que é cabível a correção monetária na indenização decorrente da prática de ato ilícito, o Tribunal de Alçada de S. Paulo assim também entendeu nos Embargos Infringentes nº 21.798 — Rel.: Juiz Salles Abreu.

— **Correção monetária: Compra e Venda Mercantil de bens moveis — Inadimplência dá lugar a correção monetária** — “A dívida proveniente da obrigação assumida pelo vendedor de entregar certo número de bens móveis ou utilidades não tem conteúdo pecuniário. É **dívida de valor**, pois assegura ao comprador um bem de natureza real, uma utilidade e não uma certa quantia em dinheiro. Nas hipóteses de compra e venda mercantil, a jurisprudência tem entendido que a dívida é valorativa e, por isso, legítima a incidência da verba de correção monetária. O princípio da reserva legal só pode ser invocado nas hipóteses em que a dívida não seja de valor. Aí, sim, somente se fará a aplicação da correção monetária mediante a existência de texto legal expresso a respeito. Quando se tratar de dívida de valor, a aplicação da correção monetária se faz naturalmente porque o vendedor inadimplente nada mais estará pagando do que aquilo que deveria ter pago, caso tivesse entregue as mercadorias ou utilidades, na época ajustada. (2º 7 — A. Civ. S.P. — Ac. 3º Gr. de Câmaras de 22-4-76 — Relator: Juiz Figueiredo Cerqueira.)

— x —

7) As dívidas de dinheiro

Os tribunais não concedem a correção monetária quando se trata de dívidas de dinheiro. Estes dois acórdãos o declaram:

— “**Correção monetária — Dívidas de Dinheiro — Necessidade de lei expressa** — A correção monetária somente cabe nas dívidas de valor. Se a dívida é de dinheiro, a correção só é possível em havendo lei que expressamente a autorize.” (Trib. Rio Grande do Sul — Ac. 1º Gr. Cons. Cíveis — 3-12-76 — P.A. — Rel. Oscar Gomes Nunes — **Boletim ADCOAS** — Ano X nº 2.)

— “**Correção monetária — Dívida de Dinheiro — In incidência** — Dívida decorrente de inadimplência contratual. Não se trata de dívida de valor, proveniente de responsabilidade civil. Não há, quanto à aludida correção, previsão legal.” (Acórdão 1º T.A. Rio de Janeiro — Rel.: Juiz Martante da Fonseca — **ADCOAS**, 1977, nº 22.)

Contra essa posição dos Tribunais de Justiça (que é, também, a do STF), muito tem escrito o Dr. CARLOS ALBERTO DUNSHEE DE ABRANCHES, pela coluna do **Jornal do Brasil**. Num dos seus últimos artigos, depois de reportar-se ao “Diagnóstico de Reforma do Poder Judiciário”, aquele advogado escreve:

“Uma das áreas em que a ausência de lei expressa, impondo a correção monetária nos casos indispensáveis, estimula a impontualidade e provoca litígios é a dos débitos das entidades públicas em relação aos particulares. Se a União, o Estado ou o Município deixam de cumprir, injustificadamente, obrigação de pagamento em dinheiro na data do seu vencimento, o credor vê-se no dilema de sofrer o prejuízo causado pela demora ou recorrer ao Judiciário para executar a entidade faltosa; ao fim de alguns anos, o particular só consegue receber os juros de mora, de 6% a.a., além das

despesas do processo. Ora, isso importa num verdadeiro confisco do patrimônio do credor, proibido pela Constituição.

Essa situação anômala resulta das lacunas de nossa tumultuária legislação sobre correção monetária, que é a responsável pela maioria dos litígios evitáveis.

Bastaria que o STF, colocando-se à altura de sua missão constitucional, declarasse inconstitucional o tratamento discriminativo e mandasse aplicar, por analogia, a correção monetária a todo devedor impontual, quer seja uma pessoa privada ou pública.”

— **Correção monetária — Dívidas de quantia — Omissão legislativa a ser sanada** — O Juiz de Direito Francisco César Rodrigues, da 10ª Vara Cível da Capital de São Paulo, publicou, na **Revista Forense**, vol. 262, um trabalho no qual sustentou que não pode o Poder Judiciário aguardar passivamente o advento de lei que determine a **correção monetária das dívidas de quantia**, cabendo-lhe o papel, muitas vezes pioneiro, de preencher esta grave lacuna do nosso ordenamento jurídico.

Ele reconhece, todavia, que há interesses que trabalham **contra o advento desse grande remédio legal** contra a inadimplência e proteções em Juízo. E afirma:

“a correção monetária de dívidas de quantia não interessa ao Executivo, ao Legislativo, a milhares de advogados e aos Bancos”.

E, assim, justifica a sua assertiva:

1 — O Poder Executivo Federal dificilmente verá com bons olhos a mudança do **status quo**, em que as dívidas fiscais propiciam a correção monetária e as dívidas entre particulares e contra o Estado, não.

As empresas pagam, primeiro, as dívidas que ensejam a correção monetária (fisco e INPS). Depois, os fornecedores e demais credores quirografários.

2 — O Poder Legislativo não considerará a solução como politicamente rentável. Muito ao contrário.

3 — Substancial parcela da classe dos advogados vê, com apreensão, a generalização da cobrança com atualização do valor da condenação. Advogado para credores e devedores pensa perder a contratação de clientes devedores, com diminuição da clientela.

4 — Os próprios Bancos não sentem necessidade especial de tomar iniciativas para suprir a omissão da lei porque dispõem de autorização do Banco Central para cobrar a chamada **comissão de permanência**, uma correção monetária com outro rótulo.

O articulista termina apresentando um anteprojeto de lei, cujo artigo 1º diz: “É instituída a correção monetária nas cobranças em Juízo, a partir da citação, seja qual for o rito do procedimento.” (**Revista Forense**, vol. 262, pp. 395-397.)

8) Nenhuma correção monetária com base diversa da estabelecida em lei

Com o objetivo — declarado ao Congresso Nacional, na Mensagem nº 32, de 1975 — de dissociar o salário mínimo de base para reajustamento de aluguéis, prestações do sistema financeiro de habitação e muitos outros campos, inclusive com relação a contratos entre pessoas físicas, propôs o Governo projeto de lei, que se converteu na **Lei nº 6.423**, de 17 de junho de 1977, cujo **art. 1º** declara de forma positiva e desenganada que:

“A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a *variação nominal* da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — ORTN.”

— A determinação da “alçada” pelo “valor” atribuído à causa

O Código de Processo Civil, no seu **art. 275**, nº 1, declara que será observado o processo sumaríssimo nas causas cujo valor não exceder vinte (20) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Também o Regimento Interno do STF (na sua reforma de 12-6-1975) declara, no seu **art. 308**, nº VIII, que, salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário a que se refere o **art. 119**, parágrafo único, das decisões proferidas nas causas, cujo valor declarado na petição inicial (...) não exceda de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias, e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única.

Indaga-se, então, se os valores de alçada e de recursos deverão ser substituídos pelos da **Lei nº 6.423**, de 1977, ou poderão subsistir como estão nas leis que condicionam a **alçada** ou o **recurso** ao valor da causa em referência ao maior salário mínimo vigente no País.

Entendemos que, nos casos de alçada e de recursos, não é de aplicar a **Lei nº 6.423**, de 1977, porque não se trata de caso de **correção monetária de obrigação pecuniária**, mas de fixação de um valor, com referência a um índice que, no caso, é o maior salário mínimo vigente no País.

O salário mínimo, como bem adverte WELLINGTON PIMENTEL, nos seus **Comentários ao Art. 275 do CPC**, servirá de base à aferição do valor da causa, vale dizer, funcionará como parâmetro. A adoção de um valor móvel informativo da admissibilidade do procedimento sumaríssimo é digna de aplausos, já que permitirá a manutenção atualizada do critério, fixado o valor igual ou inferior a vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País — tomando aquele instituto trabalhista (*Emenda Constitucional nº 1*, **art. 165**, I) como **indicador**.

— x —

9) Correção monetária somente com base em lei que a autorize

Verificando as autoridades monetárias do País que estava se dilargando o campo de aplicação do reajustamento da moeda, não só por força

de estipulações em contratos (admitidas pelos tribunais) mas, até mesmo, por analogia, e que, como tudo estava indicando, breve se chegaria a aplicá-lo às dívidas de dinheiro, propuseram elas ao Congresso Nacional, por intermédio do Executivo, uma lei em que se deixasse bem claro não poder haver correção monetária sem lei que a autorizasse.

Assim é que o art. 1º da Lei nº 5.670, de 2 de julho de 1971, declara:

“O cálculo da correção monetária não recairá, em qualquer caso, sobre período anterior à data em que tenha entrado em vigor a lei que a instituiu.”

O Supremo Tribunal Federal, no Rec. Extraordinário nº 79.521, de que foi Relator o Min. CORDEIRO GUERRA, adotou como razão de excluir a aplicação, ao caso, de correção monetária, esta passagem de acórdão recorrido:

“Sobre o assunto, a Lei nº 5.670, de 2-7-71, que dispõe sobre o cálculo da correção monetária, estabelece, no seu art. 1º, que o cálculo da correção monetária não recairá, em qualquer caso, sobre período anterior à data em que tenha entrado em vigor a lei que a instituiu, o que confirma que só quando prevista em lei é devida essa condenação” (in *Correção Monetária* — Jurisprudência Brasileira, Ed. Juruá, Curitiba, 1977).

— x —

10) Algumas das principais aplicações da correção monetária

Mesmo sem descer a uma análise minudente dos diversos diplomas legislativos que, pouco a pouco, foram introduzindo a **correção monetária** para corrigir as distorções causadas pela perda do valor aquisitivo do cruzeiro (que, segundo ARNOLDO WALD, não é, atualmente, moeda de valor, eis que as variações do custo de vida são calculadas pelos “índices” e, não mais, pela moeda), vamos mencionar alguns institutos jurídicos já beneficiados pela correção monetária.

a) Seguros

Em matéria de **seguros**, o Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, permitiu a constatação **com a cláusula de correção monetária para capitais e valores** (art. 14).

Ainda quanto a **seguros**, foi convertido em lei o Projeto nº 1.374, de 1968 (originário da Mensagem nº 337/68, do Poder Executivo), instituindo a **correção monetária** nos casos de liquidação de sinistros cobertos por contratos de seguros, quando não efetuada nos prazos que forem estabelecidos pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (art. 1º e seu § 2º da Lei nº 5.488/68).

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

— **“Seguro — Correção monetária — Indenização** — A correção monetária, nos casos de liquidação de sinistros cobertos por con-

tratos de seguros, está prevista em lei. Pelo que se depreende da redação do art. 1º da Lei nº 5.488, de 1968, a indenização legal, desde que não paga no prazo certo, está sujeita à correção" (Ac. da 1ª Câmara Trib. Justiça de S.P. — Rel.: Andrade Junqueira — in **Boletim ADCOAS**, 1977, nº 28).

A inadimplência do Conselho Nacional de Seguros Privados, de fixar os prazos a que se refere o art. 1º da Lei nº 5.488, de 1968, não tem impedido os Tribunais de assegurar a correção monetária ao credor da obrigação, conforme se colhe do acórdão do STF, no RE. nº 78.835 (de que foi Relator o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE), com a seguinte ementa:

"Seguro. Correção monetária impugnada sob o fundamento de não haver sido regulamentada a Lei nº 5.488, de 27-8-68. A omissão indefinida do Poder Executivo não pode produzir a consequência de frustrar a vontade da lei" (**Correção Monetária**, Ed. Juruá, 1977, pág. 91).

Aliás, em matéria de seguro, ainda resta uma lacuna a sanar: a referente aos contratos de seguro de vida, ajustados e pagos ao tempo de moeda valorizada e que, liquidados, agora, nada mais representam, para o segurado ou seus beneficiários, como indenização, pecúlio ou ressarcimento de danos.

b) Débitos à Previdência Social

As contribuições devidas ao INPS e não pagas no devido tempo estão sujeitas a correção monetária, conforme se vê do art. 157 da Lei da Previdência Social, com redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 66, de 21-11-1966, e o Decreto-Lei nº 858, de 11-9-1969.

Quanto aos salários, o Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, mandou aplicar a correção monetária (segundo índices fixados trimestralmente) sobre os **débitos de salários, indenizações** e outras quantias devidas, a qualquer título, por empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho e ao Estatuto do Trabalhador Rural, aos seus empregados quando tais débitos não forem liquidados no prazo de 90 dias, contados das épocas próprias.

Esse mesmo decreto-lei mandou aplicar a correção monetária nas decisões da Justiça Trabalhista, medida que pôs fim aos recursos meramente protelatórios, por não oferecerem mais qualquer vantagem aos demandistas renitentes.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em decisão recente, Rel. Juiz Reginaldo Manger Allen, decidiu que "a correção monetária é devida sobre o principal desde a propositura de reclamação, conforme o Decreto-Lei nº 75, de 1966, e a partir da época própria que consiste em 90 dias, a contar da data em que é exigível" (**Rev. do Dir. do Trabalho, S.P.**, nº 6, pág. 41).

c) A correção monetária na falência

O Governo não admite a correção de dívidas de quantia. Mas, quando se trata da sua dívida ativa, não há como dispensar o devedor. Para cobrar a correção monetária do devedor falido foi baixado, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1970, o Decreto-Lei nº 858, de 11 de setembro de 1969, dispondo sobre cobrança e correção monetária nos casos de falência, nestes termos: "A correção monetária dos débitos fiscais do falido será feita até a data de sentença declaratória da falência, ficando suspensa, por um ano, a partir dessa data" (art. 1º).

Mas, se os débitos do falido não forem liquidados até 30 (trinta) dias após o prazo de um ano, a correção monetária será calculada até a data do pagamento, incluindo o período em que esteve suspensa (art. 1º, § 1º).

Do que dispõe o art. 1º e seu § 1º do Decreto-Lei nº 858, de 11 de setembro de 1969, segue-se que a correção monetária é exigível de massa falida, o que não sucedia antes desse decreto-lei.

O síndico da massa falida tem, face à lei, oportunidade de reduzir os encargos da massa, desde que pague os débitos da Fazenda Pública dentro do prazo de um ano, contado da data de sentença que decretou a falência. Mas se, por falta de verba, ou por descuido seu, não liquidar os citados débitos, a massa falida ficará onerada com a correção monetária.

O decreto-lei referido qualifica essa medida como de "defesa dos débitos da Fazenda Pública".

d) Débitos de natureza tributária

Em 16 de julho de 1964, promulgou o Governo Federal a Lei nº 4.357, força da qual foi adotada, "para o débito fiscal não liquidado no momento oportuno, a correção monetária, em função das variações do poder aquisitivo da moeda nacional (art. 7º)". Os Governos dos Estados e dos Municípios se apropriaram da idéia para aplicá-la aos tributos das suas respectivas áreas. E, desde então, tanto na jurisdição administrativa, como pelo Judiciário, a correção monetária vem sendo aplicada, sem vacilações. Ultimamente, foram publicados dois trabalhos doutrinários, cujos autores, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES e EDSON DE CARVALHO, sustentam "a inconstitucionalidade da correção monetária dos débitos fiscais".

Convém registrar, todavia, duas valiosas manifestações do STF sobre essa matéria: uma, relativa às multas fiscais; outra, sobre a repetição do indébito em matéria tributária.

No acórdão referente à multa, de que foi Relator o Min. CORDEIRO GUERRA, foi por ele lavrada a seguinte ementa:

— "Correção monetária — Fixou-se a jurisprudência do STF no sentido de que a correção monetária recai sobre o tributo sem atingir a multa, por força da interpretação do art. 97, § 2º, do Código Tributário Nacional" (RE. 82.871 — Precedentes: RE 69.650, 74.659 e 79.473).

A jurisprudência do STF mais recente (*Diário da Justiça* de 12 de dezembro de 1977) sufraga, por **decisão do Tribunal Pleno, orientação contrária aos contribuintes**, eis que no RE 87.498, julgado pela 1ª Turma, a decisão foi esta:

— **Débito Fiscal — Correção monetária, sua incidência, também, sobre a multa** (RE 82.616 — Pleno, 10-6-1977 — Relator **Ministro Bilac Pinto**).

No mesmo sentido é o acórdão no **RE 88.187**, Rel.: Min. Bilac Pinto, no qual foi Recorrente o Estado de São Paulo, acórdão que se reporta à decisão do Tribunal Pleno, de 10-6-77, no RE 82.018.

Na segunda decisão, o STF admitiu que, nas repetições do indébito, por interpretação analógica, não é de se admitir que “o tributo indevido”, quando restituído, perca seu valor. *In verbis*:

— “RE 84.350 — Rel.: Min. Leitão de Abreu — **Ementa: Correção monetária na repetição do indébito fiscal.** É devida, seja por via de interpretação extensiva (CTN, art. 108, I), seja por via de interpretação analógica (CTN, art. 108, I), quando prevista em lei para o caso em que o contribuinte, ao invés de pagar para repetir, deposita.”

(NB — As ementas estão publicadas por Bernardo Ribeiro de Moraes e Ives Granda, no seu **A Correção Monetária de Débitos Fiscais**.)

Não é pacífica, porém, essa orientação dos nossos Tribunais, eis que, segundo notícias publicadas na *Gazeta de Notícias*, de 4-1-78, o Tribunal Federal de Recursos, pela sua 1ª Turma, ao julgar a Ap. Civ. 29.929, de São Paulo, decidiu, à unanimidade de votos, que:

A Fazenda Nacional deve restituir ao contribuinte o Imposto de Renda (IR), pago indevidamente, com juros simples, contados da decisão definitiva, e sem a correção monetária.

O Ministro MOACIR CATUNDA, Relator, retirou da condenação a moeda corrigida, por falta de previsão legal.

Assim votou, também, o Ministro Jorge Lafayette Guimarães.

— **“Correção monetária — Repetição do indébito —** A jurisprudência hoje predominante no STF reconhece a incidência da correção monetária na repetição do indébito em matéria tributária, por aplicação analógica das regras legais que concedem a correção monetária na devolução dos depósitos feitos pelos contribuintes, em garantia das instâncias administrativa e judicial” (Ac. STF no RE 82.060, PE — Rel.: Min. Eloy da Rocha — 16-12-1976 — in *RTJ*, vol. 82, pág. 198).

— **“Correção monetária — Repetição do indébito —** O entendimento de que a correção monetária cabe, tanto no caso em que o contribuinte deposita para discutir, como no em que paga para repetir, conduz ao princípio de que se deve calcular a correção monetária, assim, a partir do pa-

gamento indevido, como do depósito" (Ac. STF no RE 90.437, S.P. — Rel.: Décio Miranda — in *Diário da Justiça*, 23-3-1979).

— **Correção monetária — Repetição do indébito fiscal — A correção monetária incide desde a data do recolhimento indevido — É admissível, na legislação tributária, a invocação e a aplicação da analogia — Código Tributário Nacional (Lei nº 5.176/66):**

Art. 108 — Acórdão do STF, de 9 de agosto de 1977 — Rel.: Min. Antônio Neder.

Idem — Acórdão do STF, de 6 de outubro de 1977 — Rel. Min. Bilac Pinto, na *RTJ*, vol. 83, pág. 315.

Idem — Acórdão no RE 87.253, da 2ª Turma — Rel.: Min. Moreira Alves — *DJ*, 1-7-1977.

— x —

11) Desapropriação

É nos processos de desapropriação que mais liberalmente se tem feito sentir a ação dos Tribunais, no que tange à aplicação de correção monetária.

1) No RE 78.142, o Min. Bilac Pinto, Relator do acórdão, sustentou que para os casos de demora no pagamento do valor do imóvel desapropriado, a Lei nº 4.686/65 concede a correção monetária e os juros.

2) No RE 79.729, o Min. Rodrigues Alckmin escreveu, na ementa do respectivo acórdão, que — "Na desapropriação poderá haver correções monetárias sucessivas, até o efetivo pagamento da indenização. Não há, em tal caso, "correção de correção", mas correção de pagamentos desatualizados pela demora com que foram feitos."

3) No RE 83.955, de S.P., admitiu o Procurador-Geral da República que "... é da jurisprudência do excelso Pretório a atualização da correção monetária, tantas vezes demore por mais de um ano o efetivo pagamento da indenização".

4) No RE 85.387, o Ministro Moreira Alves, Relator do acórdão, declarou na respectiva ementa: "O termo final da incidência da correção monetária é a data de efetivo pagamento. A indenização, em desapropriação, deve ser justa e atual, e a correção monetária há de ser oferecida de uma só vez até o efetivo pagamento."

5) O 2º Trib. de Alçada de São Paulo, no Rec. Revista 3.524, de que foi Relator o Juiz Marino Falcão, decidiu que: "Nas desapropriações, calculada a correção monetária até a data do depósito da indenização, é admissível nova atualização, pelos índices da correção ante a demora do pagamento do saldo."

(NB — Esses acórdãos constam do volume sobre a *Jurisprudência da Correção Monetária*, Ed. Juruá, 1977.)

12) A correção monetária pode ser avençada em contratos

Como nenhum contrato de execução sucessiva ou dilatada, no tempo, escapa dos riscos da inflação, tem-se admitido que constem desses instrumentos as chamadas "defesas contratuais contra a inflação". De começo, a indexação, ou seja, os preços index. Depois, a escala móvel e, contemporaneamente, a correção de valor da moeda, com referência, entre nós, à variação do valor das obrigações de valor reajustável do Tesouro Nacional (Lei nº 6.423, de 17-6-1977).

À unanimidade de votos, decidiu o 2º Trib. Alçada Civil de São Paulo, na Ap. Civ. 17.224, que: "Nada impede a estipulação da correção monetária nos contratos por convenção das partes, em obediência ao princípio geral da autonomia da vontade e da plena liberdade das partes de convencionarem cláusulas e condições que não se enquadram na legislação específica" (in *Jurisprudência da Correção Monetária*, Ed. Juruá, 1977).

— x —

13) Direito das Sucessões — A colação hereditária

No Direito das Sucessões, há um problema que desafia a atenção dos estudiosos e foi muito bem focalizado pelo Prof. JOÃO BAPTISTA VILLELA, de Minas Gerais, na sua tese *Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Colação Hereditária*.

Partindo do preceito consignado no art. 1.785 do Código Civil, de que "a colação tem por fim igualar as legítimas dos herdeiros", o Prof. Villela conclui que "os meios que o legislador instituiu para alcançar esse fim só obrigam na medida em que o realizam".

Entende o Prof. Villela que, "se é ao tempo da partilha que os bens remanescentes serão avaliados, há de ser esse, também, o momento indicado para a avaliação dos bens antecipados (atualização do valor), a fim de se determinar o preciso valor que se imputará na quota do descendente donatário".

E conclui (pág. 95): — "Colacionar o valor efetivo que o bem doado apresentava ao tempo da liberalidade importa em imputá-lo monetariamente segundo o poder aquisitivo da moeda ao tempo de partilha."

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio apreciou, em data recente, um caso de **colação de bens**, dando-lhe esta solução que nos parece a mais equitativa:

— "**Colação de bens no inventário — Reavaliação — Critério — Inventário — Colação — Valor em dinheiro — Atualização — Colação de bens doados. Aquisição de imóvel de terceiros. A doação corresponde à quantia fornecida pelo pai, comprovado não tivessem os filhos economia própria para tal aquisição.**

A importância em dinheiro, atualizada à época e, não, o imóvel que jamais integrou o patrimônio do de cujus." (Ac. unânime 3ª C.C. de 24-3-77 — Ap. Cível nº 3.428 — Reg. em 6-6-77 — Relator: Des. Rebello Horta.)

— “Inventário — Colação — Atualização do Valor — Embargos de Declaração. — Esclarecimento sobre critério a se estabelecer para a atualização do valor da doação, que é de ser feita através de perícia técnica.”

— x —

14) A correção monetária no Projeto do Código Civil

O Prof. ARNOLDO WALD, analisando os preceitos do Projeto do Código Civil enviado ao Congresso Nacional em 1976, critica-o no respeitante à disciplina da correção monetária, pois importa num verdadeiro retrocesso, se se tiver em vista as mais recentes decisões de nossos Tribunais (RT, 481/24). Procede a crítica.

Se a correção monetária em nosso País se faz tão necessária que o Governo não a dispensa para a sua dívida ativa, admite-a na revisão dos contratos de obras públicas e, periodicamente, determina os coeficientes aplicáveis às Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (art. 7º da Lei nº 5.334, de 1977), aos saldos devedores e às prestações relativas a contratos que têm por objetivo a venda ou a construção de habitações com pagamento a prazo (Lei nº 4.864, de 1965, e Lei nº 6.423, de 1977); fixa os coeficientes da correção monetária aplicáveis ao capital de giro próprio das pessoas jurídicas (DL nº 1.338/74) e aos aluguéis de imóveis não residenciais, em caso de retomada (art. 3º e seu parágrafo do DL nº 4, de 1966, e a Lei nº 6.423, de 1977); determina atualização da moeda para correção monetária dos débitos fiscais e contribuições devidas à Previdência Social (Lei nº 6.423, de 17-6-77), os coeficientes da correção monetária para os débitos trabalhistas (DL nº 75, de 1966, e Lei nº 6.423, de 1977), para as desapropriações por utilidade pública (Lei nº 6.306, de 1975, e Lei nº 6.423, de 1977) e para a reavaliação do ativo imobilizado (Lei nº 6.423/77), mal se compreende que o Projeto de nosso futuro Código Civil seja renitente nessa distinção de dívidas de valor e dívidas de quantia (que a jurisprudência dos nossos Tribunais vai aos poucos desfazendo) e insista em conceder a correção monetária, apenas, à indenização de dano.

O Tribunal de Justiça de São Paulo há muito proclamou num de seus julgados esta verdade:

“Não resta dúvida que, face ao notório surto inflacionário que assola o País, há vários anos, havia de se adotar uma solução para coartar os efeitos da desvalorização da moeda. E o legislador, acolhendo precedentes jurisprudenciais, instituiu a correção monetária, para várias hipóteses, tais como a liquidação dos débitos fiscais e as desapropriações.”

O legislador, ao elaborar o futuro Código Civil, não deverá perder de vista esta salutar advertência que está inscrita num acórdão do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara (**Revista Forense**, v. 242/162):

“A correção monetária nada acrescenta à indenização. Ela simplesmente neutraliza os efeitos do tempo e torna a reparação completa, porque a atualiza. De outra forma, haveria enriquecimento

ilícito do causador dos danos, que pagaria em moeda aviltada e, portanto, com manifesta vantagem.”

ARNOLDO WALD, no seu precitado escrito, assim concluiu a crítica: **O princípio de igualdade de todos perante a lei justifica que a correção monetária deixe de ser o privilégio das pessoas jurídicas de direito público e que possa ser aplicada a todos os devedores em atraso.**

Esta tese tem sido defendida em várias recentes decisões do STF e mereceria a chancela do legislador.

Recorda o autor citado que, no Relatório elaborado pelo STF para o Presidente da República, foi salientado que a generalização da correção monetária se impunha para evitar “a plethora de processos e impedir que o demandante vencedor obtenha a reparação incompleta” (RT, v. 481/241).

— X —

15) **A nova Lei de Sociedades por Ações — Correção monetária de dívida de quantia**

A nova Lei de Sociedades por Ações inscreve, entre as suas normas, um caso de correção monetária de dívida de quantia.

A Lei nº 6.404, de 1976, no seu art. 159, que trata da ação de responsabilidade contra administrador da companhia, por prejuízos causados ao seu patrimônio, assegura correção monetária de dívida de quantia (o que não é admitido pelos Tribunais), no caso prescrito no § 5º do art. 159, **in verbis:**

“Os resultados de ação promovida pelo acionista deferiu-se à companhia, mas esta terá que indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive, **correção monetária** e juros das despesas realizadas.”

Face ao que nesse preceito se dispõe já não é mais lícito dizer que o nosso direito positivo não consagra a reavaliação de dívida de dinheiro.

Aliás, quando o Governo Castello Branco baixou a Lei nº 4.357, de 1964, para a atualização das dívidas fiscais, tivemos oportunidade de sustentar que se tratava de correção monetária de dívida de quantia e, não, de dívida de valor. Assim, se pelo princípio de analogia, o STF está sustentando que a restituição do indébito, em matéria tributária, deve ser feita pelo valor da moeda, atualizada, poderia, também, por analogia, e tendo em conta o princípio constitucional de isonomia, estender a correção monetária à liquidação das dívidas de quantia.

— X —

16) **A correção monetária obrigatória do capital social**

A nova Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 1976) inscreve, entre os seus dispositivos, a correção monetária anual do capital realizado, declarando, no seu art. 167, que a reserva de capital, constituída por ocasião

do balanço de encerramento do exercício social e resultante da correção monetária do capital realizado, será capitalizada por ocasião da assembleia-geral ordinária que aprovar o balanço.

Diz, ainda, a lei, no § 2º do art. 182, que será registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não capitalizado,

RICCO HARBICH, escrevendo sobre o **Conceito e destinação do lucro na nova Lei das Sociedades por Ações**, diz que são três as finalidades da correção obrigatória do capital social:

- a) informar o acionista sobre o valor atualizado do seu investimento;
- b) nos casos de o dividendo ser calculado sobre o capital nominal, a remuneração dos investimentos será corrigida, se lucro houver;
- c) excluir da possibilidade de distribuição (para o fisco, acionistas ou outros participantes) a parcela levada à correção, por não significar lucro efetivo. A esta última finalidade o citado autor denomina "princípio da manutenção do patrimônio social".

Os reflexos fiscais das novas disposições da Lei nº 6.404, de 1976, sobre a correção monetária do capital social são examinados na obra de RUBENS MINGUIZZI, **Sociedades por Ações** (Resenha Universitária, S.P., 1977) e constam do DL nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Note-se que, na companhia aberta, a capitalização prevista na Lei nº 6.404/76 será feita sem modificação do número de ações emitidas e com aumento do valor nominal das ações, se for o caso (§ 1º do art. 157).

Se a companhia tiver ações com e sem valor nominal, a correção do capital correspondente às ações com valor nominal será feita separadamente, sendo a reserva resultante capitalizada em benefício dessas ações (§ 3º do art. 157).

"Com a obrigatoriedade de proceder à correção, desaparecerão as distorções das apresentações pouco corretas de certas demonstrações publicadas que não levaram em conta a correção monetária, incluindo-a como pseudolucro nas suas informações e apresentando, pois, uma lucratividade em verdade inexistente" (RICCO HARBICH, ob. cit., pág. 5).

— x —

17) Aluguéis de imóveis

A inflação não pode ser ignorada nem desconhecida pelo Direito. É um fato que se impõe e, por isso, o legislador e os Tribunais lhe dão a resposta, que se impõe para preservar as partes da agressão do fenômeno inflacionário (CARRUTI ALCARDI, **La desvalorización monetaria**).

Por isso é que, nos contratos de locação predial, o legislador previu que o proprietário do imóvel poderia utilizar, no respectivo contrato, cláusulas de manutenção do valor da moeda.

Na locação de imóveis não residenciais já era assegurado aos contratantes obter a reavaliação periódica dos aluguéis, art. 1º, § 2º, da Lei nº 4.494, de 1964, embora a partir da vigência da Lei nº 6.423, de 1977, a expressão monetária de obrigação pecuniária devesse ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional. Ainda quando o contrato não tivesse previsto, nem disciplinado a correção monetária dos aluguéis, esse reajustamento poderia ser pleiteado, pelo locador, por arbitramento judicial, de dois em dois anos (Lei nº 4.494/64).

A locação de prédios urbanos destinados a residência estava, até 1979, regulada pela Lei nº 4.494, de 25-11-1964, com as modificações posteriores. Essa lei previa o reajustamento de aluguéis, o qual obedeceria a normas especiais, previstas no DL nº 6, de 1966, e leis posteriores sobre essa matéria.

O art. 22 da Lei nº 4.494, de 25-11-1964, declarava que, quer o contrato tivesse previsto o reajustamento, quer não, seria lícito às partes, em qualquer momento e de comum acordo, fixar novo aluguel, mediante alteração contratual, podendo estipular-se, então, que sobre o novo aluguel continuasse a incidir, ou passasse a incidir, o reajustamento.

Essa preocupação de manter o equilíbrio do contrato de locação, face à desvalorização da moeda, foi manifestada, ainda mais recentemente, pelo legislador, ao elaborar o projeto que se transformou na Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979 (em vigor a partir de 16 de maio de 1979), conforme se colhe do disposto no art. 15 da referida lei, *in verbis*:

“Art. 15 — É livre a convenção do aluguel.

§ 1º — A correção monetária do aluguel somente poderá ser exigida quando o contrato o estipular, fixando a época em que será efetuada e as condições a que ficará sujeita.

§ 2º — A correção monetária do aluguel não poderá ultrapassar a variação do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional.

§ 3º — Sem prejuízo do disposto no art. 31 do Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, é admitida a correção monetária dos aluguéis, na forma e pelos índices que o contrato fixar, limitada pelo disposto no § 2º deste artigo.”

E, relativamente às locações que se vencerem na vigência da supramencionada Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979, o legislador a mandou sujeitar a prorrogação por prazo indeterminado, durante a qual o respectivo aluguel poderá ser reajustado, sempre que o salário mínimo for aumentado. O reajustamento poderá ser feito, também, por mútuo acordo de locador e locatário, guardada, todavia, a mesma proporção da variação do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (arts. 48 e 49 e § 2º do art. 49 da Lei nº 6.649, de 1979).

Pelas citações acima, se verifica que, relativamente às locações prediais, quer de prédios residenciais, quer de prédios não residenciais, continua a ser aplicada a correção monetária, para a atualização do valor da moeda representativa dos respectivos aluguéis.

18) **As novas disposições da lei do imposto de renda quanto à correção monetária dos balanços das empresas**

O Presidente da República, tendo em vista a necessidade de adaptar a legislação do imposto de renda às inovações da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-1976), baixou o Decreto-Lei nº 1.598, de 26-12-1977, com dispositivos especiais sobre a **correção monetária** (arts. 39 a 58).

A correção monetária é obrigatória, na ocasião do balanço patrimonial (art. 39) e será procedida com base no aumento do valor nominal de uma Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (art. 40).

O dever de corrigir está disciplinado nos arts. 39 e seguintes do referido decreto-lei. Serão corrigidos: as contas do ativo permanente e respectiva depreciação, amortização ou exaustão, as provisões para atender a perdas prováveis na realização do valor de investimentos e o patrimônio líquido (art. 39, I, a e b).

O art. 55 desse decreto-lei declara que "as pessoas jurídicas obrigadas a corrigir monetariamente as demonstrações financeiras deverão proceder, no balanço de abertura do exercício social que se inicia no ano de 1978, a correção especial do ativo imobilizado, obedecidas as normas que nesse artigo 55 são estabelecidas.

A complexidade na elaboração do balanço patrimonial das empresas passa a ser imensa, força dessa multiplicidade de dispositivos sobre correção monetária, alguns ainda na dependência do que o Ministro da Fazenda vier a fixar.

— x —

19) **Aposentadorias concedidas pelo INPS**

O valor da aposentadoria concedida pelo INPS aos assalariados é beneficiado pela correção monetária, eis que é recalculado, periodicamente, sempre que o Governo faz o **reajuste do salário mínimo dos trabalhadores**, e vigora sessenta dias após ter entrado em vigor, no País, o **novo salário mínimo**.

— x —

20) **Fundo de Garantia**

A Lei nº 5.107, de 13-9-1966, que regula o Fundo de Garantia, declara que os depósitos efetuados pelos empregadores, para a constituição das contas bancárias individuais a que essa lei se refere, estão sujeitos a correção monetária, na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiro de Habitação. As aplicações do Fundo, realizadas pelo Banco Nacional da Habitação, serão restituídas ao Fundo, com juros e correção monetária (arts. 13 e 14 da Lei nº 5.107, de 1966). O próprio Banco manda creditar na conta corrente dos assalariados as importâncias referentes a essa correção monetária.

21) Vencimentos dos funcionários públicos

A correção monetária beneficia, também, os vencimentos dos funcionários públicos, inclusive dos inativos, sempre que haja alteração do poder aquisitivo da moeda (Const. Federal — Emenda nº 1, art. 102, § 1º), havendo alguns Estados que asseguram, expressamente, ao seu funcionalismo esses reajustamentos periódicos, sempre que se verificar, com relação aos assalariados sujeitos às leis trabalhistas, reajuste do respectivo salário mínimo.

— x —

22) Títulos de crédito

O Governo Federal criou, pela Lei nº 4.357, de 16-7-1964, Obrigações do Tesouro Nacional, cujo valor será periodicamente reajustado, em função das variações do poder aquisitivo da moeda nacional, para o que são fixados coeficientes de correção monetária pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República (arts. 7º da Lei nº 5.334, de 1967, e 6º da Lei nº 6.036, de 1-5-74, e de acordo com o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.281, de 24-7-74).

Ainda, as sociedades por ações poderão emitir “debêntures” com a cláusula de correção monetária, aos mesmos coeficientes fixados para a correção dos títulos da dívida pública (art. 54, parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 1976).

Em matéria de títulos e valores há, também, os títulos de capitalização, com correção monetária, que as leis vigentes admitem por se enquadrarem no sistema de poupança preconizado pelo Governo Federal.

As sociedades de financiamento e investimento estão autorizadas a emitir letras de câmbio com a correção monetária pré-ajustada, sobre a qual recai o imposto de renda, retido na fonte. Ao lado dessas letras, há as cadernetas de poupança, onde são contados juros e correção monetária, em favor dos respectivos depositantes. Essa forma de poupança já mereceu severa crítica do antigo Ministro do Planejamento, Hélio Beltrão.

Não resta dúvida alguma, porém, que a correção monetária veio a constituir fator decisivo para a elasticidade do mercado de capitais, através da canalização de grandes recursos para as Obrigações do Tesouro Nacional de Valor Reajustável (ORTN), para as letras imobiliárias, para as letras de câmbio e para as cadernetas de poupança.

— x —

23) A correção monetária não deve atemorizar os economistas — A correção da correção

O que se faz necessário, porém, enquanto perdurarem os maléficos efeitos da inflação é assegurar, firmemente, a correção monetária para

todas as obrigações de valor e de dinheiro, eis que o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei não justifica tal discriminação.

É necessário, também, que se estenda a correção monetária aos pagamentos em atraso, do Governo Federal, Estadual ou Municipal.

É necessário, neste passo, recordar as palavras do ilustre jurista LUIZ GONZAGA NASCIMENTO SILVA (in "Dura Opção", *Jornal do Brasil*, de 20-8-68):

"A correção monetária de que se fala tão pejorativamente, sem se a examinar na sua essência, é, apenas, uma fórmula para que **a moeda nominal corresponda à moeda real**; para que os cruzeiros na data da contratação da dívida sejam **os mesmos** na do pagamento das prestações, **não maiores...**"

Não há que temer os perigos a que alude o Prof. WALTER NESS (*A Influência da Correção Monetária no Sistema Financeiro*).

Nunca perder de vista a lição de NUSSBAUM (*Derecho Monetario Nacional e Internacional*, B.A. 1954), de que menor mal causa a derrogação legislativa do nominalismo do que a desenfreada inflação e, assim, a **reavaliação do valor monetário** (a mesma correção monetária) nada mais significa do que introduzir um tipo especial de cálculo para servir as obrigações monetárias contraídas em termos da unidade anterior, a fim de restaurar, no todo ou em parte, seu valor financeiro. A valorização supõe a modificação da soma nominal da moeda que constitui o objeto da obrigação pecuniária, de modo que o valor transferido em definitivo se aproxime da quantia original, no momento da realização do contrato (ob. cit., pág. 293).

Não há, também, por que transformar em "slogan", sem maior exame, o dito de que a correção monetária tem um efeito realimentador da taxa de inflação. Esse raciocínio baseia-se em hipótese, não comprovada, aliás.

O que se faz mister, com relação à existência de focos de realimentação é um cuidadoso cálculo dos índices a serem utilizados e aplicados na correção do valor da moeda. Mas enquanto a inflação não for debelada, a correção monetária continuará a ser uma necessidade imperiosa.

O Estado, como responsável pela inflação (por não a ter evitado, ou por demorar ou não poder extingui-la), não abre mão da correção monetária da sua **dívida ativa**, nem das dívidas de natureza previdenciária, e, a cada dia, vai estendendo a aplicação da correção de valor da moeda aos seus tributos e serviços públicos, pedágios inclusive. E até o Tribunal de Contas da União já deliberou cobrar as dívidas contra o Tesouro Nacional, acrescidas de correção monetária (*Jornal do Brasil*, 25-3-1977).

É óbvio que o **Estado** não poderá desamparar o particular, atingido pelos mesmos efeitos do surto inflacionário, e que se empobrece dia a dia, com a desvalorização da moeda, sem ter meios eficazes para poder refazer um patrimônio que formou a custa de muito trabalho, muito esforço e muita renúncia, e que o vê ir minguando, dia a dia, até desaparecer.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSIO, Giulio — **La Rivalutazione della Lira**. Società Editrice Libreria, Napoli, 1926.
- BELZILE, Bertrand et alii — **Inflation, Indexation et Conflits Sociaux**. Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1975.
- BEQUIGNON, Ch. **La Dette de Monnaie Etrangère**. E. de Boccard Editeur, Paris, 1925.
- BRACCIANTI — **Degli Effetti della Eccessiva Onerosità Sopraveniente nei Contratti**. Giuffrè, Milano, 1947.
- BULHÕES, Octávio — "Efeitos da Correção Monetária", **Jornal do Brasil**, Rio, 17-9-70.
- CAETANO Marcelo — **A Depreciação da Moeda depois da Guerra** (Dissertação). Coimbra Editora, Coimbra, 1931.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa — **Obrigações de Pagamento em Dinheiro** (Aspectos da Correção Monetária). Editora Jurídica e Universitária Ltda., São Paulo, 1971.
- CAMPOS, Francisco — **Revisão dos Contratos. Teoria da Imprevisão** (Pareceres de Direito Civil). Editora Freitas Bastos, Rio, 1956.
- CARVALHO, Edson de — **A Inconstitucionalidade da Correção Monetária dos Débitos Fiscais**. ITN Editora, 1977.
- CARVALHO PINTO, C. A. de — **A Cláusula-Ouro nas Concessões de Serviço Público**. Oficinas Gráficas da Municipalidade de São Paulo, 1943.
- CEZAR, Nirceu da Cruz — **Escala Móvel de Salários**. Serviço de Estatística da Previdência e do Trabalho (SEPT), Rio, 1957.
- CHACEL, Jean et alii — **Correção Monetária**. APEC Ed., s/d.
- COLOMER, A. — **L'Instabilité Monétaire et les Régimes Matrimoniaux**. Lib. Rousseau, Paris, 1955.
- CORREÇÃO MONETÁRIA — **Jurisprudência Brasileira**. Juruá Ed., 1977.
- DOUGET, Jean Paul — **L'Indexation**. Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965.
- EL DERECHO ANTE LA INFLACION — Primer Congreso Nacional de Abogados Chilenos. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1955.
- ESTELLITA, Guilherme — "Da licitude da cláusula "valor-ouro" no Direito brasileiro", **Sentença**. Oficinas Gráficas do Jornal do Comércio, Rio, 1932.
- FALCÃO, Amílcar — "Correção monetária", **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 1, pág. 63.
- FERREIRA, Waldemar — **A Cláusula de Pagamento em Ouro nos Serviços Públicos Concedidos e a Revisão de suas tarifas**. Max Limonad, São Paulo, 1956.
- GARRIDO Y COMAS, J. J. — **La Depreciación Monetaria y el Seguro**. Ed. Bosch, Barcelona, 1955.
- GENY, F. — "La validité juridique de la clause "payable en or", **Recueil Sirey**. Paris, 1926.
- GIERSCH H. — **Essays on Inflation and Indexation**. American Enterprise Inst. for Public Policy Research, 1974.
- GIL, Otto — **Relações Públicas e Correção Monetária**. SP, 1970.
- — **A Correção Monetária na Atual Elaboração Legislativa**. Rio, 1967.
- GIUSTINIANI, G. **Le Commerce et l'Industrie devant la Dépréciation et la Stabilisation Monétaire**. Lib. Félix Alcan, Paris, 1927.
- GOMES, Orlando — "Influência da inflação nos contratos", **Digesto Econômico**, nº 169, 1963.
- GONÇALVES, Zanonl de Quadros — **O Juiz e a Correção Monetária**. *Ajuris*, nº 4, fls. 38.

- GOZDAWA e GODLEWSKI — *L'Incidence des Variations de Prix sur le Montant des Dommages-Intérêts*. Lib. Sirey, 1955.
- GUEIROS, Nehemias — *A Justiça Comutativa no Direito das Obrigações*. Oficinas Gráficas do Jornal do Comércio, Recife, 1940.
- HILDENFINGER, G. — *De la Validité des Clauses Tendant à Parer, dans les Contrats, aux Inconvénients de l'Instabilité Monétaire*. Paris, 1926.
- LACERDA, Gaetano — *Correção Monetária e Discrição dos Tribunais*. *Ajuris*, nº 4.
- MARTINS, Pedro Batista — *Cláusula-Ouro*. Oficinas do Jornal do Comércio, Rio, 1943.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de e GANDRA, Ives — *A Correção Monetária de Débitos Fiscais*. Ed. Resenha Tributária de 1976.
- MOSCO, Luigi — *Gli Effetti Giuridici della Svalutazione Monetaria*. Giuffrè, Milano, 1948.
- NESS JR., Walter L. — *A Influência da Correção Monetária no Sistema Financeiro*. IBMEC, 1977.
- OLIVEIRA, José Bandeira de — *Considerações sobre a Moeda e as Variações de seu Valor (Dissertação)*. Recife, 1936.
- ONODY, Oliver — *A Inflação Brasileira*. Ed. do Autor, Rio, 1960.
- PEDAMON, Michel — *La Réforme Monétaire de 1948 en Allemagne et le Droit des Obligations*. Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1956.
- PINTO FERREIRA — *A Inflação*. José Konfino Editor, Rio, 1967.
- REIS VELLOSO — "A taxa de inflação", *Correio da Manhã*, Rio, 29-8-70.
- REPRESAS, F. A. Trigo — "El derecho y las alteraciones monetarias", in *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata* — Vol. XIX — págs. 7-226.
- SANTOS, Gildo dos — "As sentenças judiciais e a correção monetária", *Tribuna da Justiça*, São Paulo, 29-7-70.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo — "A correção nas dívidas", *O Globo*, Rio, 13-7-70.
- SCADUTO, G. — *I Debiti Pecuniarî e il Deprezzamento Monetario*. Ed. Vallardi, Milano, 1924.
- SCHOO, Alberto — *La Cláusula-Oro*. Editorial La Facultad, Buenos Aires.
- TRASBOT, A. — *La Dévaluation Monétaire et les Contrats en Droit Privé*. 1950.
- VALLADÃO, Haroldo — *Dívidas em Moedas Estrangeira*. Oficinas do Diário da Manhã, Recife, 1941.
- VASSEUR — *L'Influence des Variations Monétaires en Matière de Contrats de Prêt et de Rentes Viagères*. Paris, 1950.
- VILLELA, João Batista — *Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Coleção Hereditária*. Imprensa da Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1964.
- VOIRIN, P. — *Du Sort du Contrat Contenant une Clause "Payable en Or" ou "Valeur-Or"*. Lib. Gén. de Droit et Jurisprudence, Paris, 1926.
- WALD, Arno'do — *Aplicação das Dívidas de Valor às Pensões Decorrentes de Ato Ilícito*.
- — *A Cláusula de Escala Móvel*. 2ª ed., 1959.
- — "A correção monetária no pagamento dos empreiteiros", in *Arquivos do Ministério da Justiça*. Vol. 109, pág. 11.
- WALSH, C. M. — "Index numbers", *Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. IV, pág. 658.
- WENDY, Lillian Gurfinkel de — *Depreciación Monetaria*. Depalma, Buenos Aires, 1976.

Direitos e deveres do autor e do editor de obra literária

Prof. ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

- 1 — Reprodução e edição
- 2 — Contrato de edição gráfica. Conceito, importância e objeto
- 3 — Natureza. Partes intervenientes
- 4 — Obrigações do autor
- 5 — Direitos do autor
- 6 — Direitos do editor
- 7 — Deveres do editor
- 8 — Formalidades
- 9 — Duração e fim do contrato
- 10 — Edições peculiares: a de obras musicais e outras
Bibliografia

1. Reprodução e edição

Constituem, no conceito de ALAIN LE TARNEC, “uma das prerrogativas do direito de autor, absoluta, exclusiva, geral e alienável, em virtude da qual o autor ou seus sub-rogados em direito, após sua morte, ou seu cessionário, gozam com exclusividade, durante um tempo determinado, da faculdade de autorizar ou de recusar a reprodução ou a edição sob uma forma qualquer, da obra literária ou artística”.

Atribuindo aos autores de obras literárias, científicas e artísticas o direito exclusivo de utilizá-las, transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar, o art. 153, § 25, da Constituição Federal, indica o fundamento

do direito de autor, reservando ao criador da obra o direito de utilizá-la sob qualquer das modalidades possíveis, e colocando, conseqüentemente, sob a dependência de sua autorização prévia a utilização por terceiros. Quem não tomar a cautela de se munir previamente da necessária licença, por meio de contrato adequado, para de qualquer forma tirar proveito econômico da obra alheia incorrerá, portanto, não somente nas sanções civis, destacadamente a responsabilidade por perdas e danos, como, freqüentemente, nas sanções criminais, uma vez que, em sua fórmula, "violar direito de autor de obra literária, científica ou artística", o art. 184 abrange todas as possíveis modalidades.

Reprodução é gênero e, pois, termo mais amplo do que **edição**, que é espécie. Caracteriza-a o art. 28 da lei francesa de 11-3-1937 pela "fixação material da obra por todos os processos que permitem comunicá-la ao público de uma maneira indireta. Pode efetuar-se notadamente por impressão, desenho, gravura, fotografia, moldagem e qualquer processo das artes gráficas e plásticas, gravação mecânica, cinematográfica ou magnética, consistindo, para as obras de arquitetura, na execução repetida de um plano ou projeto tipo".

Define-a o art. 4º, IV, da Lei nº 5.988 como "a cópia de obra literária, científica ou artística, bem como de fonograma".

A reprodução em um só exemplar de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro, autorizada pelo art. 49, nº II, da Lei nº 5.988, corresponde à hipótese que o Código Civil previa no art. 666, nº VI. Mas apresenta uma diferença fundamental ao eliminar a referência ao fato da cópia ter de ser feita à mão. Os métodos fotostáticos de multiplicação por xerox e similares envolvem o delicado problema da reprografia, exigindo um reexame. Pois, se reconhecermos a todo o mundo o direito de reproduzir, embora só para si, embora num só exemplar, cópias das passagens fundamentais das mais preciosas e das mais reputadas poderão ser obtidas a preços irrisórios, repercutindo, evidentemente, no valor do original, e estancando parte fundamental dos proventos a que o autor, e, com ele, o editor, aspiram com toda legitimidade.

Com efeito, de acordo com jurisprudência constante, a reprodução mesmo de um só exemplar estabelece contrafação. Não é, portanto, necessário que haja edição no sentido próprio da palavra, quer dizer, reprodução em número de exemplares suficientes para satisfazer as necessidades do público, não podendo este resultado ser obtido a não ser pela multiplicação ou pela multiplicidade das cópias. O que ocorre com respeito ao livro, verifica-se também no tocante ao disco, à fotografia de uma obra de arte etc.

O Código Civil pátrio ocupava-se da matéria apenas para especificar os casos que o art. 666 não considerava ofensa aos direitos de autor, que passaram, mas nem todos, para o art. 49 da Lei nº 5.988.

Assim, o nº VIII, utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova, não encontrou guarida no art. 49 da nova lei, ao contrário do que aconteceu com o nº IX, que veio a ser o nº I, letra e,

relativo a obras de arte existentes em logradouros públicos, e o nº X, que ficou subordinado à redação da letra f: "de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros".

Observa ALAIN LE TARNEC que a jurisprudência apresenta uma linha bastante hesitante no que diz respeito a **reprodução e cópias**, o que decorre do fato das soluções dependerem, muitas vezes, das diferentes espécies. A proteção é concedida aos autores das cópias que façam prova de originalidade, e recusada no caso de cópias servis que, por definição, estão desprovidas de originalidade. É ainda denegada em casos de moldagem, de cópia grosseira, de reprodução mecânica de uma obra de escultura. Por outro lado, a redução feita a mão obtém a garantia da proteção.

A imitação do gênero, do estilo, do feito, da maneira de um artista não deve ser assimilada à cópia servil.

ROBERT PLAISANT adita que as reproduções de imagens religiosas, representando tipos legendários ou hierárquicos, são obrigadas a seguir certos dados convencionais, mas, com exclusão de suas partes comuns, tomadas no domínio público, as representações de um mesmo tipo **são suscetíveis de direitos do modelo cuja imagem é reproduzida**.

O direito de reproduzir estava consignado no art. 649 do Código Civil, que o Projeto BARBOSA-CHAVES procurou definir melhor, declarando, no art. 20, ser o de "fabricar exemplares da obra, por qualquer meio de fixação material, que permita a sua comunicação ao público de maneira indireta".

Limita-se no entanto o art. 29 da Lei nº 5.988 a dizer genericamente caber ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor da sua obra.

Direito de reprodução é o que tem o titular de uma obra de retirá-la de sua esfera de influência pessoal, para torná-la, através da multiplicação em exemplares, por meios mecânicos ou químicos, acessível ao público, por sua própria iniciativa, ou valendo-se, como é mais comum, da intermediação de algum profissional especializado.

Embora tenha o autor o arbítrio, até mesmo mediante ato de última vontade, de impedir a divulgação da sua obra, seu interesse fundamental consiste em comunicá-la, pois, enquanto isso não ocorrer, ela *praticamente* não existe para a coletividade.

É por essa razão que entre todos os direitos e faculdades que constituem o direito de autor, avulta em importância o relativo à reprodução da obra por todas as formas possíveis.

No conceito de reprodução está incluído o conjunto das possibilidades que a técnica oferece para a realização desse objetivo, tanto pelo sentido da vista, como pelo ouvido, separada ou conjuntamente, ou ainda, em se tratando do sistema Braille, de leitura para cegos, pelo tato; seja de maneira idêntica, em se tratando de desenhos ou pinturas (de tal forma que

às vezes torna-se difícil distinguir a cópia do original em certas litografias perfeitas), seja de maneira diferente: reprodução de um quadro a óleo em cores outras, ou em branco e preto; do mesmo tamanho ou em tamanho diferente, etc.

A representação **ótica** verifica-se pela multiplicação, por meios mecânicos ou químicos, do trabalho literário, científico ou artístico, por meio de edições gráficas, da mimeografia, da fotocópia, da fotografia; das obras de arte figurativa, por via de decalques, moldagens e gravuras; de paisagens, vistas, monumentos, pessoas, animais e coisas de toda natureza, pela fotografia, pela projeção de filmes mudos; a acústica, pela gravação das obras orais, das literárias, musicais, das recitações, execuções, representações, inclusive as destinadas a serem transmitidas pela radiodifusão ou pela televisão.

A reprodução pelos dois sentidos combinados, nos filmes sonoros e nos **video tapes**.

Nos casos dos fonogramas e das obras cinematográficas, a utilização da obra opera-se por duas formas diferentes: em primeiro lugar, uma reprodução; em seguida uma execução, exigindo, pois, duas autorizações, e, se for o caso, uma dupla retribuição.

A reprodução tanto pode ocorrer diretamente de um manuscrito ou de uma obra plástica original (edição gráfica), como indiretamente através de uma cópia obtida do original (edição gramofônica, **video, tapes, cassettes e video tapes**).

Nos contratos sem prazo, na hipótese de cessão total, gozará o editor do contrato durante o prazo de duração da propriedade, na conformidade da lei em vigor. Na hipótese de cessão parcial, sem que haja sido especificada a respectiva duração, poderá o contrato ser denunciado a qualquer momento, por qualquer das partes.

O contrato por duração determinada finda automaticamente.

É muito grande a importância da indústria editorial em nosso País, em que, no entanto deveria ser muito mais desenvolvida.

Segundo dados divulgados à imprensa pelo Sindicato Nacional dos Editores de Livro do Rio de Janeiro, publicados em fins de 1976, referentes ao ano de 1974, a indústria editorial brasileira produziu 191,7 milhões de exemplares naquele exercício: dentre eles, 153 milhões de exemplares com faturamento de 2.579,4 milhões de cruzeiros.

Para uma tiragem de 149 milhões de exemplares, que tiveram seus custos divulgados, o gasto com papel foi de 271 milhões de cruzeiros.

Ainda em 1974, "foram pagos por direitos autorais 88,3 milhões de cruzeiros, por editoras que produziram 135 milhões de exemplares e cujo faturamento chegou a 1.449 milhões de cruzeiros, montante que não inclui a retribuição relativa aos verbetes de enciclopédias, dicionários etc., cujo **quantum** é em geral computado como "prestação de serviços" e não como

“direitos autorais”, nem as editoras para as quais os direitos são doados (religiosas etc.), além das que nada informaram.

Mas a importância dos livros não se mede em cifras e em números. Muito mais importante do que o continente é o conteúdo, não só em termos individuais, de cultura, de conhecimento, de valor, mesmo em termos nacionais.

Por isso é que disse JOHNSON que a principal glória de um povo depende de seus autores, e advertiu AFRÂNIO PEIXOTO “foi o livro que pôs termo à Idade Média”.

“Agradecido seja Deus pelos livros” — foi o brado que surgiu do fundo da alma de CHANNING. “Eles são a voz dos longínquos e dos mortos, e nos tornam herdeiros da vida espiritual dos séculos passados”.

É o sentido dos versos imortais de CASTRO ALVES:

“O livro caindo n’alma
é germe — que faz a palma,
é chuva — que faz o mar.”

Em comemoração ao 40º aniversário do Instituto Nacional do Livro cuja obra exalçou em memorável discurso publicado no **DCN**, II, de 3-12-1977, teve oportunidade de encarecer o Senador LOURIVAL BAPTISTA:

“Já se disse que as novas gerações são “as gerações sem palavra”, tal a sua negligência no falar, no escrever, no ato de comunicar-se. E isto nos inquieta a todos nós, pois a língua é uma das estruturas de qualquer sociedade humana — talvez a sua alma. Ora, tal fato decorre, sobretudo, da perda do hábito da leitura, que está preocupando todos os países. Eis por que há, hoje, universalmente, um empenho na redescoberta do livro — do livro no sentido nobre da palavra, como produto da criação intelectual e força de plasmação ética da personalidade humana. Em todas as nações, com a assistência da UNESCO, estão-se desenvolvendo, hoje, programas para o reencontro com o livro, a partir da criança, pois está comprovado que, depois dos 30 anos, só em 4% dos casos o homem adquire o hábito da leitura.”

2. Contrato de edição gráfica. Conceito, importância e objeto

Do latim *editio, editionis*, significando parto, dar à luz, dar espetáculos, exibição, publicação de livros, firmou-se neste último sentido, evoluindo, todavia, para abranger não apenas a multiplicação da obra mas também a sua disseminação entre o público.

Embora nada impeça que o próprio autor venha a editar a obra, fato bastante comum com os cancioneiros populares do Nordeste, onde os autores de “literatura de cordel” costumam, além de redigir suas composições, desenhar, gravar, fazer os “clichês” e imprimir os seus trabalhos — assim como pode custear, em parte ou totalmente, a edição — nem uma nem

outra hipótese caracterizam o contrato de edição, que é típico, uma **autorização**, pela qual concede ao empresário, justamente o **editor**, a realização da incumbência.

O conceito de edição admite dois sentidos.

No amplo, tomado como sinônimo de multiplicação, inclui não apenas as obras literárias, artísticas e científicas, como a multiplicação das obras orais ou musicais em discos, fitas, **tapes** etc., para finalidades comerciais e até mesmo a fixação de filmes cinematográficos em cópias múltiplas, para distribuição no mercado nacional ou internacional.

No sentido restrito, que é o próprio, cinge-se à multiplicação, pela imprensa e similares, das obras literárias, científicas e artísticas, e à sua divulgação.

Objeto do contrato de edição só pode ser, como a expressão está indicando, a multiplicação por qualquer processo técnico (tipografia, linotipia, litografia, fotocópia, xerox, **offset** etc.), para fins de divulgação ao público, da obra científica, literária ou artística.

“O contrato de edição” — define JEAN RAULT — “é o contrato pelo qual o autor de uma obra literária ou artística confere a um editor o direito exclusivo de reproduzir a obra numa forma e mediante processos técnicos determinados, num número ilimitado ou fixo de exemplares que se tornam sua propriedade, com o encargo por parte do editor de proceder à reprodução mediante a fixação uniforme, material e duradoura da obra e de difundir, junto ao público, os exemplares assim mecanicamente obtidos”.

Ou, segundo CLOVIS BEVILAQUA em “é aquele que o autor entrega uma produção sua, científica, literária ou artística, ao editor, para que este a reproduza por um processo mecânico, a espalhe pelo público, a explore”.

O contrato de edição é regulado pelos arts. 1.346 a 1.358 do Código Civil, e 57-72 da Lei 5.988.

O primeiro daqueles na redação que recebeu no primeiro destes: “Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir mecanicamente e a divulgar a obra literária, artística ou científica, que o autor lhe confia, adquire o direito exclusivo de publicá-la e explorá-la.”

Ocorreu, no entanto, a eliminação à referência à obra industrial, matéria de alçada do Código de Propriedade Industrial.

A reprodução material da obra, como também lembra DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, pode ser feita por várias formas, sendo a gráfica a mais antiga. Esta, por sua vez, compreende diversos processos: tipográficos, litográfico, **offset**, fotográfico, mimeográfico etc., que variam segundo o material a ser reproduzido: escritos, desenhos, pinturas, retratos, mapas, álbuns de música:

“Com exceção da edição gráfica musical, e de peças de teatro, todos os outros processos de edição encerram-se com a publicação

da obra. Publicado o livro, o álbum de gravuras ou de pinturas, os exemplares são postos à disposição do público que adquire, sob certas condições, o direito de apreciá-los. Nada mais têm a reclamar ou reivindicar autores ou editores.

A edição gráfica musical consiste na reprodução dos símbolos musicais que compõem a obra, em múltiplos exemplares, e "se destina à realização sonora por meio de instrumentos musicais acionados pelo homem, ou da voz humana", conforme assinala VICENTE BOBBIO. Publicada a edição gráfica e posta à venda, o comprador adquire tão-somente o direito ao uso privado do exemplar, e não o direito a usar a obra em todas as modalidades de reprodução. O direito de execução da obra musical permanece com o autor da música. E isso se explica pelo fato de constituir a edição gráfica apenas um processo intermediário da realização sonora da obra."

Mas esse contrato de edição que, até há pouco tempo, mesmo ver-sando obras de arte plástica, apresentava-se de uma simplicidade linear, tornou-se mais complicado quando o progresso da técnica veio possibilitar a associação ao elemento visual, de outro, auditivo, por meio de **cassettes**, **tapes**, "discos", **video-tapes**, obrigando então à verificação de qual dos dois elementos prevalece em importância: o texto impresso, em forma de livro ou folheto, do qual o auditivo é mero complemento, caracterizando, sem dúvida, a edição, ou a hipótese inversa, caso que assinala contrato análogo, mas específico: o de gravação.

Os casos duvidosos, só pela interpretação do contrato ou por sentença judicial, poderão ser solucionados.

3. **Natureza. Partes intervenientes**

CLÓVIS BEVILAQUA e J. X. CARVALHO SANTOS, comentando o art. 1.346 do Código Civil, do fato de adquirir o editor o direito de publicar a obra literária, artística ou científica, que o autor lhe confia, deduzem que lhe foram cedidos os direitos autorais, pois explorar a obra significaria, praticamente, tornar-se titular da mesma.

Faz ver, no entanto, PEDRO VICENTE BOBBIO não ser possível tomar o termo "explorá-la" em sentido tão amplo e absoluto. O art. 1.346 deve ser entendido em função dos demais dispositivos, bem como dos princípios gerais sobre o direito de autor que defluem dos arts. 649-673: o contrato de edição confere ao editor única e exclusivamente o direito de realizar a publicação e explorar a publicação, não a obra. Não há, no contrato de edição propriamente dito, nenhuma cessão de direito de autor, a não ser que o próprio contrato o estipule expressamente.

A lei francesa consigna a diferença entre o contrato de edição e outros que com ele poderiam ser confundidos: por conta do autor (art. 49), a meia (art. 50), critério discriminatório esse seguido pelo Projeto BARBOSA-CHAVES, arts. 68 e 69, não porém pelo citado art. 57 da Lei nº 5.988.

Qual será a natureza jurídica do contrato de edição?

Afasta-se das características de todos os demais contratos.

Não é **venda**: o autor cede somente um direito de aproveitamento. Mais: o editor tem a obrigação de publicar, e não pode introduzir qualquer modificação no texto, sem o consentimento do titular. Será **arrendamento**? Também não: não se admite locação de um atributo da personalidade. Será assimilável a um **contrato de trabalho**? Só eventualmente, caso o autor seja empregado, assalariado, ou realize obra sob comissão, casos isolados que não podem ser generalizados. Também não é **contrato de sociedade**: falta-lhe, em geral, a **affectio societatis**, a repartição dos benefícios, e a propriedade das contribuições respectivas.

Será **mandato**? É verdade que o autor encarrega o editor da exploração econômica da obra, da sua difusão e venda. Mas o mandato civil é gratuito e, só por exceção, oneroso: o contrato de edição é normalmente retribuído.

Bem se percebe que tem razão INÁCIO DE CASSO Y ROMERO, no **Dicionário Labor** ao afirmar tratar-se de um contrato nominado, com características próprias, integrado pela existência de dois elementos essenciais: o moral ou intelectual, e o econômico. Tão logo se aperfeiçoa um convênio editorial, os dois elementos ficam dissociados, retendo o autor todas as prerrogativas de natureza moral, enquanto que ao editor cabe o direito exclusivo do aproveitamento pecuniário, em troca do pagamento desses direitos.

Intervêm no contrato de edição, de um lado, os seus cessionários, quando hajam alienado os seus direitos, ou, ainda, após a sua morte, seus herdeiros necessários ou testamentários, e de outro, a empresa editora.

O caso de cessão **inter vivos** não apresenta dificuldade: somente os cessionários é que serão procurados pelo editor.

A dificuldade maior ocorrerá na sucessão **mortis causa**. Varia, nos diferentes países, o sistema da regulamentação do direito hereditário. Alguns países preferem estabelecer um prazo fixo, calculado de tal forma que alcance largamente um período correspondente à vida provável do autor.

A maioria estabelece um prazo móvel compreendendo um determinado número de anos de proteção em favor da família, depois da morte do autor, caindo finalmente a obra no domínio público, o que possibilita a qualquer do povo multiplicá-la industrialmente sem ter que pagar qualquer retribuição.

É o sistema da lei pátria, que, depois de indicar que os direitos patrimoniais do autor perduram por toda a sua vida, acrescenta que os filhos, os pais, ou o cônjuge, gozarão vitaliciamente desses direitos que lhe forem transmitidos por sucessão **mortis causa**, e os demais, pelo período de ses-

senta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao do seu falecimento (art. 42 e seus parágrafos).

Quais serão esses demais parentes? Indica-os o art. 47, dizendo que, "para os efeitos desta Lei consideram-se sucessores do autor seus herdeiros até o segundo grau, na linha reta ou colateral, bem como o cônjuge, os legatários e cessionários".

Aparentemente, portanto, teríamos dois grupos de sucessores.

Mas, na verdade, podemos distinguir pelo menos cinco espécies principais de titulares:

- a) o próprio autor, durante a sua vida, dos direitos que não haja cedido;
- b) seus cessionários, a quem tenha transmitido, no todo ou em parte, as suas prerrogativas;
- c) com o seu falecimento, os filhos, os pais, ou o cônjuge, vitaliciamente, sucessivamente;
- d) na falta dos mesmos, os netos, avós e irmãos;
- e) seus legatários, isto é, os beneficiados por testamento, como sucessores, a título particular ou a título universal.

Mas, além desses casos, existem prazos específicos para:

- a obra realizada em colaboração, de natureza indivisível: os prazos, previstos nos parágrafos 1º e 2º do art. 42, contar-se-ão da morte do último dos colaboradores sobreviventes, ao qual se acrescerão os direitos do colaborador que falecer sem sucessores (art. 43 e seu parágrafo);
- as obras anônimas ou pseudônimas (quando o autor não se der a conhecer), caso em que, não sendo possível computar qualquer prazo, fixa a lei 60 anos, contados de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação;
- as obras encomendadas pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal são protegidas apenas por 15 anos, a contar, respectivamente, da publicação, ou da reedição.

Nada justifica, semelhante restrição, que ocasiona evidente prejuízo ao autor de obra encomendada, que não terá possibilidade de beneficiar-se das vantagens de uma segunda edição, não compreendida no contrato.

Tomam parte no contrato editorial, evidentemente, de um lado, o autor ou os autores, de outro, o editor, editores, por si, ou eventualmente, mediante convênio com entidades financiadoras.

É manifestamente errônea a definição que o art. 4º, nº IX, da lei dá do editor: "pessoa física ou jurídica que adquire o direito exclusivo de re-

produção gráfica da obra”, pois não leva em conta que a reprodução gráfica pode operar-se através de edições ou tiragens sucessivas. Se o direito fosse exclusivo, o contrato seria de compra, de cessão de direitos autorais etc., não de edição. Cedendo ao editor um número ilimitado de edições, de uma vez, o autor perderia o direito de se opor a novas edições.

Mas o fato é que, ao contrário, como não escapou a ALFREDO DE GREGÓRIO, permanecem com o autor as faculdades não contidas no direito de edição por ele alienado ou por outra forma não transmitidas, por meio de uma específica determinação contratual.

4. Obrigações do autor

- a) Obrigação genérica será a de **entregar a obra nas condições estipuladas**, e de forma a não criar embaraços ou obstáculos à sua multiplicação e difusão, à sua execução ou representação.

Trata-se, assinala VALERIO DE SANCTIS, da substancial correspondência da obra no seu conteúdo ao contrato concluído com o editor, da sua entrega nos termos e nas condições estabelecidas, concretizada num suporte material manuscrito ou de outra espécie, idôneo à reprodução da própria obra por meio da imprensa.

- b) **Corrigir e rever as provas**, é algo mais do que um direito do autor.

O Projeto BARBOSA-CHAVES, art. 78, considerava-o como um verdadeiro dever, ressaltando porém correr por conta do mesmo qualquer alteração que não seja simples correção de erros tipográficos ou defluentes de não observância do original, aditando o parágrafo que, se os originais forem entregues em desconformidade com o ajustado, entende-se que houve aceitação das alterações introduzidas pelo autor, se o editor não as recusar, nos 30 dias seguintes ao recebimento.

A Lei nº 5.988 desdobra a matéria em dois dispositivos, que, no entanto, bem analisados, confirmam que o critério mais simples e mais racional era aquele. São:

“Art. 71 — Tem direito o autor a fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe parecer; mas, se elas impuserem gastos extraordinários ao editor, a este caberá indenização.

Parágrafo único — O editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, ofendam a reputação ou aumentem a responsabilidade.

Art. 72 — Se, em virtude de sua natureza, for necessária a atualização da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição.”

- c) **Não dispor da obra, no todo ou em parte**, arts. 1.349 do Código Civil, e 69 da lei, ou melhor, não dispor do direito de edição da obra, com ressalva do disposto nos arts. respectivamente 666 e 49, enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor.

Qual será a finalidade do dispositivo? Evitar que o editor sofra os percalços de uma concorrência estabelecida pelo próprio autor.

E se o autor desobedecer ao preceito? Aplicar-se-á o disposto no parágrafo único do referido art. 69: "na vigência do contrato de edição, assiste ao editor o direito de exigir que se retire de circulação edição da mesma obra feita por outrem".

- d) Deve ainda o autor **colocar o editor em condições de exercer os seus direitos sem qualquer turbação** decorrente de ato do próprio autor.

É um desdobramento da mesma idéia, que se encontra corporificada no Projeto FREITAS NOBRE, art. 75, que articula também a determinação de abster-se de qualquer ato que possa estabelecer concorrência com a obra que entregou ao editor (art. 74).

PIOLA CASELLI distingue o caso de reprodução da mesma obra em idêntica forma representativa, do caso de reprodução sob forma representativa diferente.

No primeiro caso, haverá violação do contrato de edição enquanto os efeitos deste contrato permanecem em vigor. Mas ainda que deixe de ter efeito, deverá o autor esperar, antes de publicar uma outra obra semelhante, que as edições autorizadas tenham sido levadas a efeito ou vendidas pelo ex-editor? Não, se estiver vencido o termo do contrato: o editor podia e devia publicar a edição num espaço de tempo determinado e suficiente, antes de vencido o prazo, de modo a esgotar a edição. No caso, ao contrário, de um contrato **por edição**, deve dar ao editor o tempo para esgotá-la, ressalvado ao autor o direito de pedir à autoridade judiciária a fixação de um prazo razoável, a fim de que a edição fique exaurida.

5. Direitos do autor

Tem o autor dois direitos fundamentais, que, no entanto, não exigem aqui maior digressão, pois, evidentemente, se entrou em negociações com o editor, já tomou a decisão de publicar a obra.

O primeiro é o **direito de inédito**, de não admitir seja ela publicada, ainda que não se encontre na posse do manuscrito, ou da gravação etc.

Corolário desta faculdade é a de ter o autor o direito de destruir sua obra, antes de publicada.

O art. 77 da Lei nº 5.988, dando maior amplitude ao art. 1.362 do Código Civil, mas, assim mesmo, cuidando apenas da representação ou execução, não admite que, *sem licença do autor*, possa o empresário comunicar o manuscrito da obra a pessoa estranha às mesmas.

O segundo é o direito de publicar a obra. Concluído seu trabalho literário, científico ou artístico, confiando-o ao editor, que, na terminologia do art. 57, se obriga a reproduzi-lo mecanicamente e a divulgá-lo, com exclusividade, sai a obra intelectual do domínio exclusivo do seu criador para entrar no comércio, uma vez realizada a operação, ficando à disposição dos eventuais adquirentes.

Tão logo pago o preço, a propriedade dos exemplares, que é do editor em sua maior parte, transfere-se aos compradores das unidades, e, à medida que a operação vai se esgotando, diluem-se as prerrogativas que o autor podia exercer sobre a sua obra, para assumirem outras características: dizem respeito à vigilância no sentido de que outrem não possa retirar vantagens patrimoniais ou mesmo morais do produto da sua operosidade.

Essa a razão por que tem importância fundamental a exata determinação do momento em que a obra passa, pela publicação, a existir juridicamente para a coletividade.

Se não foi certamente a primeira forma de comunicação, pois antes da invenção da imprensa, os oradores, os professores, os atores representando desde datas imemorais, os menestréis transmitindo oralmente suas produções, desempenhavam essa função, é certamente a primeira modalidade de comercialização de uma obra intelectual em grande escala, que somente GUTENBERG tornou possível, e é a mais estudada e legislada, servindo seus princípios para a regulamentação das demais modalidades de divulgação de outras obras intelectuais.

Distingue a doutrina, no ato de publicação, dois elementos diferentes, um subjetivo, outro objetivo, que se conjugam na concretização da determinação do titular do direito, que só a ele cabe, de levar a obra à disposição do público.

Algumas legislações estabelecem prazo dentro do qual o editor deve publicar o trabalho, a cuja expiração o autor terá possibilidade de revogar o contrato e intentar ação de perdas e danos. A hipótese estava prevista para o caso de uma segunda edição pelo art. 1.352 do Código Civil, que, com alterações, passou para o art. 70 da Lei nº 5.988:

“Se, esgotada a última edição, o editor, com direito a outra, a não publicar, poderá o autor intimá-lo judicialmente a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito, além de responder pelos danos.”

O primeiro dos direitos patrimoniais será, evidentemente, o de receber a retribuição ajustada. A matéria era minuciosamente regulada no Projeto BARBOSA-CHAVES, art. 83, que propunha, quando fosse estipulada em quantia global, que a remuneração só pudesse ser considerada relativa à primeira tiragem, ainda que houvesse autorização para outras subseqüentes, e seria exigível, salvo convenção em contrário, logo após a colocação

de qualquer exemplar da tiragem no comércio. Antes do lançamento de cada uma das tiragens seguintes deveria ser convenionada a remuneração do autor, e, na falta de acordo, qualquer das partes poderia rescindir o contrato.

Quando efetuada em participação sobre o preço de venda do exemplar ao público, não poderia a remuneração ser inferior a 12% nas edições gráficas e semelhantes, e 6% nas fonográficas. Nas reproduções que reunissem diversas obras em cada exemplar, a percentagem seria dividida entre os autores proporcionalmente à contribuição de cada um. Nas traduções e versões autorizadas, o autor da obra originária teria direito a uma remuneração correspondente pelo menos a metade do que for pago ao tradutor ou adaptador.

Aditavam os últimos parágrafos 6º e 7º do art. 83:

Nos contratos que tenham por objeto, além da cessão exclusiva de direitos para reprodução, a cessão de outros direitos exclusivos previstos no mesmo Projeto, e nos contratos de edição que no mesmo ou em instrumento diverso, relativos à mesma obra, ceda o autor outros dos seus direitos exclusivos, a sua participação mínima da utilização seria de 30% e, nas edições fonográficas e semelhantes, de 20% sobre o preço da venda do exemplar ao público.

Se, em virtude de qualquer circunstância, no contrato, ou ao tempo do contrato, surgissem dúvidas quanto à retribuição para o trabalho do autor, seria ela fixada por arbitramento pelo CNDA, atendidas as disposições do mesmo Projeto.

Pelo art. 1.353 do Código Civil, caso não haja sido estipulada no contrato ou ao tempo do contrato, a retribuição será determinada por arbitramento, critério mantido pelo art. 60 da Lei nº 5.988, que manda, no entanto, seja ele procedido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

Não é bastante, porém, que seja determinada a retribuição: é necessário, ainda, **que o seu pagamento seja efetuado no momento oportuno.**

Por isso, o Projeto FREITAS NOBRE, art. 72, propunha: o direito material do autor, não havendo convenção especial em contrário, considerar-se-á exigível logo após a conclusão da edição, salvo se a forma de retribuição adotada tornasse o seu pagamento dependente de circunstâncias ulteriores, como a colocação total ou parcial dos exemplares editados.

Tem ainda o autor o direito de aprovar a **apresentação gráfica do trabalho**, fazendo, nas edições sucessivas, as emendas e alterações que bem entender, com direito a indenização do editor se elas impuserem gastos extraordinários.

Se ao editor compete o direito de fixar o preço de venda, cabe ao autor **exigir que o preço figure em cada exemplar** de sua obra. Tem ainda o autor

direito de obter um número de exemplares gratuitos para distribuição particular.

Caso haja demora por parte do editor em devolver as provas, além do tempo normal, admite o art. 86 do Projeto FREITAS NOBRE notificação ao editor para que **lhe forneça ou restitua as provas**. Uma vez **esgotadas as edições** a que tem direito o editor, **pode o autor dispor da obra**, como se deduz dos arts. 1.349 do Código Civil e 59 da lei específica.

No caso de nova edição ou tiragem, não havendo acordo entre as partes sobre a maneira de exercer seus direitos, poderá o autor, como de resto o editor, **rescindir o contrato**, sem prejuízo da edição anterior (Código Civil, 1.351). Pode intimar o editor que, com direito a outra edição, uma vez esgotada a última, não a levar a efeito, a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito (1.352 e 70, respectivamente), sob pena de perdas e danos.

O direito genérico de **prestação de contas**, já examinado, é objeto dos arts. 1.354 do Código Civil, e 65 da lei. Se o autor fez ao editor cessão de direitos, não cabe ação de prestação de contas, própria das relações jurídicas de administração de patrimônio alheio. O caso é regulado pelo art. 5º do Decreto nº 4.790, de 2-1-1924: "Nos contratos de edição, sejam quais forem as condições quanto à remuneração do autor pelo editor, é este obrigado a facultar ao autor o exame da respectiva escrituração."

Tem finalmente o autor direito à **devolução dos originais** da obra que, salvo cláusula expressa, pertencem ao autor, matéria essa que passou a adquirir grande importância diante do controvertido art. 39, que garante o direito de seqüela: o autor que alienar seu manuscrito, entre outras hipóteses, passa a ter direito a participar da mais valia que a ele advier, cada vez que for novamente alienado.

6. Direitos do editor

Além dos direitos que decorrem do próprio contrato, tem o editor o de **receber a obra em condições** de ser explorada industrialmente, resguardando-se de quaisquer reivindicações ou pleitos a que não tenha dado causa.

Cumpra-lhe fixar o número de exemplares a cada edição, sem, porém, malgrado o autor, reduzir-lhe o número de modo que a obra não tenha circulação bastante, como se deduz do art. 1.355 do Código Civil.

Na conformidade do art. 59 da Lei nº 5.988, entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição.

Compete-lhe ainda **estabelecer o preço da venda**, sem todavia poder elevá-lo a ponto que embarace a circulação da mesma (arts. 1.358 do Código Civil e 63 da lei).

O Projeto FREITAS NOBRE prevê o caso da obra não poder ser colocada no prazo de cinco anos a contar da data da publicação pelo preço

estabelecido, facultando então ao editor **vender em saldo ou a peso** os exemplares existentes, devendo porém consultar previamente o autor se deseja adquiri-los por preço fixado na base do que produziria essa venda.

Tem o direito de **notificar o autor a devolver as provas dentro do prazo certo**, sob pena de responder por perdas e danos pela demora na publicação, como propõe o art. 36 do Projeto FREITAS NÓBRE.

Nos termos do art. 124, 4ª al., da lei italiana, **no contrato a prazo tem o direito de executar o número de edições que julgue necessárias**.

Finalmente, dispõe o art. 72 da Lei nº 5.988: "se, em virtude de sua natureza, for necessária a **atualização** da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição".

7. Deveres do editor

Cumpra ao editor **devolver os originais** que lhe tenham sido confiados para exame, com resposta favorável ou não, dentro de um prazo razoável, que o Projeto BARBOSA-CHAVES propunha fosse fixado em 120 dias.

A sugestão não foi acolhida pela Lei nº 5.988 que, numa norma praticamente inócua, declara resolver-se o contrato se a partir do momento em que foi celebrado decorrerem três anos sem que o editor publique a obra (art. 68).

JEAN RAULT já observava que, em regra, um livro, uma vez remetido ao editor, não perde nenhuma das suas qualidades, se for imediatamente publicado. Mas os retardamentos aduzidos ao lançamento da obra não podem ser senão a ela prejudiciais, e, em certos casos, chegam mesmo a retirar lhe todo o interesse.

É, pois, obrigação do editor **editar ou reeditar a obra dentro do prazo convencionado**.

Nos termos do art. 65, quaisquer que sejam as condições do contrato, o editor é obrigado a **facultar ao autor o exame da escrituração** na parte, que lhe corresponde, bem como a informar sobre o estado da edição.

Acrescenta o art. 66 que, se a retribuição do autor ficar dependendo do êxito da venda, será obrigado o editor a **lhe prestar contas semestralmente**.

Nos termos do art. 1.356 do Código Civil, *entende-se que o contrato versa apenas uma edição, se o contrário não resultar expressa ou implicitamente do seu contexto*. Qual, no entanto, a **tiragem**? Limitava o art. 77 do Projeto BARBOSA-CHAVES o direito cedido a uma tiragem não superior a 10.000, em se tratando de obra gráfica. A Lei nº 5.988 fixou, no art. 61, uma base absolutamente irreal, se não mesmo antieconômica: no silêncio do contrato cada edição se constitui de 2.000 exemplares.

Mas a providência preliminar há de ser a **numeração de exemplares**, que, contraditoriamente não admitida para os discos gramofônicos, é aceita pela Lei 5.988 com relação aos livros: art. 64.

Cabe ainda ao editor a obrigação primordial, aliás, no seu próprio interesse, mais ainda do que no do autor, de **garantir à obra a sua saída e difusão** conveniente, contidas, como vimos, como parte integrante do art. 57 e como resultava do art. 1.346 do Código Civil.

Como é feita semelhante divulgação? Somente por meio de conveniente publicidade. Só é eficaz — encarece JEAN RAULT — quando alcance os indivíduos suscetíveis de terem algum interesse pela obra publicada. A forma mais simples e econômica de publicidade é a exposição em mostruários. Mas, para chamar a atenção de um público maior, é indispensável que se façam anúncios em jornais, revistas, rádio e televisão.

Finalmente, reproduzindo o art. 1.357 do Código Civil, dispõe o art. 67 da Lei 5.988 que o editor não pode fazer abreviações, adições ou modificações na obra, sem permissão do autor.

Impõe o Decreto-Lei nº 320, de 5-9-1969, a todos os editores o dever de remeter ao Instituto Nacional do Livro, no prazo de dez dias, um exemplar, sob pena de multa de cinco vezes o valor da obra.

8. Formalidades

Variam bastante nos diferentes países.

Implicando a edição na cessão parcial, prevalecem os mesmos princípios com algumas adaptações.

Pelo regime do Código Civil e legislação complementar, não havia regra alguma: daí a contratação verbal, mesmo porque o direito de autor é considerado de natureza móvel, com notórios inconvenientes.

Com o duplo objetivo de prevenir litígios e ao mesmo tempo proporcionar aos autores, principalmente novos, meios de defesa, o Projeto BARBOSA-CHAVES, art. 63, determinou se exigissem para todas as cessões, relativas à utilização do direito de autor, documento escrito, o que ficou realmente consignado no art. 53, *caput*, da Lei 5.988, cujos parágrafos, no entanto, acrescentam as exigências de que, para valer perante terceiros, seja averbada à margem do registro, e que constem do instrumento do negócio jurídico, especificamente, quais os direitos objeto da cessão, as condições de seu exercício quanto ao tempo e ao lugar e, se for a título oneroso, quanto ao preço ou retribuição.

9. Duração e fim do contrato

Por sua própria natureza, não se presta a edição, a não ser em casos especiais, a prazos indeterminados. O fim normal se dá pela execução do contrato, ou pela extinção da sua duração.

Para o contrato que não estabeleça qualquer tempo, apresentam-se duas hipóteses:

- a) **cessão total.** A convenção entre o autor e o editor pode não ter fixado a este último qualquer prazo certo. Se a cessão for total, o editor gozará do contrato durante a duração da propriedade literária, tal como ela resulta da legislação em vigor, por ocasião do contrato, a menos que cláusulas especiais prevejam extinção possível em virtude de leis ainda não promulgadas.
- b) **cessão parcial** (contrato de edição propriamente dito), e sem determinação de duração. O contrato pode ser denunciado a qualquer momento e por qualquer das partes, desde que essa denúncia não seja feita extemporaneamente e de maneira prejudicial.

Pela lei francesa, no caso de contrato por duração determinada, os direitos do cessionário se extinguem por ocasião da expiração do prazo, sem que haja necessidade de notificação.

O editor poderá proceder durante três anos depois dessa expiração ao esgotamento, à venda a preço normal dos exemplares que permaneçam em estoque, a menos que o autor não prefira adquiri-los pelo preço que será fixado por meio de peritos, à falta de acordo amigável.

Prevê ainda que o contrato de edição tenha fim independentemente dos prazos previstos pelo direito comum, quando o editor procede à destruição total dos exemplares.

A rescisão terá lugar de pleno direito quando, mediante constituição em mora por parte do autor que lhe imponha um prazo conveniente, o editor não tenha procedido à publicação da obra, ou em caso de esgotamento da reedição. A edição é considerada esgotada se dois pedidos de entrega dirigidos ao editor não forem satisfeitos no prazo de três anos.

Não reproduziu a Lei nº 5.988 o disposto no art. 1.351 do Código Civil: no caso de nova edição ou tiragem, não havendo acordo entre as partes contratantes sobre a maneira de exercerem seus direitos, poderá qualquer delas rescindir o contrato sem prejuízo da edição anterior. A ausência de resposta em prazo razoável será suficiente para externar essa deliberação uma notificação por parte do interessado em rescindir o contrato. Consideramos em pleno vigor o dispositivo, sem embargo da norma do art. 68 da Lei 5.988, já invocado, à vista do seu art. 134, que ressalva a legislação especial que com ela for compatível.

10. **Edições peculiares: a de obras musicais e outras**

Como assinasa VALERIO DE SANCTIS, qualquer obra intelectual, desde que expressa em forma gráfica, pode constituir objeto de contrato de edição. Mas enquanto algumas categorias têm aquela forma como expressão típica, outras, embora possam ser reproduzidas pela imprensa, têm, como sua específica destinação, a execução ou a representação, outras ainda, co-

mo a cinematográfica, televisiva, arquitetônica, têm sua própria linguagem, enquanto que, em forma gráfica, podem ser produzidos apenas alguns de seus elementos constitutivos.

Lembra as críticas movidas à disciplina unitária do contrato de edição, à vista das diferenças estruturais notáveis que intercorrem entre as várias categorias de obras, aos efeitos da sua utilização econômica.

Mas as normas ditadas pela lei em vigor têm alcance suficientemente geral para encontrar aplicação, sem excessiva dificuldade, a qualquer categoria de obras.

Para algumas delas as leis mais completas se preocupam em ditar normas diferenciadas, para outras, as disposições contidas em capítulos apropriados podem servir de auxílio a uma solução adequada.

As obras musicais costumam ser distinguidas em: a) para ópera; b) sinfônicas; c) de câmara; d) ligeira e variada.

BIBLIOGRAFIA

ANÔNIMO — Le contrat d'édition des œuvres littéraires. Œuvres musicales. Œuvres des arts plastiques, Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique, Paris, Ed. Techniques, fascs. 13 e 13 bis.

ARIENZO, Alfredo — Edizione (Contratto di), Novissimo Digesto Italiano, Turim, Utet, vol. 19, págs. 408-420.

CHAVES, Antônio — **Direito Autoral de Radiodifusão**, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, págs. 151-156.

CHAVES, Antônio — **Noções Introdutivas em Tema de Contratti di Diritto d'Autore**, "Il Diritto di Autore", 1974, outubro-dezembro, págs. 513 e segs.

CHAVES, Antônio — **Contrato de Edição, Lições de Direito Civil, Obrigações**, V, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977, págs. 76-109.

DE MATTIA, Fábio Maria — **O Autor e o Editor na Obra Gráfica, Direitos e Deveres**, S. Paulo, Saraiva, 1975, 396 págs.

DE SANCTIS, Valerio — **Contratto di Edizione, Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione**, Milão, Giuffrè, 1965, 419 págs.

LE TARNEC, Alain — **Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique**, Paris, Dalloz, 2ª ed., 1966, págs. 76-90.

OLIVEIRA E SILVA, Dirceu de — **O Direito de Autor**, Rio, Nacional de Direito, 1956, págs. 21-30.

PIOLA CASELLI, Edoardo — **Diritto di Autore**, Turim, Utet, 1943, 568 págs.

PIOLA CASELLI, Edoardo — Edizione (Contratto d'), Nuovo Digesto Italiano, Turim, Utet, vol. V, 1938, págs. 300-310.

RAULT, Jean — **Le Contrat d'Édition en Droit Français**, Paris, Dalloz, 1927.

Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Professor Livre Docente do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1) Introdução e subsídios históricos — 2) Noção de privilégio concedido ao impressor ou editor — 3) Razões históricas de concessão de privilégios — 4) Os privilégios do editor no Norte da Itália — 5) Os privilégios do impressor-editor na França — 6) A reação na França que levou ao reconhecimento do direito de autor — 7) Os privilégios do impressor-editor na Inglaterra — 8) A "Stationer's Company" — 9) Os direitos de autor reconhecidos na Inglaterra no período do domínio da "Stationer's Company" (1557 a 1710) — 10) O Estatuto da Rainha Ana e o papel desempenhado como primeira lei de direito de autor — 11) Conclusões — 12) Bibliografia.

1) *Introdução e subsídios históricos*

O presente estudo destina-se a divulgar a evolução histórica que antecedeu ao aparecimento do direito de autor.

De início, com a evolução da imprensa, os impressores, livreiros e, ao depois, os já chamados editores procurando eliminar os concorrentes obtiveram do poder real a concessão de privilégios que os investiam, com exclusividade, no direito de reproduzir determinados livros.

Paralelamente a tal situação, que só beneficiava quem reproduzia a obra, algumas prerrogativas eram reconhecidas ao autor, mas, de maneira rudimentar e insuficiente.

Com o tempo, os autores vão tomando consciência de sua situação, passam a reivindicar o reconhecimento de seus direitos e, finalmente, encontramos um marco histórico para a consolidação do direito do autor que foi a promulgação aos 5 de abril de 1710 do Estatuto de Ana (da Rainha Ana, da Inglaterra).

Numa evolução diferente, encontramos idêntica reivindicação na França que só iria ser vencedora com a lei de direito de autor de 1793.

O presente trabalho enfocará a evolução da matéria, mormente na França e Inglaterra, com o objetivo de ver numa idéia de conjunto como os fatos se passaram vez que, nos trabalhos que consultamos, nota-se uma análise setorial sem levar em conta o que sucedeu na mesma época do outro lado do Canal da Mancha.

— *Antiguidade*

Já se admitia, em Roma, a noção de um direito exclusivo sobre a obra, isto porque a Lei Aquilia punia o autor que, a despeito de uma cessão anterior, houvesse fornecido cópia da obra a uma segunda pessoa. Mas tal sanção procurava apenas reprimir a violação de um compromisso pessoal e baseado na boa fé (1).

Lembra RAYMOND BASCH que os livreiros eram numerosos em Roma no primeiro século após Jesus Cristo, quando eram vendidos livros dos autores os mais reputados, sob diversos formatos.

Como neste período não havia direito de autor, ao entregar seu manuscrito ao livreiro, o escritor perdia a titularidade da obra e não recebia nenhuma remuneração.

Considerava-se ser de seu interesse que a reprodução se fizesse às custas do livreiro e o autor, apenas, era presenteado com alguns exemplares de sua obra ou alguns livros à sua escolha (2).

Em Roma a reprodução se fazia através dos copistas, um leitor ditava a obra a escravos a fim de obter exemplares.

O trabalho dos copistas era longo e custoso e o número de pessoas que podiam adquirir os manuscritos confeccionados, com alto custo, era restrito. Os raros exemplares circulavam de mão em mão.

Os autores não procuravam a remuneração de seu trabalho num lucro, diretamente, provindo da venda de exemplares multiplicados de suas obras (3).

(1) RAYMOND STRIFFLING — *Le Contrat d'Édition*, Paris, Les Éditions Domat Montchrétien, 1936, pág. 5.

(2) RAYMOND BASCH — *L'Auteur et son Éditeur*, Paris, Ferdinand Nathan, 1948, pág. 11.

(3) JEAN RAULT — *Le Contrat d'Édition en Droit Français*, Paris, Librairie Dalloz, 1927, págs. 10 e 11.

AUGUSTINE BIRRELL afirma que não há no *Corpus Juris Civilis* sequer uma palavra sobre algum direito outorgado ao autor para controlar a multiplicação de cópias (4).

Os livreiros não podiam, contudo, opor-se de maneira eficaz à contrafação e desde que uma obra era colocada em contato com o público, caía em domínio público e era, imediatamente, plagiada e pilhada.

A contrafação, ou seja, o desrespeito aos direitos pecuniários do autor face uma reprodução proibida, não era nem prevista nem reprimida no direito romano.

Os autores ficavam satisfeitos se pudessem conservar o seu nome ligado à obra e se a reprodução fosse feita com fidelidade (5).

Antes da invenção da imprensa não era possível a difusão do pensamento, não se podendo pensar em reconhecer ao autor um monopólio sobre a publicação de sua obra.

Antes da descoberta da imprensa qualquer pessoa podia publicar um livro sem a autorização (publicar no sentido de pôr a obra em contato com o público) do autor da obra, sendo certo que aquele que a havia publicado não podia se opor ao trabalho de outro copista.

WERNER LAUTERBOURG traça uma distinção entre os países de cultura germânica e os demais, mostrando que os hábitos, pelo menos durante a Idade Média, eram diferentes dos existentes em outros países onde prevalecia o regime do monopólio dos livreiros (6).

Antes da descoberta da imprensa já uma luta de categorias profissionais surgia entre os copistas e os livreiros.

Os copistas tinham suas prerrogativas defendidas através de normas jurídicas, através dos estatutos das corporações, sendo certo que o mais antigo data de 6 de dezembro de 1275 e, entre outros, temos os de 1316, 1342 e 1403, o que garantia um verdadeiro monopólio na reprodução dos manuscritos, quaisquer que fossem os assuntos, a favor da profissão de copista, situação essa mantida até a descoberta da impressão.

Mas com a descoberta da imprensa os copistas aumentaram sua defesa para com os impressores, ampliando seus direitos como, por exemplo, se comprova através do direito "à briser les presses et à détruire

(4) AUGUSTINE BIRRELL — *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books*, New York, Rothman Reprints, Inc., Augustus M. Kelley Publishers, 1971, pág. 9.

(5) RAYMOND BASCH — ob. cit., pág. 11.

(6) WERNER LAUTERBOURG — *Du Contrat d'Édition et de la Nature Juridique en Droit de l'Éditeur*, Paris Berne, Imprimerie du Recueil Sirey, 1915, págs. 5 e 6.

les éditions préparées" que lhes foi concedido por decisão do Parlamento de Paris.

2) *Noção de privilégio concedido ao impressor ou editor*

Após a invenção da imprensa foi grande o número de livreiros que se interessaram pela reprodução de obras intelectuais.

De início dedicavam-se à reprodução de textos clássicos, latinos e gregos.

Contudo, o fato de todo e qualquer impressor, depois editor, poder reproduzir as mesmas obras fez com que os interesses econômicos exigissem uma forma de proteção ao investimento aplicado em tal ramo negocial.

A falta de regras, lembra RAYMOND STRIFFLING, num domínio inteiramente novo, provocou uma desordem muito grande e grave.

A luta começou, de início, entre os próprios livreiros, pois, como a publicação de um livro não estava submetida a qualquer restrição, produziu-se uma concorrência encarniçada que foi se tornando tão violenta que determinou a necessidade de regulamentar o assunto.

Então, os livreiros que por primeiro publicaram um livro reclamaram a concessão de um monopólio de exploração para impedir que outros livreiros se apoderassem por sua vez do livro e do direito de publicá-lo.

Trata-se de um privilégio concedido sob a forma de uma autorização para publicar concedida pelo poder real.

Na França, por exemplo, em se tratando de obras novas, a autorização era fornecida pela Universidade de Paris, enquanto que o poder real fornecia a autorização para as obras antigas.

Tal autorização tinha um duplo efeito: em primeiro lugar, atestava que a obra não continha nada de subversivo e podia ser impressa e, em segundo lugar, conferia um privilégio exclusivo ao livreiro que o tinha obtido (7).

Os livreiros só passaram a se interessar pela publicação de obras após a concessão do referido privilégio real que outorgava, sob certas condições, a exclusividade do direito de se reproduzir as obras que lhes eram confiadas para reprodução. Mas o autor, com a concessão desses privilégios, não se beneficiava, senão indiretamente.

Em 1647, por exemplo, o Chanceler SÉGNIER comunicou aos livreiros que, a partir daquela data, a vontade do rei era no sentido de que nenhum livro fosse impresso, independentemente de seu tamanho, sem que fosse reconhecido um privilégio (préalable des lettres de privilèges).

(7) RAYMOND STRIFFLING — ob. cit., pág. 6.

Tais privilégios eram concedidos por prazos que variavam entre seis, dez e doze anos, prazos esses renováveis, sendo certo que os privilégios impediam os outros livreiros de contrafazer as obras submetidas a tais privilégios sob pena de multas e confisco dos livros contrafeitos (8).

Mas, apesar do poder real ter estabelecido tal proteção mediante privilégios, esta se mostrou insuficiente inclusive porque edições efetuadas na Holanda e Genebra concorriam com as edições francesas.

Nenhum texto legal de caráter geral estava na origem do privilégio, em França. Ele dependia, inicialmente, de um favor que era exclusivo e temporário. Temporário por ser limitado a uma duração, variável, geralmente curta.

Na Inglaterra, também, prevaleceu o sistema dos privilégios reais que, contudo, estavam concentrados numa corporação de livreiros, encadernadores e impressores denominada *Stationer's Company* que defendia o beneficiado contra a reprodução de terceiros.

3) Razões históricas da concessão de privilégios

A despeito de se ter destinado o privilégio à proteção do empresário editorial contra os contrafatores, muito rapidamente o privilégio se apresenta perante o poder central como uma manifestação do "police power", destinada a assegurar o controle sobre um importante ramo de atividade nacional.

O poder real aproveitou-se das exigências dos livreiros-impressores e com o privilégio institucionalizou um "direito de censura" sobre todos os escritos públicos (9).

Isto sucedia porque, ainda que o editor estivesse beneficiado com um privilégio para reproduzir obras intelectuais, dependia para tal consecução da aprovação do governo, ou seja, da "censura", do controle político.

Na França e na Inglaterra, a concessão dos privilégios para reproduzir a obra está intimamente ligada aos interesses de Estado.

4) Os privilégios do editor no Norte da Itália

Os impressores do Norte da Itália antecederam os da França, pois foram os primeiros a sofrer a ação dos contrafatores (10).

(8) RAYMOND STRIFFLING — ob. cit., págs. 11 e 12. Este autor lembra que por causa das prorrogações do privilégio concedido ao editor BARBIN é que as obras de LA FONTAINE foram por ele publicadas até 1761.

(9) RAYMOND BASCH — ob. cit., págs. 11 e 12.

(10) RAOUL CASTELAIN — *Histoire de l'Édition Musicale*, Paris, Lemoine H. et Cie, 1957, págs. 62 e 63.

JAVIER LASSO DE LA VEGA refere-se ao privilégio concedido, no início do século XVI, pelo Senado veneziano a JUAN DE SPIRA para que pudesse imprimir e explorar uma edição das Epístolas de Cícero ⁽¹¹⁾.

Atribui-se a concessão do primeiro privilégio, em Veneza, pelo Senado, em fevereiro de 1495, a ALDE para proteger a edição das obras de TEÓCRITO, CATAO e notadamente HESÍODO.

Os privilégios concedidos pelo Senado de Veneza nos interessam, quer sob o aspecto histórico, quer sob o aspecto do conteúdo do direito que iria desenvolver-se e fixar-se.

Entre 1495 e 1498, o instituto do privilégio torna-se, juridicamente, perfeito, levava em seu bojo o princípio da proteção, sua extensão e as sanções para defendê-lo. Em 1498, o Senado de Veneza concede privilégio a PETRUCCI; era o primeiro privilégio musical.

Mas o privilégio sofreu sua evolução, como veremos.

O Senado veneziano, nos primeiros decênios do século XVI, fixou normas sobre a concessão de privilégios.

A 1ª de agosto de 1517, são revogados todos os privilégios até então concedidos pelas diferentes autoridades do Senado e adota-se, para o futuro, o princípio segundo o qual os privilégios são atribuídos "solum pro libris et operis novis, nunquam antea impressis, et non pro aliis".

No dia 3 de janeiro de 1533, determina-se a caducidade de todo e qualquer privilégio, caso o beneficiário não providenciasse a efetiva impressão da obra dentro do prazo de um ano.

Mas, em seguida, há a superação do instituto do privilégio concedido por decisão arbitrária do detentor do poder, reconhecendo-se, ao invés, um direito a ser atribuído a qualquer um que se encontrasse em determinada situação.

Mas, a partir de 7 de fevereiro de 1544, proíbe-se a impressão e venda sem o consentimento do autor, pois decidiu-se que:

"sel non conterà per autentico documento alli se formatori dello studio nostro di Padoa — l' autor di quella aver di sui eredi piu conojonti esser contenti ⁽¹²⁾."

Em Veneza, já aos 21 de maio de 1603, o Senado dispunha que, para os associados da Corporação, era suficiente, para gozar de exclusividade por um período de dez anos, o registro junto ao Banco dos Livreiros e Impressores.

(11) JAVIER LASSO DE LA VEGA — *El Contrato de Edición — Los Derechos y Obligaciones de Autores y Editores*, Madrid, Estades, Artes Gráficas, 1949, pág. 92.

(12) PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE — *I Diritti sulle Opere dell'Ingegno*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1974, págs. 3 e 4.

5) Os privilégios do impressor-editor na França

O primeiro privilégio atribuído em França, por LUÍS XII, em 1500, foi a **GUILHERME EUSTAQUIO**.

Um enorme mercado abriu-se frente aos primeiros editores, mas a ação de contrafatores, imediatamente, apareceu configurando uma relevante concorrência, pois as obras contrafeitas com *mediocridade* eram vendidas a preços inferiores aos dos exemplares da edição em que se baseavam.

Com isto, tal concorrência desleal desencorajava os novos empreendimentos dos editores.

A estrutura jurídica saída do direito romano favorecia, com efeito, esta situação.

A possibilidade de imprimir era concedida, livremente, a quem o desejasse.

LUÍS XII tentou, em vão, limitar o número de editores, a fim de obstar a ação dos contrafatores.

Questionou-se qual a proteção que poderia ser dispensada aos editores. Daí a primeira preocupação ter sido a de se defenderem os editores dos contrafatores. A única maneira era conseguir a proteção real.

Na época, em França, os reis lutavam para afirmar suas dinastias e seus patrimônios. Entre os poderes reunidos na pessoa do rei, havia o direito de graça (*le droit de grâce*) que decorria diretamente da origem divina reconhecida ao soberano.

O caminho que estava à disposição dos editores era utilizarem-se desse direito.

Os editores vislumbraram sua oportunidade na possibilidade de obter do rei a concessão de privilégios, pois competia ao rei proteger as pessoas, as profissões, quer sob o aspecto político, quer sob o aspecto econômico ⁽¹³⁾.

A imprensa goza da simpatia junto ao monarca LUÍS XI que concede privilégios aos livreiros que passam a editar, livremente, a salvo da concorrência.

Quais as razões que levaram LUÍS XI a favorecer os impressores?

De um lado, o rei percebeu a importância política da descoberta, passou a colocá-la como meio à disposição de seu poder, como sucedeu

(13) RAOUL CASTELAIN — ob. cit., págs. 57 e 58.

quando determinou a divulgação do texto do Tratado de Arras, de 23 de dezembro de 1482.

Por outro lado, era um fator importante para permitir a divulgação dos conhecimentos intelectuais.

Face tais relevantes interesses, os editores tornaram-se titulares de imunidades fiscais: não estavam obrigados ao *péage* (tributo que se pagava para atravessar rios, passar por pontes etc.) e podiam entrar e sair livremente do país com os livros etc., conforme o que estipulava lei de 1513 (*droit d'entrée et d'issue*) (14).

Com o tempo, os editores pleiteiam que quem explora um privilégio deve dispor, não de um benefício temporário, mas de um direito ilimitado para poder reproduzir uma obra.

Nefastamente, a noção de proteção, razão mesmo do privilégio, transforma-se de permanente em perpétua.

O privilégio pertence a um editor, assim como um imóvel com seu caráter de propriedade.

Nenhum editor podia pretender explorar uma obra cujo privilégio expirara. O privilégio deveria corresponder a um título permanente. O mercado para a edição se rarifica, pois as obras novas não mais caem no domínio público.

Mas surge a necessidade de se modificarem as relações entre autores e editores, pois não mais se justificava que apenas os editores constituídos como profissionais pudessem imprimir e vender os livros. Os escritores e os compositores dependiam, pois, obrigatoriamente, dos editores para a reprodução de suas obras.

Vendendo a obra com o seu privilégio, o título seguia a "coisa". Assim, pouco a pouco, confunde-se o privilégio com o título de propriedade.

O privilégio, de temporário tornou-se permanente, de benefício afirmou-se como direito, o direito de reproduzir.

Esta evolução levou à consideração de que uma obra é uma propriedade, cujo título dominial era o privilégio.

"Le privilège n'avait plus d'autre raison de subsister sinon pour défendre les intérêts particulières des éditeurs" (15).

Novos rumos: o dia 13 de agosto de 1703 serviu de separação entre os séculos XVII e XVIII. A escolha desta data foi determinada por uma decisão judicial prolatada naquele dia e que traçou os contornos da noção jurídica de privilégio. Por ela, o prazo começa a fluir a partir

(14) RAOUL CASTELAIN — ob. cit., págs. 60 e 61.

(15) RAOUL CASTELAIN — ob. cit., págs. 69 e 70.

do dia da obtenção do privilégio. Todo privilégio que não previa um determinado número de anos era nulo.

Com o tempo, se configura uma verdadeira luta entre os editores de Paris e os da província que culmina com o chamado "Estatuto dos Livreiros", de 23 de fevereiro de 1723, que destinado, especialmente, para Paris, por decisão do Conselho de Estado de 24 de março de 1744, aplica-se, também, a todas as cidades da província.

Tal regulamentação criou consternação entre os editores parisienses e alegria para os editores da província.

Por tal Estatuto, o privilégio tornou-se um verdadeiro título de propriedade, praticamente perpétuo, com a possibilidade de poderem ser obtidas renovações.

Comercialmente, os editores da província não podiam senão deplorar uma proteção permanente às obras, pois, se houvesse prazo para a existência de privilégio, eles poderiam ter possibilidade de explorar as obras após o término do prazo do privilégio concedido.

O Estatuto de 1723 confirmou a situação.

O privilégio tornou-se um título ilimitado no tempo, determinando a esterilização da fortuna dos editores de Paris.

Aí está a origem da disputa entre os editores de Paris e os da província.

Mas não podemos esquecer que o Estatuto de 1723 foi criado pelos editores de Paris.

Vamos reconstruir os dados históricos a respeito: a Câmara Sindical, após 7 de setembro de 1686, constituía-se dos livreiros e impressores, sendo certo que estes haviam se separado dos encadernadores por falta de interesses comuns (16).

Os impressores, através de uma série de diplomas legais de 1618, 1649 e 1704, tiveram diminuído seu número na Câmara Sindical, mas a base de tal orientação encontrava-se em razões políticas. Assim, passaram a ter menos força na Câmara Sindical, em relação aos livreiros.

A própria declaração do rei, de 23 de outubro de 1713, reconheceu, em seu art. 6º, que os livreiros teriam três votos contra um reconhecido aos impressores-editores.

A unidade da profissão se organizava pouco a pouco. O art. 6º do "Règlement intérieur de Police de la Communauté" foi o marco inicial de um verdadeiro conflito entre impressores e livreiros.

Este conflito levou à criação de uma comissão integrada por três livreiros e por três impressores, datada de 12 de dezembro de 1714,

(16) RAOUL CASTELAIN — ob. cit., págs. 72 e 73.

destinada a estudar a polêmica criada pela declaração de 1713. O problema da edição de obras foi abordado pela Comissão que acabou por apresentar um projeto de lei composto por 112 artigos.

Doze artigos, apenas, separaram os membros da Comissão até 1717, quando tornou-se viável um acordo.

Os Estatutos foram aprovados em 1720, mas foram revogados antes de terem sido definitivamente aplicados pelo "Règlement Général", de 23 de fevereiro de 1723.

É importante salientar que os editores parisienses e os da província participaram da elaboração do Estatuto, mas predominaram os editores da província que tentaram afastar os parisienses, empreendendo uma acirrada luta para enfraquecê-los.

Para tal intento, solicitaram do Governo lhes fosse concedido o direito de imprimir certos livros pertencentes ao patrimônio dos livreiros de Paris, mas não mais submetidos a privilégios, pois o prazo destes já se esgotara.

6) *A reação na França que levou ao reconhecimento do direito de autor*

Até o século XVIII, as relações entre autor e editor de livros ou de música tinham sido simples, procurando os autores evitar de "monnayer leur muse".

Mas este equilíbrio precário só podia ser posto em perigo pela fortuna de uns e a relativa miséria dos outros. Estes indagavam: se a luta entre os livreiros é tão acentuada é porque havia uma razão especial de ordem econômica.

O tempo leva ao aguçamento da crise entre autor e editor e, entre as reivindicações de ambos, o poder público, como veremos, inclinou-se pela proteção dos autores.

Nas decisões jurisprudenciais do período, a proteção não se limitava aos autores, mas abrangia os seus herdeiros, como sucedeu nos processos tendo por objeto as obras de LA FONTAINE (1761) e as de FÉNELON (1777), concluindo que o autor tinha direito sobre a sua obra e, por sua morte, o direito se transmitia a seus herdeiros.

O passar do tempo leva os autores a reivindicar o reconhecimento de um direito de propriedade sobre suas obras.

Os autores usaram a seu favor o argumento invocado pelos editores no sentido de lhes ser reconhecido o direito de propriedade sobre a obra por eles publicada. Admitiam os editores que havia um direito potencial que ia além da propriedade da "coisa", do manuscrito comprado pelo editor ⁽¹⁷⁾.

(17) RAOUL CASTELAIN — ob. cit., pág. 79.

Mas, aos poucos, os autores vão sendo reconhecidos seus direitos como, por exemplo, pela decisão de 30 de março de 1776 sobre libretto de ópera e pelas decisões de 10 de abril de 1778 e de 13 de março de 1784 sobre poemas.

A partir daí, vemos uma seqüência de decisões, de diplomas legais fortalecendo um direito que, exurgindo do privilégio, tornou-se direito de autor.

Os editores estão, indiretamente, na origem do nascimento de um direito para o qual eles fixaram o conteúdo, principalmente o aspecto de propriedade. Tal foi o segundo aspecto da transformação do direito de privilégio no curso do século XVIII.

Em menos de um século, de uma dupla rivalidade, a dos editores entre si e a dos editores com os autores, o privilégio modificou-se.

Os editores quiseram manter os privilégios que tinham obtido e acabaram perdendo, de início, o monopólio comercial, dando nascimento ao direito de autor.

Em verdade, o privilégio acaba desaparecendo, definitivamente, mas sem ele, o direito de editar, o direito de autor se teriam configurado? (18)

Em verdade, data do início do século XVII a formação de um movimento de idéias, objetivando a atribuição de privilégios, não mais aos livreiros, mas aos autores que eram os criadores das obras.

Neste período, o mecenato passou a sofrer inquietantes restrições, obrigando os autores a lutar pelos seus interesses.

Marco importante nesta evolução foi, em decorrência do acontecimento CREBILLON, a decisão judicial que limitou, em 1703, o período de duração do privilégio, o qual passa até a ser considerado como algo de incompreensível.

Mas, como os livreiros estavam muito bem agrupados e organizados, criaram forte resistência às justas reivindicações dos autores e, assim, apenas em 1777, através de decisão do Conselho do Rei, reconheceu-se aos autores um privilégio absoluto e indefinido sobre suas obras.

O autor concedia, então, ao livreiro o direito de reproduzir sua obra, mas a duração de tal concessão limitava-se ao período de vida do autor, extinguindo-se com a sua morte (19).

Mas a decisão de 1777, além de determinar que os autores gozassem de privilégios indefinidos, reconhece que os autores têm direito de mandar imprimir as obras às suas custas e que podiam se encarregar de sua comercialização (20).

(18) RAOUL CASTELAIN - ob. cit., págs. 79, 80 e 81.

(19) RAYMOND STRIFFLING - ob. cit., pág. 7.

(20) RAYMOND BASCH - ob. cit., pág. 13.

É verdade que a regulamentação de 1777 não foi aplicada por muito tempo, mas constituiu um grande progresso; em 1793, o privilégio transmuta-se em verdadeiro direito, pois o decreto de 1793 reconhece o direito exclusivo do autor sobre sua obra e a possibilidade de transmitir o direito patrimonial a terceiros (21).

Na França, durante os séculos XVII e XVIII, a controvérsia preocupava os filósofos, juristas e livreiros e consistia na dúvida em optar entre um direito de autor — privilégio real e um direito de autor — propriedade.

Sob o antigo regime, com efeito, este direito era antes uma prerrogativa atribuída pelo rei ao editor, e só com a Revolução e a lei de direito de autor de 1793, que surgiu por hostilidade política aos privilégios, surge o direito do autor considerado direito de propriedade.

A lei de 1793, ao mesmo tempo, modificou a noção de duração da propriedade literária, pois o editor deixou de ser o titular definitivo de um privilégio explorado, exclusivamente, em seu proveito e em detrimento do autor.

O editor passa a ser o guardião dos direitos do autor e com ele divide os benefícios auferidos com a exploração da obra (22).

Mas a imagem do autor se havia modificado. Não era mais “quem escreve”, socialmente, sob o regime do mecenato, assimilando-se à figura de “histrion à gaze ou à un pique-assiettê”. A dedicatória de suas obras a um protetor lhe assegurava a manutenção e o que recebia do editor era o dinheiro de que dispunha. Daí, BOILEAU, em pleno século XVIII, em sua “Art Poétique” dizer:

“Travaille pour la gloire et qu’n sordide gain

Ne soit jamais l’objet d’un illustre écrivain (23).”

Mas a imagem do autor, expoliado pelo seu editor e morrendo na miséria malgrado sua genialidade, dominou todo o século XIX. Daí, os clamores de BALZAC e as invectivas de ALFRED DE VIGNY (24).

BALZAC, em “Illusions perdues”, denuncia o procedimento escandaloso do editor que oferece cem francos por mês ao romancista, com a obrigação deste lhe entregar os originais de dois romances por ano.

ALFRED DE VIGNY, por sua vez, batalhou para o reconhecimento do direito de autor *post mortem*.

(21) RAYMOND BASCH — ob. cit., pág. 14.

(22) MARIE THÉRESE GENIN — *Le Éditeur*, Paris, Librairies Techniques, sem data, pág. 97.

(23) PIERRE DESCAGES — “La professionnalité de l’écrivain”, in *Interauteurs*, número 106, primeiro trimestre de 1952, pág. 9.

(24) MARIE THÉRESE GENIN — ob. cit., págs. 97 e 98.

Mas, ainda que os autores tivessem, antes de 1777, conseguido ver seus direitos reconhecidos, as dificuldades continuariam, pois o comércio de livros foi conferido em monopólio às *corporações* de livreiros. Isto ajudou a oprimir as pretensões dos autores, porque eram obrigados a recorrer às corporações caso quisessem comercializar a obra, em decorrência de uma benigna interpretação de uma norma existente. Em 1723, em França, afirmou-se:

“Tous les privilèges accordés aux auteurs, par la suite, portent tous l'autorisation de vendre eux-mêmes leurs oeuvres (25).”

Com a lei de 1793, terminou, definitivamente, o período do predomínio dos privilégios reais e iniciou-se a noção de respeito ao direito de utilização de sua obra por parte do autor.

Mas longa seria a caminhada para que o autor, efetivamente, tivesse reconhecidos os direitos constantes do direito positivo.

7) Os privilégios do impressor-editor na Inglaterra

Como surgiram os privilégios na Inglaterra?

Os livreiros e impressores solicitaram dos soberanos lhes fossem concedidos direitos exclusivos sobre a reprodução de certos livros.

Tal concessão não visou encorajar os autores a escrever, mas desejou estimular o desenvolvimento do campo editorial, através da ajuda aos impressores-livreiros que, assim, não sofreriam a concorrência de outros livreiros-impressores e isto se dava ainda que se tratasse de textos clássicos.

Isto se fez com a criação, em 1557, da *Stationer's Company*, sob o reinado de FELIPE e MARIA.

Nos tempos de HENRIQUE VIII, os autores tinham outras preocupações que não os direitos de autor.

Mas a situação era diferente com os livreiros e impressores que encontraram a oportunidade de enriquecer e, para isso, desejavam se assegurar do direito exclusivo de imprimir determinados livros.

Isto se fazia através das “letters patent” concedidas pela Coroa. As “letters patent” não eram genéricas em seus termos; às vezes, eram concedidas para um determinado livreiro com relação a determinado livro e, outras vezes, embora isto fosse raro, a um autor a respeito de determinado livro.

Quando isto se dava, a concessão era sempre por um prazo de alguns anos — 7, 14 e 21. Tratava-se de um verdadeiro monopólio, embora o famoso *Statute* de James I tenha praticamente destruído o

(25) PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE -- ob. cit., págs. 5 e 6.

instituto do monopólio, pois os livros foram excluídos de suas disposições (26).

O principal dos beneficiários de tal monopólio era o impressor real, a quem se atribuía, por períodos determinados, o exclusivo direito de imprimir todo e qualquer livro ou trabalho do rei, em língua inglesa. Tais livros reais incluíam o *Law Books* e *Year Books*.

HENRIQUE VIII designou um impressor, mas a primeira nomeação, por "letters patent", deu-se sob o reinado de EDUARDO VI, em 1547.

Em 1534, HENRIQUE VIII, através das "letters patent", concedeu à Universidade de Cambridge autorização para nomear três impressores, os quais podiam imprimir e comercializar, dentro da Universidade, todo e qualquer livro, desde que a escolha fosse aprovada pelo Chanceler ou seu Vice e três Diretores. Nota-se, pois, a reserva para a Coroa do direito de autorizar e indicar ambos os "licensers of books" e os editores.

8) *A Stationer's Company*

Tal empresa destinava-se a regulamentar os meios de impressão, ao mesmo tempo em que tinha poderes para impedir a divulgação de heresia e sedição, podendo até destruir livros impressos em desrespeito a privilégios concedidos a terceiros ou com determinada orientação religiosa (a entidade revelava uma orientação anticatólica) (27).

O autor só podia ser titular de direito patrimonial sobre um livro de sua autoria caso fosse livreiro ou membro da *Stationer's Company*.

Assim, em fins do século XVI, a Inglaterra reconheceu um novo tipo de direito de propriedade sobre livros.

O *The Stationer's Register* e o incentivo ao ingresso na entidade, com o objetivo de defender os direitos sobre a obra, levaram à generalização da idéia da propriedade no âmbito da obra literária.

Por sua vez, o Tribunal da *Stationer's Company* e a *Star Chamber* criaram uma verdadeira regulamentação, quase legal, para a assim chamada propriedade literária (28).

A *Stationer's Company* manteve o monopólio de impressão e publicação, o que capacitou a desenvolver o "copyright" (direito de reprodução), como meio de ordenar o comércio e proteger as obras publicadas contra a pirataria, contra a reprodução não autorizada etc.

Este "copyright" é o predecessor do direito estatutório americano e inglês do autor e foi criado pela *Stationer's Company*, a empresa inglesa

(26) AUGUSTINE BIRRELL — ob. cit., págs. 56 e 57.

(27) Anônimo — "The publisher's monetary liability for Copyright Infringement", in *The University of Chicago Law Review*, volume 29, winter 1962, number 2, pág. 386.

(28) Anônimo — "The publisher's monetary liability for Copyright Infringement", já citado, pág. 387.

que era constituída por representantes do comércio livreiro, por impressores, encadernadores e livreiros.

Assim, o direito de reprodução de obras intelectuais manteve-se em mãos dos particulares durante cento e cinquenta anos.

Neste papel de regulador do comércio de livros, a *Stationer's Company* foi grandemente ajudada pela necessidade do governo britânico de exercitar a censura.

A contínua luta religiosa, durante os séculos XVI e XVII, na Inglaterra, tornou a censura objeto da política governamental e os "stationers" aparecem como o instrumento adequado para ajudar a execução de tal política.

O governo era indiferente quanto ao enfoque do "copyright" como propriedade, mas os principais diplomas legais sobre censura, os decretos de 1586 e 1637, da *Star Chamber*, as leis autorizativas do *Interregnum* e o *Licensing Act* de 1662, forneciam sanções para a defesa do direito de reprodução outorgado aos "stationers".

Tais sanções eram úteis aos objetivos da censura e serviam ao papel desempenhado pelos "stationers", policiando o campo editorial (29).

A *Stationer's Company* outorgava o direito de reprodução, desenvolveu-o, porém, limitado aos seus membros.

O direito de reprodução foi considerado existir perpetuamente e abrangia tudo o que fosse impresso, mapas, retratos, formulários oficiais, leis, bem como os escritos em geral.

Diferentemente do direito de autor moderno, o direito outorgado aos "stationers" era um direito de editor limitado aos membros da corporação, não estando à disposição dos autores.

Destinava-se a regular o direito de publicar uma obra, nada mais, daí literalmente significar o direito de cópia.

O titular do direito de reprodução não era o titular da paternidade da obra (subject work), não podia, pois, alterá-la, daí não precisar o autor se preocupar em proteger a integridade da obra, pois ela só podia ser impressa sem que qualquer outra prerrogativa pudesse ser deferida ao sujeito do "copyright".

Mas, com o tempo, o reconhecimento do direito do autor passa a ser mais incisivo, como se vê através de resolução da Câmara dos Comuns, de janeiro de 1642, determinando que nenhuma obra fosse objeto de reprodução sem o consentimento e sem que constasse o nome do autor.

(29) LYMAN RAY PATTERSON -- "Copyright and author's rights: a look at history", in *Harvard Library Bulletin*, Cambridge, Massachusetts, vol. XVI, nº 4, October, 1968, pág. 371.

Eis os termos da referida resolução:

"It is ordered that the Master and Werdens of the Company of Stationers shall be required to take special Order that the printers do neither print nor reprint anything without the name and consent of the Author. And that if any Printer shall notwithstanding print or reprint anything without the consent and name of the Author that he then shall be proceeded against as both Printer and Author thereof, and then names to be certified to this House."

AUGUSTINE BIRRELL afirma que o verdadeiro objetivo de tal resolução deve ter sido o desejo de punir os impressores e não o de proteger os autores e conclui não ter encontrado subsídios a respeito de providências tomadas nesse sentido (30).

Mas, com o tempo, inicia-se um longo processo de enfraquecimento da *Stationer's Company*.

Com a extinção da *Star Chamber*, decresceu o poder da *Stationer's Company* e com isso o monopólio por ela exercido debilitou-se, acompanhado da restrição na publicação de obras.

Em 1655, CROMWELL aumenta o controle sobre as obras publicadas, reduzindo ainda mais as prerrogativas da *Stationer's Company*, mas tal situação não iria durar muito tempo.

Devemos, contudo, afirmar que, na primeira metade do século XVII, se havia esclarecido a natureza jurídica do direito de autor.

O *Printing Act* de 1662 e os novos *Stationer's by-Laws* de 1678 acabaram por confirmar os conceitos básicos de direito de autor.

O *Act* de 1662 confirmou o direito de reprodução da *Stationer's Company*, através da obrigatoriedade da inscrição no *Register* do nome do autor, título da obra e *vignette* dos livros que passaram novamente a receber proteção.

Aos 11 de agosto de 1681, a *Stationer's Company* aprovou resolução proibindo o uso do direito de reprodução sem autorização, prevendo cominação de penalidade pelo desrespeito a tal determinação.

Petitions foram apresentados ao Parlamento em 1703, 1704 e 1706, lamentando a ineficácia da medida que condenou à prisão o contrafator porque, muitas vezes, era pobre, mas a verdade é que os abusos continuaram a se verificar.

Aos 11 de janeiro de 1710, EDWARD WORLEY apresentou à Câmara dos Comuns um "bill for the encouragement of learning, and for securing the property of copies of books to the rightful owners thereof".

(30) AUGUSTINE BIRRELL — ob. cit., pág. 65.

Tal documentação transformou-se na primeira codificação do direito de autor, tendo entrado em vigor aos 10 de abril de 1710, como "Anno Octavo Annae Reginae" prevendo *for both forfeiture of the pirated volumes and a fine for each infringing copy*. Era o célebre Estatuto da Rainha Ana.

9) *Os direitos de autor reconhecidos na Inglaterra no período do domínio da "Stationer's Company" (1557 a 1710)*

Os direitos do autor, durante o período do domínio dos "stationers", parecem ter sido objeto de pouca atenção e pode-se perguntar se o autor tinha algum direito.

Tal dúvida pode ser suscitada pelo fato de os autores não terem participado do desenvolvimento e formação do direito dos "stationers".

Mas não se pode, em verdade, concluir que durante tal período os direitos do autor não foram reconhecidos.

O relacionamento entre autores e "stationers" existiu em nível complexo e sofisticado durante um longo período.

Há casos comprovados de concessão do "copyright" a autores para o exercício com suas próprias obras, malgrado a orientação da corporação, renovada aos 7 de dezembro de 1607, limitando o direito de inscrição de obras no registro aos membros da corporação.

LYMAN RAY PATTERSON pondera que as relações entre autores e "stationers" eram mais de cooperação do que competitivas. Na prática, parece que, quando a obra não despertava interesse aos livreiros e editores-impressores, admitia-se que o próprio autor podia registrá-la para gozar do direito de reprodução (31).

O hábito, às vezes utilizado modernamente, de o autor, para poder ver sua obra vir a lume, ser obrigado pelo editor a adquirir determinado número de exemplares já existia na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, como se pode ver no seguinte caso concreto: HENRY MORE, para poder ver publicada sua obra "Henrici Mori Contabrigiensis Opera Theologica", em 1675, precisou adquirir cem exemplares a preço reduzido, podendo, contudo, vendê-los ao preço de mercado ou receber seu preço em outros livros a preço de livraria.

Mas, já naquela época, existia o instituto do "main de passe", ou seja, o autor tinha direito a receber um determinado número de exemplares de cada edição e a título gratuito. Por exemplo, numa edição de quinhentos exemplares, teria direito a vinte e cinco exemplares.

Dos dois direitos fundamentais, os morais e os patrimoniais, os primeiros foram reconhecidos pelos "stationers" de maneira clara e

(31) LYMAN RAY PATTERSON — ob. cit., pág. 372.

óbvia, exemplo: o direito de reconhecer a autoria da obra e a proibição de o "stationer" introduzir mudanças ou revisar a obra.

Os "stationers" aceitaram desde logo o direito do autor à remuneração, reconhecendo, pois, a existência do direito patrimonial.

É lógico que isto não impediu que, tanto no período do "copyright" dos "stationers" como já no período estatutório, houvesse pirataria ou reprodução não autorizada (32).

O direito do autor em receber pagamento pela utilização de suas obras era um direito elementar e era necessário cumprir tal exigência para que um "stationer" obtivesse a autorização para publicar determinada obra, ainda que, em última palavra, fosse a *Stationer's Company* que autorizava a reprodução.

Ao reconhecer o direito patrimonial do autor, o usuário estava preparando o caminho para o reconhecimento do "common law copyright of the author", o direito de primeira publicação (33).

Os "stationers" reconheciam os direitos morais do autor?

Trata-se de grande dificuldade em responder com precisão. Tudo leva a crer que respeitassem, apesar da falta na Inglaterra Elisabetana de um bem definido corpo de prerrogativas que pudessem ser respeitadas, graças a meios judiciais ou mesmo no âmbito da *Stationer's Court of Assistants* (34).

Portanto, o "copyright" dos "stationers" era, literalmente, um direito de cópia ou de reprodução de determinada obra escrita com o objetivo de comerciá-la.

O objetivo do "copyright" consistia, pois, em ordenar o comércio de livros, outorgando aos editores o direito exclusivo de publicar uma obra livre de concorrência.

As sanções eram impostas pela *Stationer's Company* ao desrespeito ao direito de reprodução concedido a um editor, pois era ela quem autorizava a reprodução.

Assim, o direito do autor sobre sua obra coexistia com o direito de reproduzi-la do "stationer".

Na verdade, não se configurava cessão do direito do autor, mas era mais do que a venda do manuscrito. Os "stationers" reconheciam o dever de remunerar o autor a fim de obter o direito de publicar a obra. O acordo visava não a publicação da obra, mas a concessão do direito de publicá-la (35).

(32) LYMAN RAY PATTERSON — ob. cit., pág. 373.

(33) LYMAN RAY PATTERSON — ob. cit., pág. 376.

(34) LYMAN RAY PATTERSON — ob. cit., pág. 377.

(35) LYMAN RAY PATTERSON — ob. cit., pág. 380.

A resolução de janeiro de 1642 da Câmara dos Comuns condiciona o exercício do direito de reprodução ao consentimento do autor e ao uso de seu nome.

A questão a ser resolvida na Inglaterra, no século XVIII, circunscrevia-se à definição de se os direitos exsurgiam do domínio da propriedade no âmbito do direito comum ou se sua origem encontrava-se ou nos "privilégios reais" ou nos "statutes".

A partir de 1710, a base, não há dúvida, encontra-se no direito estatutório.

Mas, na Inglaterra, em 1774, a jurisprudência afastou-se da concepção do direito de autor da "common law".

Paralelamente, no mesmo período, nos Estados Unidos, admitia-se tratar-se o direito de autor de direito natural apoiado na idéia da criação pelo trabalho.

Em 1834, por decisão da Suprema Corte, afasta-se a idéia de ter o direito de autor base na "common law". Afasta-se a noção pura de propriedade concebida como Direito Natural e adota-se uma natureza única de interesse público (36).

AUGUSTINE BIRRELL afirma que a pergunta sobre a natureza do direito de autor na Inglaterra assim seria formulada:

"Are the rights of author property-right at Common law or the creatures either of a prerogative of the Crown or of our Statute Book?" (37).

10) *O Estatuto da Rainha Ana e o papel desempenhado como primeira lei de direito de autor*

O direito de reprodução dos "stationers" foi anulado pelo direito de autor estatutório, em 1710, data do Estatuto da Rainha Ana.

Tal acontecimento nos interessa muito, porque as funções do direito de autor moderno são quase as mesmas do direito de reprodução dos "stationers", com uma grande diferença: o direito dos "stationers" era um direito do editor e o direito de reprodução moderno é um direito de autor (38).

AUGUSTINE BIRRELL lembra que o *Licensing Act* de CHARLES II expirou-se em 1679 e a lei seguinte relativa a livros e impressos foi o Estatuto da Rainha Ana, que se tornou na primeira lei de direito de

(36) SIDJANSKI, DUSAN e CASTANOS, STELIOS — *Droit d'Auteur ou Copyright — Les Rapports entre les Différents Systèmes en Vigueur*, Lausanne, F. Rouge et Cie S/A Librairie de l'Université, s/d, págs. 19 e 20.

(37) AUGUSTINE BIRRELL — ob. cit., pág. 10.

(38) LYMAN RAY PATTERSON — ob. cit., pág. 372.

autor a aparecer num país levando-se em conta quer a antiguidade quer os tempos modernos (39).

Quanto à proteção prevista no referido diploma legal, devemos ressaltar que distingue entre livros velhos e livros novos.

Quanto aos livros velhos, determinava que os autores de livros já publicados e que não tivessem transferido seus direitos e os livreiros ou outras pessoas que tivessem sido investidas no direito de reprodução do livro, teriam só eles o direito e a liberdade de imprimi-los pelo prazo de vinte e um anos a partir de 10 de abril de 1710 e não por mais tempo.

Em se tratando de livros novos, o Estatuto da Rainha Ana determinava que os autores teriam o direito de reproduzi-los durante catorze anos e não mais a partir da data da publicação, mas, se os autores ainda estivessem vivos quando do término do referido prazo de catorze anos, era-lhes reconhecido outro prazo de catorze anos (40).

Mas, para que o livro pudesse ser alvo de proteção, devia o título da obra ter sido inscrito no "Register Book" da *Stationer's Company*, onde, sem pagamento de emolumento, o livro ficava à disposição, a qualquer tempo, para eventual exame.

A última disposição do Estatuto da Rainha Ana apresenta inovação da maior importância, pois não reservava o registro da *Stationer's Company* apenas aos seus membros ou associados.

Contudo, na prática, os autores continuaram a transferir o direito patrimonial aos livreiros, em cujos nomes continuaram sendo feitas as entradas na *Stationer's Company*.

Quanto às multas, elas eram impostas aos usurpadores de autoria, consistindo em pena pecuniária de um *penny* por folha, ficando metade para a Coroa e a outra metade ao prejudicado pela violação.

Submeteram-se à nova legislação os impressores, livreiros e importadores de livros, sendo certo que estava prevista imputabilidade para o caso de venda inocente de livros ilegalmente impressos, sendo que a *Stationer's Company* há mais de um século estatua uma sanção a quem fosse enquadrado em tal situação.

A nova lei reconheceu, pois, o "Register" da *Stationer's Company* como registro oficial franqueando seus serviços ao público em geral.

O *Act of Anne* introduziu dois importantes conceitos no campo do direito de autor:

"An acceptance of the author as the source of the property right in the literature and an increase in his rewards. No

(39) AUGUSTINE BIRRELL — ob. cit., pág. 68.

(40) AUGUSTINE BIRRELL — ob. cit., págs. 94 e 95.

longer was it necessary for the author to look to the generosity of the printer or bookseller for income. When the Act of Anne established rights in the author similar to those he had enjoyed prior to the introduction of the printing press, the once exclusive rights of the printers and booksellers were diminished accordingly" (41)

11) Conclusões

A primeira conclusão do estudo realizado consiste em responder à seguinte indagação:

"Teria o direito de autor surgido sem os privilégios do editor?"

Em verdade há uma relação de causa e efeito entre a existência do privilégio do editor e o aparecimento do direito de autor.

Só a reação dos autores ao monopólio estabelecido em favor dos editores poderia ter tido a força de desencadear um processo reivindicatório que culminaria na Inglaterra, no início do século XVIII, e na França nos fins do mesmo século, com o aparecimento e reconhecimento do direito de autor.

Respondemos, pois, no sentido de que o direito de autor surgiu em consequência de um instituto jurídico que o antecedeu e que foi o privilégio do editor.

A segunda conclusão é que o chamado direito moral de autor sempre existiu.

O direito à paternidade, por exemplo, existiu entre os Romanos e na Inglaterra da *Stationer's Company* o autor nela inscrevia-se para configurar o seu direito à paternidade da obra.

O direito à integridade sempre foi reconhecido e um exemplo disso consiste no fato de o titular do direito de reprodução, já no século XVI, estar impedido de alterar o conteúdo da obra intelectual nas sucessivas reproduções.

Por outro lado, encontra-se a obrigatoriedade do titular do direito de reprodução de fazer com que a obra viesse a lume dentro de um prazo razoável.

Com relação ao direito patrimonial, encontramos a exigência de o autor só poder beneficiar-se com tal prerrogativa quando, na Inglaterra, tivesse ingressado nos quadros da *Stationer's Company*.

Por outro lado, ao autor já tinha sido reconhecido o direito de receber alguns exemplares, a título gratuito, em cada edição.

A terceira conclusão está no fato de a Inglaterra ter-se antecipado,

(41) Anônimo — "The publisher's monetary liability for copyright infringement", já citado, págs. 388 e 389.

em meio século, no aparecimento do direito de autor sistematizado em lei — Estatuto da Rainha Ana e a lei francesa de 1793.

A quarta conclusão é a importância das formalidades no reconhecimento do direito de autor.

A quinta conclusão é que os autores foram obrigados a conscientizar-se de seus direitos e necessidades, paralelamente à diminuição da força do mecenato.

12) *Bibliografia*

1 — BASCH, Raymond — *L'Auteur et son Éditeur*, Paris, Fernand Nathan, 1948.

2 — BIRRELL, Augustine — *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books*, New York, Rothman Reprints, Inc., Augustus M. Kelly Publishers, 1971.

3 — CASTELAIN, Raoul — *Historie de l'Édition Musicale*, Paris, Lemoine H. et Cie, 1957.

4 — DESCAVES, Pierre — “La professionalité de l'écrivain”, in *Interauteurs*, nº 106, primeiro trimestre de 1952, pág. 9.

5 — DOCK, Marie-Claude — *Contribution à l'étude du Droit d'Auteur*, Paris, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1963.

6 — GENIN, Marie Thérèse — *L'Éditeur*, Paris, Librairies Techniques, s/d.

7 — GREGO, Paolo e VERCELLONE, Paolo — *I Diritti sulle Opere dell'Ingegno*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1974.

8 — LAUTERBOURG, Werner — *Du Contrat d'Édition et de la Nature Juridique du Droit de l'Éditeur*, Paris-Berne, Imprimerie du Recueil Sirey, 1915.

9 — MORRIS JÚNIOR, Thomas B. — “The Origins of the Statute of Anne”, in *Copyright Law Symposium*, number twelve, Columbia University Press, New York and London, 1963.

10 — PATTERSON, Lyman Ray — “Copyright and Author's Rights: a Look at History”, in *Harvard Library Bulletin*, volume XVI, October 1968, number 4.

11 — RAULT, Jean — *Le Contrat d'Édition en Droit Français*, Paris, Librairie Dalloz, 1927.

12 — SIDJANSKI, Dusan e CASTANOS, Stelios — *Droit d'Auteur ou Copyright — Les Rapports entre les Différents Systèmes en Vigueur*, Lausanne, F. Rouge et Cie S/A Librairie de l'Université, s/d.

13 — STRIFFLING, Raymond — *Le Contrat d'Édition*, Paris, Les Éditions Domat, Montchrétien, 1936.

14 — VEGA, Javier Lasso de La — *El Contrato de Edición — Los Derechos y Obligaciones de Autores y Editores*, Madrid, Estades Artes Gráficas, 1949.

15 — Anônimo — “The publisher's monetary liability for Copyright Infringement”, in *The University of Chicago Law Review*, volume 29, winter 1962, number 2.

Direito Penal Ecológico

BENJAMIN MORAES

Professor Titular de Direito Penal da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

A magnitude do assunto: poluição ambiental

Quatro são os grandes problemas que a humanidade vem encontrando na era atual: a exaustão dos recursos minerais, a destruição dos recursos biológicos (vegetais e animais), a explosão populacional e a poluição, compreendendo esta principalmente as águas, o ar e o solo.

Criou-se, de tal sorte, uma ciência: a **Ecologia**, que estuda todas as relações entre o homem e o meio em que este vive. O desenvolvimento econômico, gerado pela moderna tecnologia, trouxe conseqüências que põem em risco a própria sobrevivência da humanidade. Como escreve FÁBIO NUSDEO (**Desenvolvimento e Ecologia**, Ed. Saraiva, 1975, pág. 9):

“... um dos setores onde se torna mais nítida a distinção entre desenvolvimento econômico e qualidade de vida é exatamente este, onde intersectam as áreas de economia e ecologia, fazendo com que as condições do meio ambiente se degradem em virtude do saque sobre ele levado a efeito pela atividade do sistema econômico. Assim, o ar, a água, a paisagem, os recursos naturais, as ondas sonoras, tudo enfim o que compõe o **habitat** natural do homem passa a apresentar uma queda no padrão dos serviços que prestam ao mesmo homem.”

Como assinala HAROLD E. STRANG (*Parque Industrial da Pedra Branca*, ed. Secretaria de Planejamento do Estado da Guanabara, 1971):

“Entre as atividades que preocupam o mundo técnico-científico de hoje talvez nenhuma outra se revista de conseqüências tão profundas para o futuro do homem quanto ao conservacionismo. Em particular, a conservação do ambiente natural do homem.”

A luta pela preservação do meio ambiente envolve neste momento todas as classes, todos os grupos que lutam por um ideal de vida melhor. Até as forças religiosas levantam a voz para despertar a consciência de todos os homens para o grave problema ecológico que vivemos. De Roma, o Papa João Paulo II, na primeira mensagem da Quaresma de 1979, salientou (*Jornal do Brasil*, de 28-2-1979):

“Privar-se de coisas consiste em liberar-se da escravatura de uma civilização que exorta a gente a uma maior comodidade e consumo, sem pensar na preservação do meio ambiente, herança comum da humanidade.”

Aliás, a imprensa mundial trata, quase diariamente, do mesmo grande problema. Com diversas maneiras de enfocá-lo, alerta os leitores para a sua magnitude. Dentre muitos recortes que temos, selecionamos um do jornal principal de Cingapura (*The Straits Times*, de 31-10-1978) afirmando em manchete:

“O TERCEIRO MUNDO ESTA SOBRE UMA BOMBA ECOLÓGICA.

As nações do Terceiro Mundo da Ásia, América Latina e África estão arruinando vastas porções de terra, varrendo espécies inteiras de plantas e animais, piorando a luta diária, já tão dura, do seu povo, pela sobrevivência... A pior enchente em décadas, agravada pela erosão largamente espalhada, está matando milhares de asiáticos, e arruinando milhões de hectares de fazendas, da Índia à Tailândia e ao Vietnã... A rica floresta amazônica, virtualmente intocada há dez anos, está agora cruzada por milhares de quilômetros de estradas e povoada por um milhão, no mínimo, de colonizadores.”

O jornal *O Globo*, do Rio de Janeiro, na sua edição de 23-1-79, dedica uma página inteira ao problema da poluição da Baía de Guanabara, focalizando seus múltiplos aspectos.

A imprensa de São Paulo tem como tema freqüente a poluição atmosférica da grande metrópole, pelas chaminés de suas indústrias, cujos efluentes vão também contaminar os rios, matando os peixes e tornando as águas impróprias para o consumo.

Tão grave é o fato, no âmbito universal, que a Organização das Nações Unidas promoveu uma Conferência sobre o Meio Ambiente, de 5 a 16 de

junho de 1972, em Estocolmo, que elaborou uma expressiva Declaração de 26 princípios, dos quais destacamos o 3º:

“O homem deve fazer uma constante recapitulação de sua experiência e continuar a descobrir, a inventar e a progredir. Hoje em dia, a capacidade do homem de transformar o que o circunda, utilizada com discernimento, pode levar a todos os povos os benefícios do desenvolvimento e oferecer-lhes a oportunidade de enobrecer sua existência. Aplicado errônea ou imprudentemente, esse mesmo poder pode causar danos incalculáveis ao ser humano e ao seu meio. Ao nosso redor vemos multiplicarem-se as provas do dano causado pelo homem em muitas regiões da terra: níveis perigosos de contaminação da água, do ar, da terra e dos seres vivos; grandes transtornos no equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e esgotamento de recursos insubstituíveis e graves deficiências nocivas para a saúde física, mental e social do homem, no meio por ele criado, especialmente naquele em que vive e trabalha.”

Essa mesma ONU, preocupada não só com a produção da nova fonte de energia, a atômica, mas também com o controle das perigosas radiações ionizantes, criou para tais fins a Agência Internacional de Energia Atômica, que supervisiona esta perigosa força no mundo inteiro.

Esta radiação, disse PLÍNIO DE OLIVEIRA CORRÊA, em estudo apresentado ao Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, é assunto de gravíssima preocupação para as gerações atuais e futuras. Assim se expressou:

“Onde houver a chamada radiação ionizante, de uma forma incontrolada, indevida e, particularmente, através dos ataques bélicos dos diversos mundos — segundo a moderna Sociologia distribui politicamente a humanidade —, poderemos imaginar que não estará apenas previsto o fim do planeta, mas o fim da própria humanidade, que poderá salvá-lo, se souber cumprir com coragem e energia os sadios princípios de um convívio humano fraternal, e estas radiações ionizantes só forem realizadas para o bem comum...”

No princípio da década, uma equipe de investigadores agrupou-se com a denominação de “Clube de Roma”, o qual, embora com caráter informal, tem tido atuação decisiva em vários trabalhos sociológicos, visando também a enfrentar o problema da poluição ambiental, como uma das resultantes do crescimento industrial (cf. RAMON MARTIN MATEO, **Derecho Ambiental**, ed. dos Institutos de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977).

Multiplicam-se os órgãos nacionais e internacionais, para o efeito da preservação ambiental. Além da ONU e do Clube de Roma, existe a UNIAO INTERNACIONAL PARA A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA E DE SEUS RECURSOS, à qual se filia, em nossa Pátria, a FUNDAÇÃO BRASILEIRA

PARA A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, que já publicou mais de uma dezena de livros visando ao conhecimento e divulgação da matéria.

Como órgãos especiais, incumbidos de zelar pela preservação do ambiente, constituem-se a SEMA (Secretaria Especial do Meio Ambiente), na esfera federal, e diversos órgãos estaduais e municipais, que se coordenam para igual fim, segundo a respectiva competência.

O Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento incluiu um capítulo especial sobre "Poluição industrial e preservação do meio ambiente", estabelecendo uma política de preservação de recursos naturais do País, utilizando corretamente o potencial de ar, água, solo, subsolo, flora e fauna. Em outro capítulo estabeleceu os meios de "Controle da poluição industrial", com ação concentrada em áreas críticas, como a Grande São Paulo e o Grande Rio, além de várias regiões metropolitanas e bacias hidrográficas.

Ainda na esfera federal, deve ser citado o Decreto-Lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, que obriga as indústrias, instaladas ou que se instalem no território nacional, a promover as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente.

Em matéria de legislação devem ser citados: a Constituição Federal (arts. 4º, 5º, 8º, 10 e 13), o Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67 (arts. 39, 54,156) e mais três dezenas de leis, decretos-leis, decretos e portarias que, no âmbito federal, tratam direta ou indiretamente do controle da poluição ambiental, desde 1934 até à presente data.

A legislação estadual é ampla e diversa em cada Estado da Federação. Dois Estados sobrepõem no acervo de textos legislativos sobre a matéria: São Paulo, desde o Decreto estadual nº 3.876, de 11-6-25, até dispositivos legais recentes, de 1975, 1976, 1977 etc. O antigo Estado da Guanabara era também abundante na sua legislação antipoluidora. Outros Estados, como Minas Gerais, Pernambuco e Rio Grande do Sul, merecem destaque pela promulgação de leis e decretos com o mesmo objetivo.

A legislação municipal é ampla, principalmente na Região do ABCM de S. Paulo, destacando-se o que preserva de poluição a água, o ar e o som.

Em São Paulo ainda, merece ser citado o Decreto nº 8.468, de 8-9-76, regulamento da Lei nº 997, de 31-5-76, que constitui o maior código sobre poluição do meio ambiente, na órbita dos Estados brasileiros. A CETESB, órgão controlador da poluição, teve o seu nome mudado para Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Defesa do Meio Ambiente, pelo Decreto nº 5.993, de 16-4-75, e para Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, pelo Decreto nº 10.755, de 22-11-77. A sigla manteve-se a mesma.

No tocante à repressão aos abusos da poluição, duas são as esferas de atuação pública: **administrativa**, desde a imposição de multas até à interdição do estabelecimento poluidor, e a **penal**, prevendo a aplicação de sanções

criminais (multas e privação da liberdade) para os infratores. Quanto a estes, entende-se que “não só os particulares, como as autoridades municipais, devem ser responsabilizadas por atividades poluidoras”, conforme opinou PAULO AFFONSO LEME MACHADO, em seu artigo “Poluição por resíduos sólidos”, na *Revista dos Tribunais*, nº 485, de março de 1976. Este autor, do Ministério Público do Estado de São Paulo, tem escrito inúmeros trabalhos sobre o tema, destacando-se “Urbanismo e poluição” (Aspectos jurídicos) e “Apontamentos sobre a repressão legal da poluição” (RT, n.ºs 458 e 469).

O Código Penal Brasileiro, de 1940, prevê nos artigos 270 e 271 o seguinte:

Art. 270 — Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:

Pena — reclusão, de cinco a quinze anos.

§ 1º — Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

§ 2º — Se o crime é culposos:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 271 — Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos.

Parágrafo único — Se o crime é culposos:

Pena — detenção, de dois meses a um ano.

Os crimes se encontram entre os delitos contra a Saúde Pública, Capítulo III do Título VIII, que prevê os Crimes contra a Incolumidade Pública.

CAPITULO I

Em que consiste o crime de “corrupção ou poluição de água potável”, definido no artigo 271 do Código Penal. *Elemento material do crime.* Para a caracterização dessa figura, é indispensável que a água sobre a qual recaia a poluição seja **potável**.

A água potável é objeto da tutela penal tanto no art. 270 como no art. 271 do Código Penal. No primeiro artigo, prevê-se a hipótese do seu “envenenamento”, isto é, adicionar-se a ela substância tóxica que, uma vez absorvida, determine alterações na saúde, podendo mesmo ocasionar a morte da pessoa que ingeriu a água envenenada.

No art. 271, cuida-se de "corromper" ou "poluir", delitos menos graves, porque importam em estragar ou sujar água, de tal forma que, embora não causem necessariamente a morte de quem a ingere, farão mal à saúde ou a tornam inadequada ao consumo humano. Eventualmente, pode a corrupção ou a poluição causar a morte de quem a absorva. Trata-se de crime de perigo abstrato.

Em qualquer das hipóteses acima, a água potável deve ser "de uso comum ou particular", mas atingindo sempre um número indeterminado de indivíduos (NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Vol. IX, pág. 107; HELENO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Vol. 3, pág. 841; FLAMÍNIO FAVERO, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Vol. 9, pág. 68; FRANCISCO DE PAULA BALDESSARINI, *Tratado de Direito Penal*, Vol. 9, pág. 95). Se se visasse atingir apenas um indivíduo ou um grupo limitado de pessoas, e somente este ou estas corresse o risco, não seria um crime contra a saúde pública, mas contra a pessoa, punível pelo art. 121 do Código Penal, atuando o agente com *animus necandi*.

Os crimes em análise podem ser dolosos ou culposos, variando as penas em razão do elemento subjetivo.

Na análise do art. 271, convém esclarecer que a materialidade do delito pode ser o ato de corromper ou de poluir.

Corromper é estragar, infectar, desnaturar a água, de tal forma que se torna inadequada ao consumo humano ou mesmo prejudicial à saúde. Poluir é conspurcar, sujar a água, deitando-lhe lixos, resíduos ou mesmo materiais que, embora não a infectem, tornam-na imprópria para o consumo. Derramar certa quantidade de tinta num curso de água pode não "corrompê-la", no sentido técnico, mas foi ela "poluída", pois conquanto a quantidade de tinta não faça mal à saúde, *in casu*, tornou-a inadequada ao consumo. Em muitos casos, entretanto, os termos praticamente se confundem, porque, infectando a água ou sujando-a, ficará ela imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

Os rios e cursos de água, em geral, como o ar, são bens de uso comum. Podem vigorar restrições, pelas leis administrativas e civis, em determinados lagos ou poços, dentro de limites fixados, mas, como regra, os cursos de água são "bens de uso comum para cujo consumo não vigora o princípio da exclusão" (FABIO NUSDEO, *Desenvolvimento e Ecologia*, pág. 73). Corrompê-los ou poluí-los constitui o crime do art. 271.

Outro fato que se observa na exegese do artigo em causa é que a água deve ser potável. Repetiu-se o disposto no Código Penal de 1890, não se tendo seguido, no Código de 1940, o modelo italiano (Código Penal de 1930), que excluíra o adjetivo. Permanece, pois, a exigência da potabilidade da água, isto é, que seja boa para beber, além de servir para cozinhar, isto é, entrar na elaboração dos alimentos. Deve ser água "própria para o consumo humano". O delito do art. 271 é exatamente torná-la imprópria a tal consumo ou, mais grave, torná-la nociva à saúde.

Em consequência desta análise, podemos concluir que o crime do art. 271 do Código Penal consiste em estragar ou sujar a água que se destina ao consumo humano por um número indeterminado de pessoas. O elemento material do delito é justamente o fato de desnaturar ou conspurcar essa água de uso comum ou particular. No quadro do Direito Penal vigente, é indispensável que a água, sobre a qual recaia a poluição, seja **potável**.

CAPITULO II

Que se deve entender por água potável, para os efeitos penais visados no referido artigo. A proteção penal alcança a água bioquimicamente potável, e abrange também a água de que se possam razoavelmente utilizar as populações ribeirinhas, ou seja, a “água que serve para beber e cozinhar”.

O conceito de “água potável” surge, em ecologia, e conseqüentemente em Direito, com dois aspectos: o primeiro corresponde à noção de água bioquimicamente pura; o segundo, não compreendendo essa pureza bioquímica, encerra, entretanto, a noção de água em condições de ser ingerida pelo homem, sem riscos para a sua saúde.

VINCENZO MANZINI (*Diritto Penale Italiano*, VI, pág. 346) explica por que o legislador italiano de 1930 excluiu a palavra “potável” do art. 439 do novo Código, e que já vinha do Código Zanardelli de 1889, pois:

“Le acque, considerate nell’art. 439, sono esclusivamente quelle destinate all’alimentazione umana, abbiano o non abbiano i caratteri bio-chimici della potabilità secondo la legge o la scienza.”

Para evitar discussões inúteis, o legislador peninsular retirou do código a palavra duvidosa, a fim de abranger também quaisquer outras águas, evitando lhes o envenenamento e a corrupção.

Tendo o Código Penal brasileiro de 1940 mantido a expressão “água potável” nos arts. 270 e 271, forçoso foi à doutrina e à jurisprudência brasileira adotar o segundo conceito de potabilidade, para uma correta interpretação e aplicação da nossa lei criminal.

Se se adotasse o primeiro conceito — água bioquímica e bacteriologicamente pura —, até o simples banhar-se num rio constituiria *infração penal*. Nem esse era o sentido do legislador, nem mesmo haveria possibilidade de aplicação da lei, já pelo número infinito de infrações cometidas, já mesmo pela impraticabilidade ecológica de uma tal justiça. Pois, como assinala DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, pág. 26):

“Somente 0,6% de água do planeta é potável e em certas áreas já se faz rarear...”

Como assinala FLAMÍNIO FAVERO (*Código Penal Brasileiro Comentado*, Vol. 9, pág. 270):

“Chamam-se potáveis as águas próprias para a alimentação, servindo para qualquer espécie de consumo (bebida, preparo de alimentos e bebidas etc.), podendo ser classificadas em águas de fontes e águas de abastecimento.”

Confirma essa exegese o Ministro NELSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, Vol. IX, pág. 107), ao dizer que:

“... água potável é a imune de elementos insalubres ou própria para beber, permitindo o uso alimentar (veja-se o art. 702 do Decreto nº 16.300, de 1923); mas não é necessário que seja irrepreensivelmente pura, bastando que seja ingerida habitualmente por indeterminado número de pessoas.”

Da mesma forma, outro grande intérprete de nossas leis penais, MAGALHAES DRUMMOND (*Comentários ao Código Penal*, IX, p. 111) escreve:

“Não nos parece que a expressão **potável** se possa, no caso, tomar na especial acepção de pureza e inocuidade bioquímica. Não é crível que o legislador cuidasse só da defesa da água assim potável, isso num País como o nosso, no qual, em geral, tanto deixa a desejar, desse ponto de vista, a água de beber.

... Assim, potável no caso, deve abranger não só a potabilidade bioquímica, mas também a potabilidade menos rigorosa, mas incomparavelmente mais encontrada no Brasil, e consiste em servir **para beber e cozinhar**, segundo a apreciação popular. Água de que se possa razoavelmente utilizar será “água potável”, para os fins da lei penal.”

É o que o II Plano Nacional de Desenvolvimento chama, no capítulo “Poluição Industrial e Preservação do Meio Ambiente”, de “água de boa qualidade”.

Não só a doutrina, mas a jurisprudência longamente firmada admite esse conceito de água potável. E o faz para aplicar sabiamente a lei penal, ao considerar, para a configuração do delito previsto no art. 271, que só será crime o lançamento de efluentes industriais e outros elementos conspurcadores em rios, se a água destes for “potável”, nesse entendimento de água boa “para beber e cozinhar”.

Na Apelação Crime nº 62.230, de Jaboticabal (*Revista dos Tribunais*, nº 301, pp. 84/86, de 1960), sendo apelante a Justiça Pública, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu:

“Embora provoquem os resíduos da industrialização da cana-de-açúcar atirados ao rio a poluição da água, tornando-a nociva à saúde pública, para a configuração do delito previsto no art. 271 do Código Penal, é imprescindível, porém, que se prove a potabi-

lidade da água e que seja ingerida habitualmente por indeterminado número de pessoas.”

Na Apelação Crime nº 88.713, de Paraitinga (RT, nº 379, pp. 120/121, de 1967) o mesmo Tribunal assim concluiu:

“Não se configura o delito do art. 271 do Código Penal se, por receber o rio, em outras localidades, resíduos de esgotos, não podem suas águas ser consideradas potáveis, quer na sua aceção técnica da água bioquimicamente potável, quer no sentido de potabilidade consistente em servir para beber e cozinhar.”

Acórdão idêntico foi proferido na Apelação Crime nº 42.283, de Piracicaba (RT, nº 263, pp. 59/67, de 1957), onde, na parte decisória se declara:

“As águas do rio Piracicaba, conforme as testemunhas de fls., recebem, *in natura*, os resíduos das cloacas das cidades de Campinas, Americana, Santa Bárbara d’Oeste, e, nesse caso, as águas desse rio não podem ser consideradas potáveis, quer na aceção técnica de água bioquimicamente potável, quer no sentido de potabilidade consistente em servir para beber e cozinhar.”

No **Habeas Corpus** nº 44.710, de Piracicaba, em que foi impetrante Dante Delmanto e pacientes Lino Morganti e outros (RT, nº 238, pp. 72/86, de 1955), numa das mais longas e importantes decisões na matéria, no Direito brasileiro, foi estabelecido:

“Referindo-se a “água potável”, em seu art. 271, a Lei Penal vigente não abrange, apenas, as águas de pureza e inocuidade bioquímica, mas, também, aquela de que as populações de nossas cidades, em geral, se servem, as populações ribeirinhas, os moradores das zonas rurais, pouco importando — como nota BENTO DE FARIA — que seja recolhida em poços, cisternas ou açudes, filtrada ou não, ou fornecida mediante distribuição, seja pública ou particular.”

Podemos, assim, com base em todas as autoridades citadas e na jurisprudência de nossos tribunais, afirmar que, “para os efeitos penais visados no art. 271 do Código Penal, deve-se entender por “água potável”, não apenas a água bioquimicamente potável, mas também a água de que se possam razoavelmente servir as populações ribeirinhas, ou seja, a “água que serve para beber e cozinhar”.

CAPITULO III

O lançamento de poluentes em águas já intensamente poluídas constitui crime em tese? Em sendo negativa a resposta, haverá crime quando tais águas sejam, consoante nova terminologia, potencialmente potáveis?

É tranqüila a doutrina penal, assim como a jurisprudência, no sentido de entender que não haverá crime, nos termos do art. 271, no despejo de

poluentes em águas já poluídas. A condição legal é de que a água seja “potável”. Um curso de água já poluído nunca será objeto da tutela penal, segundo a lei penal vigente. Tão-só as penas administrativas podem ser aplicadas a quem lançar poluentes em águas já poluídas, pois a legislação administrativa, em quase todos os Estados, é taxativa na proibição de se lançarem efluentes poluídos em rios ou lagos, aumentando sua poluição. O mesmo se poderá dizer dos poluentes do ar e do som, que merecerão a sanção administrativa, mesmo que a atmosfera local já esteja grandemente contaminada, ou os ruídos da área já sejam insuportáveis. Não se deve aumentar o mal que já domina o ambiente.

Mas, para os efeitos penais, com a lei vigente, só pode ser crime a poluição de “água potável”. Talvez isto seja uma falha; pois o legislador de 1969 quis corrigir o defeito, mas viu-se frustrado com a revogação do Código Penal promulgado naquele ano.

Na *Revista dos Tribunais*, vols. 263/59 e 347/69, de 1966, encontram-se acórdãos que corroboram este ponto de vista. Citamos um exemplo magnífico, colhido na *Revista dos Tribunais*, 379/120:

“... Na verdade, a prova trazida para os autos, principalmente o laudo do Instituto Adolfo Lutz, subscrito por técnicos, nos dá conta de que a água, quando chega à propriedade do apelado, já vem poluída. Se tal ocorre, não se pode afirmar que o apelado tivesse cometido o delito pelo qual foi denunciado... A lei pune quem corrompe ou polui água potável, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde. Não se configura, porém, o delito, se receber o rio, em outras localidades, resíduos e esgotos...”

Em outro julgado, na Apelação Criminal nº 88.940, de Ribeirão Bonito (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, vol. II, p. 306, de 1966), assim se pronunciaram os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal:

“Acordam, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Abriu-se inquérito policial para apuração da responsabilidade do apelado, que teria infringido o art. 271 do Código Penal. Ordenou ele que se derramasse no rio Boa Esperança do Sul apreciável quantidade de substância tóxica, ocasionando a morte dos peixes da região. Afinal o Dr. Promotor deixou de oferecer a denúncia e opinou pelo arquivamento do inquérito, porque as águas do citado rio não são potáveis. A decisão é mantida, de acordo, aliás, com o parecer do Dr. Procurador da Justiça.”

Claro está que o poluidor, embora de águas já poluídas, poderá ter uma penalidade administrativa. Como é dever universal lutar contra a poluição, não deveria ele aumentar o grave problema ecológico da região.

Na sua obra monumental *Derecho Ambiental*, RAMON MARTIN MATEO (Madrid, 1977, p. 98) distingue perfeitamente as medidas repressivas aos que descumprem as normas ambientais. Aplicam-se sanções administra-

tivas (multas, suspensão de atividades e, extremamente, o fechamento definitivo de instalações) ou penais (multas penais ou privação da liberdade). Sugere, ainda, a adoção de medidas dissuasórias, que incitem os infratores a abandonar as práticas contrárias ao equilíbrio ambiental, e medidas compensatórias, que obriguem os causadores da poluição a financiar instalações que eliminem ou atenuem a contaminação.

Pode-se indagar se haverá crime quando tais águas já poluídas sejam **potencialmente potáveis**. Isto é, será crime lançar efluentes poluidores num rio de águas poluídas, se estas forem “potencialmente potáveis”?

Com essa expressão estar-se-ia dizendo que as águas já poluídas fossem recuperadas em sua higidez, através dos métodos que a tecnologia cria para “despoluir” a água.

Inicialmente, devemos dizer que em nenhum dos tratados, ou literatura jurídica de vários países, que consultamos, encontramos essa terminologia “potencialmente potáveis”. É um neologismo que não se adapta à linguagem do Código Penal brasileiro.

Em princípio, todas as águas poluídas são recuperáveis. Vi, pessoalmente, em Lisboa, Portugal, o excelente sistema de decantação das águas do rio Tejo, que traz resíduos e despejos desde o centro da Espanha, chegando poluídíssimas à Capital portuguesa. A tecnologia aplicada, nos vastos tanques de decantação, é tão perfeita que a água distribuída, depois, à população pode ser tomada diretamente das torneiras domésticas, sem necessidade de filtragem.

Em muitas cidades brasileiras, há estações de tratamento de águas captadas dos rios, transformando-as, de poluídas, em águas de boa qualidade para o consumo da população.

No Estado de São Paulo, há mesmo um acórdão do Tribunal de Justiça, de que foi relator o Desembargador THOMAZ CARVALHAL (Recurso *ex officio* nº 74.750, de 1962), afirmando:

“... Por outro lado, como acentuou bem a sentença, as águas da grande represa Billings somente são potáveis depois de conveniente tratamento...”

Em síntese, todas as águas são potencialmente potáveis. A tecnologia moderna conhece e aplica inúmeros recursos para a recuperação da potabilidade da água. Se o legislador brasileiro quisesse admitir a extensão da figura criminal do art. 271 a esse extremo — poluir águas poluídas, mas potencialmente potáveis — poderia dispensar o adjetivo “potável”. Nesse sentido, todas as águas o seriam. Mas não fez assim. Poderia alguém querer criar uma figura de punição por analogia: potável e potencialmente potável. Mas isto é vedado pelo art. 1º do Código Penal e pelo princípio da tipicidade adotado pelo legislador brasileiro. Só é crime o que está tipificado na lei penal.

Assim sendo, concluo que o lançamento de poluentes em águas já intensamente poluídas não constitui crime nenhum, pois a lei exige, para a configuração do delito, que a água seja "potável". Acrescento que não há absolutamente crime se o poluente for lançado em águas "potencialmente potáveis", expressão inaplicável à exegese do art. 271 do Código Penal.

CAPITULO IV

A jurisprudência pátria não tem registrado casos de denúncias ou condenações de autoridades locais, pelo fato de autorizarem o lançamento, *in natura*, dos esgotos domésticos em águas não potáveis mas consumidas pelas populações ribeirinhas após adequado tratamento.

A que se deve essa abstenção do Ministério Público e do Poder Judiciário?

As preocupações com a ecologia não são, nem podem ser, de cunho meramente ético-filosófico. É a douda opinião de FÁBIO NUSDEO (*op. cit.*, p. 17), que acrescenta:

"Elas, na verdade, têm a ver com o sistema no seu todo, o qual no dizer de BOULDING poderia ser chamado de **ecosfera**. Esse conceito abarcaria não apenas os fluxos de bens transformados pelas atividades de produção e consumo, como também os fluxos extra-econômicos gerados por tais atividades e, ainda, os estoques da **biosfera** no que se refere aos materiais exauríveis, isto é, não renováveis que ela guarda."

A **ecosfera** abrangeria todos os aspectos da natureza, incluindo as relações do homem com todo o seu meio ambiente. A **biosfera** é constituída de todo o sistema vital, dos vegetais e bactérias até o próprio homem. A **noosfera** é o mundo mais restrito do ser inteligente e afetivo, em grau superior, que é o homem, tomado em relação aos demais aspectos ecológicos.

Os problemas, conseqüentemente, são de âmbito universal. "A preservação do ambiente é dever de todos", já dizia PAULO AFFONSO LEME MACHADO, em seu trabalho "Urbanismo e poluição", *cit.*, e acrescentava: "... todos, não só no setor privado como público. Ninguém pode omitir-se desse dever". Em outro trabalho ("Poluição por resíduos sólidos", *cit.*, RT, 485/32, de 1976), observava:

"Não só os particulares, como as autoridades municipais devem ser responsabilizadas por atividades poluidoras, sendo de se destacar o art. 19, § 2º, da Lei nº 6.503, de 22-12-72, do Estado do Rio Grande do Sul: "A Administração Municipal, dentro de sua jurisdição, será diretamente responsável pela contaminação ou poluição de águas ou áreas territoriais conseqüente ao lançamento de resíduos sem prévio pronunciamento da Secretaria da Saúde, não excluída a responsabilidade de terceiro."

Não obstante a clareza do raciocínio, publicado em órgão de ampla divulgação jurídica no País, como é a **Revista dos Tribunais**, e não obstante a definição legal do crime de poluição, que não isenta de modo nenhum as autoridades, é fato notório que a jurisprudência pátria não tem registrado casos de denúncias ou condenações de autoridades locais pela sua contribuição à poluição ambiental, seja de forma autorizativa (como permitir o lançamento, *in natura*, dos esgotos domésticos em águas não potáveis, mas consumidas pelas populações ribeirinhas, após adequado tratamento), seja de forma direta, ao despejar em rios ou bacias hidrográficas esgotos sanitários e outros resíduos.

Caberia ao Ministério Público oferecer a denúncia correspondente a cada caso verificado (e a imprensa publica quase todos os dias esses fatos), bem como ao Poder Judiciário tomar conhecimento dos casos e aplicar aos responsáveis as sanções legais.

Só se pode entender o silêncio dessas autoridades forenses, por não terem ainda a plena consciência do imenso drama que a todos nós envolve, com responsabilidade efetiva no campo de atuação social de cada indivíduo.

Por isso, concluo que, até o limite de minhas pesquisas, a jurisprudência pátria não tem registrado casos de denúncias ou condenações de autoridades locais, pelo fato de autorizarem o lançamento, *in natura*, dos esgotos domésticos em águas não potáveis mas consumidas pelas populações ribeirinhas após adequado tratamento. Tal abstenção do Ministério Público e do Poder Judiciário parece advir da falta de uma conscientização plena das responsabilidades individuais de cada integrante do grupo social na luta pela preservação ambiental.

CAPÍTULO V

Os penalistas responsáveis pela elaboração do Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-1969, modificado pela Lei nº 6.016, de 31-12-73, afinal recentemente revogado) ter-se-iam convencido de que a figura definida no art. 271 do vigente Código Penal teria âmbito excessivamente restrito, tornando-se necessária, para uma tutela mais eficiente do bem jurídico aí contemplado, a criação de uma nova figura de contornos mais amplos, onde não se fizesse referência à potabilidade da água? Qual foi a figura criada em 1969?

Apraz-me, como Revisor Final do Anteprojeto do Código Penal de 1969, dar o testemunho dos esforços desenvolvidos pela Comissão Revisora, sob a presidência de NELSON HUNGRIA.

É certo que no seu Anteprojeto (edição de 1963), ainda o grande penalista se limitava a reproduzir, com pequenas diferenças no primeiro

artigo, o disposto nos arts. 270 e 271 do Código de 1940, que tomaram os números 294 e 295. Neles, além da substância alimentícia ou medicinal, só se tutelava penalmente a “água potável”.

Embora a redação do art. 270 tivesse sido realmente melhorada, sentiu-se que os dispositivos legais propostos não atendiam a todos os reclamos da sociedade, no tocante ao crescer da onda poluidora que atingia o País, em pleno desenvolvimento industrial.

Grandes debates se estabeleceram e até uma linguagem nova surgia, com siglas próprias, nas publicações especializadas, visando difundir problemas e situações novas, que impunham modificações também no sistema jurídico. Termos e expressões técnicas passaram para o domínio comum, como autodepuração, bactéria coliforme, carga poluidora admissível, *Escherichia coli*, e siglas que passaram a encher páginas de revistas especializadas, como DBO (demanda bioquímica de oxigênio), DQO (demanda química de oxigênio), DTO (demanda total de oxigênio) etc.

Introduziu-se, então, o art. 303 (mais tarde renumerado para 300, pela Lei nº 6.016, de 31-12-1973) com a seguinte redação:

Art. 303. (renumerado para art. 300) — Poluir lago, curso de água, o mar ou, nos lugares habitados, as praias e a atmosfera, infringindo prescrições de lei federal:

Pena — reclusão, até três anos, e pagamento de cinco a vinte e cinco dias-multa.

Tivemos que adotar essa redação, não falando mais em “água potável”, tendo em vista as alternativas propostas: ou se suprimia a palavra “potável” dos arts. 299 e 301 (antigos 270 e 271), ou se introduziria um artigo especial para abranger matéria não incluída nestes. Adotou-se a fórmula da inclusão do novo artigo. Concorria para isso o Projeto de uma nova Lei de Contravenções Penais, desta se retirando toda a matéria de poluição para encaixar no Código Penal o novo artigo citado.

De fato, não era possível deixar a matéria de poluição apenas no terreno contravencional. Não valeria a pena, outrossim, retirar os dispositivos que falavam em “água potável”, pois já haviam entrado nos usos e praxes da vida nacional, com muitos correlatos no Direito Administrativo, quer de âmbito federal, quer de âmbito estadual e até municipal. A rubrica marginal ficou como “Poluição de Fluidos”, uma vez que este último termo abrange líquidos e gasosos (MORAES, AULETE, AURÉLIO).

Esta inclusão mereceu elogios, como o de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, em seu trabalho sobre “Apontamentos sobre a repressão legal da poluição” (RT, 458/279-287, de 1974). Outros autores, ao tratarem da preservação ambiental, continuaram salientando a necessidade jurídica de maior tutela para o mundo em que vivemos presentemente. Assim, PETRÔNIO PORTELLA, no exercício da Presidência do Senado Federal, abrindo a VIII

Reunião do Conselho Central da União Internacional dos Magistrados (Rio, 1971), assim se exprimiu:

"... É de ver-se, pois, a importância do meio como elemento condicionador das ações humanas. Meio físico ou social a que o indivíduo se amolda, até por imperativo inconsciente de sobrevivência. Amolda-se mas não se submete a ele; antes o comanda, direta ou indiretamente, em consciência ou por intuição... Segundo um conceito de RENE WORMS, para a sociedade, o meio é o mundo físico no qual está ela colocada e subsiste, o meio, para o indivíduo, compreende, ao mesmo tempo, esse mundo físico e também a sociedade." (Boletim da Associação dos Magistrados Brasileiros, Brasília, 1971.)

O Ministério do Interior premiou um trabalho do universitário CHARLES VAN HOMBEECK JÚNIOR sobre os aspectos legais que regem a política brasileira para PRESERVAÇÃO E USO DOS RECURSOS DE ÁGUA E SOLO, onde se lê (p. 33):

"O que a lei veda é a transformação da água potável em água imprestável aos fins a que se destina. Não importa a causa, a substância ou o modo pelo qual se piorou o estado natural da água. No sentido que a lei usa a expressão POLUIR, ela abrange a inutilização total ou parcial, a corrupção, a conspurcação e a contaminação da água por qualquer modo ou agente."

Na sua mensagem à VIII Reunião de Magistrados, em Brasília, 1971, no COLÓQUIO SOBRE O JURISTA E OS PROBLEMAS DO AMBIENTE, o Embaixador do Senegal assim se expressou:

"Nous désirons tous le développement, dont la technologie est l'instrument, par excellence. Mais nous ne pouvons pas admettre que l'instrument devient un but, en soi, au point de menacer le milieu vital. Il faut que l'obsession du développement économique, le désir démesuré de richesses nouvelles ne détruise pas l'admirable création naturelle de l'environnement dont l'homme fait partie bien que sur un plan plus élevé, dirigé par la sphère de l'esprit, cette **noosphère**, qui est au dessus de la **biosphère**."

Não era possível ao jurista brasileiro ficar nas limitações do Código de 1940. A introdução do dispositivo que tomou o número de art. 300 do Código Penal de 1969 era um imperativo para a Comissão Revisora.

No tocante à crítica de alguns que o texto do art. 300 limitava o crime de "Poluição de Fluidos" às infrações de prescrições de lei federal, não incorporando ao seu texto as prescrições de leis estaduais e municipais, deve-se responder que a crítica não procede. A legislação local continua em vigor, com penalidades administrativas dos Estados e Municípios. Mas o Código Penal é lei federal. Complementá-lo com dispositivos diferentes da legislação estadual poderia dar origem a que determinadas infrações seriam crimes em um Estado, mas não o seriam em outro. Isto é incabível no sistema le-

gislativo brasileiro. Por isto, a Comissão Revisora manteve a frase: "... infringindo prescrições de lei federal".

Dou, assim, o testemunho histórico de que a Comissão Revisora do Anteprojeto NELSON HUNGRIA, ao elaborar o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-1969), teve em conta que os dispositivos dos arts. 270 e 271 eram por demais restritos, tornando-se necessária, para uma tutela mais eficiente dos bens jurídicos aí contemplados, a criação de uma nova figura criminal de contornos mais amplos, onde não se fizesse referência à potabilidade da água. A figura criada foi a do art. 300, com o crime de "Poluição de Fluidos".

Deve-se observar que a revogação do Código Penal de 1969, pela Lei nº 6.578, de 11-10-1978, criou uma série de anomalias na nossa legislação criminal. Mantendo em vigor o Código Penal Militar da mesma data, submeteu os cidadãos brasileiros a dois critérios de tratamento, que são colidentes. Sobre isto, o Prof. DELIO MAGALHAES tem escrito substanciosos artigos, em *A Gazeta*, de Vitória-ES (vide o nº de 8-3-1979). Foram mantidas as penalidades no Código Penal Militar, como grande conquista do direito criminal moderno. E excluídas as mesmas da previsão legal do direito penal comum.

Entre as mais graves falhas está o haver deixado sem proteção penal os cursos de água, mesmo poluídos, contra o aumento da poluição. Ficaram tutelados pelo Código Penal de 1940, que continuou em vigor, apenas os casos de "água potável".

Com a vigência do Código Penal de 1940, continuam sem ser crimes os despejos de efluentes industriais em águas já poluídas. Poderão os agentes receber sanções administrativas, mas jamais as de ordem penal.

A matéria penal é taxativa. Ou consta de lei penal e é crime, ou não consta, e não será crime. É o estatuído no art. 1º do Código Penal:

Art. 1º — Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

É o princípio da anterioridade da lei penal, também chamado princípio da reserva legal.

Podem as condições administrativas, ou suas previsões punitivas, ser as mais sérias e graves. Não terão nenhuma repercussão em sede penal.

Mesmo no caso de haver uma licença, na ordem do Direito Administrativo, que conceda autorização para o despejo de efluentes poluidores num rio, ela não terá efeito modificador do estabelecido na lei penal. Ao contrário, poder-se-ia concluir que, se uma autoridade autorizasse o despejo de poluentes em águas potáveis de um rio, seria ela co-autora do delito previsto no art. 271. A autoridade administrativa só poderá, diante da lei penal, autorizar tais lançamentos, a título precário ou não, em águas já poluídas. A eficiência dos equipamentos de controle de poluentes nunca poderá ser verificada com infração do Código Penal.

Crimes do automóvel

J. DIDIER FILHO

Magistrado. Professor da Faculdade de
Direito Cândido Mendes.

SUMÁRIO

1. Os transportes. 2. Expansão. 3. Traços históricos. 4. A roda. 5. A velocidade. 6. Conseqüências. 7. Religião. 8. O Direito. Os transportes e a lei. 9. Ministério dos Transportes. 10. Transportes urbanos e rodoviários. 11. Legislação administrativo-policial e penal. 12. Legislação administrativo-policial. 13. Crítica. 14. Realce de dois dispositivos do CNT. 15. Lei penal. Sanções. 16. Pena acessória. 17. Reminiscências. 18. De jure condendo. 19. Processo Penal. Ominoso rito breve. 20. Doutrina. 21. Jurisprudência. 22. Crimes do automóvel.

1. Os transportes

Sabe-se que “um adequado sistema de transportes é tão necessário à vida de uma nação, como é o aparelho circulatório para a vida do homem”.

São os transportes de imensa importância econômica, social, cultural, política e militar, por isso que a circulação dos indivíduos, das mercadorias e das informações multiplica as oportunidades de contatos econômicos e sociais entre os homens, constituindo o mais poderoso fator de progresso e um dos principais índices do grau de civilização de um povo (*Os transportes no atual desenvolvimento do Brasil*, coord. do Gen. João Batista Peixoto, Biblioteca do Exército — Editora, RJ, 1977).

2. Expansão

Há, no mundo inteiro, uma enorme expansão de transportes nas mãos de grandes empresas particulares ou do Estado. “E, na atualidade, qualquer pessoa pode dispor de meios de transporte rápidos e ilimitados.”

3. Traços históricos

Registra o Prof. Lima Guimarães que a história dos transportes abrange duas etapas perfeitamente definidas: a) a que precedeu a revolução industrial, em que somente era aproveitada a força humana, a

dos animais, das correntes de água e dos ventos; e b) a que se iniciou quando o vapor, a eletricidade e as máquinas de combustíveis se generalizaram como força motriz.

4. A roda

De relembrar que, do primitivo emprego de troncos de árvores colocados à maneira de cilindros, sob as cargas mais pesadas, a fim de tornar o transporte menos penoso, evoluiu-se para a invenção da roda (do lat. *rota*, cuja noção se exprime por substantivos pertencentes a raízes com o significado de *circular*, correr). E os veículos com rodas impuseram a necessidade de estradas especiais para facilitar o transporte a distâncias consideráveis.

5. A velocidade

“Quanto mais rápidos, freqüentes, fáceis e seguros forem os agentes da circulação, tanto mais adiantada será a civilização. Ainda mais perfeita a recíproca dessa afirmação, *i.e.*, quando mais adiantada uma civilização, mais rápidos, freqüentes, fáceis e seguros os seus agentes de circulação.” (*Os transportes passam.*)

“A velocidade suprime o tempo.”

E sobre o demônio da velocidade, assim se expressou o cientista francês Pierre Rousseau (*Histoire de la vitesse*):

“Quer queiram, quer não, a velocidade existe: é uma amante que nos custa os olhos da cara, que nos rala e nos devora, mas que nos atrai irresistivelmente, e à qual, apesar dos nossos ares agastados, nos abandonamos, com aprazimento e serenidade. Dela, a humanidade, desde remotas eras, está possessa, e a ela tem servido, de melhor vontade, o progresso técnico. Cresce em progressão geométrica.”

6. Consequências

Nos albores da segunda década deste século, o então 5º Promotor Adjunto do Distrito Federal, Ademar Tavares, pronunciava, no Palácio da Polícia, erudita e memorável conferência: “O automóvel perante a Justiça Criminal”, acentuando que se tratava de “um grito junto ao clamor que vem levantando esse novo veículo do crime culposo, o automóvel, tão complicado, tão delicado na sua entrosagem, tão delicioso e terrível nos seus efeitos”. Dizia ser o Rio “a cidade infernal dos desastres”, e citava um jovem cronista que assim parodiava Bilac:

“Os autos matam e dizimam tanto
Como as inundações e como as pestes.”

Ademar Tavares e Frutuoso de Aragão figuram como penalistas pioneiros no trato dos “delitos do automóvel” (expressão por ambos adotada).

“A velocidade suprime o tempo”, mas “dans certains cas, le temps gagné ne se rattrape jamais” (André Frossard).

Quase trinta anos depois verberava Mestre Hungria (em referência especial aos “crimes do automóvel”, no vol. V dos seus *Comentários ao Código Penal*, de 1942, pág. 166, nº 35):

“São assustadoras as estatísticas dos sinistros automobilísticos.

O automóvel tornou-se um autêntico flagelo: mata mais que a **peste branca** ou a **peste céltica**.”

Passados outros trinta anos, já o então professor Waldyr de Abreu, versando sobre “Temas fundamentais dos Códigos do Trânsito” (publicação do Instituto de Pesquisas Rodoviárias, em 1971, e cuja leitura deve ser associada a trabalho contemporâneo do mesmo autor, *A técnica legislativa como fator de vulgarização do trânsito*), acenou com um filete de otimismo:

“A segurança do trânsito rodoviário não é uma batalha perdida.”

Mas recordou, logo após as palavras de Edgard Pisani, Ministro de Estado na França (1966):

“Somos assassinos por imprudência, fadiga, vaidade, pressa excessiva, imperícia, e cada segunda-feira nos dá o balanço da mortandade. Mas o decurso do dia nos traz seu quinhão de preocupações e de tudo esquecemos para retornar à estrada, com risco, desta vez, de sermos as vítimas. Impossível admitir que se fique de braços cruzados vendo o perigo crescer, quando já é intolerável.”

Parece que se tornou crônica e alarmante aquela espécie de “gri-erie” que acometia os **chauffeurs** na Europa como no Brasil — no desabafo de Adalberto Garcia, evocado por Ademar Tavares (conf. cit.).

A lúgubre safra dos acidentes de trânsito suscitou o humor negro de Ludovic O’Followell:

“Bem a propósito do automóvel pode-se dizer: **les morts vont vite**.”

Video meliora proboque, deteriora sequor: “vejo o bem, aprovo-o e faço o mal” — palavras que Ovídio pôs na boca de Medéia in *Metamorfoses*, liv. VII.

7. Religião

A hierarquia eclesiástica, na sua missão de ensinar e interpretar autenticamente os princípios de ordem moral que devem ser seguidos nos assuntos temporais, a partir da Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, alertou os homens para a observação de certas obrigações sociais, como as leis de trânsito (G. S., nº 30).

O Papa Paulo VI, explicando aquele particular aspecto da Constituição Pastoral, adverte que o progresso nessa esfera, apesar de toda a boa vontade, é freqüentemente negligenciado, e acrescenta que o problema se agrava quando a vida corre perigo, mediante o desafio aberto à lei — a temeridade e a imaturidade psicológica e moral.

O clero, no mundo inteiro, manifesta-se iterativamente sobre o cumprimento dos deveres do trânsito. O Cardeal-Arcebispo de Porto Alegre, D. Vicente Scherer, estigmatiza o egoísmo como pecado capital no tráfego. E o Cardeal-Arcebispo do Rio de Janeiro, D. Eugênio Sales, frisa que “o automóvel, criado para aproximar os homens e reduzir as distâncias, é desvirtuado, em grande parte, por culpa humana, e torna-se um instrumento de morte”.

Empeçonha a vida moderna uma crise de solidariedade, impregnando, igualmente, o trânsito.

8. O Direito. Os transportes e a lei

Ubi dolor, ibi digitus (onde há dor, aí pomos o dedo).

Fomentam os transportes inúmeras questões no universo jurídico: no Direito Internacional, a aplicação dos tratados e convenções internacionais; no Direito Constitucional, a competência da União na planificação nacional dos transportes (art. 8º, XI, XII, XV, c e d); no Direito Administrativo, a culpa administrativa, a exploração direta dos transportes pelo poder público, ou através de concessões deste a empresas particulares; no Direito Comercial, a estrutura jurídica de tais empresas; no Direito do Trabalho, tudo que concerne às relações das empresas com os respectivas empregados; no Direito Civil, o vasto campo da responsabilidade civil, do contrato de transporte etc.; no Direito Penal, a responsabilidade penal com implicações no Código de Processo Penal, a exemplo do Livro I, Tít. IV, do CPP.

9. Ministério dos Transportes

De acordo com o artigo 8º e incisos já citados da Constituição Federal, compete à União a planificação nacional dos transportes. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre as matérias ali indicadas (art. 43 da Constituição).

A linha de ação do Governo naquela área denomina-se política de transportes.

A coordenação dos diferentes sistemas de transportes de superfície (terrestres e aquaviários), assim como a participação na coordenação desses sistemas com os transportes aeroviários, compõem as atribuições do Ministério dos Transportes, instituído em 1967, com o desmembramento do antigo Ministério da Viação e Obras Públicas. E o Conselho Nacional de Transportes, órgão daquele Ministério, formula a política de transportes.

Através da Empresa Brasileira de Transportes Urbanos (EBTU), o Governo Federal vem dando prosseguimento à implementação da política de transportes urbanos, dentro das diretrizes que se traçou.

10. Transportes urbanos e rodoviários

Transportes urbanos

O processo de urbanização do País prossegue, em ritmo extremamente acelerado, “gerando grandes distorções na distribuição espacial das cidades” e, conseqüentemente, gravíssimos problemas viários metropolitanos (esclerosamento das principais artérias, com saturação crescente de sua capacidade de tráfego, bem próxima a uma situação crítica, em prejuízo do desenvolvimento econômico e da própria ordem social, *v.g.*, congestionamentos de trânsito crônicos, desperdício de tempo de milhares de cidadãos úteis, consumo desnecessário de combustível, poluição do meio-ambiente, neuroses e desajustamentos).

Diga-se de passagem que se cogita de fenômeno mundialmente observado.

Transportes rodoviários

Apesar do propósito de minorar a expansão da malha rodoviária federal, a partir da crise universal de energia, e das providências para a segurança dos transportes rodoviários, a rede pavimentada mantém-se, com algumas oscilações, qual proscênio de funestos acidentes.

Para a solução racional do problema, tanto no trânsito rodoviário como no urbano, busca-se harmonizar “os três elementos componentes do complexo-trânsito: homem-máquina-meio” (José Kritz).

11. Legislação administrativo-policial e penal

Normas administrativas

Objetivando a disciplina do trânsito, a técnica legislativa “procura tornar o condutor de veículo na via pública bem consciente dos seus deveres e convencido de que lhe interessa observá-los” — estabelecendo “normas relativas à circulação, garantia de segurança e fluidez do trânsito”. Por outro lado, visando a condução dos automóveis, “que constitui, na atualidade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa freqüente de eventos lesivos contra a pessoa” (Exp. de Motivos ao Código Penal, item 39), o Código prevê normas incriminadoras, associando-as à pena acessória.

12. Legislação administrativo-policial

Vigora, no campo administrativo, o Código Nacional de Trânsito, (Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, com sucessivas alterações). A lei é regulamentada pelo Decreto nº 62.127, de 16-1-1968.

Divide-se o CNT em 13 capítulos.

No Capítulo I, preceitua o art. 1º que “o trânsito de qualquer natureza, nas vias terrestres do território nacional abertas à circulação pública, reger-se-á por este Código”.

Define o § 1º:

“São vias terrestres as ruas, avenidas, logradouros, estradas, caminhos ou passagens de domínio público.”

Esclarece, a seguir, o § 2º:

“Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas ao trânsito.”

Concernem os demais capítulos: à administração do trânsito (II); às regras gerais de circulação (Cap. III); à circulação internacional de veículos (IV); aos sinais de trânsito (V); aos veículos (VI); ao registro dos veículos (VII); ao licenciamento dos veículos (VIII); aos condutores de veículos (IX); aos deveres e proibições (X); às infrações (XI); ao julgamento das penalidades e seus recursos (XII); às disposições gerais e transitórias (XIII).

Já o Regulamento enfeixa nove capítulos, na linha das disposições do Código.

Esses diplomas legais reúnem uma profusa série de dispositivos que “buscam regular as relações entre os homens em função dos veículos automotores, na defesa sistemática da ordem e da vida, finalidade precípua do direito” (Des. Darcy R. Lopes Ribeiro).

13. Crítica

Crítica o Prof. Waldyr de Abreu (*op. cit.*) o deficiente conhecimento dos códigos de trânsito, apesar de todo o esforço oficial e privado no sentido da vulgarização das regras fundamentais do trânsito. Combate a prolixidade e a exagerada complicação, preconizando mais simplicidade e precisão técnica, de modo a facilitar a compreensão dos usuários da via pública, dando-lhes plena consciência dos direitos e deveres.

14. Realce de dois dispositivos do CNT

Merece lembrado, em termos de originalidade, índole humanitária e educativa, o art. 123 do CNT (reproduzido no art. 233 do Regulamento) — excluindo a prisão em flagrante e a fiança, “se o agente socorre a vítima, deixando-o livre para posterior comparecimento perante a autoridade policial”.

Dita norma, *servatis servandis, mutatis mutandis*, reapareceu, posteriormente, no parágrafo único do artigo 291 da redação primitiva do revogado Código Penal de 1969, de onde foi eliminada por força das alterações introduzidas pela Lei nº 6.016, de 31-12-1973. Finalmente, a Lei nº 6.578, de 11-10-1978 (DO 13-10-78), revogou o Código Penal de 1969.

Mas a isenção da prisão em flagrante, no caso de prestação, pelo motorista, de socorro à vítima, permanece no artigo 2º do Anteprojeto

do então Ministro da Justiça, Dr. Alfredo Buzaid. E o art. 27 do anteprojeto da Comissão da Ordem dos Advogados Brasileiros (1973); a Emenda do Senador Accioly Filho (1975); e o art. 7º, § 2º, do Projeto de Lei nº 247, de 1979, do Deputado Christóvão Chiaradia (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 4-4-1979, pág. 1622), eximem de prisão em flagrante e de fiança o condutor de veículo na circunstância supra.

O segundo destaque do Código Nacional de Trânsito positiva-se no art. 77 (reproduzido no art. 159 do Regulamento), *in verbis*:

“O condutor condenado por acidente que tenha ocasionado deverá ser submetido a novos exames de sanidade e técnico, para que possa voltar a dirigir.”

Tal medida administrativa (proibição de dirigir como efeito da condenação, de que aliás não cuida o vigente Código Penal) é de suma importância para a solução do gravíssimo problema do mau uso do automóvel.

Infelizmente, como bem acentua Paulo Lúcio Nogueira (*Delitos do Automóvel*, Sugestões Literárias S/A, 4ª ed., 1978), os dispositivos do CNT e do seu Regulamento sobre o tema “não vêm sendo cumpridos pelos juízes, que, com raras exceções, comunicam às autoridades policiais para procederem a novos exames em motoristas condenados criminalmente. Por sua vez, também as autoridades policiais não informam aos juízes se realizaram, ou não, o exame, o que é lamentável, pois as próprias autoridades encarregadas deixam assim de dar cumprimento a um dispositivo salutar” (pág. 69).

Cumprе frisar que, na esfera administrativa, prescreve o § 1º do art. 77 do CNT que, “em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos neste artigo, a juízo da autoridade de trânsito”. E o § 2º acrescenta: “no caso do parágrafo anterior, a autoridade de trânsito poderá apreender a Carteira de Habilitação do motorista até a realização dos exames”.

15. Lei penal — Sanções

As medidas premonitórias e reativas contra os crimes do automóvel resumem-se, no Código vigente, às sanções dos artigos 121, §§ 3º e 4º; 129, §§ 6º e 7º (crimes de homicídio e lesão corporal culposos); 132 (eventualmente crime de perigo); 32, 34 e 35 da Lei das Contravenções Penais (falta de habilitação para dirigir veículos, direção perigosa na via pública e remoção e inutilização ou omissão de sinais de perigo).

16. Pena acessória

Além disso, vige uma pena complementar de incomparável eficiência: a pena acessória de interdição de direito, particularizada na “incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público (art. 69, IV, e seu parágrafo único, IV). “Com essa pena visa o Código, principalmente, a condução de automóveis, que constitui, na atuali-

dade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa freqüente de eventos lesivos contra a pessoa" (Exp. Motivos ao CP de 1940, item 39).

Grassa dissídio na jurisprudência a propósito da aplicação dessa pena (*Delitos do Automóvel* — Paulo Lúcio Nogueira, págs. 150-153).

Argúi-se, ainda, que a duração fixada para a pena (dois a dez anos) faz com que os tribunais a apliquem com parcimônia depois de terem fixado (após longos e infrutíferos debates) que tal pena não é obrigatória.

Parece, no entanto, que, ao invés de parcimônia, deveria imperar a justiça, tendo-se em vista a irrecusável preservação da pessoa humana — um dos mais relevantes objetos da tutela penal (Hungria).

Para grandes males, grandes remédios.

Diante das cifras verdadeiramente dramáticas e agressivas dos acidentes fatais, ou disseminadores de imensa legião de estropiados, "urge reforçar no espírito público a idéia da inexorabilidade da punição" (Exp. Mot. ao C. Penal).

17. Reminiscências

O revogado Código Penal de 1969, na sua redação primitiva, ampliava o elenco dos fatos puníveis, pertinentes ao trânsito, contemplando "a embriaguez ao volante", o "perigo resultante de violação de regra de trânsito" e "fuga do local do acidente" (este último eliminado pela Lei nº 6.016, de 1973).

Hoje prevalece, tão-somente, o Código Penal de 1940, com as modificações posteriores.

18. De jure condendo

O Anteprojeto Alfredo Buzaid, o Anteprojeto da Comissão da OAB e a Emenda do Senador Accioly Filho (vide Paulo Lúcio Nogueira, *op. cit.*, págs. 180, 185, 201), bem assim o Projeto de Lei nº 247/79, do Deputado Christóvão Chiaradia, enfrentam o problema, não só manipulando figuras típicas, senão também o respectivo e adequado procedimento.

O certo, porém, é que perdura, em ponto morto, essa questão de excepcional gravidade, apesar do clamor dos penalistas, e dos trabalhos já apresentados para dirimi-la ou atenuá-la.

19. Processo penal

Ominoso rito breve

A Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965, determinou que nos processos por homicídio e lesão corporal, informados por culpa em sentido estrito, fosse observado o rito breve das contravenções.

O objetivo do legislador teria sido abreviar o prazo do processamento da ação. Mas os efeitos de tal providência mostraram-se, realmente, funestos.

De fato o rito breve em tais casos é desaconselhável, desde que se trata de bens jurídicos bastante preciosos, como a vida e a integridade corporal (vide Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 1978, págs. 314-315). Na prática, o quadro está perfeitamente sintetizado, nas considerações do professor e magistrado, Dr. Manoel Pedro Pimentel:

“As autoridades policiais se queixam da tormentosa insegurança em que se viram lançadas, com a adoção do inquérito inquisitório-acusatório, cuja elaboração judicialmente impõe maior soma de responsabilidade àqueles que o presidem. O Ministério Público foi despojado da sua prerrogativa de *dominus litis*, com a nova forma procedimental, ficando o *ius actionis* reservado, praticamente, ao Delegado de Polícia e ao Juiz Criminal. Os advogados se queixam da insuficiência de garantia para a defesa. Os juízes sentem as conseqüências de todas essas inconveniências e mais, arcam com outras tantas que são peculiares à atuação jurisdicional” (*Delito do Automóvel*, Nogueira, 132).

O Promotor Nader Curi afirmou, em entrevista jornalística (5-11-72), que a Lei nº 4.611 é de total ineficácia, “e serve, quase sempre, para garantir a impunidade”.

O item 7 do Relatório da Comissão Especial da OAB registra dados estarrecedores sobre os índices de arquivamento e absolvições, sendo a média das condenações apenas de 3,5%. Nas Varas de contravenções, os processos por contravenções relacionadas com o trânsito seguem o mesmo ritmo, sendo que alguns juízes absolvem sistematicamente os processados por dirigir veículo sem habilitação (art. 32 da Lei de Contravenções Penais) se, entre a data do fato e a sentença, o réu obteve carteira de habilitação, fato, aliás, comum (*Revista de Informação Legislativa*, nº 38, Ano X, abril a junho de 1973, pág. 424).

A impunidade campeia tranqüilamente.

Ora, a impunidade constitui um dos mais poderosos fatores da criminalidade.

Impunitas peccandi illecebra (A impunidade é atrativo para o vício)
— Tab III, liv. II, Fedro.

20. Doutrina

“As idéias, opiniões, juízos, críticas, conceitos e reflexões” que os juristas expõem e defendem no âmbito da legislação do trânsito, de modo geral, refletem os termos do minucioso relatório elaborado pela Comissão Especial da OAB, a fim de estudar, sob feição jurídica, os problemas da condução de veículos no País (*Revista de Informação Legislativa*, nº 38, abril-junho de 1973, págs. 416 e segs.).

21. Jurisprudência

As oscilações da jurisprudência no julgamento de certas infrações penais atinentes ao trânsito público significam obstáculos à boa aplicação da lei.

Entre outros aspectos, podem ser trazidos à colação: a) o reconhecimento, ou não, do “perigo concreto” ou do perigo potencial” na contração do artigo 34 (“direção perigosa na via pública”); b) ainda em relação ao precedente dispositivo legal, a direção de veículos em estado de embriaguez; c) o reconhecimento, em certos fatos, de dolo eventual. Ora, a Exposição de Motivos ao Código Penal vigente estabelece, no item 13, a equiparação da culpa consciente à culpa inconsciente. Mas não se deve perder de vista que a mesma Exposição de Motivos elucida, pouco antes, que o dolo eventual é equiparado ao dolo direto, acrescentando: “é inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem *interesse nele*, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento” (Exp. Mot., item 13, 2º período).

Diante disso, é de palpitante evidência o dolo eventual nos casos de disputa de corrida de automóveis na via pública (pegas); de travessia, em velocidade desenfreada, de cruzamentos da via pública, desrespeitando sinais vermelhos (roleta paulista); da morte de alguém por motorista que tentou “tirar um fino” em grupo de pedestres etc.

Quem arrisca, quer.

22. Crimes do automóvel

Não se pode acoiar de inadequada essa expressão, visto como traduz um feliz *tropo* longamente utilizado pelos juristas, em que o *instrumentum sceleris* transpõe o seu próprio significado, para abranger a idéia do uso, pelo agente, do automóvel na prática do crime. Em síntese: o binômio “homem-máquina”.

Tais delitos são, aliás, incentivados por numerosos fatores (além dos já averbados), como os programas e propagandas anticulturais que invadem os lares (utilização abusiva dos meios de comunicação) formando homens robotizados, atingindo, quase sempre, a adolescência (“Crimes do progresso”, in *Teoria do Crime*, James Tubenchlak, Forense, 1978), e ainda pela sôfrega liberalização da política criminal. E o perigo cresce, quando já é intolerável (E. Pisani).

Talvez haja “une étrange satisfaction à toucher le fond du désespoir”, nas dobradas da qual “les tragédies des autres sont toujours d’une banalité désespérante” (Oscar Wilde).

E o homem, que traz dentro de si o mais rápido meio de transporte de toda a Criação — o pensamento —, parece não descobrir aquela coisa que somente a inteligência é capaz de procurar, e que por ela mesma, jamais encontraria; somente o instinto a encontraria, porém nunca poderia procurar — o homem não se socorre da intuição bergsoniana, que lhe daria a visão direta, pelo espírito, da máxima que a incomparável sabedoria dos romanos inscreveu na Lei das Doze Tábuas:

“Salus populi, suprema lex esto” (que a salvação do povo seja a suprema lei).

Panorama da política penitenciária nacional

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Assessora para Assuntos Penitenciários
Gabinete do Ministro da Justiça.

SUMÁRIO

- I – Introdução
 - II – Princípios
 - III – Instrumentos – normativos e de realidade
 - IV – Finalidades
 - V – Órgãos
 - VI – Considerações finais
- Anexos: – Recomendações básicas para uma programação penitenciária
- Recomendações mínimas para a formação de agentes prisionais

I – INTRODUÇÃO

O Ministério da Justiça, quando da sua criação, em 1822, teve, na área da sua competência, conforme a lei que o estruturou e organizou, a “inspeção das prisões”. Quando, proclamada a República, foi reformulado, em 1892, teve, na sua estrutura, uma “Seção de Segurança Pública, Guarda Nacional, Polícia, Presídios e Colônias Penais”. Em 25 de fevereiro de 1967, foi editado o Decreto-Lei nº 200, que “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências”. O art. 39 desse decreto-lei, dispendo sobre a área de competência dos Ministérios, inclui, na do Ministério da Justiça, “administração penitenciária”.

Logo se vê: da simples inspeção das prisões e, a seguir, inclusão nos assuntos objeto de uma seção, especificadamente presídios e colônias penais, a evolução chegou à amplitude de administração penitenciária. Com semelhante

expressão, essa competência do Ministério da Justiça adquiriu não só maior amplitude, como, também, mais substância.

O Decreto nº 64.416, de 28 de abril de 1969, dispendo sobre a organização do Ministério da Justiça, suas atribuições, competência e finalidade, à luz do Decreto-Lei nº 200/67, mencionava, no inciso IX, do seu art. 1º, "supervisão normativa e orientação, em todo o País, das providências referentes ao sistema penitenciário". No inciso VI, do art. 24, mencionava, entre os seus órgãos colegiados de natureza consultiva e deliberativa, o Conselho Penitenciário Federal (em que, nos termos do inciso I, do art. 81, foi transformado o Conselho Penitenciário do Distrito Federal). A competência do Conselho Penitenciário Federal, de acordo com a natureza do órgão (descrita no art. 30), entretanto, se revelou insuficiente, inadequada, para se ocupar das realidades e dos problemas que, no âmbito penitenciário, refletem as realidades e os problemas da vida nos tempos atuais. Muitas questões, de que em tempos anteriores não se tinha sequer idéia, escapavam à competência do Conselho Penitenciário Nacional e, igualmente, à competência de outro órgão do Ministério da Justiça, o Departamento Federal de Justiça, ao qual cabia — não como matéria penitenciária, mas como matéria de Justiça — a atinente à clemência presidencial.

Em 1971, foram atribuídos a uma Assessoria do Gabinete do Ministro os assuntos penitenciários referentes àquelas questões. Começou, então, a se esboçar uma Política Penitenciária, que se designaria como "do Ministério da Justiça", e que, só mais tarde, firmando-se, viria a ser qualificada de "Nacional". Inspirada, desde o seu germen, no moderno pensamento jurídico-penal e jurídico-penitenciário — que, não desprezando a contribuição das ciências naturalísticas (criminologia, ciência penitenciária, sociologia, psicologia etc.), dá-lhe acolhida, como dado de realidade, porém, que tem de ser conhecido e valorado, para a boa formulação normativa — e levando em conta as recomendações da doutrina e de congressos, procurou coordenar tudo com as realidades e problemas brasileiros, bem como as experiências novas (que vinham sendo feitas no País, válidas, embora talvez empíricas), sem esquecer, a par disso, de contemplar também as tradições nacionais.

Hoje, existe uma Política Penitenciária Nacional.

Ela tem princípios, instrumentos, finalidades e órgãos, o que não quer dizer que já esteja completa, acabada. Tratando-se, como se trata, de coisas da vida humana, ela é viva, o que significa que está em plena e contínua evolução.

II — PRINCÍPIOS

Entre os princípios expressos em textos normativos ou em documentos expositivos, figuram os seguintes:

1 — *A pena é, por natureza, retributiva do fato e punitiva do autor.*

Esse princípio não se resume, porém, nesse enunciado, literalmente. Para poder realmente concorrer com os demais princípios, é preciso ver a pena não só estaticamente, na noção da sua natureza; é mister vê-la dinamicamente, nas suas funções e finalidades. Com efeito, *a pena tem funções e finalidades, umas e outras éticas (principais) e utilitárias (acessórias).*

A função ética por excelência consiste na *emenda* do condenado. A pena deve ser meio, fator, ocasião, estímulo para que o condenado *se emende*, isto é, reconhecendo-se como autor material e moral do crime, em razão do qual foi condenado, assuma a responsabilidade por esse crime, bem como pela sua conduta atual, dispondo-se a não tornar a delinquir.

A finalidade ética consiste em *fazer justiça*. Realmente, a consciência ético-jurídica exige que aquele que descumpriu o dever-ser, transgredindo a norma penal e, assim, lesando, diminuindo, destruindo ou, pelo menos, pondo em perigo, certos bens jurídicos alheios, sofra por isso, seja punido, na proporção da transgressão cometida, com a sua gravidade, suas circunstâncias e consequências.

As funções utilitárias consistem na *intimidação* e na *defesa social*. Para aqueles a quem a motivação ética não é suficiente para impedir de cometer uma transgressão penal (mesmo na sua modalidade mais grave, que é o crime ou delito), a ameaça legal de pena e efetivas aplicação e execução hão de constituir um alerta, um contra-estímulo, produzindo *intimidação* suficiente para que não venham a delinquir. A pena estará funcionando como defesa social, tanto quanto, pela *intimidação*, deixarem de ser cometidos crimes que, aliás, o seriam; entretanto, também o estará, pela retirada, do ambiente social, daqueles delinquentes que são perigosos, privando-os da sua liberdade, com recolhimento a estabelecimento prisional, como o estará em decorrência da emenda de quaisquer delinquentes, perigosos ou não.

As finalidades utilitárias são a *prevenção geral* e a *prevenção particular*. A prevenção geral há de resultar principalmente da *intimidação*, exercida pela pena sobre todas as pessoas indistintamente; a particular é, mais propriamente, prevenção da reincidência, havendo de ser alcançada, primordialmente, pela emenda do condenado.

Está-se falando, é bem de ver, da pena, não se incluindo a medida de segurança, a qual, sanção penal embora, tem sua própria natureza, suas próprias funções e finalidades, nitidamente utilitárias, sem, no entanto, poder ela opor-se aos princípios ético-jurídicos.

2 — A privação da liberdade não é “a pena” por *antonomásia*, mas tão-somente uma forma de pena.

Realmente, desde que, no fim do século XVI, começou a ser usada, como pena, a privação da liberdade, com recolhimento a estabelecimento apropriado ou não, o pensamento foi se fixando nela como única forma de pena aceitável e plausível — humana. Os sentimentos e o entendimento passaram a repelir, como desumanas, desnecessariamente cruéis, algumas formas de pena, como, por exemplo, a de morte, a de mutilações, a de marca com ferro em brasa e outras. Entretanto, pouco ou nada eram entendidas como pena formas tais como a multa, a interdição de direitos, a suspensão do exercício de atividades. Desde há alguns decênios, porém, começou a fermentar a idéia de que, em muitos casos, a pena privativa da liberdade era excessiva, desnecessária e até contraproducente, motivo por que era preciso excogitar outras formas de pena, sem recolhimento a prisão. Para essa excogitação tem contribuído, sem dúvida,

a superlotação das prisões, com todos os seus graves problemas; entretanto, também tem tido importante papel a nova maneira de sentir as coisas da vida, e de pensar, suscitada e alimentada pelo novo estilo de vida trazido e até imposto pelos avanços da técnica e suas realizações.

Mais recentemente, a idéia veio se definindo, de modo que têm sido preconizadas, além da multa, formas de pena restritivas de liberdade, a serem aplicadas, aquela e essas, cumulativamente ou isoladamente. Entre essas, têm sido sugeridas as interdições de direitos e suspensão do exercício de atividades (já adotadas como penas acessórias, por algumas legislações, entre as quais o Código Penal brasileiro) e, mais acentuadamente, modalidades diversas de obrigações de fazer e de não fazer. Quanto à pena pecuniária, tem-se entendido que, dada a mentalidade de "consumismo", que é uma das características da época atual, ela poderá deveras ser sentida e entendida como pena, desde que cominada em termos que permitam seja bem dosadamente aplicada.

A Política Penitenciária Nacional não podia deixar de adotar essa nova orientação, o que fez com as convenientes e oportunas adaptações.

3 — *O preso (o condenado) é uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade.*

Esse princípio vem em terceiro lugar, nesta seqüência, por questão de lógica expositiva, tão-somente, e não de hierarquia axiológica. Em realidade, ele é o mais importante, o principal, pois que é ele que norteia e ilumina todos os demais.

Com efeito, visto e tratado o condenado, segundo a orientação devida especialmente à Escola Positiva de Direito Penal, como "indivíduo, sujeito passivo de tratamento", a pena, esvaziada do seu conteúdo ético-jurídico retributivo e punitivo, seria esse tratamento. Desse modo, proclamava-se que se humanizara a pena. Ora, fosse feito esse "tratamento" ou não o fosse (como mais frequentemente acontecia, caso em que a pena redundava em simples recolhimento a prisão), o que se verificava era, ao contrário, desumanização, pois que se despojava o condenado da sua condição de *pessoa* (reduzido que era a mero indivíduo — um composto biopsicológico). Não se pensava que o condenado tivesse um *status* jurídico próprio, configurado por direitos que permanecem apesar da sentença condenatória (em razão de cujos termos, outros foram suspensos) e direitos que nascem da mesma sentença condenatória, bem como os deveres correspondentes a cada um desses direitos, e a responsabilidade, sem a qual não se poderia falar em exercício de direitos e cumprimento de deveres. Pensava-se num tratamento (terapêutico — que se subentendia psiquiátrico ou, pelo menos, psicológico, educativo ou análogo), genericamente, para todos os condenados, como se todos precisassem de semelhante tratamento, como se todos tivessem perturbação da saúde mental (o que, segundo também se entendia, demandava o recolhimento à prisão, dos condenados, de modo geral). O pressuposto implícito era o de que constituía regra serem *todos os delinquentes* portadores de perturbação da saúde mental, ou de desequilíbrio, quando não de anomalia do desenvolvimento psíquico (ou biopsíquico), devendo-se comprovar as (raras) exceções.

Naquela fixação e nesse pressuposto, o trabalho executado por condenados, em oficinas ou ao ar livre, veio a ser denominado, indistintamente, *labor-terapia*; os estabelecimentos de cumprimento de pena, por sua vez, vieram a ter denominações tais como "Instituto de Reeducação", "Instituto de Readaptação Social", "Centro de Recuperação". Nesse andar, confundia-se a pena com a medida de segurança (que essa sim é tratamento, médico ou outro, adequado a cada caso), sendo tanto mais estranha a confusão feita na realidade, na prática, se a legislação penal distinguisse, como é o caso do Código Penal brasileiro, que distingue.

Pragmaticamente, verificou-se que, naqueles países cuja riqueza permitia ter seus estabelecimentos aparelhados para ser feito semelhante tratamento, bem como em estabelecimentos isolados que, em uns e outros países, tinham suficientes condições, os resultados desencantaram porque o número de reincidentes e de reincidências não diminuiu e, em certos casos, aumentou.

Entrementes, a preocupação com os direitos humanos, tão acentuada nos últimos decênios, sugeriu dúvida quanto à legitimidade de semelhante tratamento, preconizado para os sentenciados em geral, e quanto ao seu amparo jurídico. A partir daquela dúvida, chegou-se a que a consciência jurídica está repelindo, como atentatório aos direitos humanos, o tratamento (médico ou análogo) compulsório dos condenados, resultante de ser a pena considerada tratamento. Descobriu-se, ao mesmo tempo, que, inadvertidamente, se cometia o equívoco de pretender que o delinqüente, para não ser submetido a semelhante tratamento, tivesse saúde, equilíbrio e desenvolvimento biopsicológicos *ideais*, absolutos. E como não se verificasse esse ideal, sempre se descobria ou descobriria razão para tratamento, facilmente relacionado com o crime cometido (ou mesmo não cogitando de qualquer relação). A par disso, a saúde, o desenvolvimento e o equilíbrio biopsicológicos de todas as pessoas, de quaisquer pessoas, inclusive de qualquer um de nós, basta que sejam relativos, aceitando-se como natural, "normal", certa margem de perturbação da saúde, de restrição do desenvolvimento e do desequilíbrio biopsicológicos. Foi então reformulado, invertendo-se, aquele pressuposto atrás mencionado. Isto é, passou a ser no sentido de que todos os delinqüentes são — como todo mundo — pessoas portadoras de saúde, desenvolvimento e equilíbrio relativamente normais, e como tais devem ser tratados, devendo-se comprovar as exceções (merecedoras, então, de especial contemplação). Assim enunciado o pressuposto, tem, perfeitamente, guarida no Código Penal brasileiro — cujos termos são, pois, desatendidos, por aqueles que fazem ou pretendem fazer da pena mero "tratamento", para todos os delinqüentes, como se todos precisassem.

A reformulação propiciou a volta à noção de pena retributiva do fato e punitiva do seu autor: o Estado tem o direito de punir quem transgride a sua lei, mas a punição (a pena) deve corresponder à gravidade do fato e deve ser cominada, aplicada e executada de tal modo e em condições tais que possa estimular o condenado a, *responsavelmente*, dispor-se a não tornar a delinqüir. O Estado não tem direito de "recuperar" o delinqüente (condenado), mas tem, como contraparte do seu direito de punir, o dever de dar-lhe condições circunstanciais para que ele possa, exercendo direitos e cumprindo deveres do seu *status* jurídico de condenado, *emendar-se*, dispor-se, consciente e voluntariamente, a não tornar a delinqüir. O verbo *emendar-se* é reflexivo,

o que quer dizer que alguém só pode, ele mesmo, operar a própria emenda. Não pode "ser emendado" — sujeito passivo do verbo emendar, de que outrem seria sujeito ativo. Ou alguém se emenda, usando (ainda que, para isso, estimulado, como às vezes é mister que o seja), consciente e voluntariamente, as suas próprias reservas morais, ou não há emenda, mas simples condicionamento biopsicológico, fazendo caso omissso da componente ética, o que significa desumanizar o homem.

Os paladinos do "tratamento", ao invés de pena, proclamando que essa troca significava humanização da pena, não se apercebiam disso; não se davam conta da degradação do condenado, para simples indivíduo, não lhes ocorrendo sequer um vislumbre de idéia de que o condenado tivesse um *status* jurídico que, como o de qualquer pessoa, deve ser respeitado.

Fluindo a pena como "tratamento" (deveras ou supostamente), era ou seria ela tarefa dos especialistas — médicos (psiquiatras), psicólogos, criminólogos, sociólogos, educadores etc. — de que a Administração Penitenciária tinha ou teria de dispor. Não se cogitava da participação do juiz; quando muito, admitia-se que ele tivesse um papel puramente formal, quanto aos chamados "incidentes de execução", sendo que, conforme algumas legislações, nem isso lhe caberia, atribuindo-se esse papel à Administração ou a comissões técnicas.

No Brasil esse modo de entender foi alimentado por especialistas em ciências do homem, mas também por penalistas, chegando a influenciar não só a Administração Penitenciária, como a opinião pública, a mentalidade dos advogados e uma parte dos juízes e dos membros do Ministério Público, refletindo-se inclusive na linguagem usada para disfarçar a noção de pena, e até em certas leis isoladas. No entanto, segundo a tradição brasileira, desde o Código Criminal do Império, a participação do juiz devia ser mais constante e mais efetiva do que a da simples formalidade processual atinente aos incidentes de execução. Aquele modo de entender, entretanto, inspirou até mesmo uma interpretação restritiva do art. 668 do Código de Processo Penal (1941), que atribui a execução ao juiz (a ele cabendo, aliás, também a execução da medida de segurança, conforme prescreve o art. 758); esse juiz é o da sentença, onde não houver juiz especial, sendo que nos casos de competência originária de tribunal superior, cabe ao respectivo presidente promover a execução. Segundo a referida interpretação restritiva, a participação judicial só ficaria limitada aos atos processuais dos incidentes de execução. Como corolário daquele modo de entender, ao promotor, além da função formal atinente ao processo de incidentes de execução, cumpriria visitar periodicamente as prisões, na qualidade de fiscal da lei, somente; quanto ao advogado, a sua atividade profissional terminaria ao passar em julgado a sentença condenatória (só rara e eventualmente poderia ter um papel a desempenhar, em caso de revisão ou de *habeas corpus*), chegando a ser formada uma imagem negativa do advogado que freqüentasse prisões.

Entretanto, a preocupação que, desde há alguns decênios, veio se acentuando, em torno dos direitos e, notadamente, direitos da pessoa humana, não podia deixar de ter repercussões quanto ao condenado; a tônica técnico-científica que, antes, se pretendia dar ao tratamento do condenado, à execução da

pena (descaracterizada como tal) e ao regime penitenciário, deu lugar a uma *tônica jurídica*. No dinamismo dessa tônica jurídica, há exercício de direitos e cumprimento de deveres, e há jogo de interesses, não raro confundidos com direitos, de tudo o que podem surgir (como surgem, aliás, em quaisquer situações e circunstâncias da vida) conflitos de direitos e interesses, reclamando intervenção judicial. Além disso, passaram a ser reconhecidos expressamente direitos componentes do *status* jurídico do condenado, bem como deveres a serem cumpridos como requisito para o reconhecimento de direitos e como condições para, reconhecido o direito, poder ser exercido.

Esse quadro reclamou, logicamente, a *jurisdicionalização da execução penal* (da pena e demais sanções penais). Visto, pois, e tratado o condenado como *pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade*, tendo como corolário a *jurisdicionalização da execução penal*, opera-se *verdadeira humanização da pena* (das sanções penais).

Com efeito, no plano natural, só o homem é e pode ser pessoa, sujeito de direitos e de deveres, só ele pode ter responsabilidade. Em outras palavras, somente à luz da *tônica jurídica da execução penal*, o condenado pode ter a garantia do respeito à dignidade humana que, como qualquer pessoa, ele tem, garantia essa assegurada, quando e como necessário, pela adequada intervenção do juiz — pela *jurisdicionalização da execução penal*.

Quando, porém, se fala em *jurisdicionalização*, não se pensa somente em juiz, mas também em promotor e em advogado.

Em razão de fenômenos sócio-políticos da época atual, intimamente ligados à preocupação com os direitos, já faz alguns anos que os advogados começaram a ir às prisões (não só casas de prisão provisória, mas também de cumprimento de pena), pelo menos por causa de clientes de certa categoria. Paulatinamente, há de se desfazer o preconceito de que um advogado de bom nome não frequenta prisões.

Isso posto, é bem de ver que, quando um delinqüente for um caso comprovado da exceção atrás mencionada, de patologia ou pelo menos grave anomalia, haverá ele de receber tratamento especializado (específico — médico, educativo etc.) que for indicado. Esse tratamento, porém, não pode ser ministrado como medida compulsória para que dito delinqüente, sentenciado, não torne a delinqüir, mas há de constituir atendimento a direito que ele, como qualquer pessoa, tem de receber adequado tratamento médico ou outro, direito esse (do sentenciado) contemplado em harmonia com o direito que a sociedade tem de ser protegida contra as prováveis agressões de pessoas cuja conduta perigosa está comprovadamente relacionada com perturbação da saúde mental ou malformação da personalidade. Casos assim não são, porém, de aplicação de pena, exercício do direito de punir, mas de imposição de medida de segurança, cumprimento do dever de defesa social (de defesa de todas e cada uma das pessoas que compõem a sociedade). Mesmo nesses casos, contudo, o tratamento *jamaiz* poderá ser tal que introduza modificações físicas ou psíquicas ou biopsicológicas, em razão direta e específica das quais é que o sentenciado fique impossibilitado ou inibido de delinqüir. Semelhante tratamento, seja ele feito através de medicamentos (substâncias químicas), de pro-

cedimentos físicos (mecânicos, elétricos etc.), de cirurgia ou qualquer outro meio, é inadmissível, porque interfere nas funções – intelectual, afetiva e volitiva – da personalidade, tolhe o componente ético da pessoa, condicionando, afinal, o “paciente” a um comportamento (pensar, falar, fazer, deixar de fazer) de acordo com os interesses a que ele (o “tratamento”) serve. É essa uma das formas mais graves e abrangentes de lesar os direitos humanos.

Aqueles que – segundo a orientação que esteve na moda até há alguns decênios – pretendiam que a pena fosse simples “tratamento”, estranhamente só se preocupavam ou parecia que só se preocupassem, com doenças ou anomalias mentais (fossem psicógenas ou somatógenas) como se o delinqüente, o condenado, não houvesse de ser suscetível, como qualquer pessoa, de doenças outras. É mais do que óbvio, porém, que ele é suscetível (por que não haveria de sê-lo?); caso seja, pois, acometido de qualquer doença, quer grave, quer um simples resfriado, ele tem o direito de receber tratamento adequado. Tem esse direito, embora já se tenha começado a conjecturar que ele tenha o dever de pagar por esse tratamento, na medida das suas possibilidades econômicas.

A configuração do condenado como *pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade*, é válida, *mutatis mutandis*, para o indiciado e o acusado, estejam presos ou estejam, na forma da lei, em liberdade. Direito fundamental próprio deles e do qual lhes derivam outros direitos, é o de serem considerados e tratados como inocentes, enquanto não houver, contra eles, sentença condenatória passada em julgado. Dir-se-á que essa assertiva é acaciana, dado que ela espelha um conhecido princípio universal de direito. Conhecido, não resta dúvida, mas frequentemente olvidado, não só por aqueles que têm de lidar com essas pessoas, como pela opinião pública e, até, por certos órgãos ou agentes dos meios de comunicação social, os quais, no entanto, se apresentam como ardorosos defensores dos direitos (sem sequer aludir aos deveres) dos indiciados, acusados e condenados.

4 – *O regime penitenciário não se restringe ao recinto do estabelecimento prisional, estendendo-se para fora dele, quando o condenado cumpre a pena na comunidade.*

Quando, a partir dos últimos decênios do século XVIII, foram construídas, nos Estados Unidos, as grandes penitenciárias (de Pensilvânia e de Auburn e o reformatório de Elmira) que ficaram sendo paradigmas também para, então, mais adiantados países europeus, o recolhimento a uma delas, como pena privativa da liberdade, ficou conhecido como “sistema penitenciário”, em oposição a outro “sistema” punitivo, o da pena de morte. Essa expressão, usada nesse sentido, refletia o equívoco ocorrido, quando, sendo adotada a prisão como pena, e entendendo repetir os estabelecimentos penitenciários da justiça eclesiástica, se confundiu o simples recolhimento a tais estabelecimentos com a atitude ético-psicológica do condenado – de *penitência*, isto é, de “volta sobre si mesmo e para dentro de si”, com espírito de compunção, a fim de, assim, abominar o seu crime e dispor-se a se emendar, a não tornar a delinqüir – com o edifício, a casa, que havia de ser o ambiente adequado para estimular aquela atitude, em que era recolhido o condenado. Concomitantemente, a cele-

bridade alcançada pelas penitenciárias norte-americanas contribuiu, e não pouco, para firmar o entendimento (genérico, embora com específicas variações interpretativas) de que “sistema penitenciário” e (como a seguir se distinguiu) “regime penitenciário” significavam “execução (ou, do ponto de vista do condenado, “cumprimento”) da pena, privação da liberdade, em estabelecimento apropriado — penitenciária”.

Essa confusão de noções e conceitos contribuiu, por sua vez, para que viesse a se generalizar o entendimento de que a privação da liberdade (com recolhimento à prisão) era “a pena” por antonomásia; paralelamente, a permanência na comunidade, com a liberdade restrita por condições a serem observadas pelo condenado, não seria pena, o que parece bem claro pela expressão “suspensão da pena” (já solidamente incorporada na linguagem jurídico-penal), ao invés de suspensão do recolhimento a prisão (ou “a penitenciária”). Outra comprovação dessa confusão se manifestou quando a superlotação das prisões começou a exigir solução; para resolver o problema, cada vez mais sério, e diminuir o número de presos, começou-se falando em “substitutivos da pena”, que seriam providências ou medidas penais, sem recolhimento a prisão. Só evolutivamente foi que especialistas e congressos ou reuniões análogas chegaram a falar em “outras formas de pena”, além daquela privativa da liberdade, e que, em muitos casos, a substituíram. Tem-se deixado de falar em providências ou medidas substitutivas da pena, para se falar em *formas de pena* a serem cumpridas na comunidade, a substituírem, em certos casos, aquela *forma de pena* consistente em privação da liberdade, cumprida em estabelecimento apropriado. Com essa nova visão, tem sido sugerido e recomendado que, continuando a ser cominada pena privativa da liberdade, para crimes mais graves, sejam cominadas outras formas de pena, restritivas de liberdade, para crimes e outras infrações penais menos graves, tendo cada uma delas o seu regime de execução, o seu regime penitenciário. Desse modo, se desfaz a referida confusão que levou a entender o sentido da palavra *penitenciário*, nas expressões “sistema penitenciário” e “regime penitenciário”, restabelecendo-se a sua verdadeira significação, de acordo com a sua própria etimologia, de “volta sobre si mesmo e para dentro de si”, com espírito de compunção, a fim de, assim, abominar o seu crime e dispor-se a se emendar, a não tornar a delinquir. Se, no passado, se entendeu que, para isso, era sempre preciso recolhimento a estabelecimento apropriado — estabelecimento penitenciário — que oferecesse ambiente propício, atualmente já não se entende assim, por força do tão diverso estilo de vida de hoje, resultante da desmesurada evolução técnica. Com efeito, a técnica tem chegado ao ponto de influir sobre o conceito de necessidades humanas principais e acessórias, senão mesmo a criar necessidades ou supostas necessidades, e bens destinados a satisfazê-las; sobre a idéia de valores — religiosos, éticos, jurídicos, sociais, familiares, econômicos etc. — e respectiva hierarquia; sobre a noção de distância e o senso de transcurso de tempo. Nessa nova realidade, as restrições de liberdade, na forma de condições, normas de conduta, interdições de direitos, suspensão do exercício de atividades, obrigações, enfim, de fazer ou de não fazer, tem-se revelado, nas experiências feitas, tão ou mais eficazes (considerando a natureza, as funções e as finalidades da pena) do que a privação da liberdade, com recolhimento a prisão, quando se trata de autores de crimes menos graves.

Como meio termo, entre o total recolhimento a prisão e a total permanência na comunidade, foi preconizada a possibilidade de o condenado recolhido a prisão poder transcorrer lapsos de tempo na comunidade, submetido a específicas normas de conduta. Para isso, foi feita uma gradação de regimes penitenciários: regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto (a cada qual são recolhidos os condenados conforme a sua personalidade e a gravidade do crime cometido, e a pena correspondentemente aplicada).

À parte outras considerações que aqui não cabem, esses três regimes se distinguem, no que tange ao transcurso de lapsos de tempo fora da prisão, na comunidade, pelas menores possibilidades no regime fechado, aumentando no semi-aberto, ampliando-se no aberto. Conforme o regime a que esteja adstrito, e a sua conduta, bem como outros requisitos legais, o condenado poderá permanecer na comunidade, desde poucas horas por mês ou por semana, até muitas horas por dia, para atividades diversas, v. g., visita à família, frequência à sua igreja, trabalho, escola, e outras, coerentes com a natureza da pena e coadjuvantes das suas funções.

Apresentam-se, portanto, três situações quanto ao regime penitenciário: a) a pena é cumprida exclusivamente dentro do recinto prisional; b) a pena é cumprida dentro do recinto prisional, com lapsos de tempo na comunidade; c) a pena é cumprida inteiramente na comunidade (seja porque é assim cominada, seja porque — tal é o caso atualmente no Brasil — cominada como privativa da liberdade, a lei prevê e regula a possibilidade de ser cumprida na comunidade, desde o seu início ou após o cumprimento de uma parte dela em recinto prisional).

5 — O direito de punir, cujo titular é o Estado, não pode ser transferido nem delegado.

O direito de punir é um direito subjetivo público, estatal. Como todo direito subjetivo público, não é simples *facultas agendi* (como é o direito subjetivo privado), mas *potestas agendi*, poder de agir. Desdobra-se ele em três fases: a da cominação da pena, a da aplicação e a da execução. A cominação é feita pelo Poder Legislativo, na elaboração das leis (promulgadas pelo Executivo), constando, pois, de lei, para cada tipo de crime; a aplicação é feita pelo Poder Judiciário (juiz, tribunal), na sentença condenatória, segundo cada caso concreto; a execução é feita, tendo em vista a pena aplicada na sentença, fundamentalmente pelo Poder Judiciário (juiz da execução) e praticamente pelo Poder Executivo (Administração Penitenciária).

Nesse desdobramento em três fases sucessivas, o exercício do direito de punir compete a adequados órgãos dos três poderes do Estado. Em nenhuma das três fases pode o direito de punir ser transferido ou delegado a pessoas ou entidades privadas, nem a órgãos paraestatais, autarquias etc. Essa exclusividade da titularidade do direito de punir pelo Estado é uma conquista da civilização, em favor da garantia dos direitos pessoais, da tranqüilidade e segurança pessoais e sociais, e da justiça da punição. Se, no que tange à cominação e à aplicação da pena, não se têm manifestado dúvidas, quanto a isso, o mesmo não ocorre relativamente à execução; com efeito, há quem pretenda entregá-la a uma autarquia, com o fundamento de que, assim, os estabelecimentos pri-

sionais, podendo dispor dos próprios dinheiros, poderão melhor incentivar a sua produtividade (lucrativa). É óbvio que isso seria desnaturar o direito de punir, na fase da execução, deturpando o conteúdo da pena, corrompendo as suas funções e comprometendo as suas finalidades, com corolários e conseqüências de ordens diversas, juridicamente inadmissíveis. Um estabelecimento prisional não pode ter finalidade lucrativa. Tampouco pode o trabalho do preso ser usado *para* aumentar ou melhorar a produtividade do estabelecimento; se do trabalho dele resultar naturalmente melhor, maior e mais lucrativa produtividade, isso há de ser sempre subordinado à pena, às suas funções e finalidade, havendo de ser o trabalho um dos fatores que facilitem a sua reintegração no convívio social, quando recupere a liberdade. Por isso mesmo, não é a natureza ou a modalidade de trabalho que se faz em um estabelecimento, o que caracteriza dito estabelecimento. Quanto à utilização mais desembaraçada da produção, devida à mão-de-obra dos presos (prestada no exercício de direitos, cumprimento de deveres, responsabilmente), e dinheiros daí resultantes, a lei tem adequadas previsões, sem que o órgão de execução penal (órgão penitenciário) deixe de ser da administração direta.

Não colidem com este princípio:

a) O *jus querelandi*, que é o direito que o Estado confere ao particular para, através de *queixa* ou de *representação*, provocá-lo a exercer o direito de punir (*jus puniendi*). O Estado, assim provocado, procederá, por meio dos seus órgãos competentes e de acordo com a legislação de processo penal, *para*, afinal, aplicar e executar a pena, ou, se assim for o caso, não aplicá-la.

b) A participação da comunidade no tratamento (em sentido lato) dos presos, na solução de problemas prisionais, bem como na fiscalização do cumprimento das condições, normas de conduta, obrigações de fazer e de não fazer, a que estão submetidos os condenados que cumprem pena na comunidade (beneficiados com a suspensão condicional ou com o livramento condicional) e a observação cautelar e proteção dos liberados. Essa participação é sempre acessória ao direito de punir, e não pode nele interferir; deve, sempre, ser subordinada, pelo menos por via de inspeção, a um órgão do Estado.

6 — O condenado deve ser “ajudado a ajudar-se”.

É especificação do princípio geral do Serviço Social, “o outro deve ser ajudado a ajudar-se”. Coerentemente com aquele outro princípio, que é básico para a Política Penitenciária Nacional, de que “o preso (o condenado) é pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade”, esse significa que o condenado não é simplesmente sujeito passivo de assistência ou de outra providência ou medida (subentendida em favor dele, embora), compulsória ou não. Ele há de ser sujeito ativo da solução dos próprios problemas, há de ser “dono” da própria conduta, podendo escolher, dentre as alternativas que se apresentem, optando consciente e voluntariamente por aquelas que considerar melhores. Para que ele proceda acertadamente, em seu próprio benefício, tendo em vista a natureza, as funções e finalidades da pena, ele pode precisar de conselhos, de orientação, de apoio afetivo, ou moral, de esclarecimentos, de atendimento religioso, de escola etc. O que quer que seja de que, nesse sentido, ele precise, há de ser-lhe *oferecido*, não imposto. Não devem ser resol-

vidos por ele (em lugar dele, por outrem) os seus problemas, mas ele é que deve resolvê-los, recebendo a orientação, o apoio, o estímulo, a ajuda, enfim, que forem imprescindíveis, mas somente enquanto e tanto quanto o forem, de sorte que ele não deixe de ser sujeito ativo. Mesmo aqueles que inicialmente precisam de muita ajuda, aos poucos, desenvolvendo-se o seu senso de responsabilidade, chegarão a poder dispensar certas formas de ajuda de que no início especificamente precisavam.

Dentro das raias deste princípio, destacam-se alguns pontos.

O principal deles — *conditio sine qua non* — é o do pessoal prisional, devida e adequadamente preparado, que saiba ser prudente e comedido, enérgico e delicado, leal para consigo mesmo e os presos, sem deixar de sê-lo para com seus colegas e seus superiores, compreensivo e amigo mas reservado, lembrando-se de que o bom exemplo da sua conduta é dos mais valiosos estímulos para o condenado dispor-se a se emendar, e que basta que um só funcionário pratique um fato reprovável, para abalar a confiança e quebrantar as boas disposições dos presos, e comprometer o trabalho de todo o pessoal. Só um pessoal bem formado, com mentalidade que consubstancie e reflita os princípios da Política Penitenciária Nacional, será capaz de, no exercício das suas funções, equilibradamente, “ajudar o condenado (o preso) a ajudar-se”, respeitando seu *status* jurídico (o qual inclui, obviamente, direitos humanos). Como, porém, o regime penitenciário não se restringe ao recinto prisional, podendo o condenado cumprir a pena na comunidade, inteiramente, ou nela transcorrendo intermitentes lapsos de tempo, o que acaba de ser dito vale, *mutatis mutandis*, para as pessoas, sejam funcionários ou sejam representantes da comunidade, a quem incumbem a vigilância, a fiscalização, a observação cautelosa e a proteção dele.

Outro daqueles pontos é o do trabalho. Para os sentenciados submetidos a medida de segurança, certas atividades de trabalho podem constituir *labor-terapia* (ou *ergoterapia*) e, outras, mais amplamente, *praxiterapia*, empregáveis em cada caso concreto conforme o critério médico. Segundo seja o seu estado de saúde mental e de desenvolvimento mental, esses sentenciados — que são *internados*, enquanto cumprem medida de segurança detentiva — podem ter condições pessoais para exercer trabalho propriamente dito, que não terá, pois, características terapêuticas, daí por que não lhe caberão aquelas denominações, mas será trabalho propriamente dito e deverá ser remunerado na forma da lei. Tratando-se, porém, de condenados em cumprimento de pena, o trabalho conserva a sua natureza e as suas características próprias; constitui um direito e um dever para ele (condenado), como para qualquer pessoa, embora tenham de ser observadas certas limitações ou injunções inerentes à situação vital e jurídica de condenado. Esse direito e esse dever principais incluem, ou deles deriva, um entrecruzamento de direitos e deveres secundários ou acessórios. Entre eles, o dever de prestar o trabalho especificamente considerado (isto é, as tarefas próprias), e o direito de ter condições para prestá-lo; o direito de receber remuneração, e o dever de fazer bom uso dela.

Mais outro daqueles pontos é o do relacionamento com a família, que apresenta diversos aspectos a considerar. Por um lado, a experiência ensina que a família do condenado preso vai, aos poucos, se afastando dele, deixando

de ter contatos com ele (por meio de visitas ou, pelo menos, cartas), até que, no fim de alguns anos, os contatos são raríssimos senão mesmo nenhuns. Em geral, é a mãe do condenado a última pessoa da família a afastar-se dele; no entanto, com o passar do tempo, ela também vai se retraindo, chegando, em não poucos casos, ao inteiro afastamento. Assim se verifica mesmo quando, inicialmente, a família tinha atitudes exageradas e fazia demonstrações rumorosas em favor do seu membro preso, ou quando esporadicamente e por motivos cujo conteúdo latente pode não coincidir com o manifesto, toma semelhantes atitudes ou faz semelhantes demonstrações. Essa realidade é lamentável, de diversos pontos de vista. Enquanto o condenado está preso, os sentimentos negativos suscitados e alimentados pelo afastamento da família trazem-lhe desnecessário, inútil sofrimento, que o prejudica, dificultando-lhe, senão impedindo-lhe, ter as devidas disposições para vir a se emendar e reintegrar no convívio social. Desde que ele volte para a comunidade, esse afastamento poderá contribuir sobremodo para dificultar a reintegração no convívio social, constituindo ponderável fator de reincidência. Devem ser preservados, portanto, os laços afetivos e materiais do condenado com a sua família, inclusive pela assistência que ele lhe dê, segundo a lei civil (e sem deixar de observar as limitações que ocorram, conforme o caso, como efeito da condenação ou em decorrência de aplicação de pena acessória). Para manter o preso efetivamente vinculado à sua família, hão de ser tomadas providências adequadas. Para mantê-lo materialmente vinculado, há de ser destinada uma parte da remuneração a que tem direito (que lhe é devida) pelo seu trabalho. Aliás, a observação da realidade tem ensinado que essa vinculação material é muito importante para a vinculação afetiva, especialmente quando o preso é o chefe da família. Pode acontecer (e realmente acontece com frequência) que a família do condenado, em geral, mas especificamente se ele está cumprindo a pena preso, precise de ser "ajudada a ajudar-se", seja para manter-se afetivamente ligada a ele, seja porque tem problemas e necessidades, de natureza e ordens diversas, que surgiram ou que se agravaram a partir ou por causa da condenação dele.

7 - *A vítima do crime e sua família merecem atenção e, conforme as suas necessidades, devem "ser ajudadas a ajudar-se", inclusive pelo condenado.*

Por causa de uma particular interpretação de passagens do Evangelho (v. g., a que menciona entre as obras de misericórdia, a visitação dos presos — Mateus, 25: 36, 44 e 45), ditada pelo pietismo e o sentimentalismo — não pela razão e os sãos sentimentos, entre eles a piedade, a misericórdia e a caridade —, às vezes tem sido dada ou se tem pretendido dar ao preso em geral e, especificamente, ao condenado que está preso, uma atenção errônea, traduzida em formas de assistência impregnadas daquele pietismo e daquele sentimentalismo, extensiva à família dele. A vítima é inteiramente olvidada, como se o Evangelho só se preocupasse com o preso. Entretanto, na parábola do bom samaritano (Lucas, 10: 25 a 30), densa de ensinamentos, nas suas poucas frases, Cristo, respondendo a um certo doutor da lei, que queria saber quem era o próximo a quem se devia amar como a si mesmo, deu um exemplo em que o próximo era uma vítima de crime — de latrocínio. À parte considerações quanto ao fato de um sacerdote e um levita terem passado pelo local e visto aquele homem ferido e despojado, vitimado, mas haver ele sido socorrido

por um samaritano, gente desprezada e inimiga do povo judeu, é de notar que o socorro consistiu em cuidado das feridas, transporte para uma estalagem, fornecimento de dinheiro ao estalajadeiro, com a recomendação de que o assistisse conforme precisasse. Esclarecido que o *próximo* foi aquele que usou de misericórdia, Cristo arrematou: "Vai e faz tu o mesmo". Isto é, deve-se ter misericórdia para com os outros, e ajudá-los conforme as suas necessidades, também (e expressamente, segundo o exemplo da parábola) quando se trate de vítima de crime.

Essa digressão não é descabida, aqui, mas ao contrário, uma vez que, invocando o Evangelho, se tem, às vezes, com injustificado exclusivismo, muito dó, muita comiseração dos presos e suas famílias, manifestado de diversas maneiras, chegando, em alguns casos, pelo exagero e deturpação, a atingir a justiça punitiva. Fica, assim, claro que o amparo, a ajuda à vítima e, por extensão, à sua família, também encontra guarida nos mandamentos evangélicos.

Um argumento que, às vezes, se ouve, expendido senão para justificar, pelo menos para desculpar a não prestação de atendimento à vítima e sua família, é o de que é difícil a sua localização; enquanto que o preso é encontrado (obviamente) na prisão e, a partir dele, pode facilmente ser localizada a sua família, o mesmo não acontece com a vítima e sua família, que chegam a mudar de cidade, após o crime.

Realmente, essa dificuldade existe, notando-se, ainda, que, de modo geral, as vítimas de crimes ou suas famílias ignoram que possam pretender indenização dos danos causados pelo crime. Por tudo isso, mesmo naqueles casos em que a lei exige que, para obter determinadas concessões, o condenado tenha ressarcido o dano causado pelo crime, fica ressalvada a impossibilidade de fazê-lo. Essa ressalva da lei, entretanto, predispõe, implicitamente, a não fazer esforço para vencer a dificuldade, que fica sendo, então, impossibilidade. No entanto, além da motivação de direito e de justiça, é muito bom que o ressarcimento seja efetuado, tendo em vista outras razões, como apaziguar ânimos, constituir estímulo para o condenado assumir a responsabilidade pelo seu crime, bem como pela sua conduta presente e futura (o que é indispensável para que ele possa vir a se emendar e se reintegrar no convívio social — ou nele permanecer integrado, quando a pena é cumprida, desde o início, na comunidade).

Além do dano diretamente causado pelo crime, a vítima ou sua família ou ambas podem ter necessidades e problemas suscitados ou agravados pelo crime e suas conseqüências, ainda que indiretas, materiais, morais, psicológicas, sociais, jurídicas etc., precisando de "ser ajudadas a ajudar-se". Essas necessidades e esses problemas causam injusto sofrimento, que pode se consubstanciar de revolta — quando (principalmente em casos de crimes mais graves, em que houve morte da vítima ou lesões corporais muito graves e permanentes) há conhecimento de que o autor do crime e sua família estão recebendo assistência — induzindo a vítima (quando o caso não tenha sido de homicídio) e seus familiares (em qualquer caso) a se tornarem, por sua vez, criminosos.

Em certas regiões, a vingança é considerada um ponto de honra. Uma bem orientada e hábil ajuda à vítima que não o tenha sido de homicídio con-

sumado, e seus familiares, ou, se o tiver sido, somente a esses, ajuda essa que tenha forte componente de ordem moral, pode concorrer com outras providências destinadas a modificar a *forma mentis* dos habitantes da região, para impedir que surja ou que continue um encadeamento de crimes, em que as vítimas de hoje ou seus familiares serão os criminosos de amanhã, configurando-se, às vezes, episódios de verdadeira “guerra particular” entre famílias ou entre grupos antagônicos.

III – INSTRUMENTOS – NORMATIVOS E DE REALIDADE

Para a Política Penitenciária Nacional se operar, tornar-se efetiva, não bastaria – é bem de ver – enunciar princípios, mas é preciso dispor de instrumentos, uns normativos e outros de realidade. Os normativos destinam-se a dar aos princípios condições de dever-ser jurídico a ser observado. Os de realidade destinam-se a pôr em ato o conteúdo latente dos normativos.

1 – Instrumentos normativos

A fonte jurídica dos instrumentos normativos da Política Penitenciária Nacional é encontrada na Constituição Federal, quando atribui à União legislar sobre normas gerais de regime penitenciário (art. 8º, XVII, c), conferindo aos Estados legislar supletivamente sobre essa matéria, “respeitada a lei federal” (citado art. 8º, parágrafo único).

Alguns quereriam interpretar o texto constitucional de modo a resultar o entendimento de que ele autoriza um Código Penitenciário (ou Código de Execução Penal ou Código Penal Executivo). Além de essa interpretação parecer exorbitante, deve-se considerar que o País não tem ainda suficiente experiência normativa neste campo, para poder cristalizar preceitos em um código, enquanto que, por outro lado, só agora, nos últimos anos, vem tomando consciência de princípios fundamentais, configurando-os em adequadas palavras. Ora, um código, para sê-lo realmente e não só nominalmente, como existem alguns, em um ou outro campo jurídico, deve ter uma parte geral, onde se encontram os princípios e normas gerais, e uma parte especial, onde esses princípios e essas normas se especificam; além disso, para se chegar ao código, é mister ter tido, anteriormente, suficiente vivência de leis isoladas, compilação e consolidação, lei geral, para se poder ter a expectativa de que ele corresponderá duradouramente às realidades e à necessidade de regular as atividades, prevenir e solucionar problemas e desvios, naquela área jurídica. Com efeito, é a forma mais evoluída da lei, e deve ter, em resumo, as recém-apontadas condições ou características, para poder dar à sociedade (aos destinatários) condições de certeza do direito, indispensável para a segurança e tranqüilidade pessoais e sociais no setor da vida e no campo jurídico para os quais o código estabelece normas. Um código deve ter tal estrutura que, se vier a ser preciso, acompanhando a evolução da vida, reformar uns ou outros dispositivos seus, isso possa ser feito, sem desnaturá-lo e sem quebrar o seu conjunto estrutural, a sua harmonia jurídica. Para isso, é preciso ter aquela vivência de leis isoladas, compilação, consolidação, lei geral – recém-mencionada – que nós ainda não temos. Para aqueles que possam invocar seus motivos pessoais para rejeitar esses argumentos de lógica jurídica, valha um argumento de ordem prática:

países com mais experiência normativa nesta área ainda não se resolveram a promulgar um código, mas, por enquanto, continuam editando leis, ordenamentos e similares. Não é sem razão que dos quatro projetos de código que, neste campo jurídico, foram elaborados e publicados no Brasil, nenhum alcançou a sua meta de promulgação. Sejam quais forem as explicações que para isso se dêem, no fundo a razão, que talvez tenha passado inadvertida, é a aludida insuficiente experiência (ou vivência) de normas que precedem a elaboração de um código, e cuja evolução conduz, naturalmente (isto é, sem artifícios nem esforços propositalmente feitos), ao código.

À luz do citado dispositivo constitucional, os principais instrumentos normativos são:

a) Os dispositivos de lei, concernentes às sanções penais — previsão de sanções, cominação de penas, disposições a respeito da aplicação de penas e imposição de outras sanções, bem como disposições atinentes à execução penal e ao regime penitenciário, que se encontram no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais e no Código de Processo Penal.

b) A Lei nº 6.416/77, que reformulou o sistema de penas e o uso da prisão provisória. Esta lei foi incorporada aos recém-mencionados diplomas legais. Na elaboração do seu anteprojeto, houve, entre as preocupações próprias de semelhante labor, uma de caráter precípua: atender aos princípios já então nitidamente esboçados da Política Penitenciária Nacional. Embora alguns de ditos princípios possam ser vislumbrados em textos legais de anos passados, não havia consciência deles como tais. Essa lei, materialmente pequena, tem condensação de previsões refletindo aqueles princípios. O seu texto — bem como quadro comparativo dela com a lei anterior, exposição de motivos, histórico e comentário sobre a reforma do sistema de penas — está publicado nesta *Revista de Informação Legislativa*, 14(54), abril a junho de 1977. Os Estados devem legislar ou terão já legislado supletivamente a ela.

c) Os incisos II, alínea *d*, e IV, alínea *f*, do art. 2º, e incisos VII e XVII do art. 3º do Decreto nº 76.387, de 2 de outubro de 1975. Dispondo sobre a estrutura básica do Ministério da Justiça, e dando outras providências, esse decreto cuida, nos citados dispositivos, da criação e definição de dois órgãos necessários à Política Penitenciária Nacional: o Conselho Nacional de Política Penitenciária e o Departamento Penitenciário Federal (DEPEN).

d) O Regimento Interno do Conselho Nacional de Política Penitenciária, quando vier a ser editado.

e) A Portaria Ministerial nº 599-B, de 15 de outubro de 1975, que aprova o Regimento Interno do Departamento Penitenciário Federal.

f) O Decreto nº 16.665, de 6 de novembro de 1924, que cria o Conselho Penitenciário e prevê as suas atribuições. Cada Unidade da Federação tem o seu Conselho Penitenciário, estruturado, organizado e funcionando conforme o respectivo regimento interno, supletivo desse decreto. Diga-se de passagem que vem sendo sentida a necessidade de reformulação da estrutura e da organização do Conselho Penitenciário, a fim de poder ele melhor exercer as suas funções, conforme não só as exigências da evolução das nossas realidades, mas

também para melhor servir à Política Penitenciária Nacional. Tendo em vista novas normas gerais, pois, já existem estudos no Ministério da Justiça, feitos à luz dos dados, informações e sugestões que, atendendo a solicitação apresentada às Unidades da Federação, foram enviados.

g) A Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957 — que dispõe sobre Normas Gerais do Regime Penitenciário —, naquilo que não tiver sido revogada, expressa ou tacitamente, por leis posteriores, particularmente a de nº 6.416/77. Vale observar que às vezes se faz ouvir o pensamento de que essa lei é o único repositório de normas gerais do regime penitenciário, motivo por que só a respeito delas é que os Estados teriam competência para legislar supletivamente. Trata-se de um equívoco. Com efeito, se, por um lado, essa é a única lei que *expressamente* dispõe sobre tais normas, por outro lado, existem normas de regime penitenciário incluídas em outros textos legais. Não é a sede de uma norma que faz com que ela seja *de regime penitenciário*, mas a sua natureza, esteja ela, embora, em outra lei, que não tenha a mesma identificação que a de nº 3.274/57.

h) As *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*. Essas Recomendações, cuja primeira redação foi aprovada pelo Ministro da Justiça em 24 de julho de 1973, são, cronologicamente, o primeiro passo normativo deliberadamente dado para servir à Política Penitenciária Nacional, quando ela, já tendo traçadas as suas linhas mestras, era ainda denominada Política Penitenciária do Ministério da Justiça. De modo geral, foram úteis à elaboração do anteprojeto de que veio a resultar a Lei nº 6.416/77, sendo que alguns de seus dispositivos foram adotados por essa lei, senão na letra, no conteúdo. A vivência delas, para estudo, elaboração de projetos, construção de novos estabelecimentos prisionais ou reforma de estabelecimentos já existentes, em quase todas as Unidades da Federação (ao todo, aproximadamente trinta), durante mais de três anos, sugeriu que a redação fosse retocada e fossem desdobrados ou especificados diversos dos seus dispositivos. A nova redação, aprovada pelo Ministro Armando Falcão, em 28 de fevereiro de 1979, consta adiante, como anexo deste artigo. Trata-se de recomendações ministeriais, que não têm, pois, força de lei; entretanto, a sua observância há de continuar contribuindo para aperfeiçoar, no País, a nova arquitetura prisional, cuja configuração elas traçam — sem excluir que, em outras necessárias reformas parciais do Código Penal, que venham a ser feitas, mais dispositivos seus possam ser adotados, como aqueles que já o foram pela Lei nº 6.416/77.

i) As *Recomendações Mínimas para a Formação de Agentes Prisionais*, aprovadas pelo Ministro Armando Falcão, em 9 de março de 1979. Antes de essas Recomendações terem sido escritas, foram feitas experiências de cursos levados a cabo, por Unidades da Federação, sob a orientação do Ministério da Justiça, e foram feitas observações e pedidas informações às Unidades que, embora sem valer-se daquela orientação, realizaram cursos. Foram também feitos estudos doutrinários e outras indagações úteis. O que nelas se encontra, é, conforme de tudo se concluiu, realmente o mínimo indispensável para a formação de agentes prisionais, com nova mentalidade, de acordo com a Política Penitenciária Nacional. Quanto a serem recomendações ministeriais, sem força de lei, portanto, vale, *mutatis mutandis* — e notando-se que nenhum dos seus dispositivos foi ainda adotado por qualquer lei —, o que foi dito quanto às

recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária. Constatam adiante, como anexo deste artigo.

f) As normas que, no exercício da sua competência, o Conselho Nacional de Política Penitenciária vier a editar, desde que seja instalado e venha a funcionar.

k) Os decretos de indulto coletivo, que já é tradição serem editados em comemoração do Natal (havendo sido editados, também, algumas vezes, em comemoração de outras festividades cívicas ou religiosas). Um estudo comparativo dos decretos de indulto coletivo já editados revela uma interessante evolução na sua forma — na sua linguagem — e no seu conteúdo. Nos últimos anos, essa evolução se acentuou, parecendo firmar-se nas linhas gerais, ainda que se notem, de ano para ano, algumas modificações de pormenores. Percebe-se, também, nas linhas e entrelinhas, a preocupação de ajustá-los ao espírito da Política Penitenciária Nacional.

l) Etc. — Realmente, essa enunciação dos instrumentos normativos da Política Penitenciária Nacional não é taxativa, devendo-se admitir que, a seu tempo e conforme se fizer preciso, outros hão de ser estabelecidos, devendo-se também aludir às normas supletivas estaduais, com a observação de que para isso é mister que atendam aos termos constitucionais de ser por elas “respeitada a lei federal”.

2 — Instrumentos de realidade (principais, indispensáveis)

a) De suma importância é o constituído pelo pessoal prisional devidamente preparado. Nesse “devidamente preparado” se entende “com nova mentalidade, vendo no preso (no condenado) uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade, o que tem como corolário que, na execução material da pena (das sanções penais em geral), deve ser respeitado o *status* jurídico do preso (do condenado), para o que é garantia a jurisdicionalização da execução penal”. Por extensão e com as naturais diferenças, essa visão do preso é válida também quando ele é provisório, caso em que não pode deixar de estar em mente a presunção da sua inocência, enquanto não houver, contra ele, uma sentença condenatória passada em julgado. Um pessoal bem preparado, com essa nova mentalidade, há de saber, na ordem interna e na disciplina da prisão, tratar os presos (condenados ou não) sem ferir seus direitos, e “ajudá-los a ajudar-se”, conforme precisem e segundo seja a sua situação jurídica, de provisórios ou de condenados. Quando se fala em pessoal prisional devidamente preparado, não se entende somente o de níveis mais modestos ou, quando muito, abrangendo também os intermediários, mas todo o pessoal, desde os ocupantes dos cargos mais elevados. Por ser esse o entendimento, o Ministério da Justiça, tomando a si a preparação do pessoal dos níveis mais elevados, já realizou, em janeiro de 1979, um curso para Diretores de Estabelecimentos Prisionais, para o qual praticamente todas as Unidades da Federação mandaram representantes. Quanto ao pessoal dos níveis menos elevados, cada Unidade há de realizar seus cursos, segundo a orientação do Ministério da Justiça (admitida, também, a possibilidade de ajuda financeira), à luz das *Recomendações Mínimas para a Formação de Agentes Prisionais*, o que, aliás, já vem se verificando.

b) Outro instrumento de realidade é consubstanciado pelos estabelecimentos prisionais construídos conforme as prescrições das *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, ou (quanto aos já anteriormente construídos) adaptados às disposições delas, pelo menos no mínimo indispensável (admitida, também, a possibilidade de ajuda financeira do Ministério da Justiça). Com essa nova arquitetura, os estabelecimentos prisionais deixam de ter aqueles aspectos soturnos e acabrunhadores, das (célebres) prisões do passado — que acarretavam degradante confinamento — para ter condições de ar, luz, espaços livres etc., que favorecem, por um lado, a consciência do preso quanto à própria dignidade humana e a inerente responsabilidade moral, e, por outro lado, o respeito a essa dignidade, pelo pessoal prisional ou quaisquer outras pessoas.

c) Em seguida, mencionam-se, entre os instrumentos de realidade, certos serviços que devem existir nos estabelecimentos prisionais, os quais, tendo embora cada um seu próprio funcionamento e específicas finalidades, devem todos agir harmonicamente, completando-se uns aos outros, na tarefa de “ajudar o preso a ajudar-se”, de sorte que ele possa assumir a responsabilidade da própria conduta, disponha-se a se emendar e tenha preparo, condições pessoais, para vir a se reintegrar no convívio social.

— Serviços jurídico e de assistência judiciária destinados a zelar pelo *status* jurídico dos presos, informá-los a respeito dos seus direitos e como exercê-los, dos seus deveres e como cumpri-los, alertando-os quanto às consequências do descumprimento, e prestar-lhes assistência judiciária, como e quando for preciso.

— Serviço social, destinado a ajudar o preso a resolver seus problemas pessoais, vinculados à situação vital e jurídica de preso, ou por ela despertados ou acentuados, que interfiram na sua conduta, no seu ajustamento, ou digam respeito quer à sua família e a seu relacionamento com ela, quer ao seu ambiente e recíprocas condições para o futuro retorno a ele, com a desejada reintegração no convívio social.

— Serviço de assistência religiosa, que não se há de resumir em realizar cerimônias litúrgicas ou paralitúrgicas, cultos, rezas, mas há de incluir esclarecimentos, conselhos, conforto espiritual, à disposição do preso, de modo que ele possa recebê-los e deles possa valer-se, com liberdade de consciência, conforme a sua confissão religiosa.

— Serviço médico (geral, inclusive odontológico), que nada tem a ver com o “tratamento” a que se pretendeu reduzir a pena. Esse serviço médico se destina a dar atendimento aos presos (inclusive aos internados, evidentemente), quando, como qualquer pessoa, tiverem qualquer doença, necessitando de atendimento clínico, cirúrgico, odontológico etc. Distingue-se, portanto, dos tratamentos médicos específicos e especializados, próprios de estabelecimentos médico-penais para toxicômanos, ou para sentenciados submetidos a medida de segurança.

— Serviço escolar: ensino (ou instrução) geral e treinamento profissional, destinados a dar ou melhorar os conhecimentos e a aptidão do preso, o que haverá de facilitar a sua reintegração no convívio social.

a) Finalmente, um instrumento de realidade constituído pelas entidades da comunidade, cuja colaboração, sempre acessória ao exercício do direito-poder de punir, do qual o Estado é que é o titular, considera-se atualmente indispensável. Realmente, quando a comunidade permanecia, e onde ela ainda permanece, à parte da questão que envolve execução da pena, regime penitenciário, problemas que afligem a Administração Penitenciária (mais amplamente, Administração das Prisões), ou que atingem os presos, tendia e tende ela a ter uma atitude contraditória, em face dessa questão e das pessoas com ela relacionadas. Em síntese, ocorria e ocorre ter ela um estranho sentimento para com os presos e também um estranho sentimento de hostilidade contra o pessoal das prisões. Sendo o preso solto, voltando ele à mesma comunidade, não colaboradora, era e é por ela hostilizado, repellido, de tal modo que ele, com dificuldade de arrumar trabalho (porque não confiam nele ou têm medo dele), marginalizado, se sente, em muitos casos, compelido a reincidir no crime. Onde, porém, a comunidade tem colaborado, tem ela uma visão equilibrada do preso e do pessoal das prisões, compreende os problemas de um e de outro e se dispõe a ajudar a resolvê-los. Aprende a ver o preso como uma pessoa que, como qualquer pessoa, tem direitos, deveres e responsabilidade, que está, porém, privado da sua liberdade, por motivos de justiça, e que, no cumprimento da pena, há de ser compreendido e, se e como for preciso, ajudado no esforço para se emendar e vir a se reintegrar no convívio social; por isso, dispõe-se a recebê-lo em seu seio, seja para o gozo de concessões judiciais (trabalho externo, estudo em curso ou escola, fora da prisão, frequência à sua igreja etc., conforme prevê a Lei nº 6.416/77), seja para que ele possa se reintegrar no convívio social, quando posto em liberdade, condicional ou definitiva. Com essa nova concepção do preso (do condenado), a receptividade e a colaboração da comunidade devem se fazer sentir também em relação ao beneficiado com a suspensão condicional e ao liberado condicional. A eficácia da colaboração, em cada um desses aspectos, se patenteia pelo decréscimo do número de reincidência e de reincidentes, nas comarcas onde existe semelhante colaboração. É bom registrar também que, onde a comunidade tem participado, rarissimamente acontece alguma acusação, contra o pessoal prisional, de maus tratos de presos. Na interpretação dessa realidade, podem entrar raciocínios de ordens diversas. Todos eles, porém, convergentes para um ponto: a importância, também quanto a isso, da participação da comunidade, mesmo que o seu papel, no caso, seja indireto, senão, até, mera presença. Não se pode esquecer, no entanto, que, quando a comunidade coopera para solucionar problemas da prisão (que podem ser relacionados com a construção do estabelecimento, com a sua higiene, espaços para destinações diversas etc.; com a alimentação dos presos, com a sua roupa de corpo e de cama, com a sua saúde, com a falta de atividades de trabalho e outras etc.), tudo, seja estática ou dinamicamente considerado, melhora. Essa melhora certamente influi sobre o estado de ânimo e a conduta do pessoal para com os presos, ao mesmo tempo que influi sobre o estado de ânimo dos presos, suas disposições para consigo mesmos e para com o pessoal da prisão. Todavia, não pára aí o papel deste valioso instrumento da Política Penitenciária Nacional, pois é com ele que ela conta para o atendimento assistencial à vítima e sua família.

IV – FINALIDADES

As finalidades da Política Penitenciária Nacional – a qual, consubstanciada de princípios que refletem uma renovada Filosofia da Pena, dispõe, para se operar, de instrumentos normativos e instrumentos de realidade – são de duas ordens: *intermediárias* e *finais*. As intermediárias são *instrumentais*, pois que não somente antecedem as finais, mas, não se acabando em si mesmas, é por meio delas – tomadas como funções – que se alcançam as finais, que são a *meta optata*.

1 – *Finalidades intermediárias – instrumentais*: humanização da pena e emenda do condenado.

a) A humanização da pena, verdadeiramente tal, é aquela que permite visualizar e tratar o preso (provisório ou condenado) e o condenado (em cumprimento de pena na prisão ou na comunidade), como um *ser humano*. Um ser humano não é tão-só indivíduo – um *ser delimitado* pela sua conformação física, idêntico a si mesmo e diferenciado dos demais, não obstante os pontos ou aspectos de semelhança e até igualdade que possam existir –, unidade estanque, mas é *pessoa*, que, sem deixar de ser indivíduo, é *algo mais*, que faz com que não seja uma unidade estanque, mas, sem perder a sua identidade individual, se intercomunica com os demais, tem com cada uma e todas as demais interação psicológica (ir-e-vir de estímulos e respostas intelectivos, afetivos e volitivos), isto é, no campo do *ser*, como também interação – consciente e voluntariamente finalística – ética e jurídica (entrecruzamento de direitos e deveres, cujo exercício e cujo cumprimento supõem responsabilidade moral), isto é, no campo do *dever-ser*.

De vez que a pena não se restringe à fase da execução, quando se fala em humanização dela, entende-se “humanização do direito-poder de punir (do seu exercício)”, nas três fases – a das previsões e cominações, na lei, a da aplicação da pena (e imposição de outras sanções), na sentença condenatória, e a da execução, que, para o condenado, é cumprimento, da pena aplicada (e de outras sanções impostas, se for o caso). Não há que falar em humanização da pena restritivamente à sua execução e muito menos, como, com simplismo, alguns falam, em humanização das prisões. Essa humanização da pena, que começa com as previsões e cominações legais, prossegue na sentença (condenatória) e abrange a execução penal, exclui qualquer “tratamento”, providência ou medida que fira a dignidade humana do preso (do condenado). Aliás, cabe lembrar, de passagem, que o art. 32 do Código Penal, conservando a sua redação de 1940, reza: “Os regulamentos das prisões (...), em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana”.

Na concepção de humanização da pena, de que ora se fala, está implícito o *status* jurídico do condenado, com a configuração resultante da sentença condenatória, e do qual fazem parte, obviamente, os direitos fundamentais da pessoa humana. Entretanto, exclui também certa atitude irrisória, que se nota cá ou lá, consistente em usar palavras eufêmicas, para se referir ao condenado e sua situação de preso, como se nesse eufemismo se consubstanciasse ela.

b) A emenda do condenado consiste em, assumindo ele a responsabilidade pelo crime cometido, dispor-se a fazer o seu melhor esforço para não tornar a delinquir. Função ética da pena, que é, e, ao mesmo tempo, finalidade instrumental da Política Penitenciária Nacional, é inerente ao caráter humano da pena, pois que somente o ser humano, no uso das faculdades psicológicas e ético-jurídicas que, no plano natural, lhe são próprias e exclusivas, pode *emendar-se*. É uma operação psicológica e ético-jurídica, “de dentro da pessoa, para fora”, livre. Qualquer ingerência, “de fora para dentro”, que interfira sobre a liberdade interior, impedirá que se opere a emenda.

A mudança resultante, ainda que no sentido de não-reincidência, não será emenda, mas será um fato ou um fenômeno com outra denominação, conforme os meios finalisticamente empregados. É de notar que quem assim proceda estará deixando de visualizar e tratar o condenado como pessoa, para tratá-lo como simples indivíduo (sujeito passivo), senão como coisa (objeto), o que significa desumanização, ainda que os meios empregados sejam técnica e cientificamente evoluídos e requintados — ou, talvez, justamente por isso. *Quid*, se o condenado não se dispõe a emendar-se? Do ponto de vista dele, deverá ele, caso venha a efetivamente cometer outro crime, arcar com as conseqüências da sua opção. Do ponto de vista da sociedade, deve ela defender-se. Ora, a defesa social, conforme a orientação da Escola Positiva de Direito Penal, consistia em defender a sociedade contra o delinqüente; para isso, quaisquer meios e métodos seriam bons. Consoante, porém, com a humanização da pena de que ora se trata, a defesa social há de consistir em defender a sociedade, e cada uma das pessoas que a compõem, contra o crime — contra o risco ou a probabilidade de vir a ser autor ou vítima de crime. Nesse sentido, não só são preconizadas, como já existem, atividades, providências e medidas diversas, que, promovendo o melhoramento das condições da vida e a vivência dos valores ético-jurídicos, constituem o que se denomina “prevenção do crime, indireta, *a priori*”, indispensável, a par da prevenção direta e da prevenção *a posteriori*, isto é, da reincidência. Paralelamente, os estudos a respeito de “por que, como, quando, para que” alguém se torna vítima de crime, ou pode deixar de vir a sê-lo, próprios da Vitimologia (que se ocupa não só de vítimas de crime, mas de quaisquer situações da vida, de acidentes, de fatos da natureza), indicam que, muitas vezes, a vítima, embora inadvertida, inconscientemente, provoca ou estimula o cometimento do delito (como provoca, estimula ou busca a situação da vida ou as circunstâncias de que ou em que vai se tornar vítima a outro título). Vale, no entanto, frisar que a experiência de ponderável número de comarcas, no País, de tratar o preso (o condenado) como pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade, com a participação da comunidade, ensina que, desse modo, muitos condenados (que, aliás, continuariam delinqüindo) se dispõem a se emendar e, efetivamente se emendam, o que é respeitável forma de prevenção *a posteriori*.

2 — *Meta optata* (“finalidade final”) — não reincidência, concretizada por:

a) permanência no convívio social, de condenado a quem foi concedida suspensão condicional;

b) reintegração no convívio social, do condenado que tenha tido efetiva privação da liberdade, com recolhimento a estabelecimento prisional.

Falou-se muito (e ainda há quem fale) em “desadaptação social do delinqüente” e em “readaptação ou recuperação social do delinqüente” — subentendendo-se, “condenado”. A “desadaptação” se inseriria na causalidade do delito (regra geral) e demandaria “tratamento”, pelo qual se operaria a “readaptação”, a “recuperação” — subentendendo-se que o delinqüente, condenado, haveria de estar preso, para receber o “tratamento”.

Cabe observar que a desadaptação (ou, melhor, o desajustamento) social não constitui, como regra, uma das causas do crime. Ele pode ser uma consequência do cometimento do crime, como pode ser um corolário da situação vital de preso — que é o que, como regra geral, acontece; nesse último caso, ainda quando não tenha havido desencadeamento anterior, acaba verificando-se, se o preso deixar de ter os necessários contatos com a família e a comunidade.

Com efeito, qualquer pessoa que fique afastada, segregada do ambiente social (não é preciso ser um delinqüente, não é preciso estar preso, isto é, recolhido a uma prisão), tenderá a se desajustar, desajustando-se efetivamente, e acentuando-se o desajustamento, na medida em que se prolongue o tempo de afastamento, de segregação.

Sem fazer outras considerações (aliás, algumas já foram feitas, de algum modo, páginas atrás), cabe notar que pretender reajustar socialmente, por meio de tratamento do paciente mantido afastado, segregado, soa como contradição.

Temos, pois, que a maior parte dos delinqüentes não são desajustados ao cometer o delito (principalmente quando se trata de delitos de menor gravidade), mas o afastamento do ambiente, pela segregação em estabelecimento prisional, é que os desajusta. Daí se segue que, se um condenado puder cumprir a sua pena sem se afastar do ambiente, sem ser recolhido a prisão, ou, pelo menos, se, apesar do recolhimento, puder ter suficientes e adequados contatos, não se desajustará. A realidade prática tem confirmado essa assertiva. (*)

O beneficiado com a suspensão condicional não está isento de cumprimento da pena; ele está cumprindo no seu ambiente, permanecendo integrado no convívio social, conforme um regime próprio, configurado pela observância e obediência de condições — normas de conduta, obrigações de fazer e de não fazer —, observando, também, as interdições de direitos e a suspensão do exercício de atividades que decorram de pena acessória. As restrições de liberdade que correspondem a este regime de execução da pena não impedem que o condenado tenha as interações não só psicológicas, mas as ético-jurídicas do entrecruzar do exercício de direitos e cumprimento de deveres, indispensáveis para a integração no convívio social. Ao contrário, fixadas criteriosamente pelo juiz, de acordo com o princípio da individualização — “adequadas ao delito e à personalidade do condenado”, como expressamente diz a lei — não de servir de estímulo para o condenado desenvolver o seu senso de responsabilidade, o que contribuirá para melhorar a sua interação, principalmente quanto ao aspecto ético-jurídico, do que resultarão salutares efeitos para a sua integração no convívio social. Para garantia dessa eficácia, a Lei n.º

(*) De passagem, convém lembrar que a questão de ambiente inadequado, do ambiente criminoso, é outra, e não cabe ser desenvolvida nestas páginas.

6.416/77 prevê a fiscalização do cumprimento das condições, por "serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares", podendo o condenado, nas suas dificuldades, pedir a ajuda da entidade que, em concreto, faz a fiscalização (art. 698, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal).

O condenado que, na forma da lei e nos termos da sentença, é recolhido a estabelecimento prisional, para ali cumprir a pena, deixa de permanecer, assim, no convívio social. Deverá, portanto, oportunamente, nele se reintegrar. Cumprida que tenha sido uma parte da pena (mais da metade ou, tratando-se de reincidente, mais de três quartos), o condenado poderá obter livramento condicional, o qual — sem deixar de ser um benefício, embora, e para cuja obtenção o interessado tem de ter certos requisitos de conduta que a lei exige — é uma fase da execução (do cumprimento) da pena, com regime próprio.

Esse regime é, *mutatis mutandis* e nos termos legais, o mesmo que o da suspensão condicional (arts. 718 e 725 do Código de Processo Penal). Há, porém, uma importante diferença, no que diz respeito à integração no convívio social. É que, enquanto o beneficiado com a suspensão condicional permanece no convívio social, o mesmo não ocorre com o liberado.

Conforme a anterior redação da lei, o condenado recolhido a prisão tinha, como única oportunidade de voltar ao ambiente, enquanto estivesse preso, o trabalho externo "em obras ou serviços públicos". Essa oportunidade, porém, pela sua natureza e pelas precauções de que era cercada, não constituía vivência ou exercício de reintegração no convívio social.

A Lei nº 6.416/77, no entanto, trouxe inovações para atender a este aspecto da *meta optata* da Política Penitenciária Nacional. De acordo com a moderna orientação, o regime penitenciário não se restringe ao recinto do estabelecimento prisional. Assim sendo — e havendo disposto, como se acaba de ver, sobre a suspensão condicional e o livramento, configurando-se, em cada caso, um regime próprio —, ordenou uma tripartição para o regime a ser observado nos estabelecimentos prisionais, limitando o sentido da palavra *regime*, em cada um dos três casos, com um adjetivo apropriado, daí resultando: regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto (que inclui a espécie denominada "prisão-albergue"). As possibilidades, previstas na forma de concessões a serem outorgadas pelo juiz, de contatos com o ambiente, com a comunidade, e lapsos de tempo a serem ali transcorridos, são mais restritas para os condenados presos em regime fechado, menos restritas para os que estão em regime semi-aberto, e amplas para os que estão em regime aberto, principalmente se se tratar da espécie denominada "prisão-albergue". Nessa gradativa abertura, o condenado pode trabalhar na comunidade: *a*) exclusivamente "em serviços ou obras públicas, sob a vigilância do pessoal penitenciário", se estiver em regime fechado; *b*) em empresas privadas ou por conta própria, sem essa vigilância (o que não exclui outra forma de vigilância ou supervisão, nos termos das normas supletivas estaduais), se estiver em qualquer dos outros dois regimes. Pode também, conforme o regime a que estiver submetido, frequentar curso profissionalizante, bem como de segundo grau ou superior, visitar a família, em datas ou ocasiões especiais, ter licenças periódicas para visitar a família e ir à sua igreja, bem como eventuais licenças "para participar

de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social'. Desse modo, evita-se, por um lado, que ele se desvincule da sua família, da sua igreja, do seu ambiente, da comunidade, enfim, enquanto que, por outro lado, não só é mantida a sua integração no convívio social, tanto quanto e como ela era ao ser ele preso, como podem ser corrigidas falhas e distorções, e se prepara uma correta reintegração. Essa gradativa experiência facilita ao condenado vir a se reintegrar plenamente no convívio social, quando recupere a liberdade, seja pelo livramento condicional, seja mediante soltura definitiva. Antes de reformulação legal, era ao recuperar a liberdade, que começava, tanto para o liberado como para o egresso, a dolorosa experiência de buscar reintegrar-se no convívio social, não só sem ter, para ajudá-lo, qualquer das entidades ora previstas pela lei, como tendo de enfrentar a hostilidade e a rejeição da sociedade ou, pelo menos, a sua cinzenta e desanimadora indiferença.

A permanência e a reintegração do condenado no convívio social constituem a *meta optata* da Política Penitenciária Nacional, do ponto de vista ético-jurídico. Do ponto de vista pragmático, utilitário, ela se corporifica na diminuição do número de reincidentes e de reincidências. Em cada caso concreto, a não reincidência equivale a condição para a permanência ou a reintegração no convívio social, ao mesmo tempo que é seu corolário.

Atualmente, há muita preocupação com o aspecto eminentemente utilitário do custo do crime, que não se limita ao dano sofrido pela vítima, mas inclui todas as despesas com a Polícia, a administração de Justiça (*penal*) e a administração das prisões, levando-se em conta edifícios, equipamentos, serviços e pessoal; quanto à administração das prisões, também deve ser somada a manutenção dos presos. Essa preocupação, desde que não olvide nem se sobreponha às considerações ético-jurídicas, merece ser levada em conta. Em atenção a ela pode-se dizer que cada condenado que deixa de reincidir, deixa *ipso facto* de contribuir para o custo do crime.

V – ÓRGÃOS

A Política Penitenciária Nacional, para vivenciar seus princípios, utilizando seus instrumentos, tendo em vista alcançar suas finalidades, dispõe de *órgãos* apropriados, no âmbito federal e no âmbito das Unidades da Federação.

I – No âmbito federal

1.1 – Órgãos do Poder Executivo

Veiculada pelo Ministério da Justiça, a Política Penitenciária Nacional dispõe nele de dois órgãos, criados pelo Decreto nº 76.387, de 2 de outubro de 1975, que dispõe "sobre a Estrutura Básica do Ministério da Justiça e dá outras providências". São eles: o Conselho Nacional de Política Penitenciária e o Departamento Penitenciário Federal (DEPEN).

O Conselho Nacional de Política Penitenciária é órgão de deliberação coletiva, ao qual compete "elaborar projetos objetivando aperfeiçoar a execução penal e o regime penitenciário" (art. 3º, VII, Dec. nº 76.387/75). Esse Conselho está em vias de ser instalado, sendo que está em estudo a reformulação da sua conceituação, abrangendo a sua competência.

O Departamento Penitenciário Federal (DEPEN) é órgão executivo e de apoio, a ele competindo "acompanhar a execução penal e zelar pela observância das normas gerais do regime penitenciário, bem como prestar apoio técnico, administrativo e financeiro ao Conselho Nacional de Política Penitenciária" (art. 3º, XVII, dec. cit.). Foi instalado em 26 de agosto de 1976. Conforme o seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria (ministerial) nº 590-B, de 15 de outubro de 1975, tem a seguinte estrutura:

– Divisão da Inspeção e Controle, à qual compete "coordenar e fiscalizar o cumprimento das normas de execução penal e as de regime penitenciário", especificando-se essa competência em duas seções: Seção de Inspeção dos Estabelecimentos Prisionais e Seção de Inspeção do Atendimento aos Egressos e Vítimas.

– Divisão de Cadastro e Processamento, à qual compete "dirigir, orientar e controlar as atividades de instrução processual e registros penitenciários, destinados ao estudo e acompanhamento dos índices de criminalidade e à fixação de critérios para estabelecimento de programas de defesa social", especificando-se essa competência em três seções: Seção de Processos e Referências, Seção de Registro Penal e Seção de Classificação de Sentenciados.

– Divisão de Análise e Acompanhamento de Projetos, à qual compete "promover o exame de propostas e projetos de construção e implantação de estabelecimentos prisionais", especificando-se essa competência em duas seções: Seção de Estudos Preliminares e Seção de Engenharia Prisional.

– Serviço de Apoio Administrativo, ao qual compete "controlar e executar as tarefas de apoio do Departamento Penitenciário Federal concernentes a pessoal, execução orçamentária e financeira e serviços gerais".

– Centro de Formação e Treinamento de Pessoal Penitenciário, ao qual compete "a preparação e reciclagem de recursos humanos, destinados a suprir as necessidades da administração penitenciária".

Ademais desses dois órgãos, existe, há anos, no Gabinete do Ministro da Justiça, uma *Assessoria para Assuntos Penitenciários*, a qual, após a instalação do DEPEN, passou a ter principalmente atribuições em matéria doutrinária.

Finalmente, é de ser registrado que a supervisão de toda a matéria penitenciária, no Ministério da Justiça, tem sido do Secretário-Geral, ao qual incumbe também tomar decisões que, nessa área, não sejam da competência do próprio Ministro de Estado.

1.2 – *Órgãos do Poder Judiciário*, que são os da Justiça Federal, os da Justiça Militar e os Tribunais Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal, em tudo aquilo que, no exercício das funções das respectivas competências, se relaciona com a pena, particularmente a sua execução, bem como o uso da prisão provisória.

2 – *No âmbito das Unidades da Federação*

2.1 – *Órgãos do Poder Executivo*

Conforme rezam as *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, "Em todas as Unidades da Federação, os serviços prisionais e de re-

gime penitenciário devem tender à sistematização, dirigidos por um órgão central da Administração direta, estruturados como Superintendência ou como Departamento” (item 1).

Esse órgão central da Administração direta deve contar com estabelecimentos das seguintes categorias (item 4 e seus subitens, das Recomendações Básicas):

- estabelecimentos presidiários;
- estabelecimentos de classificação e triagem;
- estabelecimentos penitenciários;
- estabelecimentos médico-penais;
- estabelecimentos assistenciais.

Em cada Unidade da Federação existe um *Conselho Penitenciário*, órgão de deliberação coletiva, que constitui “a ponte” entre os Poderes Executivo e Judiciário, no tocante à execução penal. O Conselho Penitenciário, como instituição jurídica, foi criado pelo Decreto nº 16.665, de 6 de novembro de 1924. Correspondendo plenamente às realidades e às necessidades jurídicas da época, percebe-se, nos últimos anos, que — notadamente em razão das modificações trazidas pela Política Penitenciária Nacional — a sua estrutura e a sua organização deixaram de ser suficientes e adequadas para o exercício das funções da sua competência, conforme as exigências atuais. Por isso, estão sendo feitos (como consta páginas atrás) estudos tendentes a reformar, atualizando, a estrutura e a organização referidas. — Cabe lembrar que, quando se trata de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, certos atos da competência do Conselho Penitenciário passam para a autoridade sob cuja custódia esteja o condenado.

2.2 — Órgãos do Poder Judiciário

Genericamente, os órgãos do Poder Judiciário, cuja competência abrange matéria criminal, são-no também da Política Penitenciária Nacional.

Especificamente, porém, é o Juízo (Vara) das Execuções Penais, à luz do que dispõem os arts. 668 e 758 do Código de Processo Penal. Com efeito, rezam esses dispositivos:

“Art. 668 — A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do tribunal do júri, ao seu presidente.

Parágrafo único — Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao respectivo presidente promover-lhe a execução.”

“Art. 758 — A execução da medida de segurança incumbirá ao juiz da execução da sentença.”

A Lei nº 6.416/77, em dispositivos diversos, incorporados no Código Penal e no Código de Processo Penal, aumentou os poderes e as intervenções judiciais na execução penal. Isto é, “valoriza a função do juiz, o que amplia as garantias para o andamento do processo, bem como na aplicação e na

execução das penas” — como se lê no item 18 do texto que, justificativa do projeto, ficou sendo Exposição de Motivos da lei. A explicitação da competência do Juiz das Execuções Penais, como dos demais Juizes, depende, em cada Unidade da Federação, das respectivas normas de organização judiciária.

Seja observado, de passagem, que em algumas Unidades a denominação usada é “das Execuções Criminais”. Deve-se isso, provavelmente, a inadvertida analogia com o Juízo (ou Vara) Criminal, isto é, a quem competem os processos cujo objeto são fatos aparentemente crimes, e de cuja comprovação, como realmente crimes, decorre sentença condenatória para o respectivo autor, com aplicação de pena. O objeto da execução, entretanto, é a pena — essa pena aplicada na sentença condenatória —, motivo por que não se trata de Juízo (ou Vara) de Execuções Criminais, mas de Execuções Penais (ou da Execução Penal).

2.3 — Órgãos e entidades assistenciais e de colaboração

Nos termos da Lei nº 6.416/77, introduzidos no Código Penal (art. 63) e no Código de Processo Penal (arts. 698, § 4º, e 725), são os seguintes os órgãos ou entidades assistenciais e de colaboração:

- serviço social penitenciário;
- patronato;
- conselho de comunidade;
- entidades similares.

O conselho de comunidade e as entidades a ele similares só podem ser, como as próprias denominações indicam, entidades da comunidade; o serviço social penitenciário e o patronato, porém, tanto podem ser entidades da comunidade, como podem ser órgãos estatais. Todos — órgãos ou entidades — devem ser inspecionados “pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público ou ambos” (art. 698, § 4º, do Código de Processo Penal). Nota-se, como experiência vivida, que, em muitos casos, o Juiz a quem, na Comarca, compete a execução penal, dirige, preside ou supervisiona a entidade da comunidade; quando assim acontece, a entidade funciona melhor e os resultados são mais satisfatórios.

São expressamente previstas, em dispositivos legais, as incumbências desses órgãos e entidades, no que diz respeito aos beneficiados com a suspensão condicional ou com o livramento (arts. 698, §§ 4º, 5º, 6º e 7º, 718 e 725 do Código de Processo Penal). Essa previsão expressa não exclui outras formas de assistência ou colaboração, desde que acessórias ao direito de punir, exercido pelos órgãos competentes, da Administração direta, como, aliás, vem ocorrendo no País, especialmente em algumas Unidades da Federação, com apreciáveis resultados.

VI — CONSIDERAÇÕES FINAIS

Traçado que foi o “Panorama da Política Penitenciária Nacional”, em que se vê o que ela é, o que pretende e como alcançá-lo, podendo-se também vislumbrar o que já tenha alcançado ou que, à luz dela e com os seus instrumentos, já foi realizado pelos seus órgãos, convém fazer algumas considerações finais.

Ensina o Evangelho que as árvores se conhecem pelos seus frutos. Os frutos da Política Penitenciária Nacional são bons.

Aquilo que por ela ou em nome dela tem sido feito seria, num país de, digamos, quinhentos mil quilômetros quadrados, superfície essa que garante certa homogeneidade (para não falar em outros, menores), em alto grau superabundante, o que, por si, chamaria a atenção dos especialistas e da opinião pública. Neste País de mais de oito e meio milhões de quilômetros quadrados, e com tantas diferenças geofísicas e sócio-político-econômicas (sem falar nas que incidem sobre a vivência dos valores humanos), as realizações, esparsas pelo vasto território, não oferecem a sua visão de conjunto à opinião pública, opondo-se dificuldades quanto a oferecê-las aos especialistas. É tomado conhecimento delas, isoladamente, como se cada uma constituísse um fato ou um fenômeno único. Acresce que, em geral (e exceto para um pequeno número de especialistas), essa tomada de conhecimento não ultrapassa as fronteiras da Unidade da Federação, sendo que às vezes não vai além dos limites da Comarca em que o fato ou fenômeno se verifica.

Por outro lado, há sempre grande publicidade em torno de fatos negativos que, não obstante todo o esforço dos órgãos da Política Penitenciária Nacional, continuam acontecendo em uns e outros estabelecimentos prisionais. De tal modo essa publicidade é feita, que a opinião pública (excluídas as pessoas que, como representantes da comunidade, participam, colaboram), impregnada dela, tem a pior imagem possível das prisões brasileiras, nas quais se resumiriam todas as providências provisórias, bem como a execução penal e o regime penitenciário. Assim sendo, dificilmente aceita, senão ostensivamente rejeita, qualquer explicação, esclarecimento ou informação que se queira dar a respeito do que já tem sido feito, corrigido, melhorado, quer em relação à execução das penas (ou cumprimento delas), dentro do recinto prisional ou fora, na comunidade, quer em relação à prisão provisória e outras medidas processuais.

Os fatos ou fenômenos negativos de diversos graus de gravidade, que ocorrem, contra presos (condenados ou provisórios), ou por eles praticados, não podem, de boa fé, ser generalizados. Se ocorrem, não é por causa da Política Penitenciária Nacional, mas apesar dela e dos esforços que, para humanizar a pena — o exercício do direito de punir —, os seus órgãos têm feito e vêm fazendo, inclusive com apuração da veracidade dos fatos e realidade das situações, e punição dos culpados, na forma da lei. Convém registrar, aliás, que nem sempre os fatos noticiados têm a gravidade que lhes é atribuída, podendo, mesmo, não ser verdadeiros, como não poucas vezes tem sido comprovado. Além disso, seja por equívoco de quem dá publicidade, seja por mal-entendido do público que a recebe, por vezes acontece que são atribuídos à Administração Penitenciária ou funcionários seus, fatos que, a serem verdadeiros, ocorreram em outra área; a confusão desse modo gerada contribui para indispor a opinião pública contra a Administração Penitenciária no seu mais amplo sentido, no âmbito das Unidades da Federação e no âmbito nacional.

Não cabe, nos propósitos destas páginas, expor dados quantitativos. Vallaham, porém, as descrições e informações registradas no bosquejo do Panorama da Política Penitenciária Nacional, como dados qualitativos.

ANEXOS

RECOMENDAÇÕES BÁSICAS PARA UMA PROGRAMAÇÃO PENITENCIÁRIA

Reformulação da primeira redação, que foi observada desde 24 de julho de 1975, data da sua aprovação pelo Ministro da Justiça.

JUSTIFICATIVA

A JUSTIFICAÇÃO da primeira redação das *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária* começa dizendo que elas "não visam a uma aplicação rígida". Na sua flexibilidade, possibilitada pelo caráter amplamente genérico dos seus dispositivos, elas têm servido para, respeitadas as peculiaridades locais, iniciar a homogeneização dos serviços penitenciários e mesmo prisionais do País.

2. O exame dos problemas prisionais, juntamente com as autoridades interessadas, das Unidades da Federação, e seus técnicos, com o fito de, à luz das *Recomendações Básicas*, encontrar a solução mais adequada, em cada caso, foi muito útil, também, pelas sugestões que, explícita ou implicitamente, daí derivaram para aperfeiçoamento delas, com modificações redacionais ou com acréscimos, sempre sem prejuízo da sua flexibilidade.

3. O advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, também atingiu as *Recomendações Básicas*, demandando ora modificações, ora acréscimos, não para contradizê-las, mas para, aperfeiçoando-as, confirmá-las. Essa lei, dispondo principalmente sobre reforma do sistema de penas e uso da prisão provisória, foi elaborada de modo a vir a ser incorporada no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei das Contravenções Penais. Assim, os dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal a que é feita remissão em disposições da nova redação das *Recomendações Básicas* são da mais atual forma daqueles diplomas legais, já adotados os novos termos advindos da Lei nº 6.416/77. É de notar que houve uma como que interação entre as *Recomendações Básicas* e a elaboração do projeto da citada lei, pois que esse projeto, acolhendo o espírito delas, acolheu, ainda, em alguns casos, a letra, melhorando-lhe a forma ou fazendo acréscimos, tornando expresso o que estava implícito.

4. A vivência das *Recomendações Básicas*, na sua aplicação aos casos concretos, ensinou que a seqüência dos seus dispositivos deveria ser alterada, dando-se-lhes outra que fosse mais lógica e mantendo-se a mesma sucessão numérica das partes e respectivos enunciados.

5. A numeração, iniciando novamente, em cada parte, como era na primeira redação, oferecia dificuldade para melhor entendimento das citações feitas. Foi adotada a numeração progressiva (com itens e subitens), que é mais metodológica e mais prática, obviando aquela dificuldade.

6. Cuidando, de modo mais amplo, dos estabelecimentos presidiários (que são casas de prisão provisória), e tendo presente que a Exposição de Motivos da Lei nº 6.416/77 levou em conta "o conceito de que o regime penitenciário não se restringe ao recinto do estabelecimento prisional, combinado com o moderno entendimento de que o condenado deve, tanto quanto possível, permanecer no convívio social", já não fala a nova redação do item 1 das *Recomendações Básicas* em "sistema penitenciário", mas diz que "os serviços prisionais e de regime penitenciário devem tender à sistematização". Aliás, também contribuiu para essa nova redação o fato de um exame mais nitido ter demonstrado que, na maior parte das Unidades da Federação, os serviços penitenciários não têm suficiente estrutura nem organização para constituir sistema (ainda que assim sejam denominados). Sempre levando em conta aquele conceito, foi dada alguma ênfase aos estabelecimentos assistenciais.

7. Não só se frisa, como na primeira redação, a necessidade de novos estabelecimentos, isto é, uns, próprios para jovens-adultos e, outros, hospitalares, para toxicômanos, e pavilhões ou seções para velhos, mas se acrescentam, quanto aos jovens-adultos e aos velhos, disposições de caráter hermenêutico, indispensáveis para o atendimento das recomendações específicas. Convém registrar que, sem usar a expressão "jovem-adulto", a sua figura está delineada no Código Penal. Com efeito, fixando, no art. 23, a idade de 18 anos para início da capacidade jurídica penal, menciona, no art. 48, I, entre as circunstâncias que sempre atenuam a pena, ser o agente menor de 21 anos. Por sua vez, a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957 (Normas Gerais do Regime Penitenciário), alude a estabelecimentos apropriados para aqueles que tiverem mais de 18 anos e menos de 21.

8. Mantêm-se, com alguns acréscimos explicativos, os mesmos pressupostos arquitetônicos, rejeitando o estilo circular, suas variações ou derivações, fixando-os no estilo em pavilhões, "pela notória vantagem do último, que possibilita não só construções moduladas e de execução progressiva, como também a preservação da segurança sem confinamentos degradantes". A cela (compartimento individual), porém, deixou de ser "preferencialmente recomendada". Com efeito, nos últimos anos, a doutrina está suscitando dúvidas quanto à cela; paralelamente, os estudos feitos, neste Ministério, juntamente com autoridades das Unidades da Federação, a propósito dos projetos de novos estabelecimentos, têm indicado que, sem excluir um certo número de celas, deve haver alojamentos (compartimentos coletivos), e que, em certos casos, os alojamentos é que devem ser recomendados preferencialmente.

9. A previsão das dependências ou locais indispensáveis num estabelecimento prisional foi mantida nas suas linhas mestras, que fazem notar a preocupação com o aspecto jurídico da execução penal, em coerência com o princípio da Política Penitenciária Nacional, de que o preso, o sentenciado, é uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade. Tendo em vista a participação da comunidade — acessória, mas importante, imprescindível —, incluiu-se, entre aqueles locais, um, também, destinado a entidade da comunidade. Foram acrescentados dispositivos definidores, conforme a experiência tem indicado ser necessário.

10. Deu-se especial atenção à prisão-albergue e sua configuração, dispondo sobre o que é indispensável nela. Assim foi feito porque, constituindo, como diz a Lei nº 6.416/77, uma espécie do regime aberto, ela é fruto de experiência brasileira, que vem tendo variações de uma Unidade da Federação para outra, não só em aspectos acessórios mas também em um ou outro principal. Essas variações são naturais e, até certo ponto, salutares, enquanto, pela experiência ainda não submetida a normas delimitadoras, se busca acertar. A experiência, entretanto, já forneceu suficientes ensinamentos para — tendo em vista a homogeneidade que a Política Penitenciária Nacional deve ter em todo o País, embora sem prejuízo das peculiaridades locais (o que, aliás, atende a dispositivos da Constituição) — ser oportuno fixar as linhas gerais do estabelecimento em que há de funcionar a prisão-albergue; essas linhas possibilitam o funcionamento conforme o espírito e a letra da lei federal, sem impedir o atendimento das particularidades de cada região e, até mesmo, de casos concretos diversos, de uma só região.

11. A nova redação destas Recomendações Básicas deixou de se limitar a simples menção de locais destinados ao pessoal que pernoita no estabelecimento, para dispor em termos explícitos sobre o alojamento dos agentes prisionais e o da guarda externa. Assim fazendo (e sem excluir que outros funcionários possam ou devam pernoitar no estabelecimento), fica também fixada a diferença entre agentes prisionais e guarda externa, o que é fundamental para efeito das respectivas funções.

12. No que concerne aos locais que correspondem ao caráter jurídico que o moderno entendimento atribui à execução penal, pareceu que, para a boa compreensão desse caráter, bastava a menção dos locais. Aliás, normas legislativas próprias definem a competência, as funções e atribuições, das autoridades, fun-

cionários e profissionais a quem esses locais se destinam. Assim, em relação ao texto anterior, foi feito somente um pequeno acréscimo, isto é, ficou expressa a inclusão, nas instalações da administração, de salas para serviço jurídico e assistência judiciária, as quais, não se confundindo com a sala de advogados, se destinam a funcionários específicos. Quanto à sala de autoridades, já está bem definido o entendimento de que são elas principalmente o Juiz, o Promotor e o Presidente do Conselho Penitenciário, e, eventualmente, qualquer outra que tenha de ir ao estabelecimento prisional, no exercício de atividades suas.

13. A recomendação concernente aos locais para visitas reservadas de familiares não ficou limitada, como na primeira redação, a mencioná-los. É agora mais ampla, de sorte a ficar clara a diferença dessas visitas reservadas de familiares, com as chamadas "visitas íntimas" (ou "visitas conjugais"), que são usadas em algumas Unidades da Federação, mas que é preciso sejam abolidas, ao mesmo tempo que adotadas aquelas, como constam destas Recomendações. Cabe notar que, quanto aos presos em regime semi-aberto e regime aberto, a frequência das visitas reservadas de familiares há de ser reduzida, de vez que, nos novos termos do art. 30, § 6º, VI e VII, do Código Penal, introduzidos pela Lei nº 6.416/77, o preso é que pode obter licença judicial para visitar a família, em datas ou ocasiões específicas, ou periodicamente.

14. Foram ampliadas as disposições quanto ao pavilhão de saúde, dada a importância que se verificou ter esse pavilhão, não só nas Unidades da Federação menos desenvolvidas, como, inclusive, em regiões carentes das Unidades mais desenvolvidas. A possibilidade, admitida, de esse pavilhão "oferecer assistência médica ambulatorial, bem como odontológica e farmacêutica, à população necessitada da vizinhança" atende a um imperativo de Justiça Social. Com efeito, não seria tolerável para a consciência jurídica que os delinquentes tivessem, por serem condenados, atendimento de uma assistência médica, odontológica e farmacêutica, enquanto que as pessoas necessitadas que moram nas proximidades do estabelecimento prisional — e procuram viver honestamente, sem delinquir, apesar das dificuldades da vida — não o tenham.

15. Foi mantida a classificação dos estabelecimentos prisionais, em categorias, tipos, regimes e espécies, a qual corresponde aos modernos ditames da arquitetura prisional, servindo às modernas concepções quanto à pena na sua essência, e à execução, quando privativa da liberdade. A respectiva nomenclatura que, em parte, já foi introduzida pela Lei nº 6.416/77, no art. 30 do Código Penal, é clara, singela, racional, de fácil entendimento e uso.

16. Houve alguma reformulação quanto à redação dos dispositivos que tratam da ordem de precedência, visando a melhor corresponder à realidade. Com a mesma finalidade, certos dispositivos foram elucidados pela mais explícita contemplação dos conjuntos prisionais, dispondo também sobre uma forma de estabelecimentos que com eles têm analogia, isto é, os "polivalentes", que se verificou serem os mais adequados para certas localidades.

17. Quanto ao critério de localização, foram feitos alguns aperfeiçoamentos de redação, além de — tendo em vista os §§ 5º, II, e 6º, III, do art. 30 do Código Penal, nos novos termos introduzidos pela Lei nº 6.416/77 — dispor sobre a "prisão da comarca".

18. Foram melhorados os termos, com necessários acréscimos definidores, das disposições sobre a capacidade dos estabelecimentos, dos pavilhões, alojamentos e outras dependências. Eliminou-se a diferença, quanto à capacidade máxima, determinando-se o mesmo teto de 500 (quinhentos) presos, para qualquer estabelecimento prisional. Realmente, verificou-se que o teto mais alto, de 800 (oitocentos) presos, admitido para os estabelecimentos presidiários, não se justificava, mas, ao contrário, uma vez que essa categoria é sempre de segurança máxima, com o respectivo regime fechado. Em tais estabelecimentos, as inevitáveis tensões são sempre maiores e mais intensas, o que desaconselha tão elevado número de presos num mesmo recinto.

19. As *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, que se demonstraram válido instrumento normativo da Política Penitenciária Nacional,

apresentam-se, agora, aperfeiçoadas, coordenadas com o outro instrumento normativo da mesma Política Penitenciária Nacional, que é a Lei nº 6.416/77, à luz dos modernos princípios da doutrina penal e penitenciária, e em harmonia com as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos* e recomendações mais recentes da ONU.

I

ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA

1 — Em todas as Unidades da Federação, os serviços prisionais e de regime penitenciário devem tender à sistematização, dirigidos por um órgão central da Administração direta, estruturado como Superintendência ou como Departamento.

2 — Compete ao mencionado órgão central inclusive a fixação do tratamento prisional e do regime penitenciário a serem observados pelos seus estabelecimentos e pelos órgãos e entidades auxiliares, obedecidas as normas de origem federal, e em coordenação com o órgão competente do Poder Judiciário.

3 — Cabe aos estabelecimentos, bem como aos órgãos e entidades auxiliares, observar as determinações emanadas daquela Administração superior, podendo, sem prejuízo dessa observância, elaborar normas de segurança e de disciplina próprias.

II

ESTRUTURA DO SISTEMA

4 — Um sistema penitenciário deverá ser integrado pelas seguintes categorias de estabelecimentos:

4.1 — estabelecimentos presidiários;

4.2 — estabelecimentos de classificação e triagem;

4.3 — estabelecimentos penitenciários;

4.4 — estabelecimentos médico-penais;

4.5 — estabelecimentos assistenciais.

5 — Os estabelecimentos prisionais, do ponto de vista da segurança, deverão ser dos seguintes tipos:

5.1 — estabelecimentos de segurança máxima;

5.2 — estabelecimentos de segurança média;

5.3 — estabelecimentos de segurança mínima.

6 — O estabelecimento de segurança máxima terá regime fechado; o de segurança média terá regime fechado ou semi-aberto; o de segurança mínima terá regime aberto, incluindo a espécie denominada prisão-albergue.

6.1 — A segurança se relaciona com a arquitetura e com as precauções físicas contra a fuga e em favor da ordem interna e da disciplina.

6.2 — O regime consiste no maior ou menor rigor da ordem interna e da disciplina, refletido na agenda diária, organizada de modo a prevalecer a coercibilidade no regime fechado, com ponderável uso da persuasão no semi-aberto, e prevalência da persuasão no aberto — tudo em correspondência ao senso de responsabilidade dos presos, respeitados os interesses da Justiça.

7 — Os estabelecimentos presidiários, sempre de segurança máxima, destinam-se aos presos provisórios (processados e outros); conforme a capacidade, são de duas espécies:

7.1 — presídios, mais de cinquenta presos;

7.2 — cadeias, até o máximo de cinquenta presos.

8 — A prisão da Comarca é o estabelecimento presidiário municipal, devendo dispor de locais separados para cumprimento de penas privativas da liberdade, nos termos do art. 30, §§ 5º, II, e 6º, III, do Código Penal.

8.1 — Os referidos locais separados devem ter o mínimo indispensável de condições físicas para atender às disposições destas Recomendações.

9 — Os estabelecimentos de classificação e triagem destinam-se aos seguintes exames:

9.1 — de saúde, geral, e, se aconselhável, específico, de qualquer preso, na ocasião do ingresso;

9.2 — da personalidade dos acusados, para verificação das condições biopsíquicas da imputabilidade (art. 22 do Código Penal), bem como da existência de periculosidade, para fins de imposição de medida de segurança (arts. 75 e segs. do Código Penal);

9.3 — da personalidade dos sentenciados a quem tenha sido imposta medida de segurança, para verificar a cessação da periculosidade;

9.4 — outros, de fato ou de direito necessários ou aconselháveis.

10 — Os estabelecimentos penitenciários destinam-se aos condenados a pena privativa da liberdade.

11 — Os estabelecimentos médico-penais destinam-se a sentenciados que tenham de ser submetidos a tratamento, em decorrência de decisão judicial, de medida de segurança imposta ou de prescrição médica.

12 — Os estabelecimentos médico-penais são das seguintes espécies:

12.1 — estabelecimento hospitalar para toxicômanos;

12.2 — manicômio;

12.3 — sanatório;

12.4 — hospital.

13 — Os estabelecimentos assistenciais constituem sede de serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, destinados a:

13.1 — dar assistência a sentenciados, egressos e respectivas famílias, e às vítimas e suas famílias;

13.2 — realizar a observação cautelar e proteção dos liberados condicionais (arts. 63 do Código Penal e 725 do Código de Processo Penal) e a fiscalização do cumprimento das condições a que está sujeito o sentenciado em regime de suspensão condicional (art. 698 do Código de Processo Penal).

14 — Onde não for possível a existência de estabelecimento exclusivo para mulheres, haverá seções ou pavilhões separados, com a segurança e o regime que atendam às particularidades de cada caso concreto.

15 — Para os jovens-adultos, deverá haver estabelecimentos próprios, ou seções ou pavilhões autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos.

15.1 — São jovens-adultos aqueles que estão na faixa etária de 18 a 21 anos, na data do ingresso.

15.2 — A permanência do jovem-adulto em estabelecimento próprio, ou seção ou pavilhão autônomos, poderá se estender, conforme a duração da privação da liberdade, até a data em que completar 24 anos de idade, devendo, então, ser transferido para adequado estabelecimento de adultos.

15.3 — Um estabelecimento para jovens-adultos pode configurar-se como prisão-escola, que não se destina a todos os presos jovens-adultos, mas somente aqueles para quem é essa a espécie apropriada.

16 — Nos estabelecimentos para adultos, deverá haver seções ou pavilhões separados para velhos.

16.1 — Para os fins destas Recomendações, consideram-se velhos aqueles que tenham 60 anos de idade ao ingressar, ou os completarem durante o tempo de privação da liberdade.

17 — Conforme as necessidades e peculiaridades locais, é admissível que dois ou mais estabelecimentos constituam um conjunto prisional, podendo, nesse caso, haver uma administração geral do conjunto, a que se subordine a administração de cada estabelecimento.

17.1 -- Cada estabelecimento do conjunto deverá ser, porém, fisicamente autônomo, de modo a evitar contatos inconvenientes dos presos de um estabelecimento com os de outro; deverá ter as características e precauções de segurança concernentes à sua categoria, ao seu tipo e ao seu regime, bem como, se for o caso, à sua espécie.

17.2 — As precauções previstas no subitem anterior deverão servir também para ser observada a separação entre os presos, conforme o sexo e a faixa etária, possibilitando, como em qualquer estabelecimento, tratamento prisional adequado, com exercício dos direitos e cumprimento dos deveres que compõem o *status* jurídico de condenado, quando seja esse o caso, ou tendo presente a presunção de inocência, quando o caso seja de preso provisório.

18 -- É admissível que, de acordo com as necessidades locais, um mesmo estabelecimento tenha seções, pavilhões ou anexos com destinações diversas, abrangendo, pelo menos, as finalidades próprias de estabelecimento presidiário, estabelecimento penitenciário e hospital, para homens e para mulheres (adultos, jovens-adultos e, eventualmente, velhos), constituindo um estabelecimento polivalente.

18.1 — Nesse caso, deve ser observado, quanto às seções, aos pavilhões e anexos, o que consta nos subitens 17.1 e 17.2, a respeito de um conjunto prisional e estabelecimentos que o compõem.

III

PRESSUPOSTOS DO PROJETO

19 — A elaboração de projetos para a construção de estabelecimentos prisionais deverá ser precedida de levantamento de dados e informações (inclusive estatísticos) que comprovem a necessidade da construção -- da categoria, do tipo, do regime e da espécie -- do estabelecimento pretendido.

20 — São considerados indispensáveis os seguintes dados:

20.1 — organização e estrutura dos serviços (já sistematizados ou não);

20.2 -- capacidade real e lotação dos estabelecimentos existentes (globalmente e de cada um);

20.3 -- categoria, tipo, regime e espécie dos estabelecimentos existentes, e respectiva localização;

20.4 -- distribuição da população prisional, por sexo, faixa etária (18 a 21; 22 a 24; 25 a 30; 31 a 35; 36 a 40; 41 a 45; e assim sucessivamente, até os presos mais velhos), grau de instrução, aptidão profissional, natureza da prisão (provisória ou decorrente de sentença condenatória passada em julgado) e pena aplicada ou medida de segurança imposta.

20.5 — indicação do índice de reincidentes, de reincidências, de fugas, de evasões e de motins, nos últimos cinco anos (em cada ano).

IV

ESTILO DOS ESTABELECIMENTOS

21 — Os projetos para construção de estabelecimentos prisionais deverão, sempre, adotar o estilo em pavilhões, com um só pavimento.

21.1 — Admite-se que, excepcionalmente e atendendo a justificados motivos de ordem local, as construções possam ter mais de um pavimento, nunca, porém, mais de três.

22 — O estilo circular e suas variações ou derivações são inteiramente condenáveis.

23 — Em todos os estabelecimentos prisionais convém que, para o repouso noturno dos presos, haja celas (que são compartimentos individuais) e alojamentos (que são coletivos).

23.1 — Nos pavilhões ou nas seções para velhos, são preferíveis os alojamentos, sem prejuízo, porém, de um indispensável número mínimo de celas.

24 — As celas deverão ter condições de higiene, aeração e iluminação satisfatórias, bem como área bastante para serem guarnecidas com, pelo menos, instalações sanitárias, cama e mesa.

25 — As celas deverão ser retangulares, com suficiente comprimento para dar pelo menos cinco passos num mesmo sentido.

26 — Conforme o estabelecimento, as celas deverão obedecer às seguintes indicações de dimensões mínimas (incluindo espaço para as instalações sanitárias, quanto às dos subitens 26.1 e 26.2; as do subitem 26.3 não têm ditas instalações, que se localizarão agrupadamente, em espaço apropriado do pavilhão):

26.1 — estabelecimentos, seções ou pavilhões ou anexos presidiários, ou penitenciários de segurança máxima:

superfície — 9,50 m² (nove e meio metros quadrados);

cubagem — 28,50 m³ (vinte e oito e meio metros cúbicos);

26.2 — estabelecimentos, seções ou pavilhões ou anexos penitenciários de segurança média:

superfície — 8,35 m² (oito metros e trinta e cinco centímetros quadrados);

cubagem — 23,50 m³ (vinte e três e meio metros cúbicos);

26.3 — estabelecimentos, seções ou pavilhões ou anexos penitenciários de segurança mínima:

superfície — 6,60 m² (seis metros e sessenta centímetros quadrados);

cubagem — 16,50 m³ (dezesseis e meio metros cúbicos).

27 — Os alojamentos de qualquer estabelecimento prisional deverão ter dimensões que concedam, a cada preso, área igual a, pelo menos, dois terços das dimensões mínimas recomendadas para as celas dos estabelecimentos de segurança mínima.

27.1 — Os alojamentos para jovens-adultos e para velhos deverão ter aparelhagem que facilite o bom convívio e a formação de sadio entendimento entre os seus ocupantes.

28 — Quanto aos estabelecimentos médico-penais e aos pavilhões de saúde de estabelecimentos de outras categorias, devem ser observadas também as normas do Ministério da Saúde, coordenadas, porém, com estas Recomendações.

29 — Quanto aos pavilhões de ensino, devem ser observadas também as normas do Ministério da Educação e Cultura, coordenadas, porém, com estas Recomendações.

30 — Todo projeto para estabelecimento prisional deverá prever locais para: instalações da administração (nas quais se incluem salas para serviço jurídico e assistência judiciária, e para serviço social); sala de autoridades, sala de

advogados, assistência religiosa e culto (capela ecumênica), escola e biblioteca, auditório, prática de esportes e lazeres, áreas livres, oficinas de trabalho e áreas de trabalho ao ar livre, refeitório, enfermaria, parlatório, visitas reservadas de familiares, entidade da comunidade; é aceitável a destinação da mesma dependência para mais de uma finalidade.

30.1 — Consideram-se parte das instalações da administração, embora não localizados no pavilhão específico, alojamento e demais dependências para pessoal que pernoita no estabelecimento.

30.1.1 — O alojamento dos agentes prisionais deverá ser situado junto à entrada principal do estabelecimento, tendo, anexas, as dependências destinadas a revista de pessoas e coisas que entram e saem.

30.1.2 — O alojamento da guarda externa deverá ser situado de modo a evitar trânsito dos seus componentes dentro do recinto do estabelecimento, ou seu contato com os presos.

30.2 — Nos estabelecimentos prisionais situados em regiões carentes, a enfermaria poderá ter mais amplitude, constituindo um pavilhão de saúde, com adequados serviços médicos, inclusive de odontologia e farmácia, para atendimentos de urgência e de pequena monta, podendo, ainda, suprir, pelo menos em parte, a falta de hospital e, excepcionalmente, em caso de emergência e enquanto ela durar, suprir também a falta de estabelecimento para toxicômanos, manicômio e sanatório.

30.2.1 — É aconselhável que semelhante pavilhão de saúde possa oferecer assistência médica ambulatorial, bem como odontológica e farmacêutica, à população necessitada da vizinhança; para isso, deverá haver precauções, inclusive quanto à sua localização e via de acesso, de modo a evitar contato das pessoas que ali vão receber assistência, com os presos.

30.3 — Os locais para visitas reservadas de familiares deverão constituir pavilhão próprio, isolado dos demais, com via de acesso disposta de modo a evitar contato dos visitantes com a população prisional em geral; deverão ser formados por conjuntos autônomos de acomodações que permitam refeições, pernoite e higiene dos visitantes (pais, irmãos, mulher e filhos do preso) e deverão dispor de pátio para o caso, principalmente, de, entre os visitantes, haver menores.

30.3.1 — As normas do órgão central da administração ou o regulamento do estabelecimento deverão prever os requisitos de conduta dos presos para poderem receber essas visitas, bem como quanto à frequência e duração delas.

30.4 — É aconselhável que, em cada estabelecimento, haja, nas dependências da administração, sala própria para a comissão de tratamento prisional e disciplina, que deverá existir.

31 — As dependências de maior circulação de presos e de público, bem como as que tiverem de suportar maior carga-peso, deverão, preferencialmente, ser situadas no pavimento térreo.

32 — No caso de hospital, dispensam-se os seguintes locais: para escola, prática de esportes, trabalho e visitas reservadas de familiares.

32.1 — Os locais de trabalho não se confundem com os de laborterapia ou de praxiterapia, que são adequados aos estabelecimentos médico-penais, admitindo-se, aliás, que possam coexistir.

33 — Os estabelecimentos de segurança máxima, de qualquer categoria, deverão, para garantir a segurança, ser circundados de muros providos de guaritas, aconselhando-se que sejam encimados de passarelas; os demais, poderão ser circundados por alambrado ou cerca, com guaritas, se forem de segurança média.

33.1 — Os pavilhões ou seções (locais separados) para cumprimento de pena privativa da liberdade, fisicamente incluídos em estabelecimentos presidiários, ou a eles anexos, terão suas próprias precauções de segurança (máxima, média ou mínima), conforme o regime para que devam servir.

33.2 — Nos conjuntos prisionais, cada estabelecimento deverá ter suas próprias precauções de segurança, conforme, respectivamente, a categoria, o tipo, o regime e a espécie.

33.2.1 — Esse dispositivo também se aplica aos estabelecimentos polivalentes, com relação aos pavilhões que, isoladamente ou constituindo seções, têm destinações específicas.

34 — É aconselhável que sejam previstos locais, de preferência em estabelecimento de classificação e triagem, para um colegiado que, como órgão técnico, composto por especialistas (v.g., jurista, psiquiatra, psicólogo, educador, sociólogo, assistente social, funcionário de notória competência, capelão), deverá ter a incumbência de realizar a classificação e a lotação dos sentenciados, para isso levando em conta exames que houverem sido feitos, mas observando sempre os termos da sentença e de outras decisões judiciais concernentes.

34.1 — Os locais para esse órgão — que poderá constituir instância recursal de decisões que, interessando a presos, hajam sido proferidas por diretor de estabelecimento ou por comissão de tratamento prisional e disciplina — incluirão sala de reuniões do colegiado e saletas individuais para os seus membros.

35 — A prisão-albergue poderá ter a configuração exterior de uma casa comum de moradia, admitindo-se que tenha um ou dois pavimentos.

35.1 — Deverá contar com os seguintes locais: mínimo indispensável de dependências para administração, que, conforme o caso, poderão se reduzir a uma sala para o dirigente; dependências para o repouso noturno dos presos, de preferência alojamentos, sem excluir um número mínimo de celas ("quartinhos"), e adequados lavatórios, chuveiros e instalações sanitárias; cozinha e despensa; refeitório, que poderá servir também como sala de estar e de visitas; sala de estudo; sala de trabalho, em que haja também máquina de costura, para confecção e conservação da roupa do estabelecimento e, conforme o caso, dos presos; área de serviço, em que haja tanques (sem excluir a possibilidade de instalação de máquina lavadora) e acomodações para passar roupa a ferro; quintal, para lazer, cultivo de horta e jardim, e criação de pequenos animais domésticos.

36 — Os estabelecimentos prisionais deverão ser pintados de cor clara (cinza ou semelhante).

37 — Todos os estabelecimentos prisionais devem ser munidos de pára-raios instalado no ponto mais alto da construção, bem como de aparelhagem contra incêndio.

V

ORDEM DE PRIORIDADE

38 — Para decidir quanto à prioridade de construção de estabelecimentos, a carência existente deve ser indagada na seguinte ordem:

38.1 — estabelecimentos penitenciários;

38.2 — estabelecimentos médico-penais;

38.3 — estabelecimentos presidiários;

38.4 — estabelecimentos assistenciais;

38.5 — estabelecimentos de classificação e triagem.

39 — Tratando-se de construção de estabelecimento penitenciário, convém que a referida carência seja indagada na seguinte ordem:

39.1 — estabelecimentos de segurança média;

39.2 — estabelecimentos ou pavilhões para jovens-adultos;

39.3 — estabelecimentos ou pavilhões para mulheres;

39.4 — estabelecimentos de segurança mínima;

39.5 — pavilhões para velhos;

39.6 — estabelecimentos de segurança máxima.

40 — Tratando-se de estabelecimentos médico-penais, convém que a ordem da indagação seja a seguinte:

40.1 — estabelecimento hospitalar para toxicômanos;

40.2 — manicômio;

40.3 — sanatório;

40.4 — hospital.

41 — Por motivos de necessidade ou de particularidades locais, pode ser reconhecida prioridade para a construção de um conjunto prisional ou de um estabelecimento polivalente (itens 17 e seus subitens e 18 destas Recomendações).

42 — Em qualquer caso, as edificações devem ser econômicas, quanto ao preço da construção, considerando-se também o material a empregar, e objetivando a redução das despesas com a manutenção e o funcionamento que venham a demandar.

42.1 — O disposto neste item deve ser observado sem prejuízo das condições mínimas de decoro e de comodidade que, nas atuais circunstâncias da vida humana, são indispensáveis para serem preservados os direitos fundamentais de qualquer pessoa.

43 — Recomenda-se a centralização de serviços tais como médicos (acessórios e afins), técnicos e outros que exijam aparelhagem de vulto.

44 — Quando forem erigidos novos estabelecimentos, as construções prisionais existentes não devem ser demolidas, desde que possam continuar sendo utilizadas, para os mesmos fins ou outros, ainda que necessitando de reformas ou adaptações.

VI

DA LOCALIZAÇÃO

45 — Para a localização de conjuntos ou de estabelecimentos prisionais, deverá ser levada em conta a facilidade de acesso, a prestação das comunicações e a compatibilidade sócio-econômica, ou seja, o aproveitamento dos serviços básicos existentes (redes de distribuição de água, de energia, esgoto etc.) e das reservas disponíveis (hidráulicas, vegetais, minerais etc.).

46 — Os conjuntos ou estabelecimentos prisionais não devem ser situados em zona central da cidade ou de bairro residencial. Entretanto:

46.1 — os estabelecimentos de segurança média e regime semi-aberto, e os de segurança mínima e regime aberto, particularmente a espécie denominada prisão-albergue, se não puderem ser instalados nas proximidades de local onde existam oportunidades de trabalho e de escola, deverão sê-lo onde haja facilidade de meios de transporte;

46.2 — os estabelecimentos presidiários deverão estar localizados de modo a facilitar o acesso e a apresentação dos processados em juízo.

47 — As áreas metropolitanas e os centros regionais deverão ser prioritários na escolha de local para a construção de conjuntos ou de estabelecimentos prisionais de maior porte.

48 — A escolha de local deverá ter em conta, também, o centro comunitário de origem dos sentenciados, de forma a não impedir ou dificultar a sua visitaçao, preservando os vínculos para o futuro retorno.

49 — Nas sedes dos Municípios que também sejam sede de Comarca, deverá haver uma prisão nos termos e para os fins do art. 30, §§ 5º, II, e 6º, III, do Código Penal, isto é, cumprimento de pena "em prisão da Comarca da condenação ou da residência do condenado".

50 — A gleba sobre que se edificarem os estabelecimentos com atividades horticólicas, agrícolas, pecuárias ou florestais ou, ainda, mistas, deverá ter área e demais condições adequadas à boa exploração das atividades específicas, com as variações, conforme o clima, o solo etc., de cada região.

VII

DA CAPACIDADE

51 — Estima-se a capacidade máxima de qualquer estabelecimento prisional, em 500 (quinhentos) presos.

51.1 — Somente em casos excepcionais, devidamente justificados pelas circunstâncias locais, admite-se que seja superior a 500 (quinhentos) presos; em caso algum, porém, superior a 625 (seiscentos e vinte e cinco).

51.1.1 — Quanto à prisão-albergue e à cadeia, a capacidade máxima é estimada em 50 (cinquenta) presos.

52 — Estima-se a capacidade mínima de um estabelecimento penitenciário em 150 (cento e cinquenta) presos; a dos presídios e dos estabelecimentos médico-penais, em 50 (cinquenta) presos, e a das prisões-albergues e das cadeias, em 10 (dez).

53 — A capacidade máxima de cada pavilhão, de qualquer estabelecimento prisional, será de 200 (duzentos) presos.

54 — A capacidade mínima dos alojamentos será de 3 (três) presos; a máxima será de 21 (vinte e um), tratando-se de adultos; de 5 (cinco), tratando-se de jovens-adultos; e de 7 (sete) tratando-se de velhos.

54.1 — A previsão dessa capacidade será sempre em números ímpares.

55 — A capacidade de cada refetório não deverá ser superior à metade da capacidade do estabelecimento, nem, em qualquer caso, superior a 200 (duzentos) presos.

56 — Os locais de trabalho, de treinamento profissional e de ensino deverão estar situados de forma a impedir aglomeração e, se possível, distanciados uns dos outros.

Aprovo, com base nos pareceres. — Em 28-2-79. — *Armando Falcão*.

RECOMENDAÇÕES MÍNIMAS PARA A FORMAÇÃO DE AGENTES PRISIONAIS

JUSTIFICATIVA

A preocupação do Ministério da Justiça, com a formação do pessoal prisional, tem-se manifestado de diversas maneiras, principalmente pelas duas seguintes:

- a) a inclusão, nos convênios celebrados com as Unidades da Federação, relativas a construção de estabelecimentos prisionais, de uma cláusula atinente a compromisso dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, de enviar integrantes do seu pessoal prisional a participar de cursos realizados pelo Ministério;
- b) a criação e instalação do Centro de Formação e Treinamento de Pessoal Penitenciário (CFPPP), incluído na estrutura do Departamento Penitenciário Federal (DEPEN).

2. O CFPPP, no desempenho das suas atividades, já realizou um curso de atualização para Dirigentes Prisionais, mantendo constante entendimento com as Unidades da Federação, o que também tem servido para estimular a consciência da necessidade de cursos intensivos para agentes prisionais, os quais, além de darem preparação de um mínimo indispensável aos candidatos, constituem relevante experiência para a futura instalação de cursos ou escola regulares, perma-

centes. Já foram celebrados vários convênios que têm por objeto a realização de cursos, com a ajuda financeira do Ministério.

3. Dos contatos com as Unidades da Federação, ficou evidente ser preciso que, a par das *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, se cristalizassem, na forma de *Recomendações Mínimas para a Formação de Agentes Prisionais*, os dados fundamentais da orientação do Ministério. Essa cristalização, ademais, se afigura como um pressuposto de que os cursos e escolas não de ser um valioso veículo de difusão da Política Penitenciária Nacional, com a nova mentalidade que ela, ao mesmo tempo, supõe e demanda, homogênea, em todo o País, sem prejuízo das peculiaridades locais.

4. Já foi dito que o melhor estabelecimento, do ponto de vista arquitetônico, poderá não passar de um depósito de presos, se o seu pessoal não tiver adequada formação, enquanto que um pessoal bem preparado é capaz de fazer funcionar, segundo a melhor política penitenciária, uma prisão cuja construção e outros aspectos arquitetônicos deixem tudo a desejar. Sem tomar a observação ao pé da letra, não se pode deixar de admitir que, de todo o esforço quanto à nova arquitetura prisional e à atualização da legislação conforme a melhor doutrina moderna, não surtiria o efeito desejado, sem a complementação no que diz respeito ao pessoal que há de prestar serviços nas prisões novas e nas antigas.

5. Na sua singeleza, estas *Recomendações Mínimas para a Formação de Agentes Prisionais* marcam um rumo, com um passo decisivo. Outros passos não de ser dados.

6. Esta JUSTIFICATIVA é complementada pelo texto do estudo sobre "Guarda (externa) e Agentes Prisionais".

GUARDA (EXTERNA) E AGENTES PRISIONAIS

1 — As *Recomendações Básicas para um Programa Penitenciário*, editadas por este Ministério, usam a expressão *estabelecimentos prisionais* como a mais genérica (I — 2, III — 1, IV — 1), classificando-os por *categorias*, segundo a sua destinação, e por *tipos*, segundo a sua segurança e o seu regime.

1.1 — Segundo as categorias, têm os estabelecimentos prisionais as seguintes denominações específicas:

- I — estabelecimentos presidiários;
- II — estabelecimentos de classificação e triagem;
- III — estabelecimentos penitenciários;
- IV — estabelecimentos médico-penais.

A essas quatro categorias é acrescentada a dos estabelecimentos assistenciais, que não são prisionais propriamente ditos, mas são acessórios, ainda que necessários.

1.2 — Portanto, se o adjetivo mais adequado para compor a denominação mais genérica dos estabelecimentos é *prisional*, similantemente deve sê-lo para qualificar o pessoal que nesses estabelecimentos presta serviço.

1.3 — Cabe lembrar que, do mesmo modo como outros adjetivos qualificam especificamente os estabelecimentos, segundo a sua categoria, os mesmos adjetivos qualificariam, especificamente, o pessoal, segundo a categoria do estabelecimento em que preste serviço. Assim, considerando globalmente o pessoal que presta serviço em estabelecimento presidiário, seria "pessoal presidiário" (para evitar a ambigüidade, já que "presidiário" é o preso provisório, recolhido a estabelecimento presidiário, que é casa de prisão provisória, será melhor dizer "pessoal de presídio"); em estabelecimento penitenciário, seria "pessoal penitenciário"; em estabelecimento médico-penal, seria "pessoal médico-penal". É de notar que somente os estabelecimentos penitenciários e os médico-penais poderiam, aglutinando-se as duas categorias, receber a denominação de estabelecimentos *penais*, uma vez que neles — nuns e nos outros — se realiza a execução penal (que abrange a das penas e a das medidas de segurança).

1.4 — O inciso II do § 5º do art. 30 do Código Penal, nos novos termos, introduzidos pela Lei nº 6.416/77, reza:

“observados os termos do *caput* deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser cumprida em prisão da Comarca da condenação ou da residência do condenado”.

Isto é, usa o substantivo *prisão*, no exato sentido de estabelecimento prisional, que, situado no âmbito da Comarca, deverá ter seções separadas — uma, para presos provisórios (a qual, pois, pertencerá à categoria dos estabelecimentos presidiários); outra, para sentenciados em cumprimento de pena (a qual, por sua vez, pertencerá à categoria dos estabelecimentos penitenciários). — É mais um fundamento para que a qualificação genérica do pessoal seja *prisional*.

2 — Os substantivos *guarda* e *agente*, com referência a uma determinada categoria funcional do pessoal penitenciário: ora são usados indiferentemente, como se fossem sinônimos absolutos; ora se diz “guarda”, porque, por motivos (ainda que não plausíveis) da nossa realidade, os serviços prisionais eram entregues, senão exclusivamente, preponderantemente à Polícia Militar, sendo que, em não poucos casos, ainda o são, em todas as Unidades da Federação; ora se diz “agente”, o que, note-se, nem sempre é feito por motivo lógico, objetivo.

2.1 — *Entretanto*, as duas denominações são corretas; só que *cada uma tem um sentido*, o seu próprio sentido.

2.1.1 — O *guarda* faz a vigilância externa dos estabelecimentos prisionais de *segurança máxima* e dos de *segurança média*, não devendo, como regra geral, ter contato com os presos, nem com quaisquer pessoas (funcionários, autoridades, advogados, familiares de presos, visitantes etc.) que se dirijam ao estabelecimento, nele entrando ou desejando entrar. Os estabelecimentos de *segurança máxima* são circundados de muralhas, ou muros fortes, encimados de passarelas providas de guaritas adequadamente dispostas; os de *segurança média* são circundados de muros, de alambrado ou de aramado, com guaritas, somente, dispostas de modo adequado. É nessas passarelas e nessas guaritas que os guardas em serviço permanecem, dali observando o que se passa no recinto do estabelecimento e nas adjacências dele, para, se for o caso, tomar a providência adequada (v.g., impedir fuga; alertar, com sinais convencionados, o pessoal de dentro do estabelecimento, quanto a uma desordem ou qualquer outro fato estranho que esteja acontecendo ou na iminência de acontecer; zelar para que não se verifiquem, nas adjacências do estabelecimento, fatos ou situações que possam comprometer a ordem ou a incolumidade pessoais e materiais, nas mesmas adjacências, e possíveis reflexos no interior do estabelecimento). — Excepcionalmente, em casos de emergência — sempre, porém, e tão-somente, atendendo a determinação ou a chamamento da administração do estabelecimento —, integrantes da guarda poderão passar para o recinto dentro dos muros ou alambrado, a fim de prestar à mesma administração a colaboração que, em concreto, está se afigurando indispensável; analogamente poderá se dar, quanto a pessoas que se dirijam ao estabelecimento, nele entrando ou desejando entrar. — Os guardas são, em geral, militares, fornecidos pelas Polícias Militares das Unidades da Federação; quando assim não seja, a formação deles deverá incluir preparação de cunho militar. De qualquer modo, são armados. — Os guardas prisionais, sejam militares ou sejam civis com preparação de cunho militar, *deverão ter* a sua capacitação completada por um mínimo de informações de Teoria Geral do Direito ou Noções Gerais de Direito (com exemplos ilustrativos principalmente de Direito Penal e de Direito Processual Penal), Ciência Penitenciária, Direito Penitenciário e Política Penitenciária Nacional. — Nos projetos de estabelecimentos prisionais (de qualquer categoria, porém de segurança máxima ou de segurança média) orientados desde o início pelo Ministério da Justiça, tendo presentes as suas próprias Recomendações Básicas, o pavilhão de alojamento dos guardas (da Guarda Externa) é localizado junto à delimitação do recinto, de modo que suas aberturas de entrada e saída estejam para o lado de fora do mesmo recinto. — A presença dos guardas na passarela ou nas guaritas faz

parte das precauções físicas próprias da segurança do estabelecimento, e constitui, por si, um alerta para os presos contra os impulsos de desobediência ao regulamento e à agenda diária, de indisciplina ou de fuga. Por isso mesmo, registre-se de passagem, *não existe guarda externa nos estabelecimentos de segurança mínima*, cujo regime é o aberto, e onde são recolhidos os sentenciados que, além de outros requisitos legais, tenham suficiente senso de responsabilidade para, por persuasão (sem necessidade de coerção), observar a ordem interna e a disciplina, obedecer ao regulamento e à agenda diária, e vencer os impulsos de fugir que sintam.

2.1.2 — O agente é o integrante do pessoal prisional que está em contato mais direto com os presos em todas as circunstâncias e situações, seguindo o que dispõe a agenda diária. Essa agenda, fixando os horários de todas as atividades diárias (cuidados pessoais, refeições, trabalho, escola, lazeres, repouso etc.), é mais rígida ou mais flexível, de acordo com a categoria e o regime do estabelecimento, podendo incluir trabalho na gleba fora do recinto circundado, na qual se assenta o estabelecimento, bem como saída e entrada de presos que trabalhem ou estudam fora, nos novos termos do art. 30, § 2º, e incisos IV e V do § 6º, do Código Penal, introduzidos pela Lei nº 6.416/77. — Ao agente incumbe zelar pela ordem interna e pela observância da disciplina, de acordo com o regulamento do estabelecimento e a agenda diária. É a ele que cabe, também, acompanhar o preso, nas saídas para os devidos fins, na forma da lei (v.g., preso preventivo, ao Fórum, para atos do processo; sentenciado em regime fechado, para trabalho externo em serviços ou obras públicas etc.). É ele que mais direta e constantemente deve “ajudar o preso a ajudar-se”. Assim: se o preso é provisório, o agente, tendo presente que ele se presume inocente — segundo o princípio de que todo acusado se presume inocente até sentença condenatória passada em julgado —, deve como tal tratá-lo, de modo que ele mesmo, o preso, se sinta estimulado a preservar a própria dignidade humana e, com efeito, a preserve. Se o preso é condenado, o agente deve, com prudência e discrição, estimulá-lo a desenvolver o seu senso de responsabilidade, exercendo os direitos e cumprindo os deveres que compõem o seu *status* jurídico de condenado, dispor-se a fazer o seu melhor esforço para não tornar a delinquir (o que quer dizer *emendar-se*) e vir a se reintegrar no convívio social. — Quer o preso seja provisório, quer seja condenado (em sentido lato, abrangendo também aquele sentenciado que, tendo sido absolvido, com fundamento no art. 22, *caput*, do Código Penal, lhe foi imposta medida de segurança), o agente deve tratá-lo como *pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade*, conforme o princípio em que se assenta a Política Penitenciária Nacional. Esse princípio — que supõe a preservação da dignidade humana do preso, do condenado — constitui fundamento da *verdadeira humanização* das prisões e da execução penal. — Para isso, o agente deve ser enérgico mas cortês, cordial mas severo (ou severo mas cordial), enérgico mas prudente, leal com o preso sem deixar de sê-lo com seus próprios superiores, veraz mas discreto; deve saber dizer, conforme seja oportuno, uma palavra de compreensão, de encorajamento, ou de advertência; deve, quando for o caso, saber orientar o preso a buscar o adequado serviço ou órgão da Administração do estabelecimento. Para tudo isso, o agente deve ter conveniente preparação, através de curso, de cujo currículo constem, principalmente, as seguintes disciplinas: Noções Gerais de Direito ou Noções de Teoria Geral do Direito (com referências ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal e correspondentes exemplos ilustrativos); informação sobre Normas legais e regulamentares concernentes à Secretaria a que, naquela Unidade da Federação, estão subordinados os serviços prisionais; Normas supletivas (do regime penitenciário) e regulamentos das prisões; Segurança e Defesa Pessoal (que contribui para o agente — que, salvo em circunstâncias excepcionais e circunscritas, não deve usar arma, mas deve saber manejá-la, para a necessidade de semelhante caso excepcional e circunscrito — ter autoconfiança, não ter medo do preso, o que se reflete favoravelmente em toda a sua maneira de ser e de agir, no trato de cada preso em particular e de todos eles em geral); Higiene e Socorros de Urgência (o tanto necessário: 1º — quanto à Higiene, para seus próprios cuidados pessoais e para “ajudar o preso a ajudar-se” nos cuidados pessoais e nos atinentes aos locais que ele utiliza, no estabelecimento; 2º —

quanto aos Socorros de Urgência, para tomar uma providência, numa emergência, enquanto é chamado o serviço médico; Noções de Direito Penitenciário, incluindo Noções de Ciência Penitenciária e de Política Penitenciária Nacional. É aconselhável que se acrescentem, ainda, outras disciplinas, que contribuam para aprimorar o agente prisional; a título ilustrativo tão-somente, podem ser lembradas: Português (gramática, ortografia, estudo da frase, exercício de leitura e de redação); Noções de Serviço Social (num mínimo útil para melhor coordenar o trabalho dos agentes prisionais com o dos assistentes sociais); Civildade (conjunto de regras e pequenas formalidades a serem observadas no modo de ser e de se apresentar pessoal, de cada um, e de tratar os outros, isto é, de proceder e de agir para com eles — ensinada com singeleza e naturalidade, como dantes o era nas escolas primárias e secundárias). — Quando se trate de cursos intensivos, essas sugestões podem ser simplificadas, desde que se preserve o seu espírito, concordante com a Política Penitenciária Nacional. — Acima de tudo, no entanto, o agente prisional deve ter ótima formação moral, refletida em conduta exemplar; com efeito, o mau exemplo de um só agente pode comprometer todo o trabalho não só dele mas de todos os agentes e até de toda a Administração — por mais que ele seja instruído e tenha os melhores conhecimentos das disciplinas do curso, e saiba dizer coisas “edificantes”. Não pode integrar a Polícia (nem Militar nem Civil), cuja capacitação corresponde a funções diversas daquelas dos agentes prisionais, e até mesmo antagônicas.

3 — Que sejam relevadas as considerações de ordem didática, feitas; elas são, porém, não só úteis como necessárias, por duas razões:

3.1 — Porque tudo indica que existe falta de clareza a respeito do assunto, às vezes parecendo que a escolha do substantivo e do adjetivo, para compor a denominação, haveria de depender de gosto ou de outro motivo subjetivo. — Em realidade, como ficou demonstrado, existem fundamentos de ordem objetiva, para que seja adotada, conforme o caso, uma expressão ou a outra. Cabe lembrar que a coexistência, com capacitação e funções diversas, de guardas e de agentes, nos estabelecimentos prisionais de segurança máxima (regime fechado) e de segurança média (regime fechado e regime semi-aberto) consta da doutrina, bem como de documentos da ONU, que o Brasil, através de seus representantes ou delegados, ajudou a elaborar.

3.2 — Para evitar que uma interpretação parcial e superficial do que tenha sido dito a respeito de uma situação específica e concreta seja tomada como fundamento de algum ponto de vista.

4 — *Resumindo:*

4.1 — O adjetivo mais *genérico*, para indicar (globalmente) o pessoal que trabalha em estabelecimentos prisionais (ou prisões), é *prisional*; outros adjetivos poderiam ser usados *especificamente*, para indicar pessoal que trabalha em categorias de estabelecimentos, conforme as *Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, editadas pelo Ministério da Justiça.

4.2 — A denominação de *agente* não exclui a de *guarda*. Ambos, o agente e o guarda, *existem atualmente* no País. Em alguns Estados, pelo menos nos novos estabelecimentos prisionais, distinguem-se eles, já pela localização dos respectivos alojamentos, a partir dos quais vão exercer as suas funções, diversas, no âmbito interno do estabelecimento ou externamente. Na maior parte das Unidades da Federação, no entanto, embora haja as duas modalidades de função, não se distingue entre agente prisional e guarda (externo), confundindo-se ambos, a começar pela denominação, que costuma ser uma só, incorreta, imprópria. Assim ocorre simplesmente por falta de melhor informação ou por inadverteência, sem qualquer propósito deliberado.

4.3 — Não se trata, portanto, de criação de novo cargo, mas de distinção, pela adequada denominação, de funções exercidas por funcionários diversos, que devem ter, também, diferenças de capacitação, as quais são exercidas atualmente, sem distinção, por funcionários incorretamente denominados. Fazer-se a distinção, em âmbito federal, com duas denominações genéricas: agente prisional e guarda

prisional —, constituiria uma salutar advertência, para serem feitas as demais distinções.

Brasília, 15 de novembro de 1978. — *Armida Bergamini Miotto*, Assessora.

Aprovo o presente estudo, acolhendo as suas conclusões em forma de parecer. Com efeito, à luz das Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária e da Lei nº 6.416/77, as denominações devem ser:

a) guarda prisional (componente da guarda externa, encarregada da segurança, sem contato com os presos);

b) agente prisional (componente dos encarregados da ordem interna e da disciplina, tendo contato direto com os presos).

Brasília, 23 de novembro de 1978. — *Paulo Cabral*, Secretário-Geral.

RECOMENDAÇÕES MÍNIMAS PARA A FORMAÇÃO DE AGENTES PRISIONAIS

1 — A formação dos Agentes Prisionais deve ser orientada no sentido de capacitá-los para o exercício das suas funções com mentalidade, atitude e conduta adequadas à Política Penitenciária Nacional, que vê no preso, no condenado, uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade.

2 — A finalidade das funções do Agente Prisional consiste em: fazer a vigilância interna geral do estabelecimento e zelar pela observância da ordem interna e da disciplina; "ajudar o preso a ajudar-se".

2.1 — Desses três aspectos, o da vigilância poderá ser acentuado nos estabelecimentos de segurança máxima, reduzido nos de segurança média, e eliminado nos de segurança mínima.

3 — A capacitação do candidato, que consiste em conhecimentos e treinamento, poderá ser adquirida em escolas ou cursos apropriados regulares, permanentes, ou em cursos intensivos, esporádicos.

3.1 — É indispensável que o candidato tenha bem orientada e sólida formação moral.

4 — É aconselhável que, para manter a boa qualidade do exercício das funções, os Agentes Prisionais façam, periodicamente, cursos ou participem de ciclos de estudo ou jornadas de revisão de conhecimentos e treinamento.

4.1 — Essas atividades didáticas poderão ser realizadas no próprio estabelecimento, exclusivamente para os seus Agentes, ou pelo órgão central da Administração (*Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, item 1), para todos os Agentes.

4.1.1 — A participação dessas atividades didáticas poderá, eventualmente, ocorrer em estabelecimento ou em órgão central diversos daquele em que o Agente exerce suas funções, inclusive em outra Unidade da Federação; para isso, a iniciativa poderá se traduzir em oferecimento ou convite do estabelecimento ou órgão que realiza a atividade, ou em solicitação daquele que tem interesse em enviar seus agentes.

5 — *Currículo mínimo*

5.1 — Noções de Direito Penitenciário — Precedidas de Noções Gerais de Direito, e abrangendo Noções de Ciência Penitenciária e de Política Penitenciária Nacional (com oportunas referências ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, e correspondentes exemplos ilustrativos).

5.2 — Normas Supletivas do Regime Penitenciário (da própria Unidade da Federação) e Técnica (ou prática) de serviço.

5.3 — *Segurança e Defesa Pessoal*.

5.4 — *Higiene e Socorros de Urgência*.

- 6 — *Programa mínimo da matéria de Noções de Direito Penitenciário*
- 6.1 — Direito — diversas significações da palavra; interesse; dever.
- 6.2 — Liberdade, igualdade e justiça.
- 6.3 — Relação jurídica.
- 6.4 — A norma jurídica; a lei.
- 6.5 — Capacidade jurídica penal (ou imputabilidade em razão da idade) e civil; o menor e o jovem-adulto.
- 6.6 — O criminoso, o crime, a pena e as medidas de segurança; as penas acessórias.
- 6.7 — O processo e o sentenciado; a sentença e a carta de guia (e a ordem de internação).
- 6.8 — A suspensão condicional da pena; as condições “de fazer”.
- 6.9 — O condenado: “pessoa sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade”; a emenda do condenado e sua permanência ou reintegração no convívio social. O preso provisório; presunção de inocência, até sentença condenatória passada em julgado.
- 6.10 — O recolhimento à prisão; problemas humanos do preso provisório e condenado.
- 6.11 — Os estabelecimentos prisionais — categorias, tipos, regimes e espécies (*Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária*, do Ministério da Justiça).
- 6.12 — A disciplina prisional e a agenda diária numa prisão (com referência ao preso e com referência ao agente prisional).
- 6.13 — As concessões (legais) que os condenados podem obter, e a conduta deles.
- 6.14 — O livramento condicional.
- 6.15 — A clemência (ou indulgência) presidencial.
- 6.16 — A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos* (da ONU) e a legislação brasileira.
- 6.17 — Órgãos e autoridades relacionados com a execução penal.
- 6.18 — O agente prisional e o preso (provisório; condenado).
- 7 — Atendendo às características e às necessidades locais, bem como ao perfil da clientela, acrescentar-se-ão outras matérias que concorram para o aprimoramento do agente prisional.
- 8 — Essa seqüência das matérias permite a divisão do curso em duas ou mais partes, dedicando cada parte a um grupo de disciplinas, cujos conhecimentos e treinamento podem ser direta ou indiretamente úteis para o melhor aproveitamento das subseqüentes.
- 9 — A programação de cada disciplina deve ser estruturada e organizada de modo a, correspondendo ao grau de escolaridade exigido dos candidatos, em cada Unidade da Federação, não constituir uma sobrecarga, em relação ao tempo de duração do curso e ao número de horas destinadas a cada uma das mesmas disciplinas.
- 9.1 — É preferível menor quantidade de conhecimentos, seguros, bem assimilados e compreendidos, a uma quantidade maior, sendo eles, porém, imprecisos, vagos ou superficiais.
- 10 — Na ministração dos cursos e realização dos treinamentos, deverá ser observada a orientação da Política Penitenciária Nacional, assim como a terminologia técnica específica, de acordo com a doutrina e os textos legais.

Aprovo. — Em 9 de março de 1979. — *Armando Falcão*.

A intervenção do Ministério Público no Processo Civil

LÁZARO GUIMARÃES

Promotor Público do Estado da Bahia
Assessor do Procurador-Geral da Justiça.

1. A função do Ministério Público no processo

1.1. O confronto entre ideologia e utopia, segundo Karl Mannheim, estabelece-se nas superestruturas de todas as sociedades, constituindo, conforme prevaleçam os valores estáticos, da primeira, ou dinâmicos, da segunda, os fatores de transformação cultural, política e econômica.

A ideologia é o conjunto estratificado de valores; a utopia, a fermentação do dever cultural, social e econômico.

1.2. Na sociedade organizada, o exercício do poder é essencialmente ideológico. O Estado efetiva o controle social, impondo coercitivamente o comportamento acorde com os valores prefixados pelo grupo dominante.

1.3. Mas o Estado não esgota a atividade valorativa dos organismos sociais. A nação, organismo vivo, recebe o impacto das pressões utópicas, que, num processo dialético, irão modificar, gradual ou explosivamente, as estruturas de dominação.

1.4. Dentre os valores utópicos, há alguns fundamentais, que, com gradação diferente, têm inspirado todos os grandes movimentos revolucionários na História Universal. Assim, no cristianismo; no renascentismo; no iluminismo; no socialismo.

Cossio elenca sete valores fundamentais à humanidade: ordem, bem-estar, segurança, paz, cooperação, solidariedade e justiça. Eles estão acima de qualquer ideologia e plasmam as aspirações básicas dos grupos e indivíduos.

1.5. É claro que todo Estado persegue esses valores, nos limites da ideologia dos grupos dominantes.

No Estado moderno, como instrumento de equilíbrio social, existe um órgão incumbido de velar pelos valores essenciais da ordem jurídica: é o Ministério Público, que se situa entre a sociedade (Nação) e o Estado, promovendo, nas palavras de Nilton José Machado, “a defesa do bem comum da coletividade, no Estado do bem-estar social” (in *Justitia*, 99, pág. 220).

1.6. Inserido constitucionalmente no Poder Executivo, ao Ministério Público compete fiscalizar a ação desse e dos outros dois Poderes, quer acionando os agentes da administração pública, nos crimes comuns ou de responsabilidade, quer provocando diretamente a decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, quer atuando junto aos juízes e tribunais, zelando pela correta aplicação da lei.

1.7. Nem a própria lei, no sentido formal, limita a função do Ministério Público, porquanto, se esta contraria a Carta Fundamental, cabe à instituição promover a desconstituição da norma.

1.8. Deve-se, pois, buscar na defesa da ordem jurídica (a síntese dos valores ideológicos) e dos princípios essenciais à convivência social e à evolução e aperfeiçoamento do homem (soma dos valores utópicos) a razão de ser da função do Ministério Público, encarregado de preservar os valores inerentes à condição humana, situando-se além do plano ideológico, arcabouço do Estado, justamente para permitir-lhe estabilidade.

1.9. Esta rápida especulação visa atingir um posicionamento preliminar no tocante à questão formulada: “a intervenção do MP no processo é forma especial de intervenção ou é subsumível num dos tipos de intervenção disciplinados para os demais terceiros juridicamente interessados?”.

2. O interesse específico do Ministério Público

2.1. Antes de enfrentar o tema à luz da Teoria Geral do Processo, cumpre ainda assinalar o repúdio à concepção clássica de justiça — *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*, lembrando,

com João Mangabeira, que ela “brota do egoísmo de um mundo construído sobre a escravidão”.

2.2. Recentemente, a esse respeito, pronunciou-se no Tribunal Federal de Recursos, o Ministro Washington Bolívar de Brito, repetindo o saudoso tribuno baiano:

“A velha norma é o símbolo da descaridade, num mundo de espoliadores e espoliados. Porque se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, e ao desgraçado a desgraça, que isso é o que é deles” (**Oração de Paraninfo**, pág. 10).

2.3. Desse modo, imprestável à compreensão da natureza da intervenção do Ministério Público no Processo Civil a velha teoria segundo a qual o processo tem por finalidade a composição da lide de modo a dar a cada um o que é seu. Porque há espoliadores e espoliados, exploradores e explorados, porque há necessidade de sobrepor ao interesse egoístico de dominação o interesse social calcado nos valores da paz, da solidariedade, da cooperação, da ordem, da segurança, bem-estar e justiça, o MP age objetivando corrigir as desigualdades, promovendo no sentido de atuação integrada do direito objetivo e dos princípios da ordem jurídica.

2.4. O interesse que move o Promotor de Justiça não se explica nos limites da concepção privatística do processo. Daí as assertivas dos áulicos do liberalismo, que entendem o MP como auxiliar do juízo, agente meramente opinativo, ou representante de determinadas partes, com fins protectionistas.

2.5. O MP, em quaisquer das modalidades de atuação no processo, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente, no Processo Penal ou no Processo Civil, é impulsionado pelo mesmo interesse — a defesa da ordem jurídica e dos valores fundamentais da sociedade — e esse interesse é de todos, mas não é de ninguém particularmente. Não fica vinculado, muito menos subordinado, ao interesse de uma das partes, ou àquele interesse mediato de terceiro imparcial (*Juiz*), de atuação do direito nos limites da verdade do processo, mas acrescenta à pretensão deduzida pelo autor e à exceção do réu uma pretensão material específica à exigência de subordinação de ambos ao bem comum e à vontade da lei cogente; do mesmo modo, traz uma pretensão processual; a de que se efetive a prestação jurisdicional com a justa aplicação do direito.

2.6. Quanto ao traço específico do interesse colimado pelo Ministério Público, precisos os ensinamentos de Alcides Mendonça Lima:

“Em última análise, o Ministério Público exerce uma vigilância para que tais causas sejam solucionadas conforme a lei aplicável, ainda mesmo contra os interesses alegados em favor, por exemplo, dos incapazes, ou contra a subsistência do casamento, na ação de anulação” (**Revista de Informação Legislativa**, nº 56, pág. 82);

de Jose Carlos Barbosa Moreira:

“... interesse (na observância do direito objetivo) por ele sustentado no processo...” (Comentários, vol. V, 2ª ed., pág. 278);

A. A. Lopes da Costa:

“Não defende interesse do autor ou do réu, mas o interesse público na exata aplicação da norma legal, favoreça a quem favorecer” (Dir. Proc. Civil Bras., 1977, § 139);

Piero Calamandrei:

“O único interesse que move o Estado, personificado no Ministério Público, a participar nos feitos cíveis é o de controlar que se observe a lei em sentido puramente objetivo, não o de fazer valer, em causa, como matéria do juízo, direitos subjetivos e outros interesses de ordem social, a respeito dos quais logo deverá formar-se a coisa julgada” (Instituciones de Derecho Procesal Civil — par. 123, pág. 441);

José Fernando da Silva Lopes:

“E assim assentada a finalidade da intervenção, não se dirige ela a favor do interesse privado da parte incapaz, mas a favor do interesse público na correta aplicação da lei, feita por um Juiz equidistante e neutro, depois que se consumiu toda a atividade processual necessária a uma sentença justa” (O Ministério Público e o Processo Civil, ed. 1976, pág. 51);

Chiovenda:

“Ele age como representante do interesse público numa causa entre outros” (apud Manual de Direito Processual Civil, Frederico Marques, pág. 289, ed. 1976);

Itamar Dias Noronha:

“O Ministério Público não ingressa, todavia, nestas demandas para proteger interesses privados dos litigantes, mas o do Estado, na correta aplicação do ordenamento jurídico” (Justitia, nº 99, pág. 264);

Antônio Raphael Silva Salvador:

“Quando chamado a intervir no processo civil como fiscal da lei e não como parte principal, o Ministério Público ali está na defesa do interesse público e só a defesa desse interesse justifica sua presença” (Rev. Forense, nº 259, pág. 313).

2.7. O MP é titular, portanto, de um interesse específico, que não se confunde com o interesse do particular ou do próprio Estado-Administrativo, na relação de direito material posta para acertamento judicial, e no processo, está numa relação dialética com os sujeitos cujos direitos invocados contradita (neste sentido, v. Vincenzo Vigoriti, citado pelo Professor Calmon de Passos, in Rev. Proc. Geral do Est. São Paulo, jun. 78, pág. 87).

A posição substancial do MP no processo é sempre a mesma. A posição formal, entretanto, varia conforme a intensidade do interesse público a defender.

3. Modos de atuação do interesse específico

3.1. Selecionados os valores morais básicos pelo Estado, compete exclusivamente ao Ministério Público promover-lhes a defesa, através da ação penal pública. Já na ação penal privada, confere-se ao particular a iniciativa processual, dada a predominância do seu interesse, exigindo-se, entretanto, a intervenção do MP, que, velando pelo princípio da indivisibilidade, pode, inclusive, aditar a queixa. Já na queixa subsidiária, atua o **Parquet** como litisconsorte ativo necessário ulterior. O mesmo acontece, no processo civil, na Ação Popular.

3.2. Conforme, pois, a natureza do interesse público a atuar e a avaliação da **faHspecie** concreta, ou o Estado tomará a si o exercício da ação, ou deixará a iniciativa — cumulativa com a do MP ou exclusiva do prejudicado — da provocação do Estado-Juiz.

3.3. Ocorre assim no processo civil, dominado amplamente pelo princípio dispositivo. Aqui, porém, ao contrário do campo penal, a regra é a ação do particular; a exceção, a titularidade do MP. É o consectário lógico dos princípios civilísticos da liberdade individual — “tudo que não é proibido é permitido”, e da propriedade privada. Abolida a propriedade privada dos bens patrimoniais, restaria legitimado tão-somente o MP para atuação do Direito Econômico, como no processo soviético.

3.4. Daí a regra do art. 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

3.5. O art. 81 do mesmo diploma prevê o exercício do direito de ação do Ministério Público, ou seja, os casos em que o MP é parte principal, nas situações prescritas em lei. Alcides Mendonça Lima arrola onze hipóteses de atuação do MP como órgão agente (ob. cit.).

3.6. Há que distinguir-se, no entanto, os casos em que o MP atua com exclusividade, legitimado ordinariamente para a causa (ex.: declaração direta de inconstitucionalidade, interpretação de lei ou ato normativo), daqueles em que pode agir cumulativamente com o particular (ex.: nulidade ou anulação de casamento), bem como quando possui legitimação extraordinária, configurando-se substituição processual (ex.: ação cível para reparação de dano decorrente do ato criminoso), ou em que presta assistência judiciária (v.g.: ao trabalhador rural, ao empregado reconhecidamente pobre, na Justiça do Trabalho). O Tribunal de Justiça de São Paulo tem admitido, inclusive, essa assistência em ação de alimentos em favor de menores, mesmo não abandonados (v. **Justitia**, 99, pág. 281).

Assinale-se, também, que nem só nos casos expressos em lei confere-se legitimação extraordinária ao MP. Por extensão, permite-se-lhe promover a ação cautelar e a ação acauteladora destinada a garantir a solvabilidade do

devedor (pauliana), para assegurar o resultado útil de processo atual ou futuro (v. Luiz José S. Lima, *Justitia*, 99, pág. 163).

3.7. Mas é no art. 82 que se localiza a norma objetivo central do presente estudo. Os seus três incisos traçam as hipóteses de intervenção do MP na qualidade de terceiro juridicamente interessado: 1) nas causas em que há interesses de incapazes; 2) nas causas ali especificadas (ou em outros arts., como o 944 (usucapião, 1.105 — jurisdição voluntária, 478), ou ainda em diplomas especiais, como a Lei 1.533 (Mandado de Segurança), leis de Ação Popular, de Registros Públicos, Falências; 3) em todas as demais onde haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

3.8. As duas primeiras hipóteses são facilmente verificáveis, porque perfeitamente identificáveis, no processo, o interesse do incapaz e as espécies de ação enumeradas.

O problema maior é a identificação do interesse público determinante da intervenção prevista no inciso III. Perfeita, a propósito, a fórmula apontada pelo Professor Calmon de Passos, no trabalho acima referido, com base na definição de interesses públicos, de Pizzarusso:

“Todo ato jurídico, portanto, dirigido para a tutela de interesse público, implica numa atividade de identificação desse interesse mediante dupla operação: de um lado, a recepção de indicações derivadas da individuação que desse interesse foi feita em atos jurídicos precedentes e, de outro lado, a valoração direta do problema, no caso concreto, pelo operador” (art. cit., pág. 104).

E, logo adiante:

“A expressão interesse público, contida no artigo 82, III, do CPC, pede determinação mediante o confronto do caso concreto com as hipóteses em que o legislador previu, expressamente, a intervenção do MP, com vista a encontrar equivalência, similitude ou analogia entre o interesse subjacente no caso sob análise e alguma das situações precedentes. Isso sem prejuízo da estimativa, pelo intérprete, do caráter público do interesse no caso concreto, atendidos os parâmetros postos pelos valores (ideológicos, éticos e sociais) predominantes no momento histórico vivido pelo intérprete” (págs. 105/6).

3.9. Com base nesse método, o eminente coordenador do nosso Curso de Especialização em Processo conclui, por exemplo, pela adequação da ação de desapropriação à norma do art. 82, III, e pela obrigatoriedade da intervenção do MP nas causas relativas a arrendamento rural e parceria agrícola.

A melhor exegese do art. 82 é, com efeito, a integrada. O inciso III, quando se reporta ao interesse público evidenciado pela qualidade das partes ou pela natureza da lide, confirma que a intervenção do MP não se dá em razão do interesse do incapaz, mas pelo interesse público decorrente da qualidade da parte inferiorizada (inciso I), ou em decorrência de, por

critério meramente formal, o legislador haver escolhido certas espécies de ações para que nelas interviesse o **Parquet**, e, sim, do mesmo modo, em virtude do interesse público ínsito à lide (inciso II).

Correlatamente, as figuras dos incisos anteriores servem de parâmetros para avaliação daquele interesse público contido no inciso III.

4. Legitimação e interesse de agir

4.1. Concordamos, outrossim, com o mestre, integralmente, a respeito da subsunção dessa intervenção do MP às normas gerais do Código de Processo Civil, especialmente as relativas à legitimação e ao interesse de agir, aplicáveis analogicamente à intervenção de terceiros e sujeitas ao controle do Juiz.

4.2. Até porque rege a instituição o princípio da legalidade, “isto é, a interferência somente pode ocorrer quando a lei autoriza expressamente”, nas palavras de Mendonça Lima (art. cit., pág. 75), e ao Juiz cumpre dar a última palavra em matéria de direito.

4.3. No mesmo sentido — o controle jurisdicional da intervenção — posicionam-se ainda Mendonça Lima e Antônio E. Cacuri (**Justitia**, 86, pág. 136). Contra: Celso Agrícola Barbi, Moniz de Aragão, Arruda Alvim, Nilton José Machado, Nilton Sanseverino, Sérgio de Andréa Ferreira, Antônio Celso de Camargo Ferra e José Fernando da Silva Lopes (v. **Justitia**, 99, teses do V Congresso Nacional do Ministério Público).

5. Características da intervenção do Ministério Público

5.1. Eis um elenco não exaustivo de características da intervenção do Ministério Público, nas hipóteses traçadas no art. 82 (todos os três incisos):

1 — atuação de interesse específico do MP — a defesa da ordem jurídica; embora intervenha, no caso de inciso I, quando há interesses de incapazes, não são esses interesses que defende, a não ser secundariamente;

2 — vista dos autos depois das partes, assumindo, destarte, especial posição de controle, consentânea com a relevância da função que exerce;

3 — intimação sempre pessoal (art. 236, § 2º), inclusive nas Comarcas em que circula o **Diário Oficial**;

4 — poderes amplos de produção de prova (art. 83, II);

5 — amplo poder recursal (art. 499, § 2º);

6 — obrigatoriedade da intervenção, sob pena de nulidade (art. 84) do processo e rescindibilidade da sentença (art. 487, III, a);

7 — desvinculação de quaisquer das partes, tanto que vela pela exata aplicação da lei, podendo até promover a rescisão da sentença quando resulte da colusão fraudulenta (art. 487, III, b);

8 — dispensa de preparo (art. 511);

9 — prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188);

10 — unidade e indivisibilidade, significando a substituição dos seus agentes uns pelos outros, a representação unívoca da instituição e o poder de avocação pelo Procurador-Geral;

11 — a independência funcional dos agentes do MP, que podem discordar uns dos outros, embora devam preservar o espírito de corpo e a unidade de instituição (o Ministério Público paulista fixa posições institucionais dirigidas obrigatoriamente aos seus agentes na 2ª instância, onde atuam por delegação do Procurador-Geral, e servindo de orientação aos integrantes da 1ª instância; na Bahia, tanto no 1º como no 2º graus, predomina a independência funcional);

12 — irrenunciabilidade dos direitos defendidos, indisponibilidade da ação e do recurso, uma vez interposto.

5.2. Repita-se: a intervenção do MP sujeita-se ao controle jurisdicional, no tocante ao exame das condições da ação. Mais: o Juiz analisará, também, a verificação dos requisitos traçados no art. 82 (v.g., se há realmente menor no feito) e dos pressupostos processuais. Assim, a capacidade postulacional do agente do **Parquet** (o Promotor licenciado, em gozo de férias ou não vinculado à Comarca, quer como titular, quer como substituto ou designado, não poderá ali funcionar) e a aptidão da peça interventiva, aplicando, por analogia, o disposto no art. 282. A promoção deverá conter os elementos essenciais ao alcance da finalidade da intervenção. O Juiz a rejeitará, v.g., quando simplesmente indicar “nada a opor”, devolvendo-a ao representante do MP para que, em dez dias (p. analogia, art. 284, CPC), atue como lhe compete fazer, emitindo manifestação acerca da relação processual e da relação de mérito e concluindo com pronunciamento sobre o pedido do autor. Se não o fizer, aplicará, ainda por analogia, o art. 28 do Cód. Proc. Penal, submetendo o caso à apreciação do Procurador-Geral da Justiça.

6. Características dos demais tipos de intervenção de terceiros

6.1. São, ao contrário, ou, diferentemente, características comuns dos diversos tipos de intervenção de terceiros, traçados nos arts. 50 a 80, CPC:

1 — a existência de interesse jurídico individual virtualmente atingível pelo efeito da sentença;

2 — o posicionamento do interveniente em um dos pólos da relação processual, salvo na oposição, que consiste em uma ação, da qual o oponente é autor e são réus o autor e réu da ação principal;

3 — a intervenção facultativa, ou seja, a disponibilidade da pretensão processual interventiva, ainda na denunciação da lide,

inobstante a expressão “obrigatória” do **caput** do art. 70, que, entretanto, diz respeito à condição de exercício da evicção, a um ônus da parte, jamais a compulsoriedade da denúncia;

4 — eficácia da sentença ou da justiça da decisão sobre a situação jurídica de que é titular o interveniente.

6.2. Despicienda a análise de cada um dos tipos de intervenção, porquanto nenhum deles guarda similitude com a intervenção do MP, nem mesmo a assistência simples, como pareceria ao privatista. Nesta, há um interesse jurídico ao assistente em que a sentença seja favorável a uma das partes, o que é estranho à atuação do MP. A intervenção do assistente é acessória e dependente, submetida à vontade de agir do assistido. A do MP é autônoma, desvinculada do impulso dado ao processo por quaisquer das partes, pois são amplos os seus poderes de atuar no feito.

7. Inadequação da intervenção do Ministério Público aos demais tipos de intervenção

7.1. Toda vez que sobre um fato da vida incide uma norma, tem-se um fato jurídico, que gera uma relação jurídica. Sejam quais forem os sujeitos dessa relação jurídica, estabelecendo-se o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, há, por parte do Estado, um interesse na realização do direito, com vista ao equilíbrio e à paz sociais, ao qual se vincula o Juiz, inobstante desinteressado quanto à matéria posta à sua apreciação.

7.2. O interesse do Ministério Público, entretanto, não é idêntico ao que liga o Juiz ao desempenho de sua atividade. O interesse mediato de realização do direito é também do Ministério Público, e até mesmo do advogado e da parte principal, pois têm o dever de não formular pretensões destituídas de fundamento (art. 14, III, CPC). O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963), em seu art. 87, inciso I, impõe o dever ao advogado de “defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e rápida administração da Justiça, e contribuir para aperfeiçoamento das instituições jurídicas”. Assim, no processo, todos os sujeitos buscam, a seu modo, a atuação da ordem jurídica.

7.3. O fato jurídico, no entanto, geralmente provoca efeitos reflexos sobre pessoas ou sobre a comunidade, pois os sujeitos da relação jurídica jamais estão isolados, mas integrados ao convívio social, há uma interação indissociável no relacionamento dos componentes da sociedade.

7.4. Os terceiros juridicamente interessados são aqueles indivíduos ou entidades cuja situação jurídica é ou pode ser alcançada pela eficácia da sentença, ou a comunidade, em concreto — um conjunto de pessoas indeterminadas — ou em abstrato (os valores fundamentais à convivência social).

7.5. A intervenção dos primeiros no processo é regulada pelos tipos previstos nos arts. 50 a 80, CPC. Quando os reflexos se estendem à comunidade, legitimado o MP, unicamente, a intervir na defesa daqueles valores

fundamentais ou daquele conjunto indeterminado de pessoas. Daí o tipo especial de intervenção prescrito nos arts. 82 a 85.

7.6. São situações que só têm de comum a base — a reflexividade quanto aos efeitos da relação jurídica referida no título da ação — mas já nascem diferenciadas: individuais os interesses que impulsionam os intervenientes particulares; sociais, os do Ministério Público.

7.7. Nesse sentido é que se diz caber ao MP velar pela ordem jurídica. Não se trata somente de defender a correta aplicação da lei, mas, sobretudo, de dinamizar o interesse social de efetivação da justiça em integração com os demais valores fundamentais. Somente o Ministério Público atua esse interesse comunitário.

7.8. Com ênfase no exame da subsunção do órgão interveniente às normas gerais e aos princípios do processo civil, o Professor Calmon de Passos afirmou, *verbis*:

“A intervenção do MP só se diferencia da intervenção dos demais terceiros no tocante ao interesse que a legitima e no particular dos poderes que a essa intervenção se vinculam. Mas, nem por força dessa peculiaridade, deixa a intervenção do MP de ser intervenção em processos de partes, submetida ao controle jurisdicional de sua legitimidade e pertinência.”

Disse mais:

“No tocante ao conteúdo e fins, sua atuação se distingue da atuação das demais partes no processo (originárias ou intervenientes), mas no que diz respeito a sua natureza processual, ela se identifica com a atuação das demais, para efeito de tratamento à luz da teoria geral do processo.”

7.9. Pelo que vimos acima, embora, em tese, concordando com o mestre, ousaríamos inverter a ordem de suas colocações: na verdade, a intervenção do MP é diferente da dos demais terceiros, dada a peculiaridade dos interesses públicos que a legitimam e as prerrogativas da função, bem como quanto à sua obrigatoriedade e às conseqüências da sua não efetivação.

7.10. Sujeita-se essa intervenção, entretanto, como toda ação desenvolvida no processo, às normas e princípios gerais deste e ao tratamento a que se submetem os sujeitos da relação processual. O processo é atividade vinculada, típica, não sendo a intervenção do MP uma exceção ao princípio do devido processo legal.

8. Conclusão

Assim, concluímos: a intervenção do Ministério Público no processo é forma especial de intervenção, com disciplina própria não subsumível a quaisquer dos tipos de intervenção disciplinados para os demais terceiros juridicamente interessados, mas sobre ela incidem as regras e princípios gerais do processo, inclusive atinentes aos pressupostos, requisitos, condições, ônus, poderes e encargos processuais.

Os conceitos sócio-políticos de modernização agrícola e desenvolvimento no Brasil

RUBEM DE OLIVEIRA LIMA
Universidade de Brasília

SUMARIO

- I – Modernização e desenvolvimento
- II – Algumas considerações sobre a sociedade prismática de Riggs
- III – Desenvolvimento agrícola
- IV – Conclusões

I – Modernização e desenvolvimento

- 1 – Modernização, segundo David Apter, citado por Nilda Sito,

“es el proceso más general y resulta de la proliferación de roles funcionales en una comunidad. Modernización es un caso particular de desarrollo y la industrialización es un aspecto especial de la modernización que puede ser definido como el período de una sociedad en el cual los roles funcionales estratégicos están vinculados a la manufactura. Es posible intentar la modernización de un país sin mucha

industria, pero no es posible industrializar sin modernización. La modernización implica a su vez tres condiciones para este autor: a) un sistema social que pueda innovar constantemente sin desaparecer y que incluye entre sus creencias esenciales la aceptabilidad del cambio; b) estructuras sociales diferenciadas, flexibles; c) un esquema de referencia social para proporcionar las habilidades y el conocimiento necesario para vivir en un mundo tecnológicamente avanzado.

Volviendo a la relación entre modernización e industrialización, es posible que un país en vías de modernización tenga un gran sector manufacturero sin que hay logrado desarrollar todavía una infraestructura industrial porque su industria es meramente una extensión del sistema industrial de otro país. Este es un problema común en muchos países latinoamericanos y una característica de la modernización tardía."

2 -- Para Max Weber a concepção do processo de desenvolvimento como uma série de estágios sucessivos em escala ascendente (da simplicidade de estruturas e relações sociais, econômicas, políticas, administrativas, e assim por diante, para a complexidade e especialização dessas mesmas estruturas e relações) é inarredável e fundamental. Na realidade, seu esquema conceitual abrangia apenas duas categorias básicas no processo de mudança: a substituição das estruturas e comportamentos TRADICIONAIS por estruturas e comportamentos RACIONAIS. A passagem de uma sociedade de uma categoria para outra envolve problemas peculiares e gera tensões que provocam desequilíbrios no sistema de forças existentes com profundas repercussões de ordem social, política e econômica. Não obstante, a *sociedade racional* representa o estágio inevitável a que devem chegar todas as sociedades.

Dois aspectos de natureza geral podem ser mencionados aqui. São eles:

1) a concepção do desenvolvimento como um processo global que, em virtude da interdependência das várias esferas que compreendem a sociedade, provoca repercussões gerais sempre que há alterações numa delas;

2) as modificações nas atitudes e comportamentos dos indivíduos do tradicionalismo para o racionalismo, as quais constituem um dos mais importantes requisitos para o processo de desenvolvimento da sociedade.

Há um movimento crescente no sentido de encarar o processo de desenvolvimento econômico como um processo amplo que vai além das providências necessárias ao incremento da produção e melhoria da distribuição de bens e serviços destinados a satisfazer as necessidades públicas. Tal influência é uma decorrência da concepção global de processo de desenvolvimento expresso por Max Weber, examinando as mudanças sofridas por uma sociedade ao passar de um estágio de organização tradicional para um estágio mais avançado de organização racional. Ao referir-se a Max Weber em conexão com as teorias dos estágios do desenvolvimento econômico, Bert Hoselitz assim se expressa:

“... uma vez que o esquema do estágio econômico é um modelo ideal, este pode ser organizado de maneira a apresentar de forma sistemática as inter-relações das variáveis mais importantes. Estas variáveis não são, obviamente, de origem econômica mas relacionadas com as instituições sociais (exemplo: mecanismos facilitadores das trocas, instituições encarregadas da concessão de créditos ou do investimento de economias e, acima de tudo, instituições que determinam a distribuição e o uso da autoridade e a tomada de decisões na sociedade). Em tal sistema as modificações acarretadas por uma variável podem ser seguidas e relacionadas com modificações em outras variáveis no sistema.”

Na busca desse motivo inicial para o desenvolvimento, autores têm investigado uma ampla lista de fatores, muitos dos quais derivam das alterações operadas *no sistema de valores dos indivíduos* em decorrência de mudanças de ordem psicológica. Max Weber foi precursor também nesta área, com o seu controverso estudo sobre a ética protestante e o espírito do capitalismo. Sua tese central pode ser assim resumida: ao contrário da religião católica que impunha como condição da salvação humana a privação de bens materiais, o protestantismo combinava a busca da salvação espiritual com a exigência de que o indivíduo provasse aos seus semelhantes o seu mérito na terra através do trabalho intenso e acumulação de bens materiais. Deste modo, uma vez preenchidas certas condições, essa conduta metódica, racional, preconizada pelo protestantismo “abriu caminho para o “espírito” do moderno capitalismo”.

Embora esta tese possa ser discutível quanto às possíveis implicações teológicas que contém, o que sobressai da exposição de Max Weber é a explicação de que *o processo de modernização requer uma mudança radical na personalidade e no sistema de valores dos indivíduos: no sentido do abandono do tradicionalismo pelo racionalismo.*

É interessante notar que inúmeros autores modernos encaram o processo de urbanização como um dos principais fatores de desenvolvimento de uma sociedade. Por impessoalizar os contatos entre os indivíduos, por dotá-los de um sistema de valores que enfatiza as lealdades organizativas ao invés das pessoais, por acelerar a mobilidade física, e assim por diante, a cidade pode desempenhar um papel importante no processo de mudança. Muitas vezes o deslocamento do poder econômico e político para a cidade provoca os primeiros estremecimentos na estrutura tradicional de poder baseada na aristocracia rural, característica das sociedades agrárias.

Uma sociedade, observa Brown, é tal *como um organismo, constituída de partes interdependentes que se intercomunicam. Da mesma maneira por que as partes de um organismo funcionam simultaneamente para manter o funcionamento do todo,* também os usos, costumes e instituições contribuem para a manutenção e a persistência do organismo social. Essa é, de fato, a principal, senão a única, função que essas instituições e usos têm, tomados como um todo, e que é a de *assegurar a persistência da própria sociedade.*

O conceito de cultura é eliminado por Raddcliffe Brown de sua análise funcionalista. Ele o substitui pelo *conceito de estrutura e função*. Estabelece que a vida social, como a vida orgânica, é um *composto integrado de entidades unitárias*. Evidentemente, os indivíduos, como unidades essenciais, ligam-se por uma série definida de *relações sociais* num todo integrado.

Nestas condições, a ESTRUTURA SOCIAL consiste, exatamente, na série de relações sociais: "a continuidade da estrutura se mantém através de um processo vital formado pelas atividades das unidades constituintes (os seres humanos individuais)."

Para Nadel, as sociedades *primitivas* tendem a levar a segmentação *através de toda a estrutura social*, ao passo que nossa sociedade inclina-se para a absorção completa. É nesta base que Nadel se refere ao paradigma da "gestalt psychologie", do qual deriva essencialmente a teoria do campo social. Esse paradigma é a natureza *dos sistemas físicos e cibernéticos*, em que atuam sempre dois fatores: o fator *dinâmico*, ou seja, as forças existentes no sistema, e o fator *topográfico*, isto é, a *estruturação do sistema*, que prescreve os caminhos em que se moverão as forças. Quando ocorre um *desequilíbrio no "feedback"* (Norbert Wiener), afirma Nadel, *as sociedades concretas se debilitam, se desintegram ou mostram sintomas de "patologia social"*; e as culturas concretas podem estar cheias de frustrações e de ameaças à sua sobrevivência. O universo social, tal como é visto ciberneticamente, tem um princípio e um fim. Tem focos de retroação visíveis para os quais se orientam estruturalmente todas as partes inter-relacionadas com todos os seus movimentos. Uma estrutura social amplamente conseqüente pode coexistir com um nível desigual de energia; justamente por isso, ela é um equilíbrio precário; tudo é tenso e dinâmico, em todo o campo da cultura há o *motivo da competição forte* e renhida.

É sabido que existem fenômenos sociais sem estrutura (microsociólogos). Os fenômenos sociais na escala microsociológica são sempre *a-estruturais*. O problema da estrutura social só se coloca em escala macrosociológica em *relação a unidades coletivas reais (agrupamentos, classes sociais, sociedades globais)*. Todos esses macrocosmos sociais, mesmo quando estruturados, não se reduzem às suas estruturas, dedobram-na pelo seus elementos *a-estruturais*, pelas suas conjunturas, pelos seus atos. *A estrutura social é, como já vimos, um equilíbrio precário*, sempre renovado através de movimentos de estruturação, desestruturação e reestruturação (às vezes rompimento), entre uma multiplicidade de hierarquias. Tais movimentos aparecem no seio de um fenômeno *social total de caráter macrosociológico*. São as seguintes as características da estrutura social que Gurvitch classifica em "parcial" e "global":

a) multiplicidade de hierarquias que com freqüência se acham *em tensão*, se não *em competição*;

b) seu equilíbrio manifesto, mas precário, que exige esforços e atos sempre renovados;

c) consciência coletiva clara da multiplicidade de hierarquias e de seu equilíbrio precário;

u) a armaçura que dá cimento a este equilíbrio, a fim de combater a sua precariedade constitucional — *as obras culturais*;

e) os movimentos de estruturação, desestruturação, reestruturação, ou *rompimento*, que ligam a estrutura à sociedade em ato.

É ainda em Nilda Sito que encontramos a expressão:

“Conviene recordar aquí la distinción, que Germani hace entre *movilidad y movilización*. Germani distingue tres formas de movilidad dentro de la sociedad industrial; dos de ellas son consideradas normales, la tercera indica un momento de transición: 1) *Movilidad por reemplazo*; en este caso no se trata tanto de diferencias cuantitativas en las tasas de movilidad como de diferencias en los criterios de selección que dominan en la sociedad tradicional o en la sociedad industrial. En esta última, la movilidad de este tipo supone “mecanismos de selección fundados en criterios racionales de eficiencia en el cumplimiento de los roles: eficiencia y racionalidad definiéndose evidentemente a partir de los supuestos funcionales de una estructura industrial”. 2) *Movilidad por creciente*: este tipo de movilidad puede ser considerado como normal en las sociedades industriales pues desempeña en ella un papel importante: satisfacer los deseos de movilidad ascendente (individual) o de progreso (colectivo) que forman parte de las ideologías y de los sistemas de motivaciones que parecen necesarios al buen funcionamiento de la sociedad industrial.”

Galtung se propõe demonstrar o grau de eficiência que pode ter determinada distribuição de valores na estrutura social para facilitar processos de mudança. Seu trabalho mostra como a particular distribuição de orientações de valor, que encontrou nas três aldeias consideradas, de proporcionar a esses grupos uma proteção de notável eficiência contra a mudança na região, tanto endógena como exógena (por meio da transferência de capital ou da assistência técnica).

A confirmação, ainda consoante Galtung, citado por Nilda Sito, segue três passos:

“1 — Señalando un factor que reduce la eficiencia de la categoría alta terciaria como un agente de cambio. Este factor es la empatía que convierte a los individuos que pertenecen al sector alto terciario en migrantes potenciales. Estos son los que tienen los valores más altos en los tres índices de empatía: perspectiva de tiempo, perspectiva de espacio y perspectiva social. Estas medidas indican la capacidad de su alma, su mente, sus pensamientos, para comprometerse en la migración anticipada, aunque sus cuerpos estén todavía obligados a permanecer detrás. La empatía con otros lugares convierte a la aldea en una prisión y neutraliza a estos individuos como agentes potenciales de cambio.

2 – Señalando un factor que reduce la eficiencia de la categoría baja primaria como un agente de cambio. Los individuos del terciario alto, víctimas de la empatía, incluyen al país entero en su mente: se identifican con una colectividad de nivel más alto que el de la aldea. Los individuos del primario bajo, víctimas del familismo, se identifican con una colectividad de nivel más bajo que el de la aldea: la familia. La hipótesis implícita parece ser que la identificación a nivel regional sería la más adecuada para lograr una movilización de tipo colectivo para el cambio.

3 – Señalando tres factores que reducen las posibilidades de comunicación entre las dos categorías, aunque al mismo tiempo muestra que todos estos factores no impiden que las otras dos categorías más tradicionalmente orientadas – el terciario bajo y el primario alto – sean agentes efectivos de valores tradicionales ni que multipliquen su eficacia al actuar de acuerdo. Estos tres factores son:

- a) diferencias posibles en la naturaleza de las orientaciones modernas en los dos grupos;
- b) distancia social entre ellos;
- c) la fuerza general de los vínculos de interacción en el sistema total de la sociedad tradicional.”

O conceito de empatia foi utilizado, pela primeira vez, por Lerner como designando um processo que se refere a mecanismos que atuam ampliando a personalidade do indivíduo, fazendo-o capaz de identificar-se com novos aspectos do seu meio (rol-taking).

II – Algumas considerações sobre a sociedade prismática de Riggs

Riggs, abandonando os “modelos” clássicos, tentou esclarecer os problemas administrativos nos países em desenvolvimento.

Riggs questiona se há variáveis-chave comparáveis no desenvolvimento administrativo.

Ele apontou três tendências no estudo comparativo da administração pública.

A primeira é uma tendência normativa para uma abordagem mais empírica (caracterizada por um crescente interesse em informações descritivas e analíticas por si mesmas).

A segunda é que qualquer abordagem que se concentra em um único episódio histórico ou “estudo de caso”, em simples agência ou país, em área biográfica ou cultural – é *basicamente ideográfico*. Em contraposição, uma abordagem que visa generalizações, “leis”, hipóteses que se assentam em re-

guaridações do comportamento, correlações entre variáveis, podem ser chamadas de *monotípicas*.

A terceira mudança é de uma predominância não ecológica para uma base ecológica para o estudo da administração pública. Riggs descreve a primeira tendência como razoavelmente bem estabelecida e a segunda e a terceira como “talvez apenas emergindo”.

No sentido de provar o arcabouço para seu estudo de ecologia da administração pública, Riggs focalizou sua atenção em cinco aspectos da realidade: o *econômico*, o *social*, o *simbólico*, o de *comunicações* e o *político*. Selecionou estes cinco aspectos tendo dois critérios em mente. Riggs diz que ele quis concentrar-se em aspectos que fossem necessários para todas as sociedades, mas ele não desejava concentrar-se em aspectos que já tinham sido bem descritos e relatados em administração nos Estados Unidos (tais como a estrutura constitucional ou partidos políticos). Em todos os lugares as pessoas têm que *satisfazer suas necessidades materiais pela produção e distribuição de bens e serviços*, então *eles precisam ter alguma espécie de sistema econômico*, ainda que possam ser diferentes do tipo *existente em países que os economistas chamam desenvolvidos*. Similarmente, eles têm alguma espécie de organização social, quer eles tenham ou não associações; devem ser capazes de se comunicar com outros e precisam de símbolos com os quais se comunicam; eles precisam fazer escolhas e decisões de alguma espécie, e entretanto precisam de uma estrutura de poder, quer tenham ou não um governo formal e burocracias.

Depois de examinar várias sociedades, Riggs observa que numas sociedades uma estrutura em particular realiza *somente uma função* e, noutras sociedades, uma estrutura em *particular realiza várias funções*. Daí ele argumenta que nós podemos imaginar uma sociedade puramente hipotética na qual uma simples estrutura desempenha todas as funções necessárias para a sobrevivência da sociedade. Podemos chamá-lo de “modelo concentrado — “fused model”, justamente como nós chamamos um foco de luz branca concentrada. No outro extremo, vamos imaginar uma situação na qual a *cada função corresponde uma estrutura* que é especializada para seu desempenho. Nós chamamos esta situação um *modelo refratado — refracted model*, exatamente como chamamos quando um *foco de luz refratado decompõe-se nas diferentes cores do arco-íris* ou em um espectro. Riggs então explica que, se nós imaginamos um ponto médio entre estes extremos (pode haver engano em pensar que toda a sociedade deste mundo é completamente “refratada” ou “concentrada”), podemos chamá-lo de *modelo prismático — prismatic model* —, em razão do prisma que decompõe um foco de luz “concentrado”.

Riggs considera que as mais óbvias características do modelo “prismático” são *heterogeneidade, formalismo e sobreposição*.

HETEROGENEIDADE — antigo e moderno. Exemplo: mistura de elementos tecnológicos.

A presença simultânea, lado a lado, de muitas diferentes espécies de sistemas, práticas e pontos de vista.

SUPERPOSIÇÃO — consiste no exercício de funções diferentes por uma mesma unidade social, não são, na prática, exercidas por agências distintas.

A medida na qual o que é descrito como um *comportamento administrativo* é realmente determinado por critérios não administrativos, i. e., por fatores políticos, sociais, religiosos ou outros.

Estes dois aspectos vêm explicar o FORMALISMO:

“Discrepância entre a conduta e as normas prescritas que se supõe regulá-la.”

“O formalismo corresponde ao grau de discrepância entre o *prescritivo* e o *descritivo*, entre o *poder formal* e o *poder efetivo*, entre a *impressão* que nos é dada pela constituição, pelas leis e regulamentos, organogramas e estatísticas, e os fatos e práticas reais do governo e da sociedade. Quanto maior a discrepância entre o formal e efetivo, mais formalístico o sistema” (Guerreiro Ramos).

“Embora seja possível encontrar exemplos de leis fracamente cumpridas em todos os países, e por isso o formalismo possa não ser uma característica distinguidora de toda espécie de situações particulares (somente nos extremos, modelos hipotéticos de sociedades “concentradas” ou “difratadas” pode não haver discrepância entre o que é “formal” e a “realidade”), o grau de formalismo aumenta para o máximo quando move-se em direção ao ponto-médio prismático, de ambos os extremos da escala entre o “concentrado” e o “refratado”.

Salienta que uma objeção pode ser levantada ao seu instrumento de análise para as sociedades ocidentais, “as quais não foram sempre difratadas como são hoje, não necessariamente passaram através de estágios prismáticos marcados por um alto grau de *formalismo, heterogeneidade e sobreposição* como muitos países não ocidentais contemporâneos estão experimentando”. Chama atenção para duas distinções entre estes dois tipos de sociedade. “Primeiro, a transformação se realizou em um longo período de tempo, e isto foi possível por mudanças no comportamento efetivo e na estrutura formal havendo um ajuste gradual em cada estágio. Segundo, há a fonte do impacto ou pressões estimulando mudança. Riggs chama a questão de onde vem a pressão de mudança de “problema genético”, e acrescenta, “se a pressão é predominantemente externa, nós podemos falar de pressão “exogenética”; se a pressão é predominantemente interna, pressão “endogenética”. Se, eventualmente, as pressões interna e externa forem iguais em força, nós podemos falar de mudança “equigenética”. Riggs propõe então que quanto mais “exogenético” o processo de difração, mais formalístico e heterogêneo. Embora formalismo, heterogeneidade e sobreposição marquem todas as sociedades prismáticas.

Riggs explica que de um lado do prisma nós podemos observar uma estrutura que desempenha um grande número de funções e isto ele chama como funcionalmente “difuso”. No outro lado do prisma nós podemos observar um número de estruturas que desempenha um número limitado de funções e que

são, portanto, funcionalmente *específicas*. É importante observar que Riggs está referindo-se a estruturas, e ele define uma *estrutura* como *qualquer padrão de comportamento o qual tenha se tornado bem acentuado um sistema social*. Ele não defere às instituições um conceito semelhante que tem uma significação mais formal. Nós podemos, naturalmente, pensar em uma instituição que seja concentrada no sentido de desempenhar várias funções e podemos pensar em uma instituição "específica" no sentido de que desempenha uma função específica, mas elas não são a mesma espécie de instituição. Elas são bastante diferentes porque, em primeiro lugar, desempenham diferentes funções e, em segundo lugar, executam um diferente número de funções.

Acredita que há uma necessidade não meramente para cooperação interdisciplinar, mas para a criação de um novo modo de análise pandisciplinar. Conseqüentemente, muito do que Riggs tem para dizer aplica-se não apenas à Administração Pública, mas a outros aspectos da vida como tal.

Os esquemas conceituais que apresentamos tentaremos, a seguir, materializá-los através de um enfoque sistêmico de nossa administração quanto a seus aspectos institucionais. Dessa maneira, concebemos o sistema administrativo brasileiro como conjunto de partes, integrando um todo e dentro de um sistema maior que é a própria estrutura social dentro da qual está inserido, donde recebe seus *inputs*, processa-os, e dá saída. As trocas do sistema são importantes para compreendermos aspectos inerentes a nossa ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e os deslocamentos de objetivos, resultantes do FORMALISMO.

A primeira premissa básica que vamos estabelecer é que a Administração Pública *não é alguma coisa que possa ser isolada da realidade social*. As pessoas que integram este sistema foram educadas, socializadas com valores da sociedade brasileira. Assim, uma visão da administração brasileira transcende, se quisermos conhecer o seu processo de funcionamento, aos aspectos meramente estruturais (Ministérios, Autarquias, Leis), daí entender-se porque o sistema se comporta desta ou daquela maneira. Assim é importante uma perspectiva ECOLÓGICA, ou seja, seus componentes históricos, sociais e psicológicos, cujos reflexos irão, muitas vezes, condicionar este sistema. Devemos estudá-lo dentro de suas fronteiras.

Sabemos que um dos propósitos do sistema é *o equilíbrio*. Assim, a lei da TENDÊNCIA A NORMALIDADE leva o sistema a se comportar de acordo com o ambiente, buscando este equilíbrio com relação ao meio. As transações que faz estão em íntima relação com o meio econômico, político, cultural e, sendo este desenvolvido, o será o sistema. *Não se pode ter um subsistema mais eficiente que todo o sistema*. Por esta razão a eficiência da Administração Pública Brasileira dependerá do sistema maior, o qual é a sociedade nacional.

III – Desenvolvimento agrícola

O desenvolvimento brasileiro nas últimas décadas processou-se paralelo a uma crescente disparidade na distribuição da renda e tecnologia em três as-

pectos: setorial, regional e pessoal. Em primeiro lugar, a renda gerada pela agricultura apresentou, na média, taxa mais baixa de crescimento que os demais setores da economia. Este fato, entretanto, não constitui um problema sério, uma vez que resulta das diferenças de elasticidade-renda da demanda e é, até mesmo, característico do próprio desenvolvimento econômico. Existem indicações, inclusive, de que o crescimento da oferta agrícola foi suficiente para atender à crescente demanda resultante de intensa urbanização, industrialização e necessidade de trocas com o exterior, sem aumentos aparentes no preço real dos produtos agrícolas. Quanto ao avanço tecnológico, a agricultura manteve-se relativamente retardatária na absorção de novas técnicas, e apenas recentemente a modernização rural processa-se de modo mais intenso.

A distribuição da renda agrícola, além disso, não tem sido uniforme entre as regiões. Até recentemente o desempenho da Região Norte e Nordeste foi inferior ao da Região Centro-Sul, esta mais dinâmica na adoção tecnológica e na resposta aos incentivos de mercado e governamentais. As diferenças regionais na distribuição da renda e no avanço técnico serão encaradas nesta pesquisa como resultado do estoque desigual de fatores de produção, dinamismo dos mercados urbanos consumidores e mudanças distintas dos preços relativos de produtos e fatores.

Quanto à distribuição da renda pessoal, a agricultura mostra uma maior concentração, embora com níveis mais baixos que nos demais setores. Entretanto, esta pesquisa não se preocupa com a distribuição pessoal da renda. O objetivo é restrito às diferenças persistentes e marcantes da "renda líquida", taxa de retorno e tecnologia entre estabelecimentos rurais no Brasil.

Nos modelos clássicos mais convencionais, as diferenças nos retornos entre atividades ou entre fatores "homogêneos" seriam incongruentes com os postulados básicos de equilíbrio a longo prazo num mercado de concorrência perfeita. Segundo esses modelos, todos os produtores teriam o mesmo retorno alternativo, e qualquer desequilíbrio entre retornos ou remuneração de fatores homogêneos seria meramente transitório, porque as forças de mercado assegurariam um equilíbrio estável a longo prazo, com uma remuneração única para fatores "homogêneos".

A realidade parece exibir, porém, evidências bem menos simplistas. Existem diferenças historicamente crônicas nos retornos entre atividades, entre firmas de uma mesma atividade, entre remuneração de fatores supostamente homogêneos etc. Para esses retornos persistentemente desiguais várias explicações têm sido apontadas. A mais freqüente, e nem por isso mais elucidativa, é denominada, genericamente, de diferente "capacidade empresarial", ou seja, alguns estabelecimentos são "agraciados" com empresários mais bem dotados, ou outros fatores específicos de oferta escassa. Tal fato explicaria as diferenças na lucratividade entre estabelecimentos distintos. Como explicação, é bastante conveniente, pois serve para justificar nosso desconhecimento; mas, infelizmente, definições simplistas obscurecem muito o comportamento racional e não nos eliminam a ignorância.

Um dos objetivos básicos deste estudo será apontar empiricamente as causas econômicas historicamente responsáveis pela existência de diferentes taxas de rentabilidade na agricultura brasileira. Assim, pretendemos decompor a “capacidade empresarial” entre vários argumentos, como a possível existência de economias de escala, diferenças no nível de educação, no uso de insumos modernos, na qualidade de fatores, no nível de risco de atividades alternativas etc. A análise empírica visa a distinguir a contribuição parcial desses argumentos e, como veremos mais adiante, ela pode ser fundamentada num modelo neoclássico. Sob esta ótica, a “sobrevivência empresarial” dos estabelecimentos para os quais são observados baixos retornos privados torna-se perfeitamente explicável e coerente com um equilíbrio estável de longo prazo.

A clássica argumentação de Schultz de que os agricultores tradicionais são “pobres, porém eficientes” na alocação de fatores, segundo o seu grau de conhecimento e disponibilidade de técnicas, serviu como um marco seminal na literatura econômica. O comportamento e motivação econômica do setor tradicional não seriam diferentes do comportamento e motivação do setor moderno. Simplesmente a diversidade relativa entre os dois setores decorreria de diferente disponibilidade de alternativas técnicas de produção economicamente viáveis. Portanto, o dualismo econômico seria um mero resultado das desigualdades nos preços relativos privados de fatores de produção e, principalmente, do custo desigual do acesso aos novos fatores e à informação. O raciocínio de Schultz sugeria também que, se convenientemente utilizado, o sistema de preços de mercado seria suficientemente poderoso para promover o desenvolvimento da agricultura. Alertados para as possibilidades econômicas dos insumos modernos, os agricultores tradicionais não tardariam a modificar as técnicas de cultivo se fossem incentivados por preços relativos favoráveis e tivessem acesso facilitado às informações sobre as novas alternativas de técnicas.

O fascínio exercido e, de certa forma, o alívio gerado pelas possibilidades de novas alternativas tecnológicas — fenômeno que ficou conhecido como a “Revolução Verde” — têm sido associados ao grande número de pesquisas sobre as potencialidades de difusão de novas variedades, novos insumos e melhoria na assistência rural. Paralelamente, tem ocorrido também uma sensível modificação nas discussões. Até então, as inovações agrícolas eram decorrentes basicamente de choques exógenos schumpeterianos. Nas pesquisas mais recentes, o processo de inovação agrícola passou a ser visto como induzido pelas relações entre preços de fatores e produtividades marginais. Assim, uma economia carente em terras aproveitáveis e com farta disponibilidade de trabalho seria incentivada a desenvolver inovações biológicas e químicas. Por outro lado, uma economia escassa em mão-de-obra e como oferta abundante de terras recorreria a inovações mecânicas. É interessante observar que a experiência brasileira é bastante singular neste sentido, pois situa-se entre extremos, com abundância de mão-de-obra não qualificada e de terras, fatores característicos da agricultura tradicional. À luz destes fatos, o “tradicionalismo” da agricultura brasileira pode ser economicamente justificado por preços relativos de fatores pouco estimulantes ao avanço técnico. Portanto, a adoção da técnica tradicional e a *resistência à modernização* poderiam ser racional e economicamente explicadas por preços relativos desfavoráveis dos insumos modernos.

A receita bruta ou total dos produtos agrícolas é composta pelos seguintes itens:

a) valor a preços de mercado da produção agrícola (permanente e temporária);

b) valor a preços de mercado da produção de animais e seus derivados. Ou seja, do valor do estoque, a preços de mercado, vendido ou acumulado, devemos abater o valor do estoque no início do período;

c) arrendamento de culturas e pecuária.

Nos itens a e b está incluído o valor estimado do autoconsumo, também avaliado a preços de mercado.

Quanto aos custos, os itens principais são basicamente dois:

a) remuneração ao fator trabalho, grosseiramente classificado entre:

a.1) mão-de-obra não especializada (mensalistas, diaristas e empreiteiros), incluindo o valor, a preço de mercado, das despesas em espécie;

a.2) mão-de-obra especializada (serviços especializados de caminhões e tratores; engenheiro-agrônomo, veterinário, agrimensor, técnico rural etc.);

a.3) mão-de-obra familiar, que poderia estar incluída em quaisquer dos grupos acima, mas, devido à sua remuneração principalmente sob a forma de autoconsumo nos estabelecimentos menores, exige uma classificação à parte;

b) remuneração a outros fatores consumidos, como alimentos animais de origem vegetal e industrial; vacinas e medicamentos; sementes e mudas; fertilizantes e corretivos; inseticidas; combustíveis e lubrificantes; despesas com materiais de escritório; utensílios e implementos não duráveis etc.

A diferença crônica dos retornos observados entre estabelecimentos — consistente com o equilíbrio neoclássico estável — pode resultar de uma ou mais das seguintes variáveis:

a) *Atividade diferente*: as explorações rurais diferem quanto ao nível de concorrências, nível de risco assumido etc. Uma atividade onde existe um grande número de produtores, com perfeita mobilidade de produtores e fatores, com grau satisfatório de informação etc., tende a ter menor dispersão e taxa média de retornos mais baixa do que uma atividade com número reduzido de produtores, com barreiras institucionais ou criadas à mobilidade de fatores e firmas etc. A atividade com menor grau de concorrência pode assegurar, assim, uma parcela de retorno monopolista ou oligopolista superior ao retorno da concorrência perfeita.

As evidências constatadas confirmaram este raciocínio num confronto entre ramos diversos de atividade. Mas nada impede que o risco e retorno médio

sejam diferentes entre culturas, regiões etc. Algumas culturas com baixa elasticidade de preço da demanda, maior sensibilidade a distúrbios exógenos, como clima etc., caracterizam-se, em geral, por maior variabilidade nos retornos do que outras atividades rurais. A literatura acadêmica indica que, num mercado caracterizado por aversão ao risco, atividades ou projetos com risco elevado devem apresentar retornos esperados também elevados para atrair recursos. Assim, esta argumentação implica que estabelecimentos dedicados a culturas ou atividades distintas devem apresentar retornos médios diferenciados se estas atividades assumem níveis diferentes de risco.

Neste contexto, a fixação de um preço mínimo governamental não necessariamente a um nível superior ao de equilíbrio teria o efeito de modificar a distribuição de probabilidade dos preços esperados, eliminando uma parte da extremidade esquerda da distribuição. O resultado seria uma redução do risco e, conseqüentemente, uma combinação superior de retorno e risco.

b) Educação: diversos estudos enfatizam o papel da educação não só como investimento mas também como um fator de produção. A metodologia mais recente decompõe a produtividade total da educação em duas partes: *a)* o efeito "trabalhador" (worker effect), ou seja, uma maior educação permite ao trabalhador obter maior produção com os recursos disponíveis; *b)* o efeito "alocativo" (allocative effect), ou seja, a educação permite-lhe adquirir e criticar economicamente as informações sobre novos produtos e fatores que, em caso contrário, seriam negligenciados. Existe também a hipótese de que a educação favoreça a habilidade inovadora. Neste raciocínio, a habilidade inovadora estaria compreendida no efeito alocativo.

Alguns estudos sugerem a hipótese de que a variável educação possa modificar o expoente do fator trabalho em funções de produção tipo Cobb-Douglas, ou mesmo todos os parâmetros da função de produção. Outro possível efeito da educação seria acelerar a taxa de difusão de novas técnicas agrícolas. Naturalmente, seria impraticável testar todas as outras hipóteses possíveis. Sendo assim, a análise empírica procurou identificar genericamente o efeito "médio" da educação. O detalhamento dos diferentes efeitos da educação poderá ser objeto de outras pesquisas.

Educação, numa definição geral, corresponde à experiência obtida, a qual provoca uma mudança nos padrões de comportamento humano. Educação pode ser obtida de duas formas: pelo método formal através de escolas, serviços de extensão etc., e pelo método informal, através da experiência pessoal, contatos sociais, rádio etc. A análise empírica considerará apenas a educação formal e supõe-se que, na média, a educação informal esteja de alguma forma associada com a formal.

Em termos do modelo exposto, a educação afeta o formato das curvas de custo e o lucro total L , através da ampliação das alternativas para tomada de decisão (ou seja, torna possível adotar uma técnica mais econômica); estímulo à inovação (ou seja, mudança do formato das curvas de oferta); alocação mais eficiente de fatores etc.

c) *Economias de escala*: as economias ou deseconomias de escala podem resultar de diferentes causas:

- 1) indivisibilidade de alguns fatores, ou seja, a descontinuidade na capacidade física pode gerar ociosidade parcial em alguns fatores. Esta causa é a mais atuante na agricultura. O exemplo típico seria um trator superdimensionado para uma determinada operação;
- 2) diferenciação nos preços de fatores e produtos quando transacionados em maior ou menor quantidade. Ocorreria no caso, por exemplo, de descontos no preço devido a transações em maior escala;
- 3) estímulo à especialização em processos, devido à maior escala de operação; e
- 4) a lei dos "grandes números" sugere que os estoques de fatores para reposição não necessitam de manter uma proporção rígida com o volume de produção. Pelo contrário, esta proporção pode declinar com o volume de produção.

d) *Condição de responsável*: os estímulos econômicos podem depender também, em parte, dos vínculos do operador com a propriedade. Assim, um pequeno fazendeiro que é ao mesmo tempo proprietário e operador tem maior interesse na rentabilidade do estabelecimento do que um arrendatário ou parceiro. É conhecida a argumentação de que a parceria resulta numa alocação ineficiente de fatores, ou seja, um meeiro racional tenderia a produzir até o ponto em que o valor da produtividade marginal do seu trabalho, descontada a percentagem contratual, igualasse o seu custo de oportunidade, supostamente igual ao salário de mercado.

O objetivo básico é qualificar as características básicas do mecanismo de adoção de técnicas modernas no Brasil. Inicialmente, é conveniente distinguir os conceitos de inovação, difusão e adoção. Inovação corresponde a qualquer idéia, comportamento ou objeto que é considerado recente devido a uma qualidade diferente das formas anteriores. Assim, uma inovação compreende tanto a descoberta como a aplicação da idéia num processo de produção, organização etc. O efeito final da inovação pode ser uma diminuição no custo médio de produção e/ou, até mesmo, uma melhoria na qualidade do produto final. Assim, fertilizantes orgânicos reduzem o custo médio de produção através de maior produto por unidades dos demais fatores, *sem alterar basicamente as características do produto final*. Fertilizantes químicos, por outro lado, também reduzem o custo unitário, mas podem afetar as características do produto agrícola.

A difusão é conceituada como o processo de divulgar a existência e qualidade dos novos insumos ou técnicas, enquanto a adoção corresponde ao estágio final do processo, ou seja, o emprego efetivo da nova informação. Estes conceitos salientam o fato de que a difusão pode ser generalizada e eficaz, e mesmo assim uma inovação pode ter a sua adoção retardada devido aos preços relativos de fatores e/ou condições adversas. Infelizmente, não é possível distin-

guir, empiricamente, os fatores que limitam ou retardam a difusão dos que dificultam a adoção. Mas quando necessário, informações externas podem ser acrescentadas aos resultados empíricos a fim de aprimorar as conclusões.

É sempre conveniente distinguir entre técnica de produção e tecnologia. Rigorosamente a técnica de produção é dada pela relação funcional entre a quantidade dos fatores e o produto potencial, ou seja, é representada pela própria função de produção. Por si só, a não ser em casos extremos de complementariedade absoluta entre fatores, a técnica de produção nada diz sobre a utilização relativa dos fatores. A combinação dos fatores, por outro lado, resulta dos preços relativos encarados pelos produtores. Se o custo do trabalho é relativamente mais caro que o capital, o comportamento racional do produtor conduzirá a uma relação capital/trabalho relativamente mais elevada. Ao contrário, se a mão-de-obra é relativamente barata, a relação capital/trabalho será mais baixa. Note-se que a técnica escolhida, isto é, a função de produção, pode ser a mesma em ambas as situações. Por outro lado, uma mudança de técnica sem alteração no preço relativo dos fatores pode resultar numa diferente combinação de fatores.

Para fins práticos, o estágio tecnológico é em geral interpretado simplesmente como a combinação de fatores, ignorando-se completamente a função técnica que fornece as alternativas de combinações. Assim, o maior emprego intensivo de terra e trabalho pouco qualificado na agricultura é confundido com uma "técnica tradicional", enquanto o emprego intenso de insumos modernos, mecanização e serviços de mão-de-obra qualificada é interpretado como uma "técnica moderna". É claro que a técnica, ao determinar o formato do mapa de isoquantas, pode restringir as combinações de fatores disponíveis ao produtor, mas este é um problema distinto.

Uma vez que a tecnologia observada é facilmente qualificável, enquanto a função técnica da qual se originou não é tão facilmente detectada, é mais cômodo classificar os estabelecimentos entre tradicionais e modernos segundo o emprego relativo de fatores ditos tradicionais (terra e mão-de-obra não qualificada) *versus* os fatores mais sofisticados (capital moderno, insumos industriais, sementes melhoradas, mão-de-obra qualificada etc.).

A taxa média de retorno nos estabelecimentos rurais demonstrou ser relativamente baixa, inferior ao retorno do capital na maioria dos setores urbanos, e apenas comparável à rentabilidade de atividades urbanas tradicionais, com reduzido avanço tecnológico, como a indústria têxtil, de couro, de papel etc. Contudo, ficou também comprovado que a diferença entre retornos na agricultura e nos demais setores pode ser explicada, em grande parte, pela diferença de risco entre os diversos ramos de atividades. De um modo geral, a taxa de retorno do capital empregado em atividades agrícolas tende a apresentar uma dispersão menor do que a taxa de retorno em atividades urbanas. A dispersão de retornos dentro da própria agricultura, por sua vez, é explicável pela distribuição desigual dos fatores de produção e outras condições entre os produtores agrícolas. Conseqüentemente, é falaciosa a conclusão de que a agricultura dificilmente conseguirá atrair capitais de outros setores. Desde que acumule outras condições complementares, a taxa média de retorno do capital aplicado na agricultura pode ser bastante atraente.

A amostra 1969/70 contém diversas deficiências e os resultados empíricos com seu emprego foram pouco satisfatórios. A amostra 1962/64, por outro lado, forneceu evidências bastante satisfatórias. Assim, este resumo baseia-se, em grande parte, nos resultados da amostra 1962/64.

A análise empírica das variáveis que explicam a taxa de retorno do estabelecimento indicou que a área total do estabelecimento tem uma influência negativa importante, conclusão contrária aos resultados de outras pesquisas que mostram rendimentos crescentes ou constantes de escala. Foi sugerida a interpretação de que esta evidência decorreria simplesmente das ameaças de desapropriações para a reforma agrária em 1962/64. Seria racional esperar que estas expectativas afetassem negativamente as decisões de alocação de fatores nos maiores estabelecimentos ameaçados.

A educação do responsável pela alocação de recursos parece influenciar a taxa de retorno do estabelecimento na direção sugerida pela teoria do capital humano. *O analfabetismo, de um modo geral, está associado a um efeito negativo na taxa de retorno, enquanto a alfabetização do responsável está associada a efeitos positivos.* Ao compararmos os efeitos da educação primária completa com a mera alfabetização, os resultados são menos conclusivos, embora para o Rio Grande do Sul existam fortes indicações de que a contribuição marginal da educação é positiva e significativa. *Ao evoluirmos, entretanto, para estágios de educação mais elevados, como grau secundário, técnico e universitário, os resultados são pobres, sem contribuição marginal significativa para a rentabilidade do estabelecimento.* Esta última conclusão pode ser chocante, mas é perfeitamente lógica, *uma vez que a agricultura brasileira não parece ter atingido o estágio tecnológico que requiera uma maior qualificação. É errôneo, entretanto, concluir que a educação secundária e superior são desnecessárias nas regiões rurais.* Pelo contrário, a melhoria na qualificação é de suma importância para acelerar a migração para outras regiões e fornecer aos centros industriais pessoal mais adequado às atividades urbanas.

Quando explorado pelo próprio proprietário, o estabelecimento demonstra ser mais rentável do que quando explorado por outrem nos Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e São Paulo. Para os demais Estados não há diferenças significativas entre as condições do responsável. Efeitos distintos da condição do responsável na taxa de retorno poderiam ser justificados por dois motivos: *a) a alocação de recursos é simplesmente mais eficiente quando decidida pelo proprietário; ou b) as condições marginais de equilíbrio da produtividade e custo de fatores, quando encaradas pelos proprietários, diferem daquelas encaradas por outros operadores.* Da produtividade marginal dos fatores é descontada a percentagem contratual, uma espécie de taxação imposta pelo proprietário da terra, e o resultado nesse caso é um emprego menos intenso desses fatores e, conseqüentemente, menor produção. Naturalmente, se o proprietário especificar a intensidade de fatores, a alocação é eficiente, quaisquer que sejam as condições do responsável. Entretanto, estas últimas condições são pouco comuns na agricultura brasileira.

O nível tecnológico apresenta-se como uma das explicações centrais da disparidade da taxa de retorno entre os estabelecimentos. As evidências comprovaram que, quanto mais moderna a técnica, mais elevada tende a ser a taxa de retorno do estabelecimento. Naturalmente, implícito nesta evidência está o raciocínio de que os produtores são eficientes na escolha de técnicas e, portanto, não adotam intencionalmente uma técnica antieconômica. Outro resultado obtido foi o de que a taxa de retorno nos *Estados mais desenvolvidos*, com uma técnica média mais moderna, apresenta ainda maior sensibilidade às *inovações* do que a agricultura nordestina. A explicação para esta afirmativa estaria na maior disponibilidade na Região Centro-Sul de uma série de fatores e condições complementares à tecnologia moderna, como assistência técnica, melhores sementes etc. Estes fatores, por outro lado, são relativamente carentes no Nordeste, e a tentativa, embora bem intencionada, de *modernizar* a agricultura local *sem uma paralela mudança* na oferta dos complementos terá uma repercussão praticamente nula nas taxas de rentabilidade do capital aplicado na agricultura.

O acesso ao crédito rural subsidiado demonstrou ser um fator importante, na maioria das regiões, na explicação da taxa de retorno do estabelecimento. A julgar pelos resultados, o crédito produz um impacto mais modesto na taxa de retorno dos produtos nordestinos do que nos produtos da Região Centro-Sul. A explicação desta resposta diferente seria, sem dúvida, também nos moldes descritos para o impacto diferente da tecnologia. O acesso ao crédito é uma *condição necessária, mas não suficiente*. É provável que, se as condições complementares ao crédito disponíveis na Região Centro-Sul fossem generalizadas, a resposta da taxa de retorno ao crédito seria mais elevada no Nordeste.

A discussão sobre a tecnologia ótima demonstrou que a existência de diversas distorções nos preços relativos dos fatores conduz à adoção de uma técnica mais avançada que a socialmente desejada. A razão para o fato é que o *fator trabalho não qualificado possui um preço social*, na maioria dos casos, menor que o preço enfrentado pelos produtores maximizadores de lucro. O capital e os insumos modernos, por outro lado, apresentam um preço privado, inferior ao seu custo de oportunidade. Conseqüentemente, no processo de alocação de fatores os produtores tendem a empregar relativamente mais destes últimos fatores do que os socialmente desejados. A tecnologia adotada é, portanto, *mais avançada do que a tecnologia mais socialmente recomendada*. A seguir, demonstramos que, de acordo com o nível médio de distorções dos preços dos fatores, indicado por diversos estudos, a perda social líquida dificilmente suplantará 7 ou 8% do valor da produção agrícola no Brasil.

Sob um aspecto eminentemente prático, concluímos que a discussão sobre o nível ótimo social da tecnologia é menos atraente e importante do que geralmente se costuma supor. Naturalmente, este raciocínio não pretende justificar o erro de um apoio *irrestrito à modernização rural*. Mas é possível imaginar esquemas políticos que combinem o objetivo de avanço técnico com um custo social minimizado. Em seguida listaremos algumas medidas sugeridas.

Ao considerarmos o avanço tecnológico num contexto dinâmico, as conclusões com o instrumental estático são ainda menos evidentes. Diversos aspectos

do problema são discutidos, como, por exemplo, o argumento de proteção à indústria nascente de fertilizantes, a *modernização rural como um bem público* etc. Alguns dos argumentos são facilmente refutáveis, outros exigem alguma meditação. Finalmente, numa análise simples da decomposição dos fatores explicativos da taxa histórica de crescimento da agricultura foi apontado que as expectativas de taxas mais elevadas de crescimento do produto agrícola repousam nas *inovações tecnológicas*. Este objetivo pode ser alcançado sem a necessidade de gerar distorções adicionais na economia. Pelo contrário, a gradual substituição de fatores modernos, produzidos domesticamente a um elevado custo social, pelo similar estrangeiro, ofertado a um preço mais baixo, traria nítidas vantagens à modernização e alocação mais eficiente dos recursos.

O tamanho do estabelecimento afeta de forma significativa a tecnologia adotada. Quanto maior o estabelecimento, mais moderna tende a ser a técnica. As pequenas propriedades aparentam *oferecer entraves naturais à mecanização* e ao uso econômico dos insumos modernos. Este raciocínio demonstrou ser válido em todas as regiões, exceto Minas Gerais.

A significância da magnitude dos coeficientes estimados deixa poucas dúvidas sobre a complementaridade entre a tecnologia e o nível educacional do produtor rural. Os estabelecimentos *gerenciados por analfabetos* estão associados predominantemente a uma *técnica tradicional*, enquanto aqueles dirigidos por alfabetizados já apresentam técnicas mais modernas. O hiato tecnológico entre estabelecimentos presumidamente idênticos, gerenciados por analfabetos e por alfabetizados, é substancial. A julgar pelas estimativas dos parâmetros, o efeito marginal da alfabetização, segundo o índice construído, é superior a 100% no Ceará e em Pernambuco e quase 300% no Rio Grande do Sul. Os resultados indicam cabalmente que a *distribuição irregular da educação básica* é perfeitamente coerente com a *existência do pluralismo tecnológico*. A contribuição marginal da educação primária completa para a tecnologia é mais modesta, em torno de 10%. Ou seja, o hiato tecnológico entre estabelecimentos gerenciados por alfabetizados e por responsáveis com educação primária completa é pequeno, enquanto a diferença tecnológica entre os estabelecimentos dirigidos por analfabetos e por alfabetizados é considerável. A evidência sugere que o *analfabetismo limita a adoção dos insumos modernos*, mas uma educação primária completa pouco acrescenta à capacidade de alocar eficientemente os insumos modernos em relação aos produtores apenas alfabetizados.

De um modo geral, os produtores proprietários do estabelecimento estão associados às técnicas mais modernas e, os arrendatários, às técnicas inferiores. Uma vez que os arrendatários devem *entregar uma parte do produto ao proprietário, este fato é suficiente para que utilizem uma tecnologia menos avançada*. Por outro lado, as estimativas sugerem que os ocupantes tendem a empregar uma *técnica nitidamente tradicional, explicável pela ausência de um vínculo formal com a propriedade da terra*.

O valor da produtividade marginal da terra, quer devido à localização do estabelecimento, quer devido à *qualidade do solo, influencia a tecnologia adotada*. Os estabelecimentos mais próximos dos centros consumidores e produtores de insumos modernos caracterizam-se por técnicas mais modernas do que

os estabelecimentos afastados. Portanto, é fácil concluir que a simples *carência de transportes adequados* tem um efeito importante na dispersão das técnicas rurais.

Finalmente, resta discutir as implicações de caráter normativo dos resultados desta pesquisa. As sugestões de medidas políticas compreenderiam, pelo menos, sete aspectos: *reforma agrária, educação, crédito, insumos modernos, incentivos fiscais, preços mínimos e assistência social rural.*

Um outro aspecto da reforma agrária abrange os efeitos na tecnologia e avanço tecnológico. A reforma agrária poderia ter um impacto positivo na taxa de retorno dos recursos alocados ao estabelecimento e no próprio nível de tecnologia. As evidências demonstraram que os *estabelecimentos gerenciados pelo proprietário apresentam, na média, níveis tecnológicos mais elevados* que aqueles explorados por arrendatários, parceiros ou ocupantes. A explicação é de que o horizonte de decisões de investimento em melhoramento de solo, equipamentos, benfeitorias etc. é mais longo para um produtor proprietário do que para um produtor não proprietário. Assim, à medida que a reforma agrária redistribui as terras por um número maior de proprietários, teria o efeito positivo de elevar o nível tecnológico a longo prazo. Por outro lado, entretanto, os resultados demonstraram cabalmente que *a tecnologia mais moderna localiza-se predominantemente nos maiores estabelecimentos.* Ou seja, os maiores produtores são mais receptivos e estão em melhores condições de adotar os novos insumos, sementes melhoradas, novos métodos de produção etc. *Uma reforma agrária teria, então, o efeito negativo de amortecer o avanço tecnológico na agricultura brasileira.* Um dos efeitos importantes da adoção de nova tecnologia é a *liberação acelerada de fatores da agricultura, principalmente mão-de-obra.* Portanto, o dinamismo de desenvolvimento da indústria e serviços seria afetado negativamente com o arrefecimento do processo de liberação de fatores da agricultura. Nestas condições, a reforma agrária teria um efeito negativo nas perspectivas futuras de crescimento, tanto do produto agrícola, como dos demais setores da economia.

Dado que a reforma agrária tem repercussões opostas no nível tecnológico, a questão crucial é identificar o resultado líquido dos efeitos parciais: *negativo quanto ao desmembramento das terras e positivo quanto à posse da terra.* Para responder a esta pergunta seria necessário identificar acuradamente o "tamanho ótimo" do estabelecimento quanto à tecnologia e, também, analisar a contribuição dos efeitos das demais variáveis associadas com o tamanho da propriedade.

A pesquisa *indicou que a educação do responsável* tem um efeito importante tanto nas diferenças de retorno como na tecnologia observada e no avanço tecnológico. Entretanto, os efeitos *da educação não são uniformes* em todos os níveis. A educação formal superior ao primário completo não demonstrou *afetar significativamente a diferença* de taxas de retorno entre os estabelecimentos, nem o nível nem a taxa do avanço tecnológico.

Uma vez que a educação secundária e a superior têm uma contribuição marginal praticamente nula para as diferenças de retorno, tecnologia e avanço

tecnológico, a medida política mais eficiente, sob o ponto de vista exclusivo da alocação de fatores e aceleração da modernização rural, seria realocar os investimentos feitos em educação formal secundária e superior num programa intensivo de alfabetização e de cursos técnicos rurais. Em princípio, o MOBRAL procura atender ao primeiro tipo de educação, *mas pouco tem sido feito no tocante a cursos rápidos de novas técnicas e informações sobre novos insumos etc.* O sistema de extensão rural procura estender, de maneira informal, o conhecimento sobre novas técnicas, informações sobre mercados etc., mas, apesar da sua penetração junto aos meios rurais, a verdade é que é ainda restrito o que ensina. Além disto, faltam outras condições complementares, como preços relativos favoráveis dos insumos modernos.

A política de preços de garantia a produtos agrícolas é basicamente executada pelo Instituto Brasileiro do Café (IBC), Comissão de Financiamento da Produção (CFP), Comissão Executiva do Plano de Recuperação Econômica Rural da Lavoura Cacaueira (CEPLAC), Departamento do Trigo e outros programas menores. Com exceção do trigo, todos os programas visam a garantir um preço "mínimo" inferior ao preço de equilíbrio do mercado doméstico. Ou seja, a julgar pelos resultados, não tem havido a preocupação de formar "estoques estratégicos", via excesso de oferta. Ademais não existem restrições legais ao emprego relativo dos fatores, como, por exemplo, o modelo americano de garantia que restringe a área reservada às culturas. Conseqüentemente, se, por um lado, esses programas podem ser criticados por uma certa "timidez", crítica esta discutível, eles não incorrem nos erros mais sérios de deformar a alocação eficiente dos fatores e de provocar uma redistribuição relativa da renda em favor dos fatores com ofertas menos elásticas, como a terra e mão-de-obra qualificada, em detrimento de fatores de oferta elástica, ou seja, a mão-de-obra não qualificada e não proprietária. Os programas são, entretanto, criticados pelas exigências burocráticas que discriminam contra os produtores incapazes de atender determinadas exigências legais.

Finalmente, resta mencionar a necessidade de medidas de assistência social. O objetivo social seria a dignificação e o bem-estar da população rural. Este enfoque enfatiza, portanto, as prioridades básicas do indivíduo em detrimento, por exemplo, do desenvolvimento econômico da região ou do País.

O processo de desenvolvimento, principalmente com a modernização da agricultura, é penoso e cruel para os segmentos incapazes de acompanhá-lo. Um rápido desenvolvimento econômico, se não acompanhado de uma série de medidas paralelas, acentua a concentração da renda e marginaliza, até mesmo em termos absolutos, uma parte da população ativa. A ênfase e a necessidade de progredir tecnologicamente deixam, no transcorrer do processo, um grande número de produtores em piores condições econômicas do que na época anterior ao rápido desenvolvimento. Existe claramente um benefício social líquido, que não pode ser desprezado, com o avanço tecnológico, e, conseqüentemente, qualquer tentativa de estancar o processo seria uma punição à economia como um todo. Por outro lado, existe também um segmento da população rural sem condições de absorver e adotar eficientemente as novas técnicas e cuja migração não apresenta benefícios líquidos.

Se a economia determinou que a *prioridade máxima e o desenvolvimento econômico*, as medidas de política econômica são pouco adequadas para minorar a marginalização dos produtores e elevar o seu padrão de vida a níveis decentes. Conseqüentemente, os produtores marginalizados deveriam *receber, não renda monetária, mas assistência médica mais intensa, melhor educação etc. Esta seria uma forma de tornar o desenvolvimento econômico menos penoso.*

IV - Conclusões

O economista Antonio Barros de Castro tem destacado a correta relação entre o desenvolvimento da atividade científica e suas condicionantes sociais e políticas, afirmando que o mais relevante na discussão a respeito da atividade científica está relacionado às ligações existentes entre a ciência e tecnologia, por um lado, e política e sociedade, por outro.

Nathan Rosenberg, por sua vez, tem esclarecido que o problema não é só relativo ao surgimento de uma nova cultura científica, mas, também, à forma como ela está se definindo. Toma como exemplo a criação de escolas públicas nos Estados Unidos, durante o século XX, que permitiu uma conexão fundamental entre ciência e desenvolvimento econômico, contribuindo para o surgimento de uma massa de cientistas no País.

Karl Mannheim, na sua obra *O Homem e a Sociedade*, expõe que o problema principal que uma sociologia do governo terá de enfrentar é a demonstração de que países diferentes têm diferentes controles sociais à sua disposição, e explicar a natureza do seu funcionamento. Essa transferência de controles e transmutação dos métodos de influenciar o comportamento humano só pode ser estudada em detalhe depois de elaborado um esquema de classificação preliminar. Mais adiante, objetivando identificar as técnicas relevantes de influenciar o comportamento humano, estabeleceu, inicialmente, dois grupos principais, ou seja:

“1 - Métodos diretos de influenciar o comportamento humano.

2 - Métodos indiretos de influenciar o comportamento humano.”

Quanto aos primeiros, afirma ele que se baseiam sempre na influência pessoal e atuam pela proximidade. Destarte, o efeito é sempre identificado com o homem que exerce essa influência, e o influenciado não percebe ser apenas o expoente inconsciente das pretensões da sociedade. O líder de uma oposição usa meios de influenciar o comportamento da mesma forma que o governo, diz ele; a única diferença é que, devido a sua hostilidade a certas instituições, quer substituí-las por outras.

Já em relação às influências indiretas, refere-se às medidas que visam influenciar as ações, perspectivas e hábitos dos indivíduos pelo controle consciente ou inconsciente do meio natural, social ou cultural, sendo que exercer de longe essa influência e surgir o controle de fontes remotas é a principal característica desse método.

Como métodos indiretos de influenciar o comportamento humano, ainda o festejado sociólogo:

- a) influência no comportamento de massas desorganizadas;
- b) *influência no comportamento, pelos grupos concretos:*
 - 1 – nas comunidades, por meio de instituições, costumes tradicionais etc.;
 - 2 – nos órgãos, por meio de comportamento racionalizado;
- c) influência no comportamento via de estruturas de campo;
- d) influência no comportamento por situações variadas;
- e) influência no comportamento por meio de mecanismos sociais.

Irene de Melo Carvalho, estudando, no capítulo V do seu livro *Introdução aos Estudos Sociais*, escreveu:

“A mudança cultural é um processo mais amplo do que a mudança social. Inclui qualquer alteração ou substituição no campo das idéias, das crenças, da técnica, da linguagem, dos costumes etc. Já a mudança social se refere apenas às modificações nos processos e nas instituições sociais. Um traço da cultura material ou espiritual pode ser modificado sem reflexo sensível na organização social. Caso se trate, porém, de um traço relevante, ou melhor, se a mudança cultural se está processando em relação a muitos traços e complexos, é bem provável que venha a gerar mudança social.

Estamos em face, pois, de dois processos algo distintos, mas intimamente relacionados.

Causas da mudança social

A mudança social é um fenômeno bem complexo, escapando a interpretações simplistas e unilaterais.

O primeiro conjunto de causas da mudança social abrange os mesmos fatores responsáveis pela mudança cultural, que são: as *invenções e as descobertas*, de um lado, e a *difusão cultural*, de outro.

Além de tais causas, mais ligadas ao fenômeno base – mudança cultural –, têm sido assinaladas outras, como:

- a) *Alterações demográficas*, ou seja, quanto ao número, qualificações e distribuição da população. Quanto mais densa, diferenciada e heterogênea é uma população, mais propício é o clima para as modificações na estrutura da sociedade.

Certas mudanças sociais vão repercutir nos aspectos demográficos do grupo, pois podem facilitar ou dificultar a aglomeração humana.

Sociedades simples ou de população reduzida, nas quais há acentuação da concordância de maneiras de pensar, sentir e agir, são muito mais governadas pelas tradições e pelos costumes do que as sociedades contemporâneas da civilização ocidental, que apresentam grandes metrópoles cosmopolitas e densas aglomerações urbanas. Modificações na ordem econômica, por sua vez, explicariam, ou pelo menos possibilitariam, tais graus de densidade demográfica.

b) *Desenvolvimento da tecnologia* – aspecto cultural por excelência, porque a *técnica* representa um conjunto de conhecimentos, habilidades e instrumentos mecânicos criados pela cultura com o fim de produzir bens materiais. Este fator deve ser ressaltado, pois todos conhecem e sentem os efeitos da Revolução Industrial sobre as principais instituições: família, religião, instituições econômicas e governamentais.

c) *Educação*, que serve, normalmente, para transmitir os valores e as atitudes vigorantes no grupo. Embora o aspecto tradicional impere na Educação, nas sociedades em que a mudança social é recebida com menor relutância, os educadores procuram apressar essa mudança, preparando os jovens para se ajustarem a novos padrões. Toda renovação educacional do século XX, conhecida como movimento em prol da Escola Nova, da Escola Ativa ou da Escola Progressiva, é, em grande parte, uma tentativa para levar as novas gerações a aceitarem uma “civilização em mudança”, onde idéias e instituições se reajustam dia a dia.

A mudança social tem sido atribuída por certos pensadores a atuação dos *homens de gênio*, daqueles que, por sua personalidade e espírito criador, seriam capazes de alterar o curso dos acontecimentos. Este ponto de vista é muito controverso. A genialidade só realizaria algo de novo se as condições sócio-culturais lhe fornecessem ambiente e meios adequados.”

A seguir, a autora indicou os meios de que se vale a sociedade para resistir às mudanças:

“As sociedades oferecem resistência à mudança social por vários meios. Os mais comuns são:

- Certa má vontade em suportar as falhas naturais de uma idéia, posta em prática pela primeira vez, ou de um instrumento recém-criado, e ainda não suficientemente aperfeiçoado.
- Tendência a rejeitar uma invenção que venha afetar vários aspectos da vida social. Quanto mais simples, coerente e homogênea é uma sociedade, mais amplas são as consequências de uma alteração no seu sistema de idéias e valores, ou mesmo nos diferentes aspectos de sua cultura material; daí serem também mais avessas às inovações as sociedades com alto grau de integração.
- Dificuldade em substituir idéias, sistemas, técnicas, quando o grupo já tenha resolvido o problema correspondente, mesmo que

a solução seja precária e a nova criação bem mais eficiente. Explica-se tal atitude pela *inércia social*.

— Algumas outras atitudes mentais favorecem reações à mudança: o respeito pelo passado, pelas tradições do grupo; o medo das conseqüências, quase sempre imprevisíveis, de certas modificações que podem ter efeitos além daqueles que seria lícito esperar.

— Por fim, a ação controladora de certos grupos — políticos, econômicos, religiosos, profissionais —, os quais se opõem às inovações que ameaçam diminuir seu prestígio, seus privilégios, seus lucros... (os chamados “grupos de pressão”).

Classificando os bens econômicos, afirmou:

“Não só os bens materiais, conhecidos pelo nome de *mercadorias* (ou simplesmente *bens*), atendem às necessidades e aos desejos humanos. Há necessidades que são satisfeitas por meio de *serviços* — bens imateriais e *intangíveis*. O comércio, os transportes, as profissões liberais não fabricam mercadorias, mas prestam *serviços* e por isso são considerados atividades econômicas. A produção abrange, então, dois aspectos: *criação de bens e prestação de serviços*.

É bom assinalar que houve época em que só se considerava produtivo o *trabalho agrícola*. Tal era a posição dos *fisiocratas*, que assim pensavam porque, para eles, apenas a terra “criaria” realmente algo. Na verdade, porém, não há “criação” em nenhuma hipótese e sim simplesmente *transformação*.”

Bens de produção fornecidos pela natureza

Não só a terra interessa à produção. Daí alguns autores preferirem, na já citada classificação tradicional dos fatores da produção, a palavra *natureza* em vez de *terra*. Esta terminologia é mais apropriada, porque o ambiente natural fornece à produção outros recursos além do solo. Muitas classificações têm sido propostas para o fator em apreço. Uma delas distingue:

- a) *condições geográficas e climáticas* favorecem ou dificultam certos tipos de produção;
- b) o *meio orgânico*, abrangendo a flora e a fauna, que também influi na produção;
- c) *os recursos minerais*, fornecedores de matérias-primas;
- d) *as forças motrizes*, como as quedas d’água, as correntes dos rios, o vento etc.

Muitos problemas econômicos relacionam-se com a natureza. A conservação do solo, o reflorestamento, a exploração de jazidas, o aproveitamento da força hidráulica são alguns dos mais importantes.

Grande parte das atividades humanas, por outro lado, destina-se a lutar contra as condições do meio: proteção contra os rigores do clima; alteração de acidentes geográficos, que dificultam as comunicações ou a produção; modificações na flora e na fauna, de modo a favorecer a sobrevivência humana, e assim por diante.

Cuidando de definir uma relação entre padrão e nível de vida, a mesma autora esclarece:

“O consumo não pode ser analisado através de estudo das compras de cada tipo de produto, em separado, e sim da inter-relação existente entre as diversas mercadorias que são consumidas. O consumo individual depende, de um lado, do montante da *renda pessoal* e, de outro, do *padrão de vida*, que com a renda mantém certa relação, mas dela não depende exclusivamente.

O *padrão de vida* de um indivíduo ou de um grupo pode ser definido como o *conjunto de necessidades que devem ser satisfeitas e que são consideradas essenciais por tal indivíduo ou por tal grupo*. O padrão adotado corresponde ou não à renda, que pode ser mais elevada do que o padrão exigiria, ou estar aquém desse padrão.

O que um indivíduo ou um grupo realmente consome constitui *seu nível de vida*, passível de ser medido, porque se refere aos bens materiais e aos serviços utilizados.

O *padrão de vida* é de mais difícil determinação, visto incluir satisfações espirituais e psicológicas, retiradas de qualquer tipo de bem, até dos bens livres. Há pessoas com nível de vida modesto mas usufruindo um padrão superior a outras de maior nível (são capazes de incorporar às suas satisfações as pequenas alegrias da vida; valorizam o gozo de bens fornecidos livremente pela natureza, em contraposição a outras pessoas que tudo possuem e nada valorizam, estando sempre insatisfeitas). A *qualidade* dos bens determina mais estreitamente o *padrão de vida*, enquanto a *quantidade de bens materiais* está mais relacionada com o *nível de vida*.

Há ainda a considerar que o *padrão* tende a refletir-se no *nível de vida*, só encontrando barreiras na renda pessoal. Se o que é desejado para alcançar determinado padrão não pode ser adquirido, o nível de vida situa-se abaixo do padrão almejado.

A distinção entre *padrão* e *nível de vida* é algo sutil. O que observamos e medimos é o *nível de vida*. O *padrão de vida* é subjetivo, escapando à medida e à observação exterior. Na maioria dos casos, todavia, há certa coincidência entre nível e padrão de vida.”

Analisando-se, num dado momento, uma coletividade heterogênea, podemos observar a completa variação dos níveis de vida ou de padrões, sem que se possa atinar, de imediato, das causas dessa variação no tempo e no espaço;

mas, pouco a pouco, vai-se desfazendo o mistério e chega-se à raiz dos fatores condicionantes dessas desigualdades, que, muito embora possam explicar os fenômenos, não se pode afirmar lhes dêem solução.

Pode ocorrer a convivência de vários graus de modernização ou de tecnologia que, todavia, não se podem considerar exclusivamente como causa, ou como efeito, senão simultaneamente como causa e efeito de um certo grau de desenvolvimento.

Da economia de subsistência à superprodução, encontram-se defasagens inicialmente inexplicáveis; como conceber que, ao mesmo tempo, esteja numa mesma região, convivendo a agricultura de subsistência (hoe agriculture) com as tecnologias mais avançadas, se ambas enfrentam as mesmas influências do meio-ambiente?

Antonio Pasquali, na sua obra *Sociologia e Comunicação*, tenta explicar o fenômeno social, com a seguinte colocação:

“O TIPO E NÍVEL DE CULTURA que demonstram os grupos sociais está em função de seus meios de comunicação do saber, segundo uma relação tanto mais causal quanto mais subdesenvolvida for a cultura em questão. Devido à especialização que o uso de tais meios implica atualmente, o saber passa às mãos de um reduzido núcleo de agentes transmissores, os quais atuam como funcionários e *experts* de grupos de pressão alheios às esferas culturais para canalizá-lo ao dilatado âmbito de indivíduos receptores. Quando a desproporção entre agentes transmissores e receptores aumenta até atrofiar a bilateralidade da autêntica intercomunicação, quando o grupo de transmissão profissionaliza e monopoliza o papel de informador, e o grupo de recepção se reduz ao papel de informado, em relação irreversível, diminui a força expansiva e autocriadora do saber, ficando reduzida sua função popular a uma relação unilateral entre uma oligarquia informadora convertida em elite e uma multidão indiferenciada de receptores, convertida em massa.”

A inércia que leva o indivíduo e, por decorrência, o grupo à estagnação cultural é um estado latente; mas se provocada uma ação tendente à mudança, esta gera, de imediato, uma reação que tende a novo equilíbrio ação-reação, e, quando Lerner afirmou que somente os indivíduos empáticos têm condições de romper esse equilíbrio, pode-se concluir serem eles os receptores da comunicação que irá deflagrar a mudança. Daí Pasquali afirmar:

“1) que as estruturas comunitárias e sociais do homem derivam de uma fundamental função de *relação*, do saber-um-do-outro, da possibilidade de comunicar-se experiência e saber;

2) que, por conseguinte, a sociabilidade aumenta à proporção que aumenta a trama de canais comunicadores, e diminui com o atrofiamiento destes.”

para, depois explicar:

“O nosso é o século da Sociologia, também por ser o século no qual as comunicações humanas não somente alcançaram o desenvolvimento que todos conhecemos, mas por se terem tornado problemáticas e, até certo ponto, conflitivas. Nem tudo é pura comunicação; muitas vezes, conforme veremos, um agigantamento aparente nos sistemas relacionais encerra uma real atrofia comunicacional.

Este é, além disso, o século de uma complicada sociologia de base comunicacional, porque a intervenção maciça da máquina em comunicações nos obriga a distinguir e classificar a totalidade dos processos comunicativos (antes reduzidos ao contacto físico e verbal, direto ou indireto), nas seguintes subdivisões:

A) Comunicações de homem a homem, com ou sem o auxílio de canais artificiais intermediários.

B) Envio de informações irreversíveis, sem resposta, da máquina ao homem e do homem à máquina; governo do homem pela máquina; governo da máquina pelo homem.

C) Intercâmbio de informações entre máquinas; governo das máquinas pelas máquinas; sociedade de máquinas.

O segundo e terceiro destes planos estão incluídos numa perspectiva mais cibernética, e a isso nos referiremos um pouco mais adiante. O primeiro delimita a esfera dos fatos sociológicos que nos interessam agora.”

Um fato que pouco a pouco vem sendo observado é que, geralmente, a informação não chega até os indivíduos ou grupos do setor primário, suspeitando-se, mesmo, que, pelo contrário, alcança a massa consumidora, com provável indução ao consumo dos produtos do setor secundário, num círculo vicioso que, se economicamente produz resultados positivos pela influência da demanda na produção em tempo mais ou menos rápido, todavia não chega a produzir efeitos substanciais nos componentes do setor primário, pelo menos com a mesma rapidez. O que se faz necessário, pois, é a adoção de medidas que possam levar-lhes as informações capazes de destruir o conformismo ou a inércia, pela criação de desejos ou de um consumo marginal, ao mesmo tempo que lhes fornecem os meios culturais de receber essas informações e aplicá-las, quando for o caso, na modernização cultural e assimilação de novas tecnologias que lhes possibilitem os meios de satisfação desses desejos.

Alysson Darowish Mitrand, em recente artigo publicado na *Revista de Administração Pública* (dez./77), faz o seguinte comentário:

“É lamentável constatar que os aspectos comportamentais, de evidente importância no processo de modernização, tenham tido uma consideração tão discreta no processo de reforma administrativa, no Brasil, depois de tantos anos de experiência. Algumas tentativas de mudan-

ças comportamentais tiveram consequências meramente simbólicas com baixo índice de permanência.”

Sérgio Henrique Abranches, na mesma revista, escreveu:

“A crescente heterogeneidade estrutural da economia é acompanhada por desequilíbrios sociais que se manifestam na estrutura de emprego, educação, saúde, nutrição etc., descompassos políticos que explicam a razoável poliarquia encontrada nos centros urbano-industriais, em contraposição à ainda relativa oligarquização da política nas áreas menos desenvolvidas e desníveis na administração, que implicam em diferenciais de eficiência e produtividade não apenas entre regiões mas também entre setores. O grau de relacionamento entre as partes do sistema administrativo (e aqui a inadequação de uma abordagem estritamente sistêmica torna-se óbvia), atividades e diferentes níveis de “modernização” implica que certas partes serão impulsionadas a adotar práticas mais ágeis de ação administrativa, exatamente por estarem processando demandas de (ou prestando serviços a) setores mais dinâmicos do processo produtivo.”

Paulo Roberto Motta, Ph.D. em Administração, pela University of North Carolina, examinando o impacto de transição de valores sociais, disse:

“As sociedades em transição são caracterizadas pela coexistência de valores modernos e tradicionais. São sociedades que sofreram o impacto da modernização, adquirindo novos valores, mantendo, contudo, grande parte do sistema de valores tradicionais. Assim é que podemos ver essas sociedades, não como constituídas por sistemas de valores diversos dos valores típicos das sociedades tradicionais e modernas, mas como sociedades em que esses valores típicos existem simultaneamente nas estruturas sociais. Essa coexistência causa má integração estrutural nas diversas instituições sociais, principalmente devido ao choque entre valores das sociedades colocadas em pólos opostos.”

De tudo quanto foi exposto, podemos concluir que, a par de uma política de melhor aproveitamento dos recursos naturais renováveis, não pode o planejamento governamental descurar de influenciar, direta ou indiretamente, no sentido de promover a modernização do homem, a nível individual, aproveitando ao máximo os meios de informação ou a comunicação de massa, induzindo-o à produtividade em consonância com o crescimento da demanda, de tal forma que o equilíbrio estático, antes encontrado, se transforme em equilíbrio dinâmico, na certeza de que os próximos embates serão travados entre a capacidade de produção rural e o chamado “inchaço” urbano, velando pela ampliação dos horizontes culturais até estabelecer uma equivalência que permita a maior mobilidade social, usando da tecnologia como meio e não como um fim em si mesma considerada, já que se torna evidente que esta tecnologia poderá, como ocorre com outros setores, produzir, também no setor primário, efeito multiplicador do produto, alimentando o retorno de forma a satisfazer as necessidades básicas de uma sociedade que se desenvolve e evolui de uma identidade microsocial para uma colocação macrosocial.

3.º SEMINÁRIO SOBRE PUBLICAÇÕES OFICIAIS BRASILEIRAS

CONCLUSÕES

O Plenário do 3º Seminário sobre Publicações Oficiais Brasileiras, reunido em Curitiba, de 22 a 27 de julho de 1979, e constituído de 251 editores, bibliotecários e documentalistas, representantes dos órgãos editores e bibliotecas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, federais, estaduais e municipais,

Considerando a necessidade e a conveniência de definir-se uma política editorial para as publicações oficiais brasileiras que enfatize a racionalização e normalização de seus custos, apresentação, distribuição, guarda e disseminação;

Considerando que a qualidade gráfica e editorial dessas publicações deve ser preservada e compatibilizada com os interesses do usuário e com os recursos disponíveis;

Considerando a legislação vigente de proteção aos direitos autorais;

Considerando que ao usuário deve ser assegurado o acesso à informação;

Considerando os trabalhos levados ao Plenário pela Comissão de Publicações Oficiais Brasileiras, especialmente aqueles concernentes ao Catálogo de Publicações Oficiais Brasileiras e ao Manual de Normas Mínimas de Editoração para Publicações Oficiais;

Considerando as contribuições apresentadas por conferencistas, grupos de estudo e trabalhos isolados,

RESOLVE:

1. Recomendar:

1.1 A Comissão de Publicações Oficiais Brasileiras:

1.1.1 quanto à incidência dos direitos autorais sobre publicações oficiais, que encaminhe ao Conselho Nacional de Direito Autoral exposição acerca de omissões da Lei nº 5.988, de 14-12-73, com respeito àquelas publicações, de modo a suscitar o exame da possibilidade de serem sanadas através de normas expedidas pelo Conselho;

1.1.2 quanto à normalização das publicações oficiais, que dê continuidade a estudos que aperfeiçoem o projeto de Manual de Normas Mínimas de Editoração para Publicações Oficiais, distribuído aos participantes do Seminário, de forma a:

- a) harmonizar as divergências técnicas constatadas pelo grupo de estudo que examinou o projeto no Seminário;
- b) ampliar o círculo de debates e contribuições em torno do projeto, através de subsídios que sejam enviados à Comissão, por escrito, no prazo de 90 dias;
- c) incorporar aos estudos de aperfeiçoamento as sugestões encaminhadas ao Seminário;
- d) obter parecer de órgãos e entidades especializados acerca do projeto;
- e) incluir capítulo especificamente destinado aos jornais oficiais;

1.1.3 quanto ao planejamento de programas editoriais e de acesso à informação oficial, que:

- a) crie subcomissão para acrescer, ao projeto de Manual de Normas Mínimas de Editoração para Publicações Oficiais, parte destinada a definir normas mínimas de "projeto gráfico";
- b) crie subcomissão para estudar a comercialização das publicações oficiais através de um fundo específico;
- c) diligencie a publicação de edições subseqüentes do Catálogo de Publicações Oficiais Brasileiras, retrospectivo e acumulado, bem como sua distribuição às bibliotecas universitárias do País, a par de outros órgãos disseminadores;

1.1.4 quanto a procedimentos e exigências postais, que submeta à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos exposição em que seja solicitado o exame da possibilidade de classificar, na categoria I, as tarifas postais correspondentes a encartes sem fins comerciais;

1.2 Aos editores de publicações oficiais:

1.2.1 quanto à incidência dos direitos autorais sobre publicações oficiais, que apliquem a Lei nº 5.988/73;

1.2.2 quanto ao planejamento de programas editoriais e de acesso à informação oficial, que:

- a) promovam a divulgação sistemática de suas publicações, na medida em que sejam editadas;

- b) observem a legislação vigente visando à distribuição de atribuições relativas à produção de publicações por pessoal qualificado;**
- c) enfatizem critérios técnico-científicos nas diretrizes de sua produção editorial;**
- d) adotem medidas de desburocratização das rotinas pertinentes à distribuição de publicações oficiais;**
- e) proponham a comercialização de parte da tiragem de suas publicações, com o fim de atingir público usuário interessado;**
- f) adotem medidas objetivando a redução dos custos de impressão.**

2. Sugerir:

2.1 À Comissão de Publicações Oficiais Brasileiras — CPOB:

2.1.1 quanto à incidência dos direitos autorais sobre publicações oficiais, que submeta ao exame das autoridades competentes proposta de alteração da Lei nº 5.988/73, com o fim de suprimir a expressão "salvo convenção em contrário" no art. 36, revogar o art. 46, e excluir as publicações oficiais do disposto no art. 93;

2.1.2 quanto ao Catálogo de Publicações Oficiais Brasileiras, que:

- a) seja acrescentado ao título do Catálogo elemento que esclareça tratar-se de bibliografia das publicações editadas no âmbito federal;**
- b) o endereço dos editores seja listado como anexo ao corpo da obra;**
- c) seja indicada a separação por tipo de material (livros e periódicos), dentro de cada órgão;**
- d) inclua índice de assuntos;**
- e) seja dado destaque gráfico na entrada dos órgãos;**
- f) estude a possibilidade de adotar ordenação alfabética de entrada de autores para as edições subsequentes;**
- g) estude a possibilidade de editar o Catálogo também em fichas;**
- h) seja incluída, nos casos de co-edição, a indicação do distribuidor;**

2.1.3 quanto ao planejamento de programas editoriais e de acesso à informação oficial, que:

- a) estimule, no âmbito de cada órgão público, a definição de atribuições específicas relativas à coordenação das respectivas políticas editoriais, com vistas ao planejamento, à racionalização e à normalização de suas publicações, bem como a definição e implantação de procedimentos que assegurem disseminação sistemática das informações concernentes às atividades-fins do órgão, de modo a compor o Sistema Nacional de Informações — NATIS — e evitar superposições e paralelismos;**
- b) pondere, aos órgãos editores, sobre a conveniência de definirem uma política de distribuição para suas publicações e o estabelecimento de uma rede de bibliotecas depositárias, nos âmbitos federal, estadual e municipal, divulgando as bibliotecas integrantes dessa rede nas próprias publicações;**
- c) incentive os órgãos de documentação e informação a divulgarem os recursos de que dispõem e os serviços que podem prestar ao pesquisador, facilitando-lhe o acesso à informação;**

d) enfatize, junto aos serviços de arquivo, a conveniência de facilitar-se ao pesquisador o acesso a documentos técnico-científicos inéditos;

e) gestione, junto ao Departamento de Imprensa Nacional, a edição de uma consolidação das normas vigentes sobre matéria de publicação nos Diários Oficiais;

2.1.4 quanto aos cabeçalhos uniformes para órgãos e entidades oficiais, que:

a) incentive os bibliotecários a se organizarem em grupos de trabalho destinados à elaboração de cabeçalhos uniformes dos órgãos federais, estaduais e municipais;

b) incentive as associações estaduais de bibliotecários a coordenarem os grupos que elaborarão os cabeçalhos uniformes;

c) recomende o encaminhamento dos cabeçalhos uniformizados à subcomissão de processos técnicos da CPOB, para exame.

3. Aprovar:

3.1 moção de agradecimento à Comissão de Apoio ao 3º Seminário, designada pelo 10º Congresso Brasileiro de Biblioteconomia e Documentação, pela constante cooperação e desmedida eficiência;

3.2 moção de apoio à Comissão de Publicações Oficiais Brasileiras no sentido de gestionar, junto às associações estaduais de bibliotecários, a possibilidade de organizarem grupos de estudos sobre as publicações oficiais estaduais, nos moldes adotados pela CPOB;

3.3 o resultado da eleição dos membros da CPOB para o período compreendido entre novembro de 1979 e novembro de 1981:

— número de votantes: 170

— votos em branco

— votos nulos: 2

— membros eleitos:

Leyla Castello Branco Rangel (SF) — 126 votos

Antonio Agenor Briquet de Lemos (UnB) — 118 votos

Octaciano Nogueira (DIN) — 109 votos

Ubaldo Dantas Machado (EMBRAPA) — 86 votos

Juracy Feilosa Rocha (UnB) — 80 votos

Antonia Motta de Castro Memória Ribeiro (CD) — 71 votos

Suplentes:

Davina Mota Teixeira (SEPLAN) — 68 votos

Nilza Teixeira Soares (CD) — 67 votos

Catarina Knychala (INL) — 54 votos

Vera Amália Amarante Macedo (UnB) — 52 votos

Carlos Augusto de Oliveira Lima (BNH) — 44 votos

Therézinha das Graças Alves Constantino (MINTER) — 35 votos

Obras publicadas pela
Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado
Federal — 22.º andar) ou
pelo Reembolso Postal

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— nº 1 (março/1964)	10,00
— nº 10 (junho/1969) (reimpressão)	30,00
— nº 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão)	25,00
— n.ºs 13/14 (janeiro a junho/1967)	15,00
— nº 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão)	20,00
— nº 18 (abril a junho/1968) (reimpressão)	30,00
— nº 19 (julho a setembro/1968)	10,00
— nº 20 (outubro a dezembro/1968)	10,00
— nº 21 (janeiro a março/1969)	10,00
— nº 23 (julho a setembro/1969)	10,00
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão)	20,00
— nº 30 (abril a junho/1971)	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971)	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971)	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972)	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972)	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972)	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972)	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973)	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973)	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973)	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973)	20,00

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
— nº 41 (janeiro a março/1974)	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974)	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974)	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974)	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975)	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975)	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975)	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975)	30,00
— nº 49 (janeiro a março/1976)	30,00
— nº 50 (abril a junho/1976)	30,00
— nº 51 (julho a setembro/1976)	30,00
— nº 52 (outubro a dezembro/1976)	30,00
— nº 53 (janeiro a março/1977)	30,00
— nº 54 (abril a junho/1977)	30,00
— nº 55 (julho a setembro/1977)	30,00
— nº 56 (outubro a dezembro/1977)	30,00
— nº 57 (janeiro a março/1978)	30,00
— nº 58 (abril a junho/1978)	30,00
— nº 59 (julho a setembro/1978)	30,00
— nº 60 (outubro a dezembro/1978)	30,00
— nº 61 (janeiro a março/1979)	30,00
— nº 62 (abril a junho/1979)	30,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 60)

Distribuição gratuita

**COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS**

— 5º volume, contendo 336 páginas

Ato Institucional nº 10

Atos Complementares n.ºs 52 a 56

Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com
índices cronológico e por assunto

15,00

— 6º volume, contendo 488 páginas

Ato Institucional nº 11

Atos Complementares n.ºs 57 a 62

Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com
índices cronológico e por assunto

25,00

	Cr\$
– 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto	30,00
– 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00

	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> – 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção) Atos Complementares n.ºs 98 e 99 Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto Lei nº 1/65 	40,00
<p>“ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”</p> <ul style="list-style-type: none"> 7 volumes (4º e 6º volumes em 2 tomos) 	120,00
<p>“REFORMA AGRÁRIA” (3 tomos) (Edição de 1969)</p> <ul style="list-style-type: none"> Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional 	45,00
<p>“O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL” (Edição de 1970)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 	15,00
<p>“DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS” (Edição de 1971)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) 	45,00
<p>“PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1974)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”, e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – “Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos” 	70,00
<p>“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)</p> <ul style="list-style-type: none"> – 1º volume (3 tomos) <ul style="list-style-type: none"> – Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que “institui o Código de Processo Civil” (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos) – 2º volume (2 tomos) <ul style="list-style-type: none"> – Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional) – Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional) 	

— 3º volume

— Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”	
— Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”	
— Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”	
Preço da coleção	180,00
“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)	
— Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal”	45,00
“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)	
— Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legislação da Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos)	70,00
“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”	
— Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) — 2.ª edição (julho de 1977)	150,00
“REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE — Dispositivos de Constituições Estaduais”	
— Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por <i>inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais</i> , Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos)	150,00
“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (4ª edição — 1979) (formato bolso)	
— Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77; 10, de 14-11-77; 11, de 13-10-78, e 12, de 17-10-78 (com índice analítico-remissivo)	25,00

	Cr\$
“O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS”	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda	70,00
“SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS”	80,00
– Quadros comparativos anotados	
– 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40	
– 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
“CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL” (atualizado) (edição 1978)	50,00
“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (3ª edição – agosto de 1978)	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978	25,00
“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – QUADRO COMPARATIVO” (3ª edição – 1979)	100,00
– Texto constitucional vigente comparado, dispositivo por dispositivo, às Constituições de 1967 e de 1946	
– Notas das alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais)	
– Índice analítico-remissivo do texto constitucional vigente.	
 PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA 	
“REGIMENTO INTERNO” (edição 1976)	
– Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 ..	15,00

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

REEMBOLSO POSTAL

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

**Rede de Bibliotecas depositárias
das publicações da
Subsecretaria de Edições Técnicas**

**Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Faculdades de Direito**