

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SERVIÇO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL JUNHO - ANO 1981 NÚMERO 70

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 18 n. 70 — abril/junho 1981

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

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

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

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Redação:

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

Capa de GAETANO RÊ

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. 18	n. 70	abr./jun. 1981
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 240,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	Pág.
COLABORAÇÃO	
Pelo governo parlamentar — <i>Paulino Jacques</i>	5
Considerações em torno dos Poderes do Estado — <i>Paulo de Figueiredo</i>	11
O decreto-lei na Constituição — <i>Ronaldo Rebello de Britto Poletti</i>	63
Aspectos da técnica jurídico-legislativa aplicáveis à interpretação do regime jurídico das leis complementares à Constituição Federal — <i>Edgard Lincoln de Proença Rosa</i>	97
Direito romano e sistema jurídico latino-americano — <i>Anna Maria Villela</i>	115
A unificação do direito internacional privado e a Convenção da CEE em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais — <i>C. G. J. Morse</i>	125
Da doutrina brasileira do direito adquirido e a projeção dos efeitos dos contratos contra a incidência da lei nova — <i>Arnoldo Wald</i>	143
A doutrina da tipificação e sua extensibilidade — <i>Márcio Antônio Inacarato</i> ...	151
O ilícito civil e o ilícito penal — <i>José de Castro Meira</i>	159
Defesa social — <i>Armida Bergamini Miotto</i>	175
As novas leis penais do Brasil — <i>Benjamin Moraes</i>	185
Repressão penal às violações do direito de autor — <i>Antonio Chaves</i>	193
Direito de autor na obra fotográfica — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	219
No centenário da Lei Saraiva — <i>Mircea Buescu</i>	235
Justiça agrária — <i>Igor Tenorio</i>	243
A licença de ocupação no direito agrário — <i>Wellington Lopes</i>	251
Brasília 20 anos depois — <i>Wilhelmus G. Hermans</i>	259
Conselho Deliberativo — <i>Silvetra Neto</i>	287
DOCUMENTAÇÃO	
Código Penal	
Anteprojeto de Lei (Parte Geral) comparado ao Código vigente	305
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	375

Pelo governo parlamentar

PAULINO JACQUES

O parlamentarismo brasileiro existiu de fato, *praeter leges constitucionales*, ao tempo do Império, uma vez que a Constituição não o havia estabelecido. Mas adotou algumas técnicas parlamentaristas, como a Chefia do Estado distinta da Chefia do Governo, a dissolução da Câmara eletiva, a responsabilidade política ministerial e a presença dos Ministros de Estado no plenário da Assembléia Geral (Câmara ou Senado). Constituiu-se, assim, o Governo parlamentar consuetudinariamente, através da observância longa, regular e constante das práticas do sistema: a Fala do Trono e a resposta a ela; a apresentação à Câmara dos Deputados do Gabinete Ministerial, para explicar a sua organização e oferecer o programa de Governo; o comparecimento dos Ministros de Estado a qualquer das Câmaras a fim de pleitearem medidas ou responderem a interpelações; a apresentação, por Deputado, de “moção de confiança” em favor do Gabinete Ministerial, ou, mesmo, de “desconfiança”, contra ele; o adiamento ou prorrogação da Assembléia Geral; e a dissolução da Câmara dos Deputados. Com isso, o sistema logrou assegurar, durante mais de meio século, grandeza cívica, política e militar à Nação brasileira.

Na República (a 4.^a), estabeleceu-se o sistema parlamentar (1961-1963), que realmente fracassou, porém, por duas razões políticas: a) produto de crise governamental (a renúncia do Presidente JÂNIO QUADROS e a ascensão do Vice-Presidente JOÃO GOULART, cujo governo unipessoal não agradou às Forças Armadas, tendo em vista as suas vinculações com o sindicalismo esquerdista); b) inconformidade do

“O Governo Parlamentar e a Crise Política Brasileira”
(pronto para o prelo) — Cap. XXXVI.

Presidente JOÃO GOULART com o novo sistema, que o impedia de governar unipessoalmente, como era de sua filosofia política (a “ditadura republicana” de AUGUSTO COMTE, realizada por JULIO DE CASTILHOS e BORGES DE MEDEIROS, no Rio Grande do Sul, e por GETÚLIO VARGAS, no resto do Brasil).

Por isso, não tardou o “referendum” demagógico de 1963, que originou a Emenda Constitucional nº 6, de 1963, restabelecendo o sistema presidencial no País, nos termos do art. 25 da Emenda Constitucional nº 4, de 1961, combinado com o art. 2º e §§ da Lei Complementar nº 2, de 1962.

Contudo, não é o sistema parlamentar que não serve para o Brasil, mas os homens que o encarnavam àquele tempo, que tinham vivo interesse em desmoralizá-lo, como, em verdade, o conseguiram, ensejando o famigerado “referendum”.

Os inimigos do sistema parlamentar costumam atacá-lo, entre outros argumentos, pelos seguintes: a) governo instável, porque fica o Gabinete Ministerial à mercê da maioria eventual da Câmara dos Deputados; b) governo sem plano administrativo definido e exequível, porque a mudança periódica do Gabinete Ministerial impede o planejamento regular e sua execução; c) responsabilidade política dos governantes, de difícil apuração, em face da queda periódica dos Gabinetes Ministeriais; d) dissolução periódica da Câmara dos Deputados, seguida de eleições para a nova Câmara, com agitação política intermitente no País e apreciáveis despesas com o processo eleitoral.

Não procedem tais argumentos.

A instabilidade dos Gabinetes Ministeriais, também chamados Conselhos de Ministros, pode ser evitada com a enumeração taxativa, em lei, dos casos que acarretam a mudança desses órgãos governamentais, conseqüente à sua queda em face da “moção de desconfiança” ou da de “censura”, cujo *quorum* há de ser elevado para 2/3 (dois terços), ou mesmo 3/4 (três quartos) da totalidade dos Deputados — o que, evidentemente, dificultará a derrubada desses Gabinetes, que se tornarão estáveis na medida em que gozarem desse apoio maciço da Câmara.

Em conseqüência, poderá o Gabinete Ministerial estabelecer o seu plano administrativo perfeitamente definido e executá-lo a longo prazo, mesmo porque a permanência do Chefe de Estado, que não se confunde com o Chefe de Governo, garante a continuidade administrativa de

acordo com o programa geral de governo, estabelecido periodicamente, nas Monarquias, através da "Fala do Trono", e nas Repúblicas, da Fala de Instalação de Legislatuara, ou no Relatório Anual do Presidente.

Quanto à responsabilidade dos governantes, é ela apurada (no sistema parlamentar) por três processos distintos e eficazes: a) a "moção de desconfiança" contra todo o Gabinete Ministerial, votada pela Câmara, com o *quorum* adequado, que o derruba imediatamente (a sanção política coletiva) sem prejuízo da "moção de censura" contra determinado membro do Gabinete Ministerial, votada de igual modo, a qual afasta, desde logo, o Ministro censurado (a sanção política individual) com possível ação criminal ou cível. Mesmo o Chefe de Estado, nas Repúblicas, pode ser responsabilizado nos casos de violação da Constituição, dos poderes políticos constitucionais, dos direitos individuais, e outros previstos na Lei Magna. Nas Monarquias tal não ocorre, porque o Rei ou Imperador não podem errar, segundo a velha máxima britânica, "the King can do no wrong".

No que diz respeito à dissolução da Câmara dos Deputados, a questão também se resolve dificultando o ato dissolutório, que, realmente, tem profunda repercussão no eleitorado, desde logo convocado para escolher nova Câmara. Antes do mais, é de lembrar que o "árbitro supremo" do desentendimento entre o Gabinete Ministerial e a Câmara dos Deputados — o que conduz, em geral, à dissolução desta — é o Chefe de Estado, que pode discordar da medida violenta, sendo-lhe facultado até convertê-la em dispensa do Gabinete Ministerial, caso em que o "o tiro sai pela culatra!" Depois, basta que a lei estabeleça a dissolução em circunstâncias muito graves, como a incompatibilidade absoluta entre a Câmara e o Gabinete Ministerial, ou a oposição sistemática daquela a este, a ponto de impedir que governe. De qualquer modo, a consulta ao povo, no regime democrático, é sempre salutar, compensando a agitação eleitoral e as despesas com o processo de escolha.

Nos capítulos próprios deste ensaio, tudo isso foi demonstrado com fatos; assim, não vemos inconvenientes para a adoção do sistema parlamentar, entre nós, como solução para a crise política que vivemos desde 1964. Todos os governos da Revolução, que salvou o Brasil do caos anárquico-sindicalista, manifestado na Argentina, ou da confusão político-ideológica, ocorrida em Portugal, sem falar nas ditaduras socialistas ou comunistas, têm proclamado o firme propósito de encaminhar o País para a restauração democrática, imperativo da nossa índole e tradição.

Toda crise, que gera uma ordem jurídica conjuntural — *pols ex facto oritur jus* —, é, por sua própria natureza, passageira; deve durar o tempo necessário para o estabelecimento da normalidade legal. Os atos institucionais ou complementares, como as Constituições referendadas pelo Congresso ou as outorgadas por grupos civis ou militares detentores do “poder revolucionário” vitorioso — fonte anômala do Poder Constituinte — têm a sua legitimidade *política*, porque exigida pelas *circunstâncias*, ainda que destoem da normalidade *jurídica*, como *jus singulare* que são. É a lição clássica de GIERKE e SCHMITT, para quem direito é *fato* reconhecido pela “convicção comum”, e apresenta duas faces, a da “legitimidade” e a da “legalidade”, que não se confundem, mas se completam no “ordenamento jurídico”. Tal o que ensina a história político-jurídica dos povos, contra a qual não nos podemos insurgir, porque ela modela o Direito — no ensinamento irrefutável de SAVIGNY e PUCHTA.

A Emenda Constitucional nº 4, de 1961, que instituiu, entre nós, o sistema parlamentar, com alguns retoques, poderia proporcionar à Revolução uma saída inteligente e honrada, no processo de redemocratização do País, almejado por todos os brasileiros, inclusive pelos militares. Há necessidade de convocação de uma “assembléa constituinte”, apesar de demorada e dispendiosa, não bastando uma “Emenda Constitucional” à Constituição Federal de 1946, com os aditamentos das inovações adequadas contidas nas Cartas de 1967 e 1969, que lhe seriam incorporadas, conforme sustentam alguns políticos.

Com isso, teríamos um Executivo dual, porém, *forte*; um Legislativo, realmente, *soberano*; e um Judiciário, *atuante*. O Gabinete Ministerial, ou Conselho de Ministros, exerceria o alto comando político, sob a supervisão do Chefe de Estado, ou Presidente da República; o Congresso Nacional elegeria periodicamente esses supremos agentes do poder político e estabeleceria as normas jurídicas com o que realmente governaria; e os Tribunais Judiciários, delegações indiretas da soberania, distribuiriam justiça em toda a plenitude.

Como somos uma Federação, embora heterodoxa, o sistema parlamentar estender-se-ia aos Estados e aos Municípios, sem qualquer contra-indicação, qual passamos a demonstrar.

As Assembléas Legislativas estaduais, eleitas por voto popular, direto e secreto, escolheriam o Governador, com mandato por tempo determinado, e essa autoridade nomearia o Chefe do Secretariado — 1º Ministro do Estado-Membro — dentro do Partido majoritário, que go-

vernaria a Unidade Federada, com os demais Secretários, da sua confiança, tanto quanto da confiança da Assembléia. Ter-se-ia, assim, um Executivo dual: Governador, com mandato por tempo determinado; e Chefe do Secretariado, com seus auxiliares, os Secretários de Estado, com mandato por tempo indeterminado, porque dependendo da confiança da Assembléia — qual ocorre no âmbito federal ou nacional.

Estrutura semelhante seria imposta aos Municípios, dentro de cada Estado-Membro. O povo, por voto direto e secreto, elegeria a Câmara de Vereadores, em cada Municipalidade, e esses representantes escolheriam o Prefeito, com mandato por tempo determinado. Essa autoridade executiva, de acordo com a sistemática do regime, nomearia o Chefe de Governo Municipal, de sua confiança e também da confiança da Câmara, o qual sairia da maioria partidária. Assim, ter-se-ia um Executivo Municipal, também dual — Prefeito, Chefe de Estado municipal; e 1º-Diretor — o 1º-Ministro Municipal — com o seu Diretório, da sua confiança e também da confiança do Partido majoritário na Câmara dos Vereadores.

Com isso, instituir-se-ia uma verdadeira democracia representativa, pela qual tanto clama o povo brasileiro — mas pressuporia, pelo menos, dois Partidos de âmbito nacional, bem organizados e fortes, a fim de que pudessem governar nos três campos — federal, estadual e municipal.

Não se diga que se trata de utopia, porque os Estados federais parlamentares — como a Alemanha, a Áustria e o Canadá, entre outros — apresentam estrutura semelhante, cujo funcionamento não deixa nada a desejar.

A verdade é que o Brasil, com longa experiência parlamentarista no Império e com breve e promissor ensaio na República, já está maduro politicamente para adotar um sistema de convivência próprio, como o parlamentar tridimensional na União, nos Estados-Membros e nos Municípios. Como observa FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, o sistema da Emenda Constitucional nº 4/1961 “fracassou pela forma com que foi implantado, ele surgiu como se fosse “dos males o menor” (in *Política e Liberdade*, Rio, 1975, pág. 44, *in medio*).

Seria essa a etapa final da Revolução de 1964, que, como desejam os seus representantes, entregaria o País, realmente, ao governo de si mesmo, sob uma ampla e profunda democracia representativa, ensejaria as reformas econômico-sociais, reclamadas pela Nação, a fim de que

fossem assegurados, pelos meios regulares de direito, aos brasileiros, os “direitos naturais” de alimento, habitação, vestuário, saúde, educação e recreio — a que todos fazem jus por serem filhos de DEUS!

É óbvio que o Estado garantiria um *mínimo universal*, que estimularia a conquista, pelos processos de direito, do *médio comum* e do *máximo singular* — segundo os esforços e os méritos de cada qual, em obediência à “lei natural” da hierarquia dos valores humanos.

Então, seria possível desunitarizar a nossa Federação (veja o Capítulo XXVIII deste ensaio), desparlamentarizar o nosso presidencialismo (veja o Capítulo XXIX) e desindividualizar a nossa democracia social (veja o Capítulo XXX) — para que o Brasil pudesse realizar os seus altos destinos nos campos político, econômico e social, com o bem-estar e a felicidade de todos os brasileiros.

Por fim, vale assinalar que as invasões de milhares de nordestinos famintos e sedentos, contra feiras-livres, mercados públicos e armazéns particulares de várias cidades do Nordeste, em busca de alimento e água, ocorridas em fevereiro de 1981, bem revelam a gravidade da situação econômico-social dessas populações flageladas pela geoeconomia brasileira entregue à sua própria sorte.

É evidente que os extremistas da esquerda e da direita procuram tirar partido dessa situação, insuflando e mesmo orientando essas massas desesperadas no sentido de uma insurreição operário-camponesa, tal como aconteceu outrora na Rússia czarista, mais tarde, em outros Estados socialistas.

É preciso que os governos se conscientizem disso porque a simples repressão policial ou judiciária não enche a barriga nem mata a fome de ninguém. O que se impõe, como já observamos, é a solução definitiva, pelos meios técnico-científicos, dos problemas flagelantes das secas e das inundações, bem assim dos seus consectários, como a falta de terras para os indigentes, a ausência de sementes e instrumentos de trabalhos adequados, com a orientação profissional, além de ampla assistência médica e hospitalar a essa gente sofredora que é também brasileira e filha de DEUS!

É óbvio que, para evitar a transformação dessas pequenas insurreições locais em verdadeiros movimentos revolucionários, só o governo parlamentar seria capaz de, pelos meios regulares de direito, dar soluções adequadas, instituindo uma democracia social ampla e profunda, como vimos defendendo há meio século.

Considerações em torno dos Poderes do Estado

PAULO DE FIGUEIREDO

Consultor-Geral do Senado Federal

SUMARIO

I — **Preliminares:** Prerrogativas do Congresso, um tema momentoso — Quando se discute sem conhecimento de causa — Nem tudo que é bom para outros países é bom para o Brasil. II — **Os Poderes do Estado na Constituição:** A competência do Congresso confunde-se com a competência da União — O Congresso e suas atribuições exclusivas — As atividades do Executivo — O que pode o Judiciário — Os três "Poderes" nem são Poderes, nem são independentes — Só existe um Poder. III — **Ao Legislativo incumbem amplas e relevantes funções:** O Congresso não está peado em seus movimentos — Pela lei, o Congresso pode construir o modelo político, social e econômico do País — O Legislativo não está sozinho e necessita da colaboração dos outros Poderes — Falta ao Congresso um assessoramento superior — A dignidade de uma instituição está ligada à dignidade das pessoas que a representam — A representatividade dos parlamentares — O Congresso tem feito grandes coisas — Para enfrentar os problemas nacionais o Executivo, o Legislativo e o Judiciário têm que se dar as mãos. IV — **Democracia, um bem a resguardar:** O Legislativo é o poder popular mais autêntico — A democracia só é se for integral — Os fins do Estado moderno — Posição dos três "Poderes" — O Legislativo, o Executivo e o Judiciário têm poderes, mas não são Poderes — O homem é a meta final. V — **Fortalecimento do Executivo, tendência universal:** Todo poder tem um chefe. O chefe do Estado é o Presidente da República — O Executivo nas Grandes Potências democráticas e no Terceiro Mundo — A situação no Brasil — Não há submissão de um Poder a outro — Papel preponderante e singular do Senado Federal. VI — **O Parlamento continua em lugar de relevo:** O fortalecimento do Executivo não implica submissão do Legislativo — O importante papel do Parlamento no mundo atual — O Parlamento é a tribuna do povo — Sem Congresso não há democracia — O que o Congresso tem feito e o que pode fazer — A pre-

sença do Executivo no campo legislativo é tão necessária quanto a do Legislativo no campo executivo — O técnico e o político — Como aproximar os Poderes. VII — **Legislativo, Executivo e Judiciário são meros órgãos do Estado:** Só o Estado tem o poder, que exerce através dos três Órgãos maiores — As áreas de cada Poder não constituem compartimentos estanques — O imperativo da realidade — A Constituição vigente facilitou o enlace dos Poderes. VIII — **O Poder Legislativo no Brasil atual:** Posição do Legislativo — Não falta trabalho ao Congresso — O poder de fiscalização — Onde se faz necessária a presença do Executivo — Estado forte não quer dizer Legislativo fraco — As prerrogativas do Congresso — O negócio é trabalhar — As razões de um Executivo mais atuante — O liberalismo morreu — Separar os Poderes do Estado é negar o Estado. IX — **Como entender o problema:** A teoria da separação dos Poderes está caduca — Visão moderna do problema — A democracia e os partidos — O Legislativo e as aspirações do povo — O Presidente da República também representa o povo — Os três Poderes são iguais perante o Estado. X — **A realidade do Estado moderno:** O Governo é uno, mas se faz através de órgãos diferenciados — Há uma filosofia política a seguir, porém todas as Ideologias devem ser consideradas — Só o Estado tem o Poder, pelo qual “constrói” a Nação.

I — Preliminares

A questão das prerrogativas, tema da predileção de alguns parlamentares, é coisa que se entrelaça intimamente com o problema da divisão dos Poderes e merece, sem dúvida, a atenção de quantos se interessam pelos temas políticos.

Muito se fala a respeito, e muitos dão a impressão de que falam de oitiva, não parecendo conhecer a matéria, pois, pelo que apregoam, ficam, aqueles que não conhecem a organização político-constitucional do Brasil, pensando que o Poder Legislativo, aqui, está completamente marginalizado, situando-se como um apêndice inútil no corpo do Estado.

Por outro lado, muitos dos que ainda não se libertaram do vício de, costas para o Brasil, só se preocuparem com coisas de Além-Mar ou dos Estados Unidos, insistem em, pedantemente, discorrer sobre exemplos europeus e norte-americanos, esquecidos de que os povos devem organizar-se politicamente de modo adequado às realidades nacionais, e, ainda, de que nem tudo que é bom para os países estrangeiros é bom, também, para o Brasil.

Além disso — o que é, na espécie, muito importante — cabe observar que alguns dos nossos ensaístas e dos nossos parlamentares, ao debaterem o problema, mostram-se bastante desatualizados, eis que se apegam a teorias e a idéias completamente caducas, pelo que aparecem, no cenário político, como verdadeiras figuras de além-túmulo...

Tentaremos, neste trabalho, uma abordagem objetiva, moderna e brasileira do assunto, buscando, sem demagogia, sem prejuízos e sem compromissos — a não ser com a Pátria —, fixar as linhas mestras pelas quais nos devemos nortear no exame desse problema, do relacionamento entre os Poderes do Estado.

II — Os Poderes do Estado na Constituição vigente

Estabelece a Constituição (1), no art. 6º, que são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo vedado a qualquer deles delegar atribuições, salvo as exceções nela previstas.

No art. 8º define, de maneira pormenorizada, a competência da União, assim:

I — manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais;

II — declarar guerra e fazer a paz;

III — decretar o estado de sítio;

IV — organizar as forças armadas;

V — planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais;

VI — permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

VII — autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

VIII — organizar e manter a política federal com a finalidade de:

a) executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

b) prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins;

c) apurar infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; e

d) prover a censura de diversões públicas;

IX — emitir moeda;

X — fiscalizar as operações de crédito, capitalização e seguros;

XI — estabelecer o plano nacional de viação;

XII — manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional;

XIII — organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações;

XIV — estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento;

XV — explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

a) os serviços de telecomunicações;

b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;

(1) Constituição da República Federativa do Brasil — Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — maio, 1980 — Brasília.

- c) a navegação aérea; e
- d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território;

XVI — conceder anistia; e

XVII — legislar sobre:

- a) cumprimento da Constituição e execução dos serviços federais;
- b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
- c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais; de direito financeiro, de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;
- d) produção e consumo;
- e) registros públicos, juntas comerciais e tabelionatos;
- f) desapropriação;
- g) requisições civis e militares em tempo de guerra;
- h) jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca;
- i) águas, telecomunicações, serviço postal e energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra);
- j) sistema monetário e de medidas; título e garantia dos metais;
- l) política de crédito; câmbio, comércio exterior e interestadual; transferência de valores para fora do País;
- m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;
- n) tráfego e trânsito nas vias terrestres;
- o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;
- p) emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- q) diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos;
- r) condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas;
- s) símbolos nacionais;
- t) organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Territórios;
- u) sistema estatístico e sistema cartográfico nacionais; e

- v) organização, efetivos, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização.

No art. 43, determina que “cabe ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União”, pelo que fica ele habilitado para legislar a respeito de todos os assuntos enumerados nos diversos itens e alíneas do art. 8º, acima transcrito.

Mas, não é só. No mesmo art. 43, além de prescrever que o Congresso Nacional pode dispor sobre todas as matérias de competência da União, declara incumbir-lhe, também, de **maneira especial**, dispor sobre:

- I — tributos, arrecadação e distribuição de rendas;
- II — orçamento anual e plurianual; abertura e operação de crédito; dívida pública; emissões de curso forçado;
- III — fixação dos efetivos das forças armadas para o tempo de paz;
- IV — planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento;
- V — criação de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos, ressalvado o disposto no item III do art. 55;
- VI — limites do território nacional; espaço aéreo e marítimo; bens do domínio da União;
- VII — transferência temporária da sede do Governo Federal;
- VIII — concessão de anistia;
- IX — organização administrativa e judiciária dos Territórios;
- X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178.

Vai mais além, ainda, a competência do Congresso, que, já agora com o caráter de **exclusiva**, consiste (art. 44) em:

- I — resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República;
- II — autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz; a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, nos casos previstos em lei complementar;
- III — autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País;
- IV — aprovar ou suspender a intervenção federal ou o estado de sítio;
- V — aprovar a incorporação ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;

VI — mudar temporariamente a sua sede;

VII — fixar, para viger na legislatura seguinte, a ajuda de custo dos membros do Congresso Nacional, assim como os subsídios destes, os do Presidente e os do Vice-Presidente da República;

VIII — julgar as contas do Presidente da República; e

IX — deliberar sobre o adiamento e a suspensão de suas sessões.

Não termina aí, porém, a competência do Congresso Nacional, seja agindo como Congresso mesmo, seja através de cada uma de suas Casas.

Assim, podem a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criar (art. 37) comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros, bem como (art. 38) convocar os Ministros de Estado para prestarem, pessoalmente, informações acerca de assunto previamente determinado, importando a falta de comparecimento sem justificação, do Ministro convocado, em crime de responsabilidade.

Pode a Câmara dos Deputados (art. 40), aliás com privacidade, declarar, por dois terços dos seus membros, a procedência de acusação contra o Presidente da República e os Ministros de Estado, como, outrossim, proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, e, mais, propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos.

A seu turno, a outra Câmara Legislativa, o Senado Federal, tem vastas e importantes atribuições, pois lhe compete, privativamente (art. 42):

I — julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II — processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade;

III — aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos determinados pela Constituição, dos Ministros do Tribunal de Contas da União, do Governador do Distrito Federal, bem como dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Chefes de missão diplomática de caráter permanente;

IV — autorizar empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo Federal;

V — legislar para o Distrito Federal, segundo o disposto no § 1º do art. 17, e nele exercer a fiscalização financeira e orçamentária, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas;

VI — fixar, por proposta do Presidente da República e mediante resolução, limites globais para o montante da dívida consolidada dos Es-

tados e dos Municípios; estabelecer e alterar os limites de prazo, mínimo e máximo, taxas de juros e demais condições das obrigações por eles emitidas; e proibir ou limitar temporariamente a emissão e o lançamento de quaisquer obrigações dessas entidades;

VII — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

VIII — expedir resoluções; e

IX — propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos.

Ao Senado Federal incumbe, igualmente (art. 23, § 5º), mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixar as alíquotas máximas para as operações internas, as Interestaduais e as de exportação, bem como o limite para a alíquota dos impostos de transmissão, a qualquer título, de bens imóveis, exceto os de garantia, assim como sobre a cessão de direitos à sua aquisição, também por proposta do Presidente da República (art. 23, item I, e § 2º).

A iniciativa das leis cabe (art. 56) a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e aos Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional. Aqui já se verifica que a formulação de leis não é privilégio do Congresso, dela participando o Executivo, pelo Presidente, e o Judiciário, pelos Tribunais de âmbito nacional.

Em outros dispositivos a Constituição alargará a competência legislativa do Poder Executivo.

Assim, no art. 51 estabelece que o Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; no art. 52 faculta ao Presidente da República elaborar leis delegadas; no art. 55 prescreve que o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I — segurança nacional; II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos; no art. 57 declara ser da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I — disponham sobre matéria financeira;

II — criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III — fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

IV — disponham sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da adminis-

tração do Distrito Federal, bem como sobre organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios;

V — disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; e

VI — concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

No art. 65 determina que é da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública; no art. 81, itens II, IV, X, XI, XII, XIII, XIX, XX e XXI, estabelece a competência privativa do Presidente da República para: iniciar, na forma e nos casos nela previstos, o processo legislativo; vetar projetos de lei; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, **ad referendum** do Congresso Nacional; declarar guerra, depois de autorizado pelo Congresso Nacional, ou, sem prévia autorização, no caso de agressão estrangeira ocorrida no intervalo das sessões legislativas; fazer a paz, com autorização ou **ad referendum** do Congresso Nacional; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam, temporariamente; enviar proposta de orçamento ao Congresso Nacional; prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao ano anterior; remeter mensagem ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias.

No art. 82, II, caracteriza como crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados.

No art. 98 dispõe que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes.

No art. 109 estatui que lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, respeitado o disposto no art. 97 e seu § 1º e no § 2º do art. 106, definirá: I — o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios; II — a forma e as condições de provimentos dos cargos públicos; e III — as condições para aquisição de estabilidade.

No que tange ao Poder Judiciário, naquilo que interessa ao nosso estudo, cumpre destacar os seguintes artigos da Constituição: 118, parágrafo único, onde se prescreve que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal; 115, II, que dá aos Tribunais com-

petência para organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, na forma da lei, e propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e fixação dos respectivos vencimentos; (115, IV) conceder licença e férias, nos termos da lei, a seus membros e aos juízes e serventúrios que lhes forem imediatamente subordinados; o art. 42, II, que defere ao Senado Federal o poder de processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal; o art. 119, que dá ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente: nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República, e, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado; os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União; os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal; a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; o art. 128, que sujeita à prévia aprovação do Senado Federal a escolha e nomeação dos Ministros do Superior Tribunal Militar; o art. 141, a, que submete à aprovação do Senado a escolha dos Ministros do Superior Tribunal do Trabalho; o art. 42, parágrafo único, em que determina que o Presidente do Supremo Tribunal Federal funcionará como Presidente do Senado Federal nos casos em que incumba ao Senado Federal julgar o Presidente da República e os Ministros de Estado e processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República.

Confrontando-se os citados dispositivos constitucionais, verificamos, de pronto, que, no atual regime político brasileiro, os chamados três Poderes do Estado estão intimamente enlaçados. Constantemente, de modo mais intenso ou mais brando, mais ou menos extenso, um aparece interferindo em área de outro. É que, no Estado moderno, cujo objetivo é o bem comum, isso acontece normalmente, pois o Estado constitui uma organização homogênea, inteiriça, indivisa, com os seus órgãos atuando em bloco e de maneira articulada, dentro de uma motivação única, consoante métodos comuns e visando a fins previamente delimitados.

Não se fale, na hipótese, em "invasão" de Poderes, como se um deles estivesse "ameaçado" por algum inimigo. Trata-se, ao contrário, de uma consentida conjugação de esforços em prol de um objetivo comum.

Ademais, cumpre advertir e acentuar: o que esses "Poderes" têm não é **independência**, e, sim, **autonomia**. Os chamados "Poderes" Legislativo, Executivo e Judiciário não são, na realidade, **Poderes**; são meros **órgãos** de um Poder. Do poder do Estado. O Poder Nacional.

Há, certamente, fiscalização, controle, de um sobre o outro. Mas isso se faz, não em termos de competição, porém de cooperação. Quando o Executivo veta um projeto de lei, está, apenas, em seu entender, pro-

curando evitar o que, para ele, seria um erro do Legislativo. Inversamente, o Legislativo, ao negar aval a uma proposta do Executivo, ao convocar um Ministro ou ao criar uma comissão de inquérito, o faz no pressuposto de que está apontando ao Executivo algo de falho em sua administração. O mesmo se pode dizer quando o Judiciário interfere em área de um ou outro daqueles "Poderes", ou tem sua área "invadida" por um deles.

O que existe, portanto, na democracia atual — que não é somente política, mas também social e econômica, uma democracia total — é um Estado que se movimenta através de órgãos específicos, mas estes se orientando, todos, no sentido da realização nacional do povo cuja vida esse Estado ordena e dirige.

Dáí não se cingir o "controle" dos "Poderes" uns sobre os outros, às tarefas financeiras, tanto que o Legislativo alcança, em sua missão policiadora, todos os setores de atividade: o social, o econômico, o político, o administrativo.

Tratados, empréstimos externos, a criação de tributos, concessão de terras, escolha de governadores, de embaixadores e de juizes, tomada de contas, processo e julgamento do Presidente da República e outras altas autoridades, concessão de anistia, planos de governo, lei de diretrizes e bases da educação etc., de tudo isso pode o Legislativo cuidar, num trabalho estafante e relevante, que se entrelaça com o realizado pelo Executivo.

De fato, no que diz respeito às relações do Executivo e do Legislativo, o "controle" é bilateral. Tudo se integra num movimento comum, mas executado por aparelhos diferenciados, cada qual adequado ao seu mister específico. E tem que ser assim, porque o Estado, sendo uno, exige unidade de governo e harmonia entre os órgãos mediante os quais exercita suas funções.

III — Ao Legislativo cabem amplas e relevantes funções

Procedem de má fé, ou por desconhecimento da Constituição, aqueles que afirmam estar o Legislativo brasileiro imobilizado. Porque, ao contrário do que se tem dito e escrito, são muitas, amplas, profundas e relevantes as funções que a Carta Magna assina ao Congresso.

Como vimos, a ele cabe legislar em toda matéria da competência da União. Ora, tudo que se faz, na União, é feito em função de uma lei. Logo, o Legislativo pode, em verdade, estar sempre **presente** em todas as tarefas que a União realize. Se é pela lei, e com a lei, que tudo se organiza, e se o Legislativo tem competência para legislar em todo assunto que interesse à União, que maior poder de "controle" se poderia dar-lhe? Que mais alta missão? Que liberdade maior? Que mais importantes prerrogativas? ROSAH RUSSOMANO (2) viu bem a situação:

"Notaremos, aí, a influência do Legislativo estendendo-se à formação intelectual e moral de nosso povo, pois que lhe cabe

(2) Rosah Russomano de Mendonça Lima — O Poder Legislativo na República — Livraria Freitas Bastos — Rio, Belo Horizonte — 1960.

lançar as diretrizes e bases da educação nacional. Notaremos sua decisiva atuação nos setores econômicos, pois que lhe compete legislar sobre produção e consumo, sobre o tráfego interestadual, sobre o comércio exterior e interestadual, sobre as riquezas do subsolo. Sentiremos sua decisiva atuação na unificação do Direito, de vez que, no Legislativo central, se concentra a competência para legislar sobre direito substantivo e sobre direito processual. Verificaremos sua importância, ainda, frente à situação dos estrangeiros, pois que aquela competência abrange a naturalização, entrada, extradição e expulsão dos alienígenas e, ainda, as normas pertinentes à emigração e à imigração.”

Esses comentários da ilustre professora da Faculdade de Direito de Pelotas, se bem que anteriores à Carta de 67 (com a Emenda nº 1, de 1969) aplicam-se, contudo, *mutatis mutandis*, ao Legislativo atual, consoante se depreende dos dispositivos acima transcritos da Constituição vigente.

Realmente, o Legislativo, com a estrutura e as atribuições que a Constituição lhe deu, podendo, como vimos, legislar sobre tudo que for da competência da União, tem, por isso, condições de interferir, direta ou indiretamente, na formação da ordem social, política e econômica do País. Porque, pela **lei**, fixa as bases da organização nacional. Sua função nobre está nisso. E isso é o essencial, pois o qualifica como o “Poder” (órgão) político por excelência. Com a palavra, de novo, a douta ROSAH RUSSOMANO ⁽³⁾ que discorre magnificamente sobre o tema:

“Observando o desdobramento das múltiplas e complexas tarefas do Poder Legislativo, vemo-lo, ainda, influenciando variados setores da vida coletiva.

No atinente à **Ordem Econômica**, sabemos que, **por lei**, é que a União poderá intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. **Por lei**, é que será promovida a justa distribuição da propriedade, com iguais oportunidades para todos. **Por lei**, é que será reprimida toda e qualquer forma de abuso do poder econômico. **Por lei**, é que se emitirão disposições sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Do mesmo modo, o Legislativo estende sua influência sobre a **Ordem Social**, pois que emitirá as normas básicas de toda a legislação do trabalho e da previdência social, seguindo não só os preceitos do texto constitucional, como todos os que visem à melhoria da condição do trabalhador.

Ainda **por lei** será regulado o exercício de greve.

Na defesa do País, avulta a função específica do Poder Legislativo. **A lei** é que estabelece a organização, competência e

(3) Rosah Russomano de Mendonça Lima — obra citada.

funcionamento do Conselho de Segurança Nacional, assim como especifica as zonas indispensáveis à defesa nacional, fixando sua utilização. O serviço militar e outros encargos, impostos aos brasileiros, como necessários à defesa da Pátria, são também prestados nos termos e sob as penas da lei.

Os brasileiros, para que possam ocupar este ou aquele cargo público, devem observar os requisitos estatuídos **em lei**. Exige-se concurso, para a primeira investidura em cargo de carreira. Este também será exigido noutros, desde que **a lei o determine**. A garantia constitucional da estabilidade não se aplica aos cargos de livre nomeação e demissão. No entanto, quem os conceitua e define é **a própria lei**.

Os limites da aposentadoria compulsória podem ser reduzidos por **força de lei**, atenta a natureza especial do serviço, assim como a exigência dos trinta anos de serviço, para percepção de vencimentos integrais pelo aposentado, em face da natureza do serviço, poderá ser reduzida por **lei**.

A **lei** é que organiza o Conselho Nacional de Economia, instituído pelo Texto Supremo.

E, finalmente, o Poder Legislativo, estendendo sua atuação à vida política do País, é o órgão competente para, normalmente, decretar o estado de sítio. Mais uma vez, pois, a **lei** é indispensável para a consecução de relevante objetivo, ou seja, no caso, a legitimidade da medida de exame.

Esta enumeração, meramente exemplificativa, efetuada em face da realidade brasileira, demonstra, por si mesma, a importância da função legislativa na órbita social e, ao mesmo tempo, desvenda a certeza incontornável de que a elaboração da lei se exige como um dos mais difíceis e complexos problemas estatais."

Dessarte, quando tanto se fala em reconquista, pelo Legislativo, de perdas prerrogativas, seria o caso de se indagar: que mais dignificantes prerrogativas pode ele pretender que essas, que já possui, de ajudar, pela lei, na construção do edifício da nacionalidade?

Devemos, todavia, ser realistas. Se é tão relevante o papel do Legislativo, no ordenamento do Estado, reconheça-se que é um papel a ser exercido no plano ideal, teórico, da crítica, dos debates, da doutrinação, da feitura das leis. Sua parte, no trabalho estatal, pára aí. A execução de suas proposições já são da alçada de outro órgão: o Executivo.

Por outro lado, é necessário reconhecer que falta ao Legislativo um assessoramento superior condizente com as suas missões e as suas responsabilidades. Daí a necessidade da cooperação do Executivo e do Judiciário, mesmo para a tarefa de elaboração legislativa. É que todos

têm sempre alguma contribuição a dar, na feitura de uma lei. Pois a lei não é uma criação arbitrária, não é um ente abstrato. A lei é a resposta a uma necessidade. Tem um conteúdo real, nacional, mas sobretudo humano, porque é feita para disciplinar o relacionamento dos homens em sociedade.

Ao Executivo incumbe, portanto, fornecer ao Legislativo os elementos necessários ao estudo dos problemas nacionais e, portanto, à feitura das leis que deverão regular as atividades dos indivíduos, dos grupos e das coletividades brasileiras.

Assim, as informações, os dados, as técnicas, é o Executivo quem deve dar. O Legislativo age mais politicamente. E, também, mais nacionalmente. Porque no Parlamento estão representantes de todos os partidos e de todas as partes, logo, conhecedores das diversas realidades regionais, que, somadas e integradas, formam a realidade nacional. E a lei, norma geral, é sempre nacional. É aí, no dar ao Legislativo os elementos indispensáveis ao estudo e debate das questões, que o Executivo coopera com o Legislativo. Quanto ao Executivo, afirma-se na execução dos programas definidos em lei. Planos anuais, plurianuais, orçamento, tratados, tudo isso vira lei, tudo isso é discutido e votado no Congresso.

Não há, pois, que falar em "controle", pelo menos no sentido de submissão de um "Poder" pelo outro.

Ninguém pode presumir o Legislativo fazendo uma lei de má fé, nem que o Executivo pratique atos administrativos errados de propósito. Erros e falhas existem, até atos ilícitos, alguns, mesmo, criminosos, no mundo executivo, no mundo legislativo e no mundo judiciário, mas isso se deve à fraqueza dos homens e não à natureza das instituições, e existem as leis para prevenir, corrigir e punir essas coisas. E as leis, elaboradas pelo Legislativo, são postas em prática pelo Executivo. Cada Poder tem suas prerrogativas, cabendo a cada um exercê-las com dignidade e competência.

O Legislativo, dentro de suas funções constitucionais, tem muito o que fazer. Inclusive, através das Comissões de Inquérito. Essas comissões, integradas por representantes de diversos partidos, têm, na realidade, uma função "executiva". Mas não são "contra" o Executivo. Valem, ao contrário, como instrumentos legislativos de colaboração com o Executivo no exame de tarefas específicas deste "Poder". Através delas, o Legislativo procura indicar ao Executivo falhas, erros, omissões ou abusos de pessoas ou órgãos que não cumpriram com suas obrigações.

O mesmo se pode dizer do veto. Não é ato do Executivo "contra" o Legislativo, mas o chamamento do Legislativo ao reexame de uma proposição em que o Executivo, por seus órgãos técnicos, descobriu falhas que teriam passado despercebidas ao legislador.

O Legislativo e o Executivo, em verdade, não são mais que órgãos de um mesmo Poder. Agem, por isso, solidariamente, e não competitivamente.

De passagem, e ladeando um pouco o tema central de nosso estudo, lembraremos que a dignidade de uma instituição está intimamente ligada à dignidade das pessoas que a representam. Confunde-se o representante de um Poder com o próprio Poder. As pessoas com as instituições. Assim, quando o padre erra, ataca-se a Igreja; um erro de um militar pode atingir as Forças Armadas; a má fama de um aluno pode prejudicar uma escola; o parlamentar que prevarica atinge o Parlamento.

Em relação a erros de pessoas do Executivo, as soluções são mais prontas e práticas; há o **impeachment** para o Presidente da República, a demissão para os Ministros, que são de sua confiança, a substituição de embaixadores etc. Por outro lado, sendo um só o Presidente, sobre ele estão voltados os olhos de toda a nação. Ele está sujeito a uma fiscalização permanente.

No que tange ao Parlamento, as coisas mudam um pouco. São muitos, sobem a centenas, os parlamentares. Sua conduta quase se torna impessoal. Daí por que os erros, os vícios e as falhas de alguns podem mais facilmente comprometer perante a opinião pública a própria instituição.

No Congresso há gente de toda parte e de diversas categorias. O mandato parlamentar tem tempo certo, e sua cassação, mesmo quando necessária, nunca se faz pelo próprio Congresso, o que é um mal.

Críticas infundadas, insinuações malévolas, atitudes impatrióticas, articulações comprometedoras com grupos econômicos, omissões no cumprimento de seus deveres, projetos casuísticos, acontecem dessas coisas no Congresso, como, no Executivo, sucedem coisas que deveriam levar muita gente para a cadeia.

São, porém, coisas decorrentes de falhas humanas, pelo que, no trabalho de fiscalização recíproca, deveriam o Executivo e o Legislativo dispor de meios mais objetivos para livrar os Poderes do Estado desses elementos comprometedores.

A verdade é que não se pode admitir um parlamentar exortando o povo a boicotar os desfiles militares comemorativos do Dia da Independência; nem incitando as moças a não dançarem com estudantes das escolas militares; nem, em praça pública, no próprio palanque presidencial, pregando o fechamento do Congresso; nem atacando a pessoa do Chefe do Estado com palavras de baixo calão; nem se atracando em luta corporal com seus colegas; nem assassinando colegas em plenário; nem usando o mandato para favorecer transações ilícitas com empresários ou grupos econômicos etc. Nem tampouco se pode aceitar um Presidente que faça da Constituição um **desprezível** pedaço de papel; que diga que não pode governar por causa do Congresso; que se comprometa com empresas multinacionais; que se desvie, no exercício do seu mandato, das diretrizes ideológicas do partido que o elegeu; que pretenda impor seus pontos de vista pessoais em detrimento da opinião nacional; que se submeta a pressões de países estrangeiros etc.

No que toca ao Legislativo — Poder desarmado, e, por isso, o mais visado — há que se destacar e enaltecer o lado positivo de sua atuação. O Congresso Nacional tem a seu favor — embora, por falta de divulgação, muitos ignorem isso — iniciativas das mais sérias e mais importantes para o País. Assim, nele foram oferecidos e debatidos numerosos projetos sobre a reforma agrária, objeto de dois volumosos tomos; os problemas da Amazônia têm sido nele discutidos sob todos os aspectos; a questão da energia nuclear foi objeto de sérios estudos de uma comissão especial; o Projeto Jari foi revelado ao povo em seus mínimos pormenores; a reforma do Judiciário foi amplamente criticada; a venda de terras a estrangeiros e o trabalho suspeito de certas “missões evangélicas” no Brasil foram objeto de veementes denúncias; o problema do álcool combustível foi debatido em extensão e profundidade por diversos parlamentares, com apresentação de soluções objetivas e nacionais; o problema do endividamento dos Municípios, com o excesso de empréstimos, foi severamente apreciado; tratados diversos com países estrangeiros foram minuciosamente examinados; foram publicadas coleções de livros do mais alto interesse para a compreensão dos problemas políticos nacionais; figuras de projeção no mundo da ciência, da economia e do direito, frequentemente são convidadas para fazer conferências nas Casas do Congresso.

Esse trabalho legislativo, desconhecido do grande público, tem sido um trabalho edificante. E demonstra que o Parlamento brasileiro tem se portado à altura de suas responsabilidades. É como diz JOÃO OLIVEIRA FILHO (4):

“A dignidade do Poder Legislativo, entretanto, depende de seus membros. Devem prover, a tempo, o que falta nas leis para a Nação, fazer crítica construtiva, elaborar estudos econômicos, políticos, sociais, necessários para que todos fiquem conhecendo o que está faltando para o País, propor as medidas legislativas que são necessárias em todos os ramos do nosso Direito. Pouco importa que as propostas sejam adotadas de imediato ou não. O que é essencial é que o Congresso fique o **Forum** de todas as necessidades da Nação para seu desenvolvimento econômico e para seu desenvolvimento político.”

Na espécie, e recordando as grandes questões nacionais do momento — Amazônia, PROÁLCOOL, Reforma Agrária, Energia Nuclear etc. — tão intensamente discutidas no País, fique o registro de que o Congresso soube cumprir o seu papel, inclusive indicando caminhos a seguir e soluções a adotar.

Como se vê, nem só de festas vivem os parlamentares brasileiros...

De frisar-se é, também, que, falecendo ao Congresso, em princípio, competência para a iniciativa de projetos versando matéria financeira, e como grandes projetos, sobre grandes problemas, fatalmente importariam em criação de recursos para realizá-los, nem por isso deixou o

(4) João de Oliveira Filho — **Legislativo: Poder Autêntico** — Companhia Editora Forense — Rio, 1974.

Congresso de equacionar e debater essas questões, proporcionando ao Executivo elementos suficientes para uma consciente tomada de posição frente aos problemas abordados: "O Poder Legislativo" — escreve ainda JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (5) — "é o criador das leis. Sua função é verificar o que falta na sociedade para ser regulado. A sociedade humana evolui de momento a momento. Não só as relações jurídicas entre os membros da sociedade precisam ser reguladas, como também é necessário que a lei dê ao Poder Executivo as autorizações necessárias para atender aos reclamos dos governadores. Cada membro do Poder Legislativo é um pesquisador da ordem social e o criador da norma legal para atender às distorções da ordem social".

Mesmo impedido de iniciativas de proposições que impliquem matéria financeira, o Legislativo pode apresentar projetos sobre quaisquer questões, mesmo que redundem em ônus para o Tesouro, dando-lhes o caráter de medidas meramente autorizativas, ficando o Executivo, que tem recursos e competência para utilizá-los, com a responsabilidade de, valendo-se da autorização, tornar efetivas as soluções oferecidas. Ou, então, o Legislativo usa o recurso constitucional da delegação de poderes.

Feitas essas observações, forçoso é convir em que, se prerrogativas devem ser reivindicadas pelos parlamentares, devem ser as que lhes possibilitem dispor de condições efetivas para concretizar projetos que levem o Brasil a resolver seus problemas de base e afirmar-se como Estado soberano.

O Legislativo e o Executivo, principalmente, não de, no caso, cada qual em seu setor, mas de mãos dadas, realizar o máximo em favor do País. É preciso que eles formem uma frente única em prol dos reais interesses da Pátria. Porque a verdade é que, seja no setor executivo, seja no legislativo — como também no judiciário — há sempre algo a ser evitado, controlado, corrigido ou combatido, o que só pode ser alcançado se os "Poderes" agirem solidariamente, com igual eficiência e obedecendo à mesma inspiração, em busca de um mesmo fim. Comenta SÁ FILHO (6):

"A influência malfazeja dos interesses privados, a serviço de organizações poderosas, se faz sentir nos tribunais, de tendência conservadora; nos parlamentos, irrequietos e heterogêneos; nos órgãos administrativos, de todos os níveis."

E acrescenta (7):

"Os poderes não se contactam apenas mas intervêm na esfera das atribuições dos outros, para melhorar o seu entrosamento ou vinculação, em benefício do escopo comum."

(5) João de Oliveira Filho — obra citada.

(6) Francisco Sá Filho — *Relações entre os Poderes do Estado* — Editora Borsari — Rio, 1959.

(7) Francisco Sá Filho — obra citada.

Todos sentimos hoje, realmente, os perigos dessa "influência malfazeja", de que são símbolo as empresas multinacionais. E não é só, pois casos de corrupção foram noticiados e denunciados, inclusive por elementos do Departamento de Estado dos Estados Unidos. Num momento desses é que se exige plena comunhão de idéias, de propósitos e de atitudes, entre os Poderes do Estado, em defesa da sociedade brasileira.

O de pior, que existe, é a predominância, na sociedade, de uma filosofia materialista e utilitária, com o afrouxamento da conduta moral dos homens. Os valores da autêntica civilização cristã, tão bem defendidos pela Igreja Católica moderna, estão sendo esquecidos ou menosprezados. Inclusive porque outras religiões ou seitas distilam nos homens o veneno de uma concepção de vida cética e imediatista e que põe na conquista da riqueza o alvo principal. Donde as negociatas e as acomodações. E há, repitamos, a força imensa das multinacionais, a modelar espíritos e vontades. Isso tudo torna imperiosa a presença constante e efetiva do Estado em todas as áreas de atividade, onde se revela cada vez mais necessária uma ação conjugada e resoluta do Executivo, do Legislativo e também do Judiciário, para o resguardo dos interesses nacionais.

A propósito, estamos assistindo, nos dias que correm, uma campanha sistemática de certa imprensa em prol da privatização de empresas públicas e contra o intervencionismo estatal. Ora, nenhum país, principalmente do chamado Terceiro Mundo, pode aceitar o Estado abstêmio, fraco, ausente, do tipo liberal. Pelo contrário, o Estado, hoje, tem que estar cada vez mais presente em todas as áreas, e, para isso, necessita ser cada vez mais forte, pelo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário precisam somar suas forças contra todos os inimigos da pátria, externos ou internos.

IV — Democracia, um bem a resguardar

Dos três "Poderes", o Legislativo tem, no caso, a responsabilidade maior. Porque ele é, por sua origem, o mais autenticamente representativo do povo, e, por sua composição, o mais nacional. "Dos três Poderes" — é FRANCISCO SÁ FILHO ⁽⁸⁾ ainda, quem fala — "detém o Legislativo o privilégio de ser o mais democrático, porque espelha os vários matizes da opinião nacional. Enquanto os titulares do Judiciário são, com raras exceções, nomeados pelo Governo, e o Presidente da República é eleito pelos partidos, que constituem a maioria absoluta ou relativa, com exclusão dos demais, a escolha dos representantes do povo é feita por todas as forças partidárias do País".

Saliente-se que a coisa maior a zelar é a democracia, pois até hoje não se descobriu melhor ambiência existencial coletiva do que ela, e todos concordam em que não há democracia sem Parlamento. Porque democracia é o regime em que a nação (povo) é quem governa, por seus representantes, donde ressaltar KELSEN que ⁽⁹⁾ "el órgano legis-

(8) Francisco Sá Filho — obra citada.

(9) Hans Kelsen — *Teoría General del Estado* — Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra — Editorial Labor — Barcelona, Madrid, Buenos Aires — 1934.

lativo se halla en una situación de superioridad respecto de todos los que han de ejecutar las leyes”.

Ora, democracia exige governo entrosado com todas as camadas da sociedade. Com todas as correntes de opinião. Com todos os grupos de interesses. Exige, mais, que as aspirações coletivas, incluindo as das minorias, sejam devidamente consideradas. Daí a importância política fundamental do Parlamento. Daí, também, a necessidade de os órgãos do Estado agirem entrelaçadamente. Só em comunhão o Executivo, o Legislativo e o Judiciário podem ser eficientes. É preciso que haja unidade de propósitos, de métodos e de ação no governo. Eis por que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário hão de agir como um todo homogêneo e solidário em busca de um mesmo fim: o fim do Estado, cujo poder aqueles órgãos integram, cada qual com uma competência específica, uma responsabilidade própria, mas todos com um só objetivo: o bem comum. Colidentes, esses três “Poderes” se destruiriam e levariam aos regimes totalitários. Pois não há governo onde não existe unidade de comando:

“Es imposible mantener estrictamente diferenciadas en manos de diversos órganos las funciones que integran al Poder público. Por una parte, las diferentes funciones tienen la tendencia a encarnar en órganos distintos; pero éstos, en el transcurso del tiempo, van invadiendo o pretenden invadir por lo general cada vez más abiertamente, según el grado de su potencia política, las esferas afines de competencia funcional” (OSKAR GEORG FISCHBACH) (10).

Independência de Poderes é, atualmente, palavra sem sentido, termo sem conteúdo, expressão vazia, resíduo de um princípio caduco. Nascida da reação contra o poder absoluto dos reis, a “independência” de Poderes, divididos estes em três, na teoria de MONTESQUIEU, é, hoje, uma idéia morta. E registre-se e acentue-se, outrossim, que não somente o Poder Executivo esteve hipertrofiado, com os reis e os ditadores. Já aconteceu o predomínio absoluto das Assembléias Populares, e estas não foram menos tirânicas nem menos cruéis que os imperadores e os chefes totalitários.

A conjuntura política mundial, as contingências econômicas, os movimentos sociais, as lutas pela independência, as reações ant imperialistas, a expansão das multinacionais, tudo isso reclama, de cada Estado, para o bom ordenamento de seus interesses, providências rápidas, só possíveis quando há unidade de poder e de comando — mas de um poder legítimo, nascido da vontade do povo, e de um comando assentado no consenso nacional.

Não há domínio nem submissão de qualquer dos três “Poderes”, quando um interfere em área de outro; o que se quer, quando isso acontece, é que eles se encontrem, se ajustem e ajam articuladamente em

(10) Oskar Georg Fischbach — *Derecho Político General y Constitucional Comparado* — Traducción y notas de W. Paes y Luis Legaz — Editorial Labor, S/A — Barcelona, Buenos Aires — 1934.

busca de finalidades comuns. É o Estado que esses "Poderes" representam e, se algum deles se conduz mal, seus erros se refletem no funcionamento do próprio Estado.

É necessário compreender-se que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo não são, em verdade, Poderes, e, sim, órgãos do Poder Nacional. Este, por força do princípio da divisão do trabalho, é exercido através deles. No dia em que todos se convencerem disso, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário poderão, finalmente, ser vistos como realmente são: três "Poderes" distintos em um só Poder, o poder do Estado. O mistério cristão repete-se, *mutatis mutandis*, no plano político. Daí poder-se afirmar, com Kelsen⁽¹¹⁾, que "la unidad puramente lógica de la voluntad del Estado no desaparece porque la constitución delegue la legislación en varios órganos".

Vimos, já, que as maiores "prerrogativas" pertencem ao Legislativo. Justamente por ser o órgão de maior representatividade nacional, são mais amplas as suas atribuições políticas. Ou por iniciativa própria, ou por aperfeiçoamento, através de emendas, de projetos de outras origens, é ele, afinal, que faz as leis, mediante as quais se traçam os caminhos do País.

O Executivo, ao realizar seus planos, obedece aos princípios, normas e objetivos fixados em leis, estudadas, debatidas e aprovadas pelo Parlamento.

Ninguém está *acima* de ninguém. Os órgãos do Poder Nacional se associam, se interpenetram, se completam. Porque são peças de um mesmo aparelho.

Essa integração dos chamados três Poderes em nada prejudica a unidade do Estado. Essa unidade, ao contrário, pode ser sacrificada quando se procura dividir o que é indivisível: o Poder do Estado. É o que adverte MONTE ARRAES⁽¹²⁾:

"O conflito entre poderes constitucionalmente distintos, mas praticamente confundidos, em todos os países e em todos os tempos, é uma decorrência natural do exagero com que, no campo da teoria, se tem querido separar mecanicamente, por processos artificiais, aquilo que, por sua natureza, se acha intimamente ligado, e, por sua substância, fundido em uma só unidade."

A hipertrofia de qualquer dos "Poderes" gera o desequilíbrio, "adoece" o Estado, facilita as ditaduras.

São efetivamente distintos os órgãos pelos quais o Poder Nacional do Estado se faz valer. Porque o Estado visa à **realização nacional** do povo. À **construção** da nação. Esta, quando politicamente organizada, é uma "arquitetura" rica e complexa e que exige, para sua conservação

(11) Hans Kelsen — obra citada.

(12) Monte Arraes — *O Poder do Estado* — Indústria Gráfica Italiana — Rio, 1935.

e permanência, o esforço de todos. Daí por que o Estado não pode ser abstermido, nem mesmo neutro, precisando, ao contrário, estar sempre presente e atuante em todos os planos de atividade humana. Pois o Estado, em última instância, existe para o homem. E as necessidades do homem, na sociedade, apresentam-se em esferas variadas: a econômica, a social, a política, a moral, a religiosa. Todos os homens são indivíduos e são pessoas. E o Estado tem que ser uma ambiência existencial onde eles possam realizar-se como **indivíduos** e como **pessoas**. E, também, como **coletividade**, isto é, como **nação**. Pois nação é povo. E povo são os homens, todos os homens.

A grosso modo, o Judiciário, o Executivo e o Legislativo abrangem territórios jurisdicionais onde se projetam as necessidades essenciais dos homens em sua coexistência social. São, pois, órgãos naturais do Estado, com funções diferenciadas e importantes, mas, porque têm, todos, **no homem**, o seu motivo e o seu objeto, não podem jamais agir competitivamente, antes têm que somar suas forças e orientar-se num mesmo rumo. Daí proclamar MONTE ARRAES (13):

“A recíproca fiscalização, pois, exercida pelos três poderes constitucionais entre si, não é mais que um dos recursos instituídos pelo próprio poder do Estado, para facilitar a sua missão de ordenação funcional dos órgãos governativos.”

É isso mesmo. O poder é ou não é. E poder de verdade, poder real, independente, autêntico, é o poder da nação, o poder do Estado.

Assim, “divisão” e “separação” de “Poderes”, em termos de “independência”, são palavras vazias de sentido e que tresandam a coisas de além túmulo.

Só o Estado tem o poder; os três “Poderes” do Estado têm “funções” diferentes que exercem, porém, **pelo poder** do Estado. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário **têm poderes**, mas **não são Poderes**.

O Legislativo, o Executivo e o Judiciário possuem, pois, como que um **poder delegado**, para o exercício de misteres específicos.

A fiscalização recíproca que os três grandes órgãos de Poder se fazem uns nos outros é, sem dúvida, justificável, pois as necessidades da Administração variam em função e na proporção das necessidades humanas, infinitamente diversificadas. Há mil áreas distintas de interesses a cuidar, em todas elas devendo estar presente o Estado, seja para corrigir, seja para evitar choques, seja para incentivar, seja para socorrer, seja para impor, seja para coordenar, seja para punir. Mais um vez: essas áreas de interesses, para serem eficientemente acudidas, exigem órgãos próprios, com liberdade de movimento e competência bem definida. Tudo em respeito ao princípio, largamente aplicável nas sociedades humanas, da divisão do trabalho. É como que colocar cada macaco no seu galho, a gente nunca se esquecendo, no entanto, de que os galhos, todos, pertencem à mesma árvore.

(13) Monte Arraes — obra citada.

O poder não é, repitamos, uma coisa abstrata. Tem uma motivação humana. Tem um conteúdo humano. Tem um sentido humano. Não existe como um fim em si, porém como um meio pelo qual os homens podem atingir os seus objetivos na sociedade. Existe, portanto, **em razão do homem, com o homem e para o homem.**

Ora, o Estado é um instrumento de realização nacional do povo. E o Estado opera através do poder. Este está, assim, a serviço dos homens que, em seu conjunto, formam a nação. O poder não pode, dessa maneira, ser dividido, porque, se dividido, se desnaturaliza, se atomiza, se anula. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário têm, por conseguinte, de agir em função dos seres humanos que formam a nação que o Estado representa. O caminho do Estado é um só e por ele não há de andar, irmanados, os seus órgãos (Poderes) constitutivos. O homem é a base e o fim do poder. Legitima-o, para dele servir-se. Enfim, a meta do Estado é sempre o homem. Por isso, escreve J. BLANCO ANDE (14):

“El Poder no deambula por el Universo como una nube, ésto es, el Poder no es un fenómeno físico de la Naturaleza, ajeno al hombre. El Poder existe en función del ser humano, para servirle y facilitarle su misión en la vida.”

E acrescenta:

“El Poder se practica a través de una trilogía de sujetos, que intervienen en el proceso de ejercicio del Poder, de forma muy distinta. En primer lugar, el titular del Poder, el pueblo como colectivo de un país, que interviene como mandante del mismo, u que se reserva la facultad de revocarlo. En segundo lugar, el mandatario del Poder, que lo ostenta en función del cargo — y no personalmente — que lo impone u lo desarrolla, cumpliendo el mandato que ha recibido. En tercer lugar, el sujeto aislado, que lo acepta y se somete a él.”

O Poder se exprime sempre, portanto, no homem. Este é a fonte, o instrumento e o titular do poder. Quando se fala, assim, em Poder Nacional, pressupõe-se um Poder a serviço de toda a nação, respondendo às necessidades gerais do povo, e, quando se fala em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, presume-se esse Poder Nacional respondendo, através de órgãos próprios, a interesses específicos dos homens em determinadas áreas. Dentro desse entendimento, vê-se que o enlaçamento dos “Poderes” do Estado é algo de natural, de lógico, de necessário. No Executivo, o mandatário do povo tem que prestar contas de seus atos ao povo, que o Congresso representa. O Congresso dá e tira, corrige e completa, socorre e orienta, mediante leis que ordenam os diversos tipos de atividade: sociais, políticas e econômicas. O povo tem o poder de “controle” do Executivo através do Congresso. Mas o Presidente da República também é povo. Este está simbolizado nele, que, Chefe de Estado, a todos representa. O Presidente é o povo, não mais separado em partidos, mas individualizado num comandante. O povo

(14) J. Blanco Ande — *Teoría del Poder* — Ediciones Pirámide, S/A — Madrid — 1977.

atuando acima dos partidos. Daí a força de que o Executivo precisa, a sua liberdade, os poderes amplos, para bem gerir e conduzir os negócios públicos, com a cooperação do Legislativo e do Judiciário.

V — Fortalecimento do Executivo, tendência universal

Falamos em Poder Nacional, o Poder da nação, do povo. Esse Poder manifesta-se através de três órgãos: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. Por delegação daquele Poder Maior, esses órgãos agem, com autonomia, em função dos superiores interesses da nação, visando ao bem comum.

Todo Poder, contudo, tem um chefe. E é evidente que o Poder Nacional, de que estamos sempre falando, há de ser simbolizado também em um homem. E é. O seu representante e o seu símbolo é o Presidente da República. Disso não há que fugir. Querer negar isso é querer negar a realidade, é trapacear com a verdade. Mesmo porque é dele, afinal, a responsabilidade maior pela condução dos negócios do Estado. Por isso, porque os problemas nacionais dos diversos povos o exigem e, sobretudo, devido à conjuntura mundial, verifica-se na atualidade uma indisfarçável tendência para o fortalecimento do Poder Executivo. Essa tendência é uma constante nos Estados modernos, seja entre os povos superdesenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

Compreendeu-se que a velha tese liberal da divisão dos Poderes estava, na prática, redundando na diluição, no enfraquecimento do poder, na confusão, na anarquia.

Observou-se, igualmente, que o Legislativo não estava suficientemente equipado para acompanhar as transformações verificadas, em ritmo de alta velocidade, no mundo social, no mundo político e, sobretudo, no mundo econômico.

O *laissez-faire*, tão caro aos "liberais", e que tanto contribuíra para o desenvolvimento das nações, deixou de ser um instrumento de libertação para constituir um instrumento de escravização do povo pelos grupos econômicos privilegiados. E houve revoluções, e houve guerras, e o socialismo dominou a quarta parte do mundo, as massas se conscientizaram, o fascismo e o nazismo apareceram, as ciências progrediram de modo fantástico, o mundo se transformou radicalmente. E todos entenderam, então, que os Estados tinham de acompanhar a marcha dos tempos, sob pena de submergirem na voragem dos acontecimentos.

Foi quando, sem menosprezo pelos outros "Poderes", o "Poder" Executivo teve ampliada a sua competência, mesmo nos países de maior tradição liberal. CLOVIS RAMALHETE ⁽¹⁵⁾, tratando do assunto, assim, divulga o que sucede nos Estados Unidos, Inglaterra, Itália, Alemanha Ocidental e França:

Nos Estados Unidos: "Influente na opinião pública americana, condutor da política interna e externa e tendo alcance sobre a programação

(15) Clóvis Ramalhete — "Executivo versus Legislativo" — In *Carta Mensal* — Julho, 1943 — Ano XIX — n.º 220.

legislativa, o Presidente dos Estados Unidos exerce hoje funções que se encontram ampliadas por complexos fatores.”

Na Inglaterra: “Desde a reforma de 1911 que esvaziou a Câmara dos Lordes, em contínua concentração do Poder, a Câmara dos Comuns se foi integrando com o Gabinete.” Na Inglaterra — diz, ainda — “diariamente, quarenta e cinco minutos de expediente parlamentar são dedicados às interpelações ao Governo. Permite-se o assentamento dos Ministros do Governo no corpo legislativo, sem formalidade prévia. Mas inversamente deve haver a antecipada inscrição do parlamentar interpellante ao Governo, com a pergunta registrada e o dia que designa para a resposta do Governo, a qual será sempre publicada”.

Na Itália: “Os poderes do Presidente lembram um pouco, na Itália, o Poder Moderador brasileiro do Império. A concentração do Poder Central, subordinando integralmente o Poder local, assegurou-se na Itália com o Comissário do Governo junto a cada Conselho Regional. Leis que estes aprovam dependem do visto do Comissário, para ganhar eficácia.” E adiante: “O esforço dos parlamentares, que é geral no mundo, para manter atualizada a **representatividade**, inspirou na Itália duas providências: uma, a de dar competência para iniciativa de leis a órgãos e corpos além de aos parlamentares e bancadas, os quais para tanto foram habilitados por lei constitucional; a outra, consiste na quebra do monopólio estatal da iniciativa das leis, a qual foi também outorgada ao povo pela Constituição da Itália desde que manifestado em coletividade que subcreva o Projeto, composta de pelo menos 50.000 eleitores para a apresentação, ou 500.000 para a ab-rogação de certas leis promulgadas (à exclusão das leis fiscais, orçamento, tratados e outros).”

Na Alemanha Ocidental: “A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 atendeu às exigências de estabilidade do Poder Central e da autodefesa dum Estado moderno.”

Na França: “A integração Governo-Parlamento mostra-se clara. O Presidente nomeia e demite o Primeiro-Ministro e preside o Conselho dos Ministros. Pode solicitar ao Parlamento, antes de promulgar lei votada, **uma nova** deliberação, ou a da lei ou a de certos artigos. Faculta-lhe a Constituição (art. 11) que, ou por proposta do Governo, ou por deliberação conjunta de ambas as Assembléias, seja submetido a “referendum” projeto de lei que altere a organização dos poderes, ou sobre outras matérias relevantes, algumas típicas apenas de Estado europeu.” Acentua: “No famoso e polêmico artigo 16, a Constituição instituiu fulminantes poderes de crise: Quando as instituições, a independência da Nação, a integridade de seu território ou a execução de compromissos internacionais estejam ameaçados, de modo grave e imediato, e quando o funcionamento regular dos poderes públicos for interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial ao Primeiro-Ministro e aos Presidentes das Assembléias, assim como ao Conselho Constitucional.”

Se isso acontece, agora, nos países do Ocidente, cabe não esquecer que, nos países do chamado Terceiro Mundo, sempre predominou o Executivo, inclusive no Brasil.

Convém salientar, todavia, que nos países democráticos mais adiantados nunca houve **competição** entre os "Poderes", estes agindo sempre integrada e harmonicamente, em áreas afins mas diferenciadas, no cumprimento de funções específicas.

Em verdade, não há "controle", mas **interação** dos "Poderes".

Nos Estados Unidos existe a praxe das reuniões do Presidente da República com os líderes de partidos e os Presidentes das duas Câmaras. Isso sucede, também, no Brasil, atualmente, e é um costume que precisa ser institucionalizado, não podendo ficar à mercê do "feitio" do Presidente da República.

O Congresso, nos Estados Unidos, não foi, em nenhum momento, subestimado. Tem um poder imenso. Porque nele se "vê" o povo. Daí a sua força e o seu prestígio. O caso Watergate, que resultou na renúncia de NIXON, é uma amostra do quanto ele vale.

Na Inglaterra, ao fazer-se a integração da Câmara dos Comuns com o Gabinete, o que se fez, na realidade, foi uma aproximação maior entre o Executivo e o Legislativo. Os projetos de lei, lá, surgem desses entendimentos de alto nível. No que toca ao Brasil, temos a legislação delegada, sempre oriunda de conversas entre figuras do Legislativo e o Chefe do Governo e seus Ministros.

O exemplo da Itália, altamente democrático, acontece em outras formas, em qualquer país. Pois nada impede que uma entidade particular elabore um projeto e o ofereça, como sugestão, ao Congresso ou a qualquer parlamentar, a um Ministro de Estado ou ao próprio Presidente da República, para seu encaminhamento ao Parlamento. A propósito, sejam permitido lembrar uma sugestão nossa: a criação de um Conselho de Estado, onde teriam assento o Presidente da República; os ex-Presidentes da República; o Vice-Presidente da República; o Presidente do Senado Federal; o Presidente do Supremo Tribunal Federal; o Presidente da Confederação Nacional das Indústrias; o Presidente da Confederação Nacional do Comércio; o Presidente da Confederação Nacional da Agricultura; o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; o Presidente da Confederação dos Trabalhadores; o Presidente da Associação Brasileira de Imprensa. Esse Conselho, escrevemos então ⁽¹⁶⁾, "estaria fadado a exercer uma ação moderadora no governo, assegurando maior equilíbrio na relação entre os demais Poderes do Estado e propiciando um clima político mais favorável à estabilidade democrática".

Continuemos, porém. Na França, igualmente, o fortalecimento do Executivo vai se fazendo mediante um maior enlaçamento com o Legislativo.

(16) Paulo de Figueiredo — "Contribuição ao estudo de um modelo político brasileiro" — Revista de Informação Legislativa n.º 57 — 1978 — Senado Federal — Brasília.

Aqui no Brasil sucede algo semelhante, embora à moda da terra.

A prática governamental, nos Estados modernos, vai evidenciando, assim, que a "divisão de poderes" é uma página já virada no livro da história política dos povos. A realidade, hoje, é uma integração perfeita dos "Poderes". Ou melhor: reconhece-se que, em verdade, não há **Poderes**, há **um só Poder**, o Poder Nacional, o Poder do Estado, que se manifesta e se desempenha e se impõe através de órgãos autônomos, distintos e correlatos, operando em campos diferenciados mas sem barreiras intransponíveis entre eles.

Há "controle"? Sim. Esses **órgãos** (Executivo, Legislativo e Judiciário) se fiscalizam uns aos outros: mas aquilo que se convencionou chamar de "controle" não é mais, de fato, do que uma simples **interação**.

O Legislativo organiza comissões de inquérito, examina contas, interpela Ministros, aprecia os projetos do Executivo, aprova magistrados, governadores e embaixadores, fiscaliza empréstimos, confirma tratados, tem o poder do **impeachment** etc., mas nada disso deve ser entendido como **controle**, visto que esta expressão pode fazer pressupor a possibilidade — inaceitável — de o Executivo errar intencionalmente. O Executivo comete, sim, erros que o Legislativo pode corrigir. Mas o Legislativo também erra, e o Executivo há de ter meios de também corrigir esses erros, para o que o veto a projetos de lei não basta. Estamos, por isso, cada vez mais convencidos de que um Conselho de Estado, do tipo que sugerimos em nosso trabalho ⁽¹⁷⁾ muito contribuiria para alcançar os objetivos desses "controles" e para melhor harmonizar os "Poderes" do Estado.

Seja como for, existe esse "controle" (que preferimos chamar "interação") entre os três órgãos maiores do Poder Nacional. Mas esses órgãos não se conflitam em suas operações. Não pode haver antagonismos entre eles. Seria absurdo imaginar o Estado competindo consigo mesmo. Desse modo, aceitemos todos: a luta entre Poderes é coisa de um passado distante.

Insistamos, porque necessário: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são apenas órgãos, os mais importantes, órgãos de supervisão do Estado. Integram o Poder Nacional, funcionam em termos de equilíbrio e têm uma finalidade comum.

De tudo isso podemos deduzir, com CLÓVIS RAMALHETE ⁽¹⁸⁾, "o incisivo abandono do ortodoxismo da Doutrina da Separação" e que "vai sendo modelado, em substituição, um movimento pela integração cooperativa do Executivo e Legislativo".

Esse enlace dos "Poderes" às vezes enseja confusões no desempenho de suas atribuições. Mas é justamente aí que se revela toda a mentira da teoria da separação de poderes. No modo de operar do Estado moderno evidencia-se que ele age como um bloco homogêneo e uno.

(17) Paulo de Figueiredo — obra citada.

(18) Clóvis Ramalhete — obra citada.

através de seus órgãos. Não apenas o Executivo “aparece”, a todo instante, na área legislativa. Também o Legislativo “é visto” constantemente nas regiões do Executivo. Mesmo no que tange ao Judiciário, nota-se essa interação. Donde dizer SÁ FILHO (19):

“Distintos e autônomos, os Poderes trabalham sinergicamente, mas, para o melhor rendimento, não bastam seus contatos, senão ainda a intervenção de uns na esfera própria das atribuições dos outros.”

Recordemos: a Câmara dos Deputados tem, também, funções executivas e judiciárias: procede a inquéritos, convoca autoridades para prestar informações, nomeia servidores, organiza seus serviços, instaura processo contra o Presidente da República etc.

O Executivo tem iniciativa de leis, emite decretos-leis, veta, regulamenta, concede perdão etc.

O Judiciário, igualmente, desempenha algumas funções executivas e legislativas: organiza serviços, elabora orçamento, apresenta projeto, declara a inconstitucionalidade das leis etc.

E a outra Casa do Legislativo, o Senado? Este, segundo JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (20) em comentário à Constituição de 1946, aplicável à atual, chega a ter, no contexto político-constitucional brasileiro, uma posição singular:

“O Senado, nada obstante faça parte do Congresso Nacional ou do Poder Legislativo, é, em um dos seus aspectos constitucionais, órgão do Poder Executivo, e, em outros, órgãos do Poder Judiciário.

Como órgão do Poder Executivo, compete principalmente ao Senado Federal aprovar, mediante voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos pela Constituição, autorizar empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, fazendo, assim, a intervenção nos Estados que, de ordinário, compete ao Presidente da República, nos termos do artigo 2º da Constituição de 1946.

Como órgão do Poder Judiciário, julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele, processa e julga, também, nesses crimes, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República.”

Tudo isso serve para evidenciar que a separação de Poderes é idéia ultrapassada e que o bom andamento dos negócios públicos requer uma atuação solidária dos chamados três Poderes.

(19) Francisco Sá Filho — obra citada.

(20) João de Oliveira Filho — obra citada.

Diferentes, com funções diversificadas, autônomos — mas não “independentes” — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não somente devem trabalhar em harmonia como também cooperar uns com os outros nas esferas jurisdicionais de cada um. Compreendeu-se isso. Daí ter o Legislativo funções executivas: comissões de inquérito, aprovação de magistrados, autoridades e embaixadores, organização de serviços, nomeação de funcionários, homologação de tratados; e judiciárias: leis interpretativas, **impeachment**, julgamento do Presidente da República e Ministros (Senado), processo do Presidente da República (Câmara dos Deputados), concessão de anistia etc. Daí ter o Executivo funções legislativas: iniciativa de projetos, edição de decretos-leis, poder regulamentar, sanção ou veto, delegação de poderes; e judiciárias: justiça administrativa, poder de perdão, contencioso administrativo etc. Daí ter o Judiciário funções legislativas: interpretação de leis; controle da constitucionalidade das leis; iniciativa de projetos; presidência do Senado no julgamento do Presidente da República; e executivas: organização de serviços, nomeação de servidores, correição etc.

VI — O Parlamento continua em lugar de destaque

Esse entrelaçamento dos “Poderes”, com a indisfarçável prevalência do Executivo, não pode levar à conclusão de desprestígio do Judiciário e, principalmente, do Legislativo.

Observando-se o panorama político-constitucional do mundo, e, no mundo, o brasileiro, verifica-se que o Parlamento continua prestigiado e ocupando, na vida dos povos, um lugar de importância fundamental. Isso porque o ideal político dos povos continua sendo a democracia, e porque não há democracia sem Parlamento.

As massas ascenderam na escala social; conscientizadas e organizadas, elas constituem um peso político considerável. O princípio da igualdade transbordou do plano político para se tornar efetivo também no plano social e no plano econômico. O que se quer, hoje, é uma democracia integral, que valha, efetivamente, como uma ambiência existencial onde todos os homens possam dispor de condições capazes de lhes proporcionar uma equitativa participação nos bens da civilização e da cultura.

Essa democracia se equaciona, politicamente, em termos de partidos. As várias camadas sociais se arregimentam, buscando cada uma a satisfação de seus interesses. Donde as diversas agremiações partidárias, que se fazem representar no Parlamento com seus programas, suas reivindicações, suas ideologias.

O Parlamento é, dessa maneira, esse caldeirão vivo, quente, agitado, onde fervem as idéias e os ideais de todos, gente do governo e gente da oposição, gente branca, negra, amarela ou vermelha, gente modesta ou aristocrática, rica ou pobre, civis, militares, católicos, ateus, protestantes, espíritas, muçulmanos, budistas etc.

É isso o Parlamento. Sobretudo, uma válvula de escape para as tensões sociais. Órgão, portanto, indispensável, no regime democrático — o

único capaz de responder às aspirações do homem, porque o único onde a dignidade dos homens é devidamente considerada.

Se outro valor não tivesse o Parlamento, este só, que ninguém lhe pode negar — o de ser a tribuna do povo — já bastaria para justificá-lo. É essa função maior tipicamente sua que há de ser levada em conta, quando se tentar uma nova estruturação do Estado, visando a um maior enlace dos "Poderes". CLÓVIS RAMALHETE ⁽²¹⁾ abordou corretamente o problema, ao escrever:

"Quanto à reformulação da doutrina da função do Legislativo, porém, os fatos indicam a procedência da voz profética de CHURCHILL, quando definiu os Parlamentos modernos como grandes **foruns** de debate. Esta função contribui para que os Legislativos permaneçam os captadores das aspirações populares em conflitadas direções. Acrescente-se o conceito atual, em Ciência Política, de que os partidos políticos colocam-se entre o povo e o poder, o governo e os governados."

É isso. Democracia direta é impossível. O povo, porém, está **presente** nos partidos. Cada partido político é um universo ideológico. E o Parlamento acolhe, reúne e integra esses partidos, num conjunto animado, onde as idéias se cruzam, se corrigem e se completam, favorecendo a procura de um denominador comum às aspirações gerais.

O Presidente da República é eleito, também, por um partido. Tem, assim, um compromisso ideológico, pois — presume-se — foi escolhido em função da filosofia política do partido que o elegeu e não pode negar essa ideologia depois de eleito, o que seria uma traição ao povo. Dessarte, nem por ser, o Presidente, o Presidente de todos os brasileiros, ele está desobrigado dessa ligação ideológica com o seu partido, o que não o impede de, sem ferir a linha político-filosófica com a qual está comprometido, atender, num mínimo possível, às reivindicações dos grupos minoritários.

Os partidos políticos se fazem valer, no governo, através da atuação de seus representantes no Parlamento. As diferentes bancadas agem em conformidade com os programas partidários, que sintetizam uma ideologia. Em seu conjunto, os diversos partidos expressam todo o povo, logo, a vontade nacional. São o próprio povo em sua projeção política.

Ora, o Presidente, eleito por um partido, e pelo partido vitorioso, é, conseqüentemente, um legítimo representante do povo, tanto quanto o são os parlamentares.

Assente essa verdade, entende-se por que o Presidente (Executivo) e os parlamentares (Legislativo) têm de agir em harmonia, solidariamente, obedientes aos propósitos dos partidos, mas respeitando a filosofia política dominante — a do partido vitorioso, que representa a maioria do povo.

(21) Clóvis Ramalhete — obra citada.

O Executivo está, sim, mais forte. Mas o Legislativo, “a par de **forum** de debates, ou substitui ou aspira a substituir as suas velhas tarefas, pela missão política de um indispensável e adequado controle do Executivo. Constata-se a permanência deste encargo; e o esforço dos Legislativos para ampliá-lo. Tal controle em geral se exerce por três instrumentos específicos principais: votação dos orçamentos; comissões de inquérito; e interpelação dos governos” (CLÓVIS RAMALHETE) (22). Além disso, legisla sobre todas as matérias da competência da União, aprova a escolha de magistrados, de ministros e de embaixadores, autoriza empréstimos externos, toma contas, discute planos de governo, homologa tratados, tem o poder do **impeachment**, processa e julga o Presidente da República etc.

Diga-se agora, por cabível na espécie e oportuno, que o tecnicismo, às vezes predominante na área executiva, nem sempre resolve. Haja vista o que vem acontecendo na economia, a cada dia mais desnacionalizada. E estão aí, sem serem executados, ou sendo-o a passo de tartaruga, os denominados “projetos de impacto”. E existe Jari. E o Pantanal, a reclamar a presença do Estado. As estradas de ferro, por incrível ato de desgoverno, foram desativadas. Não temos, praticamente, nenhum programa efetivo para o aproveitamento de nossos rios como vias de navegação. O Proálcool, que deveria ser transformado em Alcobrás (organizado e dirigido, em monopólio, pelo Estado) está sendo assediado pelas multinacionais. Temos automóveis demais e arroz, milho e feijão de menos. Quando se aumenta o preço do petróleo importado, aumenta-se também — por quê? — o preço do álcool, que pode e deve ser exclusivamente nosso. O Nordeste continua reclamando assistência. E a reforma agrária não vai além dos paliativos.

A culpa por essas coisas é muito menos do Congresso do que do Executivo. Mas é do Congresso também, pois, como **forum** de debates, pode dar à discussão desses problemas uma dimensão nacional e oferecer sugestões e diretrizes para a sua solução.

A verdade é que, no Brasil, o Estado tem que ampliar ainda mais o seu campo de operação. Tem que ser mais presente e atuante. Mais intervencionista.

Não vale, na espécie, invocar exemplos estrangeiros, como os Estados Unidos, o mais lembrado, porque aquele país só pratica as normas do liberalismo econômico para efeito externo, em suas relações com os outros países, pois, mais forte, usa da livre concorrência para subjugar os países mais fracos. No âmbito interno o Estado norte-americano é profundamente **intervencionista**. Lá, os **trustes** são ferozmente combatidos, enquanto, fora de suas fronteiras, pretendem, ajudados pelo governo, dominar o mundo.

Os chamados “exemplos estrangeiros”, de citação tão cara a certa imprensa, só devem ser lembrados como pontos de referência. Não há que imitar por imitar. Imitar apenas porque certas grandes potências fazem isso assim ou assado. Nossos problemas são outros, têm caracteris-

(22) Clóvis Ramalhete — obra citada.

ticas peculiares, exigem soluções diferentes. O nosso mal, até 1937, foi imitar sempre, esquecidos de que há grandes mazelas, também, na Europa e nos Estados Unidos. Ademais, repitamos, nem tudo que é bom para eles é bom, também, para nós. Muitas vezes, é o contrário disto que se verifica. O que não se deve, jamais, em política, é violentar as realidades nacionais.

As realidades brasileiras devem, pois, pesar sempre na criação de nossas estruturas sociais e econômicas. Do mesmo modo, há que se respeitar o sentimento democrático do nosso povo, inerente à nossa formação. Povo que somos, principalmente, resultado do cruzamento do branco português com o africano e o índio. Aqui se busca uma democracia não só política, também uma democracia social, bem como uma democracia espiritual e uma democracia econômica. O racismo, que fez do negro americano um marginal, não existe aqui; nem a intransigência religiosa dos protestantes e católicos irlandeses. Agora, com o afluxo das correntes imigratórias, somos um povo universal, mais ainda pelas virtudes do cristianismo que informou, desde o começo, o nosso caráter. Daí ser a democracia, aqui, antes de uma idéia, um **sentimento** profundamente enraizado no coração de nossa gente.

Por tudo isso, precisamos criar e desenvolver um modelo político **brasileiro**, no qual o Estado tenha os "Poderes" enlaçados e não divididos. Nada de competições. Nada de hegemonias. Prerrogativas, só as de bem servir ao povo e ao País.

O poder, uno, quem o tem é o Estado. E o Estado é como que uma empresa, que visa à "construção" do País.

O Parlamento, ainda hoje, ou melhor, mais ainda hoje, tem, por sua natureza, uma missão insuperável a cumprir, na parte que lhe toca, na edificação da arquitetura nacional. Donde dizer GETÚLIO CARVALHO (23):

"Espera-se, por conseguinte, lhe seja restituída parte das funções por ele exercidas no período compreendido entre 1946 e 1964. Embora não venha, provavelmente, a constituir um "Legislativo ativo", capaz de novamente competir com o Executivo na formulação de políticas governamentais, deverá o Congresso Nacional dinamizar suas atividades fiscalizadoras, cerceando algumas iniciativas da Administração, com vistas a evitar abusos no exercício do poder. É provável também que consultas ao Poder Legislativo se façam cada vez mais intensamente, antes de se submeterem, formalmente, ao Congresso, projetos de leis concebidos pela burocracia governamental. É de se prever, ainda, que o Congresso intensifique suas atividades de **forum** de debates, permitindo a veiculação de idéias e de alternativas que façam face aos projetos do Poder Executivo. Será possível, desta forma, assimilar certas reivindicações locais e regionais, ora negligenciadas nos planos de desenvolvimento econômico e so-

(23) Getúlio Carvalho — "Poderes do Estado: o Executivo Forte" — In *A Defesa Nacional* — Ano LXVI — n.º 681 — Janeiro, fevereiro — 1979.

cial. A par disso, demandas originadas nas classes menos favorecidas encontrarão no Congresso uma ressonância, nem sempre percebida nos escalões técnicos do governo."

O Executivo carece, realmente, de maior competência em matéria legislativa. Os tempos o exigem. Mas todo poder, se não bem definido e ordenado juridicamente, tende a hipertrofiar-se. Daí a razão por que o Legislativo também necessita, em contrapartida, de maiores atribuições fiscalizadoras, isto é, de possibilidades maiores de penetração no setor executivo, o que politicamente se explica e justifica pelo caráter nacional de sua representatividade, o que lhe dá autoridade bastante para corrigir, modificar, recusar ou aprovar as proposições legislativas oferecidas pelo Executivo.

A **presença** do Executivo no campo legislativo é tão necessária quanto a do Legislativo no campo executivo.

Já advertimos que o técnico nem sempre focaliza e resolve os problemas em consonância com a realidade nacional. É que lhe falta a visão global das coisas, a vivência das realidades nacionais, a experiência dos negócios públicos, o senso comum, que só o verdadeiro político possui. Para governar, é preciso que os homens de governo possuam essa visão **política** das coisas.

É necessário, porém, que o Congresso também se aparelhe, tecnicamente, para bem cumprir suas tarefas. É necessário um assessoramento constante e capaz, amplo, variado e de alto nível. Que poderia existir no próprio Congresso, mas que ele pode buscar fora de seus quadros políticos ou funcionais. De qualquer modo, seria interessante um maior entrosamento do Parlamento com entidades públicas e privadas — com a Petrobrás, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Servidores Cíveis, o Clube Militar, as Confederações Nacionais da Indústria, do Comércio e da Agricultura, a Confederação Nacional dos Trabalhadores, a Associação dos Professores, as Uniões de Estudantes, a Nuclebrás e, sobretudo, com as Universidades, o que lhe valeria tornar-se mais informado para o desempenho de suas funções, debatendo mais a fundo os problemas do País e melhor fiscalizando a Administração Pública. Isso foi bem compreendido por JOSAPHAT MARINHO (24), quando comentou:

"Ninguém nega acentuada tendência do mundo contemporâneo de fortalecer o Poder Executivo, inclusive dando-lhe força legislativa, para que ele possa acudir mais imediatamente aos reclamos da justiça e da administração. Mas a tendência de ampliação dos poderes legislativos do Executivo é contrabalançada pela ampliação dos poderes de controle do Legislativo."

(24) Josaphat Marinho — citado por Paulo Sarazate in *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos* — Livraria Freitas Bastos — Rio, São Paulo — 1968.

(25) *Les Parlements dans le monde* — Publié en 1966 par l'Union Interparlementaire — Recueil de données comparatives — Préparé par Valentine Herman et Françoise Mendel.

A União Parlamentar ⁽²⁵⁾ enxergou, igualmente, a situação, com clareza e objetividade:

“L'ampleur croissante de l'activité gouvernementale a rendu l'information du Parlement indispensable pour exercer correctement ses pouvoirs de représentation nationale et de contrôle. Deux problèmes doivent être signalés à cet égard. Le premier est celui de l'adaptation du contrôle à son objet, les différentes formes de l'activité gouvernementale ne se prêtant pas toujours aisément au genre de surveillance que peuvent exercer des assemblées nombreuses et non spécialisées. Le droit constitutionnel offre néanmoins au Parlement un large éventail des moyens pour remplir sa mission dans les meilleures conditions. Le second problème — et le plus important — est celui de l'utilisation judicieuse de ces diverses techniques, chacune d'elles ayant été conçue en fonction d'une tâche précise: contrôle de la politique générale, surveillance de l'administration, défense des particuliers, dénonciation et répression des abus et des injustices etc.”

O Parlamento é o órgão político por excelência, e nele estão os homens com vivências mais profundas e extensas dos problemas regionais (que, em conjunto, formam o problema nacional) pois eles vieram de todos os recantos do País, onde, ora como vereadores, ora como prefeitos, como comerciantes ou industriais, como profissionais liberais, como deputados estaduais ou como governadores, sentiram de perto as necessidades das administrações locais, em si e em suas conexões com a administração federal.

Ao Executivo, que dispõe de numeroso grupo de técnicos, de suficientes elementos de pesquisa e de fartos recursos materiais, cabe fornecer ao Legislativo, em cada caso, as condições e as informações que possibilitem ao parlamentar melhores bases para discutir e encaminhar as questões submetidas ao exame do Parlamento. Mas isso nem sempre acontece, ficando o Parlamento, muitas vezes, sem meios para colaborar melhor no estudo de certas matérias. Daí a crítica de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO ⁽²⁶⁾:

“A inação do Congresso face às verdadeiras necessidades legislativas decorre, pois, em grande parte, da falta de organicidade e de orientação do Executivo.”

Realmente, ocasiões houve, no Brasil, em que proposições gigantescas, os chamados “projetos de impacto” do Executivo, foram editados praticamente sem a menor participação do Legislativo. E muitos fracassaram, ou estão caminhando por demais vagarosamente.

Outras vezes, o Executivo tomou medidas que deveriam ter sido debatidas no Parlamento e não foram e constituíram verdadeiras monstruosidades político-administrativas, como a extinção de estradas de ferro e

(26) Afonso Arinos de Melo Franco — *Evolução da Crise Brasileira* — Companhia Editora Nacional — São Paulo, 1965.

o favorecimento de rodovias, em detrimento de ferrovias e hidrovias, num País de pouco petróleo, de grande extensão e de muitos rios...

Mais: o Congresso publicou dois grossos volumes de estudos sobre a reforma agrária e praticamente muito pouco fez o Executivo nesse setor de tão vital importância para a tranqüilidade social do País.

Do mesmo modo, numerosas vozes se têm levantado no Congresso, apontando a gravidade do problema amazônico, incluindo o chamado "Projeto Jari", mas Jari continua como um "quisto" perigoso encravado no organismo pátrio e o problema amazônico não foi ainda convenientemente equacionado pelo Executivo.

Por isso tudo, seria aconselhável uma aproximação maior — não só de fato, mas também de direito, legal, obrigatória, institucional — entre Executivo e Legislativo, para efeito não somente de estudo, mas, também, de soluções dos grandes problemas nacionais, o Executivo fornecendo principalmente dados, elementos, informações, recursos, e o Legislativo visualizando-os em sua dimensão política nacional e em suas repercussões com os interesses de todas as camadas da população. A propósito desse entrelaçamento Executivo-Legislativo, observa, ainda, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO (27):

"Quem se informa sobre os processos de elaboração legislativa nos Parlamentos das grandes democracias, verifica a alta qualidade dos serviços técnicos postos à disposição dos representantes. Frequentemente os projetos reclamados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo são preparados fora das Câmaras, por grupos de trabalho especializados, funcionando sob recomendação dos poderes interessados. Na Inglaterra, então, isto é habitual."

O Parlamento age politicamente, o Executivo administrativamente. O Parlamento é a palavra, o Executivo é a ação. O Parlamento vê os problemas de modo global, o Executivo em sua especificidade. O Parlamento dá as leis, o Executivo as realiza. O Parlamento indica os caminhos, o Executivo constrói esses caminhos. Ambos, o Executivo e o Legislativo, são necessários, mas ninguém está acima de ninguém, ninguém é mais do que ninguém, ninguém está submisso a ninguém.

Os parlamentares representam o povo. Este é a fonte do poder. Não basta isso, porém, para dar aos parlamentares autoridade suficiente para o estudo dos problemas e a feitura das leis. É necessário, mais, que eles estejam capacitados para o desempenho de seus altos mistéres. Daí, dever o povo selecionar seus representantes no Congresso; daí, ser preciso um assessoramento superior aos parlamentares; daí, a necessidade de um entrosamento maior com o Executivo, o órgão mais habilitado a oferecer ao Congresso as informações de que ele carece. "Cumpre", diz ALMIR DE ANDRADE (28), "salientar ainda a tecnização crescente das

(27) Afonso Arinos de Melo Franco — obra citada.

(28) Almir de Andrade — *Lições de Direito Constitucional* — Editora Rio — 1973.

funções de governo — em consequência do que, apesar de conservar-se o povo como origem e fonte da soberania e do poder político, já se procura hoje, em todas as Constituições, condicionar a capacidade dos representantes do povo, por ele eleitos, não apenas ao fato simplista de serem **representantes da vontade popular** — o que, por si só, não oferece qualquer garantia da eficiência deles no exercício do mandato — mas também às habilitações que os fazem tecnicamente capacitados para as funções que irão desempenhar”.

Tem razão o ilustre ensaísta. Mas, a não ser que os senadores e os deputados passassem a ser escolhidos pelos grupos profissionais — e, nessa hipótese, teríamos uma Câmara corporativa —, não há como evitar a eleição de elementos sem preparação técnica específica.

Ademais, deve-se reconhecer, por justo, que nem por ser bom profissional e bem conhecer os problemas de sua classe o indivíduo tem senso político, quando, no Parlamento, exige-se dos que ali têm assento, antes de tudo, uma visão política das coisas.

Registre-se, também, que nem sempre os homens mais cultos foram, no Brasil, os melhores parlamentares.

Ainda é de considerar-se que situação semelhante ocorre em relação à Presidência da República, pois não raro se elegem, para o alto cargo, indivíduos sem o necessário preparo.

Ocupam cadeiras no Parlamento, médicos, advogados, industriais, agricultores, esportistas, professores, diplomatas, trabalhadores, servidores públicos civis e militares. Gente de todas as profissões, de toda parte, de todos os partidos. Em condições, por isso, de bem apreciar as proposições, do ângulo de sua categoria profissional e de sua região. Conhecem os problemas locais, têm experiências variadas, “viveram” as realidades regionais. Têm uma compreensão política amadurecida. Falta-lhes, contudo, um maior gabarito técnico. O ideal seria que os parlamentares — como os presidentes da República — fossem todos homens de alto saber, mas isso seria a elitização do Parlamento, que, ao contrário, deve espelhar o povo com autenticidade. Além disso, repetimos, a experiência demonstra que nem sempre os parlamentares de maior cultura foram os mais operosos, eficientes e patriotas. Isso sem considerar que, de um representante do povo, exigem-se outras qualidades de ordem moral que não são apanágio exclusivo dos indivíduos mais cultos.

VII — Legislativo, Executivo e Judiciário são meros órgãos do Poder

Em suma, considerado o exposto, há de se ver, com realismo e objetividade, que o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, dentro da compreensão exata do Estado moderno, não são Poderes, são meros órgãos do Estado. Só este tem o poder, um poder nacional, pois ele é a própria nação em sua projeção jurídica. Cada um desses órgãos move-se em áreas diferenciadas, mas não estanques, valendo, antes, como simples campos de trabalho, designados a cada um deles para suas tarefas espe-

cíficas. Em suas operações, porém, esses órgãos se interligam e se associam no trabalho comum de construção da nacionalidade. Assim, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como que são três Poderes distintos em um só Poder, como ironicamente diria DUGUIT⁽²⁹⁾: “une puissance souveraine, une en trois pouvoirs est une conception métaphysique, analogue au mystère chrétien de la trinité...”

O que se tem de considerar, antes de tudo, são as realidades das coisas, pois só assim se pode proceder a uma racional definição de competências.

Vimos a amplitude das funções do Legislativo, o que torna esse “Poder” carregado de responsabilidades. Mas é necessário admitir que certas matérias não de ficar, predominantemente, na alçada do Executivo, pois o Parlamento não tem como enfrentá-las, o que não exclui, entretanto, a sua faculdade fiscalizadora. O Parlamento, insistamos, deve traçar as linhas gerais de coordenação dos problemas nacionais. Ou seja, deve indicar os rumos político-filosóficos a seguir, pois exprime a vontade da nação. Respeitando essa filosofia, e sem ultrapassar aquelas linhas, o Executivo há de ter plena liberdade de movimentos.

O trabalho estatal é distribuído por competências específicas, como qualquer trabalho. O operário faz uma coisa, o engenheiro outra; diferentes os trabalhos do médico e do enfermeiro; do advogado e do juiz; do industrial e do comerciante; do professor e do aluno; da dona-de-casa e da empregada doméstica; do civil e do militar. Tudo, porém, é trabalho. E a sociedade se faz com esse e por esse trabalho. Assim, no Estado. O povo se representa no Parlamento, e este tem um papel determinado na condução dos negócios do Estado. O mesmo sucede em relação ao Judiciário e ao Executivo. Este, fiel aos ideais fixados pelo povo, através do partido político vitorioso, há de procurar realizar, com os seus especialistas — cientistas e técnicos — essas aspirações populares. FRANCISCO CAMPOS⁽³⁰⁾, assim abordou a questão:

“As últimas conseqüências da revolução industrial criaram, porém, aos governos, novas e complexas funções, estendendo a área do seu controle de maneira a envolver na sua deliberação questões para cuja elucidação se exigem conhecimentos técnicos e especializados cada vez mais remotos ainda à compreensão das pessoas cultivadas. A densidade e a extensão da área de governo tornam cada vez mais inacessíveis à opinião os problemas do governo. Enquanto se tratava de questões suscetíveis de serem colocadas em termos de sentimento ou de encontrar resposta adequada ou satisfatória na atmosfera de emoção originada dos debates públicos, ainda era possível o funcionamento do regime de opinião. Eram questões humanas por excelência, no sentido de acessíveis ao entendimento ou ao sen-

(29) Léon Duguit — *Traité de Droit Constitutionnel* — Ancienne Librairie Fonténoing et Cie Editeurs — Paris, 1923.

(30) Francisco Campos — *O Estado Nacional* — Livraria José Olympio — Rio, 1941.

timento geral. As questões que se encontram hoje no plano das cogitações do governo são, porém, de outra natureza. Ou são questões remotas à compreensão geral, ou estranhas ao interesse geral, por não serem susceptíveis de despertar emoções sem as quais não se estabelece nenhuma corrente de opinião pública, ou são questões que envolvem no seu seio, pelo menos em estado de latência, tais possibilidades de antagonismo ou de conflito, que propô-las ao pronunciamento da opinião pública seria expor-se ao grande risco de provocar contra a sua decisão a resistência violenta dos interesses em cujo prejuízo fosse ela proferida, e, portanto, tornar inevitável uma forma de luta que o processo democrático se propõe precisamente evitar.”

Efetivamente, o Congresso não tem como discutir certos problemas, mas isso não o impede de examiná-los em suas repercussões políticas. Cabe, pois, ao Executivo uma competência maior no estudo e solução de determinadas questões.

O Congresso, às vezes, negligenciou seus deveres ou pecou por excesso de morosidade. Por exemplo: até hoje não procedeu à atualização dos nossos Códigos; ficou cerca de dez anos para aprovar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação; demorou em excesso a feitura da Lei de Previdência Social; ainda não elaborou um estatuto para a Amazônia; não disciplinou em lei o aproveitamento de nossos minérios estratégicos; não está dando a necessária cobertura política à execução do Acordo Nuclear com a Alemanha, medida fundamental ao nosso futuro como Estado soberano.

De outro lado, não é admissível permitir-se o Executivo relegar, como o fez, a um plano secundário, o problema das ferrovias e das hidrovias, quando o Brasil é um País de extensão imensa, de muitos rios, mas de pouco petróleo; nem permitir a proliferação desmedida de escolas superiores onde o lema é — “pague e passe” — verdadeiras casas comerciais onde se vendem diplomas a qualquer um; nem deixar de monopolizar a produção e a distribuição do álcool, combustível em que assenta um dos pilares de nossa verdadeira independência; nem deixar que continuem funcionando mordomias altamente onerosas para o Tesouro Nacional.

De qualquer modo, respeitada a função política maior do Legislativo, convém deixar ao Executivo ampla liberdade de movimentação no setor administrativo: “Qualquer observador, mesmo superficial, da vida política brasileira, verifica que o Congresso Nacional está praticamente incapacitado para o exercício da tarefa legislativa no sentido clássico, isto é, a tarefa de elaborar as grandes leis reguladoras da vida política e da ordem econômica e social do País”, diz OSWALDO TRIGUEIRO ⁽³¹⁾, o que não exclui o reconhecimento da competência do Congresso para exigir o enquadramento de qualquer solução para qualquer problema nos rumos de uma política consentânea com os superiores interesses da nação.

(31) Oswaldo Trigueiro — *Problemas do Governo Democrático* — Brasília, 1976.

Aliás, a Constituição vigente facilitou as coisas, ao adotar o instituto da delegação de poderes, o que foi feito, certamente, tendo-se em vista a impossibilidade de o Legislativo examinar e solucionar, com eficiência, certas questões fundamentais para o País. Trata-se, por sinal, de uma medida de indiscutível conveniência política, perfeitamente justificável, como explica HERMAN FINER⁽³²⁾:

“Las razones para delegar el poder en el Ejecutivo son diversas y inescorables.

1) En casi todos los países se debe primeramente a la excesiva cantidad de asuntos que caen dentro del Parlamento, comparado con el tiempo que tienen para tratar los asuntos. Puesto que hay que elegir, la mejor elección consiste en concentrar la atención en una clara definición de los fundamentos de las leyes, y dejar los reglamentos y órdenes derivadas para que los formulen los departamentos. Ningún Parlamento puede hallar tiempo suficiente para llevar a cabo esta función, aunque trabajase las veinticuatro horas del día sin interrupción.

2) Muchos de los problemas sobre los que hay que legislar tienen un carácter técnico complejo; por ejemplo, las clases de máquinas, los formatos, las drogas, las enfermedades de los animales, reglas de seguridad, todo ello ha de ser regulado por la ley. Los Parlamentos, tal y como están organizados, no están en situación de dominar y decidir estas cuestiones. Necesitan experts, científicos y técnicos para que los ayuden a completar las leyes.

3) La rapidez con que se dan nuevas situaciones, por ejemplo, nuevos proyectos sobre las minas de carbón, determinados actos llevados a cabo por un país extranjero con relación a su política económica o algún nuevo negocio ruinoso, requieren una cierta flexibilidad o discreción administrativa.

4) (Este apartado se aplica de modo más especial a los Estados Unidos).

Algunos sectores legislativos son muy poco claros respecto de lo que ha de hacer el Congreso, que vacila, por lo que es muy importante que el Congreso valore de acuerdo con el Ejecutivo — De aquí que se dependa de la experiencia y progreso de comisiones, como la Comisión Federal de Comercio, la Comisión Interestatal de Comisión.”

O Parlamento, hoje, tem de atuar mais fortemente nos debates das grandes questões, na captação dos anseios populares e na fixação de princípios e diretrizes da política nacional global. O que não exclui sua participação na feitura das leis, seja iniciando-as, seja discutindo, emendando, aceitando ou rejeitando projetos. E sem nenhuma diminuição,

(32) Herman Finer — *Teoría y Práctica del Gobierno Moderno* — Traducción de Enrique Tierno Galván — Editorial Tecnos, S/A — Madrid, 1964.

igualmente, de suas funções fiscalizadoras. E isso não é pouco. No mais, é contar com o Executivo, dele recebendo e a ele dando a colaboração necessária em tudo que diga respeito aos negócios nacionais.

VII — O Poder Legislativo no Brasil

Feita essa incursão teórica no mundo das relações entre os chamados "Poderes" do Estado, voltemos a considerar, de modo mais direto, esse problema no Brasil.

Repitamos que, ao contrário do que apregoam alguns, o Poder Legislativo, hoje, em nosso País, está constitucionalmente estruturado em termos que lhe asseguram uma larga competência no estudo e no encaminhamento, através das leis, dos grandes problemas nacionais.

O orçamento, a dívida pública, o efetivo das Forças Armadas, planos e programas, criação de cargos e fixação de vencimentos, limites de territórios, transferência de sedes de governo, concessão de anistia, organização administrativa e judiciária dos territórios, comissões de inquérito, nomeação de Ministros, Embaixadores e Governadores, autorização para empréstimos externos, sobre tudo isso, matéria de competência da União, pode dispor o Congresso, com a sanção do Presidente da República.

Quer dizer: é amplíssima a competência do Legislativo. E o fato de o Presidente da República poder usar o veto contra os projetos de lei que ele elaborar, não lhe diminui a autoridade, pois pode, igualmente, rejeitar esse veto:

"A menção à sanção presidencial não deve levar ao engano de que, sem ela, não se completa a elaboração de disposições relativas à matéria aqui enunciada. Isso seria conferir ao veto um caráter absoluto que o mesmo não possui no direito constitucional em vigor. Na verdade, o veto pode ser sempre superado por uma nova deliberação do Congresso" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO) (33).

Além disso, o Congresso, em determinadas matérias, tem competência absoluta, como no processo e julgamento do Presidente da República, na apreciação de tratados, na aprovação de Ministros e Embaixadores, nos atos de declaração de guerra e de celebração de paz, na passagem ou permanência temporária de forças estrangeiras no território nacional, no afastamento do Presidente e do Vice-Presidente, quando se ausentarem do País, na aprovação ou suspensão de intervenção federal ou estado de sítio, na incorporação ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios, na mudança de sua sede, na fixação dos subsídios dos Parlamentares e do Presidente e Vice-Presidente da República.

Como se vê, não falta trabalho ao Congresso, dentro de sua jurisdição própria, nem naquela área em que ele atua conjuntamente com o Executivo.

(33) Manoel Gonçalves Ferreira Filho — Comentários à Constituição Brasileira — Edição Saraiva — São Paulo, 1972.

E se essa competência, hoje, não é ilimitada, mesmo no domínio da elaboração das leis, o mesmo acontece em relação ao Executivo, inclusive em seu campo próprio de ação.

Tudo porque os interesses da democracia revelaram que o sistema de pesos e contrapesos hoje se manifesta em termos de um perfeito enlaçamento de poderes, tendo em mira o bem comum.

O fato é que o poder fiscalizador do Congresso brasileiro dos atos do Executivo é grande e carregado de responsabilidade. A rigor, é quase sem limites. Todos os fatos e atos direta ou indiretamente relacionados com a competência da União podem ser pelo Congresso examinados. Pode o Congresso discuti-los, divulgá-los, criticá-los, mostrando erros e acertos e possibilitando, assim, por pressão da opinião pública, que ele traduz, uma mudança de atitudes ou de rumos do Executivo. Falta, sem dúvida, ao Parlamento, no caso, o poder de sanção. Não pode punir, nem anular. Mas as suas críticas têm efeito moral. Além disso, nada impede que, após um inquérito, por exemplo, o Congresso faça uma lei, relativamente ao assunto pesquisado, para corrigir o que achou errado na área executiva. CLAUDIO PACHECO ⁽³⁴⁾ assim falou a respeito:

“É reconhecida a enorme extensão deste poder de inspeção, também denominado de competência geral de controle, que ainda mais se alarga pelo fato de não constar qualquer demarcação de limites àquela faculdade para instituir comissão de inquérito, pelo que ao menos se admitiu que se deve estender a todos os fatos direta ou indiretamente relacionados com a competência geral do Congresso. No sistema da Constituição brasileira, esta competência é a mais ampla e então, em círculo com ela, aquela competência geral de controle tem uma incalculável amplitude. Apenas haverá um elemento de limitação ou de vacilações, na omissão constitucional de qualquer indicação para os efeitos, as decisões ou o desfecho dos inquéritos. Não está explícito se, pelas conclusões da sindicância, o corpo legislativo pode revogar ou obstar os efeitos dos atos apurados e considerados como insubsistentes. Certamente poderá fazê-lo por todas as providências que estejam dentro da área de sua competência constitucional, por todos os provimentos legislativos do seu âmbito, ocorrendo certamente, quanto ao mais, um efeito indeterminado, embora efetivo, de repressão moral.”

O art. 37 da Constituição vigente dá essa competência ampla ao Congresso, para efeito de proceder a comissões de inquérito, sendo válido ainda, portanto, o comentário de CLAUDIO PACHECO, conquanto feito acerca da Carta de 1946.

É grande, pois, essa faculdade de fiscalização que o Congresso possui, a qual alcança, também, a Administração Indireta, onde, por

(34) Cláudio Pacheco — *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. V — Rio, 1965.

sinal, é mais reclamada por todos, devido ao que nelas tem ocorrido, como bem salienta PONTES DE MIRANDA ⁽³⁵⁾:

“A Constituição de 1967 referiu-se, em muitos pontos, à fiscalização que há de exercer, quanto aos atos do Poder Executivo, o Congresso Nacional. No art. 48 há passo adiante: deixou-se a lei — que não é lei complementar — regular o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ou por aquela, ou por esse, dos atos do Poder Executivo e da Administração descentralizada. A falta de fiscalização da Administração descentralizada tem sido um dos grandes males do Brasil. É de importância frisar-se que a permissão da edição de lei que regule a fiscalização põe nas mãos dos deputados ou dos senadores, ou daqueles e desses, poderes que podem evitar a tumultuosa e calamitosa feitura de portarias e de instruções, a ausência, por parte do Poder Executivo, de exame e vigilância do que se passa com as obras públicas, principalmente nas Administrações descentralizadas, como a das reitorias e das autarquias.”

Malgrado essa posição do Legislativo, não se pode fugir à compreensão de que, no Estado moderno, o Executivo há de ter uma interferência maior na feitura das leis e uma maior liberdade para agir no campo político. É que os acontecimentos, tanto no plano internacional quanto no nacional, precipitam-se com uma celeridade incrível, criando situações inesperadas e que exigem ação imediata, sob pena de sacrifícios gerais e prejuízos às vezes irremediáveis para o País.

Porque o Congresso, por sua natureza, não dispõe de certos elementos, cumpre ao Executivo, pelos recursos que lhe são próprios, e por imperativo de segurança, de ordem e de afirmação de nossa soberania, tomar providências prontas e decisivas, em determinadas conjunturas, o que só é possível se ele dispuser de uma competência maior para comandar o governo.

É desse tipo o Estado brasileiro. O Executivo é forte. Mas o Legislativo, ao contrário do que dizem alguns, continua um Órgão largamente capacitado para o exercício de suas atribuições, pois lhe é facultado, através da lei e outros atos, fazer-se presente em todos os setores de atividade. Executivo forte não significa Legislativo fraco.

São muitas as prerrogativas do Congresso. Este, às vezes, se omite. Que se culpe então a si próprio e não transfira essa culpa a outrem. Seus poderes são vastos; enorme a sua responsabilidade. O negócio é trabalhar. Entender a política como ciência do Estado. Ver no Estado um instrumento de realização nacional. E visar, sempre, o bem comum, lado a lado com os outros dois órgãos maiores de Governo, o Executivo e o Judiciário. Que maiores prerrogativas, pois, que essas que já possui, de poder, pela fiscalização, dar a tônica do processo de desenvolvimento global do País?

(35) Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1967 — Tomo III — Editora Revista dos Tribunais.

Mesmo certos dispositivos considerados autoritários, da Carta Magna, o Congresso pode alterar, se o quiser, pois tem o poder de emenda. Pode, inclusive, revogar o art. 182 daquele Estatuto. Tudo isso é admissível, no Estado brasileiro, tudo isso fala de um Legislativo também forte. E tudo isso está certo, porque o Parlamento é o povo.

Entretanto, é também, e ainda, o povo (Colégio Eleitoral, conjunto de representantes do povo) quem elege o Presidente da República. Logo, o Presidente também é o povo.

Assim, a interferência do Legislativo no Executivo justifica a do Executivo no Legislativo. E isso sucede. Acontece porque Executivo, Legislativo e Judiciário não são Poderes. Poder ou é ou não é. Poder é o Poder Nacional, o poder do Estado, que é a Nação juridicamente estruturada. O Estado se movimenta através do governo. Governo são os três órgãos — Legislativo, Judiciário e Executivo — atuando, solidários, numa tarefa comum, visando a um fim comum. Mas, se o Presidente também é o povo, e se ao Executivo incumbe o comando do governo, então não há como não reconhecer a necessidade de um Executivo habilitado a bem cumprir os seus encargos. Em todos os Estados modernos isso se verifica. E também no Brasil. Os fatos, como expõe MICHEL TEMER⁽³⁶⁾, são esses:

“Duas realidades se põem aos olhos do observador, seja leigo, seja jurista: a fática e a jurídica. Nem sempre elas coincidem, embora certos pontos devam ser coincidentes e derivados do Direito pela simples razão de que este apanhou os fatos e os definiu, a fim de que assim fossem observados pelo núcleo social por ele criado.

Tal é, precisamente, o caso da ordem coativa de comportamento imposta pelo Estado, vale dizer, pela ordem normativa. Ao tempo do absolutismo soberano, dotado de poder incontrastável de mando, estabelecia a ordem normativa que regeria o comportamento de seus súditos, a sua vontade era produtora dos atos gerais que obrigavam seus comandados.

A função de natureza legislativa, pois, era por ele exercida e, como ainda não se manifestara o gênio de CHARLES DE SECONDAT, o Barão de Montesquieu, sistematizador das várias tendências doutrinárias propugnadoras do exercício de cada função (a legislativa, a executiva e a judiciária) por órgãos distintos e independentes uns dos outros, o soberano exercia também as demais funções de natureza executiva e judiciária.

Quando, porém, após sangrentos episódios históricos, tripartiu-se o poder, distinguindo as funções para entregá-las a órgãos independentes uns dos outros, mas de atividades harmônicas, **a função de natureza legislativa foi entregue ao povo que, por**

(36) Michel Temer: “Executivo forte: equívoco no plano jurídico” in *Revista da Consultoria-Geral do Estado* — Vol. 8 — N.º 21 — 1978 — Publicação do Instituto de Informática — Estado do Rio Grande do Sul.

melo de representantes, passou a editar ordem normativa para satisfazer as suas aspirações, conhecendo o mundo, então, o que a ciência política convencionou denominar de "Estado de Direito".

A função executiva, por sua vez, competiu ao monarca, que passou a agir na conformidade da lei, nos moldes daquilo que o povo, por seus representantes, entendia adequado aos seus anseios. A preocupação dos povos foi a de conferir inquestionável preponderância à atividade legislativa, ficando a executiva adstrita ao disposto na lei. Preponderava, assim, a vontade geral em relação à vontade individual.

Apesar de ser esta a fórmula original do fenômeno da tripartição do poder, o certo é que se apregoa, presentemente, a necessidade de um Executivo "forte", capaz de agir com presteza, porque as questões de governo demandam soluções rápidas e eficazes. E a verdade é que a ordem jurídica nacional, editada a partir de 1964, caminhou no sentido de atender a tal postulado político.

Tanto foi assim que se ampliou consideravelmente a participação do Presidente da República no processo legislativo. Antes, adstrita a sua participação à sanção e ao veto, bem como à iniciativa das leis (arts. 67 e 70 da Constituição Federal de 1946), alargou-se agora o campo material de sua iniciativa exclusiva (art. 57 da Constituição Federal de 1969), permitindo-lhe a elaboração de atos com força de lei, como é o caso dos decretos-leis (art. 55 da Constituição Federal) e a possibilidade da edição de leis delegadas (art. 52 da Constituição Federal)."

Vê-se, pois, que, se antes o Executivo tinha poderes absolutos (os antigos monarcas), e se, em certa época, as Assembléias absorveram em sua competência um poder maior (Revolução Francesa), tenta-se, agora, um equilíbrio na relação dos dois Poderes, buscando-se integrá-los e movimentá-los solidariamente, num processo harmônico e que tem por objetivo a consecução do bem comum, mas dando-se ao Executivo, sem dúvida, o comando da nau governamental.

Prossegue MICHEL TEMER (87):

"A partir deste alargamento da participação do Executivo no processo legislativo, concebeu-se a idéia do Executivo "forte", de um poder cuja atividade prepondera em relação à do Legislativo. Teria havido uma inversão em relação às primeiras idéias do Poder tripartido, as quais colocavam o Legislativo como mobilizador da atividade executiva.

Mas esta concepção não encontra suporte na realidade constitucional, e por isto mesmo é falsa e destituída de rigor científico.

(87) Michel Temer — obra citada.

O exame das disposições constitucionais pertinentes às espécies legislativas previstas no art. 46 da Lei Magna ressalta o engano daquela concepção."

A análise de MICHEL TEMER aborda proficientemente o assunto, ressaltando aspectos geralmente negligenciados pelos críticos apressados.

Realmente, pela colocação constitucional do problema, podemos dizer que não cabe falar em Executivo forte, e, sim, em Estado forte. Mas de um Estado democrático, em essência, porque o Parlamento, expressão colegiada do povo, tem uma posição preponderante na Constituição e na movimentação da ordem institucional. É dele a última palavra, sempre. Nem se confunda o órgão com os indivíduos que nele servem. Se há parlamentares que não estudam, que negligenciam seus deveres, que não discutem projetos, que não alteram leis, que não debatem problemas, que se omitem, afinal, em sua conduta, não culpem por isso a Constituição, nem o regime, nem o Executivo, culpem-se a si próprios. A verdade é que o Legislativo tem plenas condições legais de dispor, a seu arbítrio, do processo governamental, no que tange à apresentação ou discussão de projetos, crítica e fiscalização dos negócios públicos.

Pode o Congresso, dessarte, informar o regime segundo sua própria filosofia política, a ser traduzida num determinado ordenamento jurídico. É como diz, ainda, MICHEL TEMER (38):

"Não se pode ignorar que no **plano político** houve especial fortalecimento do Executivo, que se refletiu na ordem jurídica nacional. Mas daí não se pode extrair a ilação segundo a qual, atualmente, no **plano jurídico**, a atividade do Executivo prepondera sobre a do Legislativo. Este, utilizando-se do instrumental que o constituinte lhe confere, é ainda, e apesar de tudo, o inaugurador da normatividade primária infraconstitucional. Daí não se pode falar, no **plano jurídico**, de Executivo forte."

É, pois, de acatar-se, por conveniente, uma **autonomia** nos chamados Poderes do Estado, nunca, porém, uma **divisão**, uma **separação**, uma **independência**. Pois existe um enlace entre eles, que, a rigor, digamos, mais uma vez — são órgãos de um só Poder. No Estado, uma de cujas características é a sua unidade, não cabem três Poderes **distintos**. Separar o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como Poderes independentes é negar o Estado, cujo Poder eles integram, mas apenas como órgãos diferenciados. O poder, em última instância, é da Nação, que se projeta no Estado, e, através do Estado e com o Estado, se move, se afirma e se realiza como um ente político soberano.

As atividades do Legislativo, do Judiciário e do Executivo são afins, se interpenetram, tendem a um único fim.

O tempo de MONTESQUIEU já vai longe. Passou a era do romantismo liberalesco. A crença na livre concorrência só é hoje seguida pelos que, através dela, procuram subjugar o próximo, pois é invocando essa

(38) Michel Temer — obra citada.

crença que os "peixes grandes" devoram os "peixes pequenos". Não é honesto permitir-se uma concorrência livre entre forças desiguais, seja no plano político interno, seja no externo. Liberalismo econômico redundaria necessariamente na escravização do "fraco" pelo "forte". E dos Estados subdesenvolvidos ou em desenvolvimento pelas grandes potências. Agora, os tempos são outros. O Estado deixou de ser uma entidade abstrata, um corpo estranho à nação, um apêndice político. O Estado é a Nação mesma, em sua organização perfeita. E nação é povo, todo o povo. O Estado, hoje, tem assim, de ser onipotente e onipresente. Dentro, é claro, de uma moldura jurídica e sem jamais fugir à sua missão, que é a de servir ao homem. Há, pois, o Estado, de ser uno, indiviso, homogêneo, nacional e humano.

A liberdade, claro, é ainda um dos valores básicos na vida dos homens. Mas não pode ser exercida sem limites, e o seu limite está no respeito à liberdade do próximo, seja este um indivíduo ou um povo. Não se pode conceber uma liberdade que implique escravização do nosso semelhante. Não pode haver liberdade para exploração dos povos por alguns Estados privilegiados. Dessa maneira, não basta liberdade para votar, para ir aos templos, para xingar, para protestar. É preciso liberdade para trabalhar, para morar, para se alimentar, para estudar, para amar, para viver. O miserável não é livre. E o liberalismo favoreceu a expansão da miséria pela permissibilidade de seus conceitos e normas, que tanto forçaram o distanciamento social dos homens, separados em ricos e pobres. O Estado, hoje, quer a liberdade, mas para todos, a fim de que todos, usando-a, possam tentar a sua plena realização como indivíduos e como pessoas, o que só pode ser alcançado por intermédio do Estado, pois só este é capaz de criar e garantir condições gerais de existência que ensejem a todos igualdade de oportunidades.

O Estado, hoje, não existe apenas para assegurar aos indivíduos uma plena liberdade de movimentação, com vistas à satisfação de seus interesses, e, sim, principalmente, para tentar o bem comum, e o bem comum é o bem de todos os indivíduos que compõem a coletividade nacional. O Estado, hoje, tem fins precisos, que consistem em propiciar a todos os cidadãos o direito à educação, o direito ao trabalho, o direito à liberdade, o direito à assistência, o direito à saúde, o direito ao ideal, o direito à vida. Ora, um Estado desse tipo há de ter seus órgãos de governo operando de maneira solidária, pronta e integral. Não pode, em nenhum momento, ser um Estado dividido.

O liberalismo acabou. Acabou o Estado-gendarme, abstermismo, artificial, omissivo, ausente.

Separar o Poder do Estado em Poderes distintos e independentes é esvaziar o Poder, é negar o Estado, é impedir o governo.

Estado é nação. Nação ordenada em termos jurídicos. Um todo articulado. Uma ordem legal. Uma coisa viva e atuante. O poder pertence à Nação, ao Estado, onde ela se informa, e que exerce esse poder através de órgãos específicos, obedientes, estes, ao princípio da divisão do

trabalho, mas todos trabalhando para um objetivo único. O Estado há de ser, é, teleológico. Seu fim último é o homem, pois é no homem que ele se motiva, com o homem que ele se movimenta, ao homem que ele serve. O Estado liberal só se preocupava com a liberdade política, o resto ficava por conta da competição, os mais fortes, os mais audazes, os mais afortunados — e também os menos escrupulosos — vencendo sempre.

No Estado moderno a liberdade não é um valor absoluto, pois tem um condicionamento humano e é colocada em função dos interesses totais de todos os homens, de todas as coletividades, de todas as nações.

Isso posto, não há como falar-se, nos dias fluentes, de um relacionamento dos “Poderes” do Estado em termos de independência — o que pressupõe competição, nem de paralelismos — que presume rumos diferentes, mas de harmonia, de colaboração, de unidade, de complementação, de organicidade.

IX — Como entender o problema

Parece-nos aconselhável repetir a afirmação de que não há, em realidade, “Poderes” distintos e independentes no Estado, e sim órgãos, apenas autônomos. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário constituem esses órgãos maiores e devem funcionar, em relação ao Estado, como a cabeça, o tronco e os membros funcionam em relação ao indivíduo humano. Há, entre esses órgãos, um desempenho articulado, um enlace de funções, uma interação permanente. Ora, quando, num ser humano, os órgãos não estão devidamente sintonizados, ele adoce, pode até morrer. Assim, no Estado onde o Executivo, o Judiciário e o Legislativo não afinam sua conduta por um mesmo ritmo.

Esse o entendimento político a prevalecer na conceituação dos Poderes no Estado moderno, tão convincentemente explicado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (39):

“Não levaria a lugar algum o exame da situação do Legislativo caso se descurasse do problema da divisão de poderes no Estado contemporâneo, em face da realidade e da missão hoje ao mesmo atribuída.

MONTESQUIEU, ao erigir o sistema da separação de poderes, tinha em mente um Estado — cumpre salientar — que visava a liberdade dos cidadãos, e não a prosperidade ou o bem-estar destes. Para ele, a legítima finalidade do Estado era garantir a todos o máximo de liberdade, compatível com a vida social. A felicidade do homem não se incluía entre as tarefas assumidas pelo Estado. Competia a este, segundo o pensamento exposto no **O Espírito das Leis**, apenas estabelecer e manter as regras, fixar e impor a ordem, o quadro jurídico, dentro do qual cada um

(39) Manoel Gonçalves Ferreira Filho — “O Poder Legislativo e sua missão” — Conferência pronunciada em 1.º de janeiro de 1973, na Câmara Municipal de Ribeirão Preto — In *Convivium — Investigação e Cultura* — Ano XII — n.º 3 — 1973.

cuidaria dos próprios interesses, do próprio bem-estar. Dentro do qual todos poderiam buscar a felicidade em segurança. Em segurança, porque cada qual conheceria claramente as normas que deveria respeitar. Em segurança porque cada um saberia que os outros haveriam de obedecer a essas mesmas normas.

Nesse plano é que se compreende a divisão de poderes. Ao Legislativo não caberia mais do que editar essas regras, ao Executivo assegurar o seu cumprimento por todos, pela força se preciso, ao Judiciário resolver objetiva e imparcialmente os litígios que eventualmente surgissem, definindo o alcance, a extensão, a interpretação dessas normas.

Outra é a finalidade que o pensamento contemporâneo defere ao Estado. A concepção prevalecente é a de que este, em vez de apenas assegurar que uns não sejam embaraçados ou prejudicados por outros, na busca de seus interesses legítimos, na procura da felicidade, deve ele próprio estabelecer a prosperidade geral. Assim, a atividade do Estado se inspira numa meta que é conquistar para todos o bem-estar.

Tal missão desloca o fulcro da ação estatal. No Estado liberal, pressuposto na separação de poderes, era esta eminentemente jurídica. Fazer a lei, aplicar a lei, julgar segundo a lei. No Estado contemporâneo é ela eminentemente econômica, pois é a expansão da economia condição imprescindível da prosperidade geral. De fato, para criar o bem-estar, tem o Estado de fornecer trabalho e impor remuneração condigna, a fim de que não falte para ninguém o alimento, a habitação, o vestuário. Tem de zelar pela saúde de toda a população, de propiciar a todos instrução. Em tal contexto, o político e o econômico profundamente se permeiam, dificilmente se distinguem."

O povo tem, portanto, hoje, uma visão política de maior alcance, pois situa a política como um processo de desenvolvimento nacional global, sendo o Estado a mola propulsora desse desenvolvimento, pelo que há ele, o Estado, de estar **presente** não só na área jurídica, mas também na social e na econômica, com poderes suficientes para, em cada uma dessas áreas, criar e garantir ao homem condições que lhe permitam sua real e integral realização. "Neste quadro" — como diz, ainda, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ⁽⁴⁰⁾ — "evidentemente outra é a relação entre o Executivo e o Legislativo, diversa é a função que cada um desempenha no âmbito geral do governo da sociedade", e acrescenta:

"Tem o Executivo, necessária e naturalmente, um papel preeminente na promoção do bem-estar, missão última a que se destina o Estado na sociedade contemporânea. Por um lado, somente ele tem a possibilidade de decisões prontas, firmes e fle-

(40) Manoel Gonçalves Ferreira Filho — O Poder Legislativo e sua missão — obra citada.

xíveis que reclama a direção da economia. Somente ele pode pilotar as forças produtivas no dia-a-dia, conduzindo-as para o atendimento do interesse geral por entre os problemas e dificuldades que a cada momento se levantam. Conforme salienta BERTRAND DE JOUVENEL, com rara felicidade: "A política econômica e social é uma especulação sobre o futuro que reclama uma contínua revisão dos cálculos e conseqüentemente, reajustamento das medidas tomadas. Essa tarefa exige um **modus operandi** mais leve e mais maleável do que a votação de leis."

Por outro lado, como nas democracias atuais, estruturadas em partidos, nele se concentra a cúpula destes, forçoso é aceitar que a ele se atribua a orientação geral do Governo."

Nem por isso, todavia, o Legislativo ficou marginalizado. Se o Executivo tem **maior campo de ação**, o Legislativo tem **área maior de criação**, de crítica, de captação, de debate, de doutrinação.

O Legislativo discute, examina, ausculta, modifica, indica, propõe soluções. O Executivo realiza os planos e os programas, à procura das soluções propostas, e, como só ele dispõe dos recursos, o seu papel, no processo de desenvolvimento do País, é mais visível.

No Legislativo, no entanto, estão os representantes diretos do povo. Eleitos pelos diversos partidos, e não apenas pelo partido principal. Donde sua importância como órgão do Estado. O Parlamento traduz o pensamento de todas as camadas da população. Tem, por isso, uma dimensão nacional maior do que o Executivo, que só se projeta nacionalmente porque vincula-se, necessariamente, ao Legislativo, em sua tarefa governamental, nele se escorando e se inspirando. No Executivo tem assento o partido vencedor. No Legislativo se representam todos os partidos. E as minorias também são povo, também compõem a nação, que, às vezes, como a nação brasileira, tem uma formação verdadeiramente universal, visto que nela, praticamente, fundem-se todas as raças.

Os órgãos (Poderes) do Estado participam do governo em igualdade de condições, embora operem, no exercício de suas funções, de maneiras diferentes.

É assim no Estado moderno, onde observa, ainda, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (41):

"Em tal quadro, porém, não se amesquinha a função do Legislativo, nem lhe é sonogada participação na orientação política geral. Realmente, se o Executivo se torna a mola mestra que impulsiona politicamente o Estado, nem por isso tal impulso se faz, ou se pode fazer, sem a colaboração e a participação do Legislativo.

(41) Manoel Gonçalves Ferreira Filho — O Poder Legislativo e sua missão — obra citada.

Na definição da orientação de governo como no estabelecimento das normas dirigidas à realização das metas programadas, é indispensável uma conciliação entre os interesses antagônicos dos inúmeros grupos que compõem a sociedade. Esta conciliação presume uma arbitragem, sempre levando em conta o bem comum. Como foi salientado noutra trabalho, já a lei escrita trazia consigo, historicamente falando, "a idéia de arbitragem, de ponderação imparcial dos interesses particulares, em nome de uma idéia de Justiça mais objetiva porque desvinculada do particularismo de pretensões divergentes, porque desligada, numa certa medida, da relação de forças entre os grupos interessados".

Na estrutura governamental, o lugar próprio desta arbitragem é o Parlamento. Neste se reúnem os representantes do povo, incumbidos de uma dupla missão: transmitir a opinião dos governados sobre os problemas em debate, tomar a decisão mais condizente com o interesse geral e com a Justiça, ouvidas e ponderadas as razões de todos.

Para a conciliação e por ocasião dela, abre-se naturalmente um amplo debate sobre o plano de governo e sobre as proposições que o implementam. Nesta discussão mais uma vez contribui o Legislativo para o regime.

De fato, não só o debate contribui para esclarecer aspectos muitas vezes descurados, trazendo por isso melhoria e aperfeiçoamento para as propostas, como também preenche uma das necessidades elementares da democracia. Nesta é ponto fundamental a decisão do povo, em última instância, sobre a política de governo. Ora, isto pressupõe, como dizia ROUSSAN, que somente delibere o povo "quando suficientemente informado". Ninguém deve ser chamado a decidir sobre aquilo que desconhece, ninguém pode tomar decisão racional se não conta com ampla informação sobre o tema discutido.

Ora, o debate parlamentar é um dos meios pelos quais se difunde entre o povo a informação sobre os grandes problemas políticos. Mormente porque a imprensa livre pode reproduzi-los, estendendo por toda parte o alcance de tal debate. Assume este, destarte, um inegável caráter educativo, pois no contraste dos argumentos, no confronto dos aplausos e da crítica, ganha o cidadão conhecimento matizado e lapidado do **porquê** e do **para que** das medidas governamentais, dos mais variados aspectos de todos os problemas que a Nação há de enfrentar".

E continua:

"Por outro lado, esse debate enseja o indispensável controle sobre o Executivo. Por ele facilmente se pode verificar se há fidelidade e respeito à opção popular, com ele se torna possí-

vel responsabilizar os governantes pelos atos e pelas omissões prejudiciais ao interesse comum.”

Diz, ainda:

“Afora essa contribuição que o Legislativo tem no estabelecimento, no debate e no controle da política governamental, é preciso não olvidar o papel que ele continua a ter, em primeiro lugar, na elaboração das leis.

Ao Parlamento compete, como tarefa mais nobre, estabelecer o conteúdo da lei. Sem dúvida, essa função ele a exerce com a participação do Executivo que nela intervém pela iniciativa e pela sanção final. Ora, “no Estado de Direito somente a lei gera obrigações.”

Recorda, mais, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (42):

“Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, reza a Constituição.”

E acrescenta:

“É verdade que não cabe apenas ao Legislativo, no direito atual, a elaboração de atos com força de lei. Em quase toda parte, como no Brasil atual, ao Executivo é dado o poder de editá-los, seja por força de delegação — caso das leis delegadas — seja por meio da atribuição de um verdadeiro poder de regulação de determinadas matérias, dispensada autorização parlamentar — caso dos decretos-leis, circunscritos no Brasil à segurança nacional, à criação de cargos e às normas financeiras e tributárias. Entretanto, mesmo esses atos estão sob o controle do Legislativo. As leis delegadas presumem expressa autorização, bem como o estabelecimento de certos padrões, ou **standards**, que sirvam de orientação para o Executivo. Os próprios decretos-leis se sujeitam à aprovação parlamentar.”

Conclusões

Dessas considerações todas, lastreadas na realidade dos Estados modernos, entre os quais o Estado brasileiro, deduz-se, necessariamente, em resumo, que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, embora autônomos, não são independentes, pelo que não são **Poderes**, mas órgãos de um Poder.

Ninguém submete ninguém, não há hierarquia, há é um enlaçamento perfeito entre eles, que operam, não paralelamente, mas conjuntamente, em áreas diferenciadas mas interligadas, numa mesma direção.

(42) Manoel Gonçalves Ferreira Filho — O Poder Legislativo e sua missão — obra citada.

O governo se realiza mediante as operações levadas a efeito por esses órgãos em seus setores próprios de atuação. Mas essas operações — do Executivo, do Judiciário e do Legislativo — são operações de um mesmo governo, num mesmo Estado. Donde a observação de FIDES OMMATI ⁽⁴³⁾:

“São os poderes do Estado, com efeito, um sistema de vasos comunicantes, e quanto mais houver essa comunicação e essa ajuda mútua, de forma compreensiva e harmônica, melhormente funcionará o mecanismo estatal, com conseqüências positivas na vida da Nação.”

É certo que o Chefe do Executivo é o Chefe da Nação. Em suas mãos se enfeixa a responsabilidade política maior. Ele, conquanto eleito por um partido, ou por alguns partidos, uma vez na presidência tem de se conduzir como o representante mór da nação. O partido que o elegeu deve dar a tônica ideológica da sua conduta, porém o Presidente tem de ser sensível às aspirações das outras camadas da população, mesmo as que integrem partidos sem representatividade parlamentar. Portanto, como acentua TEMISTOCLES CAVALCANTI ⁽⁴⁴⁾, o importante “para a renovação da estrutura dos poderes deve partir de uma reformulação do tipo de relações entre eles. Para isso é necessária a revisão das condições em que cada poder é exercido, e disciplinar as relações entre eles, de forma a assegurar a autonomia de cada um, o perfeito relacionamento entre eles e a inteira eficácia de suas funções”. O importante, assim pensamos, é que, antes de mais nada, todos se convençam de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário **não são Poderes**, harmônicos e independentes, e **sim órgãos de um mesmo Poder**, autônomos e solidários. A compreensão e a conscientização dessa verdade facilitará a tarefa do Governo. O fato, como também realça TEMISTOCLES CAVALCANTI ⁽⁴⁵⁾, é que o “Presidente da República tem no Legislativo o seu apoio político, as bases políticas para obter a sua participação e colaboração nos planos de governo”, e “é nos planos de governo afinal que se assenta toda a política econômica, social e administrativa de qualquer país, porque o governo tem os meios para elaborar esses planos”.

Cada órgão do Poder tem uma contribuição a dar ao Estado, e a do Legislativo é relevante, pois ele é o próprio povo na variedade de suas aspirações multiformes. Faltam, porém, ao Legislativo condições técnicas e materiais para pesquisas e planejamentos globais, que pode sugerir, debater e orientar, mas nunca fazer. Por isso, os planos de governo têm de partir do Executivo, incumbindo ao Legislativo discuti-los, corrigi-los, aperfeiçoá-los ou recusá-los.

(43) Fides Ommati — “Dos Frelos e Contrapesos entre os Poderes do Estado” — In Revista de Informação Legislativa — n.º 55, Senado Federal — 1977.

(44) Temístocles Cavalcanti — “O Poder Executivo e suas relações com o Poder Legislativo” — In Carta Mensal — Órgão do Conselho Técnico da CNC — n.º 214 — Rio, 1973.

(45) Temístocles Cavalcanti — obra citada.

Cada órgão dará ao Estado o que lhe for possível; o Executivo, os programas, os recursos, a tecnologia, a especialização; o Legislativo, a crítica, a visão global dos assuntos, o pensamento do povo sobre as teses em debate; o Executivo elabora os programas, fornece as informações, indica os recursos; o Legislativo democratiza os projetos e nacionaliza as soluções, na medida em que os parlamentares, delegados de todas as classes e todas as regiões do País, têm sempre uma contribuição a dar para um melhor acabamento dos projetos e planos do Executivo.

Tudo isso leva, no Estado moderno, a uma integração maior dos Poderes, predominando, é inegável, o Executivo, na coordenação do processo de desenvolvimento nacional.

Compreendeu-se, outrossim, de maneira definitiva, que sendo o Estado um instrumento de realização nacional dos povos, há ele de ter uma presença efetiva e constante em todas as áreas e em todos os planos de atividade, não havendo mais como nem por que impedir-se a sua intervenção nesses setores.

Conseqüentemente, o Presidente da República, que é o Chefe do Estado, há de ter a responsabilidade maior na condução desse processo desenvolvimentista. Daí a maior presença do Executivo na obra governamental. Tal é um fato de verificação constante, no Estado moderno. CLÓVIS RAMALHETE ⁽⁴⁶⁾ insiste nesse ponto:

“Os traços mais gerais da transformação atual do Estado parecem ser os seguintes: na face interna, o aumento do poder e a ampliação de competências aceitas; o ocaso da concepção ortodoxa ou absoluta, da separação dos Poderes, com a conseqüente imposição do conceito de “enlace dos Poderes”, entre governo e Legislativo. O primado do Executivo parece de fácil verificação em Direito Constitucional Comparado, mas dele resulta o atual problema de reconceituar o Legislativo, para sua **efetividade** no poder e para sua representatividade como intermediante entre sociedade e Estado. O novo conceito da função do Estado agora considerado por toda parte propulsor da vida nacional, ocasionou a ampliação de suas competências e de suas tarefas de tutela.”

Realmente, é necessário não esquecer nunca essa característica que singulariza o Legislativo: ele é o órgão intermediante entre sociedade e Estado. Ou melhor, talvez: o órgão que projeta o povo no Estado. Daí decorre a necessidade de bem se definir o papel do Legislativo no Estado moderno, papel que há de ser de relevo, sob pena de se marginalizar o povo do processo de construção nacional.

No Brasil, vimos, já, fartamente, o Legislativo, ainda na Constituição vigente, foi situado em uma posição superior e de alta responsabilidade.

(46) Clóvis Ramalhete — obra citada.

Quanto ao Judiciário, continua com suas prerrogativas. O Executivo teve dilatada a sua competência.

O certo, agora, e só não vê quem não quer, é que, no Brasil como nas grandes democracias, não mais existe — se é que existiu, realmente, algum dia — separação absoluta de Poderes.

Nas funções administrativas, predomina o Executivo. Nas legislativas, o Parlamento. Mas o Executivo também opera no campo legislativo, e o Parlamento também interfere nas coisas do Executivo. Nessas esferas de atuação principalmente — a legislativa e a executiva — que incluem atividades múltiplas e multiformes, se alicerça o processo político nacional.

Pois bem: política, em seu mais puro significado, é a ciência do Estado, ou a arte de governar, sendo, por conseguinte, coisa de que participam, em conjunto ou separadamente, mas sempre solidariamente, o Executivo e o Legislativo.

A base política, necessária ao Executivo, ou melhor, ao Presidente da República, quem dá é o Congresso, onde atuam os partidos, agremiações representativas das várias camadas da população e das diversas tendências do pensamento do povo.

A sociedade nacional só pelo Parlamento tem uma presença real no governo. Mas o Presidente da República, uma vez eleito, e porque eleito, representa, igualmente, senão toda a sociedade, pelo menos a sua maioria, expressa no partido majoritário, que o elegeu.

O Executivo predomina no governo, mas tão-somente enquanto e o quanto dispõe de recursos e condições para realizar, em tempo hábil, aquilo que a nação precisa. O porta-voz da nação é, no entanto, o Parlamento, que está constitucionalmente capacitado para, mediante leis, traçar os caminhos que a nação deve seguir, o que, na prática, é feito em harmonia com o Executivo, mesmo porque o partido do Presidente tem, normalmente, a maioria nas Casas Legislativas.

De qualquer modo, modernamente, os interesses de segurança e de resguardo da soberania das nações exigem um Executivo mais livre e atuante. É isso o que se vê em todo mundo. E no Brasil também. Por tudo isso, não se pode mais falar em divisão de Poderes. As palavras soam falsas. Porque não têm nenhum conteúdo real. O que existe, em verdade, de relevante, é o enlace dos Poderes, que, como assinala CLÓVIS RAMALHETE (47), “hoje ocupa o lugar dos objetivos políticos que haviam construído no passado a **Separção**” e “é fenômeno de relevo nas mudanças no Estado moderno”.

(47) Clóvis Ramalhete — obra citada.

O decreto-lei na Constituição

RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI
Consultor Jurídico do Ministério da Justiça.
Professor da UnB

SUMÁRIO

1. Justificativa do tema.
2. Seus limites.
3. Seu roteiro.
4. A teoria da divisão dos poderes.
5. Aristóteles.
6. Locke.
7. Montesquieu.
8. Madison.
9. Observações atuais.
10. Universalidade terminológica para uma questão moral.
11. O fortalecimento do Executivo. Suas razões.
12. Seus momentos.
13. O decreto-lei na Itália.
14. Na França.
15. Na Inglaterra.
16. O decreto-lei no Brasil. História.
17. Algumas questões.
18. Delegação ou competência originária.
19. O conteúdo material do decreto-lei.
 - 19.1. A segurança nacional.
 - 19.2. Finanças públicas.
 - 19.3. Criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.
20. Urgência, interesse público e aumento de despesa.
21. A questão do controle da constitucionalidade.
22. O problema da eficácia.
23. O fim ou a evolução do decreto-lei.

1. O decreto com força de lei, ou simplesmente decreto-lei, institucionalizado pela Constituição do Brasil, deve e pode ser estudado sob a luz do Direito Constitucional Comparado. Muitas são as razões.

O instituto, objeto do presente trabalho, não representa idiosincrasia do constitucionalismo brasileiro. Não possui, como de resto quase tudo em direito, aquela marca do inédito, capaz de tornar impossível, ou mesmo inútil e desinteressante, um estudo comparativo.

Relegado a mera técnica jurídica, tornar-se-á incompreensível. Por isso, também, sua análise limitada a uma interpretação formal do texto constitucional não o explica. É preciso indagar de suas fontes doutrinárias, seus paralelos nos outros países, suas causas políticas, enfim, sua razão histórica.

O instituto, na verdade, não se compreende sem o elemento fático que o gerou. Este, porém, inserido na política nacional, não se isola da política do mundo. Ainda mais no século XX, o das comunicações velozes e o da tecnologia surpreendente, em que dificilmente se pode fugir do correlacionismo fenomênico, sempre evidente no terreno das ciências sociais.

Assim, o decreto-lei não é uma extemporaneidade histórica. Ao contrário, julgando os acontecimentos a partir do declínio da liberal democracia, passando-se pela social democracia da Constituição de Weimar, posteriormente pelos regimes ditatoriais, e, ainda, pelas Constituições do após-guerra, verifica-se que o decreto-lei, variável em suas formas, tem sido largamente utilizado.

Por outro lado, os fracassos históricos de sua utilização, as deficiências na sua tecnicidade e instrumentalidade, a sua ineficácia formal, não convalidam sua impropriedade, ao contrário provam seu oportunismo, porque os fatos supervenientes vêm atestar sempre sua importância. Sua ineficiência, paradoxalmente, o consagra.

2. Objetivar-se-á, tão-somente, o decreto-lei constitucionalizado, em que haja controle exercitável por autoridades ou órgãos diferentes dos que o produzem, assim como ele existe na Constituição brasileira. Pois, sem aquele controle, o decreto-lei seria explicável apenas política ou revolucionariamente.

Nesse aspecto, portanto, não deixa de ser curioso que seu estudo seja feito justamente nos lugares em que o dogma constitucional da divisão de poderes reluta em desaparecer. Por isso, não se cuidará aqui, a não ser como menção a fato histórico, do decreto-lei nos Estados totalitários. Eis que neles o problema não existe. No fascismo, por exemplo, os decretos-leis não decorriam de uma delegação do Poder Legislativo, pois emanavam da suprema autoridade legislativa⁽¹⁾, integrada por diversos órgãos; da mesma forma, no regime soviético, ou nos seus modelos, caracterizados por uma concentração de poderes. O Estado socialista da URSS, por definição, é uma ditadura. A lei, expressão da necessidade da classe proletária, é dela instrumento e emana da elite do partido para realizar os fins do Estado, classificado doutrinaria-

(1) MOTTA FILHO, Cândido. *O Poder Executivo e as Ditaduras Constitucionais*, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1940, p. 135.

mente como de transição. Clara, portanto, a ausência de dicotomia na "ditadura do proletariado" entre o decreto, norma emergente do Executivo, e a lei, norma produzida pelo Legislativo, ou pelo Estado na sua função legislativa.

Não se considerará, também, o decreto-lei emanado de governo provisório, na ausência de Poder Legislativo, como é comum ocorrer nos períodos pós-revolucionários, por exemplo, na instauração da República brasileira.

3. O decreto-lei integra uma questão maior, referente à divisão dos poderes, às funções do Estado, ao fortalecimento do Executivo e sua colaboração no processo legislativo. Depois de rápida visão sobre isso, indagar-se-á das Constituições contemporâneas que admitiram o decreto-lei, principalmente aquelas onde o instituto se assemelha ao institucionalizado no Brasil. A seguir, a análise do instituto: seus antecedentes e pressupostos, as dúvidas que suscita, seu alcance e sua crítica, as causas de seu fracasso. Finalmente, as conclusões e as perspectivas do instituto num quadro constitucional.

4. A formulação do princípio da separação dos poderes começa, no plano da história das idéias políticas, em ARISTÓTELES. Depois se aprimora em LOCKE, BOLINGBROKE e MONTESQUIEU. É aplicado na França revolucionária e no regime dos Estados Unidos da América. Apesar das críticas que recebe ⁽²⁾, transforma-se em dogma do Estado Liberal. Em face da sua aplicação e da dinâmica do Estado Moderno, novas doutrinas procuram explicá-lo, partindo principalmente dos conceitos de função, órgão, controle; e procurando compará-los e defini-los diante do que seria o poder, ou os poderes do Estado. A isto acresce a questão das diferenças entre separação, divisão, independência, harmonia, colaboração e intervenção recíproca dos poderes, ou dos órgãos que os exercem.

Na doutrina dos formuladores do princípio, a observação fundamental e necessária consiste em que o contexto histórico e a estrutura do Estado, em que viviam, diferem substancialmente dos nossos ⁽³⁾.

5. O estagirita, na sua *Política*, depois de tratar da definição e estrutura do Estado, da economia doméstica, do escravo, da propriedade, da teoria da comunidade ideal, dos melhores Estados existentes, do cidadão, da classificação das Constituições, da democracia e oligarquia, da monarquia, das formas desta, ressalvadas sempre as diferenças dessas expressões no pensamento aristotélico com as que usamos atualmente, inicia o Livro IV tratando dos vários tipos de Constituição. E ali observa que o Estado ideal é frequentemente inalcançável. O verdadeiro legislador e o estadista precisam considerar não somente o "ótimo", considerado abstratamente, mas o melhor em

(2) NAVARRO DE BRITO, Luiz. *O Veto Legislativo — Estudo Comparado*, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1966, cita, a propósito, o discurso de JULES GRÉVY em 6-10-1848; BURDEAU, Georges. *Tratado*, Tomo IV, p. 296; AMADEE BONDE, *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 1927.

(3) PONTES DE MIRANDA. *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional*, RJ, Freitas Bastos, 1932, pp. 320/321; VICTOR NUNES LEAL. "A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia" in *Cinco Estudos*, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1965, pp. 95 e 99; THEMISTOCLES CAVALCANTI. "O Princípio da Separação dos Poderes e suas Modernas Aplicações", *ibidem*, p. 2.

face das circunstâncias. Com base nisto, passa a analisar os diversos tipos de regime e de governo, os quais já havia definido, visando àquilo que se deve fazer para obter neles o melhor resultado. Seguindo neste raciocínio, finaliza o Livro IV, capítulos 14, 15 e 16, tratando das três partes do governo, as quais deve o legislador atentar para ver a Constituição do Estado. "Todas as Constituições têm três elementos, nos quais o bom legislador deve olhar o que é próprio de cada uma delas. Quando eles estão bem ordenados, o governo é bom; e os governos diferem, quando aqueles elementos estão ordenados de forma diferente. Há (a) um elemento que delibera sobre os negócios públicos; outro (b) concernente às magistraturas — quais devem ser, que autoridade devem ter e como devem os magistrados ser eleitos — e (c) o terceiro elemento, que dispõe do poder judicial" (4).

Quanto ao "elemento deliberativo", o principal elemento, diz o filósofo ter ele autoridade em matéria de guerra e paz, fazendo e desfazendo alianças; elabora a lei, impõe a morte, o exílio, o confisco; elege magistrados e os fiscaliza (5). Este elemento varia conforme as Constituições e os tipos de governo.

O segundo elemento corresponderia ao Executivo, o corpo dirigente dos magistrados; ARISTÓTELES considera o número que deve conter, qual o período de sua existência, qual sua competência, como devem ser eleitos, por quem e dentre quais devem ser escolhidos, como devem ser distribuídos, por officios etc. Variando, aqui também, a solução das questões de acordo com o tipo de governo (6).

No terceiro, equivalente ao poder jurisdicional, é imprescindível resolver: os juizes devem ser escolhidos dentre alguns; quantos tipos de tribunais existem; devem os juizes ser eleitos ou não (7). E tratando disto, ARISTÓTELES termina a parte de seu trabalho trazendo importante contribuição para a teoria da divisão e separação dos poderes, repercutindo muitos séculos mais tarde no pensamento do homem dos séculos XVII e XVIII. Além disso, o notável pensador fornece uma das chaves do Direito Constitucional Comparado, ou seja, a classificação das Constituições conforme estejam dispostos os elementos que menciona: "quando eles estão bem ordenados, o governo é bom; e os governos diferem, quando aqueles elementos estão ordenados de forma diferente".

6. JOHN LOCKE, o pai do liberalismo inglês, entusiasta de CROMWELL e dos puritanos, decepcionado, viu com bons olhos a Restauração do Trono (8). Envolvido em acontecimentos políticos — estava em oposição aos STUARTS reinantes — LOCKE exila-se na Holanda. De lá, sairá GUILHERME DE

(4) ARISTÓTELES, *Politics*, translated by BENJAMIN JOWET, Book IV, chapter 14, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1952, em tradução livre.

(5) *Idem, ibidem*.

(6) *Idem, ibidem*, Book IV, cap. 16.

(7) *Idem, ibidem*, cap. 18.

(8) CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*, trad. de LYDIA CHRISTIANA, 2ª ed., RJ, Agir, 1966, p. 92.

ORANGE para fazer-se Rei da Inglaterra, na "Gloriosa Revolução de 1688": vitória dos "whigs", grupo, onde se situa LOCKE, contrário à extensão da prerrogativa real. LOCKE foi o teórico revolucionário. Já havia escrito os *Dois Tratados sobre o Governo* (9). Esta obra enfeixa uma filosofia política completa. Para compreender, portanto, a divisão dos poderes em LOCKE, é preciso, ainda que rapidamente, tecer considerações a respeito de seu pensamento político (10).

Ele é antiabsolutista. Refuta a teoria do direito divino das monarquias. Sua obra afasta os possíveis escrúpulos do povo inglês diante da Revolução, pois, consoante o absolutismo, os reis, titulares do direito divino, nada poderiam sofrer. E os STUARTS haviam sido depostos (11). No seu trabalho, os publicistas ingleses, americanos e franceses, durante todo o século XVIII, haverá de inspirar-se. Na verdade, nele se estabelece, definitivamente, as bases da democracia liberal de essência individualista.

Dos dois tratados, o segundo nos interessa. O primeiro consiste numa refutação a ROBERT FILMER, que sustentava a origem divina do poder absoluto dos reis. O segundo é considerado como endereçado a HOBBS. Assim foi intitulado originalmente: *Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil-Government*. Procurando refutar a HOBBS, a ele mesmo recorre e das mesmas hipóteses parte, admitindo um estado natural seguido de um pacto social. Idéias estas comuns aos escritores dos séculos XVII e XVIII. Enquanto, todavia, para HOBBS os homens transferem, pelo contrato, ao rei soberano os seus direitos, para LOCKE os mesmos subsistem na sociedade civil.

Para compreender corretamente o Poder Político, na concepção de LOCKE, considere-se o estado dos homens na natureza: de perfeita liberdade no ordenar de suas ações, no dispor de suas posses e pessoas, de acordo com os padrões das leis naturais, independentemente da vontade de qualquer outro homem. Todo o poder é recíproco em cada um (12). Este Estado de liberdade não é um Estado de licenciosidade (State of Licence), pois o homem, apesar de poder dispor de si, de suas coisas, não é livre para destruir-se. O estado da natureza rege-se pela lei da natureza, a qual obriga a todos. A razão consiste nesta lei. Ensina que todos são iguais e independentes, e nenhum pode atentar contra outro em sua vida, saúde, liberdade e propriedade (13). Tal si-

(9) Cf. LOCKE, John. *Two Treatises of Government, with Introduction and Notes by Peter Laslett*, Cambridge University Press, 1960. A expressão "tratado" em vez de "ensaio" é mais correta por ser o título original da obra. Ensaio é o nome do segundo tratado. Cita-se muito o episódio histórico relativo ao fato de no navio em que a princesa Maria vai ao encontro do seu esposo Guilherme, para com ele ser coroada, embarca também Locke, que tem nas mãos o manuscrito de seus *Dois Tratados*.

(10) Cf., a respeito, RAO, Vicente, *As Delegações Legislativas no Presidencialismo e no Parlamentarismo*, SP, Max Limonad, 1963.

(11) LABROUSSE, Roger. *Introduction à la Philosophie Politique*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1959, p. 162.

(12) Cf. LOCKE, *op. cit.*, *Segundo Tratado*, cap. II, § 4º.

(13) *Idem, ibidem*, cap. II, § 6º.

tuação, portanto, não é descrita por HOBBS (homo homini lupus). Tem inconvenientes, é certo, relativos à lei natural e sua execução, mas não no estado de guerra, conforme LOCKE procura demonstrar no capítulo III.

Os homens não fariam o pacto social para piorar sua situação debaixo do jugo do rei absoluto. Eis o problema principal do estado da natureza: o da execução de sua lei. Nele cada um tem o poder executivo da lei natural. É irracional os homens serem juizes de seus próprios casos. O amor próprio os faria parciais para si e para os amigos. A paixão e a vingança levariam os homens a punir os outros pelas próprias mãos. Isto seria o triunfo da desordem. Deus certamente estabeleceria o governo para restringir a parcialidade e a violência do homem. O governo é o remédio próprio para as inconveniências do estado da natureza (14).

Não se justifica, portanto, a transferência do poder para o rei absoluto mas, ao contrário, a distinção entre os poderes e as suas recíprocas limitações. Sendo o estado natural o da liberdade e o da igualdade e do gozo inefável da propriedade, possuindo inconvenientes quanto à aplicação da lei natural, não se há de dar pela sociedade civil a prerrogativa de criar e executar a lei a um só homem substituinte nisto a todos os outros, que no estado natural podiam exercer estas funções. Da mesma forma, as excelências do estado natural perder-se-iam em razão da desordem na aplicação da lei natural (prerrogativa de todos). A necessidade do Estado nasce para aperfeiçoar a vida. Só pode surgir através do consentimento.

A liberdade natural do homem consiste em não se submeter a poder na terra e não estar sob a vontade ou autoridade legislativa do seu semelhante, mas ter somente a lei natural como regra. A liberdade, porém, do homem em sociedade é a de apenas colocar-se debaixo do Poder Legislativo, estabelecido pelo seu consentimento (15).

O poder é exercido como um depósito, uma confiança (trust, trusteeship) nas mãos dos governantes para ser usado em proveito do povo. O limite de sua utilização está no bem público. Na distinção entre os poderes, o Legislativo é o mais importante. Lembremos a intenção de os STUARTS arrebatarem o poder ao Parlamento. Mas este não é absolutamente soberano, pois quem detém a soberania é só o povo, através de seus indivíduos (16). O Legislativo, sendo, portanto, um poder delegado pelo povo, não poderá delegar a outrem seu poder: *delegata potestas non potest delegari. The Legislative neither must nor can transfer the power of making laws to any body else, or place it any where the people have* (17).

Fundamentado no que acima foi superficialmente exposto, LOCKE trata, no capítulo XI do seu *Segundo Tratado*, da extensão do Poder Legislativo e, no capítulo XIII, além daquele, dos Poderes Executivo e Federativo.

(14) *Idem, ibidem*, cap. II, § 13.

(15) *Idem, ibidem*, cap. IV, § 22.

(16) LABROUSSE, Roger, *op. cit.*, p. 173.

(17) LOCKE, *op cit.*, cap. XI, § 142.

Estabelece LOCKE os limites do Poder Legislativo. Trata também da execução necessária da lei pelo Poder Executivo, pois enquanto o primeiro diz como a força pública deve ser empregada, o segundo a aplica. Daí a necessidade destes poderes serem separados.

O Poder Federativo diz respeito às relações com os outros Estados. *This therefore contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions, with all persons and communities without the Commonwealth, and may be called Federative if any one pleases. So the thing be understood. I am indifferant as to the name* (18). E este, o Federativo, deve ser exercido por quem exerce o Executivo. Separá-los seria proporcionar a desordem e a ruína para a comunidade (19).

Está claro inserir-se na competência do Executivo a função jurisdicional.

É muito grande a contribuição de LOCKE, mesmo porque nele MONTESQUIEU, em parte, se fundamentará. Mas sua doutrina da separação de poderes e de proibição de delegação legislativa sofreu, na própria vida política inglesa, a refutação. No regime parlamentarista inglês ocorre, na verdade, uma delegação permanente entre o Executivo e o Legislativo, sendo mesmo o exemplo clássico de colaboração e interpenetração destes dois poderes. Por outro lado, a doutrina de LOCKE não se concilia com o que se denomina tripartição dos poderes nas Constituições liberais de modelo americano, uma vez que os três poderes para LOCKE (Legislativo, Executivo, Federativo) não correspondem aos tradicionais (Executivo, Legislativo, Judiciário), bem como não são exercidos por órgãos diferentes (cf. retro, o Federativo é exercido por quem exerce o Executivo, no qual está compreendida a função judicial).

7. *O Espírito das Leis* sacralizou-se no espírito dos liberais. É o livro santo dos partidários da liberal-democracia. Seu autor move-se aproximadamente pelos sentimentos de LOCKE. Lutava-se, então, contra a tirania. Parece-nos, porém, precipitado classificar MONTESQUIEU como um democrata. Entre ele e ROUSSEAU vai enorme diferença. Melhor será chamá-lo de aristocrata liberal. Paradoxalmente, LOCKE era empirista, discípulo de BERKELEY e HUME, não de DESCARTES, mas formaliza suas idéias políticas como um racionalista; e MONTESQUIEU, em cuja obra está sempre vivo o racionalismo francês, usa da observação, método tipicamente empírico, para desenvolver e explicar, com base na Constituição da Inglaterra, a teoria da tripartição dos poderes, seu equilíbrio e sua harmonia. De tal forma o fez, que o mundo ainda a ele recorre para teorizar as questões do Estado liberal. É justamente no livro XI de sua obra, ao tratar das leis estabelecedoras da liberdade política, depois de procurar seu conceito e afirmar que há um país cuja Constituição, ao contrário das outras, tem por fim aquela liberdade, que MONTESQUIEU analisa a Constituição inglesa. Define, então, os tradicionais três poderes e traça seus limites.

A existência desses poderes é absolutamente necessária para a liberdade. Esta só existe, onde não haja abuso do poder. A experiência demonstra que cada homem investido do poder tende a abusar dele e levar sua autoridade

(18) *Idem, ibidem*, cap. XII, § 146.

(19) *Idem, ibidem*, cap. XII, § 148.

até onde for sua vontade. Até a virtude necessita de limitações. Enriquecendo essas idéias, Lord ACTON dirá: todo poder corrompe, todo poder absoluto corrompe absolutamente. Para prevenir esse abuso, afirma MONTESQUIEU, é necessário apelar para a verdadeira natureza das coisas, fazendo com que o poder freie o poder. Tudo para o homem nada fazer, senão obrigado por lei, nem ser forçado a abster-se do que ela permite.

Em cada Estado há três tipos de poder: o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo em relação às matérias que dependem do direito interno. Por este último, o Estado pune criminosos ou julga questões entre os indivíduos. Chamar-se-á Poder Judiciário.

A liberdade política do cidadão consiste na tranqüilidade fundada na opinião que cada um tem de sua própria segurança. Para isto, o governo deve ser constituído de tal forma que cada um não tenha medo do seu próximo.

Quando os Poderes Legislativo e Executivo estão reunidos numa mesma pessoa, ou num mesmo corpo de magistrados, não pode existir liberdade, porque nascem apreensões em face da possibilidade de o monarca ou o senado editarem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade, se o Judiciário não estiver separado do Executivo e do Legislativo. Unido ao Legislativo, a vida e a liberdade dos cidadãos tornam-se expostas a controle arbitrário, pois o juiz também legislará. Se ligado ao Executivo, o juiz pode comportar-se com violência e opressão.

Assim se resume, de maneira superficial, o que disse MONTESQUIEU sobre a questão da divisão e separação dos poderes (20).

No mesmo capítulo o autor de *O Espírito das Leis* tratou das limitações do Legislativo em seu próprio corpo, pela existência de duas partes, uma prendendo a outra pela faculdade de divergir. Limitou-o, também, pela possibilidade de o Executivo rejeitar uma resolução do Legislativo, ou seja, em última análise, pelo veto. Mencionou, ainda, a hipótese de o Legislativo autorizar o Executivo a adotar medidas de exceção, num pequeno e limitado período, quando houver perigo para o próprio Legislativo em face de conspiração secreta contra o Estado, ou na hipótese de guerra externa.

8. O princípio político, em pauta, foi aplicado nos Estados Unidos da América, apesar daqueles "mais respeitáveis adversários da Constituição", noticiados por MADISON no *The Federalist* (21). Supunham eles que a Constituição não adotara a tripartição dos poderes, na sua forma ortodoxa. Por isso, os grandes comentadores da Constituição norte-americana vêm à sua defesa para demonstrar a aplicação do princípio. Na verdade, uma certa invasão funcional e a colaboração dos poderes na formação de um mesmo ato não negam o princípio. Constituem, ao contrário, uma das lições de MONTESQUIEU (22).

(20) MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Loix*, Livro XI, caps. IV e VI, Librairie Garnier, Paris, 1927, Tome 1er, pp. 152 e segs.

(21) MADISON. *The Federalist*, nº 47, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1952.

(22) NAVARRO DE BRITO, Luiz, *op. cit.*

Para MADISON, a tirania define-se, justamente, pela acumulação dos três poderes nas mãos de um ou de alguns, quer sejam eleitos ou não. Se a Constituição federal for responsável pela acumulação de poderes, ou mistura deles, não faltarão argumentos para a sua condenação. Necessário para saber o conteúdo do princípio, cuja inaplicabilidade seria insuportável, é consultar o oráculo MONTESQUIEU. Se ele não foi seu autor, teve o mérito de desenvolvê-lo e recomendá-lo à atenção da humanidade. Ora, MONTESQUIEU inspirou-se no modelo constitucional inglês. Logo, é para este que se deve voltar. E nele, um mero exame superficial atesta não haver separação total entre os poderes. A partir daí, MADISON analisa o sistema inglês e conclui não implicar o pensamento de MONTESQUIEU no fato de cada departamento não ter em si *partial agency*, isto é, uma intervenção parcial. Nem acarreta a inexistência de controle de um sobre o outro (23).

Feito isto, o autor do nº 47 do *The Federalist* passa a demonstrar a inexistência, nas Constituições dos demais Estados da federação, da singular figura da separação e distinção absoluta dos poderes (24).

9. MADISON quis, sem dúvida, afirmar não haver o notável francês imaginado o que depois em nome dele disseram, isto é, que os poderes são independentes e autônomos. Na verdade, jamais houve, prática ou doutrinariamente, separação absoluta. O próprio MONTESQUIEU falou sobre o veto, que é ato integrante do processo legislativo e praticado pelo executivo. Há quem conteste tenha o autor de *O Espírito das Leis* se referido à separação funcional ou material das autoridades do Estado. Ao contrário, nele essas funções se confundiriam na mesma autoridade e no mesmo poder (25).

Outros viram uma contradição em MONTESQUIEU, entre o princípio da separação dos poderes e o da unidade e indivisibilidade da soberania (26).

Remédios contra a separação absoluta logo apareceram: a delegação, o veto, o controle da constitucionalidade. Baseados nestes fenômenos reais, os teóricos indicam as diferentes funções e não poderes do Estado. Mas o argumento é muito fraco diante da lógica liberal. Ensina VICENTE RAO: "A separação dos poderes não se confunde com a distinção ou distribuição de funções. Há distinção e distribuição de funções mesmo nos regimes ditatoriais, ou totalitários, sem que os poderes sejam separados" (27).

Falou-se também em órgãos diversos na realização da função estatal ou dos misteres do Estado. Mas, da mesma forma que o conceito de poder não se confunde com o de função, também não se identifica com o de órgão.

(23) MADISON, *op. cit.*

(24) *Idem, ibidem.*

(25) THEMISTOCLES CAVALCANTI — citando EISEMANN. "O Princípio da Separação dos Poderes e suas Modernas Aplicações", in *Cinco Estudos*, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1955.

(26) RAO, Vicente, *op. cit.*, lembrando Rousseau e Benjamin Constant, p. 24.

(27) *Idem, ibidem*, p. 30.

A idéia de colaboração entre os poderes adapta-se melhor ao princípio. O problema, contudo, consiste em que o princípio pouco se aplica. Quase sempre não há mesmo distinção entre os chamados poderes. Parece impossível definir a zona respectiva de cada um. Não só há intervenção contínua de um nas áreas dos outros, como o resultado de seus exercícios também constitui angustiante problema para o jurista, na medida em que não se definem os conteúdos desses resultados. Basta indagar, por exemplo, qual a diferença entre a lei, o ato administrativo e a sentença. Se aceitássemos a diferença pelas funções, como distinguir cientificamente uma função da outra, se os conteúdos de seus resultados não se definem? Na hipótese de serem tão-somente os órgãos diferentes, cairia por terra toda a teoria dos três poderes, porque seu fim estaria prejudicado. De fato, se cada um dos órgãos pode exercer cada uma das funções, que espécie de freios e contrapesos poderia existir? E isto é o que ocorre. O Legislativo não só legisla como administra e julga; o Judiciário não apenas julga mas administra e legisla, e o Executivo não se restringe à administração, e exerce a legislação e, sob certos aspectos, a judicatura. Estes são os fatos. Demonstram mais do que as teorias. De todas as críticas que se possam fazer aos doutrinadores da tripartição dos poderes, parece-me a mais grave a do tempo. A história caminha. Existem agora outros poderes enfeixando um outro poder, num outro Estado.

Na declaração de direitos de 1789 — art. 16 — estava escrito: A sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem se determina a separação de poderes, não tem Constituição.

A humanidade, todavia, está prestes a repudiar a mera garantia formal de seus direitos, para reivindicar a sua garantia efetiva. O povo almeja fazer e realizar seu direito. Por outro lado, o Estado conclui que separar poderes é enfraquecer-se e ceder seu comando ao inimigo externo, que conseguiu infiltrar-se internamente. E o pêndulo quase sempre se volta para a concentração de poderes, a centralização política e administrativa.

O importante, para os dias de hoje, não consiste em estruturar o Estado de forma a obstar a tirania, como intentavam LOCKE, MONTESQUIEU e MADISON, mas proporcionar uma técnica de controle apta a proteger a pessoa humana. Isto, evidentemente, envolve outras questões.

10. Os teóricos do liberalismo, entretanto, marcaram tanto a consciência do homem moderno, que se torna impossível dialogar sem menção à terminologia da tripartição de poderes. Até a Igreja Católica fala em “poderes públicos” e “suas funções, tanto legislativas como administrativas ou judiciárias”. Julga ser conforme a natureza humana a constituição da sociedade na base de uma conveniente divisão de poderes, que corresponda às três principais funções da autoridade pública. Usa também as expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário (28).

A questão, enquanto o homem existir, será fundamentalmente de ordem moral. Por isso, a Igreja se preocupa em indicar o bom caminho para o político,

(28) Encíclica *Pacem in Terris*, §§ 67 a 69.

com o fito de que ele seja um agente do bem e contribua para o Estado realizar a sua função técnica de criar e executar o direito.

E aqui as coisas se complicam. Escreve JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES: "No caos do mundo moderno, caos principalmente ideológico, de pragmatismo filosófico e positivismo jurídico, com o conceito de direito reduzido praticamente à condição de norma abstrata, e com a prática de governo de fato, de sistemas em que a lei é, realmente, o produto livre da vontade dos governantes, seja em ditaduras claras, seja em democracias sem conteúdo, a questão é bem mais séria e complicada" (29).

Se os poderes forem independentes e harmônicos, restará sempre uma questão fundamental: Quem os harmonizará?

11. Um dos grandes problemas do constitucionalismo está na elaboração da lei. A questão do decreto-lei insere-se numa mais ampla que é o fortalecimento do Executivo. Materializa-se sua força no desempenho cada vez maior da função legislativa do Estado. Com isto fica enfraquecida a posição do Legislativo, representado, no estado liberal, pelo Parlamento.

O fortalecimento do Executivo é analisado por muitos autores (30). Contra a democracia parlamentar erguem-se vozes cada vez mais numerosas. O regime da democracia parlamentar foi sempre uma luta pela liberdade política e pela democracia, mas deve sofrer uma transformação para que, inclusive, desapareça a "oposição funcional entre a democracia de legislação e democracia de execução" (31).

Há quem explique o sucesso político da Inglaterra como decorrente da fusão entre o Legislativo e o Executivo. Os ingleses haveriam colocado de lado o dogma anacrônico da separação dos poderes (32).

Visto sob um aspecto mais amplo, a participação do Executivo no processo legislativo emana da necessidade do governo intervir em todos os setores, a fim de eliminar distorções e harmonizar os desequilíbrios sócio-econômicos. Como diz VICENTE RAO: "ao Estado tudo se pede e do Estado tudo se espera" (33).

Em cada momento a democracia representativa, essencial para a efetivação do princípio da divisão de poderes, entra em crise. Então, o Executivo avança em sua competência. Além dessa, outras razões existem para justificar e explicar a participação, ora total, às vezes parcial, do Executivo no processo legislativo. Assim, para realizar a intervenção do Estado nos diversos setores, carece o

(29) OLIVEIRA TORRES, João Camilo. *Natureza e Fins da Sociedade Política*. Petrópolis, Vozes, 1968, pp. 144/146.

(30) Cf. Bibliografia citada por SARASATE, Paulo, *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, RJ, Freitas Bastos, 1967.

(31) MOTTA FILHO, Cândido, *op. cit.*, p. 10.

(32) *Idem, ibidem*, p. 21.

(33) RAO, Vicente, *op. cit.*, p. 12.

Parlamento de tempo em face de sua sobrecarga de trabalho; de conhecimentos técnicos necessários para legislar sobre certas matérias; de flexibilidade para equacionar a dinâmica dos fenômenos sócio-econômicos; de maior possibilidade em verificar os resultados práticos das medidas legislativas. Não dispõe, outrossim, o Parlamento de meios para enfrentar situações extraordinárias e de emergência (34).

Existe, ainda, problema de outra ordem a indicar a sua permanência mesmo se aqueles obstáculos fossem removidos; a dificuldade persistiria em razão do sistema. Os "representantes do povo", deste estão desvinculados, mormente depois das eleições. Salvo em alguns países, como a Inglaterra, onde os partidos políticos desempenham suas funções dentro do regime liberal, é raro notar-se qualquer autenticidade na representação política. O representante dificilmente espelha a vontade dos representados, e, ainda que o fizesse, esta vontade nem sempre, pelo menos teoricamente, atende às necessidades do bem coletivo.

Outro fenômeno elucidativo do fortalecimento do Executivo pertence à história. Quando se formalizou a doutrina da separação e independência dos poderes, o Executivo, em última análise, era o monarca hereditário. Ora, nos regimes presidencialistas, o Executivo passou a ser eleito. Na maioria dos casos o povo sabe votar melhor para eleger o chefe da nação do que para nomear seus representantes. Disto decorre que o Presidente da República passa a ser o que teoricamente não é, ou seja, representante do povo. A realidade estendeu este fenômeno aos casos em que o chefe não se elege, mas é imposto. Não há nisto qualquer absurdo, pois ele será mais responsável do que os representantes parlamentares. Na doutrina liberal, em que o Parlamento fornece a vontade nacional, independentemente da vontade preexistente do povo, não importa o número dos que legislam. Podem ser um, dois, ou mil, aqueles encarregados de exercer o Poder Legislativo.

Ensina PONTES DE MIRANDA: "... jogando com os dados históricos iniciais e com os argumentos filosóficos do tempo em que o príncipe e o povo se contrapunham, não viram os doutrinadores que se operara mudança nos dados históricos. O Executivo também passara a ser eleito. A lição aristotélica da subordinação do príncipe à lei e a concepção romanística das leis serviram às reivindicações democráticas, mas levaram à usurpação do poder de revelar a regra jurídica por parte de um corpo, de cuja ciência e intenção nem sempre se podia fiar. Demais a eletividade do Poder Executivo viera a enfraquecer os argumentos dos primeiros tempos, notadamente aquele que se refere à necessidade de retirar ao príncipe o poder de legislar" (35).

Acomodando-se aos fatos supervenientes, o sistema reagiu criando a delegação legislativa, as comissões mistas, a aprovação de lei por comissões parlamentares sem sujeição ao plenário, a iniciativa privativa do Executivo em certas matérias de lei, os procedimentos legislativos urgentes para os projetos do Executivo etc. E diante da guerra, externa ou interna, bem como diante de o Executivo intuir a necessidade da lei, encarnando em sua vontade nacional,

(34) NAVARRO DE BRITO, *op. cit.*, p. 70.

(35) PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 220.

e mesmo assumindo a responsabilidade histórica de seu papel, fez surgir o decreto-lei.

12. Os momentos do fortalecimento do Executivo aparecem na história do século XX após cada uma das grandes guerras. Esses dois momentos caracterizam-se por uma estranha semelhança. Basta ler os livros de B. MIRKINE-GUETZÉVITCH — *As Novas Tendências do Direito Constitucional*, 1933; de PONTES DE MIRANDA, *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional*, 1932; e de CÂNDIDO MOTTA FILHO, *O Poder Executivo e as Ditaduras Constitucionais*, 1940; para se perceber imediatamente a sua atualidade e a notável semelhança do momento histórico em que foram escritos com o atual.

Na verdade, não é inédito, nem recente, o fenômeno da expansão do Poder Executivo. Dele sempre se desconfiou, mormente desconfiaram os puristas do regime liberal. Já na Constituinte de Filadélfia, BUTLER advertia os seus colegas contra esta tendência perigosa que devastava todos os países. Mas é a partir da I Guerra Mundial que avulta o fortalecimento constante do Executivo. Já traçamos em linhas gerais as explicações possíveis de justificar tal fato irretorquível (36).

Ele é comum em toda a Europa. Na Áustria, em 1929, surge lei constitucional em razão da ameaça de guerra civil. O Presidente passa a ser eleito diretamente pelo povo, e pode decretar "regulamentos de necessidade", submetidos à aprovação de uma Comissão (37). Acusa-se a Constituição polonesa de 1921 pela fraqueza da autoridade. Desde 1924, o Ministério recorre, para realizar reformas financeiras, a decretos-leis, no caso, inconstitucionais. Logo depois, a Constituição de 1926 modifica as relações entre os poderes, institucionalizando o primado do Executivo. O Presidente, além de outros poderes, tem a iniciativa das leis e o direito de promulgar decretos-leis na ausência das Câmaras (38).

Na Itália, depois da guerra, a prática dos decretos-leis tornou-se normal e com o fascismo desaparece o princípio da divisão de poderes (39).

Na Constituição espanhola de 1931, concede-se ao Presidente da República o direito de determinar medidas urgentes para a defesa da integridade ou a segurança da nação. E a Câmara pode autorizar o Governo a legislar por decreto sobre matéria reservada à competência do Poder Legislativo. Por outro lado, o Presidente da República, durante as férias parlamentares, é autorizado a legislar em certos assuntos de exclusiva competência do Poder Legislativo (40).

Em Portugal, também se instala uma ditadura de natureza constitucional. Enfim, muito conhecido é o fenômeno político do após-guerra, que, de certo

(36) Cf. NAVARRO DE BRITO, Luiz, *op. cit.*

(37) MOTTA FILHO, Cândido, *op. cit.*, p. 116.

(38) *Idem, ibidem*, pp. 116/117.

(39) *Idem, ibidem*, p. 122.

(40) *Idem, ibidem*, p. 127.

modo, gerou ditaduras de toda ordem. Mas antes das ditaduras e da II Guerra, a invasão do Executivo no terreno do Legislativo foi normal. Diz-nos LANGROD: "Sem o apelo aos decretos-leis, o governo democrático europeu, na primeira metade do século XX, teria sido impraticável, dentro do regime jurídico dominante" (41).

Além destes países citados, costuma-se lembrar as Constituições da Lituânia (1928), Letônia (1922), que permitiam decreto-lei no recesso ou na dissolução das Câmaras (42). Também a França tanto fez uso desse instrumento que o famoso artigo 13 da Constituição de 1948 proibiu expressamente qualquer tipo de delegação legislativa, como reação à tendência do fortalecimento do Executivo.

Depois da II Guerra, a Europa ensaiou e efetivou uma renovação completa do regime do tipo parlamentar. No velho continente, a democracia clássica perdera definitivamente os países que passaram para a órbita de influência da Rússia Soviética, bem como a Península Ibérica. Precisava assim a democracia conciliar as tendências liberais com o intervencionismo do Estado na economia, a unidade da nova república com o regionalismo necessário, a liberdade política com a autoridade estatal (43).

Visando a esta nova harmonia, que não é o triunfo do Parlamento nem a preponderância do Executivo, apesar de desejá-lo forte e estável, o constitucionalismo procurou, em última análise, realizar, dentro do Estado de Direito, a tendência imperativa dos tempos modernos. Objetivando racionalizar o Poder, garantindo o Direito, fez-se na Europa a reforma técnica de instituições arcaicas. A delegação legislativa usada normalmente na Inglaterra consagrou-se no continente. O processo legislativo alterou-se. O decreto-lei reaparece na Itália, impõe-se na França. Na Alemanha aparece o "estado de necessidade legislativa".

Neste quadro, profundamente diferente do brasileiro, devemos enquadrar o fenômeno do decreto-lei, uma forma de delegação legislativa.

Nas rápidas pinceladas com que pintamos a situação em que o decreto-lei foi inserto nas Constituições, procuramos mostrar apenas a atualidade do tema. Só assim poderemos ensaiar a sua análise técnica e seu estudo comparativo.

13. A Constituição italiana de 1947, em seu art. 77, estabelece:

"Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

(41) LANGROD, Georges. *O Processo Legislativo na Europa Ocidental*, prefácio do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 9.

(42) SARASATE, Paulo, *op. cit.*

(43) LANGROD, *op. cit.*, p. 36.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti" (44).

Na Itália, o Governo é exercido pelo Presidente do Conselho de Ministros e por estes. Vigé o Parlamentarismo. No texto constitucional, deve-se distinguir o exercício normal e o extraordinário da função legislativa. Enquanto o primeiro pertence às Câmaras, o segundo é conferido ao governo, pela delegação do Parlamento ou pela competência própria, nos casos de necessidade improrrogável. Obviamente se derroga lá o princípio da divisão de poderes. Mas isto só se justifica quando motivos existirem de grande interesse (45). A primeira parte do art. 77 (o Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos com força de lei ordinária) já é fruto do art. 76, que o antecede: "o exercício da função legislativa não pode ser delegado ao Governo, senão determinando-se os princípios e critérios, por tempo determinado e com objetos definidos". Mantém-se a proibição da delegação, mas é aberta uma exceção para os casos extraordinários de necessidade e de urgência. O Governo assume a responsabilidade política pelos *provvedimenti*, seja pela avaliação do pressuposto da necessidade, seja pelo seu conteúdo. As cautelas são grandes e maiores do que em relação aos institutos semelhantes anteriores. Deve o "provvedimento" mencionar a necessidade e a urgência e ser apresentado no mesmo dia às Câmaras, que, se não estiverem reunidas, serão convocadas expressamente para apreciar o assunto (46).

Convertido em lei, sua eficácia será *ex tunc*, porém, se rejeitado ou não aprovado no prazo de sessenta dias da sua publicação, perderá igualmente a eficácia desde sempre (47).

Comenta PERGOLESI ser lógica a disposição, porque indica a obediência ao princípio que o Poder Legislativo pertence unicamente ao Parlamento.

A matéria objeto do decreto-lei na Constituição italiana é a mesma da legislação ordinária, excetuando-se, portanto, a matéria constitucional (o cit. art. 77 fala em "valore di legge ordinaria") (48). A Itália foi pioneira na Europa do pós-guerra, ao adotar o decreto-lei constitucional. E o fez sem quebrar o primado do Parlamento, na função legislativa do Estado. Diz-nos MEUCCIO RUINI ao analisar o sistema legislativo italiano: "... bisogna difendere risolutamente la funzione legislativa del Parlamento; ma non si deve metterla in pericolo dandole una portata ed una rigidità non necessaria, che sarebbe con-

(44) *Costituzione della Repubblica Italiana de 1947*. Editore Ubrico Hoepli, Milano, 1963, Profs. Franchi e V. Feroci, cf. tb. LAVAGNA, *La Costituzione Italiana*, commentata con le decisioni della Corte Costituzionale, Torino, 1970, pp. 742 e segs.

(45) ANTONIO AMORTH. *La Costituzione Italiana*, Commento Sistematico, Milano, 1948, p. 135.

(46) PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962, p. 310.

(47) *Idem, ibidem*.

(48) *Idem, ibidem*, p. 312.

troproducente" (49). De fato, toda inovação do processo legislativo deve observar o mais importante. "... ciò che importa è che la parola decisiva spetti al Parlamento" (50). Desta forma, e com essas precauções, a Itália pôde romper com o princípio da separação e independência dos poderes, criando formas de legislação especial, sem, entretanto, correr o risco de abalar a liberdade e o equilíbrio institucional. "Le due forme di legislazione speciale che stanno accanto alla normale ed ordinaria sono, com carattere di straordinarietà e di eccezione, la legislazione delegata e la legislazione anticipata e provvisoria d'urgenza; eccezionalissima quest'ultima, che viene talvolta designata come contingente e d'emergenza, e l'altra come supplementare e condizionata" (51).

A Constituição italiana não fechou os olhos à realidade. Na França, ao contrário, depois da guerra, se proibiu completa e explicitamente qualquer tipo de delegação, permanecendo-se fiel ao princípio absoluto da legislação direta e ordinária.

Louve-se a originalidade italiana. Naquele país foram aceitas as três formas excepcionais, a saber, a lei delegada, o decreto-lei, e a legislação pelas comissões internas das Câmaras, sem submissão ao plenário. Existem para isso, todavia, razões de tradição histórica. Os decretos-leis e a delegação de plenos poderes não eram desconhecidos na Itália, mesmo antes do fascismo, numa forma irregular e incerta. Então, a doutrina se inclinava a negar sua legitimidade. Notáveis foram as tentativas com LUDOVICO MORTARA na Cassação e VITTORIO SCIALOJA no Senado, para estancar a inundação da legislação extraordinária. Depois veio o fascismo e proclamou o princípio de que a faculdade de legislar não é em si completamente própria do Parlamento; ao invés, é um dos aspectos normais da atividade de governar. O Parlamento e a Magistratura derivam-se daquele poder "existencial e indiscriminado" que constituía, no fascismo, a força dirigente do Estado. Os juristas de MUSSOLINI (entre eles PANNUNZIO e BIGGINI) sustentavam que o Parlamento tem na legislação o exercício técnico de fazer conhecer questões e exigências populares. A decisão legislativa, porém, pertence ao Governo, o que, aliás, é o oposto da doutrina relativa ao regime parlamentar representativo (52).

No entanto, reconheça-se que a Lei ROCCO nº 100, de 1926, valia como lei constitucional, a seu modo, e também, como um pequeno código dos métodos da legislação fascista. Não era ela desprovida de técnica jurídica e dava a impressão de disciplinar o processo legislativo anterior. Institucionalizava o decreto-lei, exigindo para o mesmo razões de urgência e de necessidade absoluta, mas estabelecia o prazo de dois anos para a sua conversão em lei. Admitia a lei delegada, dentro dos limites da delegação, o que era semelhante, porém, à delegação de plenos poderes. Dava, ainda, ao governo a faculdade de promulgar normas jurídicas para a execução da lei e para a organização da administração pública (53).

(49) MEUCCIO RUINI. *La Funzione Legislativa Tecnica delle Leggi e Lavori Parlamentari*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1953, p. 46.

(50) *Idem*, *ibidem*, p. 47.

(51) *Idem*, *ibidem*, p. 47.

(52) *Idem*, *ibidem*, pp. 56/57.

(53) *Idem*, *ibidem*, pp. 56/57.

A nova Constituição italiana fez maravilhas indubitáveis, na expressão de MEuccio Ruini, ficando no meio do caminho entre a Lei ROCCO e o sistema liberal. Passou por cima de preconceitos e acabou por constitucionalizar o decreto-lei, evitando sua imposição à margem da Lei Maior.

A delegação faz-se através do "decreto legislativo", e este difere bastante do "decreto-lei". Os dois corajosos institutos são diferentes justamente no fato de que, no "decreto legislativo", a *vis* legislativa está na lei ordinária de delegação e não lei delegada, isto é, não no decreto legislativo emanado do Executivo. Ao contrário, o decreto-lei é provisório e só adquire foro de lei depois de ser aprovado pelo Parlamento, perdendo sua eficácia *ex tunc* se desaprovado. Não é essa, porém, a única diferença. Ao decreto-lei ligam-se as idéias de necessidade e de urgência, enquanto no decreto legislativo, as de oportunidade e solicitação (54).

14. A França, como já foi dito, reagiu contra os regimes anteriores. E, em sua Constituição de 1946, reduziu o papel do Presidente da República. Determinava aquele diploma constitucional em seu art. 13: "L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit". Foi uma reação contra o passado. Os constituintes de 46 estavam sob a influência dos anos que precedem a Guerra de 39/45 e da prática do regime de Vichy. Eram, portanto, hostis a qualquer tipo de delegação e mais ainda ao decreto-lei (55). A prática logo contradisse o legislador constituinte. Na ausência de princípio constitucional que servisse de base à delimitação dos poderes do Parlamento e do Governo, o Legislativo foi levado a confiar ao Executivo poderes excepcionais, que permitissem ao Estado, de maneira permanente ou temporária, modificar e prescrever leis em lugar e na posição do Parlamento. De fato, uma lei, de 17 de agosto de 1948, habilitou o Governo a regulamentar por decretos certas matérias, até então do domínio exclusivo do Legislativo. Autorizou a modificação das leis por decretos e constituiu nisto uma extensão da competência regulamentar, por habilitação expressa do legislador. Entendeu este de restituir ao Executivo as competências próprias (56).

Finalmente, a história impôs a Constituição de 1958, cuja inspiração é bastante nítida: restaurar a força do Executivo e diminuir as competências do Legislativo. Dá prioridade aos projetos do governo (art. 48), delimita a competência da lei (art. 34), enumerando os assuntos passíveis de serem por ela regulados. Onde (art. 37), os que não estiverem ali arrolados pertencem à esfera regulamentar. E no art. 38 estabeleceu:

"Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances,

(54) Veja-se também a respeito do decreto-lei italiano: BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Editrice Dott. Eugenio Povenne, Napoli, 1972, pp. 515 e segs.; ENZO CHELLI, "Decreto Legge e Decreto Legislativo", in *Enciclopedia Forense*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, volume III, pp. 39/42.

(55) LAROQUE, Pierre, s/França, in *O Papel do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, F. D. U., Minas Gerais, p. 90; cf. tb. MARCEL PRÉLOT, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, 1957, p. 416.

(56) Ver a respeito da Lei de 17-8-1948, GEORGES VEDEL, *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1955, pp. 500 e segs.

pendant un délai limité, des mesures qui son normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif." (57)

15. Na Inglaterra, país de regime político admirável, a delegação legislativa é permanente. Mas, além disso, também se pratica o que se chama "decreto-lei". Ensina-nos VICENTE RAO: "Em situações anormais e graves, como as provocadas pela guerra (visto como o inimigo não marca o compasso de sua marcha pelos processos democráticos), o Gabinete inglês obtém do Parlamento plenos poderes para legislar por *statutory orders in council*, ou seja segundo linguagem usada em outros países, por meio de decretos-leis" (58).

Deve-se, porém, distinguir aquelas *statutory orders in council* das *orders in council*, as quais são ditadas em virtude de algum resíduo das prerrogativas régias. As primeiras, todavia, sempre são passíveis de debate e análise pelo Parlamento.

16. O decreto-lei institucionalizado em 1967 no Brasil nada tem a ver com o da Constituição de 1937. Esta, que jamais adquiriu plena eficácia, dispunha em seu art. 13 que o Presidente da República, no recesso do Parlamento ou na dissolução da Câmara dos Deputados, poderia, se o exigissem as necessidades do Estado, expedir decreto-lei sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as que o dispositivo enumerava. Dependiam os decretos-leis de parecer do Conselho de Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva. Podia, ainda, o Presidente da República expedir decreto-lei sobre a organização do Governo e da administração federal, o comando supremo e a organização das Forças Armadas.

A seara histórica do decreto-lei da Constituição de 1967 não começa em 1937, sim nos atos institucionais da Revolução de 1964. De fato, o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, determinava em seu art. 30 que o Presidente da República poderia baixar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional. E mais, que no recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, decretado por ato complementar do Presidente da República, o Poder Executivo correspondente ficaria autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica (59).

(57) *Constitutions et Documents Politiques*, par MAURICE DUVERGER. Presses Universitaires de France, Paris, 1968, pp. 174/175.

(58) RAO, Vicente, *op. cit.*, p. 70.

(59) Cf. art. 31, parágrafo único da Constituição de 1937, que não chegou a entrar em vigor. O art. 190 autorizava ao Presidente da República legislar através de decretos-leis.

Na evolução dos acontecimentos, veio o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, onde se reafirmava o disposto no art. 30 do Ato Institucional nº 2, e dispunha ainda que o Presidente da República podia também baixar decretos-leis sobre matéria financeira. Esclareça-se que o Ato Institucional nº 4 convocava o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, e mesmo assim o Presidente da República podia legislar por decretos-leis sobre segurança nacional e matéria financeira.

Compilemos, ainda, no intuito de esclarecer o decreto-lei da Constituição de 1967, alguns dados fundamentais. O Presidente da República, chefe do poder revolucionário, colocava grandes esperanças na Constituição que seria elaborada durante o seu governo. Esperava mesmo que ela viria a ser o instrumento capaz de estabelecer a tranqüilidade nacional. E, sem dúvida, enfatizava os instrumentos capazes de fazer valer o desígnio do Poder Executivo. Assim é que, em 30 de dezembro de 1966, em Fortaleza, aos jornalistas nacionais no Palácio da Luz, disse textualmente: "A Constituição de 1967 dará ao novo Governo o instrumento de defesa do regime, assim como nesta fase do processo revolucionário os atos institucionais concedem meios para a defesa da Revolução." E, indagado sobre o ponto alto das realizações da Revolução, não hesitou em opinar: "... no setor da estrutura política o ponto mais alto sem dúvida é o projeto da nova Constituição...".

Já havia dito, em 15 de agosto de 1966, em Maceió, ao procurar definir a democracia: "A democracia que a Revolução institucionaliza não é nenhuma dessas. É a que procura promover o bem-estar geral do povo. A da autoridade, da responsabilidade, da liberdade. A democracia sustentada pela existência e vitalização dos três Poderes constitucionais. Que garanta o sistema representativo e correntes da opinião pública."

Dois dias depois, aos estagiários da Escola Superior de Guerra, realçava "o imperativo de o Brasil possuir uma Constituição que seja democrática, com liberdade e responsabilidade, e na qual haja meios seguros de defender as instituições ..." "Com uma Constituição vulnerável a vários tipos de crise, a Nação vinha há muito inquietada entre as alternativas inelutáveis da anarquia e da ditadura. E a Revolução eliminou uma e evitou a outra. Por que não se completar agora a institucionalização da Revolução?" "... O projeto da nova Constituição brasileira inspirou-se exclusivamente nas aspirações nacionais de bem-estar do povo, de desenvolvimento ordenado, de paz social e política na base da liberdade e da autoridade. Não há o pressuposto da coexistência, no mesmo nível, do poder civil e do poder militar, nem a contradição entre tais poderes. O poder político nacional e o poder jurídico, garantia daquele, foram estruturados objetivamente. O que mostra não encerrar a futura Constituição a intenção da ditadura, embora não se vulgarize em formular proposições sabidamente vazias e inúteis, impraticáveis ou destituídas de objetividades na preservação da democracia..." "Por isso mesmo, promulgada, como deseja a Nação, a futura Carta Magna, nela encontrarão os que aqui se voltam ao estudo dos mais altos problemas do País um instrumento ao mesmo tempo flexível, capaz, pronto para assegurar a democracia e as garantias que lhe são inerentes, bem como estruturar em bases sólidas o desenvolvimento e o progresso do País."

Para CASTELLO BRANCO, a evolução constitucional brasileira era um imperativo histórico, que não podia deixar-se prender pelos preconceitos. Eis como responde aos adversários do projeto: "Quando se cogita do aperfeiçoamento constitucional do Brasil, saem, não com idéias ou mesmo em defesa tardia (como eles desejavam destruí-la!) da intocabilidade da Constituição de 1946, mas com o vazio de preconceitos, parecendo possessos contra a inelutável e inadiável evolução constitucional do Brasil" (Maceió, 13-8-66).

Excelentes eram as intenções, como se vê, do Presidente da República. Mas grave problema era, como continua sendo, implantar o Estado de autoridade dentro do sistema de representação liberal, sem, ao menos, neutralizar a classe política daquele sistema. A intenção foi, igualmente, além de procurar o primado do Executivo, a de exercer o controle pelo decreto-lei. Ainda que o âmbito da competência deste se confundisse com a do Poder Legislativo. Sim, porque como se verá, o projeto é diferente neste ponto da Constituição promulgada.

Vejam, para entender mais o espírito do projeto, alguns tópicos da exposição de motivos elaborada pelo Ministro CARLOS MEDEIROS SILVA, o ideólogo e redator do projeto. A exposição de motivos fala no primado da lei, como condição de liberdade, enaltece o Estado de Direito, condena os atos de força, mas: "A divisão dos poderes que foi a inspiração do constitucionalismo da época do liberalismo cede à interdependência e à cooperação, sob várias modalidades, nos últimos tempos, em todos os países." "... Os Parla-mentos conservam o controle político da elaboração legislativa, nos regimes democráticos e representativos, mas deixam aos órgãos técnicos do Executivo o preparo de projetos de relevância, especialmente no campo da segurança nacional, da economia e das finanças. Amplia-se a ação do Executivo". "... O que não é lógico, nem justificável, é que as instituições constitucionais não se amoldem a esses novos fatores reais de poder e o País viva ao sabor dos golpes e das soluções de força improvisadas e destinadas a curta duração. O fenômeno não é particular do Brasil, e vem ocorrendo em todos os países civilizados; mas, aqui como alhures, a consciência jurídica já despertou no sentido de criar novas fórmulas, sem o saudosismo de outras épocas, nem os preconceitos ortodoxos que a inteligência dos homens do passado procuram sedimentar no interesse da consolidação das doutrinas que formularam." "... O Poder Legislativo, quanto às disposições gerais, não sofreu alterações substanciais em relação aos textos constitucionais vigentes, especialmente os atos institucionais e as emendas constitucionais recentes." "... O processo legislativo incorporou a prática revolucionária e especialmente os Atos Institucionais n.ºs 1 e 2...; a experiência realizada pelo atual Congresso Nacional demonstrou o acerto das inovações, que, assim, dispensam justificação mais detalhada."

Com estes fitos foi elaborado o projeto. Quanto ao decreto-lei, dispunha que as matérias de seu objeto eram: segurança nacional, finanças públicas, administração (do Distrito Federal e Territórios, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), economia (art. 57, itens I, II e III). Tal extensão, portanto, era bem maior do que a, afinal, constante no art. 58 do texto definitivo: finanças públicas e segurança nacional. Esta redução da extensão resultou da resistência dos constituintes, os quais conseguiram em reunião com

o Presidente CASTELLO BRANCO as modificações⁽⁶⁰⁾. O mais importante a ressaltar, aqui, consiste na anuência do Chefe do Poder Revolucionário em modificar o conteúdo material dos futuros decretos-leis. Na verdade, não fez a distinção necessária entre “finanças públicas” e “direito financeiro”; além disso, o conceito de segurança nacional dos revolucionários era mais extenso do que a exegese da Constituição poderia fornecer. Estes pontos vieram a gerar problemas na vigência da Constituição, e os instrumentos tão louvados para o império do Executivo acabaram por não funcionar.

A título de exemplo, vejamos quão amplo era o conceito de segurança nacional para o chefe do governo proponente da Constituição. Disse ele: “... já constitui doutrina firmada pela própria Escola Superior de Guerra o aperfeiçoamento das instituições políticas, do desenvolvimento da segurança nacional formado pela associação de setores a eles subordinados, como o político, o econômico, o psicossocial e o militar”. E sobre a finalidade da obra da Escola Superior de Guerra, citando o General LYRA TAVARES: “... a adequação recíproca do poder e dos objetivos da Nação, tendo em conta os condicionamentos que devem intervir na sua política de segurança” “... cada turma da Escola Superior de Guerra revela a coesão de civis e militares na busca de soluções para os problemas nacionais. Não localiza a segurança nacional exclusivamente no setor das Forças Armadas”⁽⁶¹⁾.

A Constituição, em sua redação originária, assim disciplinava:

“Art. 58 – O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

- I – segurança nacional;
- II – finanças públicas.

Parágrafo único – Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.”

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, houve sensível alteração:

“Art. 55 – O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

- I – segurança nacional;
- II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
- III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º – Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo

(60) SARASATE, Paulo, *op. cit.*, p. 132.

(61) As citações dos pronunciamentos do Presidente Castello Branco foram tiradas de coletânea de seus discursos e entrevistas, publicada pela Imprensa Nacional. O discurso fundamental de suas teses é o pronunciado em 17 de dezembro de 1966 aos estagiários da Escola Superior de Guerra.

emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado (*).

§ 2º — A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência” (62).

(*) A Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, deu a seguinte redação ao art. 55, alterando-lhe o § 1.º:

“Art. 55 —

§ 1.º — 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 alteração, como se vê, restringiu-se a dois pontos não substanciais: a) inseriu algarismos arábicos antes de sessenta, que cercou de parêntesis, quando poderia deixar somente a expressão por extenso, conforme noutros pontos do texto constitucional onde, fiel ao modelo esboçado do Código Civil, os números são escritos por extenso, dispensando-se os algarismos; b) estabelece o dia a quo do prazo de sessenta dias para exame do texto editado, fixando-o na data de recebimento pelo Congresso. A modificação é inteligente. A primeira vista, poder-se-ia argumentar que os congressistas e as Mesas das suas Casas têm a obrigação de conhecer o decreto-lei publicado no Diário Oficial e sobre ele se manifestar, como determina a Constituição, independentemente do recebimento da mensagem presidencial. No entanto, pode ocorrer a hipótese, e, provavelmente, isto aconteceu, em que o Governo, diante de grave e urgente problema, edite decreto-lei e se omita de, imediatamente, remetê-lo à consideração do Congresso, que tem, também, o direito-dever de examinar incontinenti seu conteúdo e, sobretudo, seus motivos, geralmente expostos pelo Ministro de Estado competente, que o propôs ao Presidente da República. Se o assunto é urgente, a ponto de ensejar decreto-lei, há de haver interesse público de dar conhecimento imediato de seus motivos ao Congresso e este possa no prazo constitucional aprová-lo ou rejeitá-lo.

(62) O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, estabeleceu:

“Art. 30 — O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.

Art. 31 — A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele.

Parágrafo único — Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar mediante decretos-leis, em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica.”

O Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, também estipula:

“Art. 9º — O Presidente da República, na forma do artigo 30 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.

§ 1º — Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar decretos-leis sobre matéria financeira.

§ 2º — Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.”

Finalmente, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968:

“Art. 2º — O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º — Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

.....”

17. Os pressupostos do decreto-lei são a urgência ou interesse público relevante. Sua condição é a de não resultar aumento de despesa. Seu necessário conteúdo material: segurança nacional; finanças públicas, inclusive normas tributárias; criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

No texto originário (1967), não havia referência às normas tributárias e à criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Discutia-se, quanto à rejeição pelo Congresso, se ela acarretaria a perda de eficácia, *ex tunc* ou *ex nunc*, mas a Emenda Constitucional nº 1/69 inseriu o atual parágrafo 2º ao art. 55: "a rejeição do decreto-lei não implicará nulidade dos atos praticados durante a sua vigência".

Enseja o decreto-lei, nos termos constitucionais, algumas questões interessantes, a saber, se o instituto é forma de delegação ou mera competência originária; os sentidos de segurança nacional e de finanças públicas; se o decreto-lei goza de presunção de constitucionalidade da lei; se a urgência e o interesse público relevante são objeto de controle judicial; se a inexistência de conteúdo material necessário acarreta nulidade do decreto-lei; se é facultado criar ou aumentar tributos por aquele instrumento, bem como se pode ele conter matéria de lei complementar.

18. A competência para editar decreto-lei fixada constitucionalmente é, sem dúvida, originária, não sendo razoável, por este aspecto, classificar aquele tipo de diploma legal como forma de delegação de poderes.

De fato, a Lei Maior somente admite delegação de atribuições de um para outro Poder, em caráter excepcional, expressamente prevista (art. 6º, parágrafo único). Uma delegação é a da lei delegada, arrolada tanto quanto o decreto-lei na lista de produtos do processo legislativo (art. 46), além de disciplinada nos artigos 52 *usque* 54. O decreto-lei não é forma de delegação, a Constituição atribui ao Poder Executivo, expressamente, a faculdade de editá-lo, nos casos e com os requisitos que menciona. Aliás, o art. 200, parágrafo único, da Lei Maior, separa, definitivamente, os dois institutos, ao admitir que "as Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis".

Não foi o Poder Legislativo quem atribuiu ao Chefe do Poder Executivo aquela faculdade, mas esta lhe foi acometida pelo Poder Constituinte, diferente e inconfundível com o Poder Legislativo ordinário, superior a ele, além de lhe ser anterior.

A única característica comum entre a lei delegada e o decreto-lei consiste no fato de ambos serem exceções à prática da doutrina tripartite dos poderes e das funções do Estado.

19. Importante problema em relação ao decreto-lei, consoante ele está disciplinado na Constituição, funda-se em definir seu conteúdo material necessário. Não têm sido poucas as dúvidas nesse sentido. Muitas vezes elas nascem do oportunismo dos administradores, que vislumbram, no instrumento cômodo do decreto-lei, uma fórmula simples de legislar, sem as dificuldades políticas do processo legislativo ordinário, com sua tramitação pelo Congresso Nacional.

Contribuem para isso as deficiências técnicas do texto constitucional, a teoria do fato consumado (os efeitos do decreto-lei são *ex tunc*, mesmo se rejeitado, conforme o disposto no art. 55, § 2º), a facilidade de aprovação pela maioria do Congresso, a falta de controle em tese da constitucionalidade, sujeito, apenas, à decisão do Procurador-Geral da República na ação direta, enquanto os prejudicados nem sempre aparecem para a arguição de violação da Lei Maior. Argumenta-se, assim, no sentido de que, se o decreto-lei não prejudica a ninguém e, portanto, ninguém vai reclamar, ele pode ser editado, ainda que a matéria não seja rigorosamente permitida. Isto, no entanto, a par de contrariar a Constituição, restringe a capacidade legislativa do Congresso e fere a harmonia da ordem jurídica.

Por outro lado, há certa confusão leiga entre o decreto-lei dos atos institucionais e o da Constituição. Muita gente, ainda, imagina que, estando o Congresso em recesso constitucional, pode o Presidente da República legislar mediante decreto-lei sobre qualquer matéria, o que absolutamente não procede, pois, qualquer que seja o momento, os requisitos constitucionais para a sua edição devem ser observados. Isto se aplica não somente ao conteúdo material necessário, mas também aos pressupostos da urgência e do interesse público, bem como a condição de não resultar aumento de despesa. Não importa se o Congresso está, ou não, em funcionamento.

19.1. Um dos conteúdos materiais necessários do decreto-lei é a segurança nacional, cuja imprecisão conceitual tem servido para a instabilidade do instrumento do decreto-lei.

A Constituição preocupa-se, acentuadamente, com o problema da segurança nacional. Natural que o faça, tendo em vista as próprias finalidades do Estado, ainda mais no momento da elaboração da Carta Magna, marcado pela presença da chamada guerra revolucionária interna, diferente da tradicional guerra externa, a justificar uma nova estratégia. Por isso, erigiu-se em objetivo nacional permanente, consoante a doutrina da Escola Superior de Guerra, a chamada segurança nacional, cuja presença expressa na letra da Lei Magna é significativa (p. ex.: arts. 8º, V, VIII, c; 15, § 1º, b; 55, I; 86 e segs.).

A questão reside em que o conceito de segurança nacional, do ponto de vista da estratégia, como é natural, é muito abrangente. Nasce a posição de uma doutrina política, não de uma conceituação jurídica. Segundo aquela, tudo se relaciona com segurança nacional. Algumas definições ilustram essa ampliação: "Segurança Nacional é o grau relativo de garantia que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à Nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, em face dos antagonismos existentes" (63).

(63) EDUARDO DOMINGUES DE OLIVEIRA, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 21, p. 79; cf. também GOLBERY DO COUTO E SILVA, *Geopolítica do Brasil*, José Olympio Editora, RJ, 1967; CARLOS DE MEIRA MATTOS, *Brasil — Geopolítica e Destino*, José Olympio Editora, Rio, 1975; e em sentido crítico contrário Pe. JOSEPH COMBLIN, *A Ideologia da Segurança Nacional*, Civilização Brasileira, 2ª ed., 1977.

Ora, não obstante a importância da Escola Superior de Guerra na Revolução de 1964, ela não tem o condão de amoldar a interpretação da Constituição, que só pode ser jurídica. Aliás, os teóricos da política de segurança nacional em nenhum momento pensaram tratar, ao conceituá-la, de questões jurídicas, sendo mesmo raras as vezes em que o conceito de segurança nacional foi ampliado para absorver matéria legislativa. A lógica, antes da leitura sistemática do texto constitucional, revela que o conceito de segurança nacional, para fins de edição de decreto-lei, há de ser restrito. Do contrário, que matérias não poderiam ser objeto de legislação via decreto-lei? A começar pelas leis civis. E se isto fosse assim, que matérias competiriam, ordinariamente, ao Congresso legislar?

A interpretação extensiva não teria sentido. Se o próprio texto constitucional situou em dois incisos diferentes a "segurança nacional" e "as finanças públicas", verifica-se que o conceito da primeira não absorve a matéria financeira, e, portanto, não envolve toda a política. Por outro lado, a interpretação há de ser restritiva porque o próprio *caput* do dispositivo condiciona o decreto-lei a que não resulte aumento de despesa. Se o conceito de segurança nacional fosse amplo, admissível na doutrina política, como aceitar restrição desta ordem ao poder normativo do Presidente da República em assunto tão importante?

O Supremo Tribunal Federal já tem adotado a interpretação restrita. Nem tudo é matéria de segurança nacional para o efeito de legislar via decreto-lei. No julgamento do RE 62.739 (RTJ 44/54), em que se declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 322, de 7 de abril de 1967, registra-se ementa, onde está escrito:

"....."

2. Mas o conceito de "segurança nacional" não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. "Segurança nacional" envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto.

3. Repugna à Constituição que, nesse conceito de "segurança nacional", seja incluído assunto miúdo de direito privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários.

"....."

(também RTJ 52/528).

No julgamento do RE 62.731-RJ (RTJ 45/559), o relator, Ministro ALIOMAR BALEEIRO, chega, durante o debate, à ironia:

"No art. 58, há um conceito de que é "segurança nacional", e de todas aquelas matérias que constituem a "segurança nacional". E o

próprio bom senso está dizendo que só podem ser a paz, a segurança, bem-estar, enfim, a preservação da incolumidade da Nação, quer quanto às ameaças externas, quer quanto às internas.

Mas purgar mora de comerciante, tenha paciência!

Por exclusão podemos dizer o que é "segurança nacional". Vejamos o que não é segurança nacional: bola de futebol não é segurança nacional; batom de moça não é segurança nacional, cigarro de maconha não é segurança nacional.

Não se pode fazer um decreto-lei regulando a produção de maconha, por exemplo, porque é de alta segurança para o soldado que poderá tirar sem complexos de medo a vida do soldado inimigo, de angústia etc."

A conclusão é no sentido de que todas as matérias legislativas são de interesse à segurança nacional, algumas até do maior interesse, mas nem todas são suscetíveis de serem disciplinadas através de decreto-lei.

Se aliarmos à idéia de interpretação restrita a exegese gramatical da expressão "segurança nacional", qualidade do que é seguro, teremos que a segurança se refere a tudo que está livre de perigo ou de receio. Em consequência, segurança nacional é tudo o que torne a Nação fora de perigo. Logo, o conceito ficaria restrito às medidas que visassem a independência em relação às ameaças externas e ao resguardo da ordem interna (64).

As únicas matérias que podem ser objeto de decreto-lei, conclui NELSON DE SOUZA SAMPAIO, depois de interessante análise da expressão segurança nacional, na Constituição, são as atinentes à organização e modificações nas Forças Armadas e à regulamentação das áreas indispensáveis à defesa do País, inclusive as de fronteira (65).

A imprecisão técnica do texto constitucional, também aqui, leva à perplexidade. O decreto-lei, quando disciplinador de matéria da segurança nacional, passa a ser um instrumento relativo. De fato, além dos pressupostos de urgência e de interesse público relevante e de condição negativa do não aumento de despesa, sua relatividade está no próprio conceito de segurança nacional e na elucubração indispensável, consistente em saber quais as matérias por ela abrangidas, suscetíveis de legisladas via decreto-lei. Declarar guerra e fazer a paz (art. 8º, II) é matéria de segurança, mas, certamente, acarreta despesa, além de ser competência privativa do Presidente da República (art. 81, XI e XII), sendo decretal, por isso, a forma do ato. Da mesma forma, a determinação das medidas de emergência e a decretação do estado de sítio e do estado de emergência (art. 81, XV), que constituem matéria de segurança nacional, mas sua adoção se reveste de forma de decreto, além de, obviamente,

(64) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., Saraiva, SP, 1978, pp. 206 e segs.

(65) Cf. *O Processo Legislativo*, Saraiva, 1968, SP, pp. 46/54.

acarretarem aumento de despesa. Permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (art. 8º, VI) é matéria de segurança nacional, mas pertence à competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 44, II), não podendo, portanto, ser objeto de decreto-lei. A organização da Polícia Federal (art. 8º, VIII), matéria de segurança, não necessita do instrumento em pauta, nem o Presidente deve usá-lo, porque não deve abrir mão da faculdade de que dispõe para, privativamente, “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal” (art. 81, V). Da mesma forma, o decreto-lei não pode alcançar a “fixação dos efetivos das forças armadas para o tempo de paz” porque isto cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor ... (art. 43, III). Se exige sanção, trata-se de matéria a ser disciplinada por lei, no sentido estrito. Talvez se possa legislar por decreto-lei sobre as requisições civis e militares em tempo de guerra (art. 8º, XVII, g), sobre a formulação da política de segurança nacional (art. 87), a organização, competência e funcionamento do Conselho de Segurança Nacional (neste caso defeso a decreto, pois o art. 88, parágrafo único, exige lei), a indicação dos Municípios de interesse da segurança nacional e as áreas a esta indispensáveis (art. 89, parágrafo único), bem como sua utilização. Diz-se “talvez” tais matérias possam ser legisladas por decreto-lei, porque este sempre está condicionado ao disposto no *caput* do art. 55. Donde a sua relatividade e sua dependência a aspectos de conjuntura e de oportunidade, cujos critérios de avaliação quase nunca implicam em análise de acordo com as categorias jurídicas.

Outro ponto relevante é o atinente ao direito penal. Poder-se-ia tipificar crime, mesmo contra a segurança nacional, através de decreto-lei? O princípio da legalidade dos delitos e das penas estaria preenchido pela edição de decreto-lei? O fato de duas leis recentes de segurança nacional, dispondo sobre crimes, haverem sido editadas por decreto-lei (o Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967, e o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969) não autoriza a resposta positiva. Tais diplomas vieram à lume com fundamento nos atos institucionais e não no texto da Lei Maior. Decreto-lei não é lei para efeito das garantias individuais, em matéria penal. Essa interpretação foi acolhida pelo Governo, que, ao invés de utilizar-se do art. 55, enviou mensagem ao Congresso, submetendo-lhe projeto de lei, que se transformou na Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, que define os crimes contra a segurança nacional, estabelece a sistemática para o seu processo e julgamento, e dá outras providências.

19.2. O texto constitucional originário (1967) mencionava, além da segurança nacional, apenas finanças públicas, como matérias suscetíveis de disciplina por decreto-lei. A expressão “finanças públicas” chegou a ensejar dúvidas, uma vez que não se confunde com direito financeiro (art. 8º, XVII, c), em relação ao qual é menos abrangente, nem com as “normas gerais de direito tributário” (art. 18, § 1º). Por isso, logo se indagou da viabilidade de baixarem-se normas tributárias pelo instrumento de decreto-lei. Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, o problema foi resolvido, pois o novo texto diz expressamente: “finanças públicas, *inclusive tributárias*”.

Não parece fora de dúvida admitir a razão de quem pensava não abranger finanças públicas as normas tributárias. O fato de o próprio legislador constituinte incluir, explicitamente, as normas tributárias, não significa haver admitido que finanças públicas não as abrangiam. O raciocínio inverso também é válido: finanças públicas englobavam normas tributárias, tanto que o constituinte, na primeira oportunidade, deixou isto claro, inserindo no texto a expressão que se discutia.

Resta saber se o novo texto resolve também a dúvida sobre a possibilidade de o Presidente da República, via decreto-lei, criar tributo ou aumentar-lhe a alíquota.

Há quem responda pela negativa, fundado na tradição. "É dessa tradição que a criação e o aumento de tributos tenham de ser autorizados pela representação popular, ou seja, pela Câmara. *No taxation, without representation*". Daí o Presidente da República só "poder alterar a regulamentação de um tributo por meio de um decreto-lei, mas não autorizaria a criá-lo *ex nihilo*, ou aumentar-lhe a alíquota" (66). Dessa forma o decreto-lei seria lei para todos os efeitos, inclusive quanto aos das garantias individuais, não todavia para o disposto no art. 153, § 29.

A questão parece não estar resolvida, uma vez que é pacífico que a matéria de lei complementar não pode ser editada através de decreto-lei (67). Ora, as normas gerais de direito tributário serão estabelecidas em lei complementar (art. 18, § 1º). Logo, que sobraria para o decreto-lei, em matéria de finanças públicas, *inclusive normas tributárias*? Se as normas tributárias não forem relativas a aumento de tributos e fixação de alíquotas, só podem ser de caráter geral, logo do Código Tributário Nacional, que é lei complementar. O mais razoável é dar ao decreto-lei, também, em matéria de direito tributário, a força de lei prevista no art. 153, § 29, da Constituição.

No tocante a finanças públicas, a dificuldade é de igual forma notória. Na expressão de NELSON DE SOUZA SAMPAIO: "... Também aqui não se pode tomar a expressão ao pé da letra para abranger tudo que respeite às receitas, despesas, orçamento e créditos públicos. O senso lógico, confirmado pela leitura da Constituição, logo nos adverte que os decretos-leis somente podem incidir sobre algumas regiões das *finanças públicas* e não sobre todo o seu território" (68).

Na verdade, também aqui, o terreno a ser admitido como do decreto-lei é muito restrito. A expressão "finanças públicas" parece mais própria a definir um objeto científico do que, propriamente, situar uma área para a legislação. Finanças são meios financeiros para o Estado cumprir suas finalidades de toda ordem. Os meios, quase sempre, envolvem ou acarretam aumento de despesas.

(66) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 210.

(67) JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, pp. 238 e 239.

(68) *Op. cit.*, p. 52.

Por outro lado, o orçamento anual e plurianual; abertura e operação de crédito; dívida pública; emissões de curso forçado; são matérias de competência da União, cabendo ao Congresso legislar sobre elas, "com a sanção do Presidente da República" (art. 43, II). Como admitir legisle sobre matéria orçamentária? O Orçamento compreende a despesa e a receita, logo se insere no conceito de finanças públicas. Mas representa, talvez, uma das formas mais importantes de controle exercida pelo Poder Legislativo. Além do mais, a Constituição diz expressamente:

"Art. 66 — O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, para votação conjunta das duas Casas, até quatro meses antes do início do exercício financeiro seguinte; ..."

E noutro lugar:

"Art. 65 — É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública ..."

Se as coisas são assim, pode-se concluir que pouco ou quase nada restará ao decreto-lei, que, de resto, não pode acarretar aumento de despesa, no terreno das finanças públicas. Lembra, ainda, NELSON DE SOUZA SAMPAIO: "só os créditos extraordinários, que se legitimam apenas nos casos de necessidade imprevista, como guerra, subversão interna ou calamidade pública, podem ser abertos pelo Executivo sem autorização parlamentar, mas para tanto basta o simples decreto, não necessitando de decreto-lei" (69).

19.3. O terceiro conteúdo necessário do decreto-lei é a criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (art. 55, III). Também uma novidade da Emenda Constitucional nº 1, desta feita parece não suscitar maiores dúvidas, pois a Lei Fundamental, ao tratar das atribuições do Poder Legislativo e da competência do Congresso Nacional (art. 43) fez a ressalva necessária. Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre "criação de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos, ressalvado o disposto no item III do art. 55" (art. 43, V). A ressalva, porém, é ilustrativa. Se, nos outros itens da competência legislativa do Congresso — e o art. 43 fala em sanção do Presidente e em "especialmente" dispor sobre todas as matérias de competência da União — não são feitas as ressalvas, como no item V cit., atinentes ao decreto-lei do art. 55, penso poder-se concluir que os outros itens consubstanciam matérias insuscetíveis de tratamento por decreto-lei (p. ex.: o orçamento, a fixação dos efetivos das forças armadas para o tempo de paz), restando, apenas, a dúvida em relação aos tributos, justamente para dar algum sentido à expressão "normas tributárias" contida no item II do art. 55.

20. Os pressupostos de "urgência e interesse público relevante" para a edição de decreto-lei precisam ser entendidos. Toda lei deve ter, presumidamente,

(69) *Op. cit.*, p. 52.

interesse público relevante. Toda lei se insere num determinado tempo de necessidade. Se algumas matérias devem ser tratadas pelo legislador de forma cuidadosa e lenta, outras nascem da premência social ou da vontade governativa em resolver mais do que depressa determinados problemas. Mas esta questão de tempo não deixa de ser delicada, na medida em que motivos de urgência podem levar à criticável e indesejável legislação conjuntural, imediatista, sem maiores perspectivas históricas, contribuindo mais para o intrincado cipoal legislativo do que para o progresso e aperfeiçoamento da ordem jurídica. De qualquer forma, admitindo-se as razões de urgência, a Lei Fundamental possibilitou o envio de projetos de lei pelo Presidente da República, com prazos reduzidos de quarenta e cinco dias em cada uma das Casas do Congresso, e, mesmo em casos de urgência, o prazo de quarenta dias, quando o projeto deverá ser examinado em sessão conjunta (art. 51). Não deliberando o Congresso nos prazos referidos, considerar-se-ão aprovados os projetos, na forma do art. 51, § 3º. Assim sendo, a dedução lógica está em que o requisito de urgência para a edição de decreto-lei deve ser de tal ordem, que em quarenta dias ele se torne obsoleto, inútil ou ineficaz. De outro modo, poderia o Presidente da República enviar projeto de lei e solicitar a sua apreciação em sessão conjunta, dentro do prazo de quarenta dias, nos termos do art. 51, § 1º.

Comenta-se, sempre, como a minimizar este problema da urgência e do interesse público relevante, que tais requisitos constituem problema político e não jurídico. Na verdade, os juizes da urgência e do interesse são o Presidente da República, num primeiro momento, e os membros do Congresso, ao aprovarem ou rejeitarem o decreto-lei, no prazo de sessenta dias. Dessa forma, ainda que não haja urgência ou interesse público relevante, a aprovação do Congresso ou o decurso do prazo de sessenta dias, sem deliberação, convalidarão o diploma, nesta parte, sanando definitivamente a ausência dos requisitos em tela, uma vez que eles não estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, nem ao exame jurisdicional. No entanto, tais requisitos estão na Carta Magna e devem ser observados, mormente pelo Presidente da República, que, ao tomar posse, presta compromisso de manter e cumprir a Constituição (art. 78) e, por iguais motivos, pelos Senadores e Deputados.

Tanto faz a alternativa *ou* ou a aditiva *e*. Urgência e interesse público relevante são requisitos copulativos a indicar que apenas em caráter realmente excepcional deve o Presidente da República usar do decreto-lei, mais pela necessidade da legislação que se pretende do que pelo oportunismo de fugir ao processo legislativo.

A questão atinente à condição de não haver aumento de despesa é também interessante, pois, dificilmente, haverá diploma legal que não acarrete, de alguma forma, aumento de despesa, custos etc. Parece que a Constituição intenta restringir o decreto-lei que cause direta e imediatamente o aumento da despesa orçamentária, a criação de créditos adicionais, como autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento, quer sejam suplementares, especiais ou extraordinários (Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal).

21. Os decretos-leis são leis para a maioria dos casos e, sem dúvida, para o efeito do controle da constitucionalidade. Mas aqui parecem caber algumas observações. A lei, uma vez que foi aprovada pelo Congresso e sancionada e promulgada pelo Presidente da República, goza de alta presunção de constitucionalidade. Daí o *quorum* especial para declarar-se sua nulidade por violação da Carta Magna. Daí, também, a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de somente haver inconstitucionalidade radical, completa, absoluta, isenta de qualquer dúvida. Na dúvida, não se declara inconstitucional um diploma, afinal fruto de dois poderes do Estado. No entanto, o decreto-lei tem duas fases. Numa, ele é publicado, com vigência imediata, mas ainda não aprovado pelo Congresso; noutra, depois da aprovação pelo Senado e pela Câmara. Na primeira, que pode durar até sessenta dias, apenas um poder o editou, não sendo, por isso, esdrúxulo afirmar que a sua presunção de constitucionalidade é bem menor do que a lei discutida e aprovada pelo Congresso, depois de uma tramitação normal. De igual forma, não pode merecer a presunção de constitucionalidade o decreto-lei rejeitado, que, por força do art. 55, § 2º, “não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência”.

22. Esta questão do art. 55, § 2º, “A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência”, não é fácil. O parágrafo em pauta constitui novidade da Emenda de 1969. Antes, a discussão era sobremaneira interessante. Rejeitado pelo Congresso, não se sabia se a perda de eficácia seria *ex tunc* ou *ex nunc*. Se, desde sempre, haveria necessidade de vigência a partir da publicação? Se, ao contrário, desde agora, como ficariam os direitos adquiridos após a sua vigência? E os direitos que seriam adquiridos se não existisse o decreto-lei?

As questões foram, de certa forma, resolvidas pela inovação do § 2º do art. 55. No entanto, nasceram outras igualmente interessantes. A perda de eficácia *ex nunc*, isto é, a partir da rejeição pelo Congresso, justifica-se, em parte, pelo fato de *a contrario sensu* o decreto-lei perder sua razão de ser, consubstanciada nos requisitos de “urgência” e de “interesse público relevante”. Cairia no ar, como se tivesse sido declarado inconstitucional, não deixando de ser curiosa a hipótese de o Congresso rejeitá-lo por inconstitucionalidade e seus efeitos perdurarem no ínterim entre a publicação e a rejeição. No caso, que presunção de constitucionalidade poderia ter o decreto-lei, na estranha *vacatio* em que teve vigência e, por força do dispositivo constitucional, eficácia (a rejeição não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência)?

A solução da emenda constitucional foi razoável, pois ao Poder Judiciário fica reservado corrigir o injusto, acaso criado pela eficácia temporária. Mesmo porque o Congresso Nacional, tendo o prazo de sessenta dias para rejeitar ou aprovar o ato, não significa que deva esperar os últimos dias para manifestar-se, devendo fazê-lo desde logo. Não se justifica, obviamente, que o Congresso, vendo num decreto-lei uma injustiça, não o rejeite imediatamente, ao invés de o rejeitar no fim dos dois meses, com prejuízo para a harmonia da ordem jurídica.

Hipótese curiosa de direito intertemporal pode ocorrer se o decreto-lei revogar uma lei e, posteriormente, for rejeitado pelo Congresso Nacional. A lei perderá eficácia durante o tempo em que o decreto-lei teve vigor, ou seja,

da sua publicação até a data da rejeição? E a lei revogada, nesse período, fica definitivamente nessa situação, aplicando-se o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil?

“Art. 2º — Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

.....
§ 3º — Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

Não se trata de inconstitucionalidade, em que a nulidade é de tal ordem que faz desaparecer a lei violadora da Lei Maior, justamente por ter apenas aparência legal. No caso, o decreto-lei não se fez, pois não houve aprovação parlamentar, sequer por decurso de prazo. A solução mais justa parece ser a não aplicabilidade da proibição do efeito repristinatório, determinada pela Lei de Introdução, para restaurar a vigência da lei revogada por um decreto-lei que o Congresso Nacional rejeitou.

23. Diante de tantos problemas, incoerências, inexistências, poder-se-á indagar qual o melhor caminho para o decreto-lei. Sua extinção, pura e simples, com a volta à predominância da competência legislativa do Parlamento, confessando-se o embaraço e mesmo o fracasso do decreto-lei na Constituição. Seria uma espécie de conclusão maniqueísta: decreto-lei só em ditadura, pois, num regime democrático, ele torna-se inviável. Parece-me que não. O decreto-lei não deve ser visto através de olhos supersticiosos ou preconcebidos. Ele não precisa ser a lei da ditadura, podendo ser um grande instrumento da democracia, na medida em que pode atender a determinados interesses coletivos e conjunturais, de forma imediata. Além do mais, estamos tratando sempre do decreto-lei institucionalizado, vale dizer, do decreto-lei no estado de direito e não fora dele, ou contra ele.

O instituto deve ser aperfeiçoado, evitando-se seu uso arbitrário, submetendo-o, realmente, ao controle político do Congresso, de modo que seja a lei urgente, que não tolere o procedimento legislativo normal, mas também não sirva de instrumento ao oportunismo da política, nem constitua burla ao primado dos representantes do povo, no exercício da função legislativa do Estado.

BIBLIOGRAFIA

- AMORTH, Antonio. *La Costituzione Italiana — Commento Sistematico*. Milano, 1948.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. por BENJAMIN JOWET, Livro IV, Cap. 14, Chicago, Enciclopédia Britânica, 1952.
- ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. Ed. Rev. dos Tribunais, 1967.

- BISCARETTI DI RUFIA. *Diritto Costituzionale*. 9.^a ed., Napoli, 1972.
- BONDE, Amadée. *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris, 1927.
- BURDEAU, Georges. *Tratado*. Tomo IV.
- CASTELLO BRANCO, Humberto de Alencar. *Coletânea de Discursos e Entrevistas*. 3 vol. 1964/1965/1966, Imprensa Nacional, Brasília.
- CAVALCANTI, Themistocles. "O princípio da separação dos poderes e suas modernas aplicações", in *Cinco Estudos*, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1955.
- CHELI, Enzo. "Decreto Legge e Decreto Legislativo", in *Enciclopédia Forense*, Casa Vallardi, vol. III.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. Trad. de LYDIA CHRISTIANA, 2.^a ed., RJ, Agir, 1966.
- Constituição Francesa de 1958*.
- Constituição Política da República Portuguesa, 1933*.
- Costituzione della Repubblica Italiana de 1947*, organizada pelos profs. FRANCHI e V. FEROCI, Editore Ulrico Hoepli, Milano, 1953.
- DJORDJEVIC, J., sobre a Iugoslávia, in *O Poder do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, 1959, FDU Minas Gerais.
- DUVERGER, Maurice. *Constitutions et Documents Politiques*. Presses Universitaires de France, Paris, 1968.
- Encíclica Pacem in Terris*, §§ 67 a 69.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed., Saraiva, SP, 1978.
- GALICHON, Georges. "Aspects de la Procédure Législative en France", in *Le Travail Parlementaire en France et à l'Étranger*, Paris, Presses Universitaires, 1955.
- GOGUEL, François. "Les Méthodes du Travail Parlementaire", in *Le Travail Parlementaire en France et à l'Étranger*, Paris, Presses Universitaires, 1955.
- GROVE, W., sobre o Reino Unido, in *O Poder do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, 1959, FDU Minas Gerais.
- HODGETTS, J. E., sobre o Canadá, in *O Poder do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, 1959, FDU Minas Gerais.
- IOYRYCH, A., sobre a URSS, in *O Poder do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, 1959, FDU Minas Gerais.
- LABROUSSE, Roger. *Introduction à la Philosophie Politique*. Paris, Librairie Marcel Rivière, 1959.
- LANGROD, Georges. *O Processo Legislativo na Europa Ocidental*. Prefácio de OSWALDO TRIGUEIRO, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1954.
- LAROQUE, Pierre, sobre a França in *O Papel do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, 1959, FDU Minas Gerais.

- LAVAGNA. *La Costituzione Italiana*, commentata con le decisioni della Corte Costituzionale. Torino, 1970.
- LEAL, Victor Nunes. "A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia", in *Cinco Estudos*, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1955.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*, with introduction and notes by PETER LASLETT. Cambridge University Press, 1960.
- MACRIDIS, Ray C., sobre os Estados Unidos, in *O Poder do Executivo no Estado Moderno*, RJ, Ed. Rev. Bras. de Estudos Políticos, 1959, FDU Minas Gerais.
- MADISON. *The Federalist* n.º 47. Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1952.
- B. MIRKINE, Guetzévitch. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. Trad. de CANDIDO MOTTA FILHO, SP, Cia. Ed. Nacional, 1933.
- MEUCCIO, Ruini. *La Funzione Legislativa Tecnica delle Leggi e Lavori Parlamentari*. Milano, Editore Dott. A. Giuffrè, 1953.
- MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Loix*. Livro XI, Librairie Garnier, Paris, 1927.
- MOTTA FILHO, Cândido. *O Poder Executivo e as Ditaduras Constitucionais*. SP, Rev. dos Tribunais, 1940.
- NAVARRO DE BRITTO, Luiz. *O Veto Legislativo*, estudo comparado, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serv. de Documentação, 1966.
- OLIVEIRA TORRES, João Camilo. *Natureza e fins da Sociedade Política*. Petrópolis, Vozes, 1968.
- PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*. Padova, 1962.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III, SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1967.
- PONTES DE MIRANDA. *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional*. RJ, Freitas Bastos, 1932.
- PRÉLOT, Marcel. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Dalloz, 1957.
- RÃO, Vicente. *As Delegações Legislativas no Presidencialismo*, SP, Max Limonad, 1968.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. "Decretos-Leis e sua Seara", in *Revista do D. Público*, vol. III, Jan-Março/1968, Ano I, SP, Publicação do Inst. do D. Público da FDU SP.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. Saraiva, SP, 1968.
- SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*. RJ, Freitas Bastos, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1968.
- VEDEL, Georges. *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Sirey, Paris, 1955.

Aspectos da técnica jurídico-legislativa aplicáveis à interpretação do regime jurídico das leis complementares à Constituição Federal

EDGARD LINCOLN DE PROENÇA ROSA

Assessor do Senado Federal

SUMÁRIO

- 1 — Breve notícia histórica
- 2 — Conceito de lei complementar
- 3 — Regime jurídico da lei complementar
- 4 — Economia das pessoas constitucionais
- 5 — Superioridade eficaz da lei complementar
- 6 — Perfil da lei nacional
- 7 — Leis complementares materialmente nacionais
- 8 — Conclusões

1 — Breve notícia histórica

1.1 A lei complementar, com o perfil da categoria jurídica específica que examinaremos neste trabalho, entrou no direito constitucional brasileiro, segundo a constatação de boa parte da doutrina atual ⁽¹⁾, com a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, o Ato Adicional que instituiu o Parlamentarismo. Seu art. 22 dispunha: “Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora ins-

(1) Cf. SILVA, José Afonso da — *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, pág. 225; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Curso de Direito Constitucional*, Edição Saraiva, São Paulo, 1971, pág. 146; BORGES, José Souto Maior — *Lei Complementar Tributária*, Editora Revista dos Tribunais/EDUC, São Paulo, 1975, pág. 1.

tituído mediante leis **votadas**, nas duas Casas do Congresso Nacional, **pela maioria absoluta de seus membros**" (grifamos).

Duas leis complementares foram elaboradas e promulgadas, em conformidade com o citado dispositivo do Ato Adicional, de 1961: a Lei Complementar nº 1, de 17-7-62, que complementou a organização do sistema parlamentar de governo; e a Lei Complementar nº 2, de 15-9-62, que tratou da vacância ministerial e deu outras providências (2).

Posteriormente, sobreveio a Emenda Constitucional nº 18, de 1º-12-65, que, dispondo sobre a reforma do sistema constitucional tributário, referia-se, em diversos dispositivos, às leis complementares sem, entretanto, estabelecer qualquer distinção formal entre elas e as demais leis ali previstas, a não ser a discrepância designativa mesma. A propósito, lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA que foram apresentados dois anteprojetos (A e B) dessa emenda constitucional, pela Comissão de Reforma, então designada pelo Presidente da República. O anteprojeto A previa as leis complementares com maior rigidez do que as leis ordinárias. Contudo, apenas o anteprojeto B foi submetido à apreciação do Congresso Nacional, cujo texto prevalecente, reformulado e afinal aprovado, silenciava sobre a superioridade formal das leis complementares em relação às outras (3).

1.2 A Constituição de 1967, no art. 49, II, incluiu as **leis complementares da Constituição** entre os tipos normativos do sistema de processo legislativo, atribuindo-lhes a peculiaridade da rigidez formal, na dição do art. 53, pela qual elas "serão **votadas** por maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias" (grifos nossos). Estava, assim, fixado o **quorum** qualificado, nos moldes ditados pelo Ato Adicional de 1961, com o acréscimo da cláusula final, para que fossem observadas, no mais, as normas pertinentes ao processo das leis ordinárias.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve as **leis complementares à Constituição**, aperfeiçoando, porém, na redação do art. 50, a norma relativa ao seu peculiar processo legislativo, dado que, ao invés de votadas por maioria absoluta, na forma do texto original da Constituição de 1967, as leis complementares, doravante, "somente serão **aprovadas**, se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional" (grifamos). De fato, o **quorum** especial exigido não é de maioria absoluta para votação, mas de maioria absoluta de votos para aprovação, o que, evidentemente, tem significado distinto. Nessa parte, portanto, a revisão constitucional foi feliz.

1.3 Posta a feição fundamental dessa categoria jurídica, assim delimitada no texto constitucional vigente, procuraremos, adiante, eduzir o conceito de lei complementar.

(2) Apud JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, pág. 225.

(3) *Idem*, págs. 225/226.

2 — Conceito de lei complementar

2.1 A expressão lei complementar, tomada no sentido literal, indica, intuitivamente e *a priori*, tratar-se de lei que complementa ou completa, **lato sensu**, dispositivos constitucionais carentes de integração normativa, a fim de lhes dar executoriedade eficaz.

Nesta acepção ampla, estaria errado o marco inicial do breve histórico que acima fizemos, pois, conforme assinala GERALDO ATALIBA (4), “Rui Barbosa foi quem desenvolveu, entre nós, o estudo das leis complementares. Por influência sua, costumou-se a esta categoria designar por **leis orgânicas**, nome pelo qual durante toda a primeira república se reconheceu tal espécie”.

A noção de norma constitucional “auto-executável” foi introduzida, na doutrina brasileira, por RUI BARBOSA, que sobre ela expôs:

“Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis — se nos permitem uma expressão que traduza, num só vocábulo, o inglês **self-executing** — são, portanto, as determinações para executar às quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Disposição executável por si mesma é a que ministra a norma ou os meios pelos quais se possa exercer e proteger o direito que ela dá, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que lhe impõe” (5).

Das disposições **self-executing**, distinguem-se as **not self-executing**, isto é, as não auto-executáveis, porque, explica RUI BARBOSA, “nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos” (6).

Essa distinção facilita o entendimento do conceito e da função da lei orgânica, de acordo, ainda, com as lições de RUI BARBOSA, lembradas por GERALDO ATALIBA:

“Se, pois, a Constituição debuxa somente a estrutura do organismo político, **the frame of a Government**, se apenas delinea as instituições nos seus traços predominantes, bem se vê que à interpretação, exercida pelo Governo e pela legislatura nos casos políticos, desempenhada, nos casos judiciários pelos Tribunais, incumbe subentender as noções complementares, lan-

(4) ATALIBA, Geraldo — *Lei Complementar na Constituição*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, pág. 7.

(5) Apud GERALDO ATALIBA, *op. cit.*, pág. 11.

(6) *Idem*, *ibidem*.

çar, por construção lógica, entre as grandes linhas, o tecido conjuntivo, extrair das generalidades as especialidades, decompor cada síntese nos seus elementos, buscar no todo o significado indeciso das partes, elucidar, por comparação, as obscuridades ou insuficiências e, mediante os recursos da analogia, suprir as lacunas inadmissíveis" (7).

O remate desse insuperável ensinamento constitui, até hoje, a base teórica da compreensão das características e funções da lei orgânica:

"As Constituições não têm o caráter analítico das codificações legislativas. São, como se sabe, largas sínteses, sumas de princípios gerais onde, por via de regra, só se encontra o **substractum** de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o **organismo adequado**, e lhes dar capacidade real de ação.

É o que sentia a nossa Constituinte, e o que a nossa Constituição exprime, quando, no art. 34, depois de enumerar, em trinta e duas cláusulas sucessivas, as atribuições do Congresso Nacional, declara, nas duas subseqüentes, que a ele, privativamente, compete: "Decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes, que pertencem à União"; "Decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição" (art. 34, n.º 33 e 34)" (8) (últimos grifos nossos).

2.2 Fixadas, desse modo, as características e funções da lei orgânica, houve por bem conservá-la a Constituição de 1934, dentre as atribuições do Poder Legislativo, previstas no art. 39, n.º 1, a quem competia: "decretar leis orgânicas para a completa execução da Constituição".

De sua vez, as Constituições de 1937 e de 1946 foram omissas quanto à descrição ou mesmo à discriminação da espécie, em confronto com outros tipos normativos, especialmente com a lei ordinária. De *supor-se*, então, que a esta e, genericamente, às demais, em princípio e numa perspectiva ampla, cumpria complementar a Constituição.

2.3. É que, *lato sensu*, "todas as leis são complementares, porque se destinam a complementar princípios básicos enunciados na Constituição" (9).

Se assim é — voltando à observação anterior — o breve histórico que fizemos não está errado, porque, realmente, repita-se, num sentido amplo e em princípio, todas as leis têm a função de complementar disposições

(7) *Idem*, pág. 8.

(8) *Idem*, *Ibidem*.

(9) LEAL, Victor Nunes — "Leis Complementares da Constituição", *Revista de Direito Administrativo*, Vol VII, pág. 381.

constitucionais, porque não se distinguiriam umas de outras, ~~senão~~ pelo designativo.

Mas, a lei complementar, como hoje se conhece, tem figuração própria, cujo marco inicial foi, conforme já estabelecido, o Ato Adicional, de 1961.

2.4 O passo intermediário na conceituação da lei complementar, em sentido amplo e estrito, pode ser bem acompanhado com o discernimento de PINTO FERREIRA, da lei complementar material, "a que completa disposições da Constituição, para torná-las eficazes e desenvolver os seus princípios e conteúdo, independentemente de qualquer consideração formal ou de caráter procedimental", daquela, **stricto sensu**, prevista na Constituição vigente, que obedece à formalidade ali prevista do **quorum** especial, de sorte a lhe conferir maior rigidez e, daí, a protegê-la das alterações mais flexíveis, sujeitas apenas à aprovação por maioria simples ⁽¹⁰⁾.

Dessa maneira, ainda não se tem um conceito, mas as notas diferenciais entre aquela lei, genérica e materialmente complementar, e esta, **stricto sensu**, que aqui nos interessa.

2.5. JOSÉ AFONSO DA SILVA, reconhecendo a falta de técnica da Constituição na caracterização da função e finalidades das leis complementares, considera aceitável a definição proposta por PAULO SARASATE, que define como "aquelas que, aprovadas no mínimo pela maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, e observados, na sua elaboração, os demais termos de votação das leis ordinárias, têm por objetivo regular os preceitos constitucionais cuja aplicação delas depende expressamente" ⁽¹¹⁾.

O próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA, depois de estudar e concluir sobre a natureza jurídica da lei complementar, a qual, segundo ele, varia conforme o conteúdo das normas integradas, ou seja, a matéria a que se refira, propõe sua definição, com as ressalvas e cautelas que o tema suscita: "Leis Complementares da Constituição são leis integrativas de normas constitucionais de eficácia limitada, contendo princípio institutivo ou de criação de órgãos ou seções judiciárias nos casos previstos, e sujeitas à aprovação pela maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional" ⁽¹²⁾.

2.6 Como se sabe, conceituar significa apreender os dados essenciais do objeto conceituado. Definir é exprimir, verbalmente, o conceito. E a regra fundamental da boa definição impõe que se estabeleça o gênero próximo e a diferença específica do objeto definido.

Inferem-se das definições antes mencionadas, menos do que o defeito de sua extensão, as dificuldades de fixação do conteúdo material das leis

(10) Apud PINTO DA LUZ, Lincoln Teixeira Mendes, in *Comentários sobre o Anteprojeto: A propósito de uma lei orgânica para a Administração Federal*, IPEA, Brasília, 1976, pág. 51.

(11) Cf. *op. cit.*, pág. 284.

(12) *Idem*, pág. 235.

complementares, porque a Constituição não adota um critério preciso e uniforme que ofereça ao intérprete um rumo seguro. Não basta, para a caracterização dessas leis, a indicação da diferença específica correspondente ao **quorum** especial de aprovação, como, aliás, não se omitiu naquelas definições. Porque a diferença específica se encontra, além do **quorum** qualificado, no âmbito material de cabimento da lei complementar. Esse âmbito está determinado nos dispositivos constitucionais, que exigem, expressamente, a via de lei complementar.

Diante disso, ousamos exprimir o conceito, com a única preocupação de ordem metodológica em face do presente trabalho e sem espírito de emulação, na seguinte definição: lei complementar é aquela que, sujeita ao **quorum** de aprovação por maioria absoluta dos votos das duas Casas do Congresso Nacional (art. 50 da Constituição), disciplina as matérias que lhe estão, especificamente, reservadas na Constituição.

Dal decorrem questões importantes. Em especial a de saber-se, uma vez adotada a definição acima, se a lei complementar observará, tão-somente, as matérias enumeradas na Constituição, ou se, ao revés, poderá ela estender-se além dessas fronteiras demarcatórias. É o que se verá adiante, examinando-se antecedentemente, porém, o regime jurídico peculiar da espécie, extraído do conceito aqui formulado.

3 — Regime jurídico da lei complementar

3.1 A expressão **regime jurídico** repercute no plano ontológico. Diz respeito, portanto, ao modo de ser, vale dizer, à maneira própria de existir de uma determinada categoria jurídica. Nesse sentido, qual é o regime jurídico da lei complementar?

Convém reproduzir, quanto a esse aspecto, o ponto de vista de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

“Sem que sejam conjugados dois requisitos constitucionais — **quorum** especial e qualificado — **mais** o âmbito material de competência legislativa próprio —, não há lei complementar no direito constitucional brasileiro. Haverá, quando muito, **lei ordinária** da União (observância do **quorum** e inobservância do âmbito material de validade da lei complementar, contido não obstante o ato legislativo dentro do campo da lei ordinária da União) ou lei complementar **material**, viciada por inconstitucionalidade **formal** ou **extrínseca** (inobservância do **quorum** e observância do âmbito material de cabimento da lei complementar). Donde se conclui que, extrapolando o seu campo material próprio — se observado no entanto o campo de atribuições legislativas da União — a lei não será formalmente complementar, mas ordinária. Inobservado, ao contrário, o **quorum** especial e qualificado, mesmo se respeita-

da a competência material da União, a lei complementar será inconstitucional.

A lei complementar disciplinada pela Constituição é a lei complementar no sentido formal e material.

.....

É o critério formal e material adotado pela Constituição que dá a unidade de regime à lei complementar, sem o que não se legitimaria o seu estudo como uma categoria científica autônoma" (13) (grifos do autor).

Quer dizer, o regime jurídico da lei complementar decorre do critério formal e material adotado pela Constituição. Esta convicção é compartilhada pela quase unanimidade dos autores, daí que a opinião de SOUTO MAIOR BORGES é considerada intangível.

Mas, afinal, que critério formal e material é esse? Aí está o problema. Porque, quanto ao critério formal é fácil: o art. 50 da Constituição nos diz que lei complementar é aquela aprovada por maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional. É, pois, o critério da maioria absoluta. Mas, quanto ao critério material? A Constituição, aqui e ali, estabelece a competência legislativa por via de lei complementar, traçando-lhe o âmbito material. Todavia, não o faz seguindo um modelo, um parâmetro, um critério. A fixação desse âmbito material na Constituição é, mais ou menos, arbitrária, aleatória. Isto desorienta o intérprete, que acaba buscando, como SOUTO MAIOR BORGES, no **critério da reserva de lei complementar**, o **discrímen material da espécie**. Convenhamos, porém, que se trata do critério mais óbvio e, por isso mesmo, cômodo para se descrever a feição ontológica da categoria, inobstante fundamentada em sólidas bases de teoria geral do direito.

Na realidade, a nosso ver, é preciso aprofundar mais a investigação. Há que desvendar o critério do critério da reserva. Não é uma tarefa animadora, porque, como dissemos, o âmbito material da lei complementar está, arbitrariamente, previsto na Constituição. Por isto, é um desafio. Desafio que deliberamos enfrentar neste trabalho, menos com o intento de resolver o problema do que de equacioná-lo e colocá-lo à meditação.

3.2 Sem dúvida, o critério da reserva é um parâmetro objetivo, que satisfaz às exigências do cientista do direito, posto que extraído do dado jurídico conhecido — a norma. Entretanto, ao menos em relação à lei complementar, ele não nos parece satisfatório. É necessário, segundo pensamos, averiguar a existência de um possível nexu, um traço comum, que esteja por trás do critério da reserva.

Alguns autores, como MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, por exemplo, sem uma preocupação semelhante à nossa, registre-se, sustentam que o constituinte, ao criar um **tertium genus** (categorização hierár-

(13) Op. cit., pág. 72.

quica da lei complementar proposta pelo Professor MIGUEL REALE, que não interessa examinar aqui), "o fez tendo um rumo preciso: resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário. Se assim agiu, não pretendeu deixar ao arbítrio do legislador o decidir sobre o que deve ou o que não deve contar com esta estabilidade particular".

"A Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas relativamente a esta ou àquela matéria. Fê-lo por considerar a especial importância dessas matérias, frisando a necessidade de receberem um tratamento especial. Só nessas matérias, só em decorrência dessas indicações expressas, é que cabe a lei complementar" (14).

É o critério da relevância da matéria, indutivo de sua maior estabilidade ou permanência no ordenamento. Quer dizer, o critério da reserva estaria embasado no da relevância.

Entendemos que este não é o melhor caminho para se chegar ao cerne da questão. A afirmação desse autor, a ser válida, dependeria da análise histórica e, mesmo constatada sua procedência (o que não ocorre, no caso), não valeria mais do que um elemento pré-jurídico na abordagem científica.

Por outro lado, a orientação da pesquisa, adotada essa linha de pensamento, encontra obstáculos intransponíveis. É que há matérias, não reservadas à lei complementar, tão importantes e suscetíveis de maior estabilidade quanto aquelas restritas ao tratamento legislativo qualificado. Os exemplos se multiplicam: por que a lei complementar estabelecerá **normas gerais** de direito tributário (art. 18, § 1º) e não lhe é reservada a disciplina das **normas gerais** de direito financeiro, ou sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública, de seguro e previdência etc. (art. 8º, XVII, c)? Por que a lei complementar estabelecerá os limites para as despesas de pessoal da União, dos Estados e dos Municípios (art. 64) e à lei federal (ordinária) cabe dispor sobre o exercício financeiro, a elaboração e a organização dos orçamentos públicos (art. 61)? Sucessivamente, outros exemplos poderiam ser apontados para demonstrar a falta de lógica na aferição da relevância das matérias reservadas à lei complementar.

Logo, a relevância, erigida como fundamento do critério da reserva, é imprestável do ponto de vista científico.

3.3 A reserva de lei complementar, como dissemos, é um dado objetivo, que se apresenta ao intérprete. Dele, a maior parte da doutrina infere o critério material, que, conjugadamente com o critério formal, caracteriza o regime jurídico da espécie.

(14) *Op. cit.*, pág. 148.

Contudo, o erro em que incide essa exegese, a nosso ver, é abandonar o contexto das normas constitucionais, que estão, necessariamente, interligadas num sistema jurídico-constitucional. Se o constituinte foi assistemático no critério da reserva, o intérprete não deverá incorrer na mesma falta, sob pena de ser infiel a sua ciência.

Por isso, achamos que a reserva material às leis complementares, se não foi fundamentada numa perspectiva do sistema constitucional, deve ser interpretada com a flexibilidade que a visão contextual impõe. Dito de outra maneira: a demarcação rígida dos casos de cabimento da lei complementar deve ser observada até o ponto em que, por força do sistema constitucional, se imponha o alargamento das fronteiras demarcatórias.

Para tanto, é de extrair-se do próprio texto constitucional um critério, tão objetivo quanto o da reserva, pois que fornecido, igualmente, pela Constituição, mas obtido de uma apreensão sistêmica.

O trabalho a ser feito consistirá em percorrer o texto da Constituição, verificando-se as matérias postas, expressamente, sob reserva, a fim de, pelo cotejo com os casos de matérias não reservadas à lei complementar, concluirmos se o sistema constitucional, como um todo, impõe, por via de harmonização lógica, a ampliação daquelas matérias reservadas, embora não expressamente.

Como tendemos a admitir essa possibilidade, no curso de nossas considerações posteriores e na persuasão de demonstrá-la, cumpre retificar a feição ontológica da espécie para, desde aqui, estabelecer que o regime jurídico da lei complementar decorre da observância do **quorum** especial e qualificado, de aprovação do art. 50 (critério formal) e da obediência ao âmbito material, colocado sob reserva expressa nas disposições constitucionais pertinentes (critério material expresso), **podendo tal âmbito material reservado ser ampliado por imposição implícita do sistema constitucional (critério sistemático ou critério material implícito).**

Não sendo válido, em princípio, o critério que acima formulamos, cuja conseqüência é a expansão do critério material próprio do regime jurídico da lei complementar, como se explicariam as razões adotadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA e JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, com as quais justificam a qualificação de dois casos em que a palavra **lei** teria o alcance e a eficácia de **lei complementar**?

Os casos são os seguintes: JOSÉ AFONSO DA SILVA, embora admita que devem entender-se por **leis complementares** somente as assim mencionadas na Constituição, argumenta que a **lei**, prevista no art. 24, § 2º, do texto de 1967 (atual art. 23, § 2º), é **lei complementar**. Examinem-se os seus argumentos e ver-se-á que o ilustre autor deu interpretação sistemática ao contexto das disposições constitucionais⁽¹⁵⁾. Igualmente, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, mesmo acatando e propondo o regime jurídico rígido da

(15) Cf. op. cit., págs. 230/231.

espécie, conforme vimos, entende que a lei referida no art. 23, § 7º, *in fine*, da Constituição, é complementar, consoante a excelente argumentação que expõe (16). Seria ocioso e empobrecedor um resumo de suas alegações. Mas, bastaria, neste momento, recordar sua crítica a algumas definições formuladas na doutrina sobre a lei complementar, as quais, para ele, "ressentem-se da generalidade não excetuada com que formulam a regra da **expressa** previsão constitucional como uma exigência indeclinável para a identificação das hipóteses de cabimento da lei complementar. Isso, entretanto, nem sempre sucede, porque **eventualmente considerações de ordem sistemática** conduzirão inevitavelmente à conclusão de que, posto não expressamente prevista, só a lei complementar pode disciplinar determinadas matérias, tais como a do art. 23, § 7º, *in fine*, da Emenda Constitucional nº 1/69" (17) (sic) (últimos grifos nossos).

Um parêntese: curioso como, no reexame mais detido de um trabalho, ocorrem certas descobertas. Verdadeiramente, o brilhante jurista JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES incidiu numa contradição, que somente agora, no correr da elaboração de nosso trabalho, percebemos. De fato, não se compatibiliza sua crítica, acima reproduzida, com a posição rígida de sua doutrina sobre o regime jurídico da lei complementar.

Retornando ao problema que estávamos abordando, como conciliar a interpretação extensiva, não obstante **eventual**, dada àqueles dispositivos, pelos citados autores, com suas concepções inflexíveis acerca da lei complementar?

Só uma explicação. Há que prevalecer, sempre, o enfoque sistemático, a exegese contextual das normas constitucionais. A interpretação científica não pode ser isolada, porque não existe norma solta, girando em órbita particular na Constituição. Pelo contrário, as normas se interligam no conjunto sistemático das disposições constitucionais.

Portanto, a flexibilidade que atribuímos ao regime jurídico da lei complementar, fundamentada no critério sistemático, é lógica e adequadamente aplicável. O próprio SOUTO MAIOR BORGES abona a tese, embora, incoerentemente, ensine outra coisa.

3.4 Não obstante o ilustre, e aqui tantas vezes mencionado, professor pernambucano pense, também, daquela forma, devemos nos armar de toda cautela diante de sua afirmação, no sentido de que só **eventualmente** caberia a interpretação extensiva. O eventual, tendo, necessariamente, o sentido de incerto, fortuito, acidental, fica sempre ao sabor das contingências, ou, o que é pior no caso, das conveniências. Isso deve ser evitado, não só pelo intérprete, como, principalmente, pelo legislador que pretenda entender as reservas à lei complementar. Por isso, insistiríamos no advérbio **implicitamente**, que melhor traduziria o modo pelo qual se operaria a interpretação sistemática: de dentro para fora.

(16) BORGES, José Souto Maior — "O art. 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1/69", in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n.º 9, págs. 113/127.

(17) *Lei Complementar...* cit., pág. 35.

É a harmonia interna, **implícita**, do sistema constitucional que deve impor um **parâmetro**, um **modelo** a ser seguido na ampliação do âmbito material de validade da lei complementar, não eventualmente, mas **sistematicamente**.

Será o nosso esforço, daqui para a frente, encontrar esse parâmetro.

Antes, vejamos duas questões que se desdobram a partir do regime jurídico da lei complementar: a primeira diz respeito à isonomia das pessoas constitucionais; a outra refere-se ao problema da hierarquia das leis.

4 — Isonomia das pessoas constitucionais

4.1 Nessa parte do trabalho, que será curta e que está incluída por simples indicação metodológica, fixaremos apenas o essencial daquilo que consta, magnificamente exposto, no capítulo pertinente, da obra do Professor JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (18).

4.2 Da constatação de que as pessoas constitucionais, nominadamente a União, os Estados-Membros e os Municípios, ostentam uma desigualdade política entre si, decorre a falsa idéia de que elas são juridicamente desiguais.

Para esse engano, contribui o uso bastante generalizado, na doutrina do direito público, da expressão "níveis de governo", que sugere a existência de desníveis ou desigualdades jurídicas entre aquelas pessoas.

Na verdade, não existem níveis ou desníveis na Federação, em decorrência do que não há subordinação hierárquica no sistema federativo brasileiro.

O princípio que prevalece e comanda as relações entre as pessoas constitucionais é o da isonomia. Há, portanto, uma igualdade jurídica entre elas.

O conteúdo dessa igualdade consiste na atribuição de competências específicas, conferidas pela própria Constituição Federal, inobstante sejam diversificadas umas das outras, mais ou menos complexas umas que outras.

"Nesse sentido material ou substancial... o princípio da isonomia significa que, dado o rígido esquema constitucional de repartição de competência, todas as leis do País, nos seus respectivos âmbitos de validade, estão subordinadas à Constituição" (19).

Daí que não há hierarquização entre as normas jurídicas dimanadas da União, dos Estados e dos Municípios, no âmbito de sua competência privativa.

(18) *Idem*, págs. 8/18.

(19) *Idem*, pág. 9.

4.3 Conseqüência decisiva do princípio da isonomia das pessoas constitucionais — princípio implícito, mas em nada menos eficaz do que qualquer princípio explícito — é a inexistência de hierarquia entre as leis ordinárias de cada uma delas. Para haver hierarquia, seria preciso que entre elas prevalecesse uma subordinação eficaz, tivessem, necessariamente, seu fundamento de validade nas leis de outras, o que não ocorre.

A teoria de KELSEN, da supra-infra-ordenação das normas jurídicas, demonstra que este fenômeno não ocorre entre as leis ordinárias, pois todas elas, embora emanadas de pessoas diversas, têm seu fundamento de validade, tão-somente, na Constituição Federal. Todas são infraconstitucionais e, por isso, nenhuma delas se põe em posição hierárquica inferior ou superior à outra.

5 — A superioridade eficaz da lei complementar

5.1 Uma corrente bem representativa dos melhores estudiosos de matéria constitucional entende que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária e aos demais tipos normativos a esta equiparados.

Os argumentos variam:

5.1.1 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, acompanhando a opinião de MIGUEL REALE e PONTES DE MIRANDA, entende ser ela um "*tertium genus* de leis, dado que nem possui a rigidez das normas constitucionais, nem perde a vigência por revogação de lei ordinária" (20).

5.1.2 JOSÉ AFONSO DA SILVA e o citado FERREIRA FILHO — este re- matando seu argumento anterior — entendem que a lei complementar é formalmente superior à lei ordinária, porque tem *quorum* de aprovação qualificado e não pode ser alterada ou revogada pela norma inferior (21).

5.1.3 Adotando um critério meramente *topográfico*, GERALDO ATALIBA, JOSÉ AFONSO DA SILVA e o Professor PINTO FERREIRA admitem a superioridade hierárquica da lei complementar, evidenciada pela sua menção no texto constitucional, logo abaixo das emendas à Constituição (art. 46, II) (22).

5.2 Tais opiniões estão, definitivamente, refutadas por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, que, além da contra-argumentação, estabelece os fundamentos científicos corretos, sobre os quais o problema da hierarquia pode ser sustentado (23).

Com efeito, este autor demonstra que, sem o exame da questão à luz da teoria geral do direito, não é possível afirmar a superioridade hierár-

(20) Cf. op. cit., pág. 146.

(21) JOSÉ AFONSO DA SILVA, op. cit., pág. 225; MANOEL G. FERREIRA FILHO, op. cit., pág. 147.

(22) Apud JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Lei Complementar...* cit. pág. 19.

(23) Op. cit., págs. 19 e segs.

quica da lei complementar. Assim, não se confundem os planos de existência, validade, vigência, incidência, aplicação e eficácia da lei. Examinado cada um deles, em nada se revela aquela pretendida superioridade, salvo no plano da eficácia.

Neste, o problema há que ser investigado com base na teoria kelseniana de que o direito tem a particularidade, dentre as demais ciências, de regular sua própria criação. Esse processo de criação das normas jurídicas não pressupõe que elas estejam ordenadas num mesmo nível. Ao contrário, umas são superiores em relação a outras. Eis a expressa lição de KELSEN:

“Como, dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas do lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (24).

Desse modo, entendido que a norma reguladora da criação de outra constitui o seu fundamento de validade, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES passa a examinar se a lei complementar é fundamento de validade da lei ordinária, porque só assim se decidirá de sua superioridade hierárquica.

Conclui que as leis complementares previstas na Constituição não formam uma categoria unitária, pois algumas determinam o conteúdo da lei ordinária e de outros tipos normativos, enquanto outras não determinam esse conteúdo. Em nenhuma hipótese, estabelecem o processo de criação da lei ordinária, nem o órgão competente para tal.

Resultado disso é que há uma distinção hierárquica entre os dois tipos de leis complementares. E, nesse ponto, o ilustre autor não define, convenientemente, salvo equívoco de nosso entendimento, se, entre aquelas leis complementares que determinam o conteúdo, vale dizer, a matéria das leis ordinárias, e estas, há diversidade hierárquica. Pensamos que sim, pois, mesmo não havendo supra-ordenação formal daquelas em relação a estas, há infra-ordenação material destas em face daquelas.

O ponto de vista do mencionado autor fica, claramente, evidenciado na classificação das leis complementares, separadas em dois grupos. Ao

(24) KELSEN, Hans — *Teoria Para do Direito*, trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1974, págs. 308/310.

primeiro grupo pertencem as dezoito leis complementares que ele enumera. No segundo, incluem-se as nove restantes ⁽²⁵⁾.

5.3 Observação final importante a ser registrada é que as leis complementares, que determinam o conteúdo das leis ordinárias, constituem fundamento de validade dessas, tanto estaduais e municipais, quanto federais. Isso "reforça a posição isônoma das pessoas constitucionais" ⁽²⁶⁾.

5.4 Nesse contexto, surge uma questão decisiva. Sabendo-se, como visto, que algumas leis complementares determinam o conteúdo de leis ordinárias, nisso consistindo a supra-ordenação daquelas e, conseqüentemente, sua superioridade eficaz, qual será o âmbito de observância, digamos assim, dessa eficácia superior? Por outras palavras: sendo as leis ordinárias federais, estaduais e municipais isônomas nos limites de suas respectivas competências, porém materialmente infra-ordenadas àquelas leis complementares, este fato não indicaria que o âmbito de eficácia desta abrange o daquelas, em conjunto?

Desse problema trataremos agora.

6 — Perfil da lei nacional

6.1 A resposta à indagação anterior parece óbvia: sim, o âmbito material de eficácia da lei complementar supra-ordenada abrange o das leis ordinárias (federais, estaduais e municipais) infra-ordenadas. Mas, por quê?

Abordando o assunto, SOUTO MAIOR BORGES faz a distinção entre leis com eficácia material de âmbito nacional e federal, para criticar e contestar parte da doutrina que vê na lei complementar o caráter de lei nacional, em oposição ao de lei simplesmente federal, embora ambas constituam produto do legislativo da União.

Adverte, de início, que "na doutrina brasileira, a teoria da lei nacional, em contrapartida à lei federal, ainda está por receber uma formulação adequada; apenas ensaia os seus primeiros passos" ⁽²⁷⁾.

Seguindo a trilha aberta por KELSEN, entende que o caminho metodológico mais conveniente a esse estudo deve considerar os âmbitos de validade da norma: material, pessoal, espacial e temporal. Tais âmbitos constituem os componentes internos dos enunciados normativos, no sentido kelseniano ⁽²⁸⁾.

Estabelecidos e esclarecidos os pressupostos teóricos da doutrina de KELSEN ⁽²⁹⁾, diz aquele autor, citando GERALDO ATALIBA, que "na

(25) Cf. *Leis Complementares...* cit., págs. 84/90.

(26) *Idem*, pág. 83.

(27) *Idem*, pág. 63.

(28) *Idem*, *ibidem*.

(29) *Idem*, págs. 64/67.

Federação brasileira, cumpre distinguir, consoante a formulação kelseniana, entre três ordens jurídicas distintas: **a)** a global e as parciais; **b)** central, e **c)** periféricas, correspondendo respectivamente à **(a)** ordem nacional (do Estado federal); **(b)** simplesmente federal (da União), e **(c)** estadual (dos Estados). Conseqüentemente, no Brasil, a lei federal é expressão de uma ordem jurídica **parcial central** (a comunidade jurídica constituída pelas leis federais, de competência da União)" (30).

Nessa ordem de idéias, conforme ainda GERALDO ATALIBA, mencionado por SOUTO MAIOR BORGES, a lei federal não abrange os Estados e Municípios, porque estes não estão jungidos à ordem jurídica da União, não lhe sendo nem jurisdicionados, nem administrados.

Aqui estaríamos dando o primeiro passo para a distinção entre lei nacional e federal. Entretanto, "as dificuldades para o estabelecimento da distinção entre leis federais e leis nacionais decorrem da origem comum, porque ambas são leis editadas pela União" (31).

Entende, porém, o professor pernambucano que, aplicados os critérios dos âmbitos de validade, antes referidos, na busca de uma categorização da lei complementar com caráter de lei nacional, chega-se à conclusão de que, apenas no âmbito material e, eventualmente, no âmbito pessoal, encontrar-se-ia a lei complementar, com feição de lei nacional. Mas, **nem sempre** ela se reveste dessa característica, havendo casos de leis complementares, previstos na Constituição, em que elas aparecem, embora com essa denominação, como leis materialmente ordinárias. Citam-se os exemplos dos arts. 18, § 3º, 21, § 2º, II, e 77, § 2º (32).

6.2 A verdade é que há leis ordinárias materialmente nacionais, como as previstas para disciplinarem as matérias descritas no art. 8º, XVII, c, que abrangem um campo de aplicação mais amplo do que o das leis ordinárias **stricto sensu**, e há leis complementares materialmente ordinárias da União, como as dos exemplos acima citados.

Dessa constatação, infere SOUTO MAIOR BORGES que "assim sendo, tanto a lei complementar quanto a lei ordinária da União podem revestir-se ou não do caráter de leis nacionais, em função dos respectivos conteúdos e âmbitos pessoais de validade, **sendo de rechaçar-se a opinião dos que sustentam indiscriminadamente ser a lei complementar uma lei essencialmente nacional**" (33) (grifamos).

6.3 O modo de ser indiscriminado dessas opiniões é o que parece ser repudiado pelo eminente jurista. Porque, nas entrelinhas de sua argumentação, ele vacila no discordar efetivamente da tese. Exemplo evidente dessa vacilação encontra-se em outro trabalho de sua autoria, onde convence

(30) *idem*, pág.66.

(31) *idem*, pág. 67.

(32) *idem*, págs. 70/71.

(33) *idem*, págs. 71/72.

ser lei complementar a lei prevista no art. 23, § 7º, da Constituição, nesse trecho de sua fundamentação:

"Note-se que na hipótese do art. 23, § 7º, **In fine**, a limitação posta pela União ao exercício da competência tributária estadual, embora não alcance o Município sob uma perspectiva estrita e rigorosamente tributária, irá, sem dúvida, afetar, sob um prisma financeiro, as receitas municipais, eis que o Município é co-partícipe do produto da arrecadação do ICM.

Logo, estamos em presença de todas as características de uma limitação estabelecida por lei nacional, que é em princípio o campo próprio da lei complementar à Constituição" (34) (sic).

Destarte, se em princípio a lei complementar tem caráter nacional, feita a necessária discriminação das que são, das que não são, é preferível — caso a exegese sistemática do texto constitucional assim determine — admitir a tese, como regra geral, ressalvadas as poucas exceções, do que rejeitar a tese em virtude dessas mesmas exceções. Há exceções que confirmam a regra e, no caso da lei complementar com caráter de lei nacional, isto ocorre, como veremos a seguir.

7 — Leis complementares materialmente nacionais

7.1 Na classificação das leis complementares quanto à hierarquia, feita por SOUTO MAIOR BORGES (35), ele enumera todos os dispositivos da Constituição que estabelecem a reserva da espécie.

Pois bem, dos vinte e sete dispositivos ali relacionados, apenas seis, a nosso ver, não tratam de matérias de âmbito nacional, porém federal. São eles:

a) O art. 18, § 3º, que outorga à União competência exclusiva para instituir empréstimo compulsório, nos **casos excepcionais, definidos em lei complementar**. Ora, se esse tributo é de competência única da União, a lei complementar prevista para definir os casos excepcionais tem, indiscutivelmente, seu âmbito material de validade restrito à União (âmbito federal).

b) O art. 21, § 2º, item II, que prevê, da mesma forma que o anterior, competência da União para instituir o empréstimo compulsório, nos **casos especiais definidos em lei complementar**. Valem aqui os argumentos anteriores.

c) O art. 69, que estabelece a disciplina, em lei complementar, das operações de resgate e de colocação de títulos do **Tesouro Nacional**, relativas à amortização de empréstimos internos, não atendidas pelo orçamento anual. Está claro que o âmbito de eficácia da lei complementar aí mencionada se restringe à órbita federal.

(34) Cf. "O art. 23 ..." cit., pág. 117.

(35) Lei Complementar... cit., págs. 84/90.

d) Art. 74, § 3º, que determina a composição e o funcionamento do colégio eleitoral, segundo o disposto em lei complementar. Como se trata do colégio eleitoral para eleição do Presidente da República, estamos no âmbito federal.

e) Art. 77, § 2º, que prevê atribuições do Vice-Presidente da República, conferidas em lei complementar. O conteúdo dessa lei (as referidas atribuições) se circunscreve no âmbito federal.

f) Art. 121, § 1º, dispondo que lei complementar poderá criar Tribunais Federais de Recursos em Pernambuco e São Paulo. Trata-se de extensão da jurisdição federal.

Os demais casos abrangem matéria de âmbito nacional.

Ora, justifica-se, então, pela prevalência grandemente majoritária das matérias de âmbito nacional, que se pense em viabilizar este parâmetro, extraído do sistema constitucional, a fim de se ampliar o rol das matérias, com tal âmbito eficaz, postas sob reserva de lei complementar.

7.2 Por outro lado, justifica-se ainda mais nosso ponto de vista, quando se leva em conta que as leis ordinárias se circunscrevem aos limites constitucionais de competência das ordens parciais da Federação (União, Estados e Municípios), sendo elas, como se demonstrou antes, isônomas.

Sendo assim, a lei ordinária federal, materialmente nacional, deve ser categorizada, por imposição sistemática, como lei complementar. A recíproca é verdadeira: a lei complementar materialmente federal não vale mais do que a lei ordinária da União.

7.3 De um rápido exame do texto constitucional, verificamos que algumas matérias nele previstas sem reserva à lei complementar, de âmbito de validade nacional, deveriam estar reservadas.

Exemplos: art. 8º, VIII, c; art. 8º, XVII, alíneas c e q; art. 9º, II; art. 10, V, c; art. 15, § 1º, b; art. 23, § 2º; art. 23, § 7º; art. 23, § 8º; art. 61; art. 86; art. 89, parágrafo único; art. 102, § 3º

Estes casos e outros que se puderem averiguar mais detidamente ilustram bem a aplicação da nossa tese.

7.4 Nessa ordem de idéias, como se explicaria a existência de leis complementares, promulgadas com inobservância do critério da reserva, a saber: Leis Complementares n.ºs 7, de 1970; 8, de 1970; 10, de 1971; 11, de 1971; 16, de 1973; 17, de 1973; 19, de 1974; e 26, de 1975?

São leis que instituem ou modificam o PIS, o PASEP, o FUNRURAL e o PRORURAL.

LINCOLN TEIXEIRA MENDES PINTO DA LUZ, achando, como nós, que os casos de cabimento da lei complementar não são taxativos, sustenta

sua tese, porém, com embasamento bem distinto e até certo ponto crítico.

Entende ele que o critério da reserva deve dar lugar, sempre que necessário, ao **critério da preferência de lei** (38). Cita AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO para respaldar suas idéias.

Sem aprofundar considerações acerca disso, diríamos, apenas, que o critério da preferência é eminentemente subjetivo e, dessa forma, não se presta a conclusões científicas, salvo quando calcado em pré-critério objetivo, sistemático-constitucional e, em consequência, científico.

Assim, o critério da preferência de lei terá validade, tão-somente, quando **prevalecer**, como uma decorrência da harmonia do sistema constitucional, o critério do âmbito material de validade nacional, vale dizer, o critério da lei nacional.

Logo, aquelas leis complementares extravagantes são válidas, porque seu conteúdo abrange matéria de âmbito nacional, permitida, por isso, a preferência da via legislativa adequada.

8 — Conclusões

De todo o exposto neste trabalho, podemos articular as seguintes conclusões:

8.1 O regime jurídico da lei complementar à Constituição Federal, eduzido do conceito próprio à espécie, é ditado pela observância do **quorum** especial e qualificado de aprovação, do art. 50 (critério formal), e da obediência ao âmbito material, colocado sob reserva expressa nas disposições constitucionais pertinentes (critério material expresso), sendo possível alargar esse âmbito material reservado por imposição implícita do sistema constitucional (critério sistemático ou material implícito).

8.2 O critério implícito decorre da aplicação da teoria da lei nacional, ou seja, do âmbito nacional de validade das matérias sujeitas à legislação constitucional complementar. A aplicação desse critério torna inviável a disciplina de tais matérias, por via da legislação ordinária federal, à vista da isonomia das pessoas constitucionais.

8.3 A técnica jurídico-legislativa, aplicável à lei complementar, deve, necessariamente, observar o critério aqui proposto, a fim de dar unidade e tratamento sistemático à espécie.

8.4 Em vista disso, os casos de cabimento de lei complementar, previstos expressamente na Constituição, vinculam o legislador à sua estrita e rigorosa observância, porém não o vinculam com taxatividade, pois a lógica e a harmonia interna do sistema o autorizam a ampliá-los, criteriosamente.

(38) Comentários sobre o Anteprojeto... cit., págs. 68 e seqs.

Direito romano e sistema jurídico latino-americano

ANNA MARIA VILLELA

Professora na Universidade de Brasília e no
Instituto Rio Branco

Desde que os juscomparatistas forjaram a expressão "sistema jurídico", com a qual puderam sobrevoar com espírito de síntese o panorama multifário das várias ordens jurídicas nacionais, detectando-lhes o parentesco ou as diferenças, o termo "sistema jurídico latino-americano" tem sido empregado para designar duas situações totalmente diferentes.

Numa primeira acepção, o sistema jurídico latino-americano seria representado pelas realizações, até certo ponto pioneiras, dos povos da América no campo das relações internacionais, isto é, do direito internacional público e privado.

Numa segunda conotação, a mesma expressão designaria o direito interno dos países latino-americanos, como um subproduto ou subsistema daquilo que os comparatistas já denominaram sistema romanista ou romano-germânico, ou ainda europeu ou ocidental de tipo francês⁽¹⁾.

Quer-nos parecer que em ambas as utilizações a terminologia é inadequada, pois que, se na primeira peca por excesso, na segunda comete uma injustiça.

Vejamos por quê:

1) É reivindicação antiga em nosso continente a necessidade e a existência de um direito internacional americano, tendo em vista que certas questões,

Conferência pronunciada, em setembro de 1980, na Universidade de Brasília, no colóquio sobre "Direito e Integração", com o concurso da ASSLA, Associação de Estudos Sociais Latino-Americanos, sediada em Sassari, na Itália.

(1) DAVID, R., *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris, Dalloz, 1978, 7.^a ed., p. 23. V. também: DAVID, R., *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, L. G. D. J., 1950, 1.^a ed., p. 227. RODIERE, R., *Introduction au Droit Comparé*, Paris, Dalloz, 1978, p. 25. CONSTANTINESCO, L. J., *Traité de Droit Civil Comparé*, Paris, L. G. D. J., 1972, t. 1.^o, p. 213.

problemas e situações peculiares ao Novo Mundo demandam um tratamento específico e concertado (2).

Foram, pois, proclamados como sendo “nossos” certas doutrinas, posições e princípios do direito das gentes.

Dentro deste patrimônio comum, poderíamos encontrar as Doutrinas CALVO e DRAGO, o princípio da igualdade soberana dos Estados, uma maior afeição pelo asilo diplomático, e até mesmo — quem sabe? — o mar territorial das duzentas milhas.

Aludimos a esta última reivindicação exatamente para mostrar a fragilidade do suposto “sistema”, sempre apresentado aos olhos do mundo como um todo coeso e monolítico.

Para citar um exemplo relativo à nossa Pátria, nos anos 70, o Governo brasileiro adotou-o, unilateralmente, e teve a seu favor a unanimidade da opinião pública nacional, justamente porque se valera do fato de que a novidade jurídica se consolidava como uma característica americana, desde que já aceita no Peru e no Equador, assim como na Argentina, no Uruguai e no Chile, embora com características um pouco diferentes (3).

Eis que agora prepara-se o Brasil para seguir caminho diferente, sendo aliás precedido nesta via por uma recentíssima Constituição peruana (4).

Tais fatos, que se multiplicam em setores outros do mesmo direito, impedem que encontremos a noção de sistema jurídico latino-americano em atitudes evadidas de interesse político ou econômico, defendidas ou repudiadas pela retórica de nossos chefes de Estado, ora nos distanciando, ora nos aproximando da grande nação americana do Norte.

Não são idéias que se modificam ao sabor das circunstâncias as que nos vão deixar a sensação da continuidade histórica de nosso direito e servir de diferencial entre os vários sistemas jurídicos atuais.

2) Igualmente, não nos faltam louvores no exterior por termos aqui conseguido, e pela vez primeira no universo das nações, uma codificação, em nível regional, das regras de direito internacional privado ou de conflitos de leis no espaço.

(2) LÓPEZ PORTILLO, J., discurso pronunciado na Universidade de Brasília, em 29 de julho de 1980, quando recebeu o título de Professor *Honoris Causa* daquela universidade. Neste discurso, várias contribuições da América Latina ao direito internacional são mencionadas. RODRIGO OCTAVIO, *Le Droit International Privé dans la Législation Brésilienne*, Paris, Soufflot, 1915. PUIG, J. C., *Doctrinas Internacionais y Autonomía Latinoamericana*, Caracas, Universidad Simón Bolívar, 1980.

(3) MARCILIO, F., “A fixação dos limites do mar territorial brasileiro”, in *Notícia do Direito Brasileiro*, 1971, Brasília, Senado Federal, 1972, pp. 11-34.

(4) O assunto foi amplamente debatido pela imprensa brasileira, sobretudo no mês de setembro de 1980, a propósito de longo e interessante diálogo, na Câmara dos Deputados, entre Parlamentares e o Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Saraiva Guerreiro.

Os Tratados de Lima (1878), de Montevidéu (1889) e de Havana (1928) são dados como textos de eficácia jurídica comprovada a unir num só regime de direito internacional privado todos os povos latinos da América.

Esquece-se de que o texto de Lima jamais foi ratificado ⁽⁵⁾ e de que, se os de Montevidéu e Havana são teoricamente vigentes ⁽⁶⁾, mais separam do que unem as Américas.

As nações se repartem num e noutro destes dois sistemas antagônicos, e, se as Conferências de Panamá (1975) e Montevidéu (1979) tentaram a reconciliação no setor, o número até agora restrito de ratificações de seus textos ⁽⁷⁾ convida à prudência antes de proclamar unidade total.

Aliás, sem questionar a efetividade duvidosa destes textos, onde estaria sua originalidade?

As primeiras reuniões neste sentido, confessa ARENAS ⁽⁸⁾, o grande idealizador do Congresso de Lima de 1877, foram para pôr em prática as idéias de MANCINI, o talentoso diplomata italiano ⁽⁹⁾, que conquistou a América, antes de convencer a Europa.

Por outro lado, as tentativas recentes de modernização dos textos revelam um mimetismo acentuado dos trabalhos produzidos pela Conferência da Haia de direito internacional privado.

E isto, tanto no conteúdo das regras, quanto na inspiração dos títulos e das formas das recentes convenções.

Eis por que pensamos que ainda falta muito para tornar em realidade efetiva o que, até agora, parece-nos ser apenas um belo sonho de BOLÍVAR.

3) Em matéria de direito interno, ao contrário, nosso sistema ficaria à parte, formando um subgrupo latino-americano, dentro da família de direito romanista ⁽¹⁰⁾.

E, segundo os autores estrangeiros, por vários razões, das quais algumas parecem-nos pueris.

Relembrando a teoria das leis naturais e até mesmo valendo-se de depoimentos de BEVILAQUA e MARTÍNEZ PAZ ⁽¹¹⁾, costumam dizer que qualquer instituição jurídica, transplantada em outros contextos geográficos, climáticos ou demográficos, tende, fatalmente, a se desnaturar e citam, entre outros

(5) RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*

(6) ARGUAS, M., *The Montevideo Treaties of 1889 and 1940 and their influence on the unification of private International Law in South America, in the Present State of International Law*, Kluwer, Deventer, 1973, pp. 345-359.

(7) Alguns países os ratificaram, mas, até o presente, o Brasil não o fez em relação a qualquer deles.

(8) RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*

(9) *Idem.*

(10) DAVID, R., *op. cit.*, p. 34.

(11) *Idem.*

exemplos ⁽¹²⁾, o abastardamento do regime presidencialista norte-americano em nossas terras.

Assim, exigem que se separe o direito romanista, que teve berço na Europa, dos subgrupos por ele constituídos na América, na África, na Ásia e na Indonésia.

E neste subgrupo latino-americano o que mais contrastaria seria o fato de nos inspirarmos de modelos "common law", em matéria de direito público, permanecendo fiéis à tradição romanista, em se tratando do direito privado ⁽¹³⁾.

Antes de demonstrar a permanência dos direitos latino-americanos dentro do sistema romanista, vejamos como é possível detectar os elementos necessários para a constituição de um verdadeiro sistema jurídico.

4) O que faz um sistema jurídico não é matéria a colocar em uníssono sociólogos e juristas ⁽¹⁴⁾.

Quando o sociólogo pesquisa os sistemas jurídicos, pensa, antes de tudo, em termos de conteúdo de regras e instituições, que vigem com efetividade em determinado contexto.

O comparatista, precedendo o lançamento das teses estruturalistas, sempre se preocupou com estruturas de ordem lógica, pois que, para ele ⁽¹⁵⁾, o que dá originalidade e permanência a um sistema jurídico não é tanto o conteúdo das normas, mas uma técnica de vocábulos e noções, de classificações e de categorias ⁽¹⁶⁾.

Informa RENÉ DAVID que já ROSCOE POUND ⁽¹⁷⁾ compreendia a importância destes elementos subjacentes às regras jurídicas, que os diversos direitos comportam. A presença destes elementos infunde o sentimento de continuidade histórica do direito, através de todas as modificações por que possam passar as suas regras. Só a presença destes elementos permite considerar o direito como uma ciência e torna possível o ensino jurídico.

5) Na mesma linha de pensamento RENÉ DAVID pôde demonstrar que a diversidade dos direitos é considerável se se considerarem o teor e o conteúdo de suas regras; ela o é menos se se observam os elementos mais fundamentais e estáveis, com a ajuda dos quais se podem descobrir as regras, interpretá-las e precisar-lhes o valor ⁽¹⁸⁾.

(12) CARBONNIER, J., *Sociologie Juridique*, Paris, Armand-Colin, 1972, pp. 172-173: "En d'autres circonstances, néanmoins le mélange a provoqué l'abâtardissement: c'est par exemple un des poncifs du droit constitutionnel comparé que le régime présidentiel, transporté des Etats-Unis dans les républiques de l'Amérique Latine, n'y a engendré que des caricatures de lui-même".

(13) DAVID, R. "Structure et Idéologie du Droit Brésilien", *Cahiers de Législation et de Bibliographie Juridique de l'Amérique Latine*, n.os 17 a 18, p. 9, Paris, 1954.

(14) CARBONNIER, J., *op. cit.*, p. 141.

(15) *Idem*, p. 142.

(16) *Idem*, p. 142.

(17) DAVID, R., *op. cit.*, p. 21.

(18) DAVID, R., *op. cit.*, p. 22.

As regras podem ser infinitamente variáveis; as técnicas usadas para enunciá-las, a maneira de classificá-las, os modos de raciocínio empregados para interpretá-las conduzem, ao contrário, a certos tipos, que são em número limitado.

Cada direito é, pois, um sistema: tem vocabulário, conceitos, categorias, técnicas para formular regras, métodos para interpretá-las, está ligado a certa concepção da ordem social, que lhe determina o modo de aplicação e a sua própria função (19).

6) Igualmente, CRABB determinara que tais fatos resultam não de um dado natural, ou de uma lógica universal e inelutável, mas são frutos de tradição e de História, de Lógica e de hábitos de pensar, que se traduzem em verdadeiros instintos jurídicos (20).

Coube, porém, a CONSTANTINESCO a elaboração da teoria dos elementos determinantes, que, ao que nos parece, foi uma excelente contribuição ao direito comparado.

7) Para este autor uma ordem jurídica (21) é a soma das normas, dos princípios e das noções jurídicas aplicáveis no interior de uma sociedade. Estas são suas partículas jurídicas elementares.

Mas o que é importante para o conhecimento global de uma ordem jurídica não é o conhecimento minucioso da totalidade de suas partículas jurídicas elementares, mas sim a *posição* e a *função* que algumas delas representam no interior desta.

Ao centro de cada ordem jurídica se encontra um núcleo de partículas jurídicas elementares, que formam os seus elementos determinantes, e em torno dela gira uma multidão de elementos fungíveis ou não determinantes.

Todas as partículas jurídicas elementares têm primeiramente uma significação técnica, mas têm, além disso, uma significação ideológica e teleológica, porque estão diretamente ligadas ao sistema de valores sobre o qual toda ordem jurídica é construída, de maneira consciente e refletida ou irrefletida.

Os elementos determinantes exprimem individual, e sobretudo conjuntamente, os sistemas de princípios e valores, assim como a finalidade teleológica da ordem jurídica em questão. Eles atribuem a toda ordem jurídica sua individualidade específica, constroem sua estrutura fundamental, condicionam estas mesmas estruturas e, por isso, dão o perfil próprio e a morfologia de cada ordem jurídica, de tal maneira que modificá-los seria modificar a estrutura da ordem jurídica considerada.

Os elementos fungíveis, ou não determinantes, têm apenas uma significação técnica e, embora sendo mais numerosos, têm importância secundária, pois completam o perfil de determinada ordem jurídica sem determiná-lo.

Quais seriam estes elementos determinantes de cada ordem jurídica?

(19) *Idem*, p. 22.

(20) CRABB, J. N., *Le Système Juridique Anglo-Américain*, Louvain, Paris, Nauwelaerts, 1972, p. 165.

(21) CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, tomo 1, p. 213.

- 8) CONSTANTINESCO os enumera, traçando uma hierarquia, a saber ⁽²²⁾:
- a) a concepção e o papel do direito;
 - b) a ideologia e a doutrina oficial ou não;
 - c) as relações de certeza ou incerteza existentes entre o “dado” e o “construído”;
 - d) a constituição econômica da ordem jurídica respectiva, que influi no direito de propriedade, de sucessão, dos contratos, na liberdade de comércio e de indústria;
 - e) a concepção e o papel do Estado;
 - f) as fontes do direito e sua hierarquia;
 - g) a interpretação das leis e do direito;
 - h) as noções jurídicas e as categorias fundamentais.

9) Seria interessante constatar se os direitos da América Latina comungam, nestes pontos, com os ideais da família jurídica romanista.

Façamos uma síntese caricatural e abusiva, tendo em vista a premência do tempo.

Caracterizam o sistema romanista, na linguagem generalizada dos autores:

1) a preocupação por um direito, desvinculado da religião e da política, baseado na justiça e na moral, consubstanciado numa regra de conduta, abstrata, geral, impessoal, que dispõe para o futuro; de natureza, às vezes, cominatória e preventiva, com o fim de manter a boa ordem social;

2) ideologia oficial não se sobrepõe aos juristas desta família;

3) nem há relação de certeza entre o direito e a infra-estrutura, ou, para dizer como CONSTANTINESCO, a realidade sócio-econômico-político-histórica;

4) a constituição econômica dos vários Estados é a liberdade de comércio, baseada na economia de mercado;

5) o Estado só se concebe como estado de direito, zelando pela separação dos poderes, a liberdade dos partidos e a garantia dos direitos;

6) as fontes do direito se hierarquizam tendo como ápice a lei, e todas as outras fontes lhe são subalternas;

7) a interpretação das leis caminhou de um sentido exegético-literal para uma criatividade maior, num sentido progressista;

8) as categorias principais vêm do direito romano, baseiam-se na distinção entre direito público e privado, e a grande maioria das noções nada mais são que o latim traduzido em francês ou italiano, português ou espanhol, alemão ou holandês.

(22) *Idem*, pp. 216/217.

Não nos parece que os direitos, na América Latina, tenham traído o compromisso com aqueles tópicos.

Sem dúvida, aqui e ali, algumas atitudes políticas lamentáveis mudam aspectos ideológicos do sistema, mas o jurista, em nossos países, também sente o quanto isto representa de desvio e espera, confiante, a volta aos estabilizados quadros tradicionais.

E nisto, tudo o que é mais estável, alheio à política ou à economia, é técnica jurídica que Roma nos legou. Ou foi o que nossos antepassados pensaram ser o direito romano, na sua tarefa interpretativa, perfazendo-lhe a evolução.

É justo, pois, que sejamos colocados à parte, como um subsistema?

Foram os povos da América Latina um subsistema jurídico, com originalidade e características específicas, diferente daquele adotado pelos colonizadores europeus?

10) Parece-nos que não, pois, juridicamente, pelo menos, a América Latina faz bloco único com a Europa.

E não por achar depreciativa nossa colocação ao lado dos direitos da Ásia, África e Extremo Oriente, vejamos que pontos e fenômenos nos separam, no tocante ao processo, que sofremos, de romanização.

Na África, é sabido que o direito escrito, incompletamente romanizado (23), e em data recente, concorre em desvantagem com um direito oral e atuante, totalmente autóctone, variável e costumeiro.

Nos países do Extremo Oriente (24), uma romanização voluntária, mas tardia, conseguida para sanar problemas, sobretudo de ordem econômica e de comércio, produziu belas codificações no papel, mas não extirpou das mentes individuais a idéia de desamor pelo direito estrito, nem estimulou a procura dos tribunais judiciários.

Nos países em que o hinduísmo ou o islamismo concorrem com o direito romano transplantado, houve mesclas felizes, mas, ainda assim, o verdadeiro direito é aquele contido nos livros e nas doutrinas sagradas e na interpretação destes por homens, que praticam a religião (25).

11) Os povos da América Latina não sentiram estes fenômenos.

(23) DUMETZ, M., *Le Droit du Mariage en Côte d'Ivoire*, Paris, L.G.D.J., 1975, p. 13. GUINCHARD, S., "Mariage coutumier au Sénégal", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 3, 1978, p. 811.

(24) KIM, C. e LAWSON, C. M., "The law of the subtle mind: the traditional japanese conception of law", in *The International and Comparative Law Quarterly* (I.C.L.Q.), London, 1979, vol. 28, p. 3, pp. 491-513. NODA, Y., *Introduction au Droit Japonais*, Paris, Dalloz, 1966, p. 11.

(25) SCHACHT, J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 100. CHEHATA, C., *Le Droit Musulman* (Applications au Proche Orient), Paris, Dalloz, 1970, p. 2. CHEHATA, C., *Théorie Générale de l'Obligation en Droit Musulman Hanéfite*, Paris, Sirey, 1969. CHARLES, R., *Le Droit Musulman*, Paris, P.U.F., 1972, p. 6.

O direito romano, como direito subsidiário, como razão escrita, nós o conhecemos muito antes que o jusnaturalismo espalhasse suas mensagens codificadoras.

As compilações de leis espanholas e portuguesas, promulgadas em época de pouca criatividade jurídica ⁽²⁶⁾, pediam ostensivos empréstimos ao direito romano, e era ainda este o sistema que lhes supria as lacunas, em todas as questões ou matérias "que não contivessem pecado" ⁽²⁷⁾.

Além disso, demos a nossa parte de contribuição, não pequena, à veiculação do sistema romanista em nosso continente e, de alguma maneira, contribuimos para o aperfeiçoamento técnico do arcabouço de um código ⁽²⁸⁾, assim como para a democratização ou humanização do "jus civile" ⁽²⁹⁾.

O Código Civil de ANDRÉS BELLO, o grande romanista das Américas, que durante 26 anos meditou sua obra, os trabalhos de TEIXEIRA DE FREITAS, reveladores de sua genialidade, foram fonte veicular de direito romano e, como o Código de NAPOLEÃO, recebidos e acatados com reverência nas duas bandas da América.

Se FREITAS demonstrou que a teoria romana das obrigações poderia ser mais abrangente, de modo a englobar também as obrigações comerciais; se pensou um Código Civil em sentido estrito, precedido de um Código Geral contendo regras referentes à aplicação do direito, em todos os seus ramos, foi um espírito inventivo e de grande poder de síntese.

Mas coube a BELLO a glória maior de ter precedido todos os povos, no sentido de conceder o gozo de direitos civis, sem distinção, a nacionais e a estrangeiros.

Tal fato é para nós importante porque durante muitos anos se apregouu, na ignorância deste nosso vanguardismo, que a iniciativa pioneira neste setor teria pertencido ao Código Civil da Itália, de 1865.

12) Sem dúvida, acatamos o direito romano sempre que suas soluções nos pareciam razoáveis, ou, para usar a linguagem instituída entre nós pelo MARQUÊS DE POMBAL, sempre que não fosse nem anacrônico, nem contrário à boa razão ⁽³⁰⁾.

Caso contrário, comparar com outros povos seria necessário.

Eis por que, desde cedo, comparatistas por gosto próprio e por determinação legal, legisladores latino-americanos importaram instituições jurídicas existentes em outros sistemas.

(26) COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de Direito Civil Português*, Rio de Janeiro, 1907, prefácio.

(27) *Ordenações Filipinas*, livro III, título LXIV, "Como se julgarão os casos que não foram determinados pelas Ordenações".

(28) O Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS tinha um plano original, não imitado do Código de NAPOLEÃO.

(29) O Código Civil Chileno, de 1855, estipula, em seu artigo 57, que "a lei não reconhece diferença entre o chileno e o estrangeiro em matéria de aquisição e gozo de direitos civis".

(30) Lei de 18 de agosto de 1789.

Mas nem isso se deu apenas em direito público, como se propalou sempre⁽³¹⁾, nem foi característica nossa, que a Europa romanista não tenha conosco partilhado.

Se as importações de direito público "common law" foram mais ostensivas, foi porque o direito romano, partindo da "summa divisio" do direito em público e privado, só cuidou, realmente, com maestria, deste último.

E diante de tal ausência, impossível seria não admirar, por exemplo, os princípios contidos na Constituição americana, que, tanto quanto o Código de NAPOLEÃO, representava os desejos de uma época, ao mesmo tempo que refletia idéias caras a ROUSSEAU e a MONTESQUIEU⁽³²⁾.

Não foi apenas na América do Sul que o federalismo se aculturou.

Também foi recebido na Europa, juntamente com o controle da constitucionalidade das leis, os "writs" de *habeas corpus* e *mandamus* e tantas outras instituições, que o patrimônio jurídico anglo-americano apresenta com originalidade e eficiência.

Na verdade, institutos do direito privado "common law" também foram imitados.

O bem de família americano, por exemplo, teve em muitos feudos romanistas um sucesso relativo, inclusive na França.

Mas foi, sobretudo, em direito comercial que os transplantes "common law", em terreno "civil law" mais se fizeram necessários.

Também neste setor, isto não foi atitude exclusivamente latino-americana. De outra maneira não se explicaria a difusão tão universal desta indispensável criação inglesa que é o cheque.

É interessante constatar que algumas das instituições anglo-americanas do direito das sociedades anônimas, que só agora, recentemente, com a Lei nº 6.404/76 adotamos no Brasil, foram desejadas na Alemanha desde 1929, quando este país quis atrair para si capitais ingleses e americanos. Refiro-me à ação sem valor nominal e às debêntures conversíveis em ações. Desde aquela época, adotara também a Alemanha as ações preferenciais, que também conhecemos, há algum tempo⁽³³⁾.

13) A importação de instituições extra-sistêmicas não desnatura por si só o sistema receptor, desde que a aculturação se faça com certa prudência.

É sabido que a Inglaterra transplantou instituições romanistas de maneira tão peculiar que, mantendo-se nos quadros da "common law", não lhe alterou, de modo algum, a fisionomia⁽³⁴⁾.

Não se pode dizer que atitudes semelhantes na América Latina se tenham adotado de maneira a tumultuar a nossa sistemática romanista.

(31) Muitos são os comparatistas que insistem sobre este fato.

(32) DAVID, R., *op. cit.*, p. 411.

(33) Sobre esta lei alemã de 1929, v. JEAN ESCARRA, *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial*, t. 1, Paris, Sirey, 1950, p. 43.

(34) CARBONNIER, J., *op. cit.*, p. 142.

Citemos alguns exemplos:

O Brasil pôde adotar de um dia para outro o federalismo; mas o fez de maneira tão nossa que a instituição, entre nós, é quase irreconhecível, se a compararmos com as peculiaridades desta forma de Estado, no país, que nos serviu de modelo.

O México (35) pôde realizar a proeza de socializar a propriedade do solo, antes mesmo que os bolchevistas russos e, talvez, sem qualquer mudança das verdadeiras estruturas de seu fundo romanista.

A Argentina (36), com a Constituição de Alberdi, inspirada tão de perto do modelo americano, poderia levar a temores se tivesse mantido a atitude inicial, isto é, interpretar também o seu texto maior, de acordo com os precedentes norte-americanos.

Mas o nacionalismo não se fez esperar e a jurisprudência portenha readquiriu sua liberdade interpretativa.

Enfim, a Guatemala nos parece em perigo, não tanto por adotar os "negotiable instruments" americanos, ou a instituição do "trust" com terminologia e conteúdo "common law", mas sim, e principalmente, porque na sua hierarquia das fontes do direito a autoridade da jurisprudência relembra a idéia de precedente obrigatório (37).

14) Não se pode, por isso, negar que a lei da imitação entre os povos, o incremento das relações internacionais, o ímpeto dos estudos comparativos recentes, mostrando o que de melhor existe em legislações estrangeiras, são sérios perigos à unidade do sistema romanista.

Porque (38), "no tempo, todo sistema jurídico "dura", mas só perdura transformando-se internamente". O sistema romanista prova esta verdade melhor e mais sabiamente que qualquer outro sistema rival.

Não existem meios científicos para testar até que ponto um sistema pode receber transformações, mantendo-se na sua identidade.

Mas o certo é que, como uma língua, como uma cultura, um sistema jurídico pode morrer.

A "Common Law" e o Sistema Socialista rondam os feudos do Romanismo na América Latina e há prenúncios de contágios, mais ou menos, fatais.

Aos romanistas do século XXI o dever de inventar os meios capazes de consolidar nossas fronteiras — atentos à advertência de JEAN CARBONIER, o sociólogo-jurista, que foi nosso mestre, no sentido de que, "quand deux systèmes juridiques se rencontrent, ce n'est jamais impunément" (39).

(35) KADEN, M. E., "La notion et les limites de la propriété privée en Droit Comparé", cours polycopié de la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, 1961, p. 14.

(36) ANZOATEGUI, V. T., *Las Ideas Jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Perrot, 1977, p. 76.

(37) GODOY, M. A., *Guatemala, International Encyclopedia of Comparative Law*, The Hague.

(38) CARBONIER, J., *op. cit.*, p. 166.

(39) *Idem*, p. 171.

A unificação do
direito internacional privado
e a Convenção da CEE
em matéria de lei
aplicável às obrigações contratuais

C. G. J. MORSE

King's College — Londres. Tradução
da Professora ANNA MARIA VILLELA
(UnB e Instituto Rio Branco)

SUMARIO

1. *Introdução*
2. *A unificação do direito internacional privado*
 - 2.1 *Considerações gerais*
 - 2.2 *Propósito e impeto da unificação*
 - 2.2.1 *Propósito*
 - 2.2.2 *Impeto*
 - 2.3 *Conclusão*
3. *A Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*
 - 3.1 *Antecedentes*
 - 3.2 *Escopo da Convenção*
 - 3.3 *Autonomia das partes*
 - 3.4 *Ausência de expressa escolha da lei*
 - 3.5 *Regras imperativas*
 - 3.6 *Disposições especiais*
 - 3.6.1 *Contratos de trabalho*

3.6.2 *Contratos de consumidor*

3.7 *Escopo da lei aplicável*

3.8 *Disposições gerais*

4. *Conclusões*

1. *Introdução*

As regras de direito internacional privado são um elemento crucial na estrutura de um moderno sistema jurídico. Porque é através destas regras que um sistema jurídico procura regular as relações de direito privado, que contêm significativos elementos internacionais. É conhecido o fato de que o estabelecimento e a formação destas relações se tornaram, cada dia, mais comuns, em razão da mobilidade social entre os povos das várias nações do mundo, as necessidades econômicas e a absoluta simplicidade em concluir tais relações, como resultado da moderna tecnologia. Contudo, é também igualmente conhecido que as regras de direito internacional privado não são verdadeiramente internacionais e não são uniformes entre os vários sistemas jurídicos do mundo. Conseqüentemente, soluções aos problemas de direito internacional privado podem diferir, segundo os tribunais estatais, que forem acionados. Mas, se os problemas, que tenta solucionar o direito internacional privado, são de natureza realmente internacional, não seria possível aos Estados consentir em idênticas regras de direito internacional privado, na tentativa de conseguirem soluções uniformes a tais problemas, independentemente do tribunal nacional, onde a questão é debatida? Neste artigo, propõe-se examinar algumas questões gerais do domínio da unificação do direito internacional privado e, em seguida, enfocar uma recente tentativa de unificação em matéria de contratos, contida na Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (daqui em diante citada como a convenção sobre contratos). Referir-nos-emos apenas a um aspecto do direito internacional privado, isto é, a escolha da lei aplicável, através da qual um sistema jurídico prevê regras, que procuram selecionar a jurisdição cujo direito nacional será, em última análise, aplicado pelo foro, onde o litígio se desenrola, de maneira a resolver a disputa. Por isso, não nos ocuparemos, diretamente, de dois outros aspectos do direito internacional privado, a saber, o da competência dos tribunais e o da homologação das sentenças estrangeiras.

Esta é uma versão revista de uma conferência pronunciada, entre outras, na Universidade de Brasília, em janeiro de 1980, quando Professor visitante na John Marshall Law School, em Chicago.

2. A unificação do direito internacional privado

2.1 Considerações gerais

Desde o início, deve ser enfatizado que a unificação das regras de direito internacional privado é, de algum modo, uma solução secundária para o problema da falta de uniformidade, resultante das divergências entre as regras dos vários sistemas jurídicos do mundo. A solução primeira é a unificação das regras de direito substantivo, tarefa que é, obviamente, mais difícil e menos passível de sucesso ⁽¹⁾.

Contudo, o desenvolvimento tecnológico, econômico e social trouxe dúvidas sobre a eficácia das técnicas de direito internacional privado em resolver problemas de natureza e características realmente internacionais. Assim, por exemplo, a nível internacional, o transporte aéreo é regulado pela Convenção de Varsóvia, de 1929, e modificada por posteriores convenções. O resultado destas convenções é fornecer regras uniformes de direito *substantivo* para reger os complexos problemas, que surgem do transporte aéreo internacional de pessoas e mercadorias. A existência de tais convenções adverte-nos dos limites da ciência do direito internacional privado, isto é, de um sistema que se propõe, simplesmente, a escolher uma regra jurídica *nacional* para solucionar o que é, na verdade, um problema internacional ⁽²⁾. Ainda, uma outra área de conotação realmente internacional, onde o processo de escolha da lei parece desapropriado e inadequado, é a da poluição, especialmente a responsabilidade por danos causados pela poluição, a propósito de operações de abastecimento de petróleo ⁽³⁾.

Os problemas de direito internacional privado engendrados por tais atividades são tão intrincados que é vital a necessidade de uma solução

(1) O Instituto Internacional para a unificação do direito privado, de Roma, foi criado em 1926 e teve a si confiada a tarefa de unificação do direito privado. Em 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). A Comissão se ocupa com a progressiva unificação do direito do comércio internacional.

(2) Vide também a sugestão nos Estados Unidos no sentido de que as consequências dos desastres de avião, advindas de vôos interestaduais, dentro dos Estados Unidos (que não são regidas por estas convenções), deveriam ser reguladas por regras federais, e não por regras de conflito de leis: ler *The Case for a Federal Common Law of Aircraft Disaster Litigation: A Judicial Solution to a National Problem*, 61 N.Y.U.L. Rev. 231 (1976. V., ainda, *Khor v. Allegheny Airlines Inc.*, 504 F. ed. 400 (1974); *Cavers* (1977) I.C.L.Q. 303, pp. 731-733.

(3) V. a este respeito o *Final Act of the Intergovernmental Conference on the Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations*, 1977 Cmnd. 6791. O propósito da convenção é estabelecer "regras uniformes e processo para reger questões de responsabilidade e fornecer adequada indenização" em casos nos quais o dano é sofrido em razão de poluição por petróleo, causada pela exploração de recursos minerais do leito do mar.

verdadeiramente internacional, baseada em regras internacionalmente consentidas de direito substantivo.

A despeito desta necessidade óbvia, é provável que tais regras substantivas internacionalmente consentidas somente serão possíveis quando os interesses econômicos e políticos de todos os Estados coincidirem, na área de atividade que se propõe regulamentar. Em nível inferior, quando apenas interesses individuais estiverem em jogo, a perspectiva de sucesso de tais empreendimentos é menos encorajadora. Na Europa, grupos regionais de Estados e organizações intergovernamentais encontraram tempo para se ocupar com os problemas dos veículos automotores e as dificuldades engendradas pela distribuição internacional de produtos (4). Mas, se esta espécie de abordagem se revela mais atraente que a unificação das regras de direito internacional privado, é um fato, até o presente, incerto (5).

Conseqüentemente, assim como demonstra a própria convenção sobre contratos, há ainda muito campo deixado ao direito internacional privado e, em particular, às regras de escolha da lei.

2.2 *Propósito e ímpeto da unificação*

2.2.1 *Propósito*

Por que seria um objetivo desejável a unificação das regras sobre a lei aplicável? Uma razão já foi, brevemente, mencionada acima. As regras sobre a lei aplicável podem diferir de sistema jurídico a sistema jurídico. Conseqüentemente, pode ser possível ao autor de uma demanda escolher o foro cujas regras sobre a lei aplicável lhe são mais favoráveis, desde que tal foro seja competente relativamente ao réu. A unificação das regras sobre a lei aplicável, entre Estados, significaria que esta alegada característica indesejável do processo jurídico estaria eliminada: porque, se cada sistema adotasse regras idênticas de seleção, cada relação jurídica "seria submetida a um determinado sistema jurídico nacional, qualquer que fosse o tribunal que a tivesse de considerar" (6).

O desejo de evitar o *forum-shopping* é freqüentemente o objetivo enfatizado do direito internacional privado. Se a unificação das regras

(4) Conselho da Europa: *European Convention on Compulsory Insurance Against Civil Liability in Respect of Motor Vehicles*, 1969; *European Convention on Civil Liability for Damage Caused by Motor Vehicles*, 1973; *European Convention on Products Liability in Regard to Personal Injury and Death*, 1977. European Economic Community: *Draft EEC Directive on Products Liability: Proposal for a Council Directive relating to the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of Member States concerning Liability for Defective Products*, 1976.

(5) Embora parecesse ser mais prática uma proposta no campo do direito comercial, mais que, por exemplo, no do direito de família.

(6) DAVID, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Ch. 5, p. 37. Este volume contém uma excelente discussão sobre a unificação do direito, inclusive das regras de direito internacional privado.

sobre a escolha das leis fosse atingível em determinada esfera de relações jurídicas, sua incidência seria ainda mais reduzida.

A afirmativa de que a falta de uniformidade entre as regras sobre a lei aplicável nos diferentes sistemas jurídicos encoraja o *forum-shopping* não foi aceita sem controvérsia (7). De qualquer maneira, parece que a prevalência de *forum-shopping* não pode ser provada ou infirmada empiricamente. Tudo o que pode ser dito com alguma certeza é que, se ele é um fenômeno comum, o *forum-shopping* será reduzido pela unificação das regras sobre a escolha das leis. Além disso, o objetivo paralelo da uniformidade de resultados, independentemente do país onde o caso é julgado, dependerá da extensão geográfica do trabalho de unificação e, naturalmente, da medida em que as regras unificadas receberão consistente aplicação pelos tribunais das nações, que as adotarem. Finalmente, é evidente utopia acreditar que a completa uniformidade dos resultados será sempre conseguida através da unificação das regras sobre a lei aplicável, em razão do impacto que podem ter sobre o resultado do litígio várias regras de direito interno e instituições relacionadas ao processo e à geral administração da justiça (8).

Um outro propósito que a unificação das regras sobre a lei aplicável deveria ter (embora nem sempre reconhecido) é a reforma (ou pelo menos a obtenção de uma maior perfeição) das regras existentes nos Estados que participam deste exercício. Uma recíproca fertilização de regras e princípios entre Estados da comunidade internacional foi sempre evidente em direito internacional privado (9), e o método comparativo que é inevitavelmente implicado na negociação de uma convenção fornece um útil terreno de ensaio para novas soluções, pelo menos quando estas soluções se dirigem a problemas comuns aos vários Estados participantes. Por outro lado, o processo de obtenção da uniformidade pode, em si mesmo, constituir o maior obstáculo à unificação do direito internacional privado. A unificação bem sucedida envolve negociação e compromisso. Quando tais negociação e compromisso são procurados por Estados possuidores de diferentes tradições jurídicas, o compromisso resultante pode não satisfazer a algum ou a nenhum. O sucesso da operação pode depender da medida do consentimento, sobre a relevante área do direito internacional privado, já existente entre os Estados. Inversamente, Estados podem concordar em que suas regras são defeituosas, e não ser capazes de entrarem num acordo quanto às regras apropriadas para substituí-las. Este problema é particularmente

(7) V., por exemplo, COLLINS (1976) 26 I.C.L.Q. 35, p. 36.

(8) Como exemplos, v. VON MEHREN e TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems* (1965), pp. 615-625.

(9) O trabalho influenciador de JOSEPH STORY, que se ateve fortemente ao estudo comparativo, foi um precoce exemplo deste fenômeno. Quanto à influência de STORY na América Latina, v. VALLADAO, 3 Am. J. Comp. L. 27 (1954). Há também provas de que o pensamento americano, em matéria de lei aplicável à responsabilidade civil delituosa, está tendo alguma influência na Europa: v. MORSE, *Torts in Private International Law* (1978), pp. 278-311.

complicado quando as regras existentes se encontram num estado de fluxo ou sofrendo rápida evolução, como, por exemplo, as regras sobre a lei aplicável em matéria de ilícitos civis, tanto no que diz respeito à *common law* (especialmente nos Estados Unidos), quanto nos sistemas de *civil law* ⁽¹⁰⁾. Embora o desejo de reforma possa ser grande em tais circunstâncias, o desejo de unificação pode ser fraco, pela simples razão de que é impossível prever os verdadeiros efeitos da regra unificada num tempo de rápidas mudanças jurídicas. Os Estados ficam relutantes em aderir a uma regra unificada em tais circunstâncias, temerosos que esta regra “congele” ⁽¹¹⁾ o direito num estado insatisfatório.

Segue-se, em consequência, que a prematura unificação fundada em regras que podem se mostrar insatisfatórias recolherá sérias dúvidas sobre a natureza mesma e o processo de unificação do direito internacional privado. A estabilização do direito, que pode ser conseguida pela unificação, só deveria ser procurada quando os reais problemas são manifestos. A mais prejudicial acusação às tentativas de unificação é a produção de convenções que não são adotadas na prática por uma significativa quantidade de Estados que participaram do exercício. A unificação prematura aumentará, provavelmente, o número de tais convenções.

2.2.2 *Impeto*

Impeto em vista da unificação do direito internacional privado pode existir, pelo menos, em dois diferentes níveis. O primeiro e talvez mais abstrato nível envolve a percepção pelos Estados de que as regras unificadas são desejáveis e/ou necessárias. O segundo nível envolve grupos de Estados (algumas vezes por propósitos diferentes) que olham a unificação das regras de direito internacional privado como sendo de alguma maneira relevante para a obtenção destes propósitos. Por exemplo, a criação da Comunidade Económica Européia foi acelerada por motivos económicos, fiscais e, possivelmente, políticos ⁽¹²⁾. Mesmo assim, ela também determinou o ímpeto para o mais remoto objetivo da unificação do direito internacional privado dos vários Estados-Membros ⁽¹³⁾. Ocasionalmente, ímpeto para tal tarefa é fornecido mais diretamente por órgãos cujo objetivo específico é a unificação do direito internacional privado. Talvez o mais eminente órgão desta natureza seja a Con-

(10) V., geralmente, MORSE, *op. cit.*, supra, nº 9.

(11) NADELMANN, *Conflict of Laws: International and Interstate, Selected Essays* (1972), pp. 92-93; 24 *Ab. J. Comp. L.* 1 (1976).

(12) Os seis membros originários da Comunidade eram: Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália, Luxemburgo e Holanda. Em 1972, Dinamarca, República da Irlanda e Reino Unido tornaram-se membros.

(13) V. infra, sobre o trabalho da CEE. Outro grupo de Estados, a União Pan-Americana, mais tarde a Organização dos Estados Americanos, também se preocupou com a unificação das regras de direito internacional privado e produziu o famoso Código Bustamante, em 1928.

ferência de Direito Internacional Privado de Haia, um órgão intergovernamental cujo objetivo é “trabalhar em vista da progressiva unificação do direito internacional privado” (14).

Cada uma destas diferentes espécies de organização compõe-se de países cujas regras de direito internacional privado variam em maior ou menor escala. Mais importante ainda, tais grupos freqüentemente incluem Estados cujos sistemas jurídicos diferem em graus variáveis. Algumas vezes tais diferenças podem ser explicadas em termos de divisão entre países de *common law* e *civil law*. Mas este nem sempre é o caso. Por exemplo, a diferença de enfoque entre Inglaterra e Estados Unidos relativamente aos problemas de Direito Internacional Privado, tanto na teoria quanto na prática, é considerável a despeito da suposta comum tradição histórica destes dois países de *common law*. E isto se deve, talvez, em grande parte, ao fato de que a abordagem americana a este nosso assunto desenvolveu-se num contexto interestadual, e não internacional: as considerações relevantes quanto aos problemas de conflito de leis nestes dois casos não são idênticas. Conseqüentemente, enquanto a criação de um mecanismo institucional apropriado para a unificação do direito internacional privado alcança considerável ímpeto a este declarado propósito, a criação de tais órgãos é o mais fácil degrau do processo considerado como um todo. Porque o êxito culminante do exercício de unificação só será atingido quando, ou talvez se, diferenças fundamentais no pensamento jurídico e na cultura forem superadas ou, pelo menos, acomodadas.

2.3 Conclusão

As observações precedentes não tiveram por escopo denegrir as várias tentativas que, até o presente, se fizeram para unificar as regras de direito internacional privado. A Conferência de Haia, por exemplo, deu uma importante contribuição desde a sua criação, em 1893, e, particularmente, desde que seu Estatuto Permanente entrou em vigor, em 1955. De fato, um notável pensador descreveu seu trabalho, desde o final da Segunda Guerra Mundial como um “brilhante sucesso” (15). Talvez tal descrição seja exagerada, pelo menos no que diz respeito a um *common lawyer*. Além disso, mesmo no âmbito da Comunidade Econômica Européia, não parece existir nenhuma convenção de Haia da qual todos os nove Estados-Membros da CEE sejam partes. Esta é talvez a razão pela qual a CEE se preparou para entrar na arena da unificação, embora numa escala menos extensiva do que a Conferência de Haia. A realização, *inter alia*, da convenção sobre contratos fornece

(14) Estatuto da Conferência de Haia para o Direito Internacional Privado, 1955, art. 1. Para discussão do trabalho da Conferência, v. VAN HOOOSTRATEN (1963), 12 I.C.L.Q. 148; *Conflict of Laws: International and Interstate, Selected Essays*, por KURT H. NADELMANN (1972), pp. 98-139; NADELMANN (1972), 19 *Nederlands Tijdschrift voor International Recht* 107.

(15) NADELMANN, 24 *Am. J. Comp. L.* 1 (1976).

um exemplo específico das dificuldades implicadas na unificação das regras de direito internacional privado, em geral e em particular, quando o exercício envolve Estados de diferentes tradições jurídicas. Igualmente, ela fornece uma indicação de que tal exercício pode revestir-se de êxito. Finalmente, ela dá, como será mostrado, uma visão de algumas das limitações inerentes à unificação do direito internacional privado.

3. A Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

3.1 Antecedentes

A convenção sobre contratos começou a ter vida como um anteprojeto de convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e não contratuais ⁽¹⁶⁾. Este anteprojeto foi completado por um grupo de juristas originários dos seis países, anteriormente membros da Comunidade Européia. Quando se deu a extensão da CEE, pela acessão da Dinamarca, da República da Irlanda e do Reino Unido, juristas destes novos Estados se juntaram ao grupo com o objetivo de produzirem um projeto revisto.

O anteprojeto era visto como uma tentativa para se conseguir previsibilidade e uniformidade numa área em que tais qualidades faltavam, enquanto que, ao mesmo tempo, seria um mecanismo para desencorajar o *forum-shopping*. Neste sentido, o propósito do anteprojeto era reforçar a anterior convenção da CEE sobre competência e homologação de sentenças em matéria civil e comercial, de 27 de setembro de 1968 ⁽¹⁷⁾. Esta convenção estabeleceu regras uniformes sobre competência dos tribunais e homologação de sentenças nos Estados-Membros, mas, deixando em aberto a questão da lei aplicável, não contém antídoto completo ao *forum-shopping*. Porque o Estado no qual a ação é processada pode ainda influenciar o resultado de uma disputa, na medida em que suas regras de direito internacional privado sejam mais favoráveis a um autor que aquelas que prevalecem em outros Estados-Membros. Uma convenção sobre a lei aplicável pareceu, por isso, um natural complemento à convenção sobre competência e homologação de sentenças.

Em 1978, houve acordo no sentido de que a convenção deveria se limitar à lei aplicável às obrigações contratuais. As provisões sobre obrigações não contratuais, contidas no anteprojeto, eram, no mínimo, insatisfatórias sob o ponto de vista tanto formal quanto substancial ⁽¹⁸⁾.

(16) Texto no 21 Am. J. Comp. L. 587 (1973) [Para comentários sobre o projeto, v.: Lipstein (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.* (1978), pp. 1-90; Lando, Von Hoffman and Siehr (eds.), *European Private International Law of Obligations* (1975).]

(17) Negociada e concluída pelos seis membros originários, conforme o artigo 220 do Tratado de Roma, que instituiu a CEE. Esta convenção foi depois "adaptada", a partir da entrada da Dinamarca, da República de Irlanda e do Reino Unido. V. Cmnd. 7395 (1978).

(18) Para a crítica, v.: Karsten in Lipstein (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, 51; MORSE, *ibid.*, 83; MORSE, *op. cit.*, supra, n° 9, pp. 326-336.

Conseqüentemente, ficou decidido que os trabalhos sobre obrigações não contratuais deveriam ser adiados até que a convenção sobre contratos se completasse. Em junho de 1980 o texto final da convenção foi submetido às assinaturas em Roma. Até a presente data a convenção sobre contratos foi assinada por todos os Estados-Membros, exceto a Dinamarca e o Reino Unido.

O texto final da convenção é um produto de acordo entre países de *common law* e de tradições romanistas. Neste sentido, pois, a convenção é um testemunho em favor da proposição de que, a despeito das diferenças de cultura e pensamento jurídicos, os Estados podem, contudo, entrar num acordo a respeito de regras uniformes. Por outro lado, as divergências iniciais entre as regras de direito internacional privado, em matéria de contratos, nos Estados-Membros eram, provavelmente, menos marcantes do que em outras áreas, notadamente a dos ilícitos civis. Talvez este terreno comum, originariamente, tenha tornado mais fácil o acordo final. Além disso, no que diz respeito à Inglaterra, a adoção da convenção envolveria pequenas alterações no direito existente. O cínico, talvez, diria que esta é uma outra razão pela qual era possível alcançar um acordo. De qualquer modo, estes fatores não deveriam ser subestimados ao enfatizar a convenção como um documento, que testemunha fortemente da possibilidade de unificação das regras de direito internacional privado entre países de diferentes famílias jurídicas.

3.2 *Escopo da convenção*

O esquema da convenção é fornecer regras sobre a lei aplicável às obrigações contratuais "em qualquer situação, que envolva a escolha entre leis de diferentes países" (19). Assim, as regras da convenção se aplicam sempre que o problema da lei aplicável surgir no contrato, e mesmo quando a lei tida por aplicável é aquela de um país outro que não seja membro da CEE (20). Deste modo, quando em vigor, a convenção substituirá, totalmente, as regras gerais sobre a lei aplicável em matéria de contratos que presentemente vigem nos Estados-Membros.

Contudo, o escopo da convenção não é tão amplo quanto suas disposições gerais poderiam induzir, desde que o artigo 1 (2) exclui um certo número de questões contratuais de seu âmbito. As mais importantes destas são as obrigações contratuais relativas a testamentos, sucessão e propriedade familiar, muitas questões de direito de família, obrigações provenientes de títulos de crédito, a validade da arbitragem e dos foros de eleição, questões de direito societário e relativas a *trusts*, assim como certos aspectos relativos à representação e matérias de provas e processo. Ao mesmo tempo, a convenção estabelece disposições especiais relativas a contratos de seguro. Porque, embora se aplicando

(19) Artigo 1 (1).

(20) Artigo 2.

a contratos de resseguro, não se aplica a contratos ordinários de seguro, que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros.

A razão da exclusão destas matérias não é difícil de encontrar-se.

As sucessões e as questões de direito de família levantam delicados problemas de política social, que não podem ser convenientemente resolvidos naquilo que é, essencialmente, uma convenção sobre contratos mercantis. É talvez por uma razão similar que a convenção, salvo uma exceção, não contém regra uniforme sobre a lei aplicável em matéria de capacidade contratual. *Trusts* são excluídos porque são uma criação da *common law*, sem exata correspondência no Continente, enquanto que os títulos de crédito originam complexas e requintadas questões, que são de solução inapropriada por regras sobre lei aplicável, dirigidas aos contratos, em geral, estando mesmo, de algum modo, já submetidas a uma legislação internacional⁽²¹⁾. Os Estados-Membros estão cuidando, aprofundadamente, das regras sobre a lei aplicável à arbitragem e os acordos relativos aos foros de eleição, enquanto algumas "diretivas" relativas aos seguros estão sendo também negociadas presentemente, com probabilidade de que regras especiais sobre a lei aplicável serão obtidas para seguros de riscos situados no âmbito da CEE. Igualmente, o direito societário está submetido a estudos separados na Comunidade, e, assim, é melhor deixá-lo fora do contexto de uma convenção geral sobre a lei aplicável em matéria de contratos.

3.3 *Autonomia das partes*

A maior força da convenção está na criação de regras uniformes e gerais sobre a lei aplicável para todas as questões contratuais, não excluídas por suas disposições.

Os sistemas europeus de direito internacional privado aceitam amplamente o direito das partes de escolherem a lei aplicável aos contratos. De fato, foi sugerido que este princípio da "autonomia das partes" é tão amplamente aceito nos contratos internacionais que "pertence à essência comum a todos os sistemas jurídicos"⁽²²⁾.

Onde diferenças teóricas e práticas existam entre os países europeus, estas tendem a girar em torno dos limites apropriados a serem dados à autonomia das partes, sem infirmar a existência do princípio em si mesmo. Não é por isso surpreendente que a convenção sobre contratos aceite a livre escolha da lei como um princípio geral. Assim, o artigo 3 (1) estipula:

"Um contrato será regido pela lei escolhida pelas partes.
A escolha deve ser expressa ou demonstrável com razoável

(21) Convenção de Genebra, de 7 de junho de 1930, sobre a solução de certos conflitos de leis relativamente a letras de câmbio e notas promissórias; Convenção de Genebra, de 19 de março de 1931, sobre solução de certos conflitos de leis em matéria de cheques.

(22) LANDO, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, capítulo 24, p. 3.

certeza pelos termos do contrato ou as circunstâncias do caso.

Por sua escolha as partes podem seleccionar a lei aplicável a todo o contrato, ou somente a parte dele.”

Em virtude desta disposição, a escolha da lei deve ser ou expressa ou dedutível, com razoável certeza, dos termos do contrato ou das circunstâncias do caso. A última abordagem parece requerer uma verdadeira escolha e, teoricamente, pelo menos, não contemplaria uma escolha da lei implícita ou inferida. Contudo, na medida em que a convenção requer que a escolha seja demonstrada pelos termos do contrato ou as circunstâncias do caso, parece que estes fatores relevantes quanto a tal demonstração são bastante parecidos com aqueles dos quais os tribunais, frequentemente, inferem ou deduzem uma escolha da lei: tais fatores ⁽²³⁾ incluiriam uma forma particular, estandardizada de contrato; o curso de negócios entre as partes ou o fato de que o contrato contém ou não uma cláusula arbitral. Neste artigo, por isso, parece haver uma confirmação de muita coisa, que já existe na prática dos Estados-Membros, que aceitam a escolha expressa ⁽²⁴⁾ (embora com limitações), e a escolha implícita ⁽²⁵⁾ da lei aplicável.

Permitir às partes a escolha da lei aplicável é, obviamente, facilitar as relações comerciais internacionais ⁽²⁶⁾. As partes são através disso capazes de escolher ⁽²⁷⁾ um direito apropriado ao contexto comercial de seu contrato ou que, de alguma maneira, lhe é conveniente. Na verdade, o artigo 3 (1) chega até a permitir às partes aplicar a lei escolhida a todo o contrato, ou apenas a parte dele, através disso permitindo a multiplicidade ou *dépeçage*. A liberdade é, além disso, estendida de maneira a permitir que a escolha seja feita tanto ao tempo do contrato quanto em momento posterior, embora, e não é de se surpreender, qualquer modificação ulterior seja insuscetível de prejudicar direitos de terceiros. Sob o ponto de vista prático, a Convenção parece reconhecer que os homens de negócio, que geralmente agem sob con-

(23) Quanto aos fatores seguintes e outros relevantes, v. os exemplos ingleses, CHESHIRE e NORTH, *Private International Law* (10ª ed.), pp. 203-206.

(24) Por exemplo, Inglaterra: *Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co.* (1939) A.C. 377. França: Cass. Civ. 5-12-1910, S. 1911. 1.129. Bélgica: Cour de Cassation 24-2-1938 (1938) Rev. crit. d.i.p. 661. Holanda: Hoge Raad. 13-5-1966 (1968) *Nederland Tijdschrift voor International Recht* 38. LANDO relata que o princípio existe na Alemanha, Suíça e Escandinávia: LANDO, *op. cit. supra*, nº 22, pp. 23-24, 28-30.

(25) Por exemplo, Inglaterra, CHESHIRE e NORTH, *op. cit.*, pp. 203-206. V. também LANDO, *op. cit.*, pp. 46-48, para uma visão rápida.

(26) Aceito como tal pelos comentadores socialistas. V. LUNZ (1965), 1 Hague Recueil 5.

(27) A lei aplicável para determinar a validade da escolha da lei aplicável é a lei escolhida quando do contrato: artigo 8. Observe-se que a parte pode-se referir à lei de sua residência habitual para demonstrar a falta de consentimento de sua parte. Isto resolve o problema que pode surgir se o silêncio se presume como aceitação no país do vendedor, mas não no do comprador. O comprador pode-se apoiar na sua falta de consentimento, segundo o direito do país de sua residência habitual.

selho de advogados, são os melhores juizes de seus próprios interesses: o princípio da livre escolha da lei permite-lhes utilizar o sistema jurídico mais apropriado a estes interesses comerciais.

Sob um ponto de vista mais teórico, contudo, a livre escolha da lei, no plano jurídico internacional, é uma emanção da liberdade de contratar, do domínio jurídico interno. Neste último contexto, a liberdade de contratar está sendo, gradualmente, reduzida através de regras de direito interno, que procuram proteger importantes interesses sociais ou econômicos. A característica geral de tais regras é que operam por si mesmas, e não podem ser derogadas pelo contrato. Se a escolha livre fosse absoluta, as partes poderiam ser capazes de evadir a tais regras por uma conveniente seleção da lei aplicável. Conseqüentemente, no artigo 3 (3), a convenção procura reduzir a possibilidade de tal conduta dispondo que, quando, a não ser apenas pela escolha, todos os elementos do contrato estão conectados com o país A, a escolha da lei do país B não pode prejudicar a aplicação das "regras imperativas" do país A. Tais regras são definidas como impassíveis de derrogação pelo contrato.

Na trilha da obtenção desta política, a convenção contém disposições especiais limitadoras da liberdade de escolha, em contratos de "consumidor" e de trabalho, porque as considerações de ordem social, que circundam tais contratos, requerem uma tal limitação. Estas disposições especiais serão consideradas abaixo.

3.4 Ausência de expressa escolha da lei

Um contrato não conterà sempre uma expressa ou implícita escolha da lei. Logo, onde tal escolha não estiver presente, a lei aplicável deve ser aquela do país com o qual o contrato está mais intimamente ligado (28). Adotando tal atitude, a convenção, novamente, espelha algumas das atuais tendências dos direitos positivos dos Estados-Membros (29). Na anterior prática de alguns desses Estados encontramos que a lei com a qual o contrato é mais intimamente conectado é aplicada pelo motivo de que aquele é o sistema de direito pelo qual as partes, presumivelmente, pretenderam regular o contrato (30).

Contudo, tal intenção presumida era, em última análise, vista como uma ficção e os tribunais decidiam, na realidade, sobre a lei aplicável, segundo critérios puramente objetivos. Da mesma maneira, a convenção não faz alusão à presumida intenção das partes.

Como, então, poderá ser identificada a lei com a qual o contrato está mais intimamente conectado? Na Inglaterra, por exemplo, a prática

(28) Artigo 4(1). "Dépeçage" é novamente permitida.

(29) V., por exemplo, BREDIN, *Conflict of Laws in Contract Matters in the European Economic Community*, 1963, *Clunet* 938, para uma rápida visão. Quanto ao direito inglês, v. *The Assunzione* (1954), p. 150.

(30) Inglaterra: *In Re Missouri Steamship Co.* (1890), L.R. 42 Ch. D. 32. DICEY, *The Conflict of Laws* (1896), p. 670. BREDIN, *op. cit.*

corrente requer que o tribunal examine uma ampla variedade de circunstâncias, as principais delas sendo “o lugar da celebração do contrato, o lugar da execução, o lugar de residência ou a sede dos negócios das partes, respectivamente, e a natureza e o objeto do contrato” (81). Esta espécie de enfoque envolve um patente elemento de incerteza na descoberta da lei aplicável. Por outro lado, uma rígida abordagem ao problema seria improdutiva, desde que a flexibilidade seria sacrificada. Como modo de formulação de uma *via media*, entre soluções incertas e rígidas, a convenção adota um interessante esquema. Há um certo número de presunções que se aplicam para determinar a lei com a qual o contrato está mais intimamente conectado, a não ser que se evidencie, pelas circunstâncias, que o contrato está mais intimamente ligado a um outro país (82).

Assim, segundo o artigo 4 (3), um contrato cujo objeto é a propriedade imóvel presume-se mais intimamente conectado com o país onde se situa a propriedade. Contratos de transporte de mercadorias e de fretamento para uma única viagem e outros contratos cujo principal objetivo é o transporte de bens (83) presumem-se mais intimamente conectados com o país que é, ao mesmo tempo, a principal sede dos negócios do transportador e o lugar do embarque ou do desembarque ou a principal sede dos negócios do consignante. A principal presunção é, contudo, encontrável no artigo 4 (2), sendo talvez esta a mais inovadora característica da convenção.

Pelo artigo 4 (2), em todos os contratos que não os relativos a imóveis e transporte de mercadorias há uma presunção de que o contrato está mais intimamente conectado com o país onde tem sua residência habitual a pessoa que efetuará “a prestação característica” do contrato, ou, em casos de pessoas jurídicas, no lugar de sua administração central. Por outro lado, se o contrato foi celebrado no âmbito do comércio ou da profissão da parte que efetuará a prestação característica, a lei aplicável é aquela do país da sede do principal estabelecimento da parte ou a do lugar dos negócios através do qual, segundo os termos do contrato, a prestação será efetuada.

O conceito de prestação característica, como circunstância de conexão, não é um daqueles que refletem claramente o direito de algum dos Estados-Membros. Na verdade, a doutrina a seu respeito foi mais amplamente desenvolvida na Suíça (84). Foi dito que o conceito identifica o país “em cujo âmbito sócio-jurídico o contrato mais se situa (85). Declarações deste tipo servem para ilustrar a incerteza da doutrina. Esta será uma doutrina que criará dificuldades particulares ao *common*

(31) *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouse Ltd.* (1960), Ch. 52, p. 91.

(32) Esta disposição aparece no artigo 4(5).

(33) Artigo 4(4).

(34) V. Vischer in Lipstein (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC* (1978), p. 25.

(35) *Ibid.*, p. 27.

lawyer, tendo em vista que a referida doutrina está fortemente baseada no hábito romanista continental de classificar os contratos em tipos: seguro, empréstimo etc., de modo a determinar a prestação característica ⁽³⁶⁾. Talvez alguma elucidação sobre este esotérico conceito surja do relatório explicativo que acompanhará a convenção. Esta indica, por exemplo, que num contrato bilateral o pagamento de dinheiro não deve ser tido como prestação característica do contrato, mas antes é o fornecimento de bens e serviços, tais como seguro ou empréstimo, que forma o objeto do contrato ⁽³⁷⁾.

Embora a noção geral de que o sistema jurídico a ser aplicado na ausência de uma escolha expressa é o do país com o qual o contrato tem sua mais íntima vinculação vá determinar pequena alteração na prática corrente, o uso de presunções envolve alguma inovação ⁽³⁸⁾. Na verdade, as presunções caíram de moda no direito inglês ⁽³⁹⁾. Contudo, o uso de presunções provavelmente fará com que os tribunais mantenham a mesma lei aplicável a um contrato, como segundo o direito atual, embora talvez por razões ligeiramente diferentes. E, de qualquer maneira, as presunções serão sempre banidas se as circunstâncias evidenciam que o contrato está mais profundamente vinculado a um outro país. O efeito nítido da convenção estará, então, provavelmente, em substancial acordo com o direito existente, quanto ao problema.

3.5 Regras imperativas

Já nos referimos a tais regras no contexto do artigo 3 (3) da convenção. Foram, então, definidas como regras que não poderiam ser derogadas pelo contrato. O artigo 7 faz mais ampla referência a tais regras, do modo seguinte:

(1) Na aplicação, segundo a presente convenção, da lei de um outro país, devem ser observadas as regras imperativas do direito de um outro país com o qual a situação tem uma íntima conexão, se e na medida em que, segundo o direito deste último país, tais regras devessem ser aplicadas qualquer que seja a lei aplicável ao contrato. Ao considerar-se a eventual aplicação destas regras imperativas, deve-se levar em conta a sua natureza e propósito, assim como as conseqüências de sua aplicação ou não.

(36) Para uma crítica sobre a noção geral, v. OLIVEIRA, 25 Am. J. Comp. L. 303 (1977).

(37) Quanto a um exemplo de tentativa de definição da prestação característica, no contexto dos contratos especiais, v. artigo 12 da lei sobre direito internacional privado da Alemanha Oriental, de 1975; texto no 25 Am. J. Comp. L. 354 (1977).

(38) Há alguma prova de que as presunções têm algum papel no direito alemão: v. DROBNIG, *American-German Private International Law* (1972), p. 238.

(39) Presunções foram oferecidas, nas oito primeiras edições da obra líder inglesa em matéria de conflitos de leis, por DICEY e os editores subsequentes. Presunções foram criticadas por todos os três membros da Court of Appeal, em *Coast Lines Ltd. v. Hudig and Veder Chartering N.V.* (1972), 2 Q.B. 34, pp. 44, 47, 50. V. também DICEY e MORRIS, *The Conflict of Laws*, 9ª edição, p. 743; CHESHIRE e NORTH, *op. cit.*, pp. 210-217.

(2) Nada nesta convenção poderá restringir a aplicação das regras de direito do *forum*, numa situação em que são imperativas, independentemente do direito, de outro modo, aplicável ao contrato.

O artigo 7 (2) é incontroversível. Ele preserva, simplesmente, o poder que tem o *forum* de aplicar suas regras imperativas, independentemente do direito que, do contrário, seria aplicável ao contrato. Esta disposição representa, provavelmente, o direito positivo dos Estados-Membros (40). Contudo, o artigo 7 (1) é, pelo menos, mais discutível. Porque, segundo este artigo, devem ser observadas as regras imperativas de *qualquer* país com o qual a situação tenha uma conexão significativa, mesmo quando este direito não é o do *forum*, a lei validamente escolhida ou a lei que seria aplicável na ausência de escolha. A aplicação de tais regras é discricionária, e, ao decidir-se por aplicá-las, o tribunal deve ter em conta a sua natureza e propósito, assim como as conseqüências de sua aplicação ou não.

O artigo 7 introduz um evidente elemento de incerteza nas regras sobre a lei aplicável da convenção. Ele opera, assim, como uma clara limitação da certeza contemplada pela liberdade das partes ao escolherem a lei apropriada. Porque a aplicação de tais regras é discricionária e deverá haver alguma dúvida quanto ao tipo preciso de regra, que está incluído no conceito de regras imperativas, a despeito da definição geral contida no artigo 3 (3) (41).

Parece, porém, mais provável que tais regras cairão em duas categorias, isto é, tanto as regras que visam proteger a parte mais fraca num contrato quanto as regras que objetivam promover certas políticas do Estado que as promulga e que se fundamentam em considerações de natureza social, econômica ou política.

As dúvidas engendradas pela incerteza inerente ao artigo 7 (1) são tão consideráveis que um poder de opor reservas a respeito foi introduzido na convenção (com a conseqüência de que um Estado-Membro pode excluir o artigo 7 (1) ao implementar a convenção).

Porque, enquanto pode ser verdade que a prática existente (42) nos Estados-Membros fornece a prova de que regras imperativas estão sendo usadas da maneira imaginada pelo artigo 7 (1), a amplitude de seus efeitos pode torná-la inaceitável.

3.6 Disposições especiais

A estrutura clássica do direito contratual interno, pelo menos nos países de *common law*, resultou na criação e formulação de regras

(40) Por exemplo, na Inglaterra, *Boissevain v. Weil* (1950), A.C. 327.

(41) Para uma discussão, v. HARTLEY (1979), E. L. Rev. 236.

(42) Por exemplo, Inglaterra, no contexto da ilegalidade, *Regazzoni v. Sethia* (1958), A.C. 301; *Unfair Contract Terms Act* (1977), Section 27(2). Holanda, *The Aïnati* (1987), 56 Rev. Crit. d.i.p. 522.

gerais aplicáveis a todos os tipos de contrato. Contudo, esta coerência e uniformidade está sendo rompida, o que não é de surpreender à luz do fato de que as diferentes espécies de contrato estão envoltas por diferentes considerações políticas. Assim, agora é comum encontrar regras especiais, por exemplo, sobre contratos "de consumidor" e de trabalho, que envolvem uma ruptura com as regras gerais tradicionais do direito contratual, esta ruptura se justificando por considerações de ordem política julgadas relevantes quanto a tais contratos.

Este fenômeno repercutiu no plano dos conflitos de leis, e, em razão disso, a convenção tenta levar em consideração o fato construindo regras especiais para os dois tipos de contrato, em particular.

3.6.1 *Contratos de trabalho*

O artigo 6 estipula que, na ausência de uma escolha da lei, um contrato de trabalho será regulado pela lei do país onde o trabalhador habitualmente exerce sua ocupação, conforme o contrato.

Se tal lugar não existe, então o contrato será governado pelo direito do país onde o negócio a que ele serve se localiza. Contudo, em ambos os casos, a lei de um outro país poderá se aplicar se se evidência que o contrato está mais intimamente ligado com aquele país. Além disso, enquanto as partes são livres para escolherem a lei aplicável, esta escolha não pode privar o empregado da proteção das regras imperativas do direito que teria sido aplicável, em ausência de escolha.

Neste artigo constata-se que a convenção usa regras sobre a lei aplicável de maneira a conseguir a proteção do trabalhador, que é também a principal característica das regras internas especiais relativas ao contrato de trabalho existentes nos direitos de vários países europeus.

3.6.2 *Contratos de consumidor*

Os contratos de consumidor (com algumas exceções) são também objeto de regulamentação especial, no artigo 5 da convenção. A liberdade de escolha da lei para reger tais contratos é limitada, porque se prevê que esta escolha não prejudicará as regras imperativas do país da residência habitual do consumidor se duas condições estão presentes. Primeiramente, o contrato deve ter sido precedido de uma oferta específica, dirigida ao consumidor, ou através de anúncios; em segundo lugar, o consumidor deve ter tomado no país de sua residência habitual todas as providências necessárias para concluir o contrato.

Alternativamente, se não há escolha e o contrato satisfaz às condições supramencionadas, ou duas outras condições, relativamente menores, enunciadas no artigo 5 (2), a lei aplicável é a do país da residência habitual do consumidor.

Estas disposições procuram robustecer, através de regras sobre a lei aplicável, a proteção concedida ao consumidor pelo direito interno. Mas deve ser notado que elas são relativamente estreitas, com a consequência de que o artigo 5 aplicar-se-á apenas a pequena proporção dos contratos internacionais celebrados por consumidores dos Estados-Membros.

3.7 *Escopo da lei aplicável*

O artigo 10 enuncia algumas das questões que serão regidas pela lei aplicável, embora também deva ser notado que ele não exclui do abrigo desta lei questões não mencionadas em suas disposições.

A lei aplicável regerá a interpretação e a execução do contrato e os vários meios de extinção das obrigações.

Além disso, o artigo contém duas características novas para o direito inglês. Primeiramente, a lei aplicável regerá a prescrição e a decadência das ações, em contraste com o atual direito inglês, onde a prática generalizada é classificar tais matérias como processuais e submetê-las à *lex fori* (43). Segundo, a lei aplicável também governará, dentro dos limites dos poderes conferidos ao juiz por sua própria lei processual, as consequências da inexecução do contrato, "inclusive a liquidação dos danos, na medida em que sejam regidos por regras jurídicas". Esta é uma mudança bem-vinda no direito inglês, que, até então, tivera uma abordagem indiscriminada em matéria de danos, classificando muitas das questões surgidas deste contexto como processuais e, como tal, dependentes da *lex fori* (44).

3.8 *Disposições gerais*

Há ainda muita coisa importante na convenção, inclusive questões sobre lei aplicável em matéria de cessões, sub-rogação e ônus da prova, assim como uma variedade de artigos de ordem processual e formal, relativos a emendas etc. Talvez dois pontos mereçam menção mais pormenorizada. Primeiro, a exclusão pelo artigo 15 da doutrina do retorno. Assim, uma referência à lei aplicável envolverá referência apenas ao direito interno daquele sistema. Segundo, no artigo 16 encontramos uma reserva quanto à teoria da ordem pública, através da qual existe um supremo poder do *forum* para recusar a aplicação da lei indicada, segundo a convenção, se o fato de assim fazer representar manifesta ofensa à ordem pública.

4. *Conclusões*

Foi sugerido, anteriormente, neste artigo, que algumas lições poderiam ser extraídas, em matéria de unificação do direito internacional

(43) CHESHIRE e NORTH, *op. cit.*, pp. 695-698

(44) *Ibid.*, pp. 707-713.

privado, da convenção da CEE sobre contratos, e poderia ser útil dar-lhes ênfase, como conclusão.

Primeiramente, alegou-se que o exercício de unificação poderia ser ameaçado de dificuldades particulares. Sem dúvida, existiram dificuldades na conclusão da Convenção sobre Contratos, como revela a comparação de seu texto definitivo com o anteprojeto. Mesmo sua forma final não fornece um regime jurídico com o qual todos os membros estejam satisfeitos, como ilustra o poder para excluir o artigo 7 (1). Há fundadas dúvidas quanto ao mérito deste artigo. Mais que isso, mesmo se não houvesse dúvidas quanto ao mérito de outras disposições da convenção, muito dependerá da uniforme interpretação que estas disposições possam receber nos Estados-Membros. Não é sem interesse, no particular, o fato de que outras negociações estão sendo feitas, entre os Estados-Membros, sobre a possibilidade de um protocolo adicional à convenção concedendo competência relativamente à sua interpretação à Corte de Justiça Européia, de Luxemburgo.

Por outro lado, a convenção é uma prova considerável da possibilidade de realização do exercício de unificação, mesmo quando os que nele estão comprometidos fazem parte dos sistemas de *common law* e *civil law*. Da mesma maneira, ainda, a convenção fornece uma visão sobre as limitações inerentes à unificação do direito internacional privado, em inúmeros pontos. Primeiro, vimos que há uma boa dose de fundo comum entre as regras existentes, em matéria de lei aplicável aos contratos, nos vários Estados-Membros. Conseqüentemente, os abismos a serem superados pela convenção eram relativamente pequenos. Segundo, mudanças nítidas quanto ao direito vigente, ocasionadas pelas disposições da convenção, são relativamente poucas. As duas mais controvertidas questões para o *common lawyer* são os conceitos de prestação característica e regras imperativas. Mesmo assim, o primeiro destes conceitos, provavelmente, acabará por produzir os mesmos resultados das regras inglesas vigentes, embora através de um modo de raciocínio ligeiramente diferente. E enquanto este conceito não tem raízes firmes nos Estados-Membros continentais, há vestígios dele na prática dos tribunais. O conceito de regras imperativas é, como uma generalidade, novo, mas consta de maneira mais limitada do direito existente. Contudo, as dúvidas que circundam o artigo 7 (1) servem de admoestação.

O quadro geral que emerge é que a unificação coroada de êxito é provavelmente atingível quando, desde o início, os direitos dos Estados interessados forem geralmente similares e resultar pequena a diferença entre as regras unificadas e o direito preexistente.

Esta é talvez, vista pelo seu lado melhor, uma conclusão neutra, e, pelo pior, uma conclusão negativa. Ainda assim, é, contudo, possível oferecer uma justificativa positiva à Convenção sobre Contratos, a saber, a aceitação de regras uniformes em matéria de lei aplicável e, particularmente, o princípio da livre escolha da lei com o mínimo de restrições, entre os Estados-Membros da Comunidade Econômica Européia.

Da doutrina brasileira do direito adquirido e a projeção dos efeitos dos contratos contra a incidência da lei nova

ARNOLDO WALD

Advogado e Professor Catedrático da
Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro

1. O direito adquirido é definido como sendo aquele que contém todos os elementos necessários para a sua constituição de acordo com o direito vigente no momento, chegando, pois, a integrar-se no patrimônio do seu titular (ARNOLDO WALD, *Curso de Direito Civil — Parte Geral*, 4ª edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1975, p. 124). GABBA, cuja influência se exerceu de modo profundo sobre a nossa legislação, apresentou a seguinte conceituação:

“É adquirido todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes de atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” (*Teoria della Retroattività delle Leggi*, 2ª edição, 1884, vol. I, p. 191.)

2. Mais recentemente, o direito adquirido foi compreendido como sendo “a consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da lei nova entrou a fazer parte do patrimônio da pessoa a quem respeita” (PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, 3ª edição, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli editores, 1880, vol. I, p. 73, e R. LIMONGI FRANÇA, *Direito Intertemporal Brasileiro*, 2ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, pp. 426 e seguintes).

3. A legislação brasileira ampliou o conceito de direito adquirido, nele abrangendo todos os efeitos do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, chegando, outrossim, a equiparar ao direito adquirido o simples direito condicional que não dependesse de condição alterável ao arbítrio de outrem, ou seja, de condição potestativa (art. 3º da redação originária da Lei de Introdução e art. 6º da Lei nº 3.238, de 1º-8-1957).

4. Por outro lado, inspirando-se na lição do direito norte-americano, a legislação brasileira deu caráter constitucional à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 153, § 3º, da Constituição vigente), transferindo ao legislador ordinário a função de definir cada um desses conceitos, o que foi feito de modo amplo, como já assinamos. Enquanto nos países de direito latino da Europa, em geral, o princípio da irretroatividade das leis é decorrente da lei ordinária, o constituinte brasileiro, como o da maioria das legislações latino-americanas (Bolívia, México, Peru, Paraguai, Nicarágua), deu-lhe nível constitucional, a não ser no período do Estado Novo. (Sobre a proteção constitucional dos contratos no direito norte-americano, consultem-se THOMAS M. COOLEY, **A Treatise on the Constitutional Limitations**, 6ª edição, Boston, Little Brown, 1890, p. 328, HENRY CAMPBELL BLACK, **Handbook on American Constitutional Law**, 2ª edição, St. Paul, West Publishing Co., 1897, pp. 607 e seguintes.)

5. Como, durante um certo período da história do nosso direito, o direito adquirido não gozou de proteção constitucional e não mereceu definição legal, referindo-se a lei tão-somente às “situações definitivamente constituídas” (Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942), é preciso aceitar com reservas as lições dos eminentes civilistas pátrios que escreveram numa fase em que:

a) não havia preceito constitucional protegendo o direito adquirido (desde a Carta de 1937 até a promulgação da Constituição de 1946);

b) o conceito de direito adquirido não estava definido em lei ordinária que a ele não referia (a partir do Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942, que deu nova redação à Lei de Introdução ao Código Civil, até a promulgação da Lei nº 3.238, de 1º-8-57, que restabeleceu a conceituação tradicional).

6. Mesmo fora do Brasil e deixando de lado a interpretação que a nossa legislação deu ao direito adquirido e a proteção específica que assegurou ao ato jurídico perfeito, a tendência das leis, da jurisprudência e da doutrina é, em todos os países, no sentido de admitir a “ultra-atividade” ou “postatividade” da lei anterior em relação aos efeitos posteriores de contratos celebrados antes da sua vigência. Na realidade, não se trata do problema da retroatividade da lei, mas tão-somente da proteção da relação contratual contra novas normas que possam modificar o equilíbrio dos interesses das partes.

7. Há, pois, um consenso no sentido de condicionar todos os efeitos do contrato à lei vigente no momento em que o instrumento foi assinado, mesmo quando tal aplicação importa em ultra-atividade da lei anterior, ou seja, em negar efeito imediato à lei nova. Neste sentido, ensinaram COLIN e CAPITANT:

“(. . .) Em matéria de obrigações, laço pessoal entre certos e determinados indivíduos, este interesse deve dobrar-se ante o interesse contrário de estabilidade; é preciso, uma vez fixados os respectivos deveres e direitos, que esses indivíduos possam regular sua conduta patrimonial em consequência e não fiquem expostos às surpresas de uma lei nova.” (Cours Elémentaire de Droit Civil, 9ª edição, 1939, vol. I, p. 53.)

8. Por sua vez, escrevia GABBA:

“Come la specie, così anche la quantità della prestazione obbligatoria dev'essere giudicata secondo la legge, vigendo la quale l'obbligazione venne posta in essere. Intendiamo per quantità l'estensione obbiettiva dell'obbligo, o il valore, economico della prestazione.” (C. F. GABBA, Retroattività delle Leggi, 2ª edição, Turim, 1889, vol. IV, p. 24.)

9. Do mesmo modo, CHIRONI e ABELLO esclarecem:

“Sucedendo à lei anterior, a lei nova há de deixar intacta a matéria sobre a qual essa mesma lei anterior exercitou os seus efeitos.” (CHIRONI e ABELLO, Trattato di Diritto Civile, 1904, I, p. 88.)

10. Resumindo a lição do direito estrangeiro, conclui SERPA LOPES:

“Note-se, antes de tudo, que a cobertura de irretroatividade protegendo um ato jurídico perfeito é uma consagração de um direito adquirido, pois indubitavelmente não se pode deixar de assim considerar um ato jurídico já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Entretanto, força é notar que tal noção se quadra perfeitamente na teoria dos fatos cumpridos, de origem germânica e cuja repercussão em França e na Itália proveio do fracasso da teoria dos direitos adquiridos. Assim, de acordo com essa concepção dos fatos consumados, os contratos nascidos sob o amparo de uma velha legislação devem prosseguir governando-se por aquela legislação, posto que se tratem de fatos consumados durante sua vigência. Por conseguinte, sustentou um dos partidários dessa concepção — VAREILLE-SOMMIERES —, uma lei fixando os limites máximos dos juros não pode afetar os empréstimos anteriores, nem mesmo em relação aos juros vencidos. Em síntese: todos os fatos consumados durante a vigência da lei anterior, assim como todas as consequências deles decorrentes, de-

vem ser por ela regidos.” (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, 2ª edição, vol. I, Rio, Freitas Bastos, 1959, p. 286.)

11. Até os autores que se afastaram da teoria do direito adquirido, preferindo referir-se às situações juridicamente constituídas, como PAUL ROUBIER, reconhecem que os efeitos dos contratos devem continuar vinculados à lei vigente no momento de sua celebração, mesmo quando as leis posteriores tenham caráter imperativo. Escreve o mestre da Faculdade de Lyon que tanto nas obrigações contínuas como nas sucessivas, quando decorrem de contrato, não se pode aplicar a lei nova aos efeitos produzidos após a sua promulgação (PAUL ROUBIER, *Les Conflits de Lois dans le Temps*, Paris, Sirey, 1933, tomo II, p. 48). Escreve, ainda, ROUBIER:

“D’autre part, la jurisprudence considère que la règle d’après laquelle les lois nouvelles n’ont pas d’effet sur les contrats en cours n’est rien de plus que l’application du principe de non-rétroactivité des lois dans la matière des contrats.” (Obra citada, p. 56.)

E acrescenta:

“Il résulte de là que le principe de non-rétroactivité des lois protège les situations contractuelles pour une durée plus longue que les situations légales, car il les défend, même *in futurum*, contre l’action des lois nouvelles, toutes les fois que ces lois auraient pour effet d’annuler une clause d’un contrat antérieur; mais ce serait cependant une erreur de croire que le principe de non-rétroactivité a exactement la même portée d’application que notre règle, d’après laquelle les lois nouvelles n’ont pas d’effet sur les contrats en cours: car il faut tenir compte encore de toutes les dispositions légales relatives aux effets et aux modes d’extinction des contrats, qui viennent s’appliquer à défaut de stipulations expresses. Or, notre règle veut que les dispositions légales applicables en cette matière demeurent celles qui étaient en vigueur au jour du contrat, et les lois nouvelles n’en modifieront pas l’effet, même pour l’avenir, dans les contrats en cours. Ici, on dépasse le domaine de la règle de non-rétroactivité; mais de bonnes raisons, sur lesquelles nous reviendrons, conduisent à assimiler le contenu légal du contrat à son contenu exprès, de telle sorte que non seulement tout effet rétroactif, mais tout effet est réellement refusé aux lois nouvelles sur les contrats en cours. Le principe de non-rétroactivité de la loi cède ici la place à un principe de protection plus ample, qui est celui de la survie de la loi du jour du contrat.” (Obra citada, p. 58.)

12. Conclui, finalmente, PAUL ROUBIER adotando no particular a lição de GABBA e afirmando que as próprias leis imperativas não podem ter efeito imediato sobre o contrato, devendo ser rejeitada a teoria da retroatividade dessas normas (ob. cit., pp. 109 e seguintes).

13. Cabe-nos, pois, afirmar que existe hoje um consenso no direito comparado quanto à vinculação de todos os efeitos do contrato à lei vigente no momento em que o mesmo foi celebrado, como se verifica pelas lições de ROBERTO DE RUGGIERO (*Instituições de Direito Civil*, 3ª edição brasileira, S. Paulo, Saraiva, 1971, vol. I, p. 160), GAETANO PACE (*Il Diritto Transitorio*, Milão, Casa Editrice Ambrosiana, sem data, nº 143, p. 485), HENRI DE PAGE (*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruxelas, Etablissements Emile Bruylant, 2ª edição, 1948, vol. I, nº 231, p. 277) e PLANIOL-RIPERT (*Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo IV, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, nº 28, p. 34).

14. Resumindo a posição dominante no direito estrangeiro, esclarecem, no seu recente curso, os irmãos HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD:

“Les effets des contrats conclus antérieurement échappent à la loi nouvelle. Les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils se réalisent postérieurement à cette loi, demeurent régis par la loi sous l'empire de laquelle ces contrats ont été passés.

La solution est certaine pour les effets déjà réalisés avant la loi nouvelle; elle est la même, d'après la jurisprudence, pour les effets qui, dans les contrats à exécution successive, ne se réalisent qu'après la loi nouvelle. C'est qu'il est nécessaire d'assurer la protection de la parole donnée, la réciprocité des obligations, l'équilibre des contrats, en un mot, la sécurité des contractants. Il serait inadmissible qu'un des contractants se trouve, par une loi survenant au cours de la période d'exécution du contrat, dégagé des obligations qu'il a régulièrement contractées. Il faut comprendre que, lorsqu'ils passent un contrat dont l'exécution doit être d'une certaine durée (bail, contrat de travail, prêt), les contractants ne concluent qu'en considération des effets du contrat pendant toute cette durée et jusqu'à complète exécution; le bailleur n'a loué son immeuble que pour recevoir un certain loyer pendant toute la durée du bail; le prêteur, que pour percevoir le taux d'intérêt stipulé. D'autre part, lorsqu'elles contractent, les parties se soumettent à la loi en vigueur à ce moment, et c'est de cette loi qu'elles tiennent compte pour régler tous les effets de leur convention.

Ainsi, en face des situations juridiques non contractuelles, les tribunaux font prévaloir la loi nouvelle, c'est-à-dire l'idéal de justice, tandis que, dans le domaine contractuel, ils se montrent très protecteurs de la sécurité des contractants. Les décisions analysées (*infra*, **Lectures II**) font apparaître le souci de la jurisprudence de protéger, sous le nom de droits acquis, les effets des contrats." (HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD, **Léçons de Droit Civil**, 5^a edição, Paris, Editions Montchrestien, 1972, n^o 147, p. 178.)

15. Acontece que, no direito brasileiro, o conceito de direito adquirido é ainda mais amplo do que o existente no direito estrangeiro, pois abrange todas as conseqüências do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Por outro lado, a Lei de Introdução equiparou ao direito adquirido o direito condicional desde que não fosse potestativa a condição. Os tribunais puderam assim afirmar, em voto do saudoso Ministro FILADELFO AZEVEDO, que existia "uma fórmula de irretroatividade que se poderia chamar brasileira", caracterizada por ser a mais ampla conhecida nos diversos países, pois, além de ter caráter constitucional, "abrangia o caso de condição inalterável a arbítrio de outrem". Concluía FILADELFO AZEVEDO reconhecendo que em virtude do texto legal vigente "muitos casos comumente considerados de mera expectativa teriam de ser reconhecidos, no Brasil, como de indiscutível direito adquirido" (**Revista Forense**, vol. 96, p. 315).

16. Como já salientamos, a proteção do direito adquirido se reveste, no direito brasileiro, de caráter constitucional desde os primórdios da República, e, assim, o art. 153 da Emenda Constitucional n^o 1, de 17-10-1969, assegura, no seu § 3^o:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

17. O direito adquirido é definido pela legislação ordinária, nos precisos termos do art. 6^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, com a redação que lhe deu a Lei n^o 3.238, de 1^o-8-1957, esclarecendo:

"Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo ou **condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.**"

18. Entendem assim a doutrina e a jurisprudência; interpretando o texto legal, que direito adquirido não é tão-somente aquele que, preenchidos todos os requisitos legais, já tenha sido integrado no patrimônio do seu titular, mas, ainda, aquele que depende de termo suspensivo ou de condição inalterável a arbítrio de outrem. A determinação constitucional e a vontade do le-

gislador tiveram em mira impedir que a lei nova — que tem efeito imediato e geral (art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução) — pudesse afetar o direito condicional, cujas conseqüências jurídicas independiam da atuação das partes. Trata-se de política legislativa adotada pelo legislador brasileiro, a fim de resguardar amplamente a segurança jurídica. A ampliação do conceito de direito adquirido, nele incluindo o direito condicional, correspondeu a uma opção consciente em favor do respeito a determinadas situações jurídicas que foram julgadas merecedoras do amparo constitucional. CLÓVIS BEVILAQUA justificou-a, com sua habitual clareza e concisão, nos seguintes termos:

“O princípio da não-retroatividade é, antes de tudo, um preceito de política jurídica. O direito existente deve ser respeitado tanto quanto a sua persistência não sirva de embaraço aos fins culturais da sociedade, que a nova lei pretende satisfazer. Como pondera KOHLER, “toda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar”. Por isso foi bem inspirado o legislador brasileiro, inscrevendo o princípio da não-retroatividade na Constituição Federal” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Rio, Livraria Francisco Alves, 1929, p. 21).

19. A doutrina reconhece que, pendente a condição, o direito não pode ser exercido, nem a obrigação exigida, mas acrescenta CLÓVIS BEVILAQUA:

“(. . .) o bem jurídico já está no patrimônio do titular: com o seu caráter eventual é certo; porém, esse caráter não o priva, inteiramente, de valer. O destino do condicional é tornar-se real, e, enquanto não se resolve esse destino, a utilidade, o valor econômico do bem esperado merece a proteção do direito. E esta não lhe recusa o nosso Código Civil, como se vê do art. 3º da Introdução (atual art. 6º), onde está declarado que a lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, definido como sendo o que o titular pode exercer, e aquele cujo começo de exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem” (*Soluções Práticas de Direito* (Pareceres), vol. I, “Direito Civil”, Rio, Ed. Corrêa Bastos, 1923, p. 23).

20. O entendimento dominante passou, pois, a ser no sentido de não poder a lei nova afetar o direito condicional, pois a realização da condição faria com que o direito fosse considerado real e efetivo desde o momento em que surgiu, mesmo com caráter condicional. A interpretação sistemática do Direito

Civil brasileiro e, particularmente, a exegese do art. 122 do Código Civil levaram os nossos autores a reconhecer o caráter retroativo da ocorrência da condição. O importante, todavia, é o reconhecimento unânime da doutrina e dos tribunais de que o direito condicional constitui direito adquirido, para o fim de sobre ele não poder incidir a lei nova (ARNOLDO WALD, **Estudos e Pareceres de Direito Comercial**, vol. II, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 81).

21. Assim sendo, quando a legislação limitou o reajustamento dos contratos de aluguel, a jurisprudência entendeu que a nova lei não se aplicava aos contratos em curso, firmando o Supremo Tribunal Federal a Súmula nº 65, de acordo com a qual:

“A cláusula de aluguel progressivo anterior à Lei nº 3.494, de 19-12-1958, continua em vigor em caso de prorrogação legal ou convencional da locação.”

22. Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que deram ensejo à elaboração da Súmula nº 65 salientaram:

“O contrato legalmente estipulado é um ato jurídico perfeito que escapa à obrigatoriedade da lei nova” (Voto do Ministro PEDRO CHAVES, no acórdão do Recurso Extraordinário nº 47.913, da Guanabara, in JARDEL NORONHA e ODALEA MARTINS, **Referência da Súmula do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 1969, vol. 4, p. 114).

23. Por outro lado, entenderam os acórdãos que:

“Se as partes num contrato de locação convencionaram a escala móvel, a lei posterior que a admitiu, mas adotando um teto, não anula o que se contratara anteriormente” (obra citada, no item anterior, p. 115).

24. A conclusão da jurisprudência foi no sentido de não serem afetados pela nova lei os contratos anteriormente firmados. A situação não deixa na verdade de ter alguma analogia com os outros casos, no qual houve mudança de fator de correção monetária, sem que o critério anterior fosse extinto, limitando-se a nova lei a reduzir o âmbito de sua aplicação para fins de indexação ou a fixar um teto para a correção.

25. Podemos, pois, concluir, invocando a letra e o espírito da Constituição e da lei, a sua interpretação sistemática e as lições da doutrina e da jurisprudência, que a lei nova não pode afetar os direitos dos contratantes decorrentes de instrumentos anteriormente firmados, nem mesmo os efeitos futuros deles oriundos.

A doutrina da tipificação e sua extensibilidade

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Promotor Público do Estado de São
Paulo e Professor de Direito

S U M A R I O

- I — *Origens e evolução histórica*
- II — *Raízes filosóficas das doutrinas sobre a ação e sua crítica*
- III — *A elaboração da "fattispecie" italiana*
- IV — *A utilidade da doutrina da tipificação e sua aplicação aos demais ramos do Direito*

I — *Origens e evolução histórica*

Ensina JIMÉNEZ DE ASÚA ⁽¹⁾ que "Tatbestand" é a versão para a língua alemã da expressão latina "corpus delicti", e que passou a ser utilizada naquele país a partir do século XVIII. No início era o "fato do delito", o seu conteúdo real, em oposição ao conceito — "Begriff". Constituiu-se no somatório de todos os caracteres ou elementos do delito.

Dentro de tal entendimento, não se diferenciava "Tatbestand" de delito, pois este se conceituava como a soma dos componentes daquele.

Com a publicação do *Die Lehre vom Verbrechen*, em 1906, o jurista ERNST BELING ⁽²⁾ apresentou uma nova dimensão e sentido ao conceito, definindo-o tão-somente como um dos elementos constitutivos do crime. O tipo legal se apre-

(1) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA — *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Lousada, Tomo III, 1960.

sentada como descrição objetiva e não valorativa. Caracteriza-se pela não-inclusão em seu conteúdo de quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem.

Convém salientar, com BELING, que o "tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real" (2).

Tal concepção, como era de se esperar, suscitou um sem-número de críticas. Algumas, como as de MAYER, HEGLER, MEZGER, SAUER, demonstrando a existência de elementos subjetivos e axiológicos no contexto dos tipos penais; outras, como a de BINDING, investindo não somente contra tal concepção objetiva e valorativamente neutra do tipo, mas também contra seu próprio fundamento ontológico, isto é, contra a concepção causal da ação, em que se baseou a doutrina de BELING.

Ultrapassada a chamada "fase de independência" do conceito de tipicidade, passou-se para uma segunda fase, em que a tipicidade é vista como um valor indiciário de outras características do delito, sobretudo da antijuridicidade. Esta a concepção de MAYER (3). Um comportamento, para ser típico, traz em si um princípio de antijurídico. A tipicidade é a "ratio cognoscendi" da antijuridicidade.

Em 1931, através da obra de EDMUNDO MEZGER (4), atingiu-se a terceira fase, em que a tipicidade passou a ser vista como a "ratio essendi" da antijuridicidade: o que atua tipicamente atua injuridicamente; toda conduta típica vem a ser antijurídica. Nem toda ação antijurídica é punível, mas somente a ação tipicamente antijurídica.

Contudo, adverte HELENO CLAUDIO FRAGOSO, a concepção do tipo como "ratio essendi" da antijuridicidade esbarra numa dificuldade seriíssima, pois não permite distinguir a tipicidade da antijuridicidade. Por ela, todas as condutas típicas deveriam ser antijurídicas, o que não é verdade. Torna, pois, confusa a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade (5).

Reconhecendo a procedência de muitas críticas dirigidas a sua teoria, BELING a reformulou em 1930, num opúsculo denominado *Die Lehre vom Tatbestand*. Desenvolve aí sua teoria do "Leitbild" ou "figura reitora" [tradução de REALE JUNIOR (6) e DAMASIO DE JESUS (7)]. Há que se distinguir entre o "Tatbestand" — que é o "delito tipo" — e o "Deliktestypus" — que seria a "figura do delito" ou o "tipo de delito".

Resumindo tal concepção, LUIZ LUISI descreve que cada tipo de delito ou figura delitiva é um todo composto de diversos elementos. Porém estes aspectos

(2) ERNST BELING — *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 197.

(3) MAX ERNST MAYER — *Parte Geral de Direito Penal*, 1915, págs. 51 e 52.

(4) EDMUNDO MEZGER — *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Bibliográfica Argentina, B. Aires, pág. 80.

(5) HELENO CLAUDIO FRAGOSO — *Conduta Punível*, Bushatsky, 1961, pág. 120.

(6) MIGUEL REALE JUNIOR — *Antijuridicidade Concreta*, 1974, Bushatsky, pág. 34.

(7) DAMASIO EVANGELISTA DE JESUS — *Direito Penal*, Parte Geral, Saraiva, 1978, pág. 248.

distintos e múltiplos, objetivos e subjetivos, que compõem o "Deliktstypus", por mais diversos e díspares que, às vezes, se possam apresentar, encontram sua unidade em uma representação, em um quadro conceitual ("Leitbild"), que lhes dá unidade e sentido. Esta representação conceitual é o "Tatbestand legal" ou "delito tipo". No "Deliktstypus" do furto, todos os seus elementos estão referidos no seu esquema reitor: subtração de coisa alheia móvel. O "Tatbestand" é representação conceitual que se distingue da realidade material. Não é sequer um dos elementos da figura delitiva, posto que esta não é integrada por sua representação conceitual, mas pela ação que a realiza. Por isso, não existe um "Tatbestand" em si, mas cada "Tatbestand" é referido à figura delitiva por ele regulado. Assim posto, cuida de ter refutado os conceitos que admitem a presença no delito tipo de elementos subjetivos e normativos, eis que tipos do injusto são os "Deliktstypen", e não os "Tatbestände" (8).

Tal reformulação, contudo, não encontrou maior ressonância no campo da ciência penal.

É que, como ressaltou LUIZ LUISI, o processo de subjetivação do tipo penal teve, depois de 1930, um visível aceleração, que chegou ao seu consecutório natural e obrigatório, isto é, o reconhecimento da existência do tipo subjetivo, com o deslocamento do dolo e da culpa do plano da culpabilidade para o campo da tipicidade (9).

Os primeiros a sustentar tal inovador entendimento foram HELMUTH WEBER e GRAF ZU DOHNA.

Contudo, foram WELZEL e seus seguidores (MAURACH, NIESE e outros) que lhe deram os definitivos contornos (10).

Todo delito é essencialmente uma ação humana. Esta, uma concreção da vontade. Dessa forma, a ação apresenta um aspecto objetivo e outro subjetivo. Há, pois, tipos objetivos e tipos subjetivos.

Aqui estava criada a vitoriosa doutrina da "ação finalista".

Para a "doutrina finalista da ação", que encontra seus pilares no ontologismo de HARTMANN, a ação humana é exercício de atividade destinada a um objetivo. A ação é por isso acontecimento finalístico, e não meramente causal. A natureza finalística da ação consiste nisso: graças a sua ciência causal, o homem pode, dentro de certos limites, prever as possíveis conseqüências de sua atividade e propor-se escopos diversos, dirigindo a própria conduta para a obtenção do escopo escolhido.

Na base de sua precedência causal, o homem pode dosar os atos singulares de seu comportamento, de modo a dirigir ao fim o acontecimento causal exterior, determinando-o finalisticamente.

(8) LUIZ LUISI — *O Tipo Penal e a Teoria Finalística da Ação*, Dissertação de livre docência — ed. restrita do autor.

(9) LUIZ LUISI — obra citada.

(10) WELZEL — "Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista", in *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1904.

A finalidade é operação guiada, cientemente, em função de um escopo, enquanto a causalidade pura não é governada pelo escopo, mas é a resultante causal dos fatores operantes.

A finalidade é, por isso, vidente; a causalidade é cega.

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produza resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência ingressam no rol dos delitos culposos ⁽¹¹⁾.

No crime culposos a conduta descrita no tipo está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação ⁽¹²⁾.

II — Raízes filosóficas das doutrinas sobre a ação e sua crítica

O tipo objetivo e não valorativo de BELING tem por fundamento a concepção "naturalista" da ação, cujas raízes mais profundas se vão encontrar no modo como o positivismo filosófico compreende a realidade e a ciência. A concepção naturalista entende a ação como "a conduta voluntária que causa modificações no mundo exterior" ⁽¹³⁾. Não se indaga do conteúdo da vontade, isto é, do que o agente realmente quis. Basta a voluntariedade da conduta, ou, conforme dizia VON LISZT, basta a manifestação da vontade consistente na realização ou na omissão voluntárias de um movimento do corpo.

Contra tal concepção objetou-se que ela vê na ação apenas uma abstração de fatos, sendo insustentável porque prescinde do que é essencial na conduta, valorando como ilícita a simples relação causal; porque os efeitos causais de toda ação são intermináveis, e a omissão constitui uma não-causação, e, portanto, o oposto à ação. Na Itália consideram-se seus seguidores DALL'ORA, DELITALA, RANIERI, MANZINI, MAGGIORE, dentre os maiores.

Por seu turno, a denominada "teoria social da ação" tem como pressupostos os postulados do neokantismo da Escola de Baden. A ação não é só uma modificação do mundo físico, mas também um conceito valorado. Uma realidade que tem significação social. Daí por que é definida como "conduta voluntária dirigida para o mundo objetivo social" ou como o "voluntário produzir de consequências socialmente relevantes" (K. ENGISCH).

Não basta a mudança, mas requer-se relevância social da conduta. Para uns, a valoração da conduta é dada pelo "meio cultural" e, para outros, pela "ordem jurídica" ⁽¹⁴⁾.

(11) DAMASIO E. DE JESUS — obra citada, pág. 220.

(12) WELZEL — obra citada, págs. 48, 49 e 75.

(13) HELENO C. FRAGOSO — obra citada, pág. 7.

(14) Idem, idem, pág. 14.

Assim é que, para BINDING, ação, para o Direito, é somente a realização de uma conduta socialmente relevante.

É que, partindo dos ensinamentos de KANT, vêem na realidade um contexto heterogêneo e caótico, cabendo à ciência, através das “formas” do eu empírico, organizar a realidade. Logo, os conceitos enunciados pelo sujeito empírico não reproduzem a realidade objetiva. O direito situa-se no plano da realidade cultural, é realidade referida a valores.

A ação é produção de conseqüências com relevância social.

Relevantes são os efeitos do comportamento no meio social circundante. Portanto, o tipo penal aqui não é meramente objetivo: contém elementos normativos e subjetivos.

Criticando-se tal doutrina, tem-se afirmado que o arbítrio do legislador na fixação dos conceitos jurídicos tem justos limites, e o que se busca é o conceito de ação, não o de ação punível. Por outro lado, o conceito normativo não corresponde às necessidades do direito vigente.

Em terceiro lugar, para a “doutrina finalista”, a realidade — e nela se inclui a ação humana — não é amorfa e caótica. A ação humana é realidade já organizada e com contexto ontológico definido antes mesmo de sua disciplina jurídica. Assim, os conceitos normativos não transformam a realidade, mas limitam-se a descrevê-la.

Tal doutrina, como vimos, tem suas origens no ontologismo de HARTMANN, bem como na filosofia de KANT e na fenomenologia de HUSSERL.

Intelecto e realidade, no ato do conhecimento, se põem frente a frente, e o objeto é apreendido como algo que existe antes do ato cognitivo. Assim, os conceitos não criam nem constroem, mas tão-somente descrevem.

A ação humana, compreendendo o conhecer e o querer, visa sempre um objetivo. A característica do conhecer e do querer humanos está nesta “intencionalidade”, isto é, nesta “finalidade”, que é sempre visada pelo agente (15).

A ação humana é, pois, ontologicamente finalista.

A vontade finalista compreende não só o fim último, mas os meios escolhidos e as conseqüências secundárias previstas como possíveis, excluindo-se as não previstas.

O fim, o que é realmente querido pelo agente, através de sua vontade finalista, passa a integrar a estrutura do tipo penal.

Para FRAGOSO, as conseqüências da teoria finalista da ação afetam todo o sistema... “e em alguns pontos é pouco menos que revolucionária” (16).

(15) LUIZ LUISI — obra citada.

(16) HELENO C. FRAGOSO — obra citada, pág. 24.

As mais comuns objeções são no sentido de que ela não corresponde ao direito positivo, e que torna impossível uma concepção unitária da culpabilidade, conduzindo a confusão desnecessária na teoria do crime.

PETROCELLI, citando GRISPIGNI e MEZGER, faz violentas críticas a essa doutrina (17).

GRISPIGNI indaga o que há de especial nesta concepção, pois, por consenso universal, a ação não pode ser senão voluntária e a vontade é caracterizada pelo fim a que é destinada. Por outro lado, "nunca existiu um conceito naturalístico de ação", de cunho exclusivamente causal. Houve sempre uma distinção natural, para fins de análise (18).

Contudo, explicando o mecanismo e o lugar da vontade, inclusive nos delitos culposos, de maneira lógica e satisfatória, a doutrina da ação finalista resolve os mais árduos problemas da Ciência Penal, evitando-se com ela a admissão de presunções legais e da responsabilidade penal objetiva, que não se coadunam com as atuais diretivas e necessidades do Direito Penal.

III — A elaboração da "fattispecie" italiana

No momento em que o conceito foi introduzido na literatura italiana, sobretudo com a obra de BETTI — *Istituzioni di Diritto Romano* —, o foi com o significado que os juristas germânicos atribuíam à palavra "Tatbestand".

GRISPIGNI foi quem tratou mais extensamente do tipo legal e suas funções, sendo que o Tomo II de sua obra se intitula justamente *La Struttura della Fattispecie Legale Oggettiva* (19).

Percebe-se que a Península procurou plasmar o próprio conceito a respeito da tipicidade. Criaram a palavra "fattispecie", que significa, morfologicamente, "figura do fato".

Tal expressão é compreendida no seu sentido legal, como o conjunto dos elementos que diferenciam um comportamento do outro. A fim de que se aplique a pena devem concorrer os requisitos da culpabilidade e ausência de justificação.

PETROCELLI entende que a "fattispecie" indica todos os coeficientes necessários à consequência jurídica da pena, ou seja, o crime, não aceitando a distinção entre "abstrata" e "concreta", uma vez que a "fattispecie" é termo indicativo de uma abstração (20).

BETTIOL, com melhor lógica, separa a "fattispecie" abstrata, correspondente ao tipo, da concreta, referente ao fato.

(17) BIAGGIO PETROCELLI — "Reexame dos Elementos do Crime", *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 8, 1963, págs. 19-77.

(18) FILIPPO GRISPIGNI — *Diritto Penale Italiano*, vol. 2, Milão, Dott. A. Ghuffrà, 1952, pág. 304.

(19) FILIPPO GRISPIGNI, obra citada.

(20) BIAGGIO PETROCELLI — obra citada, pág. 29.

A dissemelhança entre a "fattispecie" abstrata e a "fattispecie" concreta, segundo entende DELITALA, está na diferença que existe entre o modelo e a cópia, o esquema e o exemplo em que tal esquema pode ser enquadrado (21).

MESSINA, muito claramente, informa que "a "fattispecie" abstrata é uma hipótese, e a "fattispecie" concreta é a situação de fato que coincide com o verificar-se desta hipótese" (22).

A noção de "fattispecie" tende a exaurir a descrição de todo o fato típico: ao lado da "fattispecie" objetiva, existe uma "fattispecie" subjetiva, e uma "fattispecie" das causas de justificação.

IV — A utilidade da doutrina da tipificação e sua aplicação aos demais ramos do Direito

Ensina FRAGOSO que é mais ou menos generalizado o entendimento de que ao tipo corresponde, basicamente, uma "dupla função": a de garantia e a de fundamentação do fato punível. Por um lado, o tipo limita o poder punitivo do Estado, introduzindo um elemento de segurança na justiça punitiva e excluindo o arbítrio, pois toda ilicitude penal só pode ser ilicitude típica. Por outro lado, o tipo fundamenta a ilicitude penal, constituindo o esquema a que deve ajustar-se a antijuridicidade (tipo de ilícito), funcionando como indício ou como expressão da mesma (23).

Além disso, assinala ANIBAL BRUNO, marca o "iter criminis", assinalando o início e o término da ação nos momentos penalmente relevantes (tentativa e consumação), influi sobre a unidade e pluralidade de crimes, atribui à culpabilidade, através sobretudo do dolo, o seu caráter ajustado a cada figura penal (24).

Sintetizando, DAMASIO DE JESUS prelecionou o tipo:

- a) cria o mandamento proibido (norma implícita na lei penal incriminadora);
- b) concretiza a antijuridicidade;
- c) assinala o injusto;
- d) limita o injusto;
- e) ajusta a culpabilidade ao crime considerado;
- f) constitui uma garantia liberal, pois não há crime sem tipicidade (25).

Resta perquirir-se a possibilidade de extensão da doutrina da tipicidade (ou "fattispecie") às demais ciências jurídicas, e a utilidade dessa extensão.

(21) GIUSEPPE BETTIOL — *Direito Penal*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, págs. 251-259.

(22) SALVATORE MESSINA — "Sull'utilità della nozione di fattispecie", *In Honore a Manzini*, U. T. E. T.

(23) HELENO C. FRAGOSO — obra citada, pág. 131.

(24) ANIBAL BRUNO — *Direito Penal*, Rev. Trib., 1966, págs. 251-259.

(25) DAMASIO EVANGELISTA DE JESUS — obra citada, pág. 254.

MESSINA assegurou que todas as normas, segundo tal modo de considerá-las e de estudá-las, podem, certamente, resolver-se em descrição de "fattispecie". Tal modo de estudo é o de considerar a norma sob o aspecto descritivo, ao qual se conjugam o aspecto valorativo e o imperativo.

E, estendendo a todo o campo do Direito a definição de GRISPIGNI sobre a "fattispecie", afirma que bastará substituir-se "pena" por "qualquer consequência jurídica", e "conduta" por "qualquer situação de fato".

Seria, então, o conjunto de elementos necessários e suficientes a individualizar e a distinguir, dentre vários, o tipo singular de conduta, a cujo verificar-se o Direito reconhece o dever de aplicar alguma consequência jurídica (26).

É que o Direito resulta de um sistema harmônico de normas.

Assim, "se é verdade que os vários ramos do Direito têm dissemelhanças históricas e dogmáticas, impondo respeito às respectivas autonomias até pela Teoria Geral do Direito, ciência eminentemente unificadora, existe um campo comum, no qual a generalização coloca o delito e o fato processual tendente a demonstrá-lo num sentido de apreciação idêntica, e isto acontece no terreno dos fatos e atos jurídicos", ensina com propriedade ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (27).

Portanto, feitas as necessárias adaptações, possível se torna a aplicação de institutos jurídicos em mais de um ramo do Direito.

A teoria do tipo, com importantíssimas funções no campo específico para o qual foi idealizada, é daquelas que merecem aplicação extensiva, fora do campo penal. Tipo que é "o confronto de todos os pressupostos a cuja existência se liga uma consequência jurídica", na definição de MEZGER (28).

Conforme a natureza dos efeitos que se atingem, ao verificar-se a "fattispecie", teremos, segundo entende MESSINA, uma "fattispecie" penal, civil, processual, e assim por diante.

Teríamos uma "fattispecie" processual penal se tratássemos de hipótese cuja realização ou verificação produz efeitos que interessam ao Direito Processual Penal.

No campo de qualquer disciplina jurídica, a introdução da noção de "tipicidade" ou "tipificação" importará certamente num mais rigoroso controle metodológico, bem como, reconhecidos e diferenciados o "tipo" e as consequências daí derivantes, em possibilitar aos sujeitos de direito ajustarem suas condutas aos "modelos" estatuídos em cada diferente ramo do Direito. Tais modelos são, em síntese, a própria tipicidade de cada ato jurídico: ajustamento entre a forma prevista em lei e a conduta humana, passível de consequências jurídicas.

Quando o ato humano se ajusta ao modelo abstrato previsto na lei, dizemos que tal ato é "típico", derivando daí consequências jurídicas predeterminadas.

(26) SALVATORE MESSINA — obra e local citados.

(27) ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS.

(28) EDMUNDO MEZGER — obra e local citados.

O ilícito civil e o ilícito penal

JOSÉ DE CASTRO MEIRA
Juiz Federal em Sergipe

SUMÁRIO

- 1 — Origem dos termos
- 2 — Distinção histórica dos ilícitos civil e penal
- 3 — Delito e pena
- 4 — O problema da conceituação
- 5 — O ilícito na Teoria Geral do Direito
- 6 — Distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal

1 — Origem dos termos

O direito romano utilizou vocábulos para designar a conduta delituosa.

Segundo MOMSEN, de início, usou-se o termo **noxia**, que evoluiu para **noxia**, com a acepção de dano. Não expressava, portanto, exatamente, a significação do delito em si, mas as conseqüências advindas da conduta delituosa.

Outros termos foram utilizados para exprimir o mesmo conceito. Nas orações contra LÚCIO CATILINA, p. ex., CÍCERO usou muito o termo **scelus** e **sceleratu**, de cujas raízes derivou o vocábulo **celerado**, que, em verná-

culo, pode ser usado indistintamente como substantivo ou adjetivo, para exprimir a idéia de criminoso.

Ainda encontramos os termos **maleficium**, **flagitum**, **fraus**, **facinus**, **peccatum**, **probum**, **crimen** e **delictum**, especialmente os dois últimos. A palavra **crimen**, derivada do grego **cerno**, era reservada para denominar os delitos mais graves, tal como ocorreu na Idade Média, enquanto **delictum** surgiu da palavra **delinquere**, abandonar, resvalar, na verdade bem expressiva, na medida em que se tem em conta que o delito é abandono da normalidade jurídica. Daí VILLALOBOS acrescentar que **delinquente** é composto de **linquere** (deixar) e do prefixo **de**, de conotação pejorativa, tomando-se como **linquere viam** ou **rectam viam** — deixar ou abandonar o bom caminho (1).

A palavra delito, portanto, tem originalmente uma compreensão bastante ampla, não se prestando apenas à definição da ilicitude penal.

No que tange à palavra **ilícito**, é interessante observar que corresponde a **torto**, em italiano, e a **entuerto**, em espanhol, expressões que, por si sós, deixam clara a idéia do que não é certo, torcido, contrário ao direito.

2 — Distinção histórica dos ilícitos civil e penal

No curso da história das instituições jurídicas, nota-se uma separação progressiva do ilícito civil, fundado na culpa, do ilícito penal. A reparação do dano precedeu as penas afluivas, como o castigo corporal ou o encarceramento. É o que se vê nas legislações mais antigas, como o Código de HAMURÁBI, nos códigos chineses, no de MANU e nas leis hebraicas.

A distinção moderna entre **pena** — que tem em vista a punição do culpado — e a **indenização** — destinada a reparar o prejuízo causado à vítima — é de origem relativamente recente. Nas sociedades primitivas, a única sanção é uma penalidade.

Segundo os tratadistas, a humanidade teria passado por quatro fases sucessivas: da vingança privada, das composições voluntárias, das composições legais e da repressão pelo Estado.

A primeira fundamenta-se na idéia de que a vítima tem o direito de vingar-se, causando ao culpado prejuízo semelhante ao que sofreu. Tal reação espontânea conduz à **lei de talião**: “olho por olho, dente por dente”. Numa fase mais avançada, corresponde ao direito de apossar-se diretamente do autor do delito (**manus injectio**) ou obrigar o senhor, sendo ele um escravo, a entregá-lo à vítima ou responder por ele (**noxales actiones**).

Nessa fase, a comunidade abandona o culpado à vingança da sua vítima ou da família desta.

(1) VILLALOBOS, Ignacio — *Direito Penal*, México.

Segundo A. PRINS, o direito de vingança privada baseia-se em dois princípios fundamentais: o primeiro, na fraternidade do sangue, da solidariedade familiar; depois, no restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo ataque ⁽²⁾.

No direito romano, o fim da primeira fase é marcado pela Lei das XII Tábuas, elaborada no ano de 303 de Roma, segundo a qual o causador de lesões corporais, inocente ou culpado, se não transigisse, sofria a pena de talião.

Na segunda fase, o castigo corporal é substituído por uma indenização em dinheiro. Passa-se às **composições voluntárias**, variáveis conforme as pessoas e as circunstâncias. Foram praticadas entre os germanos e há referência sobre elas nos velhos monumentos do direito romano. Contudo, em Roma, seu fundamento é sempre de caráter privado e não podia substituir a ação pública. Realizava-se apenas nos raros casos de injúria ou dano, em que não era possível sobrepor a força da lei à dos litigantes.

A autoridade vai aos poucos tomando medidas para conter as paixões individuais, opondo-se ao exercício do direito da vingança privada: leva o culpado a procurar a reconciliação e a vítima a aceitar o dinheiro da reconciliação. Essa transação pecuniária é a **compositio**, cujo preço é o **wehrgeld**.

A lei sálica representava o verdadeiro código da composição, tarifando em cada caso a quantia a pagar ao lesado ou à sua família, pela remissão do direito de vingança ⁽³⁾.

A terceira fase ocorre com o desenvolvimento da noção de Estado, como sociedade politicamente organizada. O poder público assume o encargo de boa ordem, fixando o montante que o culpado deverá pagar à vítima ou ao grupo familiar de que ela faz parte.

Na última fase, desaparece a idéia de pena privada, para dar lugar ao da pena pública. Fica reservado ao Estado o monopólio do direito de punir os delitos. A vítima pode apenas denunciar a infração sofrida e pleitear a reparação pecuniária do prejuízo correspondente. Contudo, essa reparação é independente da pena corporal ou pecuniária que castigará o culpado.

Apesar do progresso alcançado, algumas punições primitivas persistiam: o devedor insolvável, ainda que sem culpa, corria o risco de ser reduzido à situação de escravo pelo resto da vida; no caso de concurso de credores, havia a possibilidade de ser cortado em pedaços.

(2) *Clência Penal e Direito Positivo* — trad. do Dr. HENRIQUE DE CARVALHO, Jacyntho Ribeiro dos Santos — Livreiro-Editor, Rio, 1916, págs. 16 e 17.

(3) O direito de vingança privada baseia-se em dois princípios fundamentais: primeiro, na fraternidade do sangue, na solidariedade familiar; depois, no restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo ataque. Não há responsabilidade individual, mas uma luta entre duas famílias e essa luta termina ou pela satisfação do sentimento de vingança, ou por uma transação pecuniária, **compositio**. O preço da transação é o **wehrgeld** (cf. A. PRINS, *ob. cit.*, págs. 16 e 17).

Já na Lei das XII Tábuas, como em outras leis antigas, apareciam disposições sobre o **damnum injuria datum**, que consistia em considerar delituosa a conduta de quem causasse prejuízo a outrem, em sua pessoa ou patrimônio, por ato contra o direito. Exigia-se apenas a ocorrência de dolo ou culpa, mesmo levíssima.

O princípio foi consagrado pela **Lex Aquilia**, datada do ano 468 da fundação de Roma. De início, teve aplicação restrita, porque a ação cabia apenas ao proprietário e somente quando se tratava de danos corporais (**damnum corpore corpori datum**). Posteriormente, foi estendida a outras pessoas e a outros danos.

A **Lex Aquilia** tinha caráter penal, mas nela existiam disposições para avaliação do dano, visando a beneficiar a pessoa lesada. Ela continha três capítulos: o primeiro tratava da morte a escravos e animais, da espécie dos que pastam em rebanhos; o segundo regulava a quitação por parte do **adstipulator** com prejuízo do credor estipulante; o terceiro e último capítulo ocupava-se do **damnum injuria datum**, cujo alcance era mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas (4).

As Institutas estabeleciam cinco espécies de obrigações **ex delicto**, dentre as quais destacam-se as seguintes: a ação popular, para solicitar pena privada contra quem coloca ou suspende um objeto sobre uma passagem, de modo a comprometer a segurança dos peões; e as ações noxais (**noxales actiones**), pelas quais o senhor podia ser acionado como responsável pelo dano causado pelo escravo, sem sua ordem, e com obrigação à reparação.

A grande contribuição do direito romano consiste em estabelecer a responsabilidade com base na culpa, em substituição ao princípio primitivo de causalidade material.

Observa-se, porém, que alguns autores divergem quanto à linha de evolução histórica aqui apresentada.

Para STEINMETZ, a reação penal foi, a princípio, dirigida cegamente. A vítima lançava sua vingança a tudo que existisse em volta, objeto inanimado ou vivo.

A reação passou, depois, a recair sobre toda a comunidade, que pagava pelas ilicitudes cometidas por um dos seus contra um membro do grupo vizinho (5).

Assinala NELSON DE SOUSA SAMPAIO que muitos autores denunciaram a tendência atual a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas como um retorno àquela idéia primitiva (6).

(4) JOSÉ DE AGUIAR DIAS — "Reparação do Dano", in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 48, Editor Boreál, Rio de Janeiro, pág. 321.

(5) Apud NELSON DE SOUSA SAMPAIO — "O Indivíduo e o Direito Penal do Futuro", 11.ª parte, *Forum*, vol. XVII, Ano UM, Fasc. 13, págs. 29 e 30.

(6) *Idem*, *Ibidem*.

3 — Delito e pena

Em geral, costuma-se conceituar o delito como ato ilícito, que tem como consequência a aplicação de uma pena.

Esse conceito considera a punibilidade elemento essencial do delito, como entenderam eminentes penalistas, como CARRANCA TRUJILLO e LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (7).

Tal definição mereceu a crítica de VILLALOBOS, quanto à sua insuficiência, chegando mesmo a afirmar que não se trata de uma definição, mas um erro arraigado de muitos especialistas do Direito Penal.

O eminente penalista mexicano assinala que há delitos que gozam de escusa absolutória, sem que percam o seu caráter ilícito, como também se multiplicam as infrações administrativas e disciplinares, sancionadas pela lei com pena, sem que se revistam de natureza delituosa.

Argumenta, ainda, que nada impede de se pensar em tal nível de cultura, no qual bastava assinalar-se o ilícito e o proibido, para ordenar a conduta dos cidadãos, sem necessidade de penas. Poderíamos, ainda, acrescenta, supor a realização dos ideais positivistas, em que as pessoas cedessem seu lugar a meios terapêuticos e preventivos (8).

CARRARA já havia percebido que a penalidade é um aspecto accidental do delito. Ao examinar o problema da distinção entre os delitos mais ou menos odiosos e detestados, conclui acentuando:

“Para mim, encaro-a antes como uma verdadeira **impossibilidade**, do que como uma simples dificuldade, e, na verdade, não se pode usar aqui o critério accidental da pena” (9).

Depois de deixar explícito que concebe o delito como uma forma peculiar de ilicitude, KITZINGER acrescenta que esta ilicitude não é criada por nenhum preceito jurídico, mas exclusivamente pela punibilidade (10).

Sua tese foi examinada por ALEXANDER GRAF ZUDOHNA, que a analisa em seus pormenores, concluindo, porém, que as premissas focalizadas pelo autor da tese deveriam levá-lo a concluir que o motivo da punibilidade é a ilicitude, e não vice-versa, assinalando:

“Uma ação não é ilícita porque é punível, mas ela sofre uma pena quando é ilícita” (11).

(7) VILLALOBOS, Ignacio, ob. cit.

(8) *Ibidem*.

(9) Programa do Curso de Direito Criminal, Ed. Saraiva, trad. de JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI e J. R. PRESTES BARRA, 1956, Parte Geral, vol. I.

(10) O texto, em sua tradução espanhola, é o seguinte: “el bien que esta ilicitud no es creada por ningún precepto jurídico explícitamente concluyente; sólo es creada por y con la punibilidad y lejos de ir contra de ella o ser independiente de ella, la está ligada siempre del modo más estrecho, de modo que es por ella cubierta y pierde toda pretensión a una significación autónoma” (Apud DOHNA — La Ilcitud, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, pág. 12).

(11) Ob. cit., pág. 14.

Esse aspecto não passou despercebido a MARCELO CAETANO ao sublinhar que "o ato ilícito é o pressuposto da sanção" e esta "a ameaça de um mal para o caso de inobservância de um imperativo", enquanto que a efetivação do preceito sancionador pelo emprego da força constitui a coação (12).

Há autores que exageram ao definir o papel da sanção. NELSON DE SOUSA SAMPAIO chega a afirmar que "a idéia de direito se associa, e quase se identifica, à de sanção", daí por que entende que o direito penal é "o núcleo jurídico por excelência, onde a idéia do direito se representa da maneira mais palpável e eloqüente" (13).

Não obstante, o caráter sancionador é insuficiente para a caracterização da ilicitude. Busquemos, pois, conceituá-la doutro modo.

4 — O problema da conceituação

Segundo MAGGIORE, o delito (reato) pode ser definido em sentido formal (jurídico-dogmático) e em sentido real (ético-histórico). Na primeira acepção, chama-se delito **toda ação que ofende gravemente a ordem ético-jurídica e por isso merece aquela grave sanção que é a pena.** Em outras palavras: delito é um mal que deve ser retribuído com outro mal, para a reintegração da ordem ético-jurídica ofendida (14) (15).

A primeira definição é insuficiente, na medida em que termina por repetir no enunciado o seu próprio objeto. As ações puníveis são as castigadas nos termos da lei. E se se indaga quais as ações castigadas, a resposta seria: as ações puníveis.

Essa tautologia repete-se sempre que nos detemos no aspecto formal. DOHNA exemplifica com o art. 239 do Código Penal alemão, que diz:

"Aquele que, intencional e ilicitamente, encarcera um homem ou, de outro modo, o priva do uso de sua liberdade pessoal será castigado com reclusão."

Argumenta que o funcionário penitenciário que mantém recluso age conforme a descrição do tipo legal, com exceção da ilicitude. Daí que

(12) *Lições de Direito Penal*, pág. 10 — apud JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. I, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1964, pág. 2.

(13) Apud NELSON DE SOUSA SAMPAIO, "O indivíduo e o Direito Penal do Futuro", 1.ª parte, *Forum*, Ano VI, vol. XV, Fasc. 12, 1941, Tipografia Naval, Bahia, pág. 317.

(14) *Derecho Penal*, vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1964, pág. 252.

(15) O delito é também conceituado sob os sistemas formal e material e sintomático, mas predominam os dois critérios citados no texto. A propósito, ver GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penal*, Ed. Rev. dei Tribunali. Trad. de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e ALBERTO SILVA FRANCO, 1966, vol. I, pág. 209.

a resposta à indagação — quando a ação (no caso a privação da liberdade) é ilícita? — seria: quando é ilícita (16).

Em face dessa insuficiência, necessário que se passe a um exame intrínseco do delito, determinando-lhe o conteúdo.

Nesse aspecto, encontramos duas explicações. A primeira é baseada no relativismo histórico. Conceitua como delituosa toda ação que a consciência ética de um povo considera merecedora de pena em determinado momento histórico.

Contudo, como observa MAGGIORE, é preciso ter em conta que o relativismo histórico leva ao ceticismo moral. A concepção da consciência ética em termos de transformação absoluta cai na absoluta indiferença: tudo será bom ou mau, segundo o ponto de quem julga (17). Em face disso, conclui que uma definição substancial do delito somente é possível em termos jusnaturalistas, salientando, porém, que as definições geralmente consideram a ação delituosa como uma agressão que produz dano ou perigo às condições essenciais da vida ou da sociedade (18).

A solução de MAGGIORE é, entretanto, insatisfatória. A concepção de direito natural não fornece um fundamento adequado à ciência do direito. Ao longo da história das idéias, as doutrinas jusnaturalistas têm representado ideologias tanto revolucionárias como conservadoras (19), sendo possível, hoje, considerar o jusnaturalismo superado, como expressão pré-científica de fundamentação da ciência jurídica, em face das importantes descobertas da fenomenologia e da filosofia dos valores, da existência e da cultura (20).

Os membros da comissão redatora do Anteprojeto do Código Penal Mexicano, conforme observa CENICEROS Y GARRIDO, não conseguiram chegar a uma fórmula reveladora da verdadeira natureza do delito.

Já os positivistas afirmavam que o delito é um fato natural, conseqüente de fatores antropológicos, físicos e sociais. Contudo, não tentaram produzir uma definição que o caracterizasse com independência de toda a valoração legal. A deficiência foi percebida por GARÓFALO, que buscou uma noção de "delito natural", perdendo-se, entretanto, numa pesquisa mais lingüística que criminológica.

(16) *La Ilícitud*, pág. 11.

(17) *Direito Penal*, pág. 253.

(18) *Idem*, págs. 254 e 255. Desenvolvendo seu ponto de vista, o eminente panalista ensina que a ética perfeita é a cristã e a justiça perfeita é a do Evangelho. Conclui que, sob o aspecto ideal, "delito é todo ato que ofende gravemente a ordem ética e exige uma expiação através da pena" (págs. 255 e 257).

(19) Cf. A. L. MACHADO NETO — *Para uma Sociologia do Direito Natural*, Liv. Progresso Editora, Bahia, 1957, págs. 57 a 94, e *Sociologia Jurídica*, 3.ª ed., Saraiva, 1974, págs. 358 a 374.

(20) A. L. MACHADO NETO — *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 2.ª ed. rev. e aumentada, Ed. Saraiva, 1973, págs. 19 e 20.

GARÓFALO entendia que o verdadeiro delito, ou seja, a ação com conteúdo intrinsecamente delituoso, é o **delito natural**, ou, ainda, o delito não criado artificialmente pela lei; mas, ao contrário, reconhecido universalmente e conforme a reta razão a todos difundida (*recta ratio diffusa in omnes*). Na difícil tarefa de determinar o conteúdo universalista do direito natural, procurou caracterizá-lo como sendo a ofensa aos **sentimentos profundos e instintivos do homem sociável: tais seriam os sentimentos altruístas de benevolência e justiça ou de piedade e probidade** (21).

A dificuldade na conceituação de delito natural está em sua própria base: a essência do delito é resultante de uma valoração de certas condutas, segundo critérios de utilidade social, de justiça, de altruísmo, de ordem, de disciplina e da própria necessidade da convivência humana.

Entre nós, o saudoso MACHADO NETO acentua o caráter histórico-condicionado de uma definição de delito, convencido da inexistência de um critério universal da conceituação:

“Por isso, já que não há critério universal de conceituação do delito ou ilícito penal, o recurso de que nos podemos valer é o da conceituação dogmático-contingente, entendendo por delito ou ilícito penal a conduta que uma dada sociedade ou comunidade jurídica conceitua como tal, ao fazê-la condição da imputação de uma sanção penal: medida de segurança ou pena” (22).

Fica o problema: de um lado a escola histórica a reconhecer a impossibilidade de uma proposição formal provida de validade incondicional; de outro, o jusnaturalismo, que desconhece a condicionalidade empírica das legislações. Todavia, a solução para o oferecimento de um conceito de delito depende exatamente do preenchimento desses dois requisitos.

Dal que não têm sido poucas as tentativas frustradas para a elaboração de uma definição ontológica e não apenas lógico-formal de delito.

Embora difícil, o jurista não pode simplesmente demitir-se da tarefa, pois, como acentua MAGGIORE, “o jurista, se o é verdadeiramente, não pode deixar o legislador sem guia, à mercê de seu arbítrio, quando se trata de ditar normas punitivas. Seria ridículo que o remetesse ao professor de moral ou de sociologia para que este lhe ensinasse que é uma estultícia castigar os sonhos ou os pecados de pensamento, os animais ou as coisas, e que é uma iniquidade declarar responsáveis o louco e a criança, ou chamar os filhos para que respondam pelas culpas de seus pais. Condenar o jurista a semelhante agnosticismo, a esta espécie

(21) Para MAGGIORE, GARÓFALO entendeu mal a naturalidade do delito ao buscá-la no consentimento unânime dos povos, numa espécie de universalidade histórica, pois a materialidade e a universalidade verdadeiras são metas empíricas e metas históricas, vivem em um mundo ideal, no mundo do dever-ser (*Derecho Penal*, vol. I, Editora Temis, Bogotá, 1954, pág. 256).

(22) A. L. MACHADO NETO, ob. cit.

de impotência mental, seria arrebatado ao direito sua missão civilizadora, reduzi-lo a algo mais ridículo do que um jogo infantil" (23).

O tema foi também objeto das reflexões de DOHNA, que, nesse aspecto, trouxe valiosa contribuição à ciência do direito. Em resumo, seu método consiste em tomar em consideração que as instituições jurídicas não são apenas efeitos de causas, mas também aparecem como meios para fins. Daí a exigência de que os preceitos jurídicos sejam meios idôneos para fins justos, uma regulamentação adequada da convivência social. Tanto a norma como a conduta nela prevista só podem merecer o qualificativo de "justas" dentro desse princípio. Resulta, também, que uma conduta humana que apareça como fim idôneo para um fim justo não pode, de modo algum, infringir uma norma que, por seu turno, esteja objetivamente justificada.

A injustiça de um preceito jurídico permite apenas a constatação dessa injustiça, o que não impede a sua validade, pois só a modificação legislativa poderia despojar a forma legal de seu conteúdo injusto e dar aos preceitos verdadeiramente justos a necessária vigência.

Como visto, o jurista alemão não nos oferece exatamente uma definição do ilícito, mas um método seguro para enfrentar a questão proposta e que pode ser aplicado a situações concretas, como está demonstrado na segunda parte da citada monografia.

5 — O ilícito na Teoria Geral do Direito

Para a exata caracterização do ilícito, torna-se necessário situá-lo na Teoria Geral do Direito, onde vamos encontrar seu fundamento na noção de fato jurídico.

Nem todo acontecimento pode ser caracterizado como fato jurídico. Há alguns fatos naturais indiferentes ao direito. Caracteriza-se como fato jurídico "o acontecimento humano ou natural a cuja realização a norma enlaça, por imputação, direitos subjetivos e deveres jurídicos" (24). Tais acontecimentos têm como consequência a aquisição, conservação, transferência, modificação ou extinção dos direitos subjetivos.

A expressão "fatos jurídicos" compreende não só os fatos naturais, como também os atos humanos. É verdade que correntemente a expressão, desacompanhada de qualificativo, é utilizada para conceituar as ocorrências naturais, raramente se empregando no sentido genérico, que compreende todos os atos jurídicos (25).

(23) Ob. cit., págs. 252 e 253.

(24) A. L. MACHADO NETO — *Teoria Geral do Direito*, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1966, pág. 120.

(25) ORLANDO GOMES — *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1967, pág. 73.

Temos, portanto, que os fatos jurídicos são uma categoria geral que abrange os fatos jurídicos propriamente ditos, muitas vezes qualificados de fatos naturais ou involuntários e atos jurídicos decorrentes da vontade. Por sua vez, esses costumam ser subdivididos em acontecimentos extraordinários, como o caso fortuito e a força maior.

Já os atos jurídicos (26) (27) podem ser subdivididos em ilícitos e lícitos. Os primeiros subdividem-se em penais e não penais (civis, administrativos e processuais). Os atos lícitos subdividem-se, ainda, em atos jurídicos e negócios jurídicos, conforme envolvam apenas manifestações de vontade ou impliquem declarações de vontade (28).

Entre nós, não se identificam as expressões delito e ilícito penal, pois é utilizada a expressão delito civil (29).

A teoria tradicional concebia o ilícito como algo externo ao direito, ou melhor, como o antidireito. Os imperativistas não poderiam admitir como jurídica a conduta oposta ao comando normativo. Do mesmo modo, o jusnaturalismo e o sociologismo não atribuíram caráter jurídico ao oposto pela lei natural ou aos padrões culturais acatados pela sociedade.

Coube a KELSEN trazê-lo para o interior do sistema jurídico, ao conceber o fato ilícito como a condição da sanção:

“Para a teoria tradicional — escreve KELSEN — o fato ilícito é uma violação ou uma negação do direito, um fato contrário ao direito que se encontra, portanto, fora do direito. O fato ilícito não pode, entretanto, tornar-se um objeto da ciência jurídica, a menos que ela veja nele um elemento do direito, um fato determinado pelo direito, ou seja, a condição de uma consequência determinada pelo direito. Definindo o fato ilícito como condição da sanção, a teoria pura o introduz no próprio interior do sistema do direito” (30).

A teoria pura, contudo, realçou apenas o aspecto patológico do jurídico, tornando a ilicitude verdadeira condição para o ingresso no mundo jurídico, já que considerava a norma um juízo hipotético ou condicional, expressável da seguinte forma: “dada a não-prestação deve ser a sanção”.

(26) Observe-se que, para a Teoria Ecológica, não há conduta indiferente ao direito, de modo que todos os atos são, necessariamente, jurídicos (cf. ANTÔNIO CARLOS A. OLIVEIRA — *Problemas de Teoria Geral do Direito, Legislação e Jurisprudência Fiscal*, Bahia, págs. 47 e 48).

(27) Para VICENTE RAO, só de modo impróprio pode o ilícito ser qualificado como ato jurídico, “porque não consiste em ato de exercício da autonomia privada, dispositiva e perceptiva da vontade, destinado a criar, praticar, alterar ou extinguir direitos, de conformidade com o ordenamento jurídico” (*Ato Jurídico*, Max. Limonad, S. Paulo, pág. 25).

(28) Observa ORLANDO GOMES que a noção de negócio jurídico não se identifica com a de declaração, podendo, também, consistir numa atuação ou mero comportamento omissivo (*Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1967, pág. 91).

(29) Cf. ORLANDO GOMES — *Obrigações*, cap. 26.

(30) Apud A. L. MACHADO NETO, ob. cit., pág. 184.

A diferença fundamental da teoria pura para a teoria egológica, elaborada pelo jusfilósofo argentino CARLOS COSSIO, reside, exatamente, nesse aspecto fundamental: enquanto KELSEN concebia o **ilícito** e a **sanção** como os modos essenciais do direito, COSSIO consegue ampliá-los, abrangendo também a **faculdade** e a **prestação**. Para tanto, descreve a norma jurídica como um juízo disjuntivo, nos seguintes termos: dado o fato temporal deve ser a prestação, ou, dada a não-prestação deve ser a sanção.

O ilícito equivale à não-prestação e consiste na negação da conduta devida como dever jurídico enunciado na primeira parte do juízo disjuntivo, segundo COSSIO. Trata-se de conceito puro que abrange os ilícitos civil e penal.

Também ORLANDO GOMES faz a distinção de um conceito mais amplo, que caracteriza como sendo o ato **antijurídico**, da compreensão mais restrita do termo **ilícito**, reservado para a hipótese em que o sujeito ativo tem consciência da ilicitude de seu ato:

“A ação contrária do Direito pode ser praticada sem que o agente saiba que está agindo ilicitamente. Não obstante, o ato que pratica não é ato ilícito, apesar de sua natureza antijurídica. Pouco importa que a lei imponha uma sanção ao transgressor, mesmo que seja equivalente à que sofreria quem agisse com pleno conhecimento de causa. Substancialmente, o ato não será ilícito. Para que assim se apresente, é preciso que a infração seja cometida, tendo o infrator conhecimento da natureza ilícita do ato. Exige-se, numa palavra, que tenha culpa. Desse modo, a antijuridicidade subjetiva é que constitui o ato ilícito” (31).

Temos que, na aparente divergência (32) na essência concordam o eminente civilista e os seguidores da Teoria Ecológica, na medida em que admitem um conceito genérico que abarca os ilícitos civil e penal.

6 — Distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal

Muitas são as teorias que tentam estabelecer critérios distintivos entre os ilícitos civil e penal. Entretanto, a maioria dos autores concorda que inexistente uma separação ontológica, encarregando-se o legislador de fazer uso de um critério de oportunidade, de acordo com os valores

(31) ORLANDO GOMES — *Introdução ao Direito Civil, Forense*, pág. 368. Ver também, do mesmo autor, *Obrigações, Forense*, cap. 28.

(32) A Teoria Ecológica não abriga o termo “antijurídico”, em face da impossibilidade de violação da norma jurídica: “Não existe, assim, violação da norma jurídica, nem da ordem jurídica, como não existe infrator da norma. Se o sujeito passivo cumprir o dever jurídico, realiza-se a conduta mencionada na perinorma, devendo ser sancionada, e, em sendo sancionada, cumpriu-se a norma” (ANTÔNIO CARLOS A. OLIVEIRA, *ob. cit.*, págs. 47 e 48).

vigentes, a indicar as ofensas mais graves, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais. A essas seriam reservadas sanções penais (33).

Entendia HEGEL que o divisor de águas estaria em que o fato **antijurídico doloso** importa a **necessidade lógica da SANÇÃO PENAL, não constituindo, jamais, ilícito puramente civil**. Acrescentava, ainda, que no ilícito civil ocorreria violação exclusivamente do direito privado, enquanto se discutisse o "teu" e o "meu", sem desconhecer o direito como tal, em sua universalidade; já no ilícito penal, seria imanente a vontade de ofender o direito. O critério não satisfaz. De um lado, fatos antijurídicos dolosos são submetidos à sanção civil e, de outro, ilícitos meramente culposos podem ser punidos com uma pena.

Nessa linha de pensamento, destacam MAZEAUD e MAZEAUD a defesa da sociedade como principal finalidade da pena. Determinado ato deve ser reprimido, abstraindo-se o fato de ser ou não o agente normalmente responsável. Outras vezes, na dosagem da pena, toma-se em consideração o resultado do ato, ao lado da culpabilidade do agente. Nesse aspecto, observam que, ao lado da pena, as legislações penais modernas admitem as medidas de segurança. Enquanto isso, na responsabilidade civil, supõe-se apenas o prejuízo privado. A vítima não é a sociedade, mas um particular.

É também esse o entendimento de ORLANDO GOMES, para quem, todavia, no fundo, a distinção resume-se a uma questão de avaliação, pois o mesmo fato contrário ao direito pode constituir, simultaneamente, crime e ato ilícito (34).

Para AHRENS, a distinção estaria no modo como se realiza a lesão do direito: no ilícito penal, ela é cometida diretamente contra o estado de direito, enquanto no ilícito civil é indireta, revestindo formas legais. O critério é insuficiente. Como acentua HUNGRIA, nesta última hipótese, "por mais que se dissimule nos refochos de um contrato, nem por isso deixa de ser menos direta a lesão do estado de direito" (35).

TEIXEIRA DE FREITAS teve oportunidade de focalizar o problema, distinguindo os ilícitos apenas pelo seu aspecto extrínseco:

"A palavra delito, na sua acepção ampla, significa toda a violação de direitos; em sua significação menos ampla, significa

(33) Entre nós, HUNGRIA admite que o legislador usa um critério de oportunidade, só recorrendo à pena quando a conservação da ordem jurídica não possa vir a ser obtida com outros meios de reação, conforme lição de BINDING (*Comentários ao Código Penal*, vol. I, Tomo II, Forense, Rio, págs. 29 e segs.). No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA também ensina inexistir distinção ontológica entre elas, tratando-se de um problema valorativo. Cabe ao legislador indicar as ofensas mais graves, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais, reservando para essas a sanção penal (*Direito Penal*, vol. I, pág. 121).

Na doutrina estrangeira, MAGGIORE reconhece: a distinção não é intrínseca ou substancial, mas extrínseca e legal (*Derecho Penal*, vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1954, pág. 262).

(34) *Obrigações — Forense*, pág. 360.

(35) HUNGRIA, *ob. cit.*, págs. 29 e segs.

toda violação de direitos com intenção malévola; em significação restrita, significa toda a ação ou omissão voluntária contrária à lei penal. Sem restringir-se à significação da palavra delito, não seria possível traçar-se a linha de separação entre o direito civil e o direito criminal. A primeira aceção é amplíssima. Confrontada com as duas que seguem em escala descendente, serve para, no direito civil, extremar as obrigações **ex delicto** de todas as outras obrigações dos contratos e quase-contratos. As outras duas aceções separam o direito civil do direito criminal. O direito civil trata somente do delito pelo lado da reparação do dano causado, ou o delito seja reprimido pela legislação penal, ou não seja. Se há uma pena decretada pela lei penal, o delito é de direito criminal” (36).

Muito lembrado é o critério estabelecido por UNGER, para quem o ilícito civil corresponde à violação do direito subjetivo (*facultas agendi*); já o ilícito penal seria a violação do direito objetivo ou da ordem jurídica em si (*norma agendi*). A crítica de MERKEL é irresponsável: a distinção não satisfaz, pois direito objetivo e subjetivo são dois aspectos de uma mesma realidade. Além disso — acrescenta MANZINI — às vezes um ilícito que conceitualmente poderia continuar exclusivamente civil, torna-se também penal, pela consideração política da importância do direito individual ofendido. Entendia esse autor que a separação dos ilícitos deveria fazer-se segundo a natureza positiva ou negativa de cada um. Assim, o ilícito civil estaria circunscrito ao **ilícito puramente negativo**, sendo **possível e suficiente a execução forçada e direta** ou o **simples constrangimento à reparação**. Por seu turno, o ilícito penal seria positivo e teria um **quid pluris** no seu elemento interno, que o **desprezo do direito**, que deve corresponder a um **quid pluris**, na reação pela pena. HUNGRIA torna evidente a insuficiência do critério apontado: de um lado, encontramos delitos penais de pura omissão e delitos civis mediante comissão; de outro, também no ilícito negativo, verifica-se o desprezo do direito.

O ilícito penal produziria um perigo social, mediato ou indireto, consistente na possibilidade da ocorrência de novos crimes para o futuro: eis o critério de ROCCO. Entretanto, não soluciona o problema em questão, pois a reiteração dos ilícitos civis, com menor intensidade, traria perigo idêntico.

De modo semelhante, FRANCESCO RICCI ensina que o ilícito penal ofende o interesse social, enquanto no ilícito civil a ofensa não vai além do direito individual. Acrescenta que pode ocorrer ofensa ao direito da sociedade, sem que seja perturbado o direito do indivíduo, e pode dar-se a ofensa ao direito do particular, sem que ocorra perturbação à ordem

(36) Apud VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO — *Crime-Dano-Reparação*, Emp. Gráfica Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1934, pág. 13.

social. Conclui, então, que é possível haver o delito penal sem o delito civil, e vice-versa (87).

O mesmo MANZINI parece reconhecer a impossibilidade de um critério puramente lógico para a classificação dos ilícitos. Para ele, o problema é uma questão de política penal. Quando o órgão legislativo percebe que, além de um interesse privado, há um interesse público efetivo a tutelar e que tal interesse exige proteção mais eficaz, ocorre a incriminação. Observa, ainda, que o critério político deixa um fato doloso ou culposo apenas na esfera do direito privado, ou porque é insignificante o interesse lesionado, ou porque o dano é facilmente ressarcível, ou porque, ainda sendo irreparável, impõe-se ao particular uma diligência especial em prover seus negócios, como ocorre em matéria comercial, ou porque o castigo poderia ocasionar maior dano que a impunidade, como o furto entre parentes próximos.

De modo semelhante, outros autores, como KORKONOV, STAHL, VENEZIAN, CARRARA, BRUNETTI buscaram o delineamento dos traços identificadores do delito civil e do delito penal.

Em resumo, cremos que a matéria pode ser sistematizada, enfocando-a sob os seguintes prismas:

No plano formal:

- a) o ilícito penal é, necessariamente, um fato típico e o civil atípico;
- b) no Direito Penal, a punibilidade do ato culposo é exceção;
- c) o Direito Civil desconhece as figuras penais da preterintencionalidade e da tentativa. Como esclarece SAVIGNY, o conceito de dolo civil esgota-se na vontade de cometer uma violação de direito, não sendo necessário querer ou mesmo prever o resultado nocivo (88);
- d) o comportamento humano ilícito é sempre pressuposto da responsabilidade penal, mesmo objetiva. Já o ilícito civil, embora seja a mais importante, não é a única fonte ou causa da responsabilidade, eis que a responsabilidade civil nem sempre depende da culpa;
- e) no ilícito civil, a menoridade não é, em si, uma causa de irresponsabilidade.

No plano subjetivo:

- a) no dolo civil, basta a vontade de violar o direito alheio. No dolo penal, o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo;

(87) Corso Teorico Pratico de Diritto Civile, vol. 6.º, Unione Tipografico — Editrice Formosa, Torino.

(88) Apud LUIZ CARLOS GOMES — Ilícito Civil e Ilícito Penal, Rev. Forense, 186/29.

b) quanto à culpa, ambos os ilícitos exigem a previsibilidade. No ilícito penal, todavia, além de exigir-se o advento de fato típico, deve ser aferida em relação às circunstâncias do caso concreto e às condições pessoais do agente. No ilícito civil, tal conceito é impessoal e abstrato ⁽³⁹⁾;

c) admite-se, tanto no dolo como na culpa penais, a não-exigibilidade de conduta diversa com o caráter geral de exclusão de culpabilidade. No ato ilícito civil, tal pressuposto é desconhecido.

No plano objetivo:

a) além da inexecução de dever, no ilícito civil exige-se a consequente violação de direito alheio. Tal não ocorre no ilícito penal, no que tange, p. ex., aos crimes formais e de perigo ⁽⁴⁰⁾;

b) o cumprimento da obrigação civil, em regra, não extingue o ilícito penal, salvo exceções, como a hipótese do art. 312, § 3º, do Código Penal, o pagamento de cheque sem fundos antes do oferecimento da denúncia (Súmula nº 554 do STF), o pagamento do tributo devido, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67, inclusive quanto ao crime de contrabando ou descaminho (Súmula nº 560 do STF) ⁽⁴¹⁾;

c) nota-se, afinal, certa falta de simetria entre os ilícitos. A culpa da vítima, no Direito Penal, pode influir apenas na gradação da pena.

Em conclusão, observa-se que os critérios apresentados não pretendem fazer uma diferenciação ontológica entre o ilícito civil e o ilícito penal, cuja conceituação está subordinada à experiência cultural de cada povo.

Como bem observa MAGGIORE, a distinção entre as duas espécies de delito não é intrínseca ou substancial, mas extrínseca e legal, cabendo

(39) Como destaca ANIBAL BRUNO, o conceito penal de culpa é uma referência pessoal do próprio agente para o resultado, enquanto o civil é impessoal e abstrato e reporta-se ao homem normal, avisado e prudente, admitindo, embora, uma retificação personalizante (Direito Penal, vol. 1, Tomo 2, pág. 60).

(40) Do mesmo modo que inúmeros delitos civis não constituem infração penal, muitos atos considerados criminosos não constituem ilícitos civis, deixando de acarretar, pois, uma obrigação de indenizar. Em tais situações, como lembram COLIN e CAPITANT, o interesse social exige que tais fatos sejam reprimidos por uma penalidade, mas nenhum interesse individual ofendido pode constituir a base de um pedido de reparação civil (Traité de Droit Civil, refondu par JULLIOT DE LA MORANDIERE, Tome II, Librairie Dalloz, Paris, 1952).

(41) Tal modalidade de extinção de punibilidade foi prevista, inicialmente, no art. 2º da Lei nº 4.729, de 14-7-65, que definiu os crimes de sonegação fiscal, nos seguintes termos: "Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta lei, quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria". Com a superveniência do Decreto-Lei nº 1.455/76, suscitou-se a dúvida quanto à revogação da Súmula nº 560 do STF. Entretanto, decisões reiteradas do Tribunal Federal de Recursos têm declarado a inocorrência dessa revogação (cf. R. Cr. nº 565-MT, in DJ de 19-9-76). Através do Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-76, pretendeu o Executivo excluir do âmbito dos crimes de contrabando ou descaminho a extinção de punibilidade prevista na Lei nº 4.729/65 e no Decreto-Lei nº 157/67. Entretanto, trata-se de norma flagrantemente inconstitucional, por exceder os limites do art. 55 e respectivos incisos da Constituição Federal em vigor.

ao legislador fazê-lo, segundo o dano objetivo, o alarma social, a reparabilidade ou a irreparabilidade, a forma de violação e da insuficiência de outras sanções estabelecendo uma pena ou outras sanções, como a nulidade, caducidade, revogação, rescisão, restituição, reparação e ressarcimento (42).

De modo semelhante, o jurista português BELEZA DOS SANTOS propugna um critério de distinção puramente pragmático. As sanções criminais só seriam aplicáveis quando as sanções civis se revelassem inaplicáveis — pela inexistência de interesses individuais civilmente avaliáveis — ou insuficientes — tendo em vista o alto valor dos interesses ofendidos. Tais sanções só deveriam ser aplicadas quando não ferissem o sentimento de justiça geral e os fatos ilícitos possuísem aquele mínimo de gravidade, que tornasse aconselhável a repercussão penal, isto é, quando possuísem “dignidade penal” (43).

O conceito lembra aquele que MANZINI elaborou para o próprio Direito Penal, como “o mínimo do mínimo ético”, partindo-se da tese de BENTHAM, para quem o direito refletiria o mínimo da moralidade indispensável.

O mesmo MANZINI observa que o progresso da civilização, se de um lado aumenta o número dos preceitos e das sanções penais, de outro, vem subtraindo à pena uma quantidade de fatos contrários ao direito privado, reservados somente à repressão civil (44).

A progressão crescente do civil sobre o penal não escapou a EMILE DURKHEIM, que dela fez uma lei sociológica quanto à evolução jurídica dos povos. Todavia, parece-nos que tal progressão não é retilínea, mas sujeita a eventuais recuos, na medida em que a política legislativa muitas vezes penaliza ilícitos até então considerados meramente civis.

Desde há muito, aliás, percebeu-se a impossibilidade de uma distinção ontológica entre ambos os ilícitos. É o caso, por exemplo, de BENTHAM, para quem a lei civil, no fundo, não é senão a lei penal considerada sob outro aspecto. De modo semelhante, CARNELUTTI via em ambos a “lesão de um interesse”, residindo a diferença menos no fato em si, do que na sanção. A propósito, acrescenta: “o mais curioso é que civilistas e penalistas, no estudarem respectivamente o negócio e o delito, vão cada qual por sua estrada, como se os dois tipos de atos jurídicos não fossem irmãos, ao menos enquanto irmãos... Abel e Caim” (45).

(42) Ob. cit., pág. 262.

(43) Apud EDUARDO CORREIA — *Direito Criminal*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1968, pág. 17.

(44) MANZINI, Vincenzo — *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 2, vol. II, Edit. Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.

(45) *Il Dano e il Reato*, 1930, pág. 90, apud V. CÉSAR DA SILVEIRA — *Tratado da Responsabilidade Criminal*, vol. I, Saraiva, 1955, pág. 310, nota 326.

Defesa social

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora Titular de Direito Penal e
de Direito Penitenciário da Faculdade
de Direito da Universidade Federal de
Goiás

SUMÁRIO

- 1 — *Noção geral*
- 2 — *Prevenção do delito: individual (ou particular) e geral; direta e indireta. Órgãos específicos para defesa social, ou programas próprios de diversos Ministérios (exclusivos ou interministeriais). Participação de toda a comunidade*
- 3 — *Colaboração entre os diversos países; cooperação da ONU*
- 4 — *Algumas considerações*

1 — A defesa social, nos últimos decênios do século XIX e primeiros do século XX, era uma das grandes preocupações da Escola Positiva de Direito Penal, criada e cultivada na Itália, donde se irradiou para outros países, adquirindo, em certo sentido, um cunho universal, não obstante as variações que veio a ter em um ou outro país. Essa defesa social, um de cujos instrumentos era a pena esvaziada do conteúdo ético-jurídico punitivo, consistia em defender a sociedade contra o delinqüente.

No conjunto dos conceitos e noções próprios do cientificismo da época, a sociedade seria a meta, a finalidade última do homem. O delinqüente era um inimigo contra o qual a sociedade politicamente organizada, isto é, o Estado, tinha o direito de se defender, com os meios eficazes, subordinados à denominação genérica de *tratamento*. Não se fazia distinção entre a natureza, as funções e as finalidades da pena, pretendendo-se eliminar a seu respeito quaisquer considerações filosóficas, ético-jurídicas (as quais, aliás, não eram percebidas por quem tomava posição no ponto de vista do cientificismo). Entendia-se, assim, que a pena devia ser um *tratamento*, com finalidade de reeducação, de recuperação social, de ressocialização do delinqüente, tornando-o útil à sociedade, ou, pelo menos, se isso não fosse possível, neutralizando-lhe as virtualidades para delinqüir; era a prevenção individual (ou particular) do delito. Esse tratamento, na exemplaridade da sua efetiva aplicação, tinha a finalidade de intimidar os delinqüentes em potencial, inibindo-os de praticar

fatos lesivos à sociedade; era a prevenção geral. A prevenção particular e a geral serviam à defesa social. O todo social seria paciente e beneficiário da defesa social.

Na evolução do pensamento, reconsiderando-se a noção ético-jurídica da pena, cuja natureza é retributiva do fato e punitiva do autor, tendo funções e finalidades éticas (principais) e utilitárias (acessórias), também foi reconhecida a noção de defesa social.

A partir de meados do século XX, a defesa social deixou de se restringir à luta da sociedade contra o delinqüente — atual ou potencial; deixou de ser apenas defesa da sociedade (do todo social) contra o delinqüente, para ser defesa da sociedade e cada um dos seus membros contra o delito (contra o risco de vir a cometer um delito ou de vir a ser vítima de delito).

Desse ponto de vista, o delinqüente não mais é enxergado como um indivíduo reduzido a elemento da massa social, contra o qual a sociedade (o todo social) tem de se defender, como de um inimigo, senão mesmo como simples força bruta que é preciso eliminar ou neutralizar. Desse ponto de vista, ele passou a ser enxergado como pessoa que é e não deixa de ser, continuando e devendo continuar a ter interações com as demais pessoas; em razão disso, a sociedade não é um todo massificado constituído por indivíduos que, na massificação, ficam sendo simples elementos, mas é um conjunto de pessoas que, não sendo meros indivíduos, porque têm uma componente ética, não perdem a sua individualidade, interagindo e intercomunicando-se, exercendo direitos e cumprindo deveres — tudo o que entretence o convívio social. A sociedade, conjunto de pessoas, já não é tão-só paciente de defesa social; cada pessoa deve ser, tanto quanto e como lhe é possível, agente também. Inclusive o delinqüente condenado que, enquanto submetido a pena, é dela paciente, deve fazer a sua parte, para não tornar a delinqüir — deve ser agente, também ele, da prevenção particular no que a ele mesmo diz respeito.

2 — A prevenção individual (particular ou especial) do delito é, em realidade, prevenção da reincidência; é prevenção direta *a posteriori*. Ela se insere no Direito Penal, no Direito Processual Penal e no Direito Penitenciário. Opera-se pela oportuna e adequada aplicação da pena, executada de modo e em demais circunstâncias tais (inclusive colaboração da comunidade, como hoje se entende) que sirvam ao condenado para que ele se disponha a fazer a sua parte a fim de não tornar a delinqüir. Esta prevenção age em relação aos tipos de delitos cometidos e seus autores.

A prevenção geral, como corolário da particular, é direta em relação aos delitos cometidos, a cujos autores a pena foi oportuna e adequadamente aplicada e, bem assim, executada. Essa forma de prevenção se opera pela força inibidora do Direito Penal, na advertência exercida pela cominação da pena e, principalmente, na exemplaridade da sua aplicação e da sua execução. Enquanto a prevenção particular é sempre posterior a um crime já cometido e, tomada a expressão em sentido estrito, visa a impedir que o respectivo autor venha a praticar outro fato da mesma espécie criminosa ou, tomada em sentido lato, impedir que venha a praticar qualquer fato de qualquer espécie criminosa, o mesmo não ocorre com a prevenção geral. A prevenção geral, quando exercida pela força inibidora do Direito Penal, é prevenção no pleno sentido da

palavra, em relação às pessoas que têm potencialidade para delinquir, as quais, porém, em razão dela, deixam de se tornar delinquentes porque, inibidas (ou intimidadas), não praticam os fatos que configurariam crimes. Em relação aos crimes, no entanto, o sentido é flexível. Com efeito, *prevenção* quer dizer ato ou efeito de prevenir; *prevenir* quer dizer (no que interessa a este artigo) dispor de modo que se evite um dano ou um mal, impedir que se faça (que se pratique, que se realize ou cometa), atalhar. A prevenção geral do delito devida à força do Direito Penal visa a impedir que venham a ser praticados fatos que, já anteriormente praticados, causando dano ou perigo para outrem, vieram a ser tipificados como crimes: visa a atalhar a prática de semelhantes fatos, o cometimento de semelhantes crimes — impedir a sua repetição por quem quer que seja.

Todavia, uma outra forma de prevenção geral, direta, do delito é feita com apoio em normas administrativas, configurando diversas atividades policiais, tais como as de manutenção da ordem pública e as da disciplina e fiscalização do trânsito. É tido como certo que é, por si, eficiente fator de prevenção a presença ostensiva de agentes da Polícia nas vias públicas e logradouros e em locais cujas circunstâncias — v. g., escassa iluminação, existência de grandes quantidades de bens materiais (dinheiro, jóias, outras coisas de elevado valor e preço), aglomerações de pessoas, certas festas, em que costumam ser ingeridas bebidas alcoólicas, certas localidades de fronteira entre países — seriam propícias para o cometimento de crimes. Esta forma de prevenção, que se opera antes que sejam praticados fatos configurativos de delitos, é direta, pois que traduz a atividade policial ou de outro modo administrativa, que tem como finalidade impedir que sejam praticados fatos que configurem delitos — sejam eles os previstos como possíveis senão prováveis naquelas circunstâncias de lugar, tempo etc., ou sejam indistintamente quaisquer delitos.

A par dessas formas de prevenção direta, há outra forma, que pode assumir modalidades e configurações diversas: é a prevenção indireta *a priori*. Assim como a expressão prevenção *a posteriori* pode parecer um paradoxo, e se verifica que realmente o é só aparentemente, assim também a expressão prevenção *a priori* pode parecer um pleonismo; poder-se-á verificar que, em realidade, não o é. Com efeito, as atividades e medidas que constituem essa forma de prevenção não miram a impedir a prática de fatos-delitos; provavelmente, esses fatos não vêm sequer à mente de quem planeja e executa as atividades. Essas atividades são planejadas e executadas para melhorar as condições de vida, o que inclui solução ou mesmo eliminação de problemas e dificuldades que afligem as pessoas, as famílias, os grupos e as comunidades, como também possibilidades para as pessoas realizarem suas aspirações, progredindo profissional, econômica, social e culturalmente, e terem adequados lazeres para aliviar as tensões físicas e psíquicas próprias do dia-a-dia. Alcançada essa múltipla finalidade dessas atividades, as satisfações advindas propiciam (ou devem propiciar) tranqüilidade e bem-estar pessoal e social, tudo o que age sobre os estímulos da agressividade; isto é, ora elimina ou neutraliza estímulos de agressividade dirigida à prática de fatos lesivos a outrem, ora os canaliza para a prática de fatos de valor humano positivo.

Essa forma de prevenção indireta *a priori* vem sendo preconizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em documentos de trabalho e outros,

bem como o tem sido em reuniões e congressos seus, sobre prevenção do delito e tratamento dos delinquentes.

Os órgãos competentes da ONU têm procurado, pelos meios recém-mencionados, persuadir os países a terem, entre os da respectiva administração central, um órgão especificamente destinado à defesa social, notadamente a indireta *a priori*. Os países têm-se demonstrado hesitantes quanto à criação de semelhante órgão. Há, porém, aqueles que têm procurado atender aos apelos.

Para dar um exemplo desses: a Venezuela, incluindo a defesa social no contexto do desenvolvimento social, criou, pelo Decreto nº 241, de 11-3-1970, a "Dirección de Prevención del Delito", como "unidade executiva" do Ministério da Justiça. As atividades desse órgão são as mais variadas. Dentre elas, podem ser lembradas aqui, a título ilustrativo: programas de lazer (esportes; brinquedos; danças, cantos e música instrumental populares; teatro, competições artísticas etc.) para crianças, jovens e adultos; programas de orientação do público para a sua participação na prevenção do delito, à luz do dístico "La prevención del delito es obra de todos"; programas de combate ao alcoolismo e outros de combate às drogas, incluindo estímulos para o trabalho, cuidados com a própria saúde, relacionamento familiar e bem-estar doméstico; promoção de fontes de emprego na comunidade e incentivo à indústria familiar; busca de bandos, "pandillas" e organizações de caráter anti-social, visando a dar-lhes orientação e tratamento em grupo; criação de "núcleos" da comunidade, destinados a influir beneficentemente na mesma comunidade e, com programas específicos, colaborar com os programas ministeriais genéricos; programas destinados a desenvolver o senso de dignidade pessoal e de responsabilidade social, bem como o dos valores que fortalecem a vida familiar, comunitária e nacional, no estrito cumprimento das leis que protegem a família e o menor; estímulos à criação de creches e jardins da infância, atendidos por adultos da comunidade; utilização dos meios de comunicação social, para alcançar todo o público, e análise das programações difundidas por esses meios etc. Nos textos dos programas e projetos se percebe que a prevenção que se busca fazer nem sempre é indireta; percebe-se também que, a par da preocupação, manifestada em atividades próprias, quanto a impedir que as pessoas venham a cometer delitos, está a preocupação, por sua vez manifestada em atividades próprias e sugestões de precauções, quanto a impedir que as pessoas venham a ser vítimas de delitos.

Outros países têm preferido não enfeixar tantas atividades aparentemente (em alguns casos intrinsecamente) díspares, em um único órgão. Nesse caso, os programas e projetos, com suas atividades e realizações, permanecem nos Ministérios próprios, tendo, às vezes, caráter interministerial; servindo eles à prevenção indireta *a priori*, não há nos seus textos, nem se usa a respeito deles, menção a essa função preventiva do delito. Com efeito, as atividades e realizações parecem mais eficientes quanto a todas as suas funções e finalidades, inclusive, pois, a de prevenção indireta *a priori*, se não se faz essa menção.

Entre esses países está o Brasil. Realmente, existem nos diversos Ministérios, órgãos e entidades autárquicas com programas e projetos destinados a melhorar as condições de vida, promover as pessoas (profissional, econômica, cultural e socialmente), fortificar a família, atender as comunidades etc. Do vasto

elenco desses órgãos e entidades, com seus programas, projetos e atividades, basta registrar aqui, a título ilustrativo, alguns deles:

– No Ministério do Trabalho:

- Secretaria de Mão-de-Obra (SMO), cujos programas visam à formação profissional, incluindo estudo, coordenação, supervisão etc. das respectivas atividades, tendo em vista o mercado de trabalho.
- Secretaria de Relações do Trabalho (SRT), que tem, entre as suas atribuições, a segurança, a higiene e a medicina do trabalho.
- Serviço Nacional de Formação Profissional Rural (SENAR), com cujas atividades se visa, como decorrência de melhor capacitação para o trabalho, melhorar as condições de vida do homem do campo.
- Vinculados ao MTb, o Serviço Social da Indústria (SESI) e o Serviço Social do Comércio (SESC), com programas, projetos e atividades próprios do Serviço Social, alcançando pessoas individualmente, famílias, grupos, comunidades, em áreas diversas, como v.g.: problemas pessoais, familiares, grupais, comunitários; problemas e dificuldades concernentes ao trabalho; lazeres (programas de recreação, de arte, de entretenimento cultural, de férias) etc.

– No Ministério da Agricultura:

- Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER); é uma empresa pública, destinada a colaborar com o Ministério, no tocante à política de assistência técnica e extensão rural, mediante programas adequados, de cuja execução resultem melhoramentos para o homem do campo, quanto aos seus conhecimentos, bem como suas condições econômicas e sociais, melhorando também seus hábitos de alimentação e estilo de vida.

– No Ministério do Interior:

- Fundação Projeto Rondon, que já foi simplesmente Projeto Rondon; surgiu em 1967, como movimento espontâneo de um pequeno grupo de professores e estudantes universitários. Hoje, como pessoa jurídica de direito privado, vinculada ao Ministério do Interior, “tem por finalidade precípua, no campo do desenvolvimento nacional, a integração do universitário e universidades às comunidades e especificamente o que preceitua o art. 1º e § 2º da lei da sua criação” (Portaria-GM nº 289, de 21-6-1979, art. 1º). Rezam os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 6.310, de 15-12-1975, que “Autoriza a instituição da Fundação Projeto Rondon (...):

§ 1º – A Fundação, vinculada ao Ministério do Interior, terá como finalidade motivar a participação voluntária da juventude estudantil no processo do desenvolvimento, da integração nacional e da valorização do homem, em cooperação com o Ministério da Educação e Cultura.

§ 2º — Para o atendimento da finalidade estabelecida no parágrafo anterior, a Fundação terá como objetivo:

I — no campo do desenvolvimento e da integração nacional:

- a) colaborar com o Ministério da Educação e Cultura na organização, implantação e coordenação de estágios de estudantes, no interior do País;
- b) colaborar na execução da política de integração nacional, em consonância com os planos de desenvolvimento;
- c) promover ou participar de programas de desenvolvimento comunitário com as populações interioranas;

II — no campo do mercado de trabalho e mão-de-obra:

- a) promover, com os estágios de universitários, o conhecimento das condições do interior do País, abrindo perspectivas para a interiorização e fixação de técnicas de nível superior nas áreas em que atuarem;
- b) desenvolver, junto às populações carentes, o treinamento especializado de nível médio, incentivando o mercado de trabalho e o aprimoramento da mão-de-obra qualificada;
- c) promover, juntamente com os órgãos especializados, a abertura de novos mercados de trabalho;
- d) promover a interiorização de técnicos em áreas menos desenvolvidas do território nacional;

III — no campo da pesquisa e preparação de recursos humanos:

- a) contribuir para a promoção, coordenação e realização de pesquisas voltadas para o conhecimento da realidade nacional;
- b) contribuir para a preparação dos recursos humanos necessários ao desenvolvimento.”

Passados treze anos, desde que o grupo pioneiro, indo passar as férias em Rondônia, lá chegando resolveu ajudar a população daquele Território, até agora, a evolução, com as modificações e acréscimos oportunos, tem feito expandir as atividades da hoje Fundação Projeto Rondon. Através desses treze anos, o número de estudantes que se têm inscrito e prestado a sua colaboração vem crescendo, de ano para ano, já totalizando algumas centenas de milhares. A Fundação Projeto Rondon, pelas suas origens, sua configuração, suas finalidades e atividades, metodologia e resultados alcançados, já foi reconhecida como “um movimento singular, único no mundo”.

— Atividade interministerial — Ministérios da Saúde, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho, da Educação e Cultura, e da Agricultura — Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (PRONAN):

— O PRONAN, programa genérico, inclui diversos programas específicos, uns concernentes ao melhoramento da alimentação da população

carente em geral e das gestantes, nutrizes e crianças de 0 a 6 anos e de 7 a 14; outros, visando dar apoio ao pequeno produtor, mediante assistência técnica, fortalecimento das cooperativas existentes e criação de outras, crédito bancário e comercialização da produção.

São esses alguns exemplos ilustrativos dentre os órgãos e entidades, integrantes de Ministérios ou a eles vinculados, em cujos objetivos de melhoramento destes ou daqueles aspectos da vida (respeito à mesma vida, desenvolvimento do senso de liberdade e de responsabilidade, alimentação, saúde, instrução, moradia, capacitação profissional e condições de trabalho, propriedade etc.) está implícito "defender a sociedade e cada um dos seus membros contra o crime" (contra o risco ou a possibilidade de vir a cometer um crime ou de vir a ser vítima de crime).

A grande tarefa de defesa social, de tão múltiplas facetas, não pode ficar adstrita a órgãos governamentais e entidades a eles vinculadas. Toda a comunidade nacional deve participar dela, principalmente daqueles programas que, destinados a melhorar as condições de vida, tendem a eliminar, *ipso facto*, insatisfações que estimulam a agressividade, frustrações que aguçam ambições desordenadas, e fatores de conflitos — isto é, constituem defesa social indireta *a priori*. É muito aconselhável que as comunidades regionais e locais tenham seus próprios programas, acessórios ou complementares dos projetos e programas de cunho federal ou nacional.

3 — Contudo, por mais e melhor que cada país faça, no seu âmbito interno, não é suficiente. Na época atual, a eficiência e a rapidez dos meios de comunicação e de transporte contribui de modo decisivo para que tendam a deixar de existir as características que distinguem os povos uns dos outros, desapareçam as diferenças dos usos, costumes e *mores*, se esqueçam as tradições, substituídas por novidades propagadas similarmente em todos os países (*).

Essas mudanças, assim induzidas, com ou sem interesses ocultos, podem causar perplexidades e provocar perturbações da consciência e do entendimento, com inerentes insatisfações; tudo isso se opõe aos esforços feitos internamente, para, melhorando as condições de vida, eliminar, *ipso facto*, fatores que podem constituir estímulos para o crime.

As mesmas eficácia e rapidez dos meios de comunicação e de transporte fazem com que o *inter criminis* possa transpor velozmente as fronteiras, como se as não houvesse; já não constitui mais exceção mas é freqüente que o mesmo fato, devido a um ou mais autores, interesse a dois ou mais países. O fenômeno da criminalidade, genericamente como em aspectos específicos, com a nova gravidade que lhe é possibilitada pelos progressos da ciência e da técnica e pelo aperfeiçoamento dos respectivos instrumentos, não conhece fronteiras nem distâncias oceânicas.

Daí a necessidade sentida de cooperação entre os países que têm realidades e problemas semelhantes. Um dos problemas é, sem dúvida, o do comprome-

(*) É muito significativo que tenham surgido, cá e lá, entidades destinadas a cultivar, reavivando, as tradições; só há necessidade de cultivar reavivando o que já não pode viver espontaneamente e está ameaçado de extinção.

timento dos valores culturais que, entretecendo as tradições, são por elas refletidos. Mais semelhante é o problema, se os valores comprometidos também forem semelhantes. Realidades e problemas semelhantes, entretanto, podem também significar carências de ordens diversas e crimes desta ou daquela natureza.

Essa cooperação, acordada e realizada em consonância com as normas do Direito Internacional Público, tem por objeto e por objetivo a prevenção direta e a indireta de crimes de uma só natureza ou de mais de uma, como, por exemplo, os concernentes a drogas, os de contrabando e descaminho, os de tráfico de mulheres e outros, e aqueles que, com uns e outros desses puderem estar ou estejam em concurso. A cooperação em termos estritos de Polícia, em regra direta, há muito que se faz; existe mesmo, como se sabe, uma Polícia Internacional, com representação nos países. Trata-se, agora, de cooperação mais ampla, não se restringindo à prevenção direta de crimes, havendo de ser também indireta, e ampliando-se para incluir o controle da criminalidade. Para maior eficácia de semelhante cooperação, é aconselhável que a atividade desenvolvida seja interdisciplinar.

A ONU, no intuito de colaborar com os países e, ao mesmo tempo, encorajar os de uma mesma região a colaborar entre si, criou *institutos*, adequadamente sediados nos continentes. Assim, o Instituto para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, de Fuchu, Japão, para os países da Ásia e do Extremo Oriente; o Instituto de Defesa Social, do Cairo, para os países da África; o Instituto Latino-Americano para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD), sediado em São José da Costa Rica (**).

Entre outras atividades atinentes às suas finalidades, esses institutos realizam reuniões de especialistas dos países da região, para examinar as realidades e os problemas relacionados com a defesa social, com a prevenção do delito e o tratamento dos delinqüentes, e achar as possíveis soluções; concluindo os trabalhos das reuniões, são feitas sugestões muito genéricas para que, à sua luz, os países da região possam — cada um individualmente, dois ou mais em pequenos grupos, ou todos da região — elaborar as próprias soluções, com os meios adequados de que disponham.

Tais reuniões também constituem oportunidade para intercâmbio de informações que os especialistas trazem de seus países, a respeito do que, conforme as sugestões anteriores, tenha sido posto em prática. Se os representantes de um ou outro país só “contam vantagens”, outros referem, com objetividade, os prós e os contras da experiência, as dificuldades encontradas, os problemas surgidos e os meios usados para a sua solução, os êxitos e os malogros e as possíveis causas dos malogros. Naquele caso, nada se aproveita, é bem de ver; nesse, porém, as informações são muito úteis. Embora a experiência de um país não possa e não deva ser simplesmente transplantada para outro país, é sempre útil como inspiração para experiência análoga (com as adaptações

(**) Anteriormente, com a denominação “Instituto Latino-Americano de Criminologia”, esteve sediado no Brasil, em São Paulo. Depois de ter ficado “desativado” durante alguns anos, o Brasil manifestou seu desinteresse por “reativá-lo”. Foi, então, instalado em São José da Costa Rica, com a denominação e a sigla mencionadas.

exigidas pelas peculiaridades do país ou da região), quando teve êxito, no todo ou na prevenção de problemas e dificuldades ou na solução de uns e de outras que, não obstante, se apresentaram; é útil como advertência, se não teve (e porque não teve) êxito globalmente ou naquilo em que não o teve parcialmente.

4 — Conforme se tem notícia, todos os países estão empenhados na luta contra o crime e no controle da criminalidade, seja com programas e projetos internos, seja em colaboração com um ou mais países, seja participando e se valendo dos programas e projetos da ONU e seus Institutos.

Entretanto, não parece que a variedade, o número e a gravidade dos crimes tenha diminuído nem que a expansão da criminalidade esteja sendo controlada.

Ao contrário, ouve-se constantemente falar de crimes e mais crimes, de agressões e de violência contra os bens jurídicos pessoais, familiares e sociais, físicos e morais. As estatísticas indicam que, se em um ou outro país aparece tendência à diminuição de certos tipos de crimes, em outros tem-se manifestado aumento; se alguns tipos de crimes estão tendendo a desaparecer de modo geral, outros estão aumentando em número e gravidade, ao mesmo tempo que se verificam novas formas de fatos lesivos, de dano ou de perigo, que não são juridicamente crimes porque (ainda) não estão tipificados como tais, ou porque excedem as tipificações existentes (não cabem nos seus termos) ou delas refogem.

Por quê? Seriam inúteis todos os esforços?

Podem ser feitas algumas considerações.

— No vertiginoso crescimento, com tão profundas mutações, do mundo atual, dificilmente será possível saber — por mais que os estatísticos se esmerem — quantos crimes deixaram de ser cometidos, como resultado daqueles esforços, principalmente dos de defesa social indireta *a priori*.

— Nem sempre, entretanto, os resultados dos esforços correspondem às expectativas, permanecendo descontentamentos, insatisfações, sentimentos de frustração, tensões — tudo o que estimula a agressividade que pode conduzir à violência e ao crime. Para isso pode concorrer (e certamente concorre) o esquecimento que nesses esforços frequentemente se verifica, da componente ética do homem, dos seus anseios espirituais e necessidade de religião (ainda que, por estarem, aqueles e essa, adormecidos no inconsciente, sejam inadvertidos pela própria pessoa e até mesmo negados).

— Enquanto os esforços têm em mira os crimes e a criminalidade do dia-a-dia, das pessoas comuns, parece que passam despercebidos como tais os crimes dos “criminosos de colarinho branco”, como gênero, e da sua espécie mais favorecida, dos detentores de poder social, profissional, econômico, político ou outro, denominados “criminosos dourados”, a respeito dos quais a ONU tem exteriorizado sua preocupação (inclusive pela contemplação de temas a respeito, nos temários de reuniões e congressos seus). Não é fora de propósito admitir que, participando — quem sabe, até, em posição de orien-

tação ou de direção — dos esforços de prevenção do crime e controle da criminalidade, estejam “criminosos de colarinho branco” e “criminosos dourados”; essa sua participação lhes granjeia respeito e apreço, o que, evidentemente, não facilita a sua identificação como criminosos, nem a prevenção dos seus crimes ou o controle da criminalidade em que os seus crimes se inserem.

— A grande divulgação dos crimes e da violência, além de provocar outras atitudes psicológicas que não favorecem a prevenção daqueles e dessa, faz com que esses fatos venham a, pouco a pouco, deixar de ser vistos como fora do comum, repelentes, mas como naturais, “coisas da vida”, “coisas que acontecem”, que *ele* pode praticar, que *tu* podes vir a praticar e que, afinal, *eu* também posso vir a praticar. . . — com olvido de que, em cada caso, há sempre uma ou mais vítimas, que pode ser *ele*, podes ser *tu*, posso ser *eu*. . .

— A permissividade, até à anomia, apresentada e estimulada como nota de superioridade intelectual, social, cultural etc., tem feito com que as leis, com as suas cominações de penas, percam sua força, e as normas morais sejam ridicularizadas; principalmente na área sexual, as normas morais são escarnecidas e os costumes são amolecidos pela mais desenfreada pornografia que, se às vezes não tem qualquer pretensão de arte, outras vezes pretende ser a expressão por excelência de todas as artes — literatura, teatro, cinema, dança, pintura, escultura etc.

— A insistência quanto aos direitos (particularmente e confusamente os direitos humanos), com omissão, deliberada ou inadvertida, dos correspondentes deveres, aguça o egoísmo, para cuja satisfação vem em auxílio a tão proclamada permissividade misturada ou confundida com um falso conceito de liberdade.

A exagerada produção de certos bens (inclusive supérfluos, para os quais são criadas necessidades), sendo eles divulgados, promovidos, apresentados pela propaganda e campanhas publicitárias como indispensáveis, a fim de, assim, despertar o desejo e sentir necessidade de comprá-los, ainda que em detrimento de outros, basicamente necessários, e logo desprezá-los, ainda que em perfeitas condições de uso, para comprar outros, de acordo com as sugestões impositivas da propaganda, fomenta ambições, induz ao mau uso do dinheiro, provoca insatisfações e frustrações, tudo o que, espicaçando a agressividade, se encontra na elaboração consciente ou inconsciente de muitos crimes, mormente em ambiente urbano.

O que tem sido feito em matéria de defesa social não tem sido inútil. Mal se pode imaginar o que estaria acontecendo no mundo, não foram os esforços que têm sido feitos e vêm sendo feitos, embora os resultados certamente não correspondam à intensidade e extensão deles. Sem pretender ter esgotado a análise dos fenômenos que se interpõem, prejudicando-os e até anulando-os, principalmente no que se refere à que é considerada a modalidade mais importante e fundamental de defesa social, isto é, a indireta *a priori*, parece que, se for possível levar em conta esses que se acabam de mencionar — uns para que influam sobre o conteúdo geral e a orientação dos referidos esforços, outros para serem objeto de esforços específicos —, hão de melhorar as expectativas de êxito.

As novas leis penais do Brasil

Professor **BENJAMIN MORAES**

Com a revogação do Código Penal de 1969, no governo passado, coube ao atual Ministro da Justiça, Deputado **IBRAHIM ABI-ACKEL**, a iniciativa de modernizar toda a nossa legislação penal. Logo no início de sua gestão, designou uma comissão de juristas que elaborou um bem cuidado Código de Processo Penal. Continuando em vigor o Código Penal de 1940, com diversas reformas, principalmente pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, impunha-se uma modernização da nossa lei básica penal, pelas muitas novidades jurídicas trazidas pelos conclaves internacionais e já incorporadas em diversos diplomas penais de importantes países do mundo.

Instalando em sua gestão o Conselho Nacional de Política Penitenciária, previsto no Decreto nº 76.387, de 2 de outubro de 1975, mas somente instalado em 26 de junho de 1980, o Ministro **ABI-ACKEL**, que sempre exerceu a advocacia criminal, fez questão de dar prioridade à elaboração das novas leis criminais, dando grande realce a dois fatos: criação das novas penas substitutivas da tradicional pena de prisão, e criação de uma moderna lei de execuções penais, sob o grande pressuposto de que não basta um novo e excelente Código Penal e um moderno Código de Processo Penal, se a execução da pena continuar como está, em todo o Brasil, amontoando os presos em penitenciárias e prisões, que mais parecem depósitos humanos, onde o tratamento é deficiente, ou mesmo não existe, e onde os sentenciados, ao invés de qualquer processo recuperatório, se aperfeiçoam na prática dos delitos, pelo convívio promíscuo com os criminosos de toda espécie, como dão testemunho diário todos os meios modernos de comunicação social.

Através da atuação do Conselho Nacional de Política Penitenciária, e do seu próprio Gabinete, o Ministro da Justiça constituiu uma comissão (Portaria nº 1.043/80), integrada pelos Professores **FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**, Presidente, **FRANCISCO DE ASSIS SERRANO NEVES**, **HÉLIO FONSECA**, **MIGUEL REALE JÚNIOR**, **RENÉ ARIEL DOTTI**, **RICARDO ANTUNES ANDREUCCI** e **ROGÉRIO LAURIA TUCCI**, com a incumbência

de elaborar um anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940.

Esta comissão acaba de entregar ao Ministro o resultado dos seus trabalhos que, uma vez publicados no **Diário Oficial** da União, devem receber as críticas e sugestões de todos os estudiosos do País, a fim de redigir-se o projeto final, que será enviado ao Congresso Nacional ainda no corrente ano, para sua aprovação final.

Ao lado dessa comissão, foi designada outra, incumbida da elaboração da nova Lei de Execuções Penais, integrada pelo Prof. RENE ARIEL DOTTI, Presidente, HÉLIO FONSECA e BENJAMIN MORAES, Relator. Esta comissão, que conta com a presença do Prof. F. A. TOLEDO, na qualidade de coordenador geral dos novos diplomas penais, já teve sua primeira reunião, no dia 6 de março de 1981, na Faculdade de Direito da UFRJ, iniciando os estudos da futura Lei de Execuções. Colaboraram nesse trabalho inicial o juiz de Execuções Criminais do Estado do Rio, Dr. FRANCISCO HORTA, o Diretor do Departamento do Sistema Penitenciário do mesmo Estado, Prof. ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR, e os Professores MICHEL CHEADI, ESTER KOSOVSKI, SERRANO NEVES, além do Procurador CARLOS DODSWORTH MACHADO, do Rio de Janeiro.

A parte fundamental de todos esses trabalhos é, sem dúvida, a modificação do Código Penal, pois, do elenco das penas ali previstas é que se parte para reforma do Código do Processo Penal e elaboração da Lei de Execuções Penais.

Nossa análise, portanto, inicia-se com o exame do anteprojeto de lei, modificativo da Parte Geral do Código Penal, já apresentado ao Ministério da Justiça.

Em linhas gerais, a comissão elaboradora procurou ater-se às diretrizes básicas do Código de 1940, mantendo, tanto quanto possível, a mesma linguagem deste diploma legal, concentrando as modificações propostas dentro dos 120 artigos daquele Código, para que a Parte Especial continuasse começando com o art. 121, que trata do homicídio.

Todavia, não foi mera cópia do Código ainda em vigor. Em diversos artigos, pequenas modificações ou acréscimos revelam a preocupação de modernizar a doutrina esposada em 1940. A introdução de capítulos inteiramente novos, especialmente no tocante às penas, traz elevada gama de modificações que podemos dizer substanciais.

Vamos chamar a atenção para as principais modificações.

No tocante à teoria do erro, introduziu-se o art. 20, declarando que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas

permite a punição por fato culposo, se prevista em lei". O antigo "erro de fato" aparece agora no § 1º do art. 20, estabelecendo: "Aplica-se o disposto neste artigo, quando o agente, por erro plenamente justificado, comete o crime supondo situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima."

A epígrafe do Título IV, que era "Da Co-Autoria", passa a ser "Concurso de Pessoas", devendo-se assinalar a introdução de dois parágrafos: o § 1º permitindo a diminuição da pena, de um sexto a um terço, se a participação for de menor importância; e o § 2º prevendo que "se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, aumentada de até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave".

O anteprojeto muda a epígrafe do título relativo à responsabilidade para "Da Imputabilidade Penal", como NELSON HUNGRIA fixou no revogado Código Penal de 1969.

A parte, talvez, mais importante, neste tópico da imputabilidade é que se encontra nas suas conseqüências penais: no caso de semi-imputabilidade, foi extinto o chamado **duplo binário**, em que o agente recebia uma pena reduzida e também uma medida de segurança. Adotou-se aqui a mesma solução, proposta por HUNGRIA no Código de 1969, do **sistema vicariante**: ou a pena, embora reduzida, se aplicará, caso o condenado a suporte, ou, se este necessitar de especial tratamento curativo, terá sua pena privativa de liberdade substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário, ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro (art. 98).

É, todavia, no Título V, que trata das penas, que se verificaram as maiores modificações.

De acordo com o art. 32, são três as espécies de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e patrimoniais.

As privativas de liberdade, embora continuem sendo denominadas "reclusão" e "detenção", somente vão oferecer alguma distinção, quando objeto de alternatividade com outras penas criadas pelo anteprojeto. Embora neste esteja feita uma diferença em razão do estabelecimento onde serão cumpridas, haverá aí modificações em virtude de esta parte referir-se aos problemas da execução penal, prevista em lei especial.

Acompanhando o que foi estabelecido pela Lei nº 6.416, permitir-se-á ao condenado a pena privativa de liberdade o trabalho externo, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina (art. 34, § 3º). A comissão já concordou com sugestão nossa de ampliar o trabalho externo, que está limitado a "serviços ou obras públicas", para admitir também que o

seja em obras particulares, visto que os governos federal e estaduais estão ampliando a realização de suas obras em contratos com empresas privadas, através de licitações e convênios. Desde que haja cautela contra a fuga, nada impede que se permita ao preso trabalhar em obras realizadas por empresas particulares.

Refere-se o anteprojeto ao **exame de classificação**, a que o condenado será submetido no início do cumprimento da pena, para fins de individualização da execução. Chama-o, impropriamente, de **exame criminológico**, que é matéria muito mais ampla, investigando as causas sociais e até físicas dos delitos, quando o que se pretende é o estudo da personalidade do delinquente, para sua classificação e tratamento no estabelecimento prisional. Estamos propondo à comissão elaboradora a modificação da nomenclatura, como sugerida pelos órgãos das Nações Unidas.

Nestas penas privativas de liberdade, estão admitidos os regimes fechado, semi-aberto e aberto, como já os previa a Lei nº 6.416, estendendo-se às mulheres os mesmos direitos conferidos aos homens.

Quanto ao trabalho do preso, será ele, de acordo com o novo art. 39, sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

No art. 42, regula-se o tempo computável na duração da pena. Já o Código de 1940 estabelecia, no art. 34, que se computaria na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio. No Código de 1969, incluiu-se também o chamado "excesso de execução", dizendo, no art. 42, que também se computaria "o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irrecurável, no cumprimento da pena por outro crime, desde que a **decisão seja posterior** ao crime de que se trata". Agora, o novo anteprojeto manda, no parágrafo único do art. 42, que se compute igualmente "o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por **crime posterior**, invalidada em decisão judicial irrecurável". Chama-lhe **detração**, que, por sua origem latina, significa ação de separar, cortar, suprimir, subtrair, pois visa a cortar de uma pena o tempo indevidamente cumprido em outro crime. Entendemos que a redação do Código de 1969 era melhor, pois, embora o crime pudesse ser anterior àquele cuja pena estava sendo cumprida, não criaria o "crédito de pena", tão condenável, uma vez que a decisão judicial seria posterior ao crime de que se tratasse.

As penas restritivas de direitos são de três espécies: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e aprendizado compulsório.

São elas substitutivas das penas privativas da liberdade, quando ao crime seja a reclusão ou detenção cominada até três anos. Para que tal substituição se opere, é indispensável que o réu não seja reincidente em crime doloso e que as circunstâncias e os motivos determinantes, os antecedentes, a personalidade e a conduta social do condenado indiquem que essas modalidades de pena sejam suficientes e necessárias. Por exemplo, se um médico, num incidente de rua, pratica uma lesão leve em alguém, e seja condenado a um ano de detenção, poderá ter sua pena privativa de liberdade substituída pela obrigação de prestar um serviço gratuito à comunidade, como dar consultas grátis, duas horas por dia, a pessoas necessitadas, durante o tempo que o juiz fixar. É claro que deve ser primário e sua personalidade indique que isso basta para puni-lo do seu crime. Falamos do exemplo de um médico. Mas pode tratar-se de qualquer profissional. Note-se que, pelo parágrafo único do art. 46, as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou, nos dias úteis, por duas horas, durante o tempo fixado.

Entre as restritivas de direitos, incluem-se as de interdição temporária de direitos que, em geral, eram capituladas como "penas acessórias" no Código de 1940. São de três tipos: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, ou de mandato eletivo, proibição do exercício de profissão ou atividade que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e, em terceiro lugar, cassação de licença de habilitação para dirigir veículo.

O terceiro grupo das penas restritivas de direitos consiste no chamado "aprendizado compulsório", que consiste, conforme o disposto no art. 48, na "frequência a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposos venha a adquirir conhecimentos necessários a evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado". Pode ela ser aplicada isolada ou cumulativamente com outra pena, como a interdição temporária de direitos ou prestação de serviços à comunidade. Isoladamente, só poderá ser aplicada nos crimes culposos cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano. São exemplos de aplicação de tal aprendizado os casos dos crimes do automóvel, quando culposos.

Conforme tivemos oportunidade de enunciar, além das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos, o anteprojeto admite também as penas patrimoniais.

São elas de duas espécies: multa penitenciária e multa reparatória. A primeira tem essa designação, porque consistirá no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença; nos detalhes da execução não difere muito da atual pena de multa prevista no Código de 1940.

Novidade maior no direito penal brasileiro é a introdução da multa reparatória, que, nos termos do art. 53, consiste no pagamento, mediante depósito judicial, em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no art. 49 e seu parágrafo, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

O art. 49 estabelece que as penas patrimoniais serão calculadas em dias-multa. Esta noção já vinha do Código Penal de 1969; agora, porém, tem avaliação e métodos próprios de contagem. A pena terá no mínimo dez dias-multa e trezentos, no máximo. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

Assim, no mês de março de 1981, quando o salário mínimo maior no Brasil é de Cr\$ 5.788,80, poderá o juiz fixar o dia-multa nessa importância multiplicada por 5, isto é, Cr\$ 28.944,00. Como o máximo permitido pelo art. 49 é de 300 dias-multa, o total da pena pecuniária poderá atingir a importância de Cr\$ 8.683.200,00. Como, porém, o parágrafo do art. 60 declara que a multa penitenciária pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo, temos ainda a possibilidade de elevar o total da multa a Cr\$ 26.049.600,00.

A multa reparatória deverá corresponder, no seu máximo, ao valor do prejuízo demonstrado no processo. Será ela ordenada pelo juiz criminal, independentemente de recurso ao juiz do cível. Se a vítima entender que o valor arbitrado no juízo criminal não satisfaz os danos sofridos, poderá ainda recorrer ao juízo cível, para obter a diferença. Entretanto, crê-se que se contentará com o calculado no juízo penal, não precisando gastar tempo nem dinheiro para obter a reparação do dano sofrido. Além do mais, o pagamento da pena de multa reparatória precederá ao da multa penitenciária, o que claramente beneficia a vítima ou seus sucessores.

Outro fato importante, que merece registro, no tocante às penas de multa, é que estas podem substituir a pena de detenção até seis meses, se o réu for primário e sua personalidade preencher os requisitos estabelecidos para as penas restritivas de direitos (art. 54).

Para não modificar artigo por artigo da Parte Especial do Código, quando se comina a pena de multa, o anteprojeto estabelece que "são canceladas, na parte especial do Código Penal, nas leis especiais e em todas as normas penais, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão multa de por multa penitenciária".

Ponto da alta importância, que merece citação neste estudo, são os requisitos que a nova lei estabelecerá para a concessão do livramento condicional. O Código vigente exige o cumprimento de mais da metade da pena para o réu primário, e mais de três quartos, se reincidente.

O novo anteprojeto estabelece, no art. 83, que bastará o cumprimento de mais de um terço para o primário, e mais de metade, se reincidente. Em ambos os casos, deve haver bom comportamento durante a execução da pena e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Ora, combinando-se esse princípio com o estabelecido no art. 75 e seus parágrafos, vê-se o maior benefício que o futuro Código vai trazer à nova política penitenciária. Por este art. 75, o tempo de cumprimento das penas privativas da liberdade não pode ser superior a trinta anos. Mesmo que o agente seja condenado a penas privativas da liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender o limite máximo fixado. E ainda que sobrevenha nova condenação por fato posterior à unificação, repetir-se-á o trabalho de unificação, computando-se para esse efeito o tempo restante da pena estabelecida.

Assim sendo, se um réu for condenado a 60 anos, por dois crimes de homicídio (30 anos cada um), haverá a nova unificação, a fim de que ele possa, cumprida mais da metade do total (15 anos e um dia), requerer e obter o livramento condicional, se provar bom comportamento carcerário. O tempo de prisão anterior a essa nova unificação estará perdido para o réu, que, assim, começará a cumprir novo prazo de trinta anos. Mas sempre poderá obter o livramento condicional após 15 anos de cumprimento de sua pena privativa de liberdade.

A suspensão condicional da pena, os efeitos da condenação, a reabilitação, a ação penal e a extinção da punibilidade seguem, em suas linhas gerais, o disposto no Código de 1940.

No tocante às medidas de segurança, extinguem-se as detentivas para os réus considerados normais. A internação só é prevista para os infratores anormais ou semi-imputáveis (manicômio judiciário e anexo psiquiátrico). Neste particular, o anteprojeto seguiu as linhas do Código de 1969.

Cabe, finalmente, uma referência à futura Lei de Execuções Penais. Já o Ministro IBRAHIM ABI-ACKEL, como Relator do Parecer da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de estudo e parecer sobre projetos de leis modificadoras da nossa legislação penal, afirmava, em 27 de abril de 1977, que "são acentuadamente críticos os mais importantes setores da execução penal", buscando reajustá-los à realidade social contemporânea, através de equilibradas soluções.

Aludiu S. Ex^a à pressão dos índices de criminalidade, à necessidade de novas modalidades de pena, para substituir a de privação da liberdade, à impossibilidade de encarcerar todos os condenados e ao drama da impunidade em que muitos condenados ficam, no meio social, pela impossibilidade de dar cumprimento às dezenas de milhares de mandados de prisão já expedidos.

Por estas e outras razões, expostas em seu profundo parecer, é que, agora, feito Ministro da Justiça, tomou a seu cargo criar as penas alternativas e elaborar uma Lei de Execuções Penais, a vigorar em todo o Brasil, com força bastante para coibir as monstruosidades carcerárias hoje existentes e dar às penas, além do seu caráter punitivo, um sentido eminentemente recuperativo, aplicando-se aos condenados todas as modernas regras do direito penal executivo, ditadas pela ONU, em seus congressos universais, com pronunciamentos claros que dão novo sentido às penas criminais e respeitam todos os direitos do condenado.

No anteprojeto que estamos elaborando, definimos, além da Finalidade da Execução, os Órgãos incumbidos dela, como a Autoridade Judiciária, a Autoridade Administrativa e o Conselho Penitenciário. Como Órgãos Supervisores, temos o Conselho Nacional de Política Penitenciária, o Departamento Penitenciário Nacional e os órgãos estaduais de supervisão, que estarão diretamente ligados aos órgãos federais. Define-se o Sistema Penal e estabelecem-se os Regimes Penais, que visam ao Tratamento Penal, contendo os capítulos referentes à Assistência, à Educação, ao Trabalho e à Disciplina dos sentenciados. Um título especial cuida das Prerrogativas, Deveres, Direitos e Regalias do sentenciado. Vêm, a seguir, as formas e espécies da execução penal, abrangendo as Penas Privativas de Liberdade, as Restritivas de Direitos e as Patrimoniais. Cuida, depois, do cumprimento das Medidas de Segurança, do Incidente do Excesso de Execução, da Suspensão Condicional da Pena e do Livramento Condicional, nos novos termos estabelecidos na reforma da Parte Geral do Código Penal. Regula depois a aplicação dos decretos de Anistia, do Indulto e da Comutação de penas. Termina com a disciplina dos Recursos e com as indispensáveis Disposições Gerais.

Todas estas mudanças na nossa legislação penal farão do Brasil não somente o país de mais avançadas conquistas legislativas na matéria, mas principalmente o mais adiantado na visão do delinqüente como um ser humano, irmão nosso, com o qual Cristo se identificou ao aprovar o gesto daqueles que foram ao cárcere, não para matar o criminoso, mas para levar-lhe o conforto de sua assistência: "Estive preso e fostes ver-me!" (Ev. de S. Mateus 25:36).

Repressão penal
às violações do direito de autor.
As inovações introduzidas
pela Lei n.º 6.895, de 17-12-1980,
aumentaram as atribuições
dos delegados de polícia

Prof. ANTONIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito da
USP. Vice-Presidente do Conselho Na-
cional de Direito de Autor

SUMÁRIO

- 1 — *O direito de autor é um direito natural do homem. Fundamento jurídico de sua proteção civil e penal.*
- 2 — *No rol das violações ao direito de autor, o papel desempenhado pela contrafação.*
- 3 — *Atribuições dos Delegados de Polícia em matéria de propriedade imaterial. A aprovação prévia dos programas dos espetáculos públicos remunerados.*
- 4 — *Colaboração das autoridades policiais com o Ministério do Trabalho.*
- 5 — *O novo texto legislativo é de tamanha importância.*
- 6 — *Ação penal. A dispensa da formalidade da queixa.*
- 7 — *Busca e apreensão. Conceito. Vantagens.*
- 8 — *Aplicabilidade tanto no âmbito civil como no criminal.*
- 9 — *Tanto no direito de autor como na propriedade industrial.*
- 10 — *Conseqüências práticas da simplificação.*
- 11 — *O direito de autor não dispensa a preciosa colaboração das autoridades policiais.*

Estudo elaborado em virtude de determinação do Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral, Dr. JOSÉ CARLOS COSTA NETTO.

1 — *O direito de autor é um direito natural do homem. Fundamento jurídico de sua proteção civil e penal*

Reconhece a legislação positiva de todos os países civilizados ao autor o direito exclusivo de reproduzir ou de autorizar a reprodução de suas obras, sempre que haja intuito de obtenção direta ou indireta de lucro.

É uma prerrogativa de tão alta significação que está consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na III sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas:

“Art. 27 — 1 — Toda pessoa tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de participar do programa científico e dos benefícios que dele advenham.

2 — Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam por motivo das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora.”

Entre nós, está tradicionalmente insculpida em todas as Constituições federais, art. 153 da vigente:

“§ 24 — A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

§ 25 — Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”

De nada, no entanto, valeria proclamar, com tanta solenidade, um compromisso sem traçar as punições correspondentes à sua eventual violação.

Por isso, cominam os arts. 669 a 673 do Código Civil e legislação complementar, normas tendentes a reprimir as mais importantes modalidades de violação dos direitos autorais, merecendo referência específica o art. 672, que recebeu na Lei nº 5.988, de 14-12-1973, a seguinte redação:

“Art. 123 — O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.”

E reiterando, embora com menor amplitude, o que já constava do art. 670 daquele Estatuto, consigna ainda a Lei nº 5.988:

“Art. 124 — Quem vender, ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes; e se a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, responderão como contrafatores o importador e o distribuidor.”

Revela a experiência que cominações de natureza civil não são suficientes: incluem, por isso, os Códigos Penais, na lista das violações, os crimes contra a propriedade intelectual, entre nós reprimidos pelos arts. 184 e 185, nas figuras genérica de violação de direito autoral, e específica de usurpação de nome ou pseudônimo alheio.

Todavia, as penas aí previstas, respectivamente, de detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 1,00 a Cr\$ 5,00, e de detenção de seis meses a dois anos, e multa de Cr\$ 2,00 a Cr\$ 10,00, mesmo reajustados na proporção de 1:2000 pelo art. 4º da Lei nº 6.416, de 24-5-1977, não foram suficientes para intimidar, notando-se, de ano para ano, um extraordinário incremento nessas violações, com clamores cada vez mais generalizados, não só entre nós, como no mundo inteiro.

Procurando adaptar a legislação que se tornara obsoleta aos tempos novos, foi promulgada a Lei nº 6.895, de 17-12-1980, que, embora sem alterar os valores das penas pecuniárias, agilizou extraordinariamente a ação penal, dispensando em inúmeros casos a formalidade da apresentação da queixa, como adiante se verá, e deu ao primeiro dispositivo a seguinte redação:

“Art. 184 — Violar direito autoral:

Penas — detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1º — Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o representa, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o representa:

Pena — reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

§ 2º — Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.”

No ofício pelo qual encaminhou ao Presidente da República o respectivo Projeto de Lei, encarceou o Ministro da Justiça IBRAHIM ABI-ACKEL que a iniciativa atendia às normas adotadas pela Convenção Internacional sobre a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não autorizada dos mesmos, concluída em Genebra, a 29-10-1971, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 76.906, de 24-12-1975.

E frisou que a inclusão de dois parágrafos ao art. 184 objetivava

“...tipificar o delito de reprodução, com apenação mais grave, cuja necessidade revelou-se imperiosa, em decorrência das infrações cometidas frontalmente, oriundas de práticas ostensi-

vas, que se tornaram viciosas, consubstanciadas na fixação por qualquer meio, e utilização de obra intelectual, com fins comerciais, não consentida pelo titular do direito, exigindo o interesse público na repressão do crime.”

2 — *No rol das violações ao direito de autor, o papel desempenhado pela contrafação*

A Consolidação das Leis Penais de VICENTE PIRAGIBE continha uma enumeração extensa das diversas figuras que constituem violação dos direitos autorais. O empenho de síntese levou a substituí-la, no texto do art. 184 do Código Penal, pela expressão genérica “violação de direito autoral”, compreendendo uma variedade tão ampla de casos, que raros são os autores que se lançam à tentativa de apresentar uma relação completa.

Entre eles, ROMEO GROMPONE — Presidente da Comissão Jurídica do Conselho Pan-Americano da Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC) e Vice-Presidente do Instituto Interamericano do Direito de Autor (IIDA) —, realçando embora a dificuldade da empreitada, teve oportunidade, no Seminário Interamericano de Direitos de Autor, que se reuniu no Panamá em julho de 1980, de apontar os seguintes:

- Edição, publicação, venda, execução, representação, por qualquer meio ou instrumento, de uma obra inédita ou publicada, sem autorização prévia do autor, sucessor ou cessionário, ou sociedade autoral que o represente.
- Reprodução ou venda de exemplares em maior número do que o autorizado pelo autor, sucessores ou cessionários, ou a sociedade autoral que o represente.
- Adaptação, tradução, paródia, alteração, mutilação ou modificação de uma obra sem o consentimento de autor, seu sucessor ou cessionário, ou sociedade autoral que o represente.
- Plágio.
- Omissão de mencionar o nome do autor em edições, publicações, execuções ou representações ou a atribuição da autoria a outra pessoa.
- Apropriação da letra para uma composição musical ou da música para uma composição escrita, ou de qualquer obra ou fragmento da mesma para sua utilização num filme cinematográfico ou fonograma em geral, ou sua inclusão total ou parcial em outras obras de qualquer índole.
- Atribuição indevida da qualidade de autor, sucessor ou cessionário, ou representante deste, com a finalidade de suspender uma representação, irradiação ou execuções públicas ou espetáculos.

- A anotação indevida, a omissão ou acréscimos de obras ou autores nas planilhas de execução ou representação ou irradiação radiofônica, que devam confeccionar os usuários.
- A reiteração dos ilícitos civis contra o direito de autor.

Com ressalva da paródia, que apenas excepcionalmente, e não como tal, constituirá violação de direito de autor, aditaremos que o Projeto BARBOSA-CHAVES, que serviu amplamente de inspiração à Lei nº 5.988 (não seguido nessa parte), também fez um rol de 18 violações, separando ainda os crimes sujeitos à detenção (art. 161) dos apenados com reclusão (art. 162):

“Art. 160 — Das violações. Constituem violações ao direito de autor e conexos, da presente Lei e das exigências explícita ou implicitamente nela contempladas:

I — utilizar ou permitir a utilização de qualquer obra protegida, com ou sem intuito de lucro direto ou indireto, sem autorização do titular do direito ou, quando exigida, do CONDAC;

II — praticar ato contrário ao direito moral do autor, do artista intérprete ou executante;

III — deixar ou negar-se, àquele a quem incumbe a obrigação, de efetuar ao autor, artista intérprete ou executante, a remuneração ou retribuição devida, na forma e no prazo previsto na presente Lei;

IV — obter ou receber o participante do produto de arrecadações conjuntas, na utilização do direito de interpretação, execução ou representação, quantia ou valor superior aos percentuais fixados em lei e regulamento;

V — deixar de indicar ou omitir, quando obrigatórios, a fonte de origem, dados, indicações ou finalidades da utilização;

VI — omitir nos exemplares reproduzidos a numeração ou permitir que seja mesmo repetida, ou lacunosa, ou excedente da contagem contratada;

VII — utilizar obras sujeitas a prévia licença do CONDAC, sem a necessária autorização expressa;

VIII — deixar de cumprir as determinações do CONDAC ou as obrigações legais para com aquele órgão, ou obstar, por qualquer modo, o exercício das suas finalidades;

IX — reter, sem prestar contas, na qualidade de representante, quaisquer proventos de utilização dos direitos de autor ou conexos, ou deixar de depositá-los em estabelecimento de crédito, no prazo fixado em lei;

X — deixar ou negar-se a cumprir, quem o deva, as obrigações previstas nesta Lei ou obstar ou impedir sejam exercidos os direitos ou faculdades nela assegurados;

XI — dar causa a resolução ou rescisão do contrato, prejudicando a parte contrária;

XII — associar-se ou vincular-se a mais de uma sociedade de defesa de direito de autor ou conexos, a não ser em decorrência da diversidade do gênero das obras ou da atividade exercida;

XIII — deixar ou dificultar os membros dos órgãos diretores e fiscais, funcionários das Sociedades de Defesa dos Direitos de Autor e Conexos ou qualquer servidor público de cumprir as obrigações previstas nesta Lei, nas normas estabelecidas pelo CONDAC e disposições complementares;

XIV — apresentar ou permitir que seja apresentada em público obra sem aprovação do programa prévio ou dele não fazer constar ou não exigir que constem os requisitos estabelecidos pela lei e regulamento;

XV — exercer atividade de compositor, artista intérprete ou executante, em prejuízo dos profissionais, na forma do que dispõe o art. 184, parágrafo único;

XVI — deixar de recolher a contribuição especificada em lei, destinada a órgãos profissionais, na forma do art. 192, §§ 1º e 2º”

A qual dessas figuras poderá no entanto conduzir-se a hipótese mais comum, mais corrente, que reúne o maior número de transgressões e das mais graves, que possam caber dentro desse figurino traçado pelo novo § 1º do art. 184 do Código Penal, quando fala em “reprodução... para fins de comércio, sem autorização expressa” e em “reprodução de fonograma e videofonograma” etc?

Numa que apenas implicitamente está inscrita nessas enumerações: a contrafação, que, como a palavra indica, é falsificação, imitação fraudulenta, reprodução não autorizada, que constitui ofensa das mais flagrantes do direito de autor, verdadeiro crime de apropriação indébita, violação da propriedade industrial, enriquecimento sem causa e concorrência desleal, flagrantes e indisfarçáveis.

“Recorrendo a manipulações enganadoras” — encarece SIMON, reproduzido nas primeiras páginas do Tratado de CHARLES CHENEVARD — “o concorrente desonesto não peca somente contra o co-contratante, ao qual ele vende a sua mercadoria, mas também contra todos os concorrentes lesados pelo seu dolo; ele lança, diz KOHLER, um peso falso na balança das relações de negócios, e obtém assim uma vantagem ilícita sobre aqueles que não tomam como contrapeso senão prestações de um valor real. A perda material ocasionada ao indivíduo por um ato que engana o público em seu conjunto desaparece em segundo plano na presença do perigo constante que correm a honestidade e a confiança, e que ameaça desmoralizar as relações de negócios e reduzi-las finalmente à impotência.”

Para certificar a existência de uma contrafação é suficiente verificar se entre as duas obras existe uma identidade de representação que possa ser reconhecida, isto é, se as duas obras constituem duas representações diferentes e originais, ou se, ao invés, é uma representação substancialmente única.

É claro que nem toda reprodução constitui necessariamente uma contrafação.

Para que isso ocorra é necessário, ensina J. LABAURIE, *L'Usurpation en Matière Littéraire et Artistique*, Paris, Boccard, 1919, pág. 48, a concorrência de três elementos, a respeito dos quais discorre extensamente:

1º) que tenha sido feita sem autorização;

2º) que a obra reproduzida não tenha ainda caído no domínio da livre reprodução;

3º) que constitua uma edição, conceito esse que o desenvolvimento da tecnologia fez desprender-se da relação com a edição de livros, para abranger, hoje em dia, toda e qualquer multiplicação de exemplares.

Com a mesma clareza lapidar fixa esse mesmo autor as três condições pelas quais revela a reprodução seu caráter ilícito:

a) uma obra ainda protegida;

b) a falta de autorização;

c) a publicação (págs. 106 e segs.), no caso da nossa lei, a reprodução para fins de comércio.

É o princípio firmado pelo Código Civil:

“Art. 669 — Quem publicar obra inédita, ou reproduzir obra em via de publicação ou já publicada, pertencente a outrem, sem outorga ou aquiescência deste, além de perder, em benefício do autor, ou proprietário, os exemplares da reprodução fraudulenta, que se apreenderem, pagar-lhe-á o valor de toda a edição, menos esses exemplares, ao preço por que estiverem à venda os genuínos ou em que forem avaliados.

Parágrafo único — Não se conhecendo o número de exemplares fraudulentamente impressos e distribuídos, pagará o transgressor o valor de mil exemplares, além dos apreendidos.”

3 — *Atribuições dos Delegados de Polícia em matéria de propriedade imaterial. A aprovação prévia dos programas dos espetáculos públicos remunerados*

A legislação pátria tem sempre procurado resguardar os direitos dos autores e artistas, intérpretes e executantes por meio de duas providên-

das fundamentais no que diz respeito aos espetáculos públicos: a exigência da *aprovação prévia dos programas* a serem executados, e a *prova* de que tais programas são acompanhados, de cada vez, da *autorização do titular do direito*.

Quanto à primeira, dispunha o Decreto nº 4.790, de 2-1-1924:

“Art. 2º — Nenhuma composição musical, tragédia, drama, comédia ou qualquer outra produção, seja qual for a sua denominação, poderá ser executada ou representada em teatros ou espetáculos públicos, para os quais se pague entrada, sem autorização, para cada vez, de seu autor, representante ou pessoa legitimamente sub-rogada nos direitos daquele.”

O Decreto nº 5.492, de 18-7-1928, determinou, em seu art. 26, repetido no art. 47 do Decreto nº 18.527, de 1928, que essa e as disposições seguintes se aplicassem a todas as composições musicais e peças de teatro, executadas, representadas ou transmitidas pela radiotelefonía, com intuito de lucro, em reuniões públicas.

O parágrafo único de cada um desses dispositivos considerou realizadas com intuito de lucro quaisquer audições musicais, representações artísticas ou difusões radiotelefônicas em que os músicos, executantes ou transmitentes tenham retribuição pelo trabalho, e o art. 27 responsabilizou os proprietários ou empresários de quaisquer estabelecimentos de diversões, salões de concertos ou festivais, pelos direitos autorais das produções aí realizadas.

O Decreto nº 18.527, em seu art. 42, exige, para autorização da representação da obra teatral, aos efeitos da fiscalização dos direitos autorais, a apresentação, para registro, à Censura das Casas de Diversões, no Distrito Federal, e da repartição competente nos Estados, do contrato celebrado com o autor.

De conformidade com o art. 43, essas mesmas repartições deverão aprovar previamente o programa de qualquer espetáculo em que se representem peças teatrais de qualquer espécie, ou se executem números de canto, bem como — art. 46 — de representações, exibições ou irradiações que se realizem em teatros, cinematógrafos, *dancings*, *cabarets*, sociedades radiotelefônicas ou outros quaisquer estabelecimentos de diversões públicas.

O Decreto-Lei nº 20.493, de 24-1-1946, que aprovou o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública, consolidou essas disposições.

A Lei nº 2.415, de 9-2-1955, subordinou no art. 1º a outorga, no território nacional, de licença para a realização de representações, execuções públicas e teletransmissões pela rádio ou televisão, de que tratam os arts. 42 e 43, § 1º, do Decreto nº 18.527, de 10-12-1928, e 88 do Decreto nº 20.493, de 24-1-1946, exclusivamente ao próprio autor ou a sociedade legalmente constituída para defesa de direitos autorais, à qual o autor é

filiado e que o tenha registrado na forma do art. 105, § 1º, do Decreto nº 20.493, de 24-1-1946.

Alterando e revogando dispositivos do regulamento aprovado pelo Decreto nº 18.527, de 10-12-1928, o Decreto nº 1.023, de 17-5-1962, "para melhor execução de dispositivos constantes dos Decretos n.ºs 4.790, de 2-1-1924, e 5.492, de 16-7-1928, especialmente na parte relativa à proteção e fiscalização dos direitos de autor", estendeu aos Estados e Territórios o que já dispunha a legislação em vigor no Distrito Federal pelo Decreto nº 20.493, de 24-1-1946, que aprovou o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública:

"Art. 1º — Qualquer espetáculo público (representações, execuções, irradiações, funções esportivas e beneficentes etc.), realizado em teatro, cinema, estações de rádio e televisão, circo, parque, cassino, clube, associações recreativas ou esportivas, salões de dependências adequadas, *depende de aprovação do respectivo programa*, pelo Serviço de Censura de Diversões Públicas (SCDP — hoje Divisão CDP) no Distrito Federal e pela autoridade policial nos Estados e Territórios, seja o espetáculo, ou função, promovido por pessoa física ou jurídica, ou por entidade de organização comercial ou de organização civil."

Coloca o art. 2º (art. 80 do referido Decreto nº 20.493) na expressa dependência dessa condição prévia, "indispensável sob qualquer alegação":

I — as representações de peças teatrais e qualquer espécie, integralmente ou em parte;

II — as representações ou execuções de variedades de qualquer espécie ou gênero, inclusive as que constem de aparelhos mecânicos;

III — as execuções de números de cantos, música, ballados, peças declamatórias e pantominas;

IV — a projeção de filmes cinematográficos;

V — as audições de discos e aparelhos sonoros em estabelecimentos de diversões públicas ou em quaisquer outros destinados à frequência coletiva;

VI — as funções e divertimentos quaisquer, realizados em hotéis, restaurantes, "dancings", cabarés, cafés-concertos, assim como audições musicais verificadas em estabelecimentos de qualquer gênero, destinados à frequência coletiva, com ou sem entrada remunerada;

VII — as funções realizadas em auditórios das estações emissoras radiofônicas e de televisão, seja em suas sedes, ou

em qualquer outro local em que se realizem tais funções, com ou sem remuneração, de qualquer maneira, por parte dos assistentes;

VIII — os espetáculos públicos de qualquer natureza, pagos ou gratuitos, que, embora não estejam discriminados nos números anteriores, constituam divertimento público.

Não existe o menor fundamento para as incertezas suscitadas sobre a aplicabilidade do referido Decreto nº 1.023, uma vez que não está revogado nem expressa nem implicitamente.

Foi, ao contrário, ratificado pela Lei nº 4.944, de 6-4-1966, que “dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, e dá outras providências”.

Com efeito o art. 11 e seu parágrafo determinaram a regulamentação da lei pelo Executivo, com inclusão das “disposições dos Decretos n.ºs 4.790, de 2-1-1924, 5.492, de 16-7-1928, e 1.023, de 17-5-1962, a ela aplicáveis”, o que ocorreu pelo Decreto nº 61.123, de 1-8-1967, que incorporou quase todas as disposições do Decreto nº 1.023.

Mais do que confirmado, está, pois, este transfundido no novo texto.

Acresce que, se dúvida pudesse persistir, ela foi dirimida por ven. acórdão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de 20-6-1972, no Rec. Extr. nº 74.170, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Piauí, que negara vigência ao Decreto nº 1.023.

Reconhecendo embora que nem sempre as repartições de polícia contam com pessoal suficiente para exercer suas amplas e múltiplas funções, teve oportunidade o Conselheiro CLAUDIO DE SOUZA AMARAL, em ofício dirigido em data de 27-6-1972 ao Sr. Secretário de Segurança Pública do Estado de Goiás, de demonstrar extensamente que, por importantíssimas razões de ordem pública, além de conceder a licença para a realização do espetáculo, deve ainda comparecer ao mesmo com o fim de fiscalizar, verificar e providenciar:

- a) se o programa aprovado é o que está sendo executado;
- b) no caso de alteração do programa, se o responsável representa ou executa obra que atente contra a moral, os bons costumes e a segurança nacional, *impedindo no ato* o prosseguimento e instaurando a ação criminal cabível;
- c) mesmo não ocorrendo a hipótese acima, mas havendo simples alteração do programa, punir o infrator com as *medidas administrativas* determinadas em lei (Decreto federal nº 1.023, de 17-5-1962), formando o respectivo processo também administrativo.”

Conclui-se que quem pretenda realizar execução musical dependente de licença autoral *é obrigado a apresentar à autoridade competente a*

relação das obras a serem executadas acompanhada da licença dos respectivos titulares do direito de execução.

Ao princípio da aprovação dos programas, apenas três exceções abre o Decreto nº 1.023, para:

- a) funções de caráter cívico ou educacional, promovidas por entidades oficiais sem nenhum intuito de lucro, sendo apenas necessário que seja feita, antecipadamente, comunicação da realização das mesmas ao SCDP ou a autoridade policial (art. 11);
- b) matéria puramente noticiosa (notas, crônicas, comentários, críticas etc.);
- c) matéria comercial (anúncios) dos programas radiofônicos, respondendo cada um pelos abusos que cometer, na forma do art. 1º do Decreto-Lei nº 8.556, de 12-12-1945 (art. 14).

Nem mesmo os espetáculos públicos gratuitos, seja qual for sua natureza, inclusive aqueles em que não haja remuneração para os que nele tomam parte, ficam isentos da apresentação de programas, que devem ser acompanhados pela relação completa dos que participarem graciosamente, com as firmas reconhecidas (art. 12 e seu parágrafo).

Complementa o art. 13 que, quando figurarem em programas de qualquer espetáculo artistas que estejam contratados por empresas de diversões públicas, que não sejam as promotoras desses espetáculos, deve ser exigida a prova, por meio de autorização escrita, de que tais artistas podem tomar parte do dito espetáculo.

A segunda das aludidas providências administrativas fundamentais consiste na complementação da aprovação dos programas com a *prova da autorização do titular do direito*, proibindo o art. 10 do Decreto nº 1.023, de 1962 (como fazia o Decreto nº 20.493, de 1946, art. 88), a aprovação de programas de quaisquer audições musicais, representações artísticas ou difusões radiotelefônicas, em casas de diversões ou lugares de reuniões públicas ou coletivas, para as quais se pague entrada, por meio de convites, ou quando constituam atração com intuito de lucro, direta ou indiretamente, sem que os mesmos programas preencham as formalidades legais e venham acompanhadas, cada vez, da autorização do autor ou de pessoa sub-rogada nos direitos deste.

Adita o parágrafo único não dispensar a apresentação de certificados de censura cinematográfica e da prova de autorização do autor ou pessoa sub-rogada.

4 — Colaboração das autoridades policiais com o Ministério do Trabalho

Determina o art. 93, nº VI, do Decreto nº 20.493, de 24-1-1946, após o SCDP as autoridades do Ministério do Trabalho, no que diz respeito às relações trabalhistas entre artistas, auxiliares e demais elementos participantes de espetáculos de diversões públicas com as empresas que operam no ramo. Objetivando o necessário entrosamento e cooperação dos

órgãos descentralizados da censura com os Delegados Regionais do Trabalho, resolveu o Departamento de Polícia Federal, através de Portaria nº 33, de 16-4-1969, do Serviço de Censura de Diversões Públicas:

I — Não serão liberados programas e espetáculos de teatro, variedades, circos, boates, produções cinematográficas, radiotelevsão, canto, números musicais, gravações fonográficas e de *video-tape*, declamação e congêneres sem que haja contrato de trabalho entre a empresa ou o empresário responsável pela função e os artistas e demais elementos desta participantes.

II — O SCDP e as Turmas de Censura das Delegacias, Subdelegacias e Postos do DPF exigirão dos interessados que façam constar dos requerimentos de censura e de aprovação de programação a relação nominal dos artistas, auxiliares e demais participantes de espetáculos de diversões públicas, bem como esclarecimentos relativos aos respectivos contratos de trabalho.

Parágrafo único — Sempre que julgar necessário, a autoridade censória exigirá a apresentação do contrato de trabalho do pessoal artístico e técnico participantes de espetáculos de diversões públicas.

III — Os órgãos descentralizados da censura farão na ficha de registro referida no item I, art. 94, do Decreto nº 20.493, de 24-1-1946, as anotações necessárias a fim de atualizarem-se e manter o controle da situação empregatória de artistas e técnicos que trabalhem em casas de diversões nas áreas territoriais respectivas.”

5 — O novo texto legislativo é de tamanha importância

A nova redação dada ao parágrafo único do art. 186 do Código Penal, dispensando a queixa na quase totalidade das violações dos direitos de autor, nas reproduções não autorizadas, para fins de comércio, lança, à plena luz da evidência, as atribuições dos Delegados de Polícia, que deixam de ser órgãos passivos, meros espectadores e ordenadores do procedimento, para serem convocados a participar diretamente das atividades processantes, principalmente através da medida fundamental da busca e apreensão.

A contribuição desse importante setor da Administração Pública ficou bem ressaltada no prelúdio do Decreto uruguaio de 21-1-1943 objetivando a adoção de medidas de caráter policial que tendam a proporcionar uma maior garantia dos direitos autorais:

“Considerando que, além de ser boa técnica administrativa proporcionar a utilização, pela autoridade policial, de procedimentos preventivos que resolvam sem violência o respeito dos direitos reconhecidos por uma Lei da Nação, normas expressas

desta atribuem à polícia uma função de amparo contra possíveis violações dos bens protegidos pela referida disposição, que resulta conveniente regulamentar aos fins de uma execução adequada da mesma...”

E antecipando-se justamente nesse sentido, já foi ressaltado, o art. 646 do Projeto do novo Estatuto processual penal joga à inteira responsabilidade daquelas dignas autoridades não apenas a nomeação dos dois peritos, como ainda a busca e apreensão de amostras dos instrumentos e do objeto do crime.

O novo texto legislativo é de tamanha importância na evolução da idéia de que não estão mais os titulares dos direitos de autor — nesta década recém-fimada das comunicações, assinalada pela conquista dos satélites artificiais — jungidos ao carro de boi das providências legais do começo do século, que pode-se dizer constitui um marco definitivo no caminho do aperfeiçoamento das nossas instituições.

Operou verdadeira revolução na repressão penal das violações do direito de autor, aumentando de forma tão extraordinária as atribuições dos nobres componentes da carreira policial que nos grandes centros industriais, comerciais e culturais o razoável cumprimento da determinação legal irá exigir, sem dúvida, a criação, estruturação e devido aparelhamento em homens competentes e material pertinente de delegacias especializadas.

6 — Ação penal. A dispensa da formalidade da queixa

Quanto à ação, o Código Penal, art. 186, só admitia que se procedesse mediante queixa nos crimes contra a propriedade imaterial, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público. Complementa o art. 525 do Código de Processo Penal que a queixa ou denúncia não serão recebidas se não forem instruídas com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito, insistindo o art. 526 em que, sem a prova de direito à ação, *não será recebida a queixa*, nem ordenada qualquer diligência, preliminarmente requerida pelo ofendido.

Tinha mesmo o legislador, num processo lógico, de partir dos vestígios de crime para chegar à prova do direito.

Mas o direito à ação e a prova dos fatos constituem pressupostos igualmente fundamentais.

Por isso comenta EDUARDO ESPÍNOLA FILHO que, não admitindo, sem prova de direito à ação, seja recebida a queixa nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido, exige esse dispositivo como requisito essencial, para o ingresso no juízo criminal, a fim de promover a responsabilidade do infrator nesses crimes, a prova de que foi, efetivamente, ofendido quem apresenta tal pretensão, e, bem assim, de que tem legítimo interesse na perseguição do seu ofensor.

De modo geral, conclui, deve-se considerar que se trata da punição de crimes contra a propriedade alheia, sendo, naturalmente, o proprietá-

rio quem tem interesse em perseguir aquele que a desrespeitou, com um ato delituoso.

A Lei nº 6.895 acrescentou àquele dispositivo “autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 desta Lei.”...

As expressões sublinhadas introduziram profunda e importantíssima alteração no sentido e no alcance da providência.

A dispensa da formalidade da queixa espalhou-se, dilatou-se, expandiu-se desmesuradamente, para passar a abranger toda e qualquer violação de direito autoral consistente — não será demais repetir — “na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente” etc., incluindo ainda, na mesma pena, “quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda”, original ou cópia de obra intelectual produzida com violação de direito autoral.

Mas a aplicação do dispositivo do Código Penal reformulado, dispensando, na generalidade dos casos, a exigência da queixa, apresenta um problema: não atentou aos reflexos de ordem processual, revelando uma desarmonia com o Código de Processo Penal, art. 525, que, no caso de haver o crime deixado vestígio, impede o recebimento da queixa ou denúncia se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo do delito.

Como conciliar a atual norma do direito substantivo penal com as do direito adjetivo que continuam fazendo referência à exigência da queixa já dispensada para a grande generalidade dos casos?

Terá sido um cochilo do legislador?

Tudo indica que sim.

Mas o problema não apresenta qualquer dificuldade: é claro que o espírito do novo diploma prevalecerá nos casos não expressamente excepcionados, em que a queixa, quando é necessária ainda, continua desempenhando o seu papel antigo. Para os demais, o mandamento processual não vigora.

O ponto de partida, o fundamento para qualquer medida, será, portanto, a verificação de que haja, realmente, reprodução fraudulenta, apropriação de trabalho alheio, aproveitamento do labor, da fadiga, da realização de outrem.

Mas, positivada a infração, não há mais que aguardar, como antigamente, a iniciativa do interessado e a sua opção entre a via civil e a criminal: a diligência na grande maioria dos casos caberá à autoridade policial, com a já analisada amplitude de atribuições outrora prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Conforta essa conclusão a verificação de que exatamente a esse remate, antes mesmo de qualquer modificação legislativa, chegava o projeto do futuro Código de Processo Penal, nº 633/75, enviado à Câmara dos Deputados pela Mensagem nº 159/75, do Poder Executivo, e cuja redação final foi admitida pela Comissão Especial destinada a dar parecer, em sua reunião de 29-11-1977, também já aprovada pelo Plenário e remetida ao Senado Federal (*).

A alteração fundamental consistirá em que as providências preliminares passarão a ter início com a abertura de inquérito, cabendo à autoridade policial a nomeação de peritos e a determinação de buscas e apreensões.

Os autos do inquérito, que deverá ser concluído 30 dias após sua abertura, serão remetidos ao Ministério Público, que decidirá sobre seu recebimento.

Exigindo embora novos retoques que melhor os adaptem à Lei nº 6.895, bem merecem os dispositivos propostos ser aqui lembrados:

“Do procedimento por crime contra a propriedade imaterial

Art. 646 — Nos crimes contra a propriedade imaterial, quando se tratar de ação penal privada, o ofendido requererá à autoridade policial a abertura do inquérito, pedindo que sejam nomeados dois peritos para procederem ao exame pericial.

§ 1º — Poderá a autoridade policial, a requerimento do ofendido e com a opinião favorável dos peritos, ordenar a busca e apreensão de amostras dos instrumentos e do objeto do crime.

§ 2º — A autoridade policial sempre exigirá indícios suficientes de autoria e prova da legitimidade do requerente.

Art. 647 — A infração de privilégios que tenha por objeto a invenção de novos meios ou processos, ou a aplicação nova de meios ou processos conhecidos, será também verificada por dois peritos nomeados pela autoridade policial.

Art. 648 — Ao apresentar a queixa, instruída com o inquérito, o ofendido poderá requerer a apreensão dos instrumentos e do objeto do crime, se nesse sentido concluírem os peritos.

§ 1º — O juiz poderá deferir o pedido, contra o parecer dos peritos, se a impugnação do ofendido ao laudo convencê-lo da existência de fundamento para apreensão.

§ 2º — O juiz poderá determinar que a apreensão se efetue antes da citação do réu.

Art. 649 — Quando o crime contra a propriedade imaterial for de ação penal pública, a abertura do inquérito policial

(*) N.R.: O Projeto nº 633/75 (Código de Processo Penal) foi retirado do Congresso Nacional para reexame pelo Poder Executivo.

será feita nos termos dos arts. 237 e 238, observando-se as mesmas normas dos artigos anteriores quanto à apreensão dos instrumentos e do objeto do crime.

Art. 650 — Feita ou não a apreensão e citado o réu, o procedimento, tanto na ação penal pública como na ação penal privada, seguirá o rito ordinário.

Parágrafo único — Se o juiz entender que não está provada a legitimidade de querelante, não receberá a queixa, nem ordenará qualquer diligência preliminar.

Art. 651 — Na denúncia ou na queixa, o Ministério Público ou o ofendido poderá requerer as providências seguintes:

I — apreensão e destruição de marca violada, no local onde for feita ou onde quer que se encontre, antes de utilizada para fins criminosos;

II — destruição da marca violada nos volumes, produtos ou artigos que a contiverem, ainda que fiquem inutilizados os envoltórios ou os próprios produtos ou artigos.

Parágrafo único — Tratando-se de estabelecimento industrial ou comercial legalmente organizado e em funcionamento, as diligências preliminares se limitarão à perícia e à apreensão, não devendo ser paralisada a atividade do estabelecimento, salvo se de outro modo não se puder realizar a diligência.

Art. 652 — No despacho saneador, o juiz, de ofício ou a requerimento do réu, poderá revogar a apreensão decretada preliminarmente.”

7 — Busca e apreensão. Conceito. Vantagens

Arma, vimos inicialmente, o art. 123 da Lei nº 5.988 o autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, do remédio da apreensão dos exemplares reproduzidos ou da suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.

O Código de Processo Civil, ao regular, no Livro III, *Do Processo Cautelar*, Seção IV, a busca e apreensão, no Capítulo II, art. 842, determina por sua vez taxativamente:

“§ 3º — Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, 2 (dois) peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.”

O saudoso EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Busca e Apreensão*, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio, Borsoi, vol. 6, s/d,

resumindo aliás quanto havia expandido em seu *Código de Processo Penal Brasileiro*, reproduz a fórmula de MANZINI:

“As buscas (perquisizioni) são pesquisas materiais, realizáveis coercitivamente, autorizadas como exceção às garantias normais da liberdade individual e destinadas ao fim de assegurar ao processo coisas que possam servir à prova, ou de prender o acusado, ou outra pessoa indiciada em crime ou evadida.”

O quadro é amplíssimo, “e, de um modo geral, deve afirmar-se que pode a apreensão incidir sobre toda a sorte de coisas, cuja apreciação, submetida ou não a prévio exame técnico, possa interessar, de alguma sorte, ao esclarecimento do caso”.

BENTO DE FARIA, *Código de Processo Penal*, 2ª edição, Rio, Record, 1960, destaca à pág. 354 que a busca e apreensão constitui um meio de pesquisar as provas necessárias à instrução criminal, assim concorrendo para demonstração da existência do delito e da descoberta dos seus responsáveis, qualificando-as mesmo como “um meio coercitivo de que pode se utilizar a autoridade pública para permitir à Justiça a segura repressão da prática criminosas”.

A antiga Comissão Real italiana de reforma, já nos anos de 1901-1902, observava, na sua *Relazione*, ao propor, pela primeira vez, esse remédio, que a ação penal é às vezes mais rápida e atinge mais gravemente o culpado, mas exige a prova do dolo do agente. A civil pode ser mais demorada, mas freqüentemente é mais segura, porque a parte interessada pode demonstrar melhor o próprio direito e a culpa do requerido, bastando, para obter a condenação, provar o fato a violação do direito.

“Mas em geral a maior urgência consiste em recolher, mediante uma rápida ação, as provas do fato e impedir que continue a violação do direito.

Se isto é possível pelas vias penais, mais difícil é a ação na via civil, devido aos escrúpulos que, na falta de uma disposição expressa da lei, têm os magistrados em conceder a medida do seqüestro.

Várias vezes têm-se visto juizes, inteligentes e solertes da proteção jurídica, recusar o seqüestro sobre obras constituindo uma contrafação, porque, no seu entender, a lei não fornecia os mesmos meios.

Outros, ao invés, apegam-se às disposições sobre o seqüestro judiciário, pressupondo que se trate de um direito de propriedade em disputa; e uma vez que esta é a opinião por muitos aceita sobre o caráter do direito em litígio, ela ao menos serviu para tornar aplicável uma prudente disposição de lei.

No entanto, de acordo com o sistema que agora prevalece, ou é preciso recorrer à ação penal, perigosa pela eventualidade

de absolutórias, ou, invocando a via civil, é preciso não deixar que escapem as provas da contrafação e esta continue até o fim do juízo.”

Apresenta a medida — aditam os MAZEAUD — “uma tríplice vantagem: permite ao requerente uma prova fácil da contrafação; evita que o prejuízo se agrave; facilita a execução do julgamento, que, a pedido do autor, determinará a destruição das obras contrafeitas”.

Entre nós é obrigatória até mesmo por força dos grandes compromissos internacionais a que os representantes do Brasil apuseram a sua chancela.

Está na Convenção de Berna, revista em Bruxelas:

“Art. 16 — 1 — Toda e qualquer obra contrafeita pode ser apreendida pelas autoridades competentes dos países da União onde a obra original tem direito à proteção legal.

2 — Nestes países a apreensão pode também efetuar-se sobre as reproduções provenientes de qualquer país onde a obra não seja protegida ou tenha deixado de o ser.

3 — A apreensão efetua-se de harmonia com a legislação interna de cada país.”

Muito mais enérgica, a de Washington prevê não a possibilidade, mas a *obrigatoriedade da medida “ex officio”*:

“Art. 13 — 1 — Todas as publicações ilícitas serão seqüestradas, *ex officio* ou a requerimento do titular do direito à obra, pela autoridade competente do Estado Contratante em que se verificar a infração, ou no qual a obra ilícita tenha sido importada.

2 — Toda representação ou execução pública de peças teatrais ou composições musicais em violação dos direitos de autor será a requerimento do seu titular interdita pela autoridade competente do Estado Contratante em que ocorrer a infração.

3 — Tais medidas serão tomadas sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis.”

Chega-se, pois, à conclusão de que a medida de busca e apreensão tem caráter cautelar e satisfatório ao mesmo tempo, levando-se principalmente em conta que muitos dos contrafatores são elementos desqualificados, em geral destituídos de bens com que possam ser responsabilizados civilmente pelas suas ações deletérias.

E alcançará também aqueles que, embora não fabricantes, vendam, ou exponham à venda, esses produtos, uma vez que são solidariamente responsáveis com o contrafator, nos termos dos arts. 184, § 2º, do Código Penal, e 124 da Lei nº 5.988.

Mas a busca e apreensão resolve apenas em parte o problema.

Terão as confecções contrafeitas, seja qual for o seu número, de ser entregues ao autor, por aplicação analógica do art. 122 desta: “perderá para este os exemplares que se apreenderem”.

Só por essa forma — ação de indenização contra os contrafadores abonados; ação criminal, precedida de busca e apreensão, contra os mesmos e contra os não abonados — poderão os criadores prosseguir, tranquilamente, na tarefa à qual vêm-se dedicando há tantos anos.

8 — *Aplicabilidade tanto no âmbito civil como no criminal*

Em monografia que publicamos em 1952, *Direito Autoral de Radiodifusão*, São Paulo, Limonad, págs. 522 e segs., depois de lembrarmos não haver mais lugar para a dúvida de ser a medida cabível tanto no cível como no crime, uma vez promulgadas as leis processuais penal e civil que a regulamentam respectivamente nos arts. 527 e 676, demonstramos não haver vacilações a respeito em nossa jurisprudência.

Dentre outros acórdãos, destacamos o da C. Primeira Câmara do então Tribunal de Apelação de São Paulo, de 9-11-1931, decidindo, em caso de contrafação de patente, *Revista dos Tribunais*, vol. 86/261, com fundamento na lição de CARVALHO DE MENDONÇA, que busca e vistoria são medidas de caráter penal e representam o mesmo papel que o corpo de delito nos processos criminais comuns; são meios de prova do delito, tendo a apreensão por fim facilitar a adjudicação que deve ser feita na mesma sentença proferida na ação penal.

AFONSO DE CARVALHO foi relator do ven. acórdão inserto no mesmo repertório, vol. 74/460, que confirmou decisão do então Juiz de Direito LUIZ GONZAGA DE MACEDO VIEIRA, fundamentada em acórdão do Supremo Tribunal Federal, obtemperando que “a busca e apreensão, por ser medida de caráter criminal, não deixa de caber nos processos criminais, assim como nos cíveis”.

Sob o aspecto civil, dentre os numerosos países cuja legislação prevê expressamente a medida (Austria, Bélgica, Colômbia, República Dominicana, Finlândia, Japão, México, Mônaco, Romênia, Suíça etc.), merece uma referência especial a Itália: Lei nº 633, de 22-4-1941, dedicando uma seção às “Defesas e Sanções Cíveis” e outra às “Defesas e Sanções Penais”.

Comentando-a, encarece E. PIOLA CASELLI, *Il Diritto di Autore*, Turim, Utet, 1941, pág. 632, que a ação civil deve ter, no seu desenvolvimento normal, não somente a finalidade e o efeito, principalmente repressivos, de reparar e de reintegrar o direito violado, mas, outrossim, as finalidades e os efeitos, principalmente preventivos, de afirmar judicialmente a existência do direito, de eliminar as turbações e as molestias, de interromper o curso de uma atividade violadora, de destruir, finalmente, os aparelhos que constituem um perigo próximo de lesão jurídica.

Tem a busca e apreensão aplicabilidade não apenas no âmbito civil, mas também no criminal, em pelo menos quatro das oito hipóteses previstas no art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, isto é, para:

- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Em acórdão coligido pela *Revista dos Tribunais*, vol. 82/56, reconhecendo embora que os direitos autorais gozam de regalias, que se não infringem impunemente, proclamava a C. 4ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que a medida é praticável no civil, “nos precisos termos legais”.

Mesmo no âmbito processual, a finalidade da medida não é apenas de confirmar a existência da contrafação, para o que seriam suficientes dois ou três exemplares, mas de impedir, pela apreensão, que a providência não resulte apenas nominal, como deixam bem claro as expressões finais do § 3º transcrito: “peritos aos quais incumbirá *confirmar* a ocorrência da violação antes de ser *efetivada a apreensão*”.

É o que reconhecem os próprios processualistas, como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo Cautelar*, pág. 279:

“Nos casos de apreensão fundada na Lei de Proteção aos Direitos Autorais (Lei nº 5.988, de 14-12-1973, arts. 122 e 123), o juiz designará para acompanharem os oficiais de justiça dois peritos, aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação, antes de ser efetivada a apreensão (art. 842, § 3º). Não há, portanto, necessidade de justificação prévia em juízo.”

O produto fraudulentamente reproduzido, não apenas etiquetas, deverá ser entregue ao prejudicado.

Em nossa aludida monografia, depois de referirmos casos de jurisprudência, a começar pelas decisões pioneiras de LAUDO FERREIRA DE CAMARGO, de 14-9-1929 (*Rev. dos Tribunais*, vol. 74/388), reconhecendo o direito de requerer a apreensão de obra adaptada ilícitamente, e de 12-5-1949, do Juiz IVAN LOPES RIBEIRO, *Diário da Justiça da União*, de 31-5-1949, pág. 4.281, frisamos que, com raras exceções, todos os países prevêem expressamente disposições relativas à busca e apreensão, esmerando-se de modo especial as leis austríaca e suíça.

Nem há o que discutir sobre o cabimento da medida diante do disposto no art. 669 do Código Civil, em pleno vigor, que manda determinar a perda, “em benefício do autor, ou proprietário”, dos “exemplares da reprodução fraudulenta, que se apreenderem”.

O Projeto BARBOSA-CHAVES, que tanta influência exerceu na Lei nº 5.988, era muito mais explícito e compreensivo:

“Art. 155 — *Busca e apreensão*. A pedido do titular de direito, poderá ser determinada a busca e apreensão das obras e

exemplares em que se materializam reproduções já fabricadas ou em vias de fabricação, como moldes, planchas, litografia, clichês, matrizes, negativos e semelhantes.

Parágrafo único — A apreensão poderá ser requerida em qualquer comarca onde se encontrem, ou forem expostos à venda, obras ou exemplares, objetos e proventos da violação e será, sucessivamente, executada em qualquer outra comarca onde se torne necessária a diligência, mediante simples requisição do juiz que tenha ordenado a primeira, preventa que fica a competência.”

Nem será preciso insistir na matéria, diante da clara manifestação da C. Quinta Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado, em acórdão publicado na revista citada, vol. 470/369:

“Não se nega que o autor tenha direito de requerer a apreensão dos exemplares de sua obra reproduzidos fraudulentamente.”

Nessa mesma ordem de idéias decidiu o Tribunal de Alçada Criminal mencionado, por votação unânime, aos 20-3-1975, Ap. nº 97.611-SP, Rel. Juiz GENTIL LEITE:

“VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL — Busca e apreensão preparatória da ação penal. Necessidade de exame pericial. Deixando a violação de direito autoral vestígios (v.g. “cassettes”, discos, fonógrafos etc.), há necessidade do exame pericial para o recebimento da queixa ou denúncia, conforme disciplina o art. 525 do Código de Processo Penal. Daí por que deve ser processada a medida preparatória da busca e apreensão requerida.”

Chega-se, pois, à conclusão ser perfeitamente viável a medida de busca e apreensão, com caráter cautelar e satisfatório ao mesmo tempo, levando-se principalmente em conta que muitos dos contrafatores, quando não a totalidade, são elementos desqualificados, em geral destituídos de bens com que possam ser responsabilizados civilmente pelas suas ações deletérias.

E alcançará também aqueles que, embora não fabricantes, vendam, ou exponham à venda, esses produtos, uma vez que são solidariamente responsáveis com o contrafator, nos termos do § 2º do art. 184 do Código Penal.

Mas a busca e apreensão resolve apenas em parte o problema.

Terão as confecções contrafeitas, seja qual for o seu número, de ser entregues ao autor, por aplicação analógica do art. 122 da Lei nº 5.988: “perderá para este os exemplares que se apreenderem”.

Injustificáveis, portanto, diante de tão claros pronunciamentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais, quaisquer escrúpulos na concessão da busca e apreensão de objetos que, fabricados ilicitamente, são usados de maneira conscientemente criminosa por quem, na expressão

do Código Penal, art. 184, § 2º, “vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda” tais objetos, “produzidos com violação de direito autoral”.

Sem essa providência, como conseguir que seja, por assim dizer, “fotografada”, documentada para todo o sempre a ação delituosa no mesmo instante em que é levada a efeito?

Como ter a certeza de que a perícia poderá processar-se normalmente, evitada a escamoteação dos elementos indispensáveis?

Sem essa ameaça, como conter os agentes de tão fácil e fugaz transgressão?

Sem essa prova, como instruir ações penais com os objetos que constituem o corpo de delito, como documentar as ações civis de perdas e danos?

Mais do que útil, mais do que necessária, a busca e apreensão é, no caso, uma medida indispensável, uma vez, à sua falta, jamais poderiam os titulares de direito obter o reconhecimento de suas prerrogativas e preparar o caminho para obstar definitivamente a sua violação.

Sem ela, a qualquer momento estarão os violadores da lei sossegadamente a tempo de eliminar todos os vestígios das infrações cometidas, não restando possivelmente ao querelante, humilhado, escarnecido e revoltado, nem o magro consolo de dizer que obteve o reconhecimento de que a razão estava ao seu lado.

Já é tempo, a bem não somente da defesa do direito de autor — o que seria uma razão suficiente —, mas da salvaguarda da nossa memória cultural, do progresso das nossas tradições jurídicas, a bem do próprio decoro da Justiça, de fazermos funcionar o instrumental de que dispomos de acordo com as necessidades dos dias presentes, e reservarmos para a esfera civil a discussão das controvérsias e das dúvidas que lhe são próprias.

Naqueles casos, todavia, em que pessoas inescrupulosas partem do propósito muito deliberado de lesar, nas eventualidades em que, sem embargo de interpelações, de avisos, de rogos e das imprecisões dos prejudicados, insistem em agravar, então o verdadeiro, o único, o santo remédio será o processo criminal, na esperança ainda de que não redunde tudo na irrisão da aplicação de uma multa pecuniária pouco expressiva!

Se o Estado — exclamou o M. Juiz de Direito DEOCLECIANO MARTINS DE OLIVEIRA FILHO, em sentença publicada no *Diário da Justiça* da União, de 17-4-1952, págs. 3.569-3.571, num caso de ação ordinária de indenização por gravação não autorizada, em que foi solicitada, no cível, medida preliminar de busca e apreensão — proclama direitos imateriais, literários, artísticos e científicos, não há como deixar de dar-lhes uma proteção adequada.

9 — Tanto no direito de autor como na propriedade industrial

Atente-se a que não apenas o Código Penal, complementado pelo Código de Processo Penal, reprime as violações aos direitos do criador intelectual: determinadas violações, principalmente contrafações, alcançam também marcas, desenhos, modelos de utilidade, patentes, usurpação de nome comercial, reprodução indevida de obras artísticas, cópia ou imitação de marca ou símbolo alheio etc.

Por isso mesmo, o antigo Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945, transcreveu os crimes definidos no Código Penal.

O ulterior Código, Decreto-Lei nº 254, de 28-2-1967, nada dispôs a respeito. Persistindo a omissão no que se lhe seguiu, Decreto-Lei nº 1.005, de 21-10-1969, levantaram-se dúvidas quanto à subsistência das disposições penais e processuais.

A jurisprudência pátria tem, no entanto, reconhecido a plena vigência daquelas normas:

Crime contra a propriedade imaterial. Inteligência do novo Código da Propriedade Industrial

“O Decreto-Lei nº 254, de 28-2-1967, omitiu toda e qualquer disposição penal e processual penal por dever a matéria retornar ao corpo geral do Direito Penal pátrio, conforme estudos em andamento. Enquanto tal não ocorra, não constituindo “disposições em contrário” às normas novas, continua em vigor a parte penal e processual penal do anterior Código (Título IV do Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945)” (TA Crim. SP, 1ª Câmara, Ap. Crim. nº 3.575-SP, Rel. Min. Azevedo Franceschini; j. em 23-5-1968, v.u., RT, vol. 391/315).

Crime contra a propriedade imaterial. Pretendida não configuração do delito em virtude da omissão do Código de Propriedade Industrial relativamente a disposições penais e processuais

“O rotineiro “revogam-se as disposições e leis em contrário” do art. 178 do Decreto-Lei nº 254, de 1967, manifestamente não alcança a parte penal do anterior Código de Propriedade Industrial, que subsiste em vigor, sendo que só se se tratasse de disposições secundárias filiadas a disposições principais, o que não ocorre, é que a revogação desta importaria na revogação daquelas” (TA Crim. SP, 1ª Câmara, Ap. Crim. nº 5.590-SP; mesmo relator; j. em 10-2-1969, v.u., RT, vol. 402/257).

Confirmou a orientação o atual Código de Propriedade Industrial, instituído pela Lei nº 5.772, de 21-12-1971, cujo art. 128 proclama continuarem em vigor os arts. 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 e 189 do Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945.

10 — Conseqüências práticas da simplificação

Embora aumentando a responsabilidade e as atribuições dos Delegados de Polícia, outra importante conseqüência da dispensa da formalidade da queixa consiste em evitar a perempção de inúmeras ações penais, decorrente muitas vezes de uma cega obediência a meras questões de praxe, completamente superada pelo dinamismo das relações do nosso tempo.

Na verdade, nos casos em que somente se procede mediante queixa, considera o art. 60 do Código de Processo Penal perempta a ação penal:

“III — quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificável, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais.”

A Jurisprudência não dispensava sua presença nem mesmo nos atos processuais nos quais não tinha qualquer atuação, só podendo ser neles representado por procurador *ad judicium*, como nas audiências para ouvida de testemunhas, ou na audiência de julgamento:

“Perime a ação se o querelante, sem motivo justificado, deixa de comparecer à audiência de julgamento do querelado (*Rev. dos Tribs.*, vol. 244/300).”

“Não tendo o querelante comparecido... e nada provando, sequer alegando motivo justo para a ausência, forçoso é reconhecer a perempção da ação penal (mesma revista, vol. 386/254).”

Tribunal de Justiça de São Paulo, repertório citado, vol. 377/90:

“O dispositivo do art. 60, nº III, do Código de Processo Penal, é amplo, abrangendo, conseqüentemente, a produção de quaisquer provas, de acusação ou de defesa, ainda que através de precatórias. E a amplitude se explica pelo rigorismo com que deve ser encarada a iniciativa do particular que substitui o Poder Público no exercício do direito de punir. A menor desídia de parte do queixoso deve ser levada à conta de desinteresse a acarretar a perempção à ação penal.”

“... em se tratando de perempção da ação penal, a lei é de aplicação sumamente rigorosa”, pois “... sendo a perempção da ação penal matéria de interesse e de ordem pública, pode ser apreciada e decretada de ofício” (Tribunal de Alçada Criminal, 4ª Câmara, Recurso Criminal nº 4.737-SP).

Levaram esses elementos JOAQUIM ANTÔNIO D'ANGELO DE CARVALHO, *Os Crimes contra a Propriedade Imaterial e a Presença do Querelante*, P & M, fevereiro de 1972, págs. 16 e 17, a curiosas e pertinentes observações, evidenciando plenamente como aquele processamento estava distanciado da realidade dos nossos dias:

Se o querelante fosse uma pessoa jurídica, como costuma ocorrer em se tratando de violação de patente ou marca, a presença do seu

representante legal, credenciado pelo contrato ou pelos estatutos, é indeclinável. Constituindo a pessoa jurídica um advogado para representá-la na queixa-crime, o outorgante do mandato, aquele que assina em nome da empresa, é que estaria obrigado a comparecer, salvo se, pelos atos constitutivos da empresa, pudesse ela ser representada, indiferentemente, por um ou outro gerente, por um ou outro diretor.

O que seria inadmissível é que o mandatário judicial supra, com sua presença, a do representante legal da pessoa jurídica, excetuada a hipótese de o advogado ser o próprio representante legal. Do mesmo modo, se o mandatário judicial se fizesse acompanhar do advogado interno da empresa, sem que este advogado, apesar de nela colocado em posição hierárquica superior, fosse o representante legal dela, não estaria preenchida a exigência do item III do art. 60 ora enfocado.

“Sendo a ação penal movimentada por vários querelantes, todos, indistintamente, terão de comparecer aos atos processuais, não sendo possível a substituição de uns pelos outros.

Do mesmo modo, e a rigor, se o contrato social de uma empresa, e nas limitadas isso é muito comum, prevê que a representação da sociedade — e o uso da razão ou denominação social — será sempre feita por dois sócios, só estará cumprida a exigência do item III do art. 60 se ambos os sócios comparecerem aos atos processuais da ação penal, eis que ambos, em conjunto, é que encarnam a figura do querelante.”

Poder-se-ia argumentar — conclui — que se tratava de um formalismo injustificável, mormente porque o querelante, a não ser na audiência em que é ouvido, ficava inerte em todos os demais atos do processo, no qual atuava apenas seu advogado. Formalismo ou não, o certo era que a disposição da lei era genérica e a expressão “a qualquer ato do processo a que deva estar presente” é ampla, não podia ser entendida como “a qualquer ato do processo para o qual seja convocado”.

11 — *O direito de autor não dispensa a preciosa colaboração das autoridades policiais*

Não cuidou a Lei nº 5.988 de sistematizar as diversas providências cautelares que podem ser tomadas em matéria de direito de autor.

Entendeu, provavelmente, que caberia ao Código de Processo Civil esmiuçá-las. Mas este, por sua vez, não poderia, sem prejuízo do todo, entrar nas peculiaridades desse direito específico, que por essa forma não encontra num corpo orgânico de disposições as bases de uma política prévia tão importante.

Sem embargo, em numerosos dispositivos demonstra não ter desmerecido a Lei nº 5.988 tão longa tradição de exigência dessa indispensável ajuda, exigindo, no art. 73, § 2º, que, ao requerer a aprovação do espetáculo ou da transmissão, o empresário apresente à autoridade

policial, observando o disposto na legislação em vigor, "o programa, acompanhado da autorização do autor, intérprete ou executante e do produtor de programas, bem como do recibo de recolhimento em agência bancária ou postal, ou ainda documento equivalente em forma autorizada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a favor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o art. 115, do valor dos direitos autorais das obras programadas".

Ao acrescentar, ainda, no art. 127, que o titular dos direitos patrimoniais de autor ou conexos pode requerer à autoridade policial competente a interdição da representação, execução, transmissão ou retransmissão de obra intelectual, inclusive de fonograma, sem autorização devida, bem como a apreensão, para a garantia de seus direitos, da receita bruta, perdurando a interdição até que o infrator exhiba a autorização.

Finalmente, pelo art. 130, a requerimento do titular dos direitos autorais, a autoridade policial competente, no caso de infração do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 73, determinará a suspensão do espetáculo por vinte e quatro horas, da primeira vez, e por quarenta e oito horas, em cada reincidência.

Mantém-se, assim, fiel a uma tradição de nobre ancianidade.

Circular enviada em 1797 pelo Ministro da Justiça da França, CHARLES JOSEPH MATHIEU LABRECHT aos Prefeitos e forças de polícia, conclamava-os a prestarem sua colaboração às atividades dos autores:

"Cidadãos, o Governo, incumbido de fiscalizar a execução das leis, está informando de que as propriedades literárias são abertamente violadas, que existem associações de homens sem pudor que se apoderam das obras melhores e arrancam a seus proprietários os frutos de vigílias, de suas viagens, dos perigos que enfrentaram e dos capitais que inverteram em empresas dignas da gratidão nacional, que esses espoliadores ousam publicar e auferir lucro desse comércio ímpio, que tendo os autores se queixado aos oficiais da polícia judiciária, estes, seja por indiferença, seja por uma falsa interpretação das leis, recusam prestar seu ministério à requisição dos autores, de seus procuradores, para a apreensão do corpo de delito.

As propriedades literárias seriam, pois, menos sagradas, aos olhos dos magistrados republicanos, do que as outras propriedades? É aos homens de ciências e de cultura, aos autores dramáticos, a todos os escritores que devemos, principalmente, a superioridade da língua francesa em relação a todas as línguas da Europa; são eles que tornam as nações tributárias das nossas artes, dos nossos gostos, do nosso gênio e da nossa glória; é por intermédio deles que os princípios e as normas de uma sábia e generosa liberdade penetram além de nossas fronteiras e da nossa esfera de atividade."

Direito de autor na obra fotográfica

CARLOS ALBERTO BITTAR
Doutor em Direito pela USP

SUMARIO

I — DIREITO DE AUTOR: NOÇÕES GERAIS

- 1 — Conceito
- 2 — Breve histórico
- 3 — Natureza
- 4 — Disciplina legal: internacional e nacional
- 5 — Atributos: direitos morais e patrimoniais

II — DIREITO DE AUTOR NA OBRA FOTOGRAFICA

- 6 — Obras protegidas pelo direito de autor
- 7 — A obra fotográfica como obra protegida, nos planos internacional e nacional
- 8 — Condições da proteção da obra fotográfica
- 9 — Direitos autorais dos fotógrafos: direitos morais e patrimoniais. A instrumentação jurídica da atividade; a situação dos profissionais autônomos e a dos assalariados
- 10 — Limites aos direitos dos fotógrafos e das empresas do setor
- 11 — Reflexões conclusivas

Conferência proferida em 27-8-1980, no V Congresso Brasileiro de Empresas Fotográficas, realizado em São Paulo.

1 — De grande atualidade e de enorme importância é o tema que nos foi confiado nesse conclave, o qual versamos com base no roteiro que previamente oferecemos aos participantes.

Partindo de um conceito do direito de autor, cabe-nos acentuar que, de acordo com a noção que temos adotado em nossas preleções, esse direito é o ramo da ciência jurídica que se destina a proteger os criadores de obras intelectuais dos domínios literário, artístico e científico. Tem, portanto, como objetivo, amparar os autores de obras de engenho, de caráter literário, artístico ou científico.

2 — Em breve evolução histórica, podemos assinalar que o direito de autor nasceu, legislativamente, junto ao reconhecimento das liberdades humanas — hoje denominadas liberdades públicas — pois foi reconhecido à época da Revolução Francesa, e, a partir de uma evolução que vem desde o direito romano, nos primórdios da civilização.

Com efeito, no direito romano já se identificava a preocupação de proteger-se o criador intelectual. Conforme alguns textos citados em nosso trabalho, **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda** (SP, RT, 1977), os romanos reconheciam o direito do autor de uma tela, embora, contraditoriamente, quanto ao escrito, defendessem posição contrária: a de que, se a pessoa escrevesse um texto sobre pergaminho alheio, o texto a este aderiria, pertencendo, portanto, ao proprietário do pergaminho. Tratava-se, ainda, pois, de concepção incipiente, isto é, se de um lado se reconhecia para o artista (o pintor) o direito, já não se reconhecia esse mesmo direito para o intelectual ou para o literato se utilizasse pergaminho alheio.

Tendo em vista a descoberta da imprensa e a proliferação da edição de obras do domínio literário e, também, de obras teatrais, surgiu a preocupação de proteger-se esses textos. Interessante notar que foi graças aos editores que se conseguiu uma primeira manifestação de reconhecimento de um direito sobre as criações intelectuais. Foi assim, então, que surgiu o chamado privilégio, que era concedido aos editores quanto às obras que produziam, ou seja, o direito de autor surgiu como um reconhecimento ao direito do editor, como um privilégio que se lhe concedia e que era submetido, previamente, ao Conselho do Rei e aprovado depois pelo monarca. O direito representava, em verdade, primeiro, um privilégio, segundo concessão real, que poderia, ou não, no caso concreto efetivar-se.

Com o progresso das artes, da literatura e da própria cultura, essa situação haveria de modificar-se e, realmente, isso aconteceu; com a Revolução Francesa e amadurecido o pensamento jurídico, procurou-se firmar um direito ao autor, direito esse aliás, que, na própria França, começou a manifestar-se, ainda ao tempo dos privilégios e graças, principalmente, à atuação dos advogados franceses, que procuravam mostrar que o privilégio não deveria ser concedido ao editor, mas sim ao autor, ao criador da obra, ou seja, àquele que a trazia a lume. Graças, portanto, a essas

posições, e já à época da Revolução Francesa, foram promulgadas 2 (duas) leis (em 1793), reconhecendo o direito dos autores de escritos, obras teatrais, obras musicais, desenhos e outras produções intelectuais.

Estava, portanto, consagrado, no direito positivo, o denominado direito de autor. A partir dessa colocação, o direito de autor veio a introduzir-se em todo o direito moderno, passando a receber reconhecimento, inclusive, a nível constitucional em alguns países e ingressando, mais tarde, também, em uma disciplina internacional, de sorte que hoje é reconhecido no plano internacional e interno e, neste, tanto no plano constitucional, como no plano do chamado direito privado.

3 — Passando à análise de sua natureza, temos a acentuar que o direito de autor representa um direito especial — e esse foi um dos pontos que acentuamos em nossa referida tese — pois apresenta conotações tão específicas que chama para si uma disciplinação própria, isto é, constitui um ramo autônomo do direito, com princípios, com normas e com características próprias.

Ora, quais são, então, essas características, que acabam por distinguir o direito de autor?

As características fundamentais do direito de autor e que lhe emprestam o tom de autonomia que vimos defendendo são as seguintes:

- a) a obra é uma manifestação do espírito do autor;
- b) existe o que se chama de aderência ativa, isto é, a obra fica como que praticamente presa ao autor por toda a sua vida, e isso hoje é reconhecido inclusive no plano legislativo, através do chamado direito moral;
- c) uma certa limitação no tempo, isso inclusive em função de um outro princípio, que tem sido oposto ao direito de autor, que é o do interesse da coletividade em conhecer a obra. Daí por que, ao contrário do direito da propriedade, o direito de autor é um direito limitado no tempo, isto é, enquanto a propriedade é um direito perpétuo, até que a pessoa aliene ou a transmita, o direito de autor é, em princípio, quanto ao seu aspecto patrimonial, limitado no tempo.

Essas características, somadas a outras, imprimem ao direito de autor uma conotação singular, de sorte que é regulado por leis especiais, que escapam do âmbito das leis gerais; daí por que, então, defendemos a posição — que é hoje admitida universalmente — de que o direito de autor se constitui num direito especial, portanto, sujeito a princípios e a normas próprias.

4 — No plano legislativo, o direito de autor é disciplinado a nível internacional e nacional e, dentro do âmbito nacional, nas posições que já acentuamos.

No plano internacional, a principal normatização se encontra na chamada Convenção de Berna, isto é, na União Internacional para proteção da propriedade artística, científica e literária, como é chamada até hoje. Essa União resultou de um concurso de esforços feitos por vários Estados que, em 1886, promulgaram o seu texto original, que, aliás, é fundamental quanto à posição que vamos mais tarde expor quanto aos direitos dos fotógrafos.

A partir da Convenção que se reuniu em Berna em 1886 — daí por que é ainda conhecida como União de Berna, embora venha sofrendo revisões periódicas e exatamente para aperfeiçoamento de seu texto — é que se chegou à disciplinação internacional nessa matéria, em que se procura proteger os direitos de autor, no relacionamento interestatal ou internacional. Assim, por exemplo, reconhece-se o direito de um autor nacional quanto à reprodução de sua obra no exterior e, vice-versa, confere-se proteção a autores estrangeiros dentro do território brasileiro, e assim por diante.

A convenção sofreu — como dissemos — várias revisões, a última das quais se deu em Paris, em 1971, para sua adaptação à evolução tecnológica. A seu lado, existe, ainda, no plano internacional, outro sistema que se consubstancia na chamada União de Genebra que foi efetivada em 1952, inspirada por princípios do direito anglo-norte-americano, desde que os EUA foram o principal interessado nesse outro mecanismo. O Brasil aderiu aos dois, mas inscreve-se no plano filosófico, estrutural e orgânico, no âmbito da Convenção de Berna, em que se protege primordialmente o autor, enquanto que, no sistema de Genebra, se protege mais a obra, a saber, enquanto o primeiro sistema é subjetivo, o segundo é objetivo.

5 — Quais são os atributos do direito de autor?

O direito de autor apresenta atributos de caráter moral e patrimonial, que constituem mais um elemento indicativo de sua conformação especial. Os atributos de caráter moral se destinam a proteger o criador em relação à sua obra. Representam um conjunto de direitos que se conferem ao autor para a proteção do liame indestrutível que o liga à sua obra, como: o direito à paternidade, isto é, o direito de ter o seu nome incluído na obra e respeitado nessa obra; o direito de inédito, ou seja, o direito de publicar ou não a obra; o direito de arrependimento, ou seja, o direito de retirar a obra de circulação; o direito de modificação, isto é, o direito de alterar a obra, quando lhe aprouver, e assim por diante. São, portanto, os direitos chamados “morais”, direitos que representam um vínculo do autor com sua obra.

Ao lado dos direitos morais, o direito de autor compreende, ainda, direitos de caráter patrimonial. São direitos que se reconhecem ao autor quanto aos diferentes processos de utilização de sua obra. Cada processo de utilização da obra gera um direito correspondente, dando ao autor a

possibilidade de receber, em cada qual, a remuneração específica. Assim, por exemplo, o direito de edição; nesse direito, temos que separar o direito de edição cinematográfica, o de edição gráfica, o de edição fotográfica etc. Assim, uma mesma obra pode gerar direitos em vários tipos de utilização; por exemplo, um texto pode gerar direitos quanto à utilização como novela, como filme, como texto escrito e assim por diante. Uma obra fotográfica, por exemplo, pode gerar direitos quanto à fotografia em si, quanto à sua reprodução, quanto à sua inclusão em obra literária e assim por diante.

Então, cada direito, ou cada utilização, representa uma remuneração para o autor; daí por que o princípio fundamental nessa matéria é o da obrigatoriedade de autorização do autor, em cada utilização: isto é, nenhuma obra pode ser reproduzida, nenhuma obra pode ser representada, sem autorização expressa, prévia e explícita do autor. Esse é o princípio fundamental: autorização do autor para qualquer processo de utilização econômica.

6 — Ora, firmados esses pressupostos necessários para o entendimento do objeto precípuo da palestra, cabe-nos indagar: quais são os direitos de autor no campo da fotografia?

De início, cumpre-nos acentuar que, tanto a legislação internacional, como a legislação interna dos países civilizados têm editado textos exemplificativos de obras protegidas pelo direito de autor, isto é, tanto as convenções internacionais, como as leis internas não fecham a questão, não indicando textualmente todas as produções suscetíveis de amparo, exatamente porque, à medida em que evoluem as técnicas e o pensamento humano, novas formas de criação são ideadas e novos processos de utilização são criados, dando origem a novos direitos para o autor. Daí por que, inteligentemente, os convencionais, em 1886, adotaram um texto exemplificativo, a partir do qual todas as leis que contemplam obras protegidas pelo direito de autor contêm enumerações exemplificativas, isto é, indicam algumas obras que são amparadas, sem esgotar o elenco de obras suscetíveis de proteção, terminando com cláusulas gerais, em que se prevêem outras criações de engenho.

Ora, que elemento provocou essa colocação?

Foi exatamente a obra fotográfica, que, em virtude disso, representa para o direito de autor uma extraordinária posição: graças precisamente ao direito reconhecido à obra fotográfica é que os convencionais de Berna adotaram a referida orientação, que tem permitido a proteção dos criadores intelectuais, em processos novos de utilização de obras que vêm sendo engendrados.

Com efeito, em 1886, quando se editou a 1ª Convenção, a obra fotográfica estava apenas criada e razoavelmente aperfeiçoada, mas sem chegar à relevante posição de que ora desfruta; não havia ainda os diferentes

processos de comunicação eletrônica ora existentes. Mas, como se prevendo isso e para proteger os criadores, nesses campos, a partir da discussão travada quanto à fotografia — processo de comunicação de importância maior à época — os convencionais assumiram a posição assinalada. As discussões foram enormes: correntes defendiam a necessidade de incluir-se a fotografia dentre as obras protegidas; outras se inclinavam por orientação contrária, girando-se os debates em torno da definição de sua condição: se constitui ou não obra de arte, exatamente porque os convencionais já haviam adotado a diretriz de que protegidas pelo direito de autor deveriam ser as obras literárias, artísticas e científicas.

Aperceberam-se logo de que, ao lado do processo técnico, havia conotações de arte na fotografia, mas, em face das discussões, os convencionais chegaram às conclusões expostas: fizeram um texto exemplificativo, dizendo protegidas as obras até então conhecidas e incluíram expressão genérica para abranger outras produções intelectuais dos referidos domínios. Vale dizer: deixaram aberta a possibilidade de inclusão de novas criações intelectuais, e mais, no protocolo final assinado com a Convenção, reconheceram, no seu art. 1º, que a obra fotográfica deveria ser protegida pela legislação nacional, porque ainda pairava certa dúvida, para alguns países, quanto à sua natureza, pois o processo estava praticamente em seu estágio inicial de reconhecimento.

A orientação que ora prevalece é a seguinte: as obras amparadas pelo direito de autor, em face da evolução ocorrida, são as obras de cunho estético, isto é, as obras que se destinam a sensibilizar o homem. Dentro dessa diretriz — que, aliás, tivemos a oportunidade de acentuar em nossa tese de doutoramento, "Direito de autor na obra publicitária" —, o caráter estético é que identifica a criação intelectual protegida pelo direito de autor.

7 — Nesse sentido, cabe-nos, então, responder a essas indagações: a obra fotográfica tem, ou não, caráter estético? Inclui-se, ou não, dentre as obras protegidas?

Para tanto, cumpre-nos frisar que a 1ª Convenção assumiu a posição de, no art. 1º do protocolo final, incluir um texto especial, deixando a cada país, que considerasse a obra fotográfica como obra artística, a fixação de sua protegibilidade nesse campo. Vale dizer: os convencionais deixaram que cada país, em sua legislação e desde que reconhecesse o caráter artístico da obra fotográfica, protegesse essa forma de criação intelectual. Mas logo depois se verificou um enorme progresso na técnica da fotografia — que, em parêntesis, vamos mostrar — que fez com que a obra fotográfica fosse, em seguida, incorporada ao texto da Convenção como obra amparada pelo direito de autor.

Com efeito, conforme consta, o processo de evolução da fotografia — embora para muitos o brasileiro HÉRCULES FLORENCE seja o precursor,

em 1833 — começa com o francês NIEPCE, em 1815, que conseguiu produzir fotografia, chamada gravura pela luz, baseado na utilização de propriedades do carvão negro, para impressionar película tornada quimicamente sensível, graças a um processo posto em prática por WEDGWOOD.

Com fulcro, então, nos trabalhos de NIEPCE, depois aperfeiçoados por ele próprio e DAGUERRE — isso já por volta de 1839 — a fotografia tornou-se possível, vindo a transformar-se em um dos mais importantes processos de reprodução.

Foi aprovada, inclusive, por proposta de ARAGO, conforme relata RENE GOURIOU — referido em nossa bibliografia — moção de elogio, na Academia de Ciências da França, aos citados cientistas, pela criação da fotografia, inserida em seus anais no ano de 1839; e o Rei FILIPE baixou decreto que, em face da importância do processo, tornava do Estado a propriedade da invenção.

Mais tarde, em 1850, BLANQUART-EVRARD conseguiu aperfeiçoar mais esse processo, utilizando, então, pela primeira vez, a imprensa fotográfica, produzindo álbum de viagem por impressão, em Lille, na França. Mais tarde ainda, FOX TALBOT obteve gravura direta de imagem fotográfica sobre metal, chamada fotogravura, por volta de 1870. Desse modo, quando se fez a primeira Convenção, a fotografia caminhava para o seu pleno aperfeiçoamento e para uma utilização mais ampla.

Mas, voltando às Convenções, já a 2ª adotava a fotografia como obra protegida, na revisão de Paris, em 1896, cujo art. 2º — que definiu as obras abrangidas em seu contexto — passou a contemplar as obras fotográficas e as obtidas por processos análogos. Assim, a partir daí, essas obras passaram a gozar, no plano internacional, da proteção do direito de autor.

Ora, todos os países do mundo adotam, praticamente, o mesmo sistema da Convenção de Berna, ou seja, o de enumerar exemplificativamente um rol de obras amparadas. Assim também a lei brasileira (Lei nº 5.988/73), em seu art. 6º — que expressamente insere as obras fotográficas — enuncia as criações intelectuais abrangidas em seu contexto. Desse modo, no direito brasileiro atual não há qualquer dúvida a respeito: a obra fotográfica se encontra incluída no circuito protetor do direito de autor.

Assim, a lei francesa, de 11-3-57, ampara as obras fotográficas, mas impõe como condição a existência de caráter artístico ou documental (art. 3º).

A lei italiana, de 22-4-41, que contém capítulo especial sobre as obras fotográficas (arts. 87 e segs.), exclui da proteção as fotografias de escritos, documentos, objetos materiais, desde que de caráter puramente técnico (art. 87); atribui ao fotógrafo o direito (art. 88); considera como cessão do direito a entrega do negativo ou meio análogo de reprodução (art. 89);

exige a indicação do nome do autor e do ano da foto (art. 90) e, por fim, estabelece prazo para a exclusividade, de vinte anos (art. 92) para as obras em geral e de quarenta anos para as reproduções.

A lei alemã, de 9-9-65, inclui, no rol das protegidas, as obras fotográficas (art. 2º); disciplina os direitos do fotógrafo e do retratado (art. 60) e determina a aplicação, a essas obras, das normas existentes para as demais criações (art. 72).

A lei portuguesa (decreto de 27-3-27) insere também a obra fotográfica no rol das protegidas (art. 2º).

Nesse *iter*, aliás, encontram-se as legislações de praticamente todos os países civilizados.

No Brasil, a primeira lei de direito de autor, de 1-8-1898, cuidava também da fotografia no referido rol. No Código Civil, adotou-se a fórmula geral de indicar-se obras artísticas, literárias e científicas como obras incluídas no contexto do que denominava "propriedade literária, artística e científica" (art. 649), permitindo-se a reprodução de retrato ou busto de encomenda pelo próprio encomendante (art. 666, inciso X).

Na lei atual, Lei nº 5.988, de 14-12-73, está expressamente prevista a obra fotográfica (inciso VII do art. 6º), mas desde que, pelas condições de escolha do objeto e da execução, se possa aferir o caráter artístico. Permite-se a sua utilização, nas condições em que se traça, devendo ser indicado o nome do autor, respeitada a sua textura e obtida a autorização do titular para a reprodução (art. 82 e parágrafos).

8 — Como se verifica, a lei brasileira, a exemplo de outras leis, principalmente a francesa, adota uma posição restritiva quanto à proteção, isto é, não é qualquer fotografia que se encontra amparada pelo direito de autor. A lei impõe certas limitações, ao considerar protegida a obra que tenha caráter artístico ou documental, então, para gozar das prerrogativas legais, a obra fotográfica tem que apresentar cunho artístico ou documental e assim será conceituada, de acordo com as condições de escolha do objeto e com as condições de sua execução, nos termos do art. 8º da Lei nº 5.988/73.

Dessa forma, a lei impõe balizas à protegibilidade da fotografia, isto é, não é qualquer obra que merece o amparo, mas aquela que, pela escolha do objeto e pelas condições de execução, possa ser considerada obra artística ou documental (científica).

Essa norma que, como dissemos, reproduz textos de outras legislações, tem sido veementemente criticada pelos autores, máxime na França, porque acaba por incluir restrições que não existem para outras obras intelectuais. Com efeito, não há tais condicionamentos para as obras musicais ou literárias, em que, ao revés, o princípio básico é o da proteção independentemente do mérito ou do destino da obra.

As discussões que se travam, na doutrina, põem em relevo exatamente a inaceitabilidade desses limites, ou seja, questiona-se o porquê da imposição de balizas para as obras fotográficas, quando, para as literárias, por exemplo, inexistem limitações, protegendo-se, em princípio, qualquer texto, sem qualquer consideração quanto à qualidade?

Dizem os autores que subordinar o reconhecimento do direito à condição artística importa em criar uma possibilidade de exame de mérito, que não deve prevalecer para qualquer obra intelectual. Por outras palavras, não se deve conferir ao julgador qualquer elemento que importe em análise do mérito da obra; ao revés, a obra deve ser protegida, qualquer que seja o seu merecimento, isto é, desde que se trate de obra literária, artística ou científica, seja ela meritória ou não deve ser amparada.

A discussão põe em realce o aspecto subjetivo dessa colocação, pois, se se deixa ao examinador a possibilidade de dizer se a obra é, ou não, artística, para efeito de proteção, instala-se a subjetividade na apreciação. Assim, poderá, por exemplo, num debate em um Tribunal, determinado juiz considerar que a obra "x" tem caráter artístico e, portanto, merecedora de proteção será, enquanto que outro a não verá como tal, julgando que, pela escolha do objeto e pela condição da execução, a obra não alcança esse nível. Vale dizer: cria-se a possibilidade de soluções diversas para a mesma obra, gerando, portanto, imperfeições na aplicação da lei ao caso concreto, quando, na verdade, toda e qualquer obra deveria ser amparada como criação intelectual, desde que apresentasse um mínimo de originalidade, que é, aliás, o requisito fundamental exigido para as demais obras literárias, artísticas e científicas.

Em conclusão, qualquer obra fotográfica, portanto, que ofereça condições de originalidade deve ser protegida pelo diretor de autor, a exemplo do que acontece com as demais obras. No entanto, a nossa lei contém a referida restrição, imposta também, como assinalamos, em outras legislações.

O objetivo do legislador foi o de amparar exatamente as fotografias artísticas, isto é, como o direito de autor alberga as obras literárias, artísticas e científicas, quis ele dar o amparo à fotografia que fosse de caráter artístico ou literário. Quis, pois, afastar as criações fotográficas que não fossem nem obra artística, nem científica, pela ausência de caráter artístico ou documental. E a discussão continua na doutrina: assim, GOURIOU, já citado, diz, quanto ao caráter artístico, que várias dificuldades têm surgido na prática, e a primeira é a seguinte: como se pode saber se a escolha do objeto identifica, ou não, uma obra intelectual? Ou, que objeto é suscetível de proteção? Ou, em que condições essa escolha representa a eleição de obra artística? Por exemplo, um cenário, uma paisagem, um auditório, um lustre, qual será então o objeto? Quais elementos devem entrar nessa análise, para que se possa saber que a escolha se refere a obra artística?

Outra dificuldade é quanto à pose ou colocação do objeto: o objeto colocado em um determinado ângulo será artístico e, se colocado em outro, dei-

ará de sê-lo? Por exemplo, fotografias de caráter documental, que procuram imprimir, para a posteridade, obras científicas, se apresentarem certa colocação, serão científicas e, se forem de outra textura, não o serão?

Assim, uma série de dificuldades surge, em função do referido texto. Outro problema: qual ângulo representa uma criação artística? Por exemplo, em fotografia científica, tomado determinado objeto, colocado sobre a mesa e sob certo efeito de luz, fotografado em determinada posição, a criação resultante será obra amparada? E, se esse mesmo objeto for colocado em outra posição, não o será? Ou continuará a sê-lo? Vejam, portanto, que resta sempre uma eiva de subjetividade, que acaba transferindo para quem está julgando a definição do caráter artístico, ou não, da obra.

Outra dificuldade ainda é a seguinte: o trabalho de retoque na obra representa algum valor nesse debate? Por exemplo, quantas pessoas são fotografadas e as fotos depois retocadas? Há inclusive pessoas que, por sua vaidade, gostam que sejam realmente retocadas as fotografias, antes de sua divulgação. O fato do retoque imprime caráter artístico, ou tira o caráter artístico da fotografia, ou aprimora esse caráter? Vejam, pois, que as dificuldades se sucedem na prática, trazendo para o intérprete uma infindável série de problemas, em face do texto em análise...

Quanto ao caráter documental, são postas ainda outras discussões: o critério da profissão define o caráter da obra? Vejam bem: quanto a um cientista, também fotógrafo, a obra por ele produzida, em face de sua condição, é científica? É documental? Mas, e o fotógrafo que seja simplesmente fotógrafo, ou o que tenha o curso específico, ou a preparação profissional própria, se produzir obra nesse campo, será ela protegida, ou não? Vale dizer: o fato de a pessoa estar diplomada pelo curso respectivo imprime à obra caráter científico, ou documental, ou mesmo artístico?

Outro problema: a vontade de criar determinada obra influi na discussão? Ou seja, se se identificar que a pessoa teve a intenção de criar uma obra artística, isso conferirá caráter artístico à produção? E mais: como saber se o fotógrafo, ao produzir a obra, quis criar obra artística, ou simplesmente fotográfica, sem qualquer conotação artística?

Assim, pois, vários e infindáveis problemas existem na prática; daí por que a doutrina tem defendido a posição de que se deve proteger toda e qualquer obra, desde que haja um mínimo de originalidade, e mais, a tendência hoje — como tivemos a oportunidade de mostrar em nossa tese de doutoramento, que, aliás, em breve será publicada pela Editora Revista dos Tribunais, **Direito de Autor na Obra Publicitária**, em que analisamos, em sua primeira parte, as obras protegidas — de que até obras técnicas, como o programa de computador, têm sido consideradas amparadas pelo direito de autor, na jurisprudência, como na Itália, em que tem sido defendida a criação feita por meio de sinais de computação e por outros processos eminentemente técnicos, quando, em verdade, prevalece, nesse passo, a tese

de que, inserida no âmbito do direito de autor é a obra que apresenta cunho estético, como aliás, já acentuamos. Assim, pois, a orientação prevalente é a de que se deve proteger toda e qualquer obra original, de cunho intelectual, nas áreas definidas.

Não é, no entanto — devemos reafirmar — a posição de nossa lei, que permite a análise em cada caso, abrindo ao julgador a possibilidade de exame das condições.

9 — Ora, quais são os direitos do fotógrafo?

Em face das premissas expostas, o fotógrafo é titular de direitos morais e patrimoniais de autor, quando realiza obra artística ou científica.

Os direitos morais do fotógrafo são os seguintes: a) *direito ao nome*, isto é, o fotógrafo tem o direito de ver incluído o seu nome em qualquer forma de utilização da obra; assim, por ex., se o fotógrafo é empregado de uma empresa e nela produz determinada fotografia, o seu nome deve ser estampado junto com a publicação (crédito). Esse é um direito de natureza moral, inalienável e imprescritível, por sua própria condição; b) outro direito moral, também inalienável, é o direito à integridade da obra: a fotografia tem de ser publicada em sua íntegra, não podendo haver maculação ou modificação em seu contexto, nem composição sobre a fotografia, sem a expressa autorização do autor, seja ou não empregado da empresa encomendante, pois o fato de ser empregado não lhe retira qualquer dos direitos que a lei lhe assegura, como defendemos em nosso livro **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**, já citado. Assim, a fotografia tem de ser reproduzida tal como concebida; não se pode deixar de colocar o nome do autor, nem modificar a composição. Aliás, em alguns casos discutidos nos tribunais, composições feitas sobre obra original, sem autorização do autor, têm-lhe dado direito a indenização, que se calcula em função da forma de utilização!

Que outros direitos mais tem o autor? Além dos citados, os de arrependimento, de inédito, de modificação. Mas o de inédito fica, por exemplo, prejudicado, quando o fotógrafo é empregado de empresa e a foto produzida em razão de sua condição: nesse caso, não pode recusar ele a publicação da foto, se para tanto elaborada, podendo, no entanto, exigir a inserção de seu nome e o respeito à integridade da obra, gozando, ademais, de todos os direitos patrimoniais compatíveis.

Direitos patrimoniais são direitos que o autor tem em qualquer processo de utilização da obra, para receber a remuneração correspondente. Assim, se o fotógrafo é empregado de uma empresa e produz fotografia para determinada revista e esta é inserida na citada revista, perfeitamente amparada pelo salário pago se acha a empresa. Mas, se a foto é cedida para outra utilização, fora do âmbito contratual, terá ele direito à remuneração respectiva. Assim, se a empresa insere a obra em outra revista ou em outro meio de

comunicação, tem o empregado direito autônomo sobre a nova inserção, isto é, o salário pago não é suscetível de cobrir o direito de autor em outras reproduções ou utilizações, embora, infelizmente, existam casos na prática em que a empresa utiliza a obra para todo um sistema de inserções (geralmente acobertada por cessão de direitos do empregado-autor). Com efeito, se o empregado produz fotografia para a empresa "x", somente esta poderá usar a obra; se a foto for utilizada por outra, mesmo de um complexo empresarial, terá ele direito autoral específico sobre essa outra utilização, seja empregado ou autônomo. Vale dizer: o autor tem direito específico sobre qualquer utilização, por qualquer pessoa ou empresa, de uma fotografia; por exemplo, se, publicada em uma revista, for utilizada em outra, fará jus à remuneração autoral, salvo se ceder seus direitos (uma das formas de cessão é a entrega do negativo, mas é interessante que as empresas celebrem contrato de cessão de direitos com seus empregados ou autônomos, para evitar discussões posteriores, ou contratos específicos outros, em função de cada situação).

Mas, que contratos são esses?

Os contratos de direitos autorais estão definidos na prática e inclusive analisados em nossos dois citados trabalhos: os principais são os de encomenda de obra intelectual e de cessão de direitos autorais, o primeiro utilizado quando a empresa deixa ao autor os seus direitos morais e patrimoniais intactos; o segundo, quando quer utilizar, em caráter mais amplo, esses direitos, assumindo-os todos e desvinculando-os, pois, do autor. Então, o fotógrafo pode ceder seus direitos, mas a empresa deve pagar-lhe a remuneração correspondente.

Ora, à falta de instrumentação específica, pode o interessado reclamar direito a indenização, em caso de utilização não autorizada, a qual se calcula em função do veículo empregado; por ex., houve um caso em que duas lesões ocorreram: a primeira, quanto à pessoa, aliás, exótica, fotografada na rua sem sua autorização e depois utilizada em agenda de uma empresa, sem que soubesse; a segunda, porque a fotografia foi utilizada sem a autorização do fotógrafo, conforme consta. Tem-se, então, nesse caso, duas violações, e a indenização é calculada sobre o valor da verba publicitária aplicada, conforme tem decidido a jurisprudência. Nessa hipótese, que trazemos à colação para mostrar a importância da matéria, evidencia-se a necessidade de respeitar-se também os direitos do fotografado, além dos do fotógrafo...

Mas, os contratos, que cumpre firmar à empresa, são o de encomenda, se o fotógrafo preserva os direitos autorais, e o de cessão, quando os transfere, total ou parcialmente, para a empresa, com a exata e precisa definição dos direitos cedidos e respectivas aplicações objetivadas, dentro do complexo de direitos patrimoniais que o autor possui.

Aos fotógrafos cabem — como dizíamos — todos os direitos que aos demais criadores são reconhecidos, morais e patrimoniais, e que devem ser

respeitados, mesmo que empregados. Frise-se: o pagamento de salário não esgota os direitos autorais do fotógrafo, como, ademais, o pagamento de salário não exaure os direitos de qualquer criador intelectual. Assim, por exemplo, se empregado de empresa de televisão produz uma novela e esta é utilizada por outra empresa, àquele cabem os direitos correspondentes a esse novo aproveitamento. Outro ex.: a empresa "x" produz a novela, transmite-a e, depois, vende-a a terceira; nesse caso, ao autor cabem também os direitos autorais. Mas isso não ocorre se a empresa utiliza a obra no fim específico — é claro, se contrata o empregado para produzir fotografias e para usá-las em determinada revista — pois tem o direito de aproveitá-la na forma da convenção com o autor, que recebe remuneração exatamente para esse fim!... Agora, a partir do momento em que a empresa utiliza a obra na revista "y", terá que pagar remuneração à parte, se isso não estiver previsto no contrato. Por quê? Porque o contrato é, salvo acordo em contrário, para a finalidade específica da empresa. Com efeito, se outra empresa, ou outra revista, usar a foto para outro fim, terá que ser pago o direito do autor, a menos que exista cessão de direitos, e que essa cessão se faça dentro da instrumentação jurídica própria e das condições impostas pela lei (Lei nº 5.988/73: arts. 52 e segs.).

Os contratos que temos analisado, na prática, não obedecem, de regra, às prescrições legais e, portanto, deixam sem guarida as empresas; são, à generalidade, contratos ou documentos sem qualquer especificação dos direitos compreendidos, e sem qualquer respeito às exigências legais de ordem substancial e de ordem formal. Muitas vezes constituem simples "recibos de autorização", sem foros de juridicidade, problema esse que se torna gravíssimo quando se trata de agência de publicidade, em que a despreocupação é, infelizmente, a tônica!... Com efeito, fizemos exaustiva pesquisa no campo da publicidade e verificamos que a instrumentação jurídica da atividade está completamente inadequada e, mesmo, contrária à lei. Existem certos "recibos de autorização", em que a empresa utiliza imagem de terceiro e, depois, sem pagar-lhe a remuneração devida, cede-a a terceira, criando problemas para todas as entidades envolvidas, inclusive o anunciante... Surgem depois os pedidos de indenização, com as conseqüências desagradáveis para os interessados! Então, atentem bem para isso: a utilização de fotografia — assim como de qualquer obra intelectual — deve obedecer a contratos próprios, com todos os requisitos legais, pois, como criações do intelecto, recebem ampla proteção nas leis.

10 — Quanto às obras fotográficas, existem certas limitações aos direitos dos fotógrafos e da empresa que as usa, como, de resto, em relação às demais produções intelectuais.

Há limitações — que a doutrina tem apontado, como o citado GOURIOU — com respeito à pessoa retratada. O direito à imagem impõe, realmente, restrições à atividade fotográfica. Assim, ninguém pode ser fotografado sem a sua autorização, ou contra a sua vontade, ou sem o seu con-

sentimento. Isso é fundamental: assim, para que alguém possa ser fotografado, é necessário que conceda autorização, salvo se se tratar de foto para notícia de jornal, em que, por exemplo, a pessoa notória pode ser colhida pela objetiva do repórter para a composição de texto jornalístico, mas isso é outro problema, inserido dentro dos permissivos da informação.

Entretanto, quando uma pessoa é fotografada para qualquer outra utilização, tem que dar a sua autorização; não entra nesse rol, por exemplo, fotografia de multidão, mas sim aquela em que haja destaque de pessoa, ou pessoas, que deverão, pois, consentir na utilização.

Outra restrição é quanto ao objeto, isto é, não se pode fotografar qualquer objeto: este há de ser focado com a autorização de seu dono, se se tratar de objeto incluído na esfera jurídica de uma determinada pessoa. Mesmo obras situadas em praça pública não podem ser fotografadas para utilização econômica. Existem inclusive processos a respeito dessa matéria, exatamente com fotografia de monumento localizado em praça pública e depois usada em agenda de publicidade, em chaveirinho, enfim, em material de publicidade. Isso também representa violação de direitos autorais, pois o fato de a obra estar nos domínios de praças não significa que a obra e o nome do autor possam ser explorados economicamente por terceiros.

Outra, limitação diz respeito ao próprio direito de autor sobre a obra reproduzida; assim, se um fotógrafo reproduz a obra de um pintor, estará violando o direito deste, em caso de utilização econômica. Para isso, terá de obter a sua autorização, pagando a remuneração que for ajustada. O mesmo acontecerá se o pintor quiser reproduzir fotografia de terceiro. Por exemplo, se a pessoa possuir um quadro a óleo e quiser reproduzir esse quadro e divulgá-lo, terá que pedir autorização ao autor. O mesmo se dará se se tratar de fotografia que alguém quiser reproduzir a óleo: terá de obter a aquiescência do autor e pagar a remuneração convencional.

Outra limitação respeita à própria fotografia, produzida por artista, a qual só poderá ser reproduzida com a sua autorização, como já assinalamos. Assim, por exemplo, se se produz determinada foto e esta é estampada numa revista, ninguém pode, ao depois, reproduzir fotograficamente a revista para inserir a foto em outra, ou divulgá-la, ou utilizá-la publicamente, sem pedir a autorização do autor. Vale dizer: a obra é protegida em si: qualquer outra forma de reprodução (ou de representação, conforme o caso) tem que merecer a prévia apreciação do autor e a conseqüente remuneração autoral.

Outra restrição se relaciona — como acentuamos — com a inserção nas várias formas de publicação das obras intelectuais. Assim, uma vez produzida, a fotografia só pode ser inserida em nova veiculação, se houver autorização do fotógrafo, e não da empresa, salvo se esta for cessionária dos direitos. Nesse passo, é muito freqüente tomar-se — e aqui alertamos também os fotógrafos autônomos, ou que tenham os seus próprios estúdios — foto-

grafias de pessoas, constantes de arquivos próprios, e utilizá-las para outros e variados fins, em multiplicação de formas (revistas, calendários, anúncios etc.).

Há casos, por exemplo, de fotos de pessoas, que, estampadas em uma revista, foram depois vendidas para outras, inclusive do exterior, para outras utilizações, pelos denominados "image banks", que todos conhecem, em que, através de um processo de atividade empresarial bastante divulgado, são feitos catálogos de fotos e, depois disso, são essas obras vendidas para todos os interessados!... Pode, nessa hipótese, haver dupla violação: da imagem ou do objeto fotografado e da obra fotográfica em si. Então, atentem bem para isso: para que utilizem qualquer fotografia dessa origem, deverão exigir sempre a prova de que a empresa tem a cessão de direitos, sob pena de serem depois acionados, por instâncias, ou da pessoa fotografada ou do próprio fotógrafo. Soubemos, por exemplo, bastante contristados, que uma moça fotografada por um profissional, para uma determinada revista, teve depois a sua pose utilizada em revista internacional, sem sua autorização e a conseqüente retribuição patrimonial. Além disso, soubemos também, em razão de nossa atuação na área, de inúmeros outros casos, inclusive de artistas, nas mesmas condições ou seja, em que foram usadas fotos suas, sem autorização e sem remuneração, como o de uma atriz, cuja foto, tirada para um filme, saiu em uma revista masculina; ou o de outra atriz, que posou para um determinado filme (profissional), de que se extraiu fotografia, usada depois em revista de sexo, sem sua autorização. Ora, nessa última hipótese, com dupla violação, ou seja, da imagem e do direito do fotógrafo, se este tinha a autorização da modelo; se não, também concorreu para a violação à imagem!...

11 — Mas, voltando à posição da obra fotográfica, temos a acentuar, à guisa de conclusão, que é protegida pelo direito de autor, em caráter pleno, em nosso entender. Claro que existem as restrições de nossa lei, mas que dizem respeito a eventual discussão; em princípio, qualquer obra é amparada, desde que original; em havendo debate, os tribunais é que decidirão então se, pela escolha do objeto e pela execução, a obra é, ou não, suscetível de proteção. É um problema de fato, portanto; em tese e em princípio, é a obra fotográfica amparada, qualquer que seja, desde que original.

Para que uma obra possa entrar, regularmente, em circulação jurídica, é necessário: a) que o fotógrafo esteja autorizado a fazer a foto, ou que, pelo menos, não lhe seja denegada a reprodução, quando dê conhecimento à pessoa interessada; e b) que, para qualquer utilização econômica, seja celebrado o contrato adequado, com as formalidades legais e com as especificações exigidas: indicação e qualificação das partes; indicação do objeto; indicação dos fins; com todas as características que a lei impõe. Não servem, para tanto, contratos genéricos, como também não valem autorizações simplistas: o contrato deve especificar a obra que está sendo utilizada e as con-

dições todas do aproveitamento; preço; fim; prazo, e assim por diante, naturalmente, com o consentimento do autor ou do interessado, conforme o caso.

Assim, pois, a atividade fotográfica poderá, não só quanto ao fotógrafo, também quanto à empresa, desenvolver-se dentro das normas e dos princípios que norteiam o direito de autor, protegendo-se — como sempre temos a oportunidade de acentuar — os criadores intelectuais e, por consequência, a própria cultura nacional, de que a fotografia é fator de suma importância!...

BIBLIOGRAFIA

I — OBRAS NACIONAIS

BITTAR, Carlos Alberto — *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

— *Direito de Autor na Obra Publicitária*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

— “Direito autoral” e “Direitos conexos”, Verbetes in *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

— “O direito de autor no plano das liberdades públicas”, in *Justitia*, nº 98, pp. 63 e segs.

— “Direito de autor: noções fundamentais” I e II, in *O Estado de São Paulo*, de 9 e 16 de março de 1980, pp. 55 e 62, respectivamente.

II — OBRAS ESTRANGEIRAS

DESBOIS, Henri — *Le Droit d'Auteur en France*. Paris, Dalloz, 1966.

DEVILLEZ, Hubert — *L'Œuvre Cinématographique et la Propriété Artistique*. Paris, PUF, 1928.

FREMOND, Pierre — *Le Droit de la Photographie*. Paris, Dalloz, 1973.

GERARD, Paul Daniel — *Les Auteurs de l'Œuvre Cinématographique et leurs Droits*. Paris, Librairie Générale, 1953.

GOURIOU, René — *La Photographie et le Droit d'Auteur*. Paris, Librairie Générale, 1959.

GRECO, Paolo e VERCELLONE, Paolo — *Diritti sulle Opere dell'Ingegno*. Torino, Torinese, 1974.

GRUGNOLA, Paola — “Problemi giuridici relativi all'uso de fotografie per pubblicità commerciale”, in *Il Diritto di Autore*, 1973, pp. 418 e segs.

— “Evoluzione della tutela giuridica delle fotografie nel diritto italiano e nel diritto internazionale. Cenni di legislazione comparata”, in *Il Diritto di Autore*, 1979, nº 4, pp. 928 e segs.

No centenário da Lei Saraiva

MIRCEA BUESCU

Professor da PUC-RJ. Sócio do IHGB

O Professor AMÉRICO LACOMBE assinalou-me algumas informações estranhas sobre a extensão do direito de voto durante o Império, no primoroso livro de RAYMUNDO FAORO *Os Donos do Poder* (v. Bibliografia — VI). Lembrou-se de que eu tinha abordado perfunctoriamente o problema numa comunicação anterior (feita no CEPHAS em 29 de março de 1978) e sugeriu-me novas pesquisas a esse respeito. Agradecendo a honra, resolvi tentar a tarefa. O empreendimento assume maior oportunidade, pois a Lei Saraiva, mais diretamente visada no texto mencionado, comemorou seu centenário em janeiro último (a Lei Saraiva foi de nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881).

Quero fazer, desde o início, a ressalva de que me limitarei aos aspectos de minha área — econômica —, embora seja inevitável invadir, às vezes, o campo político. Quando assim for necessário, fá-lo-ei com cautela e humildade. De qualquer modo o centro da discussão vai permanecer de caráter econômico: a alegação de que o direito de voto era muito limitado no regime eleitoral imperial e de que *esta limitação se devia sobretudo ao "voto censitário"* — a exigência de possuir renda de um certo nível, bastante elevado, para ter direito de votar.

Comunicação feita no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, em 18 de março de 1981.

Preliminarmente, vale lembrar, em poucas palavras, o regime eleitoral do Império. O primeiro diploma legal foi a própria Constituição de 1824, regulamentada pelo decreto de 26 de março do mesmo ano, a qual, adotando o sistema de dois graus, estabeleceu poderem ser votantes (no 1º grau) os cidadãos brasileiros no gozo de direitos políticos (o que excluía escravos e mulheres) (art. 91), excetuando-se (art. 92) os menores de 25 anos (salvo os casados, os militares maiores de 21 anos, os bacharéis e os clérigos de ordens sacras), os filhos de família vivendo com seus pais, os criados (salvo algumas categorias privilegiadas), os religiosos de ordens claustradas e *as pessoas com renda anual inferior a 100 mil réis*. Para os eleitores (no 2º grau), excluía-se os libertos e os criminosos pronunciados, exigindo-se, ademais, *a renda anual mínima de 200 mil réis*.

A Lei nº 387, de 19 de agosto de 1846, esclareceu e complementou as disposições constitucionais, incluindo, com direito de voto, os estrangeiros naturalizados (art. 17) e mantendo as exclusões anteriores, acrescentando as praças (art. 18). Os níveis mínimos de renda foram mantidos tanto para os votantes (art. 18) como para os eleitores (art. 53). Ademais, o art. 51 previa que "os votantes não serão obrigados a assinar suas cédulas", o que equivalia a uma autorização implícita aos analfabetos. Várias disposições referem-se à comprovação da renda declarada e das isenções de comprová-la.

Uma disposição, às vezes esquecida, foi tomada pelo Decreto nº 484, de 25 de novembro de 1846, o qual, tendo em vista a alteração do padrão monetário (de 43,2 para 27 denários por mil réis), *alterou as rendas mínimas dos votantes e eleitores para 200 e 400 mil réis, respectivamente*. O esquecimento desta alteração levou a interpretações totalmente errôneas da Lei Saraiva, como vamos ver mais adiante.

Depois de algumas modificações pelo Decreto nº 842, de 19 de setembro de 1855, vale citar a Lei nº 2.675, de 20 de outubro de 1875, que, ao declarar que as listas de votantes indicarão se eles sabem ou não ler e escrever, implica na inclusão dos analfabetos entre os votantes. O mesmo diploma legal, confirmando a reforma de 1846, *mantém explicitamente os tetos de 200 e 400 mil réis para as rendas dos votantes e eleitores, respectivamente*.

Finalmente, veio a Lei nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881 (a Lei Saraiva), abolindo os dois colégios e introduzindo as eleições diretas. Permanecem as mesmas exigências para ser eleitor (a figura do votante desaparece), tais como tinham sido formuladas desde a Constituição, e fica estabelecida a renda anual mínima de 200 mil réis como limite ínfimo para o direito de votar. As disposições legais foram regulamentadas pelo Decreto nº 8.213, de 13 de agosto de 1881, em que se confirma, mais uma vez, o direito de voto do analfabeto pelo fato de que o título de eleitor assinalava se o eleitor sabia ler e escrever (art. 55) e admitia que o título fosse assinado por outra pessoa quando o eleitor não podia escrever (art. 60).

Não se trata, numa discussão de princípios, de identificar e criticar as distorções *de facto* que sofria a lei eleitoral, os abusos, as fraudes, as prepotências. Vários autores, desde aquela época, apontaram o mau exercício da democracia.

O livro de FRANCISCO BELISARIO SOARES DE SOUSA (XIII) é edificante. Referindo-se à mesa eleitoral, FAORO diz que era “o reduto das manipulações, da fraude e da violência eleitoreiras” (VI, 1, p. 367) e que “o número de eleitores da paróquia era arbítrio da mesa” (*idem*, p. 368).

Sem dúvida, essas realidades não devem ser subestimadas no panorama político do Brasil imperial, mas, como já disse, o objetivo deste despretençioso estudo é limitado ao aspecto econômico e aos seus reflexos sobre o sistema eleitoral. As perguntas às quais tentarei responder são as seguintes:

1ª) Era a condição censitária que contribuía para a redução do universo eleitoral?

2ª) Contribuiu a Lei Saraiva para agravar a situação?

3ª) O que representava, em termos econômicos, o limite censitário da lei eleitoral?

4ª) Quais eram realmente as proporções do universo eleitoral?

Passemos às respostas, na ordem.

1 — No que tange à limitação imposta pelo nível mínimo de renda, uma opinião radical encontra-se, por exemplo, em NELSON WERNECK SODRÉ (XII, p. 269): “A base eleitoral está na renda: é a renda que discrimina. Um analfabeto pode votar ou ser votado, desde que a renda que auferir lhe permita o exercício desses direitos. Assim, a área política é privativa da classe de senhores de terras e de escravos, ou de terras e servos e de alguns elementos ligados à atividade comercial... Não ficava sem direito de representação a classe trabalhadora apenas, em que a componente de escravos e serviços constitui esmagadora maioria, ficava excluída também a classe média na sua maior parte”.

Uma opinião semelhante, embora menos radical, é expressa por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA quando analisa as discussões em torno da Lei Saraiva (VII, p. 223): “No que diz respeito ao censo pecuniário, ainda quando fosse adotado o do votante, tudo sugere que parte considerável e mesmo a maior parte da população não escrava do Império continuaria apartada das urnas”. Incidentalmente, lembre-se que o mesmo autor admite que, durante 40 anos após a Lei Saraiva, a proporção de eleitores permaneceu muito reduzida, isto é, mesmo depois da abolição do censo pecuniário pela República. RAYMUNDO FAORO não adota a mesma interpretação: ele diz que de fato a Lei Saraiva manteve o censo, mas este era “incapaz de excluir da participação eleitoral senão os quase mendigos” (VI, 1, p. 382). Mais adiante teremos dados estatísticos em apoio a essa asserção.

A falta de análises quantitativas permitiu a persistência daqueles pontos de vista radicais. Temos, entretanto, alguma coisa. Na impossibilidade material de proceder a uma pesquisa mais abrangente, organizei, em 1978, um levantamen-

to, por amostragem, dos registros eleitorais em várias paróquias da região do Rio de Janeiro no período 1870/1875. Foram fichados cerca de 40 mil nomes, mas selecionados apenas parcialmente, quando as paróquias apresentavam dados completos e coerentes. O estudo concentrou-se em 10 paróquias, das quais 9 urbanas, do Município da Corte (Candelária, Espírito Santo, Glória, Ilha do Governador, Irajá, Jacarepaguá, Santa Rita, São Cristóvão e São José), e uma rural, do Município da Paraíba (Sant'Ana de Cebolas).

Com as restrições que é lícito fazer a uma amostragem, os resultados foram bastante expressivos. Para uma população total de 135.896 habitantes (conforme o censo demográfico de 1872) alistaram-se como eleitores (na realidade, como votantes com renda mínima de 200 mil réis) 6.743 pessoas, ou seja, 5,0% do total. Portanto, 95% foram afastados das urnas. Mas, por que motivo?

Em primeiro lugar, é preciso eliminar os 25.380 escravos — 18,7% da população. Em segundo lugar, as mulheres livres — 40.812 pessoas, outros 30,0%. Em terceiro, da população livre masculina, os menores de 25 anos — 36.639, ou seja, 27,0%. Somando, observa-se que 75,7% da população foram afastados a título de escravo, mulher ou menor de idade.

Sobram 33.065 pessoas, das quais apenas 6.743 se alistaram e 26.322 foram rejeitadas. Contudo, não se pode responsabilizar o nível de renda pelo afastamento desta parcela de 19,3% da população. Não se deve esquecer a grande categoria de criados e jornaleiros, sem direito de voto. Numa paróquia pobre como a de Sant'Ana de Cebolas eles representavam, ainda, 6,3% da população livre masculina.

Sem dúvida, a exigência censitária limitava o número de eleitores, mas *numa proporção modesta em comparação com as de outras naturezas*. Mencione-se que a amostragem escolhida é bastante heterogênea, incluindo paróquias pobres, tais como Sant'Ana de Cebolas, Jacarepaguá e Irajá, ao lado de paróquias ricas, como Candelária e Glória (para detalhes, v. BUESCU, II, pp. 78-108).

2 — A alegação de que a Lei Saraiva agravou a situação, elevando o censo, decorre de um lamentável engano. Assim, um autor muito sério como VICTOR NUNES LEAL refere-se à reforma eleitoral republicana como “partindo do voto direto e suprimindo o *censo alto* da Lei Saraiva” (VIII, p. 225).

É verdade que a Lei Saraiva, suprimindo os dois turnos, acabou com as figuras de votante e eleitor. Subsistiu apenas o eleitor. A confusão resulta dos nomes. Antes, o número de eleitores era evidentemente menor, numa certa proporção ao número de votantes. Remanescendo agora apenas os eleitores, tem-se a impressão de que a Lei Saraiva afastou a massa de votantes que, antes, representava o verdadeiro corpo eleitoral (visto que eles, os votantes, elegiam os eleitores, que, por sua vez, elegiam deputados e senadores). O próprio FAORO sugere esta interpretação (VI, I, p. 375), esquecendo que a renda mínima do

votante já era de 200 mil réis desde 1846 e que foi esta mesma renda mínima que foi exigida do eleitor da Lei Saraiva.

É verdade que no projeto oficial da lei, de 1880, foi proposta, como renda líquida do novo eleitor, a renda do antigo eleitor e não do antigo votante. Ademais, definia-se como mínimo de renda exigido a renda líquida anual que for fixada em lei, mas nunca inferior a 400 mil réis (VII, pp. 220-221).

Entretanto, a lei que foi aprovada — a Lei Saraiva —, como vimos, fixou a renda mínima do novo eleitor em 200 mil réis anuais, o que constituía a renda exigida do votante no regime anterior. Veja-se que, na realidade, a *Lei Saraiva transforma do ponto de vista censitário, o votante em eleitor*. Quem tinha antes renda de 200 mil réis era votante e podia eleger os eleitores. Agora tornava-se eleitor mesmo para a votação direta de deputados e senadores.

A conclusão é que a *Lei Saraiva não representou um retrocesso elitista e reacionário*. Pelo contrário. A evolução pode ser encarada também sob outro ângulo. Entre 1824 e 1881 a inflação foi de quase 200% (III, p. 223). Logo, 200 mil réis de 1881 valiam cerca de 65 mil réis de 1824. Isso quer dizer que a renda real exigida do eleitor da Lei Saraiva era bem menor do que a renda exigida do votante pela Constituição, até o Decreto nº 484, de 1846. Mesmo nesta última data os 200 mil réis de 1881 valiam não muito mais do que 100 mil réis. Daí se conclui que a tendência foi de atenuar a limitação censitária do direito de voto, e não o contrário, como alguns sugerem ou sustentam.

3 — A terceira pergunta refere-se ao valor real que os 200 mil réis legais representavam na época da Lei Saraiva ou pouco antes. Correspondiam a um elevado poder de compra? Eram privativos das classes abastadas, de rendas, pelo menos, medianamente altas?

Os que sustentam a tese do elitismo do censo eleitoral deveriam lembrar as palavras de RUI BARBOSA na discussão do projeto preliminar de lei, o qual fixava o mínimo de 400 mil réis. Dizia ele: “Na mais apertada pobreza, na mais humilde esfera social, quem haverá neste País que coma, se vista e alugue um aposento decente a menos de 400 mil réis anuais?” (apud VII, p. 221).

Entretanto, no mesmo debate, SALDANHA MARINHO perguntava: “Quem pode no Brasil, a não ser rico, dizer que tem 400 mil réis de renda líquida?” (*ibidem*). É o tipo de controvérsia sem saída enquanto limitada a afirmações gratuitas, longe da verificação empírica ⁽¹⁾.

(1) Depois de ter acabado o presente estudo, ao consultar, por acaso, as atas do Conselho de Estado, encontrei o seguinte pronunciamento de JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS, na sessão do Conselho de 26 de abril de 1887, por ocasião das discussões em torno do projeto de reforma tributária: “O imposto sobre os vencimentos dos empregados públicos... não excoetua vencimentos que mal chegam para a subsistência de um homem” (*Atas do Conselho de Estado*. Brasília, Senado Federal, 1978 — vol. VI, p. 292). E qual era a faixa mínima de vencimentos públicos atingidos pelo imposto? De 600 a 1.200 mil réis por ano. Isso quer dizer que, na opinião do futuro Visconde do Rio Branco, um rendimento abaixo de 600 mil réis por ano estava no limite da subsistência. Que dizer, então, dos 200 mil réis anuais da lei eleitoral?

E o confronto empírico dá razão a RUI. Senão, vejamos. Dentro da mesma pesquisa que organizei em 1978 foram feitos levantamentos não apenas de declarações de renda no registro eleitoral, mas também de outras fontes, entre as quais a mais importante o *Jornal do Commercio*, nos anos 1870/1871. Rendimentos anuais muito superiores ao teto de 200 mil réis encontram-se para categorias sociais bastante humildes, como se pode observar a seguir:

(em mil réis por ano)

cabo da alfândega	730	guarda da alfândega	696
carpinteiro	480	operário da alfândega	420
costureira	420	sargento	786
contínuo	1.200	soldado	432

Os alugueis de escravos de ganho, os quais, numa sociedade escravista, acompanham ou determinam os salários, situavam-se igualmente acima do limite eleitoral. Entre 220 e 420 mil réis anuais registra-se remuneração de empregados como ama de leite, carregador, carvoeiro, cocheiro, copeiro, cozinheiro, jardineiro, lavadeira ou lavrador.

Num levantamento feito nas fazendas da família PRADO, em São Paulo, na mesma época, constata-se que os colonos, os mais modestos, tinham rendimentos anuais entre 220 e 300 mil réis (X). As próprias declarações dos registros eleitorais confirmam estes níveis de rendimentos. Na paróquia Sant'Ana de Cebolas, uma paróquia pobre, como já sabemos, composta mais de pequenos lavradores, a grande maioria declara rendimentos de 200 mil réis. A população livre masculina somava 1.937 habitantes. Eliminando os menores de 25 anos, sobram aproximadamente 680 pessoas. E no registro eleitoral estão inscritos 617 eleitores. Conclui-se que a eliminação pela renda era modesta.

Esta análise quantitativa nos leva longe das considerações críticas já citadas, quanto ao elitismo do censo eleitoral. Os males mais graves eram outros.

4 — A última indagação foge ao campo de minhas investigações. Trata-se da dimensão do universo eleitoral. Confesso, entretanto, que, seguindo a pesquisa de caráter econômico, me provocaram perplexidades as informações a esse respeito. Mais uma vez, estas convergiriam no sentido de que a Lei Saraiva causou um forte encolhimento do corpo eleitoral.

De acordo com as informações que vêm desde o tempo de FRANCISCO BELISÁRIO SOARES DE SOUSA (XIII) e MOREIRA COLLARES (IV), SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA (VII) e RAYMUNDO FAORO (VI) apresentam a seguinte evolução. Segundo FAORO, havia, em 1872, 1.089.659

votantes, cerca de 10% da população do País, e apenas 20.000 eleitores. Na primeira eleição sob o império da Lei Saraiva, em 31 de outubro de 1881, inscreveram-se cerca de 150 mil eleitores, 1,3% da população total. De acordo com BUARQUE DE HOLANDA havia 1.140.066 votantes em 1874 e 145.296 eleitores em 1881. É fácil tirar a conclusão de que a Lei Saraiva teria sido a causa do encolhimento do corpo eleitoral.

É fora de dúvida que não é lícito confrontar o número de eleitores de 2º grau do regime inicial com o dos eleitores diretos da Lei Saraiva. Os autores me parecem muito vagos sob este aspecto, quando deveriam dizer que os eleitores efetivamente eleitos pelos votantes no 1º grau representavam apenas uma parcela da massa de cidadãos com direito de ser eleito. Uma leitura mais atenta dos textos legislativos revela que, de acordo com a Lei nº 387/1846, devia haver um eleitor por 100 fogos (art. 107), mas provisoriamente, até o censo da população, estabelecia-se a proporção de um eleitor por 40 votantes (art. 52). O Decreto nº 1.082, de 18 de agosto de 1860, mudou a proporção para 30 votantes por eleitor.

O verdadeiro corpo eleitoral era formado pelos votantes, só que a vontade deles passava por duas etapas. Entretanto, será que é permitido dizer, como FAORO, que "para afugentar o eleitorado fictício restringe-se (pela Lei Saraiva) o corpo votante, reduzindo-se de 10% da população a 1%?" (VI, 1, p. 382).

Talvez a proporção de 10% seja também exagerada, resultante de alguma distorção, mas, de qualquer forma, vimos pela amostragem de nossa pesquisa que o corpo de votantes representava cerca de 5% da população. Em certas paróquias como, por exemplo, Sant'Ana de Cebolas, chegava perto de 10%. Como se reduziu o número de eleitores diretos, da Lei Saraiva, quando vimos que a lei não agravou as condições anteriormente exigidas dos votantes?

Seguindo uma sugestão do Professor LACOMBE, procurei, nos *Anais da Câmara dos Deputados*, as discussões em torno da validação das eleições de 1881. Infelizmente não tinha condições de proceder a um levantamento mais amplo, haja vista que as discussões se referem somente a casos contestados e, muitas vezes, nem dão indicações sobre o número de eleitores. Limitei-me a uma amostragem de 9 distritos (4 do Rio de Janeiro, 2 de Alagoas, 2 de Pernambuco, 1 de Paraíba). A média de eleitores por distrito foi de 932. Como havia 122 distritos eleitorais no País, o total se aproximaria dos números globais indicados pelos autores citados.

Isso me parece muito perturbador. Por que nas eleições de 1881 sumiram os eleitores que eram simplesmente os votantes do regime eleitoral anterior? Mais tarde, por exemplo em 1908, encontrei 1.016.807 eleitores inscritos — 4,8% da população do País (III *bis*), e não apenas 1%. É verdade que a Constituição de 1891 aboliu o voto censitário, mas o próprio FAORO reconhece, num trecho já citado, que esta condição não era muito restritiva. Em compensação, foram

excluídos os analfabetos e isso representava uma grande diferença em relação ao regime da Lei Saraiva. Apesar disso, o corpo eleitoral sobe dos 150 mil de 1881 para mais de 1 milhão em 1908 — de 1,3% para 4,8% da população do País (2).

Acho que o caso mereceria novas pesquisas, mas estas fogem ao meu campo de investigações, ficando elas a cargo dos historiadores políticos e jurídicos. Sob o aspecto econômico, quis apresentar a tese de que o voto censitário, embora restritivo, não era tão elitista, pelo menos no fim do século XIX; que as restrições ao direito de voto eram muito maiores sob outros ângulos; e que a Lei Saraiva não elevou o censo, provocando, assim, um encolhimento do corpo eleitoral. Até novas pesquisas, *sub judice lis est*.

BIBLIOGRAFIA

- I — *Anais do Parlamento Brasileiro* — Câmara dos Deputados. 1880/1882.
- II — BUESCU, Mircea. *Brasil: Disparidade de Renda no Passado*. Rio de Janeiro, 1979.
- III — BUESCU, Mircea. *300 Anos de Inflação*. Rio de Janeiro, 1973.
- III bis — *Censo do Brasil*. 1908. 1912.
- IV — COLLARES, Moreira. "A Câmara e o Regime Eleitoral no Império e na República" in *Livro do Centenário da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro, 1926.
- V — COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo, 1966.
- VI — FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Porto Alegre/São Paulo, 1975.
- VII — HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira* — tomo II, 5 — São Paulo, 1972.
- VIII — LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. São Paulo, 1975.
- IX — *Leis e Decretos do Império do Brasil*. 1824/1889.
- X — LEVI, Darrel Erville. *The Prados of São Paulo: an Elite Brazilian Family in a Changing Society 1840-1930*. New Haven, 1974 (mimeo).
- XI — NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. São Paulo, 1949.
- XII — SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil*. São Paulo, 1964.
- XIII — SOUSA, Francisco Belisário Soares de. *O Sistema Eleitoral no Brasil*. Rio de Janeiro, 1872.

(2) Pesquisei, em tempo reduzido e com meios escassos, as medidas legislativas e executivas expedidas entre janeiro e outubro de 1881 e não encontrei nenhuma que pudesse explicar aquele hiato de eleitores (principalmente no regulamento da Lei Saraiva, aprovado pelo Decreto nº 7.981, de 29-1-1881, ab-rogado e substituído pelo Decreto nº 8.213, de 13-8-1881). Parece-me válido levantar uma hipótese que justificaria novas pesquisas. De acordo com a documentação consultada, as eleições deviam ser feitas com base nos alistamentos anteriores, pois o Decreto nº 8.213 estabeleceu alistamentos anuais no primeiro dia útil do mês de setembro, a partir do ano de 1882, portanto depois das primeiras eleições. Por outro lado, não encontrei nenhuma disposição declarando que os títulos dos antigos votantes variam doravante como títulos de eleitor. Será que não ficou, naquele período de transição (curto demais, entre agosto e outubro), uma certa confusão, apresentando-se como novos eleitores apenas os antigos eleitores, e não os antigos votantes?

Justiça agrária

IGOR TENORIO

Professor de Direito Agrário na UnB e
membro do Serviço Jurídico da União

INTRODUÇÃO

A recente proposta de emenda constitucional criando a justiça agrária merece uma análise detida e profunda.

No Brasil, a década de cinquenta foi dedicada ao início dos debates sobre a reforma agrária, continuados nas subseqüentes décadas, trazendo-nos, enfim, a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, o Estatuto da Terra, e o surgimento de uma nova disciplina jurídica autônoma — o direito agrário.

Na esteira desse esforço, remodelaram-se as entidades jurisdicionadas ao Ministério da Agricultura; e editou-se farta legislação sobre proteção e previdência para o empregado rural; crédito rural; cooperativismo; colonização e terras devolutas; reflorestamento e defesa ecológica; preços mínimos e seguro agrário; e outras medidas de política agrícola.

Nas faculdades de direito surgiu a oferta da disciplina direito agrário, após decisão do Conselho Federal de Educação.

E tudo isso trouxe aos estudiosos a preocupação de debates sobre a codificação do direito agrário; sobre o ensino e a capacitação em direito agrário; e levou a um esforço mais sério quanto à publicação de livros doutrinários, e a realização de inúmeros cursos, encontros e congressos.

JUSTIÇA AGRÁRIA

2 — Superadas as etapas do surgimento do direito agrário como disciplina autônoma, pondo o Governo em execução a reforma agrária, tal como contida no Estatuto da Terra, e passando o setor agropecuário a merecer posição de máximo relevo na política de desenvolvimento nacional, é natural que o tema subsequente de realização da justiça social no campo viesse a corporificar-se nas diversas sugestões de institucionalização da justiça agrária.

O ambiente de reivindicações sociais; os problemas das novas fronteiras agrícolas; atritos entre posseiros e grileiros; e a necessidade de um ordenamento racional para os problemas decorrentes da produção rural e da utilização da terra recomendam um exame dessa opção.

A década de oitenta terá como centro, no campo jusagrarista, o debate sobre a justiça agrária.

Desprezando-se alvitre anteriores, convém fazer-se um apanhado da evolução desta idéia, desde o Estatuto da Terra.

No Estatuto (Lei nº 4.504, de 1964) havia um embrião de justiça administrativa rural — a Comissão Agrária — como órgão específico para a execução da reforma agrária, constituída de um representante do Governo, e representação triplíce dos proprietários rurais e dos trabalhadores rurais, e mais um representante de entidade pública vinculada à agricultura e um representante dos estabelecimentos de ensino agrário. A comissão se vinculava à área prioritária regional de reforma agrária, com funções de instruir pedidos de aquisição e de desapropriação de terras; de selecionar candidatos para os lotes rurais; de sugerir programas regionais de reforma agrária; e de acompanhá-los em sua implantação. Ao que saiba, não passou do art. 42, do Estatuto, para vida efetiva.

COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO DO IAA

3 — Continuaram a funcionar as Comissões de Conciliação e Julgamento do Instituto do Açúcar e do Alcool, consoante o Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto-Lei nº 3.883, de 1941), em seus arts. 107 a 109. Ali está uma instância administrativa colegiada do IAA, a qual dirime as questões entre fornecedores de cana e usineiros, concernentes aos contratos de fornecimento de matéria-prima.

Nunca se levantou dúvida quanto à constitucionalidade da jurisdição administrativa. No campo doutrinário é ainda atual a conclusão do Ministro BILAC PINTO, em seus **Estudos de Direito Público**.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Conflito de Atribuição nº 5.334, em decisão do Pleno (1970), concluiu em favor da instância administrativa, declarando, na ementa do acórdão que, em litígio entre fornecedor e receptor de cana-de-açúcar, o contrato misto, de arrendamento

da propriedade rural e de fornecimento de cana, no qual sobrelevam relações jurídicas regidas pelo Estatuto da Lavoura Canavieira, é de submissão obrigatória à Comissão de Conciliação e Julgamento do IAA.

Portanto, o embrião de justiça agrária proposto ou em funcionamento é o da instância administrativa prévia.

TENTATIVAS ANTERIORES

4 — Em 1969, o Prof. J. MOTTA MAIA fez um levantamento de algumas tentativas para instituição de uma justiça agrária no Brasil, em sua obra **Iniciação à Reforma Agrária**.

Aludiu a mais antiga, de 1943, em anteprojeto de código elaborado no Ministério da Agricultura, com um capítulo sobre organização e funcionamento da justiça do trabalho rural. Os mesmos dispositivos foram conservados por FRANCISCO MALTA CARDOZO, em seu trabalho substitutivo.

Segue-se o projeto de Código Rural gaúcho, com a notável colaboração de JOAQUIM LUIZ OSÓRIO, e sua proposta de uma judicatura rural.

Em 1961, a Confederação Nacional da Agricultura patrocinou a elaboração de um projeto, levado à consideração do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Em 1968, o II Congresso Nacional de Agropecuária realizado em Brasília aprovou sugestão para a pronta criação de uma jurisdição para solucionar os conflitos e litígios decorrentes da aplicação do direito agrário.

Subseqüentemente, o Ministro da Agricultura instituiu Comissão Especial (Portaria nº 322/68), a qual concluiu seus trabalhos propondo a criação, através de ato institucional, da justiça agrária, tendo, como órgãos, o Tribunal Superior Agrário, os Tribunais Regionais Agrários e as Juntas de Conciliação e Julgamento.

O Instituto dos Advogados Brasileiros, em sua Revista, nº 27, de 1973, publicou esses textos.

IADB E ALADA

5 — Entre outras contribuições sobre o tema, na década de sessenta, convém lembrar as atividades do Instituto Brasileiro de Direito Agrário (IADB) e da ALADA — Associação Latino-Americana de Direito Agrário, ambas editoras de revistas de efêmera duração.

Continuam, também, a surgir artigos divulgados pela **Revista Jurídica do IAA**, mantendo aceso o debate.

OCTÁVIO MELLO ALVARENGA, autor de vários desses artigos, estuda a reforma agrária para defender a possibilidade da criação de uma justiça

agrária e tribunais agrários especiais, no Brasil, repetindo teses que o autor apresentou, inúmeras vezes, no afã de ver frutificar sua idéia.

IVO FREY sugere, na *Revista do IBDA*, designação de comissão de alto nível para estudar e propor a consolidação da legislação agrária, e providências para a criação da justiça rural ou agrária.

A defesa de IVO FREY para adoção de um instrumento judiciário específico para dirimir os problemas emergentes das atividades do campo é justificada pelas suas peculiaridades. E vai além, dizendo: "Aliás a necessidade de acolher-se um direito adjetivo adequado para a mecânica dos processos judiciais que tratem do direito agrário foi logo pressentida pelo Estatuto da Terra." Lembra, contudo, que o socorro ao art. 685 do antigo Código de Processo Civil não foi o caminho adequado para o julgamento das controvérsias decorrentes das lides rurais.

CONGRESSO INTERAMERICANO DE DIREITO AGRÁRIO

6 — Acontecimento de relevo é, em outubro de 1971, a realização do 19 Congresso Interamericano de Direito Agrário. Nele, defende CARLOS F. MIGNONE a tese "Discriminação de Terras Públicas e Autonomia Jurisdicional", na qual, entre sugestões alternativas, lembra a criação do Juiz Agrário com jurisdição naquelas áreas necessárias ao desenvolvimento. Suas decisões poderiam ser revistas por um tribunal agrário especializado, cujas sentenças, obrigatoriamente, seriam irrecorríveis.

PUBLICAÇÕES DO INCRA

7 — Na *Revista de Direito Agrário*, publicação técnica editada pelo INCRA, e, lamentavelmente, descontinuada, no número inaugural (1973), OCTAVIO MELLO ALVARENGA volta a insistir quanto às razões de uma especialização na judicatura, citando, entre outros, os juristas C. J. ASSIS RIBEIRO, J. MOTTA MAIA e EDGARD TEIXEIRA LEITE. Pergunta se existe razão para procrastinar-se a montagem de um aparelho judicante especializado, e lembra a necessidade da especialização do julgador. Não "a pseudojustiça agrária de ordem administrativa", mas órgãos de conciliação e julgamento e tribunais agrários. Para o articulista "a instituição da justiça especializada é a única maneira de atender, com rapidez, eficiência e segurança, o homem que trabalha pelo desenvolvimento agrário do Brasil".

CARTA DE CRUZ ALTA

8 — Em 1975, editou-se a "Carta de Cruz Alta", por ocasião do I Seminário Ibero-Americano de Direito Agrário, constando sobre justiça agrária recomendação específica: "A criação e implantação da justiça agrária, setor especializado que dirimirá os conflitos oriundos das atividades agrárias e das relações que delas emergem. Na reformulação do Poder Judiciário, agora em estudos, torna-se oportuno reencetar os relativos à especialização agrária, a exemplo do que se fez no Peru e em outros países, tanto latino-americanos, como europeus."

Mas a pesquisa com vista à reforma do Poder Judiciário, comandada pelo Ministro ELOY DA ROCHA, à ocasião em que presidiu o STF, colheu poucas sugestões. Nesse sentido, todas afinal descartadas, no documento do "Diagnóstico".

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, ao reformular o Poder Judiciário, nada disse sobre justiça agrária, e nem sequer a admitiu como contencioso administrativo.

OUTRAS CONTRIBUIÇÕES

9 — Ainda cabem alguns registros.

O primeiro é o artigo "Justiça agrária", do Prof. LUIZ L. STEFANINI, na **Revista do ITERPA**, em 1976, comentando proposta de emenda à reforma do Poder Judiciário, e delineando a competência da justiça agrária.

O segundo é a realização do Seminário **O Homem e o Campo**, promovido, em 1976, pela Fundação Milton Campos, e do qual constou o "Grupo de Trabalho sobre Legislação e Justiça Trabalhista no Campo".

No decorrer do conclave, como expositor, o Senador JOSÉ LINDOSO demonstrou por que a prestação jurisdicional ao camponês é precária. Alinhadas, são essas as razões, as quais endossam estudo anteriormente publicado pelo Dr. JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Juiz de Direito em Vitória:

- a) duas justiças competentes para conhecer as controvérsias oriundas da relação de trabalho rural: a de trabalho (*contrato de trabalho rural*) e a comum (relações regidas pelo Estatuto da Terra e acidentes do trabalho);
- b) utilização de procedimento sumariíssimo nas causas que versam sobre posse e uso temporário da terra, mesmo em hipóteses complexas;
- c) demora no julgamento dos dissídios trabalhistas;
- d) peculiaridades das relações de trabalho rural, "que não podem ser perfeitamente equacionadas, nem pela justiça comum, nem pela justiça do trabalho".

Em resumo muito feliz, propôs o Senador JOSÉ LINDOSO, como opções, as seguintes:

1ª) a justiça agrária se estruturaria na mesma linha da atual justiça de trabalho;

2ª) a justiça agrária funcionaria entrosada com a justiça comum, na base municipal, usando-se o esquema adotado pela justiça eleitoral;

3ª) a justiça agrária funcionaria na base de uma justiça administrativa.

Cite-se, ainda, importante conferência pronunciada pelo Prof. OCTAVIO MENDONÇA, da Universidade do Pará, pronunciada no II Forum Nacional de Debates sobre Ciências Jurídicas e Sociais (Brasília, 1977) — “Justiça agrária, paz social e desenvolvimento econômico”, publicada na **Revista de Informação Legislativa** nº 55 (jul./set. 1977), pág. 101.

MEMORIAL DA SNA

10 — Finalmente, em 1980, a Sociedade Nacional da Agricultura elaborou longo Memorial ao Governo da União, insistindo, em ofício de seu Presidente, Dr. OCTAVIO MELLO ALVARENGA, na constituição de uma Comissão para estudo da proposta de criação da justiça agrária. Além do Memorial, em anexos, figuram a Exposição de Motivos ao Ministro da Agricultura (1969) e teses de OCTAVIO MELLO ALVARENGA, J. PAULO BITTENCOURT, IVO FREY, C. J. ASSIS RIBEIRO e J. MOTTA MAIA.

EMENDA CONSTITUCIONAL

11 — A Proposta de Emenda à Constituição nº 89, de 1980, institui a justiça agrária. Ao fazê-lo, imprime nova redação ao art. 112 da Constituição Federal, para incluir, entre os órgãos do Poder Judiciário, os **juizes da justiça agrária**.

A competência dos juizes da justiça agrária está dita como sendo a de processar e julgar, em primeira instância:

I — as causas originadas de discriminação e titulação de terras;

II — as causas pertinentes a terras devolutas do Município, do Estado e da União;

III — os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores rurais, e outras controvérsias oriundas da relação do trabalho executado no meio rural;

IV — os litígios relativos a acidentes do trabalho verificados durante a execução de tarefa rural.

O órgão recursal é o Tribunal Federal de Recursos.

A INICIATIVA DO DEPUTADO JORGE ARBAGE

12 — O autor da proposta de emenda constitucional é o Deputado JORGE ARBAGE, e sua iniciativa conta com significativo apoio de Deputados e Senadores.

Justificando-a, lembra a autonomia legislativa do direito agrário, só surgida no Brasil em 1964. Diz que o Estatuto da Terra “não prevê meios

de imprimir solução adequada aos freqüentes conflitos relativos à posse, uso e transmissão de terras". Crítica a vinculação do INCRA ao Ministério da Agricultura. Mostra, ainda, a inadequação da justiça comum para solução de demandas, pois no regime de relações de poder, o homem do campo, no Brasil, se encontra sem nenhuma defesa legal.

Propôs (por evidente engano) a cobertura das despesas da justiça agrária pela receita oriunda do Imposto Territorial Rural. (O produto desta arrecadação pertence por inteiro ao Município, consoante o art. 24, § 1º, da Carta Magna, e a proposta não quis alterar dita disposição do sistema tributário.)

E conclui que "a instituição da justiça agrária é pressuposto da experimentação de um sistema de reforma agrária, que está no propósito do Governo".

ESTRUTURA E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA AGRÁRIA

12 — Deixaremos de lado quaisquer considerações sobre a importância da proposta. É óbvio que foi com a atual proposta que, pela primeira vez, chegou-se a um texto modificador da Constituição Federal. Como uma homenagem intelectual ao Deputado JORGE ARBAGE, examinaremos, no sentido de fornecer subsídios, duas hipóteses de aperfeiçoamento do texto:

I — quanto à estrutura da justiça agrária; e

II — quanto à sua competência.

Parece-nos que a melhor estrutura seria:

a) Tribunal Superior Agrário;

b) Tribunais Regionais Agrários; e

c) Juntas de Conciliação e Julgamento.

Dita enumeração de órgãos a aproximaria do modelo da justiça do trabalho.

Quanto à sua competência caberia abranger:

I — questões sobre a terra rural, pública ou particular, que versem sobre propriedade, domínio útil ou posse, bem como sobre discriminação de terras devolutas;

II — as desapropriações por interesse social para fins da reforma agrária; e as questões decorrentes de distribuição de terra, programas de acesso à terra e colonização;

III — questões fiscais do imposto de renda sobre a produção agropecuária; do Imposto Territorial Rural; das taxas, contribuições de melhoria e contribuições parafiscais, lançadas sobre o produtor rural;

IV — questões relativas a contratos agrários entre proprietários da terra, arrendatários, parceiros e ocupantes;

V — questões individuais ou coletivas oriundas de relações de trabalho entre empregadores e trabalhadores rurais; e as relativas à previdência social rural e acidentes de trabalho rural;

VI — questões relativas a contratos de sociedade para exploração de fundo rural, arrendamento, parceria e contratos rurais atípicos; de empreitada rural; de armazenagem de produtos rurais por produtores e cooperativas;

VII — questões relativas a usucapião, servidões prediais, vícios redibitórios, locação e direitos de vizinhança relativos a prédios rústicos;

VIII — questões relativas à assistência e proteção à economia rural, quanto à produção e distribuição de sementes e mudas; reprodutores, inseminação artificial e registro genealógico; mecanização agrícola; cooperativismo e sindicalismo rural; crédito rural; preços mínimos; armazenagem; contratos de compra de produtos rurais; seguro agrícola; obras de engenharia rural; e aviação agrícola;

IX — questões relativas à exploração agrícola, pecuária florestal, e extrativa vegetal e animal; conservação e defesa de recursos naturais renováveis, água e fauna;

X — questões relativas à proteção penal da propriedade e dos bens rurais, inclusive decorrentes da aplicação do direito penal, legislação agrária, florestal e de proteção à fauna;

XI — questões em geral decorrentes da aplicação das normas substantivas do Estatuto da Terra;

XII — questões relativas ao Estatuto da Lavoura Canavieira;

XIII — questões sobre convênios, tratados e acórdãos internacionais sobre defesa sanitária vegetal e animal; padronização, classificação e comercialização externa de produtos agropecuários.

É evidente que o rol acima pode ser reduzido, sintetizado ou aperfeiçoado. Sua enumeração se fez dentro de nossa concepção do conteúdo do direito agrário (cf. nosso **Manual de Direito Agrário Brasileiro**).

Em conclusão, a proposta do Deputado JORGE ARBAGE traz a oportuno debate nacional um dos mais importantes temas de nossos tempos — a criação da justiça agrária, o que significa uma busca iniciada em 1943, e que talvez tenha um término feliz em 1981, trinta e oito anos depois de sua primeira concepção por LUCIANO PEREIRA DA SILVA, JOÃO SOARES PALMEIRA e ADAMASTOR LIMA.

NR.: A Proposta de Emenda à Constituição nº 89/80 foi considerada prejudicada pelo decurso de prazo (DCN — Sessão Conjunta — de 1-4-81, pág. 333).

A licença de ocupação no direito agrário

WELLINGTON LOPES

Procurador Autárquico. Subprocurador-Geral da Procuradoria-Geral do INCRA

Direito agrário é um conjunto de princípios e de normas, de direito público e de direito privado, que tem por objetivo disciplinar as relações emergentes da atividade rural com fundamento na função social da propriedade.

2. No *Direito agrário brasileiro*, apoiados na legislação em vigor, podemos identificar os seguintes princípios: do bom cultivo, da função social da propriedade, da dimensão mínima do imóvel rural, da empresarialização da agricultura, da planificação agrícola, da defesa e proteção ao economicamente fraco, da justiça social. Além desses, RAYMUNDO LARANJEIRAS ⁽¹⁾ acrescenta o do aumento dos níveis de produtividade (em parte semelhante ao do bom cultivo), o da privatização da terra, o de proteção à propriedade familiar, do eficaz dimensionamento das áreas exploráveis, o da proteção à propriedade consorcial indígena (no nosso entender estranho ao conteúdo do direito agrário).

3. Em que pese a alguns empedernidos opositores, não temos dúvida quanto à autonomia do direito agrário. É um direito novo, em formação. E, assim, é necessário que tiremos daí as suas naturais conseqüências científicas, metodológicas, didáticas e jurisdicionais, a fim de que, no seu desenvolvimento autônomo, o direito agrário não perca a sua organicidade ⁽²⁾.

4. Correta, portanto, a assertiva de RAYMUNDO LARANJEIRAS de que "não obstante, como todo direito novo, o seu conteúdo se apresenta um tanto anuviado, considerando-se que o legislador não se daria à tarefa de defini-lo, antes, e tendo em vista que a doutrina nacional, a que incumbiria esse trabalho, ainda anda nos cueiros. Conquanto se perscrute, com fatigante paciência, a enxurrada de leis complementares do estatuto ou a legislação margeante dele, chega-se fácil à conclusão, já proclamada, também, em assunto de outro ramo jurídico, por LUDOVICO BARASSI, de que não seria mesmo matéria de obra legislativa fazer-se a coordenação lógica de institutos jurídicos necessária à determinação do conteúdo de um direito.

(1) *Propedêutica do Direito Agrário* — 1975.

(2) *Boletim da Procuradoria-Geral do INCRA* — 1975 — Parecer PJR nº 36/75, págs. 68/77.

Quando se trata de dispor sobre uma nova disciplina, tentando-se arrebanhar, pela vez primeira, os elementos tantos que podem conduzir à sua especificidade, resulta natural que o legislador se torne dispersivo, omisso ou extravagante. O próprio Estatuto da Terra não trouxe, inserido no seu texto, alguns temas que deveriam corresponder a fatos singularíssimos no meio rurígena, enquanto houve de consignar, desarrazoadamente, coisas de todo estranhas à questão agrária. E as incontáveis leis que o subsidiaram, lançadas como regulamentos de determinados capítulos seus, ou só com o fito de esclarecer um ou outro dispositivo isolado, assim como as demais soluções inumeráveis, derredor de uma política rural, estão a demonstrar que o legislador nunca pretendeu se desviar para momentos legiferantes sintetizadores.

Em conseqüência, caberá à doutrina o mister de conseguir a síntese sistemática imprescindível à delimitação do conteúdo da disciplina. Isto significará, ordinariamente, e de acordo com o ensinamento do já citado mestre italiano do direito trabalhista, a contenção de elementos fisionômicos essenciais e comuns a todos os institutos, visando à lógica coordenação dos mesmos" (3).

5. Essa é a nossa preocupação face à Lei nº 6.383, de 7-12-76, que dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e dá outras providências. Trazendo profundas e necessárias inovações diante dos reclamos dos nossos juristas, a lei, entretanto, em alguns dos seus dispositivos, tem sido objeto de duras críticas, em sua grande maioria justas.

6. Uma dessas críticas concentra-se na expedição de Licença de Ocupação nos casos de legitimação da posse, violentando toda uma tradição jurídica, todo um ordenamento jurídico, consolidado nos arts. 99 a 102 da Lei nº 4.504/64 — Estatuto da Terra; quando bastaria apenas regulamentá-los, a lei inovou contrariando toda uma ordem jurídica já sedimentada.

7. MESSIAS JUNQUEIRA, com muita propriedade, diz que "releva notar que o possessor de terra devoluta, com cultura efetiva e morada habitual, por disposição das leis brasileiras de terras, tem direito ao título de domínio a ser expedido pelo poder público titular do direito de propriedade sobre tais terras; desde que determinada gleba de terras, possuída com tais requisitos, não esteja reservada a alguma aplicação de interesse público, verterá obrigatoriamente para o patrimônio privado, em toda a extensão efetivamente possuída. Isso é uma constante na disciplina legal específica. Pode-se afirmar que o possuidor legítimo de terras declaradas devolutas é delas proprietário putativo" (4).

8. L. LIMA STEFANINI afirma que "a legitimação não é liberalidade, mas obrigação do poder público; não é direito preferencial na aquisição,

(3) Ob. cit., pág. 34.

(4) "As Terras Públicas no Estatuto da Terra" — *Revista de Direito Administrativo* — vol. 85, pág. 390.

mas um direito constituído do possuidor de terras públicas. Significa que a outorga formal de domínio a quem já o constituiu nos termos da lei é mero provimento administrativo" (5).

9. RUY CIRNE LIMA já lecionava que "apoderar-se de terras devolutas e cultivá-las tornou-se cousa corrente entre nossos colonizadores, e tais proporções essa prática atingiu que pode, com o correr dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição do domínio, paralelamente a princípio, e, após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias" (6).

10. É unânime entre os nossos agraristas que, cumpridos os requisitos de morada habitual e cultura efetiva, tem o posseiro o direito de receber, de imediato, do poder público, o título de domínio a que faz jus. Urge que se altere o dispositivo legal hoje vigente que, ao estabelecer aleatoriamente a Licença de Ocupação para os casos de legitimação da posse, jogou por terra uma técnica inaugurada em 18-9-1850, pela Lei nº 601.

11. A maioria dos agraristas brasileiros entende que a Licença de Ocupação foi criada pelo art. 133 do Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-46, especialmente para áreas, situadas nos territórios federais de até 2.000 ha, outorgadas a pessoa física ou jurídica, que se comprometesse a utilizá-las em fins agrícolas ou pastoris.

12. Para as regularizações de ocupação, ou fundiária, ato de liberalidade do poder público, o INCRA utilizava-se da Licença de Ocupação, obrigando-se o beneficiário a:

- a) residir e cultivar;
- b) comprometer-se a pagar as despesas relativas à demarcação, bem como quaisquer outras, decorrentes de eventuais benfeitorias erigidas com o concurso do poder público;
- c) acatar as determinações do INCRA relativas à programação da área.

13. Cumpridas as exigências legais, o ocupante receberia o título de domínio, na forma da legislação em vigor, especificamente da Lei nº 4.504, de 30-11-64, Lei nº 4.947, de 6-4-66, e Decreto-Lei nº 1.164, de 1-4-71.

14. Depreende-se, pois, que o ocupante, ao receber a Licença de Ocupação, passava a ter uma expectativa de direito, pois, cumprindo com suas obrigações, era-lhe outorgado título de domínio ou, em última análise, necessitando o INCRA da área, indenizava-o quanto às benfeitorias incorporadas ao solo.

(5) *A Propriedade no Direito Agrário* — 1978, pág. 132.

(6) *Pequena História Territorial do Brasil — Sesmaria e Terras Devolutas* — 1954 pág. 47.

15. Fixa o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7-12-76, *verbis*:

“Art. 29 — O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I — não seja proprietário de imóvel rural;

II — comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

§ 1º — A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

§ 2º — Aos portadores de licenças de ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.

§ 3º — A Licença de Ocupação será intransferível *inter vivos* e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.”

16. A Licença de Ocupação passou a ter, portanto, nova conotação jurídica.

17. JACY DE ASSIS, eminente processualista pátrio, diz que a “Licença de Ocupação é um contrato de comodato entre a União e o ocupante da área, pelo qual aquela transfere a este a posse da terra, a título gratuito, pelo espaço de mais quatro anos (CC, art. 1.248), para seu uso e gozo” (7).

18. Há evidente equívoco. O comodato é um instituto típico do direito privado. Tendo poder de império e podendo usar da conveniência e da oportunidade, o poder público deve buscar, no seu âmbito de competência e atuação, o instituto jurídico que lhe seja peculiar, este é a concessão de uso não remunerada, regida pelo direito público e com as características próprias dos contratos administrativos. Não se trata nem de autorização e nem de permissão de uso.

19. Assegura RAIMUNDO NONATO FERNANDES que “a natureza de contrato administrativo, reconhecida pela jurisprudência francesa, foi entre nós admitida pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de 25 de agosto de 1958, relatado pelo ilustre desembargador e professor de Direito Administrativo, OSWALDO ARANHA

(7) *Ação Discriminatória* — 1978, págs. 134/315.

BANDEIRA DE MELO. Pensam do mesmo modo HELY LOPES MEIRELLES e FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA.

A verdade, todavia, é que não há no Brasil um regime uniforme em matéria de concessões de uso. Algumas decorrem de *contrato*, como nos casos das concessões de terrenos previstas no Decreto-Lei nº 271, de 1967, das relativas a áreas e dependências de aeroportos e das que acompanham concessão de serviço público; outras de ato unilateral, seja decreto do Poder Executivo, como na concessão de lavra de minérios (Decreto-Lei nº 227, de 1967, art. 43), seja *inscrição na repartição* competente, como na derivação de águas públicas para irrigação (Decreto nº 62.896, de 1968, art. 4º, I). Essa mesma duplicidade de regimes ocorre também em Portugal e Itália” (8).

20. A Licença de Ocupação, é claro, não é um contrato agrário, este disciplinado pelos arts. 92 a 96 do Estatuto da Terra, arts. 13 a 15 da Lei nº 4.947, de 6-4-66, e pelo Decreto nº 59.566, de 14-11-66. Nem tampouco um instituto específico de direito agrário. Sendo um contrato de concessão de uso, é regido pelas normas peculiares do direito administrativo.

21. O § 2º do art. 29 da Lei nº 6.383/76 preceitua: “Aos portadores de Licença de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição da área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.”

22. Ora, a Licença de Ocupação fornecida nos termos da legislação anterior tinha como requisitos a morada habitual e a cultura efetiva. O § 2º supracitado diz que neste caso o ocupante terá assegurada a preferência para aquisição até 100 ha, nas condições do parágrafo anterior, ou seja, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada; o que exceder aos 100 ha, pelo valor atual da terra nua. Falaremos mais adiante a respeito do significado do termo morada permanente. Agora, cabe analisar a redação obscura do dispositivo legal, sobretudo face o disposto no § 3º do art. 31 da lei sob exame. Desde que partamos do raciocínio de que *morada habitual difere de morada permanente, estamos diante de um problema de direito intertemporal*.

23. Entende L. LIMA STEFANINI que o conceito de morada habitual distancia-se diametralmente dos preceitos da lei civil e de sua doutrina (9), porém, como bem escreveu RAYMUNDO LARANJEIRAS, “as *generalidades* do Direito Civil apresentam-se também à decisiva aplicação pelo direito agrário, adaptando-se no elemento ruralidade as noções básicas relativas às pessoas, bens e fatos jurídicos, sendo curiais para o jusagrarismo os estudos pertinentes às pessoas naturais e jurídi-

(8) “Da Concessão de Uso de Bens Públicos” — *Revista de Direito Administrativo* — vol. 118, pág. 6.

(9) Ob. cit., pág. 173.

cas, domicílio e residência, as classes de bens, atos jurídicos e atos ilícitos, decadência e prescrição" (10).

24. Um direito em formação, cuja doutrina ainda é incipiente, não pode prescindir do sistema geral do direito, pois a autonomia de uma disciplina, segundo EVARISTO MORAES FILHO, "... não exclui, mas antes em parte pressupõe, e em parte impõe mais amplas coordenações com outras disciplinas" (11). Os nossos jusagraristas não precisam, para defender a autonomia do direito agrário brasileiro, fato inexorável e irreversível, utilizar-se do passionalismo, da exacerbação, mas sim do racionalismo científico.

25. O mestre PONTES DE MIRANDA ensina: "*Domicílio* ou é o espaço em que a pessoa exerce os atos de sua vida de relação, como centro de sua atividade no mundo jurídico, para onde se lhe dirige o que lhe interessa, ou a outrem interessa, e de onde a pessoa dirige a outrem o que tem interesse de dirigir. Também se diz domicílio o círculo (Estado, Estado-Membro, Distrito Federal, Território, Município, cidade, vila, aldeia, bairro, rua) em que o domicílio é situado. Por lugar do domicílio entende-se sempre a casa (cf. Constituição de 1946, art. 141, § 15, onde domicílio tem outro sentido) ou o círculo em que é situado o domicílio. Pode coincidir, ou não, com a *residência* ou *lugar de residência*, e, g., se há domicílio fixado pela lei (domicílio legal), ou se a pessoa reside em lugar diferente do seu domicílio. Se bem que ambos os conceitos sejam jurídicos, no conceito de residência há alusão, necessária, à morada, à permanência da pessoa, dia e noite, embora por pouco tempo (residência para verão, residência de fim de semana, residência de estação de águas ou para banhos de mar). Não se pode dizer que residência seja, apenas, conceito do mundo fático; conceito somente do mundo fático é a *morada*. Pode-se ter domicílio e residência, mas, de fato, morar-se alhures" (12).

26. CARVALHO SANTOS preleciona: "CHIRONI e ABELLO ensinaram que morada, habitação e residência são conceitos afins, antes gradações de um mesmo conceito, mas se diferenciam pela amplitude do conteúdo e pelos efeitos jurídicos. A lei só à residência dá eficácia jurídica especial. A morada, a habitação em si e por si não constituem elemento do domicílio, sendo necessária uma residência definitiva, e com muito mais razão é insuficiente para determiná-lo a simples estada em caráter transitório (ESPÍNOLA, *Sist.*, vol. I, pág. 349, nota; CHIRONI e ABELLO, pág. 241, cf. CROME, *Sistema*, I, pág. 222, nota 3; ENDEMANN, ob. cit., 1, § 40, SCIALOJA, BONFANTE, *Dizionario Prat. di Dir. Privato*, vol. 2, verb. Domicilio, Residenza, Dímora).

Na doutrina, exposta assim pelos melhores tratadistas, a expressão morada tem uma significação toda especial para designar a residência temporária, significação essa juridicamente extremada em conhecida de-

(10) Ob. cit., pág. 201.

(11) "Dados Sociológicos, Jurídicos e Econômicos do Direito Agrário" — *Revista LTr* — *Legislação do Trabalho* — jan/fev — 1970.

(12) *Tratado de Direito Privado* — Parte Geral — Tomo I, pág. 248.

cisão da Corte Suprema de Roma: "Residenza è la dimora abituale in un luogo; dimora invece è il luogo ove uno precariamente e transitariamente si trova" (13).

27. Morada é o lugar de parada ou permanência, sem o ânimo definitivo. Residência, quando lugar de permanência transitória ou de habitação passageira, é, na realidade, morada. Todavia, quando há o *animus manendi*, revela então o domicílio.

28. No dizer de PONTES DE MIRANDA, o domicílio é fato jurídico, não é simples acontecimento do mundo fático. Há suporte fático, em que um dos elementos é o haver centro (ou haver centros) das relações sociais, não só jurídicas, da pessoa — suporte fático, que o direito recebe como fato jurídico. Residência é conceito jurídico, que alude a elemento fático. A morada é fática.

29. O habitual, prescreve PLÁCIDO E SILVA, "caracteriza as coisas ou os fatos que se fazem sucessivamente, repetidamente, tantas são as vezes em que eles se repetem ou se mostram" (14). A *morada habitual*, terminologia criada desde 1850, é, portanto, a permanência do posseiro por maior ou menor espaço de tempo, no imóvel, com o objetivo de desenvolver, no local, a sua atividade agrária, sendo-lhe facultada a residência definitiva.

30. Foi com certa perplexidade que vimos o legislador utilizar-se da terminologia *morada permanente*, no sentido de que é o lugar em que o posseiro (ocupante) habita, permanentemente, com sua família. Ora, permanente significa contínuo, constante, ininterrupto. Por mais que se queira dar um sentido jusagrarista ao termo, é óbvia a sua injuridicidade. Afinal, um dispositivo legal pode ser injurídico. E, sem sombra de dúvida, ao desconhecer algo já perfeitamente consolidado em nosso ordenamento jurídico, desde 1850, sem nenhum fundamento maior, o legislador inovou lamentavelmente.

34. *Morada permanente*, termo despidendo, desnecessário, confuso e obscuro. Daí o ensinamento de PAULO TORMINN BORGES: "Entendemos que o fato jurídico *morada* não significa incondicionalmente obrigação de o posseiro residir exclusivamente no imóvel.

O sistema jurídico brasileiro admite que a pessoa tenha mais de um domicílio (Código Civil, arts. 31 a 32), e institui em obrigatória a educação até os 14 anos de idade (ensino primário), conforme disposto no art. 176, § 3º, item II, da Constituição Federal.

A *morada é simples elemento fático da residência*, que é um dos elementos do *domicílio*.

A pessoa pode ter diversos domicílios oriundos de suas atividades profissionais ou funcionais, ou oriundos de residências onde mantenha periodicamente sua família, por gosto ou necessidade.

(13) *Código Civil Brasileiro Interpretado* — 10ª edição — 1963, págs. 423/424.

(14) *Vocabulário Jurídico* — Vol. 2, pág. 756.

Não seria curial que uma pessoa, tendo a família na cidade, por imperativo de educação dos filhos menores, por isto perdesse a vantagem, também constitucional (C. Federal, art. 171), de ver *legitimada* uma posse até 100 hectares.

Seria injusto que o chefe de família, descuidado da educação dos filhos, morando todos na zona rural, obtivesse vantagens de que o chefe zeloso do aprimoramento da família se visse privado. Tanto mais quando se sabe que o poder público nem sempre oferece escolas rurais tantas quantas necessárias, neste interior que se perde nas distâncias.

Nenhum texto legal pode ser interpretado isoladamente. Ele deve ser inserido no sistema jurídico a que pertence — no caso, o brasileiro — para se obter uma interpretação lógica, coerente.

Entendemos, portanto, que atende à exigência legal de morada no imóvel aquele que, com moradia na gleba rural por ele ocupada, tem simultaneamente outras moradas, onde houver interesses pessoais seus ou interesses familiares a salvaguardar.

O que o ocupante deve provar, basicamente, é sua *vinculação pessoal à terra, ao seu cultivo, à sua exploração*. É a sua dependência econômica daquela atividade, ali" (15) (o grifo é nosso).

32. Em última análise deve-se entender o conceito de *morada permanente* equivalente ao de *domicílio*. Essa é a exegese lógica. Por isso, fundamentalmente, que as leis agrárias anteriores, inclusive o Estatuto da Terra, sempre se referiram à *morada habitual*. O objetivo maior era a vinculação pessoal do ocupante à terra, ao seu cultivo.

33. Se a intenção do legislador foi fixar, de forma absoluta, o ocupante à terra, parece-nos tal intenção inóxia. Se a intenção foi evitar a estocagem do imóvel para posterior especulação, o legislador desconheceu um ponto básico que se chama confiabilidade no nosso homem do campo, no agricultor, no homem que amanhã a terra por vocação. Exigir-se *morada permanente* já foi contrário à nossa tradição jurídico-agrária. Exigir-se do ocupante, na realidade, cinco anos e um dia para que tenha a preferência para a aquisição do lote (art. 29, § 1º, da Lei nº 6.383/76) não deixa de ser uma exigência descabida, em total conflito com um dos princípios básicos do Estatuto da Terra, que é a privatização da terra. Obrigar-se o poder público a fiscalizar, durante 4 anos, milhares de beneficiários de Licenças de Ocupação é uma medida burocratizadora, que só vem dilatar, prolongar as soluções no campo. O direito é acima de tudo dinâmico. Os problemas agrários brasileiros necessitam de soluções imediatas, não mediatas. Uma das pragas no campo, sem embargo, é o excesso de burocracia.

34. *É urgente que se altere, que se aperfeiçoe, o art. 29 da Lei nº 6.383/76, tendo como meta princípios, normas, já consolidados no nosso sistema jurídico*. Basta de improvisações, de medidas paliativas, de fórmulas milagrosas!

(15) *Institutas Básicas do Direito Agrário* — 1877, pág. 159.

Brasília

20 anos depois

Tentativa de explicação da nova Capital do Brasil
no ano de 1980

WILHELMUS GODEFRIDUS HERMANS

Bolsista do CNPq e professor de Sociologia Geral no Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB)

BRASÍLIA COMO ESPAÇO SOCIAL

Um estudo ecossociológico da nova Capital do Brasil

Após dois estudos introdutórios sobre Brasília, realizados no Instituto de Sociologia da Universidade Católica de Nijmegen, na Holanda, no período de setembro de 1979 a fevereiro de 1980, surge com maior ênfase a pergunta: como captar, do melhor modo possível, a realidade ecossociológica de Brasília de 1980?

O termo "ecossociologia" sugere que pretendemos estudar Brasília:

- 1) como *oikos*, palavra grega que significa: espaço habitado e criado pelo homem, moradia ou povoação (4);
- 2) de perspectiva sociológica, isto é, baseado exclusivamente nas técnicas e métodos sociológicos (22).

As teorias urbanas são inúmeras, mas finalmente foi feita uma escolha, de certo modo subjetiva mas necessária, para poder partir para uma operacionalização útil. Pesquisar Brasília como espaço social, usando um ponto de vista holístico e macroscópico, satisfaz melhor a nossa finalidade, como mostrará a seqüência dos argumentos. Este método de

trabalho acompanha de perto a visão morfológica e sócio-ecológica do Departamento de Sociologia Urbana e Rural da Universidade de Nijmegen.

O nosso assunto será dividido em 4 partes:

I — Por que estudar Brasília como espaço social? Razão deste método e comparação com outras pesquisas sociológicas nesta área.

II — O que significa que Brasília é um espaço social? O conteúdo deste conceito de ponto de vista geográfico, histórico, econômico, sócio-cultural e político.

III — Como Brasília deve ser pesquisada como espaço social? Método de pesquisa e comparação com outros métodos já usados.

IV — Avaliação de Brasília como espaço social depois de uma evolução de 20 anos. Perguntas e sugestões.

Neste estudo procuramos seguir propositalmente o esquema: análise-diagnóstico-terapia, portanto, um estudo que leva à ação, a soluções práticas. Na linha de EKISTICS (4) o assunto será desenvolvido de um modo descritivo e prescritivo. No sentido da agologia (do grego: *agogos* = aquele que conduz), a sociologia atual deve procurar uma mudança planejada para um fim desejado. Não somente o conhecer, mas também o agir, torna-se sempre mais importante, mormente num país como o nosso. Em resumo pode-se dizer que as partes I e II formarão a análise do assunto, a parte III seria o diagnóstico, e a parte IV tentaria uma certa terapia.

I — *Por que pesquisar Brasília como espaço social?*

Brasília foi sonhada e construída como um símbolo de conquista do espaço do Planalto Central, até então desconhecido e esquecido. É eminentemente um espaço social, isto é, um espaço físico e natural que foi transformado pela mão do homem. CASTELLS, no seu livro *A Questão Urbana* (3), desenvolve muito esta idéia do espaço criado.

“Considerar uma cidade como uma projeção da sociedade no espaço é um ponto de partida indispensável como também uma aproximação elementar.” Do seu ponto de vista de materialismo histórico, “espaço significa um produto material, assim como outros elementos materiais, como, por exemplo, os seres humanos, que por sua vez se relacionam socialmente, de tal modo que dão ao espaço uma forma, uma função e um significado sociais” (3). Mesmo não concordando com os princípios teóricos de CASTELLS, fica evidente que o espaço só ganha sentido e significado pelo homem e pela sociedade se se torna verdadeiramente social pela influência do ser humano. Por que, então, estudar Brasília, de preferência, como espaço social, e não como resultado da economia de dependência de A. GUNDER FRANK, como fez DAVID EPSTEIN em 1973 no seu livro *Brasília, Plan and Reality?* (11).

Uma série de razões, algumas de caráter pessoal, outras de caráter metodológico, nos levaram a esta opção.

1ª — Desde o início o interesse se inclinava para uma explicação baseada na ecologia social, que considera o espaço físico e social como fundamental para a compreensão da sociedade.

2ª — Dois estudos anteriores mostraram que Brasília, como nova capital, só pode ser explicada satisfatoriamente se colocada no contexto espacial do Distrito Federal como um todo, portanto os espaços do Plano Piloto e cidades-satélites juntos.

3ª — Os fundadores de Brasília consideravam a cidade a ser fundada como um ato simbólico de conquista de um espaço, que seria uma afirmação de independência contra um passado de dependência e alienação.

4ª — Esta pesquisa quer descobrir se este ato de conquista, de grande importância para um país da dimensão do Brasil, foi um sucesso ou um fracasso.

5ª — Outras teorias espaciais funcionaram como inspiração e abriram horizontes, que podem contribuir para compreender melhor a realidade de Brasília em 1980.

Em seguida serão tratadas algumas destas teorias que procuram construir uma sociologia do espaço ou ecossociologia.

a) *David Harvey e Manuel Castells (2 e 3)*

HARVEY afirma: "Cities are (...) created out of the mobilization, extraction and geographic concentration of significant quantities of the socially designated surplus product" (2, *pág.* 238). Se a cidade é o resultado de uma concentração de uma grande quantidade de produtos excedentes destinados à sociedade toda, o espaço da mesma deve ser considerado um processo e produto social. "Spatial forms are there not seen as inanimate objects within which the social processes unfold, but as things which contain social processes in the same manner that social processes are spatial" (2).

CASTELLS continua este mesmo raciocínio quando fala em "sociology of space". A teoria toda não pode ser explicada aqui, mas somente algumas idéias. "A sociology of space can only be an analysis of social practises given in a certain space and therefore in a historical conjuncture (...) From the social point of view, therefore, there is no space (a physical quantity, yet an abstract entity *qua* practice), but an historically defined *space-time*, a space constructed, worked, practised by social relations. Does it not, in turn, have an effect on the said social relations? Is there not a spatial determination of the social? Yes, but not *qua* space — rather as a certain efficacy of the social activity expressed

in a certain spatial form" (*The Urban Question*, pág. 442) (3). Uma das conclusões desta sociologia do espaço de CASTELLS é a função social do espaço urbano, onde P = produção, C = consumo, E = troca (exchange) e A = administração dos três primeiros devem ter uma função em benefício de todos dentro da cidade. A cidade é um produto social, um produto do homem para o homem. "The city made by people and for the people."

b) *Brian J. L. Berry e B. T. Robson (8 e 6)*

Divergindo do modelo de LOUIS WIRTH, BERRY chega à conclusão que os anos setenta mostram uma imagem diferente de urbanização por causa das mudanças tecnológicas, culturais, sociais e políticas. Modelos de organização urbana são temporários e mutáveis no tempo e no espaço. O progresso de após-guerra em transporte urbano e o surgimento da indústria solta (footloose industry) deslocaram, por exemplo, o raio de interação diária muito além das fronteiras tradicionais urbanas e metropolitanas. Ao mesmo tempo as comunidades locais (vizinhanças, bairros) conservaram sua forte coesão interna e mostraram muitas vezes uma estabilidade surpreendente no ambiente urbano mutável. Em contraste com WIRTH, a urbanização não trouxe a substituição de contratos primários por secundários, nem ficaram atrofiados os laços de consangüinidade. O significado social da vizinhança ficou bastante forte. O controle de cima, do governo, se tornou mais acentuado, mas até agora não foi tão bem sucedido nem nos países do terceiro mundo, onde muitas vezes fatores ideológicos e políticos entram em conflito com coerções estruturais e pressões humanas. Conforme BERRY, será necessário construir uma teoria de urbanização que leva em conta as duas forças opostas: de um lado, a mobilidade e mudança dentro da cidade e, de outro lado, a estabilidade e resistência à mudança, que existe na mesma cidade (8).

B. T. ROBSON, no seu livro *Urban Analysis*, usa uma combinação de geografia e sociologia para pesquisar o fenômeno urbano. O espaço é um dado muito importante nesta análise porque a distribuição espacial deve ser vista como um mecanismo que tanto reflete como perpetua uma estrutura social. "As Beshers has shown in a stimulating study of urban social structure, the viewpoints of human ecology and functional sociology can be blended to produce a methodological framework for an over-all view of the organization of urban social systems. Spatial distributions can be viewed as a mechanism which at once reflects and perpetuates social structure. It is the later purpose of the present study to show how such interconnections between spatial distributions, social structure and social attitudes can be exploited to aid understanding of urban life" (6, pág. 38). ROBSON afirma que a técnica de SHEVKY, a chamada "Social Area Analysis", baseada nos três componentes classe social, urbanização e segregação, tem graves limitações que não são inerentes à análise multivariável (multivariate analysis) aplicada no inquérito de Sunderland. Destes dois autores podem ser aproveitadas tanto a ênfase de BERRY sobre a importância da vizinhança e dos contatos primários, como também a análise multivariável de ROBSON (6).

c) *John Friedmann e Robert Wulff (7)*

O pequeno livro de FRIEDMANN e WULFF *The Urban Transition. Comparative Studies of Newly Industrializing Societies*, como resumo de várias teorias sobre urbanização no terceiro mundo, foi bastante esclarecedor. Os autores partem de um enfoque espacial na teoria de centro-periferia. "At whatever scale of analysis — international, national or regional — *core and periphery* stand, by definition, in an asymmetrical relationship of dominance/dependency that is articulated through four major *spatial processes*: decision-making and control, capital flows, innovation diffusion and migration. Corresponding to each of these processes are *spatial patterns*: the spatial distribution of power, systems of activity location, modernization surfaces, and settlement patterns. Urbanization is thus perceived as a complex of spatial processes and their associated patterns, although the *spatial relations of power* (decision-making and control) are identified as the critical process to which all the others are ultimately related" (7). Os processos sociais de decisão e controle, de fluxo de capital, de difusão de inovação e de migração, que caracterizam a cidade moderna, se realizam conforme padrões correspondentes, que se expressam no espaço físico e social da cidade. A capacidade humana transforma o espaço e se manifesta no espaço urbano, imprimindo-lhe padrões de comportamento.

d) *Jürgen Friedrichs (23)*

JÜRGEN FRIEDRICHS desenvolve, no seu livro *Stadtanalyse. Soziale und räumliche Organisation der Gesellschaft*, uma análise penetrante e profunda dos resultados da pesquisa sociológica urbana atual. Partindo das teorias da ecologia social, ele desenvolve uma teoria diferente da organização social e espacial da sociedade. A tese central explica que a desigualdade social leva a uma desigualdade espacial. As conseqüências dessa dupla desigualdade no relacionamento entre os habitantes da cidade são por ele pesquisadas quanto à segregação de moradia, aos diversos espaços de emprego e produtividade e aos contatos sociais. Além disso são feitas várias propostas de pesquisa em outros campos da realidade urbana atual. Mais adiante teremos a oportunidade de falar mais destas teses (23).

e) *EKISTICS e a visão morfológica da Sociologia Urbana e Rural de Nijmegen (1, 4 e 16)*

EKISTICS é uma teoria espacial baseada no estudo do povoamento humano. Seguindo um esquema rígido de princípios e métodos, EKISTICS parece mais uma nova disciplina (4). A aproximação interdisciplinar tem certas vantagens, porque consegue aproveitar as contribuições de várias ciências na compreensão do fenômeno complexo da metrópole moderna. Todo tipo de povoamento humano é classificado conforme 5 elementos:

- 1 — a natureza (*nature*);
- 2 — o homem (*man*);

- 3 — a sociedade (society);
- 4 — moradia (shells);
- 5 — redes de intercâmbio (networks).

Estes elementos se encontram em toda povoação humana. A função de cada elemento, ou melhor, seu funcionamento, explica a estrutura e dinâmica de toda cidade. Além disso, escreve DOXIADIS, esta nova disciplina pretende ser não somente descritiva mas também prescritiva, isto é, quer conduzir à ação efetiva e trazer soluções viáveis à problemática da metrópole moderna (4). Interessa-nos aqui o método de pesquisa e o esquema prescritivo deste sistema.

A metodologia morfológica do Departamento de Sociologia Urbana e Rural (URS) de Nijmegen se manifesta no Pro-Seminar em nível de pós-graduação, a que tivemos a oportunidade de assistir no período de 1979/1980 e nas publicações de seus professores (1, 12 e 16). "O aspecto morfológico corresponde bastante ao geográfico. Trata-se dos aspectos materiais de uma comunidade em base local. Os aspectos materiais podem ser subdivididos, conforme a idéia do complexo ecológico de DUNCAN, por exemplo. O primeiro aspecto é a população no sentido demográfico. O segundo é o ambiente natural ou o lugar onde uma população se estabelece. O terceiro aspecto está muito ligado ao equilíbrio artificial, causado pela tecnologia e os artefatos resultantes. E o quarto aspecto seria a organização, que significa a estrutura social desta sociedade."

Nesta pesquisa seguiremos também esta linha, procurando combinar aspectos morfológicos com situações espaciais ou geográficas, como já foi dito no começo deste trabalho, quando falamos em método macroscópico.

II — Brasília — espaço social

Parece-nos que o conceito de espaço social fica devidamente esclarecido, se pode ser demonstrado que Brasília tornou-se, nestes vinte anos, um verdadeiro espaço de integração geográfica, econômica, social e política no Planalto Central do Brasil. Como em muitos países da América do Sul também este espaço imenso aguardava o impulso modernizador para acompanhar o desenvolvimento das zonas costeiras. A idéia da abertura da região central do Brasil era antiga — veja-se, por exemplo, a história de Brasília —, mas a política colonizadora de Portugal, aliada à falta de conhecimentos e meios técnicos modernos, impediu durante séculos este avanço para o interior, que ficou praticamente esquecido e desconhecido até os anos 40 ou 50 deste século. Os fundadores de Brasília conheciam todos os obstáculos à interiorização do progresso. Mesmo assim conseguiram colocar no centro das atenções a conquista do Planalto Central. Escreve LUIS SANCHEZ em *Urban Explosion in Latin America*: "Brasília, como cidade, não surgiu de uma necessidade econômica ou de uma coincidência natural de circunstâncias, porém

Brasília é realmente uma cidade antes de tudo criada pelo homem e não pela pressão do ambiente" (5).

Brasília, como nova capital, só pode ser entendida como um símbolo de conquista de um espaço, como afirmação de uma identidade e como libertação de um passado colonial e dependente. Que a cidade, apesar disso, seguiu o padrão das outras cidades brasileiras é um tributo a séculos de urbanização do Brasil.

a) *Integração geográfica*

Brasília foi de propósito construída no centro, no coração do Brasil, na região do cerrado, até então uma região bastante desconhecida e esquecida. O cerrado é a principal formação da flora do Distrito Federal. Apresenta-se como campos com árvores esparsas, relativamente baixas e tortuosas, formando por vezes um tipo de mato ralo e aberto, com mistura de tipos arbóreos e herbáceos. Esta região foi extensivamente usada para criação de gado, porque sempre considerada pouco adequada para agricultura intensiva por causa do solo pobre e acidificado. Na região em foco estima-se que a área de ocorrência dos cerrados seja de 1.500 km². Para todo o território nacional avalia-se em cerca de 2.000.000 km². É uma formação intermédia entre a floresta tropical semi-úmida e outras formações vegetais menos evoluídas e mais abertas. Nesta região pouco povoada e de grandes fazendas, o Distrito Federal com a nova Capital seria, conforme os planejadores, o espaço geográfico central de integração, neste cerrado imenso, e uma encruzilhada de todas as estradas do norte ao sul e do leste ao oeste. O mapa rodoviário atual do Brasil mostra como agora as estradas irradiam de Brasília para todos os cantos do Brasil. O interior central foi de fato aberto, mas causou ao mesmo tempo uma onda de migração que até agora não estancou e trouxe sérias dificuldades para a nova Capital.

A integração geográfica de uma nação, afirma GINO GERMANI, pode ser definida como "uma modernização bem distribuída e equilibrada de todas as regiões, como também a igual e proporcional participação na vida econômica, cultural e política da nação" (5).

As cidades sempre foram centros de cultura, de renovação, de esplendor e de integração, dizem os historiadores. A urbanização sempre foi considerada como um avanço. Será que pode ser dito o mesmo da urbanização da América do Sul e de Brasília em particular? As opiniões divergem bastante. A maioria dos analistas, conforme GINO GERMANI, consideram a concentração urbana na América Latina uma consequência da política colonial espanhola e portuguesa e uma imposição da economia de dependência. EPSTEIN, no seu livro sobre Brasília (11), explica a nova Capital como resultado desta dependência. Esta urbanização seria, portanto, desfavorável e nociva para o desenvolvimento e a integração nacional. Convém lembrar aqui a diferença fundamental entre a origem das cidades no continente europeu e nos Estados Unidos, de um lado, e na América Latina, de outro lado. Nestas terras, os centros

urbanos foram impostos pelos poderes coloniais, que os consideravam como centros de controle das grandes regiões interioranas e como verdadeiros empórios das riquezas encontradas e tiradas da redondeza. A cidade principal e dominante (primate city) tornou-se assim um centro de riqueza, cultura e economia às custas dos arredores, que empobreciam constantemente. Matéria-prima e recursos humanos se concentravam, desigualmente, nas cidades em prejuízo das grandes regiões do interior. Uma das conseqüências mais desastrosas foi a enorme migração rural-urbana. "The upsurge of the great rural-urban migration has also created new problems, insofar as it was not originated by growth or industrial demand, but by push factors from the countryside. The creation of a "pseudo-tertiary" is an expression of the transfer of unemployment and underemployment from the rural areas to the cities" (*Urban Explosion in L. A.*, pág. 176).

Outros autores não compartilham esta visão pessimista. A função positiva da cidade, como centro dinâmico de cultura, educação e renovação técnica e social, compensaria os custos e sacrifícios econômicos e sociais da "superurbanização". A cidade seria o grande impulsor do desenvolvimento econômico e industrial.

Ambas as opiniões são aplicáveis à urbanização no Brasil. No caso de Brasília, esta pesquisa tentará mostrar a função tanto positiva como negativa dessa Capital. De um lado, Brasília trouxe mais integração para esta região, como também acentuada modernização. De outro lado, o fluxo migratório descontrolado ameaça desintegrar as cidades-satélites e, como reflexo, o próprio Plano Piloto, formando uma verdadeira coroa de espinhos em redor da nova Capital.

b) *Integração histórica*

Será que Brasília é algo completamente fora do contexto histórico do Brasil? Nem tanto. Idéia longamente nutrida durante séculos — veja-se a história de Brasília —, foi necessária uma cruzada de KUBITSCHKE e uma perseverança incrível para executá-la. O povo brasileiro considera, na sua maioria esmagadora, o fato da construção de Brasília como um dos maiores acontecimentos de sua história recente, haja vista o lugar de herói que JUSCELINO KUBITSCHKE ocupa não só em Brasília. De outro lado, a execução de Brasília, apesar de ser planejada como algo totalmente diferente, sucumbiu a um traço histórico de toda a urbanização da América do Sul. Como diz MORSE, estudioso da América Latina, "more than other Western regions, Latin America seems to be a "captive of its history". Not only has the city not grown out of the economic needs or in relation to the socio-economic development of its surrounding area; it has until very recently been totally divorced from the national reality. The modern Latin American city is less "an urban society in change" (that is, concerned with revolution, self-transcendence, obliteration of the past) than a society in which the trappings of Western industrial civilization are being fitted onto a traditional way of life" (5). Cativeira de sua história, Brasília sofre, também, as mesmas tendências das grandes metrópoles brasileiras: nas cidades-satélites

um desenvolvimento desordenado, migração desmedida, mercado de trabalho difícil e ameaça de bastante desemprego por falta de industrialização ou outras opções de trabalho produtivo. Planejada para ser diferente de todas as outras cidades brasileiras, veremos nas partes III e IV como Brasília tenta resolver os problemas de seu crescimento.

c) *Integração econômica*

Uma vez que Brasília se firmou como centro urbano de crescimento explosivo — de 1968 a 1978, a população do DF cresceu de 350.000 para 1.000.000 de habitantes —, era de um certo modo natural que a nova Capital teria de cumprir uma série de funções econômicas regionais e nacionais. Os setores de consumo, comercial e bancário, cresceram, além do administrativo, num ritmo intenso. Este aspecto econômico não preocupou muito os construtores de Brasília, porque não deram muita atenção a uma boa infra-estrutura econômica. Razão por que Brasília demora em afirmar-se como espaço de integração econômica para a região central do Brasil.

O caso de Brasília nos leva à pergunta muitas vezes repetida, também, nas teorias sociológicas: “A urbanização moderna é viável sem um certo grau de industrialização?”

No passado como no presente surgiram cidades sem uma infra-estrutura industrial. A América Latina é um exemplo disso. A urbanização ocidental dos últimos cem anos, porém, mostra uma forte ligação entre industrialização e crescimento urbano. A densidade populacional e o fluxo migratório parecem exigir uma certa concentração industrial. Não é consequência exclusiva do capitalismo, como afirmam autores socialistas, porque este fato existe tanto nos países capitalistas como nos socialistas.

MANUEL CASTELLS tenta uma análise incisiva, quando procura uma resposta para o desenvolvimento e dependência no processo urbano da América Latina (3, págs. 49-63).

“A urbanização na América Latina apresenta tanto semelhanças como enormes diferenças com o resto do terceiro mundo. As formas pré-coloniais foram praticamente destruídas pela penetração espanhola e portuguesa. Surgiu, portanto, uma sociedade completamente dependente. A urbanização como processo social só pode ser compreendida neste esquema histórico.

Tomando como critério de urbanização o limite de 100.000 habitantes, a taxa de urbanização da América Latina em 1960 (27,4%) é praticamente igual àquela da Europa (29,6%), e a taxa de “metropolitanização” (população acima de um milhão) é mais alta (14,7% para a América Latina contra 12,5% para a Europa). A razão desta “explosão urbana” não é somente o crescimento demográfico mas também a migração em massa do campo para a cidade. Apesar do crescimento da população urbana na América Latina como um todo, de 29,5% em 1925 para

46,1% em 1960 (e por certo maior ainda em 1980), a porcentagem da população ativa empregada em trabalho industrial ficou praticamente estável: de 13,7% em 1925 para 13,4% em 1960 (Cardoso, 1968-74).

O que é certo e essencial em tudo isso é que o impacto da industrialização na formação urbana não acontece por meio de um aumento de emprego no setor industrial e, conseqüentemente, o conteúdo social desta urbanização se torna muito diferente daquele de países capitalistas avançados. A mudança na estrutura do mercado de empregos é na América Latina muito menos determinada pelo processo de industrialização do que pela integração da parte da população rural no setor terciário ou setor de serviços. O que é mais grave ainda, dentro do item serviços, se esconde muito desemprego disfarçado. O setor de serviços cresceu demasiadamente, sendo igual àquele dos Estados Unidos e maior do que na Europa, com esta diferença que na América Latina se esconde no setor serviços uma massa de improdutivos e não qualificados. A falta de emprego cria as favelas e cidades-satélites, que de forma nenhuma devem ser consideradas como marginalizadas ou socialmente desorganizadas, mas mesmo assim improdutivas e um peso para a economia."

"Latin American urbanization is characterized by the following features: an urban population unrelated to the productive level of the system (peso morto de grandes partes da população urbana para o sistema produtivo); an absence of a direct relation between industrial employment and urbanization, but a link between industrial production and urban growth; a strong imbalance in the urban network in favour of one predominating urban area; increasing acceleration of the process of urbanization; a lack of jobs and services for the new urban masses and, consequently, a reinforcement of the ecological segregation of the social classes and a polarization of the system of stratification as far as consumption is concerned" (3, *pág.* 57).

Qual seria, conforme CASTELLS, a solução para estes problemas urbanos, que também se apresentam em Brasília? Industrialização mágica? Parcialmente poderia ajudar na melhoria da situação urbana na América Latina. Mas o fator decisivo parece ser a migração rural-urbana, que deve ser estancada, diante de uma reforma completa no campo, isto é, parar a desorganização no campo. A sociedade rural está em crise, não por difusão dos valores urbanos, mas pela própria estrutura social no campo. Termina CASTELLS:

"Urbanization in Latin America is not the expression of a process of "modernization", but the manifestation, at the level of socio-spatial relations, of the accentuation of the social contradictions inherent in its mode of development — a develop-

ment determined by a specific dependence within the monopolistic capitalist system" (3, *pág.* 63).

Mesmo se o sistema capitalista não contribuiu diretamente nos problemas de Brasília, já que a cidade surgiu de origens totalmente diversas, os efeitos da urbanização se apresentam do mesmo modo e pedem uma solução urgente.

d) *A integração sócio-cultural*

No pensamento dos fundadores, Brasília seria uma nova sociedade e um lugar de fusão (*melting pot*) de todas as culturas regionais do Brasil. Sonho utópico? Absolutamente. As cidades sempre foram lugares de integração, de cultura avançada, de esplendor e de renovação, tanto no passado como no presente. "Under certain conditions the city may be considered an integrating mechanism for the rise of a modern, well-developed national society" (Gino Germani, 5). O que significa esta integração social e cultural? Por certo "a integração dos indivíduos e grupos sociais nas conquistas da sociedade atual ou, mais exatamente, uma participação de todos nos avanços econômicos, sociais, culturais e políticos do tempo atual", geralmente considerados como importantes para todo tipo de sociedade. Até que ponto Brasília realizou esta integração em nível social e cultural? Nas partes III e IV será examinado, com mais detalhes, este grau de integração. Em termos genéricos se manifesta a mesma tendência já observada por muitos autores (5) a respeito da urbanização, não só na América Latina, como nas outras partes do mundo, até em Amsterdam. Chama-se este fenômeno "the two-class society", a sociedade de duas classes, onde a classe média, se fortalecendo sempre mais no *welfare state*, se inclina e se alinha com a classe alta e vai assim formando uma camada superior que se separa nitidamente da classe inferior: os operários, os semiqualeificados e não qualificados. Este sistema de duas classes funciona tanto nos países de economia chamada capitalista como no bloco socialista, onde o partido forma a classe superior.

A classe inferior se acumula, de preferência, nas margens das cidades ou nas partes menos valorizadas. Assim forma-se o que se chama "glass-curtain effect". Tudo pode ser visto, mas não há participação efetiva a não ser pelo grupo de dentro por causa da cortina de vidro. Esta linha divisória se acentua mais nos países do terceiro mundo e especialmente nas cidades, onde o migrante, expulso do seu ambiente rural, tenta conquistar uma nova vida por intermédio de parentes e amigos, mas encontra muitos obstáculos na conexão com as estruturas urbanas e nos mecanismos de integração. Brasília está em vias de acumular estes mesmos problemas de metrópole em rápido crescimento. Vê-se depois de 20 anos um Plano Piloto bastante integrado, mas 8 cidades-satélites que lutam para conseguir um certo grau de integração sócio-cultural.

Além dos mecanismos econômicos, existem, de fato, outros meios de integração e mobilidade social, como, por exemplo, nível de instrução, cooperativismo, desenvolvimento de comunidades locais.

Quanto à distribuição de renda (veja-se tabela de renda no Plano Piloto e satélites de 1976), Brasília segue o padrão de muitas outras cidades brasileiras. Quanto ao mercado de trabalho, as dificuldades aumentarão quando a indústria da construção diminuir o ritmo. Todos estes dados serão comparados no fim do estudo, baseado nos Anuários Estatísticos do DF.

Quanto ao nível de instrução (ensino e educação), Brasília ocupa um lugar bastante bom no conjunto nacional. Muitas são as possibilidades de estudar na nova Capital. Examinaremos este assunto mais adiante, quando teremos a oportunidade de medir o grau de integração da população do DF.

A idéia de cooperativismo e cooperativas não é estranha à organização de Brasília. Uma das cooperativas mais em evidência é a SHIS, Sociedade de Habitações de Interesse Social, que construiu enormes conjuntos de casas populares, e solucionou, de um certo modo, o problema da moradia do DF, principalmente nas cidades-satélites. Nas partes III e IV teremos mais oportunidade de voltar a este assunto.

Em Brasília existe uma oportunidade muito grande de se aproveitar das comunidades locais de vizinhança, porque tanto o Plano Piloto como as cidades-satélites são divididos em quadras e lotes, ou em conjuntos de apartamentos ou de casas, tanto definitivas como provisórias. O sistema de quadras ou lotes não foi, ao nosso ver, suficientemente estudado e planejado, porque poderia servir para dar aos seus habitantes maior autonomia de organizar melhor suas quadras, como já está sendo experimentado no Plano Piloto com algumas quadras, que escolhem seus prefeitos. Seria uma ótima chance de delegação de poderes ou de descentralização, e uma excelente oportunidade de iniciativa própria e estímulo à criatividade e responsabilidade, tão necessária nas cidades modernas, que se tornam ingovernáveis por causa da falta de participação de seus cidadãos. Maior participação levaria, indubitavelmente, a maior integração. Na avaliação de Brasília como espaço social, voltaremos a este assunto.

e) *A integração política*

Desde o início Brasília foi planejada e preparada para ser o principal centro administrativo e político do País. A nova Capital seria o novo espaço político do País. Durante muitos anos criticada como "o isolamento do poder central", situada num planalto de difícil acesso, longe da labuta cotidiana dos brasileiros, Brasília começou nestes últimos dez anos seu papel integrador no continente brasileiro. Era moda fazer de Brasília um passeio semanal, para no fim da semana voltar para o lar. A idéia de que Brasília era uma cidade boa para se trabalhar, mas não para se viver, desapareceu.

Como explicar o fenômeno do crescimento rápido de Brasília como também seu papel político dentro do Brasil atual? Existem muitas teorias a respeito da urbanização no terceiro mundo, como já foi ressaltado nas

páginas anteriores. CASTELLS apela para uma explicação baseada no materialismo histórico de MARX; EPSTEIN se vale da teoria de dependência de GUNDER FRANK, e HOROWITZ usa como termo de referência a urbanização atual dos Estados Unidos e da Europa. Usando estas teorias, o papel político e administrativo de Brasília pode ser explicado? Ou será que devemos levar em conta outros princípios próprios à realidade sul-americana?

Desde os tempos coloniais, e muitas vezes por causa disso, a vida política e administrativa da América do Sul foi muito diferente das da Europa e América do Norte. Receamos que a aplicação do dualismo marxismo-capitalismo e imperialismo-dependência não explique satisfatoriamente a realidade brasileira ou o fenômeno Brasília.

Que Brasília tornou-se de fato e de direito o centro político e administrativo do País está à vista. Que a idéia da nova Capital integrou-se no pensamento brasileiro é um fato. Aliás o centralismo dos últimos 15 anos ajudou bastante para confirmar Brasília como ponto de convergência política e administrativa. Ao nosso ver nem marxismo ou capitalismo, nem imperialismo ou dependência explicam este fato, mas sim a afirmação de uma própria identidade, a procura de um próprio e peculiar caminho de desenvolvimento, execução de um plano preestabelecido independente de uma ideologia rígida.

Como nas outras cidades do Brasil, existe em Brasília um conhecimento político, uma consciência política bem maior do que na zona rural em redor. Em todas as cidades se formou uma "consciência de classe" muito mais acentuada do que no campo, onde se pode falar em "consciência de massa". Apesar de os habitantes de Brasília não terem direito a voto, a proximidade do poder central garante uma comunicação constante em nível político.

Conclusões a respeito do item II

Após um primeiro esboço de Brasília como espaço de integração geográfica, histórica, econômica, sócio-cultural e política, não escapamos à impressão de que, na procura de uma teoria, de um paradigma de explicação, nem a teoria da produtividade e reprodução do materialismo histórico, nem a teoria de dependência satisfazem plenamente. A urbanização moderna, como existe nos países industrializados, não fica devidamente esclarecida colocando o capitalismo como único responsável pelo impasse e pelos problemas urbanos (CASTELLS, HARVEY e EPSTEIN, 2, 3 e 11).

Parece-nos uma simplificação da crise urbana atual. No livro sobre JURGEN HABERMAS, recentemente publicado na Holanda, sob o título *Trabalho e Interação*, os dois autores MICHIEL KORTHALS e HARRY KUNNEMAN explicam que HABERMAS chega à conclusão de que a teoria marxista de trabalho e produtividade é inadequada para compreender a proporcionalidade do poder e distribuição de forças na sociedade atual. Ele propõe manusear uma teoria mais abrangente, na

qual, ao lado do "trabalho", também a "interação" seja considerada como fundamental. Por "trabalho ou ação racional-intencional" (Zweckrational) ele entende a forma de agir, pela qual o ser humano domina e transforma a natureza não humana. Por "interação ou ação de comunicação" ele compreende a forma de agir baseada em normas percebidas e reconhecidas por duas ou mais pessoas. Para esta interação é necessária ação em nível humano. Interação diz respeito ao relacionamento entre seres humanos, regulamentado por normas e expectativas de múltipla espécie. Neste relacionamento podem surgir bloqueios, desigualdade de poder etc., que não podem ser explicados pelo processo produtivo e nem resolvidos pela modificação de relações de trabalho. A sociedade urbana não deve ser considerada como sendo exclusivamente um processo de produção capitalista, mas também como processo de constante interação entre os seus habitantes, entre o meio ambiente e entre normas e expectativas que existem na "urbs" (14).

Brasília é um resultado desta interação entre um centro de poder central e uma periferia, que se estende sempre mais longe. Os efeitos "centro-periferia", teoria muito usada na sociologia urbana, existem e funcionam também em Brasília. Todas as cidades grandes no Brasil têm esta influência em menor ou maior grau. Quanto mais desenvolvido o centro e quanto mais moderno, tanto maior sua influência. Seria possível dividir e classificar as várias regiões do Brasil conforme os grandes centros urbanos, por exemplo, a região de São Paulo ou Grande São Paulo, a região do Rio ou Grande Rio. Poderia ser chamado o efeito de radiação. Os efeitos de atração e de radiação são proporcionais: quanto mais radiação tanto maior a atração, e quanto maior a atração tanto maior a radiação.

Neste ponto as grandes cidades da América do Sul diferem, ao nosso ver, bastante das grandes cidades na Europa e nos Estados Unidos. Muitos autores apresentam o que DARCY RIBEIRO chama de "eurocentrismo" na explicação da América Latina. Escreve DARCY RIBEIRO em *Os Brasileiros: 1. Teoria do Brasil* (13):

"As teorias modernas de alto alcance histórico, fundadas nos esquemas marxistas clássicos, especialmente nos textos de ENGELS, embora se prestem para descrever a progressão das sociedades européias — de cuja história foram inferidas —, não se aplicam, senão de modo forçado, a outros contextos... Para este esforço é que procuramos contribuir num estudo — *O Processo Civilizatório* (1968) — dedicado a tratar o tema, de uma perspectiva extra-européia. Partimos do pressuposto de que a evolução sócio-cultural pode ser reconstituída conceitualmente à base de sucessivas revoluções tecnológicas geradoras de múltiplos processos civilizatórios que deram nascimento a diversas formações econômico-sociais ou sócio-culturais. Nesse contexto, as revoluções tecnológicas consistem em transformações prodigiosas nos modos de produção e na tecnologia militar, as quais, uma vez amadurecidas, geram antagonismos com as formas anteriores de associação e com os corpos ideológicos

preexistentes, provocando mudanças sociais e culturais tendentes a refazer os modos de pensar, de ser e de agir das sociedades por eles afetadas.

Os processos civilizatórios desencadeados pelas revoluções tecnológicas, operando por diversas vias, provocam o surgimento de focos dinâmicos correspondentes a povos ativados pelo domínio da nova tecnologia. Estes focos, difundindo-se sobre áreas contíguas ou longínquas, constroem, através da dominação de outros povos, constelações macroétnicas estruturadas na forma de impérios, aglutinados com maior ou menor rigidez. Todos os povos envolvidos nesses movimentos se transfiguram. Transfiguram-se, porém, de duas formas distintas, segundo experimentem movimentos acelerativos de autoconstrução que os modelam como povos autônomos que existem para si mesmos ou movimentos reflexos de *atualização* e *incorporação* histórica que plasmam povos dependentes, objeto de domínio e exploração dos primeiros" (13, págs. 32 e 33).

A urbanização no Brasil colonial pode ser encaixada neste esquema. Liberta do papel colonial e confrontada com a revolução tecnológica urbano-industrial, a cidade brasileira se torna um foco de mudança e modernização de dinâmica própria, que aos poucos vai dominando as regiões próximas e longínquas. Estas, por sua vez, ou chegam a um desenvolvimento autônomo ou resvalam para uma dependência de exploração. O mapa do Brasil mostra claramente as regiões metropolitanas com estas características e se expandindo rapidamente. E é nestas regiões que a população do Brasil, especialmente do campo, se acumula e quer viver, porque aí a modernização se manifesta com maior intensidade. Toda cidade grande do Brasil cria assim seu anel de satélites, sujeitos a um fluxo migratório intenso e descontrolável. Este desenvolvimento torna a urbanização do Brasil bem diferente da da Europa e América do Norte.

O espaço social da cidade brasileira se torna assim muito mais importante, porque, queira ou não, é aí que se realiza a maior evolução econômico-social do Brasil. O uso ou abuso deste espaço terá conseqüências profundas em toda região, para não dizer no País todo.

Brasília, 20 anos depois, é um tal centro dinâmico no Planalto Central. O bom uso ou o abuso do espaço de Brasília e das cidades-satélites, já existentes, terá profundas conseqüências na integração da região central.

III — Método de Pesquisa. Comparação com outros métodos

Uma visão holística ou macroscópica, como defendida nas páginas anteriores, só pode ser devidamente explorada quando subdividida em parcelas menores, assim como um bolo não pode ser comido de uma vez mas repartido em fatias. Vários são os métodos usados para este fim. Comparamos aqui uns três métodos que nos parecem, de início, os mais adequados: os métodos de SHEVKY, ROBSON e EKISTICS. O método de SHEVKY separa e classifica as subáreas urbanas conforme três es-

estruturas básicas, que seriam parâmetros necessários e satisfatórios para medir todas as estruturas sociais urbanas. Estes três esquemas básicos são:

- 1 — nível social { emprego
educação
renda
- 2 — urbanização { fertilidade
mulheres no processo produtivo
residências particulares
- 3 — segregação (não subdividida)

ROBSON, porém, critica este método no seu livro *Urban Analysis*, quando fala sobre a composição dos três esquemas.

"Most of the criticism which has been levelled at the technique relates to the process by which these factors have been derived. The objective may be sound even though the method has been found suspect. To work towards the same end as the SHEVKY analysis while avoiding the weakness of selecting variables on the basis of predetermined deductive theory, the objective statistical means of multivariate analysis obviously meet our requirements.

Whereas the SHEVKY technique selects its constructs, and the variables which compose them, on the basis of possibly suspect theory, multivariate analysis selects its discriminating factors solely on the basis of the intercorrelations of the data itself — and a large body of data at that. Factor analysis and the related technique of component analysis are methods of discovering the structure of a multivariate universe of data revealing the clusters or bundles of closely related elements contained within a matrix of correlation coefficients" (6, págs. 47 e 48).

O nosso propósito é seguir o método de ROBSON, evitando assim as desvantagens do método de SHEVKY. No estudo "intra-city" de Brasília não partiremos de áreas previamente demarcadas, mas sim, por via de análise multivariada, tentaremos descobrir os espaços que surgem naturalmente da correlação e associação de muitos dados. Como em toda pesquisa o conjunto de variáveis tem de ser construído pela experiência de campo

Um bom esquema, e já testado, está sendo usado por vários anos pela equipe de EKISTICS, organizada pelo arquiteto grego DOXIADIS, e que tem sua sede em Atenas, na Grécia (4). Na revista *Ekistic Journal*, toda uma sistemática de variáveis é constantemente aplicada a problemas urbanos atuais. Conforme DOXIADIS, toda cidade deve ser pesquisada do seguinte modo:

- 1 — Ekistic units. Unidades ekísticas.
- 2 — Ekistic elements. Elementos ekísticos.

3 — Ekistic functions. Funções ekísticas.

4 — Evolutionary phases. Fases de evolução.

5 — Factors and disciplines. Fatores e disciplinas.

Todos estes itens são explicados no livro de DOXIADIS *EKISTICS, an Introduction to the Science of Human Settlements* (4). Aplicado a Brasília, poderíamos dizer: Brasília como metrópole (1), composta dos elementos natureza, ser humano, sociedade, moradia e redes (nature, man, society, shells and networks (2), tem uma função política e administrativa de “lugar e ponto central” (Kristaller, 3), que evoluiu, aos poucos, de uma fase inicial, por um período de estagnação, para sua complementação final (4), sujeita a fatores econômicos e sociais que pedem um planejamento e um estudo interdisciplinar (5).

Os *elementos ekísticos*, subdivididos em 4, nos fornecem as variáveis adequadas ao nosso estudo, formando um tipo de “clusters” para todos os fenômenos da cidade moderna. Cada número de *Ekistic Journal* repete este esquema básico, chamado “Ekistic grid index” ou o índice da grade ekística.

Por via de exemplo segue aqui a aplicação do modelo em foco a uma situação de vivência em Brasília e no DF. É evidentemente uma simplificação grosseira, mas pode dar uma idéia da utilidade da grade ekística no estudo pormenorizado posterior.

Os 5 elementos ekísticos são subdivididos em 4 conforme uma palavra-chave. Os sinais de escore são baseados em impressões individuais e subjetivas de satisfação, como já foi feito por JOSÉ PASTORE no seu estudo *Brasília a cidade e o homem*. O sinal + significa positivo, isto é, a cidade tem uma influência positiva ou satisfatória sobre o indivíduo, ela é experimentada como boa e agradável. Usamos também o sinal ±, mais ou menos, como um escore intermediário entre positivo e negativo, porque existem experiências ou vivências mais positivas do que negativas ou o contrário. Portanto:

sinal + significa escore positivo ou uso positivo;

” ± significa escore mais positivo do que negativo;

” = significa mais negativo do que positivo;

” - significa escore negativo.

Existem em todas as sociedades situações que não devem ser consideradas nem totalmente positivas nem totalmente negativas. Estes sinais serão mais tarde, em um estágio posterior, substituídos por coeficientes de correlação ou de associação (17).

Na tabela pode acontecer que um mesmo item tenha dois escores, porque numa cidade-satélite é bem possível que o centro seja mais desenvolvido do que a periferia, o que dá uma satisfação maior ao seu habitante. Vejam-se Tabela I e, no verso, Tabela II, que é um exemplo de uma grade ekística usada pela Escola de Atenas.

Será possível transformar uma Tabela I em coeficientes de correlação, como explicado por ROBSON? (6).

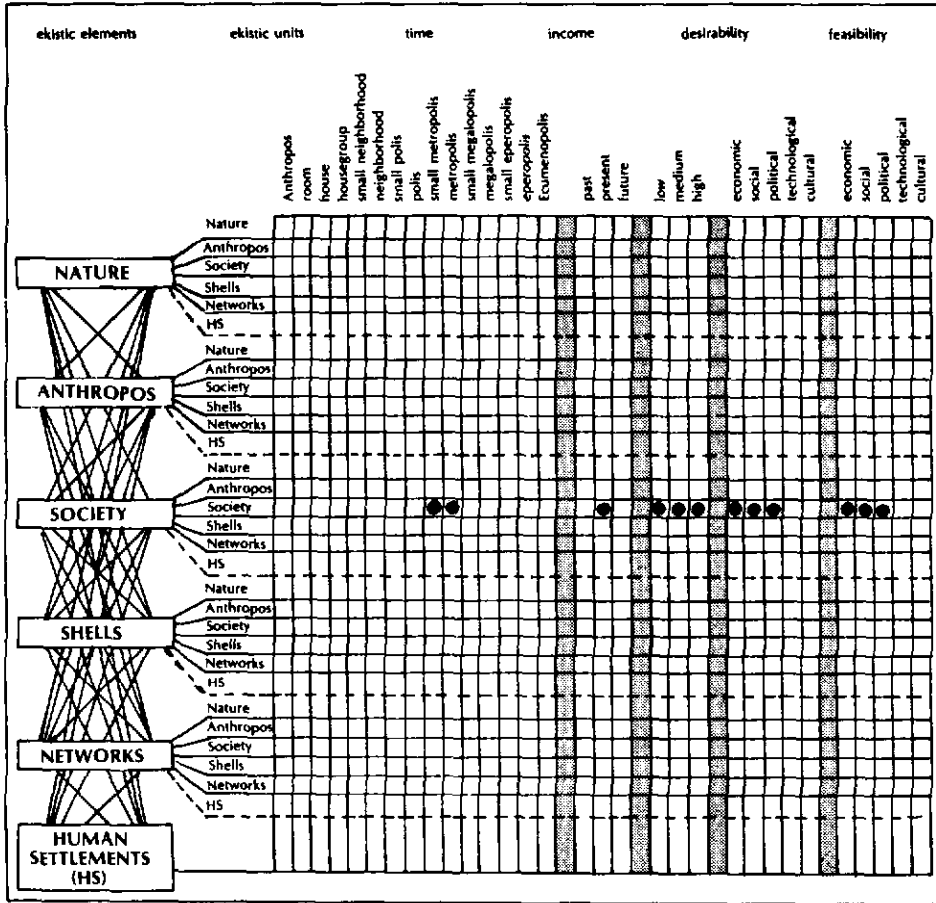
Parece-nos perfeitamente viável testar estas variáveis de EKISTICS numa realidade como Brasília em 1980. Por intermédio de inquéritos e questionários, como aliás já feito por PASTORE em 1968, deve ser possível conhecer o pensamento do brasiliense e do morador das cidades-satélites a respeito das suas impressões. Portanto, uma verdadeira pesquisa de opiniões e atitudes, já bem conhecida na sociologia. O resultado deste inquérito pode, então, ser comparado com dados objetivos de censo ou estatísticas do Anuário Estatístico do DF.

TABELA I

elementos	componentes	Brasília				satélites			
		+	±	≠	-	+	±	≠	-
NATURE	environment	+							-
	nat. resources		±					±	
	land-use, landscape	+						±	
	recreation	+						±	
MAN	survival needs	+				+			
	safety, security	+					±		
	integration		±					±	
	self-realization	+						±	-
SOCIETY	administration	+				+			
	population-trends	+							-
	urbanization	+					±	±	
	economic occupation	+	±					±	-
SHELLS	housing	+					±	±	
	services	+				+			
	factories, offices	+							-
	educational units	+				+			
NETWORKS	water, power, sewage	+					±	±	
	transportation		±	±					-
	communication syst.	+					±		
	modern technology	+						±	
		17	4	1	0	4	5	10	6

TABELA II

The anthropocosmos model
Inadequacies of economic analyses



Adapted version of model for EKISTICS

A lista das variáveis, eventualmente usadas, pode ser substituída por uma outra de PHILIP H. REES, que parece uma combinação de SHEVSKY com EKISTICS (veja Tabela 3).

REES fala em "factorial ecology", ou ecologia fatorial, que ele aplica no estudo de áreas sociais (15). A análise fatorial tem muitos seguidores, como, por exemplo, ELI BORUKHOV, YONA GRINSBERG e ELIA WERCZBERGER num estudo da cidade de Tel-Aviv, em Israel, publicado em *Urban Affairs Quarterly*, Vol. 15, nº 2, dezembro de 1979, págs. 182-205, intitulado: "The Social Ecology of Tel-Aviv. A Study in Factor Analysis" (26).

Existem, portanto, suficiente literatura e técnicas a respeito deste assunto, que podem ser aplicadas à realidade de Brasília. Na próxima etapa de nossa pesquisa, executada em Brasília, teremos chance de testar estes métodos.

Table 3. Classification of variables employed in factorial ecology

1. *Socioeconomic Status Variables*

1.1 Population Variables (direct indicators of social status)

1.1.1 Education

1.1.2 Occupation

1.1.3 Income

1.2 Housing Variables (indirect indicators of social status)

1.2.1 Quality

1.2.2 Value of Rent

1.3 Household Material Possessions

1.4 Mixed Population and Housing Variables (for instance, the degree of overcrowding)

2. *Family Status or Life Cycle Stage Variables*

2.1 Population Variables (direct indicators of family status) — the Life Cycle Subset

2.1.1 Age

2.1.2 Family Size

2.1.3 Fertility

2.1.4 Marital Status

2.2 Housing Variables (indirect indicators of family status) — the Urbanization Subset

2.2.1 Type

2.2.2 Age

3. *Ethnicity or Minority Group Status Variables*

3.1 Racial Group

3.2 Nativity Group

3.2.1 National Group

3.3 Linguistic Group

3.4 Regional (Migrant) Group

4. *Change and Mobility Variables*

4.1 Mobility

4.1.1 Movement Rates

4.1.2 Movement Classified by Origin or Destination

4.2 Population Change

5. *Scale Variables*

5.1 Population

5.2 Area

5.3 Population Density (may act as indirect family status indicator)

5.4 Locational Measures (may act as indirect family status indicator, e.g., distance from city center)

6. *Health, Welfare, and Social Problems*

6.1 Mental Health

6.2 Physical Health

6.3 Welfare

6.4 Crime and Delinquency

6.5 School Population Statistics

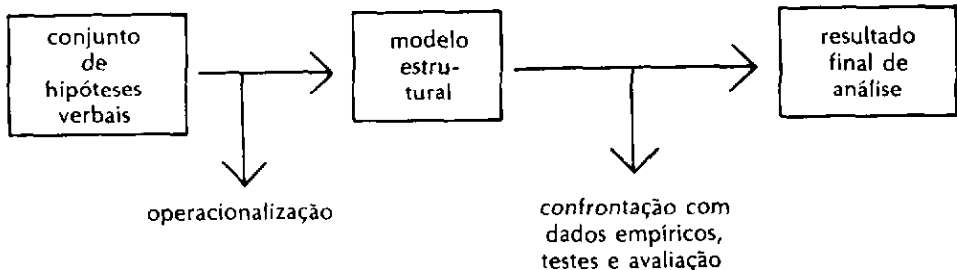
(These are usually local government statistics)

7. *Other Variables*

A number other variables such as commuting statistics or land-use measures have been included in factorial ecologies.

IV — *Avaliação de Brasília como espaço social depois de 20 anos de desenvolvimento. Perguntas e sugestões*

Uma avaliação neste estágio de pesquisa só pode ser provisória. Trabalhamos conforme o esquema indicado em *Metodologia de Pesquisa. B. Métodos e Técnicas*, publicação do Instituto de Sociologia da Universidade de Nijmegen (9). Geralmente procura-se seguir na análise de multivariação o seguinte esquema:



Como pode ser constatado, nas Partes I e II foi formulada uma série de hipóteses verbais, das quais surgiu um modelo estrutural de pesquisa na Parte III. O resultado final de análise só surgirá depois da confrontação com os dados empíricos a serem recolhidos numa etapa posterior em Brasília mesma. Por enquanto nos limitamos a uma avaliação vivencial baseada em dez anos de residência na nova Capital desde 1970, uma espécie de avaliação participante. Nossa experiência de dez anos de observação nos leva à conclusão de que o que falta em Brasília é: *desenvolvimento comunitário e planejamento espacial*. Estes dois conceitos, muito em evidência na sociologia urbana atual, necessitam de alguma explicação. Usamos para este fim a publicação do Dr. GUFFENS, nosso promotor, e outros livros de data recente (16 e 10).

Desenvolvimento comunitário e planejamento espacial

A finalidade de *desenvolvimento comunitário* (community building) é: "um conjunto de atividades que visam ao funcionamento melhor de uma comunidade com a finalidade do bem-estar dos membros desta comunidade. Como ponto essencial se ressalta a participação dos cidadãos na promoção do bem-estar da comunidade" (GUFFENS, 16).

O *planejamento espacial*, muito ligado à organização espacial, mas não sinônimo, significa conforme DRORS: "o processo preparatório de uma série de decisões de ação futura para conseguir os fins com os meios adequados. Planejamento (planning) é mais do que um saber abstrato, é também um saber prático como, por exemplo, a Medicina. O planejamento espacial ou regional é, portanto, um processo de organização ou ordenação futura do meio ambiente espacial. Se planejamento espacial significa processo de preparação, ordenação espacial significa execução de decisões. Tanto para a Sociologia como ciência abstrata ou teórica, como também para o planejamento espacial (o saber prático, que usa as contribuições da Sociologia), a organização espacial é somente relevante quando procura aplicar na prática as decisões tomadas como um verdadeiro "feedback" para o conhecimento experimental" (10, *pág.* 87).

Segundo nossa experiência nestes últimos 20 anos, não se deu a devida atenção ao desenvolvimento comunitário de Brasília e à sua organização espacial, como prolongamento do planejamento espacial. Que o resultado possa ser uma situação de conflito e alienação é óbvio (16).

Em que se baseia esta falta de desenvolvimento comunitário e de ordenação espacial de Brasília?

Na construção de Brasília houve, evidentemente, preocupação com um bom uso do espaço e um sadio desenvolvimento da vida comunitária. A cidade não devia ser somente um monumento mas também exemplo de uma comunidade urbana nova, diferente de todas as outras cidades brasileiras.

Ao nosso ver, apesar dos planos, este novo tipo de comunidade não se desenvolveu bem no DF, nem no Plano Piloto, nem nas cidades-satélites. EPSTEIN, no seu livro *Brasilia, Plan and Reality* (11), atribui este fracasso à economia de dependência, teoria de A. GUNDE FRANK. Aplicando esta teoria a Brasília, ele coloca a cidade nova no quadro mais amplo de urbanização no terceiro mundo, dependente da economia capitalista do Ocidente industrializado. Brasília e as cidades-satélites apresentam os mesmos problemas de urbanização como no resto do terceiro mundo, afirma o autor.

"In the case of Brasilia, there may be found on the level of the national and international stratification systems patterns of interests, practices and ideology which determined many of the features of the architectural plan and its execution, including the following: (a) the monumentalist emphasis on dramatic architecture and broad vistas; (b) the favoring of automotive circulation in spite of the fact that cars remain a luxury for the vast majority of the Brazilian population; (c) only cursory attention being paid to the needs and desires of the first residents (the construction workers) and to the lower-class residents in general; (d) the nondevelopmental, static, or skeletal character of the plan, expressed as a final output rather than a process of growth which at all stages would involve human lives; (e) the necessity, given political practice prevailing in Brazil, of finishing the city according to plan within a three-year period (Kubitschek's Presidential mandate) if it was not to be later abandoned; (f) the centralized character of the planning and execution processes themselves with no provision for consultation or participation by any but upper-level technical and political personnel. Moreover, the central fact of in-migration, its scope and direction, arose and persisted as a consequence of the polarization of Brazilian society between city and country" (11, págs. 175/176).

Agora em 1980 Brasília parece algo diferente das conclusões de EPSTEIN no último capítulo de seu livro sobre Brasília de 1968 (Chapter VI, *Brasilia in Context*).

Um dos fatores principais dos problemas urbanos de Brasília é sem dúvida, além daqueles enumerados por EPSTEIN, o fraco desenvolvimento e a pouca atenção dispensada às unidades residenciais. Tanto o Plano Piloto como as cidades-satélites são organizados em quadras, conjuntos ou lotes, portanto, uma divisão e delimitação espacial pronta e feita. Sem maiores transtornos, um melhor aproveitamento dos espaços criados seria perfeitamente viável.

De todos os lados surgem teorias que afirmam que a metrópole moderna é incontrollável, à beira do colapso econômico e social, um sistema falido etc. A cidade moderna se encontra em crise (2 e 3).

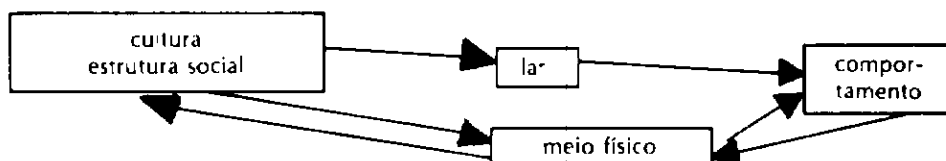
Será que Brasília tem de seguir o mesmo caminho? Não necessariamente. Em Brasília se fez planejamento espacial, sem dúvida, *mas*

não um planejamento "social". Falta o enfoque social. Quanto a isso GRUNFELD e STOPPELENBURG escrevem:

"Um planejamento espacial de enfoque social (10) quer de fato cumprir uma função de servir, isto é, criar de tal forma condições ambientais físicas e sociais que tanto os indivíduos como os grupos consigam desenvolver-se do modo mais livre possível, sem que isso conduza a privação e prejuízo para outros grupos. Sabemos que os defensores do modelo do conflito argumentam: que um tal objetivo é irreal, porque definem todo tipo de desenvolvimento social em termos de luta pelo poder. Quando se parte deste ponto de vista, somente a ciência política tem de dar uma contribuição e não a sociologia."

Como já foi frisado nas partes anteriores, queremos evitar, ao máximo, partir de teorias preconcebidas na explicação de Brasília. Pelos fatos podemos constatar que houve, desde o começo, uma ordenação espacial, mas ao nosso ver as quadras, conjuntos e lotes não chegaram a um planejamento verdadeiramente social, que possa eventualmente resolver uma série de necessidades sociais existentes na Brasília de 1980.

O que se manifesta na vida comunitária ou social é um comportamento, baseado em atitudes e valores. Este comportamento é resultado de uma série de fatores que funcionam conforme o seguinte esquema:

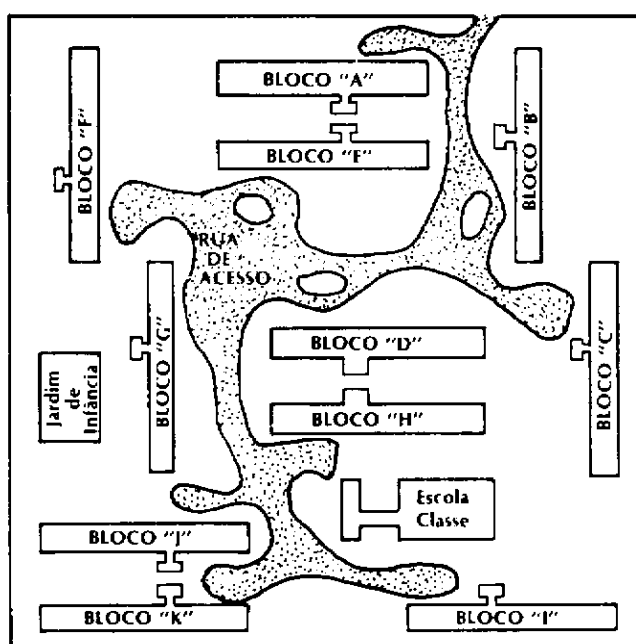


Cultura e estrutura social se transformam em comportamento individual pelo lar e pelo meio físico. O lar e o meio físico dão um colorido próprio à cultura e estrutura social. Daí resulta a importância destes dois fatores para o indivíduo. É no bairro, na casa, na rua, na vizinhança que o lar e o meio físico funcionam com maior penetração. O ambiente natural e a família marcam profundamente o indivíduo. Embora a cidade grande tenha enfraquecido estes laços, porque mudou muito o raio de ação do indivíduo pelo transporte, pelo divertimento e pelo mercado de trabalho, não é sem fundamento que BRIAN BERRY contesta o desaparecimento de quaisquer laços, afirmando que a influência da vizinhança e do bairro continua firme (8). Não é surpresa que esteja surgindo um movimento de "revitalização da vizinhança". E o número 4, de outubro de 1979, vol. 45, da revista americana *Journal of the American Planning Association* é inteiramente dedicado a "Neighborhood Revitalization". A idéia de comunidade de vizinhança, como organização descentralizadora e autônoma, é nada estranha apesar dos perigos, como explicado no livro de GRUNFELD e STOPPELENBURG (10). Os grandes problemas nacionais de inflação, desemprego, má distribuição de renda não serão resolvidos neste nível de bairro ou vizinhança, porque atingem a nação toda, mas muitos

dos problemas cotidianos, que escapam a um governo do Distrito Federal ou que ficam obstruídos na máquina burocrática, podem ser resolvidos em nível comunitário. Temos exemplos em Brasília com as prefeituras de quadras, que estão surgindo no Plano Piloto, como em outros países, como a China (24).

Uma pesquisa de avaliação poderia dizer quais os pontos positivos ou negativos. Nas cidades-satélites muita coisa de saneamento, de assistência, de mudança de ambiente e proteção aos moradores, de limpeza e jardinagem poderia ser feita em nível comunitário, se houvesse uma educação para tanto.

SUPERQUADRA — SQ



Uma quadra como esta mostra como os setores habitacionais formam espaços bem definidos e organizados, onde será perfeitamente possível formar comunidades locais

De propósito nos perguntamos se uma comunidade em nível de vizinhança pode fazer algo para a subsistência ou auto-sustento, especialmente entre as faixas mais pobres da população. Procuramos exemplos de movimentos parecidos em outros países em desenvolvimento ou desenvolvidos. Achamos apoio em dois artigos recentes, um na revista alemã *Bauwelt*, de 30 de março de 1979, de EKHART HAHN, onde o autor escreve sobre a China atual: "China Heut — Tendenzen und Entwicklungen in Städtebau und Stadtpolitik" (A China hoje — ten-

dências e desenvolvimentos na construção e política urbana); o outro artigo encontramos na revista grega *Ekistics*, nº 278, set./out. 1979, de Aditya Prakash, da Índia: "Human settlements: a self-sustaining approach" (Povoações humanas: um caminho de auto-sustento). Futuramente tentaremos resumir estas experiências num próximo trabalho. Somente algumas idéias.

Aditya Prakash:

"It is quite true that man has always tended to disturb the balance of nature. For a long time in human history, the quantum of disturbance being small, and the population to land ratio being large, nature has been able to adjust the imbalance. But the industrial civilization has tended to upset the balance so much that the life on earth has approached the threshold of a major man-made catastrophe (25).

It is high time that we take a look at the fundamentals of human settlements, and evolve a system whereby we can live a rewarding life of happiness and prosperity making the best use of the knowledge that man has acquired. Happiness for all can only be had by ensuring "plenty" for all, and by ensuring minimum "waste". This can only be done by creating units of living in which each resource is to put to maximum "productive" use and "cycled" for reuse to the extent our present knowledge permits. The unit has to be of human comprehension so that it does not become abstract or dehumanized like in a vast industrial empire."

Na China estão tentando exatamente isso em redor dos grandes centros urbanos, como explica **EKHART HAHN** em seu artigo. A todo custo tentam-se evitar os erros mais comuns, que são:

1 — burocratização e alienação, que levam à perda de contato direto do indivíduo com seu ambiente social, espacial e natural, portanto seu ambiente vivencial.

2 — alienação do meio ambiente, que leva à redução total das relações ambientais diretas e ausência de responsabilidade individual pelas condições naturais de vida.

Para conseguir uma integração maior, urge: a emancipação da mulher como membro ativo e produtivo da comunidade local e regional. Ela não é só dona de casa, mas participante ativa na organização da comunidade de vizinhança (24).

Todo este trabalho comunitário deve ser, de início, uma constante campanha de conscientização. Em Brasília não há nenhuma necessidade de mudanças nos espaços urbanos. Os espaços habitacionais estão prontos. Falta somente a implantação de sistemas de mutirão, cooperativismo etc., em nível de quadra, conjunto e lote. Não nos enganemos na dificuldade do processo de aglutinação e conscientização. O Dr. **GUFFENS**, no seu livro *Desenvolvimento Comunitário. Ordenação Espacial e Alienação*, dá uma idéia da magnitude do empreendimento e

das dificuldades no caminho. Fala ele em obstáculos de comportamento, de posição e de participação. Mesmo assim estamos convencidos que por meio de informação, esclarecimento e capacidade técnica haveria possibilidade de iniciar este processo, evidentemente com o pleno apoio do governo do DF. Num próximo trabalho teremos oportunidade de descrever um tal processo em detalhes (16).

Conclusão

Procuramos, constantemente, ficar fiéis ao enfoque: Brasília como espaço social. As vezes se torna difícil saber em que campo de sociologia estamos operando, ou no campo da sociologia ou no campo da geografia social.

Mas isto parece um mal menor, porque ambas as ciências se completam neste assunto. No "Pro-Seminar" já ouvimos várias vezes: "O aspecto morfológico se aproxima muito do aspecto geográfico". E o seminário a que assistimos na Universidade de Nijmegen durante o ano letivo de 1979/1980, como bolsista do CNPq, fortaleceu, mais ainda, esta opção pela cidade como espaço social. Procuramos explicar e entender melhor a nova Capital do Brasil após 20 anos de existência, indiscutivelmente um espaço social, onde uma sociedade procura plasmar um novo ambiente humano, adequado a um país em desenvolvimento do tamanho do Brasil.

NOTAS

- 1 — GUFFENS, Th. M. G. — *Maatschappij onder de Microscop*. Van Gorcum, Assen, 1971.
- 2 — HARVEY, David — *Social Justice and the City*. Edward Arnold, London, 1973.
- 3 — CASTELLS, Manuel — *The Urban Question. A Marxist Approach*. Edward Arnold, London, 1977.
- 4 — DOXIADIS, Constantinos A. — *EKISTICS, an introduction to the science of Human Settlements*. Hutchinson of London, 1968.
- 5 — BAYER, Glenn, H. ed. — *The Urban Explosion in Latin America. A Continent in process of modernization*. Cornell University Press, N.Y., 1967.
- 6 — ROBSON, B. T. — *Urban Analysis. A study of city structure with special reference to Sunderland*. University Press, Cambridge, 1971.
- 7 — FRIEDMANN, John and WULFF, Robert — *The Urban Transition. Comparative studies of newly industrializing societies*. Edward Arnold, London, 1976.
- 8 — BERRY, B. J. L. — *The Human Consequences of Urbanisation. Divergent Paths in the Urban Experience of the Twentieth Century*. St. Martin's Press, New York, 1973.
- 9 — ALBINSKI, Beker, Geurts, Hüttner, Lammers, Wester — *Methoden van Onderzoek B. Afdeling Methoden en Technieken*. Sociologisch Instituut, Nijmegen, Mei 1976 (dictaat).

- 10 — GRUNFELD, F. en Stoppelenburg, P. — *Sociologie en ruimtelijke planning*. Vuga-Boekertj. 's Gravenhage, 1979, 91 pág.
- 11 — EPSTEIN, David, G. — *Brasilia, Plan and Reality. A study of planned and spontaneous urban development*. Un. of California Press, 1973, 206. pág.
- 12 — GUFFENS Th., e.a. — *De Ruwaard nu en Ussen straks. Globale planbeoordeling met speciale aandacht voor woonomgeving met gemengd karakter. Zaalenquête middels audio-visuele presentatie. Vakgroep urbane en rurale sociologie*. Un. Nijmegen, Jan., 1979.
- 13 — RIBEIRO, Darcy — *Os Brasileiros: 1. Teoria do Brasil. Economisch-sociale vormgevingen, historisch-sociale configuraties, politieke ordening en kulturele alienatie*. Vozes, Petrópolis, 1978, 4e editie.
- 14 — KORTHALS, Michiel en KUNNEMAN, Harry — *Arbeid en Interactie*. Coutinho, Mulderberg, 1980.
- 15 — BERRY, J. L. Berry and SMITH, K. Ed. — *City Classification Handbook: Methods and Applications*. Vooral: Chapter 10. "Social Areas", van Philip H. Rees, págs. 274-331. Wiley Interscience. New York. 1972.
- 16 — GUFFENS, Th. M. G. — *Samenlevingsopbouw, ruimtelijke ordening en vervreemding*. Mimocahier 16, Van Loghum-Slaterus, Deventer, 1975.
- 17 — SWANBORN, P. G. — *Aspecten van Sociologisch Onderzoek*. Boom. Meppel, 6 de Druk, 1979.
- 18 — BRIAN, J. L. Berry and HORTON, F. E. — *Geographic perspectives on Urban Systems*. With integrated readings. Vooral: Chapter 10. Concepts of Social Space: toward an urban social geography, van Philip Rees, págs. 306-395, Prentice, 1960.
- 19 — VAN GINKEL, J. Verkoren, O. Milk, G. De Rijk, G. Veldman, J. — *Zicht op de stad. Sociaal-geografische Beschouwingen over steden en stedengroei*. Serie: De Wereld in Stukken. Romm-Bussum, 1977. Vooral: Deel II. Steden in Ontwikkelingslanden, van van Ginkel en Verkoren.
- 20 — HARVEY, David — *Uitbutting en de stad. Ekologische Uitgeverij*. Amsterdam, 1975.
- 21 — MELLOR, J. R. — *Urban Sociology in an Urbanized Society*. Routledge and Kegan, London, 1977. Vooral: Chapter 4. The practice of Planning en Chapter 6. The Chicago School: Urban experience.
- 22 — BUIKS, Peter en VAN TILLO, Gerard, e.a. — *Het Sociologisch Perspectief*. Van Gorcum, Assen, 1980.
- 23 — FRIEDRICHS, Jürgen — *Stadtanalyse. Soziale und raumliche Organisation der Gesellschaft*. Rowohlt, Hamburg, 1977.
- 24 — BAUWELT, Ausgabe A. — *Stadtbauwelt*. 30 Marz, 1979. — EKHART HAHN — *China Heute — Tendenzen und Entwicklungen in Stadtebau und Stadtpolitik*, págs. 30-414/42-426.
- 25 — EKISTICS, 278, Sept./Oct. 1979. Aditya Prakash — *Human Settlements: a self-sustaining approach*, págs. 305/313.
- 26 — *Urban Affairs Quarterly*. Vol. 15, nº 2, December, 1979. The Social Ecology of Tel-Aviv. A Study in Factor Analysis. E. Borukhov, Y. Ginsberg and E. Werczberger. págs. 183/205.

Conselho Deliberativo

SILVEIRA NETO

Professor de Teoria Geral do Estado
da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

- 1 – Mudança da Capital
- 2 – Projeto de Mello Franco
- 3 – Substitutivo de Sabino Barroso
- 4 – Os Conselheiros
- 5 – Os Presidentes
- 6 – Um projeto pitoresco
- 7 – Pedro Aleixo no Conselho
- 8 – Conclusão

Documentação

1. *Mudança da Capital*

Como ocorre em circunstâncias semelhantes, a mudança da Capital de Minas provocou oposição tenaz por parte dos moradores de Ouro Preto e dos políticos que ali tinham seus interesses eleitorais ou eram apegados às tradições daquela cidade. Por ocasião da Constituinte de 1891, os debates foram acirrados, quase com a mesma intensidade de temas constitucionais básicos, como a implantação do Senado estadual e a autonomia municipal. A oposição foi tão forte que o Congresso mineiro teve de transferir-se, em 1893, para a cidade de Barbacena, onde se votou a mudança da Capital (1).

A Constituição mineira de 91 decretou a mudança da Capital, mas sem determinar o novo local. No art. 13, dispôs o seguinte:

“É decretada a mudança da Capital do Estado para um local que, oferecendo as precisas condições higiênicas, se preste à construção de uma grande cidade.”

Em seguida, nos quatro parágrafos do mesmo artigo, a Constituição dispunha que o Congresso deveria votar, na primeira sessão ordinária, uma lei em que se estabelecessem as condições e os instrumentos necessários à mudança, o que, de fato, ocorreu dois anos após.

Os mudancistas ganharam a primeira batalha, a saber, que a Capital seria mesmo transferida de Ouro Preto, na Constituinte de 1891. Mas restaria a luta, ainda aguerrida, da escolha do local, disputa em que entrariam os interesses dos representantes mineiros no Congresso estadual. Vários lugares foram objeto de especulação; no fim, restaram dois: a Várzea do Marçal, perto de São João del Rei, e Belo Horizonte, o antigo Curral del Rei, perto de Sabará.

O Senado estadual teve influência decisiva na escolha, sobretudo através da atuação de José Pedro Drumond, cuja emenda, a favor de Belo Horizonte, ganhou por apenas dois votos.

A Constituição de 1891 e a lei da mudança, votada em Barbacena, em 93, não foram suficientes para dar plena cobertura jurídica a todos os aspectos da mudança. E veio a Lei nº 3, de 17 de dezembro de 1893, Lei Adicional à Constituição, cuja ementa dizia:

“Marca o lugar para a construção da Capital, e dá outras providências” (2).

Essa lei dispunha sobre o plano da nova cidade, loteamento, desapropriações, construção de edifícios públicos, lotes gratuitos para moradores de Ouro Preto, em certas condições, enfim, foi uma verdadeira regulamentação da mudança e construção da nova Capital. Determinou que a transferência tinha

(1) Vide nossa monografia *Instituições Republicanas Mineiras*, Editora LEMI, 1979, na qual, em mais de uma passagem, se trata do assunto da mudança da Capital.

(2) *Collecção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais — Em 1893 — Imprensa Oficial — Ouro Preto — 1894.*

de efetuar-se no prazo máximo de quatro anos; como se sabe, esse fato ocorreu cinco dias antes de expirado o prazo, isto é, em 12 de dezembro de 1897.

Sob o aspecto que nos interessa, contudo, o dispositivo mais importante dessa Lei nº 3 foi o art. 8º, que dispunha o seguinte:

“A direção econômica e administrativa da Capital do Estado denominada — MINAS — ficará a cargo do Presidente do Estado, enquanto o Congresso não deliberar a respeito, nos termos da Constituição.”

Como se pode notar, a nova Capital teria, como administrador, o próprio Presidente do Estado, pois a lei não se referiu a nenhum órgão deliberativo ou executivo para a nova cidade.

A Cidade de Minas foi administrada, em seus primeiros tempos, a saber, durante mais de dois anos, por esse dispositivo da Lei nº 3, de 17 de dezembro de 1893, subscrita por Chrispim Jacques Bias Fortes, Manoel Teixeira da Costa e João Gomes Rebello Horta.

2. *Projeto de Mello Franco*

A Cidade de Minas, primeiro nome da Capital do Estado, na nova fase após a mudança, começou funcionando sem autonomia política e administrativa, subordinada ao Presidente do Estado. Criou este, por decretos, a Comissão Construtora e a Prefeitura, extinta a primeira em janeiro de 1898. A Prefeitura tinha, entre outras atribuições, de cuidar dos problemas de águas, iluminação, esgotos, ramal férreo, vendas de lotes urbanos; a conclusão dos edifícios públicos e vendas dos lotes suburbanos ficaram a cargo da Secretaria da Agricultura.

O Senador estadual Virgílio Martins de Mello Franco entendeu que essa situação era meramente transitória, apenas para instalação e funcionamento da nova Capital, e que, portanto, a Prefeitura não podia continuar como órgão deliberativo e executivo; tinha de ser substituída pelo Município, com autonomia própria, nos termos da Constituição estadual. Segundo esta, uma vez criado um Município, a este caberia cuidar dos seus próprios interesses, estabelecendo, pelo seu órgão legislativo, os impostos locais. Dizia MELLO FRANCO:

“A Prefeitura é uma entidade semelhante às municipalidades, com caráter deliberativo e executivo” (3).

Era uma situação que não podia continuar. MELLO FRANCO ainda argumentava:

“Sr. Presidente, eu disse já, no começo da justificação do projeto, que a mudança da Capital não consistia em um simples fato material de transferência de sede de Governo, mas também importava num conjunto de medidas de grande alcance, não só do Poder Administrativo como pelo Poder Legislativo.

(3) *Annaes do Senado Mineiro* — 1898 — Sessão de 2-8-98, pág. 88.

Como exemplo disso está a Prefeitura, instituição de caráter provisório, uma espécie de sucedâneo do Município, tal é a estrutura dessa instituição de caráter misto, legislativo e administrativo, mas que *não se coaduna com os moldes constitucionais de nosso organismo político* (4). (Grifo nosso.)

A Prefeitura, criada pelo governo do Estado, tinha de ser substituída, segundo MELLO FRANCO, por uma instituição permanente, que concretizasse a autonomia política e administrativa da nova Capital. Nesse sentido, apresentou, naquela oportunidade, o Projeto nº 146, em que propunha a organização do Município de Belo Horizonte, de acordo com a Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891 (Lei de Organização Municipal). O projeto de MELLO FRANCO estabelecia que a Capital deveria ter 9 vereadores e o agente executivo municipal (5).

Logo na primeira discussão do projeto, o Senador REBELLO HORTA discursou discordando da proposição de MELLO FRANCO, argumentando, na sessão de 5-8-1898, que o Senado não podia acolher as pretensões de criação de um Município na Capital. Disse ele:

“Se, em face do art. 112 da Constituição, não podia o Congresso, então, e ainda agora, alterar a divisão judiciária do Estado, mandando organizar a comarca há pouco requerida, antes que tivesse decorrido o decênio de que fala a Constituição, pela mesma razão não pode hoje também decretar a organização do Município de Belo Horizonte, uma vez que a Constituição, no artigo citado, 112, veda igualmente que seja alterada a divisão municipal, antes de decorrido um decênio” (6).

REBELLO HORTA dava uma razão política para a não-aprovação do projeto. Dizia ele que a maior parte da população de Belo Horizonte era constituída de estrangeiros, e estes, pela lei de organização municipal, tinham direito a voto, daí o perigo de se criar o cargo de prefeito por eleição. E afirmava ele:

“Devemos rezear muito da sorte desta cidade, verdadeiramente cosmopolita, pois, há pouco disse, nela predomina o elemento que não é nacional” (7).

Na mesma sessão, MELLO FRANCO vai à tribuna e defende o seu projeto, contra os argumentos de REBELLO HORTA e outros senadores. E perguntava:

“Mas em virtude de que lei havemos de continuar a viver nesse estado? Em 1º lugar, V. Exª sabe que a Constituição federal declarou, entre seus preceitos fundamentais, que ninguém é obrigado a pagar o imposto que não esteja lançado em lei. A Constituição estadual ado-

(4) Idem. Ibidem.

(5) O leitor encontra na *Documentação* (Anexo 1) a íntegra do projeto de Mello Franco.

(6) *Annaes do Senado Mineiro* — Sessão de 5-8-1898, pág. 102.

(7) Idem, pág. 103.

tou e proclama esse mesmo princípio, que, aliás, não poderia contrariar. A mesma Constituição diz que só o Congresso tem competência para fazer leis, interpretá-las e revogá-las; a mesma Constituição declara que ao Congresso é vedado delegar qualquer das suas atribuições. Não poderíamos, pois, criar um regime de exceção em que o Poder Executivo e o Legislativo se confundissem, criando-se embora uma ditadura provisória com suspensão de direitos garantidos pela Constituição. Fazendo a Lei nº 3, já tivemos uma delegação, e uma delegação não pode importar outra delegação.

Em vista disso, o que havíamos de fazer? Suprimir a autonomia municipal? Entregar ao Governo o poder que o Congresso e as Câmaras Municipais têm de legislar? Obrigar o Governo a acumular poderes? Sair das normas constitucionais para legislar sobre interesses econômicos, administrativos e municipais?" (8).

Com essas e outras considerações, o Senador MELLO FRANCO conseguiu a aprovação do seu projeto, em primeira discussão, enviado, em seguida, às Comissões de Câmaras Municipais e de Constituição e Poderes.

3. *Substituto de Sabino Barroso*

O projeto de MELLO FRANCO recebeu um substitutivo na Comissão de Câmaras Municipais e foi levado à discussão no ano seguinte, isto é, na sessão de 1899. Nessa fase, entretanto, entra em ação o Senador SABINO BARROSO e apresenta, também, um substitutivo ao Projeto nº 146, o qual, na verdade, foi realmente um outro projeto.

O Senador BARÃO DE S. GERALDO discursou dizendo ser contra tanto o projeto de MELLO FRANCO como o substitutivo de SABINO BARROSO. Para ele, o projeto era inconveniente e inoportuno, e considerava inconstitucional a emenda. Dizia:

“É inconveniente e inoportuno o projeto, porque nós vemos que, com a brilhante administração que o ilustre Prefeito tem dado à nova Capital (9), só temos a desejar que ele continue por muito tempo a gerir a mesma Capital, concluindo os seus melhoramentos e impulsionando o seu movimento até que se organize o Município.

É inconstitucional a emenda porque, determinando a Constituição, nas suas Disposições Transitórias, que a nova Capital ficará sob a direção do governo até que o Congresso resolva a respeito conforme as leis existentes, e determinando a lei a maneira por que se organiza o Município, que deve ser autônomo, porque na autonomia está assentada a base da República Federal do Brasil, nestas condições me parece que nós chegamos a essa contingência: ou havemos de deliberar a criação do Município com as leis respectivas ou, então, havemos de

(8) *Annaes* — Idem, pág. 104.

(9) O Prefeito da Capital era, então, o Dr. Francisco Salles.

deixar que o Governo continue com a sua administração, que é proveitosa para a Capital" (10).

A verdade é que a Mesa do Senado estadual colocou em votação, pela ordem, o substitutivo do Senador SABINO BARROSO; tendo sido ele aprovado, ficaram prejudicados o projeto do Senador MELLO FRANCO e o substitutivo oferecido pela Comissão de Câmaras Municipais. Daí o fato de ter sido MELLO FRANCO o pioneiro no levantamento do problema da criação do Conselho Deliberativo de Belo Horizonte, mas quem levou a palma, afinal, foi o Senador SABINO BARROSO.

Na sessão de 2-9-99, foi votada a redação final do substitutivo de SABINO BARROSO. Praticamente se encerrou o assunto naquela Casa. Mas o Senador MELLO FRANCO, inconformado, ainda discursou, discordando do substitutivo de SABINO BARROSO, dizendo ser o mesmo "uma espécie de entidade anfíbia entre o departamento administrativo e a organização municipal. É um anfíbio político". MELLO FRANCO queria dizer que, na realidade, a lei não daria autonomia ao Município da Capital, que ficaria ainda na dependência do Presidente do Estado; simplesmente a responsabilidade de decretar impostos ficaria diluída entre 7 indivíduos e não um só. Afirmou MELLO FRANCO:

"Ora, V. Ex^a quer arredar a responsabilidade do Sr. Presidente do Estado na decretação dos impostos. Penso que, tendo nós no poder um homem honrado, inteligente, um mineiro distinto, é melhor que ele assuma a responsabilidade ditatorial de decretar impostos para o povo pagar, do que tirar de si a responsabilidade e dá-la a 7 indivíduos por ele designados e que farão o que ele quiser, sem responsabilidade" (11).

Enviado o projeto à Câmara dos Deputados, o mesmo não mereceu maiores debates. Registre-se o pronunciamento do Deputado JÚLIO TAVARES, que o analisou num longo discurso, afirmando, entre outras considerações:

"Não é perfeito, disse eu, o sistema do projeto, porque o Município não fica definitivamente organizado; estabelece, entretanto, uma modificação intermédia, que, procurando manter o regime da Lei nº 3, em nome de interesses que têm presidido à fundação da Capital e à sua primeira fase de desenvolvimento, elimina desse regime de exceção, reputado necessário, a parte manifestamente inconstitucional, antidemocrática, satisfazendo, assim, a uma exigência essencial para a decretação e cobrança do imposto" (12).

Aprovado nas duas Casas do Legislativo mineiro, o projeto transformou-se na Lei nº 275, de 12 de setembro de 1899, criando o Conselho Deliberativo de Belo Horizonte (13).

(10) *Annaes do Senado Mineiro* — Ano de 1899, pág. 181.

(11) *Annaes do Senado Mineiro* — 1899, pp. 197 e segs.

(12) *Annaes da Camara dos Deputados* — 1899 — Sessão de 5-9-99, pág. 575.

(13) O leitor encontra na *Documentação* — Anexo 2 — o texto da Lei nº 275.

4. Os Conselheiros

A maior dificuldade nesta pesquisa sobre o antigo Conselho Deliberativo de Belo Horizonte está na falta de fontes informativas. Só encontramos os *Anais* de alguns anos; dos outros nem tivemos notícia. Valemo-nos, sobretudo, de pequenas notas, os resumos das Atas das sessões, que eram poucas, inseridas no órgão oficial do Estado, o *Minas Gerais*. Assim, talvez com lacunas, conseguimos fazer o levantamento dos componentes do Conselho, em seus trinta anos de funcionamento, a saber, de 1900 a 1930. Adotando o critério cronológico, vamos dar a relação dos conselheiros e alguns fatos relacionados com o seu funcionamento, ano por ano.

1900 — O Conselho foi instalado, às 12 horas, no dia 1º de janeiro, no recinto do Senado Mineiro. Conselheiros: Afonso Pena, José Maria Teixeira de Azevedo Júnior, Mariano de Abreu, Salvador José Pinto, Levindo Lopes, Teodoro Lopes de Abreu, Antonino de Paula Ferreira. Em 11 de janeiro, foram eleitos os membros das Comissões Permanentes e aprovado o Regimento Interno. Houve, em setembro, a renúncia de Azevedo Júnior. A função mais importante do Conselho era a discussão e aprovação do orçamento municipal, conforme proposta do prefeito. As sessões eram poucas e era comum haver falta de *quorum*. O conselheiro Salvador Pinto propôs e foi aprovado elevar o número de conselheiros de 7 para 11, medida essa que dependia de aprovação, também, do Congresso estadual. Era muito comum os servidores municipais dirigirem-se ao Conselho solicitando aumento de vencimentos. A legislatura foi encerrada em 4 de outubro.

1901 — Eram os mesmos os conselheiros. Em abril, faleceu Mariano Ribeiro de Abreu, aos 47 anos. Segundo o seu necrológio, estampado no *Minas Gerais*, de 17-4-1901, era natural de Bom Sucesso, pertenceu à Guarda Nacional e deixou 11 filhos. Em 16 de setembro, houve a renúncia do conselheiro Carlos Honório Benedito Ottoni, por ter sido eleito deputado federal. Havia pouca frequência às reuniões.

1902 — Em 22 de setembro, houve uma reunião com a presença dos conselheiros Levindo Lopes, Salvador Pinto, Olinto Meireles, Francisco Otaviano Gomes, José Duarte da Costa Negrão, José Benjamin e Antonino de Paula Ferreira.

1903 — Em 5-4, sessão com a presença de Olinto Deodato dos Reis Meireles, Francisco Otaviano Gomes, Antonino de Paula Ferreira, José Benjamin, Levindo Lopes e os suplentes Manoel Lopes de Figueiredo e Benjamin Flores. O principal assunto foi a divisão do Município em 4 seções eleitorais. Era secretário do Conselho Francisco Assis das Chagas. Foram eleitos os membros das Comissões Seccionais. No *Minas Gerais*, de 6/7 de abril, foi publicada a referida divisão da Capital para fins do alistamento federal (14).

1904 — Em 21-9, foi instalada a sessão, com a presença de Salvador Pinto, Olinto Meireles, Levindo Lopes, Francisco Otaviano Gomes, Antonino Ferreira e José Benjamin. Na reunião do dia 24-9, Olinto Meireles criticou o processo de distribuição do leite, afirmando que o mesmo não tinha condições de higiene para ser utilizado.

(14) O leitor encontra no Anexo 3 a referida divisão eleitoral da Capital.

1905 — Em 18-9, reunião com a presença de Modesto de Faria Melo, Olinto Meireles, Alberto Cintra, Alípio Ferreira de Melo, Francisco Tavares da Silva, Levindo Lopes e José Pedro Drummond. O Conselho atendeu a pedidos de aumentos de vencimentos dos funcionários municipais.

1906 — Primeira reunião em 1^o-10 e várias outras no mesmo mês, com os mesmos conselheiros do ano anterior.

1907 — Houve poucas reuniões, em vista da falta de *quorum*. Os mesmos conselheiros. Sessão encerrada em 10-10.

1908 — Sessão em 18-9, com a presença de Olinto Meireles, Alberto Cintra, Benjamin Flores, Narciso da Silva Coelho, Alcides Batista Ferreira, Pedro Sigaud e Levindo Lopes. Alcides Batista apresenta projeto regulamentando a venda de carnes verdes na Capital. Em 30-9, apreciação do orçamento, vetado pelo prefeito.

1909 — Os mesmos conselheiros. O Conselho aprovou revogação de impostos (perdão), sob o fundamento de penúria dos contribuintes. Isso em 18-9, evidenciando a pobreza da Capital. Benjamin Flores apresenta projeto de assistência a mendigos e crianças abandonadas.

1910 — Reunião em 23-9, com os mesmos conselheiros do ano anterior.

1911 — Os mesmos conselheiros. Entra Casimiro Martins.

1912 — O Conselho ainda funcionava no Senado, mas o novo prédio estava sendo construído. Eram conselheiros: José Pedro Drummond, Levindo Lopes, Pedro Nóbrega Sigaud, Alberto Cintra, Benjamin Flores, Felipe Silviano Brandão, Jucundino Júlio Santiago, Narciso da Silva Coelho e Herculano Piniheiro de Ulhoa Cintra (16). Nesse ano, houve reforma do Regimento Interno. Como tramitava um projeto de divórcio na Câmara Federal, o Conselho aprovou moção contra o mesmo. Também preocuparam os edis da Capital de Minas as touradas, que entenderam de proibir, por considerá-las desumanas.

1913 — Os mesmos conselheiros do ano anterior. Também Cícero Ribeiro Ferreira Rodrigues.

1914 — Um ano de grande importância para o Conselho, em vista da inauguração do prédio próprio, na esquina da Rua da Bahia com a Av. Paraúna (atual Av. Augusto de Lima). O prédio foi inaugurado no dia 6 de setembro, com a designação de Palácio do Conselho Municipal, com a presença do presidente do Estado, Bueno Brandão, do prefeito Olinto Meireles (com mandato findo), do novo prefeito Cornélio Vaz de Melo. Olinto Meireles discursou e fez um relato das atividades de sua gestão. Pedro Sigaud falou em nome dos conselheiros. Levindo Lopes, presidente do Conselho, disse, entre outras coisas:

“Não me cabe a iniciativa da construção deste prédio; lamentava que o Conselho não tivesse casa própria; entristecia-me em responder aos que perguntavam — onde o Paço Municipal — que não o tinha-

(16) Conforme notas tiradas do *Guia de Belo Horizonte*, de Felipe Veras e Antônio Moretti, 1912, Anno I.

mos; era como se respondesse: — Não há vereação na Cidade; seu governo não está constituído; essa iniciativa cabe ao nosso colega, Sr. Flores, que propôs, se bem me recordo, e logrou ver incluída no orçamento municipal a verba necessária para a aquisição ou construção do prédio, que não seria uma realidade, se não fora a boa vontade do ex-prefeito, pois nada valem as leis sem execução” (*Minas Gerais*, 29-9-1914).

Esse prédio, de estilo conhecido como “manuelino”, tido como variação do gótico medieval, ficou sendo, desde então, uma das jóias da arquitetura de Belo Horizonte. Nele funcionou, durante muitos anos, após 1947, a Câmara Municipal. Em 1975, por decreto do governo do Estado, foi efetivado o seu tombamento e ali se instalou o Museu de Mineralogia “Djalma Guimarães”, que ali funciona (1980) (16).

Em crônica publicada em 1968, o prof. Alberto Deodato fez comentários sobre “O Edifício da Câmara Municipal”. E escreveu:

“Quem o projetou, ninguém sabe. Os empreiteiros é que ficaram com a glória da idéia, a que Prado Lopes deu inteiro apoio. Seja quem tenha sido, enfeitou a cidade-menina com um palacete neogótico, que teria uma biblioteca e onde pontificariam os representantes municipais. Era o Conselho Deliberativo” (17).

Agostinho Porto foi o responsável pela construção.

O prédio do antigo Conselho Deliberativo foi cenário de marcantes acontecimentos da História Mineira. Em 1920, foi ali recepcionado o Rei Alberto, da Bélgica. A primeira emissora de Minas, a Rádio Mineira, ali começou a funcionar. De 1947 a 1974, foi sede da Câmara Municipal de Belo Horizonte. Foi nele que ocorreu, pela primeira vez, em Minas, o exercício do voto secreto, com eleição do desembargador Magalhães Drummond.

1915 — Os mesmos conselheiros. Também Flávio Fernandes dos Santos. Foi um ano de bastante atividade legislativa. O Conselho aprovou desapropriação de terrenos no Bairro dos Funcionários para construção de mercado.

1916 — Encontramos, no Arquivo Público Mineiro, a partir desse ano, os *Anais* do Conselho, exceto os de 1929. Conselheiros: Levindo Lopes, Alberto Cintra, Francisco Ferreira Alves, Benjamin Flores, Flávio Fernandes dos Santos, Cícero Ribeiro Ferreira Rodrigues, Adolfo Magalhães, Jucundino Santiago, Francisco Brant.

1917 — Os mesmos conselheiros. Houve sessões em março, setembro e outubro.

1918 — Houve sessões em março, abril (extraordinária) e outubro.

(16) Sobre o assunto, vide monografia *Pequeno Histórico de Minerais*, Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1975, de Francisco Carlos Soares Filho, organizador e diretor do Museu de Mineralogia.

(17) *Estado de Minas*, de 7-9-68.

1919 — Em março, novos conselheiros: Levindo Lopes, Lauro Jacques, Hugo Werneck, Cristiano Guimarães, Francisco Neves, Afonso Pena Júnior, Eduardo Furett.

1920 — Os mesmos conselheiros. Falecimento de Cícero Ferreira. Atuação de Antônio Ribeiro de Abreu e Noraldino Lima.

1921 — Na sessão de março, ocorrem duas vagas, preenchidas por Francisco Peixoto Soares de Moura e Gudesteu de Sá Pires.

1922 — Os mesmos conselheiros.

1923 — Conselheiros: Hugo Werneck, Lauro Jacques, Antônio Ribeiro de Abreu, Manoel Lopes de Figueiredo, Francisco Gonçalves Couto, Carlos Marques. Renúncia de Ovídio de Andrade e Artur Guimarães. Eleição de Orozimbo Nonato e Agnelo Espiridião.

1924 — Hugo Werneck, Orozimbo Nonato, Carlos Marques, Lopes de Figueiredo, Francisco Couto, A. Soares, A. Macedo.

Empossaram-se Lincoln Prates e Otaviano Ribeiro de Almeida.

1925 — Os mesmos conselheiros. Lopes de Figueiredo renuncia, declarando-se valetudinário, mas acaba ficando. Pelo distrito de Venda Nova, entra Antônio Gomes Horta.

1926 — Os mesmos conselheiros.

1927 — Os mesmos conselheiros, na sessão de março. Em 12-5-27, sob a presidência de Pedro Aleixo, reconhecimento dos poderes dos novos conselheiros: Hugo Werneck, Orozimbo Nonato, Leontino da Cunha, Jarbas Vidal Gomes, Antônio Gomes Horta, Alvaro Mendes Pimentel, Herculano Juventino Dias Teixeira, José Augusto de Freitas. O Colégio Arnaldo passa a ser Ginásio Municipal Arnaldo, seguindo o modelo do Colégio Pedro II. Era uma época bastante agitada, com muitos discursos e discussões de problemas. Em sessão extraordinária de novembro desse ano, tratou-se do serviço de hidrômetros. O Conselho deu apoio político a Antônio Carlos.

1928 — Os mesmos conselheiros. Herculano César apresenta projeto pela municipalização do Colégio Santa Maria.

1929 — Os mesmos conselheiros. Era prefeito Cristiano Monteiro Machado.

1930 — Sai Mendes Pimentel e entra José de Magalhães Drummond. O Conselho aprovou, em abril, o descanso dominical dos empregados em padarias. Também outra lei regulou a colocação de anúncios e cartazes nos logradouros públicos. Foi um ano de intensa atividade legiferante. Esteve em pauta o problema da regulamentação de construções.

Com a Revolução de outubro, encerra-se o Conselho Deliberativo. Trinta anos de vida. 1900/1930.

Em 1932, vem outro órgão, porém com cunho não apenas municipal: o Conselho Consultivo do Estado de Minas Gerais, com membros nomeados pelo Governo Provisório.

Como dissemos no início deste capítulo, foi com muita dificuldade que conseguimos estas notas, dada a ausência quase completa de fontes informativas. O leitor pode ver, entretanto, que muitos nomes da política mineira e nacional tiveram assento no Conselho Deliberativo de Belo Horizonte, como Afonso Pena, Orozimbo Nonato, Mendes Pimentel, Pedro Aleixo, para não citar outros.

5. *Os Presidentes*

O Conselho teve apenas três presidentes: Afonso Pena (de 1901 a 1902), Levindo Lopes (de 1902 a 1920) e Hugo Werneck (até o fim).

Figura muito conhecida no cenário político nacional, vamos resumir a biografia de AFONSO Augusto Moreira PENA. Nasceu em Santa Bárbara, Minas, em 1847, e faleceu como presidente da República, em 1909. Bacharelou-se e doutorou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo. Advogou em sua terra e em Barbacena. No Gabinete Saraiva, em 1885, foi Ministro do Interior. Com a República, quis retirar-se da vida pública, mas acabou eleito para a Assembléia Constituinte mineira, como senador estadual, na qual teve destacada atuação. Com a renúncia de Cesário Alvim, foi eleito presidente do Estado. Foi um dos fundadores da Faculdade de Direito, em 1892.

LEVINDO FERREIRA LOPES nasceu no Rio de Janeiro, em 1844, e faleceu em Belo Horizonte, em 1921. Bacharelou-se em Direito, em São Paulo, em 1866. Em 1868, foi nomeado promotor de justiça de São João do Príncipe, no Estado do Rio, onde ficou até 1871. Em 1874, foi para Santana do Paranaíba, em Mato Grosso, onde exerceu a função de Juiz de Direito. De 1887 a 1889, foi Chefe de Polícia de Ouro Preto, onde também advogou. Foi eleito deputado à Assembléia Constituinte de Minas, em 1891; em 1894, elegeu-se senador estadual, cargo que ocupou durante muito tempo, tendo sido presidente do Senado. Foi um dos fundadores da Faculdade de Direito, tendo sido lente de Processo Criminal, Civil e Comercial. Também foi um dos fundadores da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Foi autor de inúmeras obras jurídicas. Sobre o prestígio de Levindo Lopes basta dizer que, além de senador estadual, foi presidente do Conselho Deliberativo da Capital durante 18 anos consecutivos (18).

HUGO Eiras Furquim WERNECK nasceu no Rio de Janeiro, em 1878, e morreu em Belo Horizonte, em 1935. Seu pai, o médico Francisco Furquim Werneck, foi deputado à Constituinte de 1891 e prefeito do Distrito Federal, natural de Vassouras. Fez estudos secundários no Colégio Anchieta, de Nova Friburgo, e em Itu. Formou-se pela Faculdade de Medicina do Rio em 1901. Casou-se, em 1904, com D. Dora Brandon Fernandes Eiras, e, dois anos após, Hugo teve de embarcar para a Europa, a fim de tratar-se num sanatório suíço. Curado, recebeu conselho do ministro Arthur Ribeiro de Oliveira, no sentido de mudar-se para Belo Horizonte, onde o clima lhe seria favorável à saúde. Este o motivo da fixação de sua residência na Capital mineira.

(18) Notas compiladas da *Memória Histórica* da Faculdade de Direito. Outubro de 1958/março de 1959, ano X, pág. 184.

Associou-se, inicialmente, ao Dr. Cornélio Vaz de Melo, com quem clinicou durante algum tempo, montando, depois, a própria clínica. Também começou a trabalhar na Santa Casa, onde foi diretor clínico e provedor. Em 1911, com um grupo de ilustres médicos, foi um dos fundadores da Escola de Medicina, onde regeu as cadeiras de obstetrícia e ginecologia. Foi diretor da Escola no biênio 1926/27. Eleito conselheiro em 1916, dirigiu o órgão a partir de 1920, sendo reconduzido à presidência do Conselho Deliberativo mais de uma vez.

Foi membro da Comissão Executiva do Partido Republicano Mineiro, em 1932; em 1934, foi eleito ao mesmo tempo deputado federal e estadual. Preferiu ficar em Minas e renunciou à Câmara de Deputados. Mas não chegou a exercer o mandato, pois faleceu em março de 1935 (19).

6. *Um projeto pitoresco*

Como acontece em todas as Casas legislativas, também no Conselho Deliberativo, nos anos ainda tranquilos da década de 1920, apareceram projetos pitorescos. Para ilustrar esta monografia, escolhemos um deles, pela sua atualidade, numa época em que muito se fala em ecologia, defesa da natureza e dos animais.

O projeto, do conselheiro Francisco Neves, originou-se de uma sugestão de senhoras da Capital mineira, condoídas com a pobre situação dos animais. A proposição, com numerosos artigos, foi apresentada numa reunião de setembro de 1922, e continha severas proibições em relação ao tratamento dos animais. Entre as considerações aos maus tratos aos animais, havia um dispositivo desse teor:

“Usar agulhada para estimulação de bovinos.”

E outro assim:

“Obrigiar qualquer animal a trabalhar mais de seis horas sem descanso e mais de seis horas sem água e alimento apropriado.”

O projeto proibia brigas de animais — canários, cães, gatos — para deleite dos espectadores. Proibia engordar animais (atente bem o leitor) por processos não naturais. O mais pitoresco, entretanto, era a seguinte disposição proibitiva:

“Conduzir qualquer animal com a cabeça para baixo ou em qualquer outra posição não natural que possa ocasionar-lhe sofrimento.”

Naturalmente que esse dispositivo era em defesa dos pobres galináceos conduzidos numa vara e de cabeça para baixo. E o assunto deu muita discussão. O conselheiro Ribeiro de Abreu argüiu:

“— Qual o animal que pode andar de cabeça para baixo, na opinião de V. Ex^{as}?”

(19) Resumo biográfico conforme artigo publicado no *Estado de Minas*, de 28-9-1978, de autoria de Jorge Eiras Furquim WERNECK e Renato de Souza Figueiredo NEVES e intitulado *História de Hugo Werneck, cem anos depois do seu nascimento*.

O Sr. Lauro Jacques — “Há diversos. É bem de ver que todo animal que se conservar em uma posição forçada durante longo tempo sofre; mas, se mantivermos uma ave de cabeça para baixo durante 5 minutos, ela não sofrerá cousa alguma.”

Havia um dispositivo sobre o máximo de peso que um animal de montaria deveria transportar. Com isso não concordou o conselheiro Lauro Jacques. Disse ele:

“Um indivíduo pesa 60 quilos, um outro já pesa 70, um outro ainda poderá pesar 100, de sorte que nunca se conseguirá verificar a carga dos animais de montaria. Nestas condições, julgo que melhor será suprimirmos o dispositivo do parágrafo 2º”

Ao que replicou Ribeiro de Abreu:

“É um dispositivo que deve ser mantido. Um animal não deve conduzir mais de 120 quilos.”

Depois de muita discussão, o Conselho resolveu aprovar uma emenda ao projeto original, pela qual ficava o Prefeito autorizado a reconhecer de utilidade pública a Sociedade Protetora dos Animais que se fundar na Capital, traçando, de acordo com a nova entidade, um regulamento protetor dos animais de Belo Horizonte. E assim se encerrou, com a emenda de Gudestev Pires, um dos mais pitorescos projetos discutidos no Legislativo belo-horizontino daquela época (20).

Naquela fase, Belo Horizonte já se preocupava, em seu Conselho, com problemas tais como ecologia, poluição das águas e proteção aos animais. A Capital ia, pouco a pouco, perdendo o seu aspecto provinciano e adquirindo aspectos de cidade grande.

7. Pedro Aleixo no Conselho

PEDRO ALEIXO, o político mineiro que teria uma carreira política teçada, ao mesmo tempo, de grandes vitórias e derrotas singulares, pertenceu ao Conselho Deliberativo em sua última legislatura. O autor desta monografia foi seu aluno, em 1951, na cadeira de Direito Penal, na Faculdade Mineira de Direito, mal saído ele do governo Milton Campos. Citando os grandes penalistas, dissertando sobre doutrinas, Pedro Aleixo empolgava-nos com a sua cultura e seu estilo oratório.

Nos idos de 1927, no Conselho Deliberativo, Pedro Aleixo já demonstrava o seu temperamento atuante e combativo, sempre legalista, sempre defensor dos princípios humanos e democráticos. Naquela fase, o Conselho já era, realmente, um *forum* de debates, em grande estilo, de que nos dão conta os seus *Anais*.

Como homenagem a Pedro Aleixo e por ser, também, um dado expressivo para a nossa História republicana anterior a 1930, respigamos dos *Anais* do

(20) *Anaes do Conselho Deliberativo* — Belo Horizonte — 1922.

Conselho Deliberativo de Belo Horizonte alguns trechos do discurso pronunciado por ele, ao apresentar uma indicação ao Congresso no sentido de conceder anistia aos revolucionários de 1922. No Congresso Nacional, o Senador Irineu Marinho apresentara moção nesse sentido, e Pedro Aleixo apoiava arduamente essa providência. Afirmou o Sr. Pedro Aleixo:

“Neste instante, em que já se vão esquecendo os momentos angustiosos por que passou o nosso País; neste momento, em que se começa a fazer justiça à atitude de cada um dos revolucionários, não é possível, não é crível que o Brasil, tradicionalmente liberal, e o povo brasileiro, tradicionalmente generoso, mantenha, por uma ficção legal, embora na dúvida de acertar ou não, fora da pátria, no exílio, um punhado de bravos que outro intuito não tiveram que não o bem da pátria.”

E continuou o orador:

“Não é possível também, srs. conselheiros, que nós, que saímos de um regime de opressão, qual o regime do sítio, continuemos a ver encerrados nas prisões, sofrendo o castigo do grande crime de pleitear a libertação da pátria, um punhado de homens brasileiros, mais felizes, talvez, do que os primeiros, porque ainda podem, por entre as grades, de dentro das masmorras, sentir um pouco da luz do céu sob que nasceram.

Ora, Sr. Presidente, ninguém duvidará de que o Conselho Deliberativo da Capital de Minas, representando a população da Capital de um Estado tradicionalmente liberal e generoso, esteja até no dever de fazer este apelo para que, de uma vez por todas, se lance o esquecimento legal sobre a atitude desses que se rebelaram, mas se rebelaram por um ideal de patriotismo.”

Na peroração, Pedro Aleixo invocou o espírito liberal de Minas, nos seguintes termos:

“Por outro lado, Sr. Presidente — e esta é a grande obra mineira —, é preciso restaurar em todos os espíritos, através do Brasil inteiro, a convicção de que a Minas legalista, a Minas da ordem, a Minas de 93, a Minas de 1922, não concordou com as prepotências e as violências praticadas em nome da Minas chamada legalista. É preciso que se saiba que Minas não é representada por um punhado de políticos somente; é preciso que se saiba que este grande povo, o povo mineiro, sente também do mal infligido ao povo brasileiro, acompanha o sofrimento desse povo e não pretende, em absoluto, de modo algum, valer-se do sofrimento de seus irmãos da Federação para prosperar e florescer; é preciso que se saiba que, dentro de Minas, ainda vive o espírito liberal que fez desta terra o asilo hospitaleiro de quantos se sentiram perseguidos pela ditadura florianesca” (21).

(21) *Annaes do Conselho Deliberativo* — Ano de 1927 — Sessão de 28-11-27.

No Conselho Deliberativo, o espírito culto e liberal de Pedro Aleixo, em coro com outros nomes eminentes, foi uma sintonia de Minas com os grandes problemas nacionais, na Velha República.

8. Conclusão

Há alguns anos, entendemos que algumas instituições mineiras da Velha República, como o Senadinho e o Conselho Distrital, estavam inteiramente esquecidas pelos contemporâneos, e elas muito representaram, em termo de sabedoria e experiência política, para a nossa História, tanto de Minas como do País. Fizemos algumas pesquisas e as divulgamos, em forma de livro, em 1978, sob o título de *Instituições Republicanas Mineiras*. Verificamos que também o antigo Conselho Deliberativo de Belo Horizonte (1900-1930) não tinha sido objeto de nenhuma pesquisa e entendemos realizá-la. A maior dificuldade foi a quase absoluta falta de dados e fontes escassas. Reconhecemos ser esta monografia um trabalho incompleto e à espera de novos informes. Entretanto o que foi possível encontrar aí está, à disposição dos historiadores e cientistas políticos.

O Conselho Deliberativo originou-se da necessidade de ter a Capital de Minas um órgão legislativo, ainda que incompleto em suas atribuições. Como tal, funcionou durante três décadas e deixou, bem no centro da Metrópole, um dos mais belos monumentos da arquitetura mineira.

Na criação do Conselho Deliberativo predominou a preocupação dos políticos mineiros da época: o espírito municipalista e o sentido de autonomia da Capital.

DOCUMENTAÇÃO

ANEXO 1

PROJETO DE MELLO FRANCO

Projeto nº 146

O Congresso do Estado de Minas Gerais decreta:

Art. 1º — No território do Distrito de Belo Horizonte, designado para a Capital do Estado pelo art. 1º da Lei Adicional nº 3, de 17 de dezembro de 1893, e desligado da Comarca de Sabará pelos Decretos n.ºs 716, de 5 de julho de 1894, e 776, de 30 de agosto do mesmo ano, organizar-se-á o Município do mesmo nome.

Art. 2º — A organização municipal de Belo Horizonte será regulada pela Lei nº 2, de 14 de setembro de 1891, e mais disposições posteriores em vigor, relativas às municipalidades.

§ 1º — O mandato dos primeiros vereadores e do primeiro agente executivo, que na eleição a que se proceder será também o presidente da Câmara, terminará conjuntamente com o das outras municipalidades do Estado. O número de vereadores a se elegerem será o de 9, representado o Distrito por um vereador.

§ 2º — Verificados os poderes da nova Câmara, na forma da legislação em vigor, fica autorizada a marcar vencimentos do Agente Executivo Municipal,

se entender que deva ele ser retribuído. A sede do Município será a cidade de Minas.

§ 3º — Fica o governo autorizado a despender pela verba "Obras Públicas" até a quantia de cem contos de réis com a construção, em terreno do Estado, na Capital, de um prédio onde possa funcionar a nova Câmara, que, no prazo de 2 anos, poderá adquiri-lo e incorporá-lo entre os próprios municipais, indenizado o Estado do respectivo preço.

Art. 4º — A Fazenda Municipal da cidade de Minas pertencerá o saldo líquido das rendas arrecadadas em virtude de atos do Poder Executivo e orçamento organizado pela Prefeitura.

Art. 5º — Enquanto não se distribuem por lei os serviços a cargo da Prefeitura, o governo poderá se encarregar da direção, superintendência e fiscalização deles, de acordo com as instruções já expedidas ou que o forem pelos Secretários de Estado da pasta a que pertencerem.

Art. 6º — São serviços privativos do Estado os que estão feitos e se fizerem no perimetro da Capital e de acordo com a disposição do art. 2º da Lei nº 3, adicional à Constituição, salvo a competência da municipalidade nos que encetar e lhe forem peculiares.

Art. 7º — Junto à Secretaria da Agricultura será criada uma diretoria técnica e administrativa com 4 seções de serviços correspondentes aos que em virtude do artigo antecedente ficaram a cargo do Estado.

O Governo, em regulamento, organizará o modo de sua instalação e funcionamento, aproveitando, tanto quanto for conveniente, os funcionários existentes e nomeando livremente os demais.

As seções de águas, luz, esgotos, viação urbana e construções serão dirigidas por profissionais subordinados a um diretor. Cada seção terá um escriturário e um amanuense. Haverá, além disto, na diretoria, um arquiteto desenhista e um ajudante.

Os vencimentos desses funcionários serão iguais aos que ora percebem os da mesma categoria na Prefeitura e Secretarias de Estado.

Art. 8º — Logo que seja reconhecida a Câmara Municipal de Belo Horizonte, ficará dissolvida a Prefeitura criada pelo Decreto nº 1.088, de 29 de dezembro de 1897.

Art. 9º — Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões, 2 de agosto de 1898.

(Transcrito dos *Annaes do Senado Mineiro*, 1898, pp. 89/90.)

ANEXO 2

LEI Nº 275, DE 12 DE SETEMBRO DE 1899

Institui na Capital do Estado um Conselho Deliberativo, eleito pelo povo da mesma Capital, e contém outras disposições.

O povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º — Fica instituído na Capital do Estado um Conselho Deliberativo, que se comporá de sete membros eleitos pelo povo da mesma Capital, de con-

formidade com o processo e condições estabelecidos na legislação em vigor para eleição de vereadores municipais.

Art. 2º — A este Conselho compete, nos termos da Constituição e das leis, votar os impostos e decretar as despesas necessárias aos negócios e serviços peculiares da administração da Capital.

Art. 3º — Fora do orçamento comum nenhuma despesa poderá ser votada pelo Conselho sem prévia proposta do Prefeito.

Parágrafo único — A proposta do orçamento da receita e despesa para o exercício de 1900 será apresentada ao primeiro Conselho eleito na sua primeira reunião; para os exercícios seguintes, esta proposta será apresentada no dia 1º de setembro do ano anterior.

Art. 4º — O mandato dos membros do primeiro Conselho terminará no dia 31 de dezembro de 1901.

§ 1º — Proceder-se-á no dia 15 de novembro do mesmo ano a eleição dos novos membros do Conselho, se antes não tiver sido organizado definitivamente o Município.

§ 2º — Os membros do novo Conselho servirão nos anos de 1902 e 1903, salvo o disposto na última parte do parágrafo antecedente.

Art. 5º — Nas sessões e deliberações do Conselho, serão observadas as disposições das leis em vigor para as Câmaras Municipais.

Art. 6º — As deliberações do Conselho, com exceção das referentes a seu regimento interno, serão sujeitas à sanção do Prefeito, cujo veto só poderá ser rejeitado por dois terços de votos.

Art. 7º — As funções executivas do governo local da Cidade de Minas continuarão a ser exercidas pelo Prefeito, de nomeação do Presidente do Estado, a quem continua a competir a direção administrativa da mesma cidade e a regulamentação dos diversos serviços que lhe forem peculiares, nos termos da lei adicional à Constituição, nº 3, de 17 de dezembro de 1893, regulamentos vigentes e que forem expedidos para a execução desta Lei.

Art. 8º — Compete à Prefeitura da Cidade de Minas o processo executivo para a cobrança de suas rendas e das multas que impuser, gozando os privilégios da Fazenda Estadual.

Parágrafo único — Por infração de regulamentos não poderão ser impostas penas maiores de 100\$000 e de 15 dias de prisão.

Art. 9º — Dentro de dois meses da data desta Lei, que entrará em vigor desde já, o Presidente do Estado designará o dia em que se deve proceder à eleição dos membros do Conselho para o primeiro período de 1900 a 1901.

Art. 10 — Revogam-se as disposições em contrário.

Mando, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da presente pertencerem que a cumpram e façam cumprir tão inteiramente como nela se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios do Interior a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio da Presidência do Estado de Minas Gerais, na Cidade de Minas, aos 12 dias do mês de setembro de 1899.

Dr. FRANCISCO SILVIANO DE ALMEIDA BRANDÃO

Wenceslau Braz Pereira Gomes

Selada e publicada nesta Secretaria do Interior do Estado de Minas Gerais, na Cidade de Minas, aos 12 de setembro de 1899.
— O Diretor, Edmundo da Veiga.

(Transcrito da *Collecção de Leis e Decretos do Estado de Minas Geraes* — 1899 — Cidade de Minas — 1900, pp. 34/36.)

ANEXO 3

DIVISAO ELEITORAL DE BELO HORIZONTE

CONSELHO DELIBERATIVO

Allstamento Federal

Aos cinco dias do mês de abril de mil novecentos e três, reunidos na sala das sessões do Conselho Deliberativo os srs. dr. Levindo Ferreira Lopes, presidente, coronel Francisco Otaviano Gomes, dr. Olinto Deodato dos Reis Meireles, major Antonino de Paula Ferreira, major José Benjamin e os suplentes srs. Benjamin Flores e coronel Manoel Lopes de Figueiredo, foi aberta a sessão, às 11 horas.

O sr. dr. Levindo Lopes, presidente, declarou que esta reunião tinha por fim dividir o Município em quatro seções sectionais para a revisão do allstamento eleitoral.

Foi proposta e aprovada a seguinte divisão:

Primeira secção — Área urbana compreendida entre as ruas: da Bahia — direção sul até a Avenida do Contorno; lado esquerdo — a rua Guajajaras direção oeste — lado esquerdo e a avenida Carandaí; secções suburbanas 1ª, 2ª e 3ª, colônia "Adalberto Ferraz" e o território compreendido entre os córregos Serra e Cercadinho até suas cabeceiras.

Segunda secção — Área urbana compreendida entre as ruas da Bahia — lado direito — e a rua Guajajaras — lado esquerdo, a colônia "Afonso Pena", a parte da colônia "Carlos Prates", que fica à margem direita do ribeirão Arrudas, e o território situado entre esse ribeirão e a serra do Curral.

Terceira secção — Área urbana situada entre as ruas da Bahia — lado direito — e a rua Guajajaras do lado direito, a parte da colônia "Carlos Prates" situada à margem esquerda do ribeirão dos Arrudas, a parte da sexta secção suburbana, desde o limite dessa colônia até a rua Jacuí e seu prolongamento, pela estrada da Venda Nova e o território situado entre essa estrada e a margem esquerda do ribeirão.

Quarta secção — Área urbana compreendida entre as ruas da Bahia — lado esquerdo, a rua Guajajaras do lado direito, e a avenida Carandaí, a parte da sexta secção suburbana à direita da rua Jacuí e a sétima suburbana, as colônias "Bias Fortes" e Córrego da Mata e o território situado entre as estradas da Venda Nova — margem direita do Taquaril e margem esquerda do Rio das Velhas.

Foram designados os seguintes edificios, em que devem funcionar as comissões sectionais: o *Forum* — para a primeira; Secretaria do Interior — a segunda; Câmara dos Deputados — para a terceira, e o edificio do Senado para a quarta.

(Transcrito do *Minas Gerais*, de 6-7 de abril de 1903. Obs.: Na mesma reunião, o Conselho escolheu os membros para as referidas comissões.)

Código Penal

Anteprojeto de Lei (Parte Geral) comparado ao Código vigente

MÁRCIA WEINERT DE ABREU TORELLY
da Subsecretaria de Edições Técnicas

Para recebimento de sugestões, foi publicado no **Diário Oficial da União** (11-3-81, pág. 4.782) o Anteprojeto de Lei que altera dispositivos do Código Penal (Parte Geral).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Gabinete do Ministro

PORTARIA N.º 192, DE 6 DE MARÇO DE 1981

O Ministro de Estado da Justiça, considerando que é do interesse do Governo o amplo e democrático debate sobre a reforma do Código Penal,

Resolve autorizar a publicação, no **Diário Oficial da União**, do Anteprojeto de Lei modificativo da Parte Geral do Código Penal, elaborado pela Comissão constituída através da Portaria n.º 1.043, de 27 de novembro de 1980.

Essa publicação realiza-se com o objetivo de, estimulando o debate do documento, obter o maior número possível de contribuições sobre a matéria, tanto da parte de pessoas, como de instituições interessadas.

As sugestões deverão ser encaminhadas à Secretaria Geral do Ministério da Justiça, na Esplanada dos Ministérios em Brasília, Distrito Federal — CEP 70.064, até o próximo dia 30 de abril de 1981. — Ibrahim Abi-Ackel — Ministro da Justiça.

**ANTEPROJETO DE LEI MODIFICATIVO DA PARTE GERAL DO
CÓDIGO PENAL, ELABORADO PELA COMISSÃO INSTITUÍDA
PELA PORTARIA N.º 1.043, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1980**

Comissão elaboradora do anteprojeto: Professor Francisco de Assis Toledo, Presidente da Comissão, e os Professores Francisco de

Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti.

Mandado publicar pelo Ex.^{mo} Senhor Ministro de Estado da Justiça, para receber sugestões, atendendo ao disposto no § 1.º do art. 4.º do Decreto n.º 61.239, de 25 de agosto de 1967.

Brasília, em 18 de fevereiro de 1981.

A Sua Excelência o Senhor Deputado Ibrahim Abi-Ackel, Ministro de Estado da Justiça,

Senhor Ministro

Tenho a honra de passar às mãos de V. Ex.^a anteprojeto de lei e reforma parcial do Código Penal, elaborado pela Comissão constituída através da Portaria n.º 1.043, de 27 de novembro de 1980, integrada pelos Professores Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Dr. Hélio Fonseca.

Trata-se de profunda reforma da Parte Geral, apoiada no princípio *nullum crimen sine culpa* e na idéia de reformulação do elenco tradicional das penas criminais. A atualização do Código Penal apresenta-se como requisito fundamental à conclusão dos anteprojetos de Código de Processo Penal, de Lei das Contravenções Penais e de Lei de Execuções Penais. Dentro desse quadro, que tem por fim último a modernização de nossa Justiça Criminal e a formulação de uma Política Criminal, que possam levar a cabo a difícil tarefa de reconstrução de nosso sistema penitenciário, é este, sem dúvida, o primeiro passo. E, felizmente, pôde ser levado a termo, em prazo relativamente curto, graças a muito esforço e a contribuição espontânea de juristas brasileiros, mesmo não integrantes da Comissão, cujos nomes serão mencionados no relatório final.

Dispositivos do atual Código, que não foram alterados em sua redação original, estão integralmente reproduzidos no texto, por vezes com novo número, dada a necessidade de sua deslocação, ou para maior facilidade de compreensão do todo, nesta fase dos trabalhos.

Como a Parte Geral do Código constitui a base do sistema e se antepõe, com evidente precedência lógica, não só à Parte Especial como também aos anteprojetos de Código de Processo Penal, de Lei das Contravenções Penais e de Lei das Execuções Penais — os três últimos em adiantada fase de elaboração — permito-me sugerir a V. Ex.^a a publicação do texto em anexo, com urgência que se faz necessária, para recebimento de críticas e de sugestões, a fim de que se possa ampliar a participação de especialistas brasileiros nesta obra comum.

Esclareço, finalmente, que, cumprindo as diretrizes traçadas, a reforma da Parte Especial, igualmente necessária, será objeto de outro anteprojeto, de feitura mais demorada, no qual se empreenderá a descriminalização ou a criminalização de certos fatos, bem como a codificação de nossa estratificada legislação penal, sempre que isso seja possível. A autonomização da Parte Geral, na moldura da reforma em estudo, viabiliza a imediata remodelação do sistema criminal brasileiro, tão reclamada por todos, e encontra precedentes em outros países.

Sirvo-me do ensejo para renovar a V. Ex.^a meus protestos de estima e admiração. — Francisco de Assis Toledo — Presidente da Comissão.

Quadro Comparativo

	<p>ANTEPROJETO DE LEI</p> <p>Altera dispositivos do Código Penal, e dá outras providências.</p>	<p>DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940</p> <p>Código Penal.</p> <p>O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte lei:</p>	
	<p>Art. 1.º — O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passa a vigorar com as seguintes alterações:</p>		
	<p>"PARTE GERAL</p> <p>TÍTULO I</p> <p>Da Aplicação da Lei Penal</p>	<p>PARTE GERAL</p> <p>TÍTULO I</p> <p>Da Aplicação da Lei Penal</p>	
<i>Anterioridade da lei</i>	<p>Art. 1.º — Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.</p>	<p>Art. 1.º — Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.</p>	<i>Anterioridade da lei</i>
<i>A lei penal no tempo</i>	<p>Art. 2.º — Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.</p>	<p>Art. 2.º — Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.</p>	<i>A lei penal no tempo</i>
	<p>Parágrafo único — A lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que já julgados.</p>	<p>Parágrafo único — A lei posterior que, de outro modo, favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irreversível.</p>	
	<p>Art. 3.º — A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.</p>	<p>Art. 3.º — A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1944	
<i>Territorialidade</i>	<p>Art. 4.º — Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.</p> <p>§ 1.º — Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional os navios e aeronaves brasileiros, de natureza pública ou a serviço do Governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e os navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar ou espaço aéreo correspondente.</p> <p>§ 2.º — É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estes em porto ou mar territorial do Brasil.</p>	<p>Art. 4.º — Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.</p>	<i>Lugar do crime</i>
<i>Lugar do crime</i>	<p>Art. 5.º — Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.</p>		
<i>Tempo do crime</i>	<p>Art. 6.º — O crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.</p>		
<i>Extraterritorialidade</i>	<p>Art. 7.º — Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:</p>	<p>Art. 5.º — Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:</p>	<i>Extraterritorialidade</i>
	I — os crimes:	I — os crimes:	
	a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República	a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;	b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município; c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal;	
	e) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;	d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;	
	d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;		
	II — os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro;	II — os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro.	
	c) praticados em aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.		
	§ 1.º — Nos casos do n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.	§ 1.º — Nos casos do n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.	
	§ 2.º — Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:	§ 2.º — Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:	
	a) entrar o agente no território nacional;	a) entrar o agente no território nacional;	
	b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;	b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;	c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;	
	d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;	d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena;	
	e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.	e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.	
	§ 3.º — A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:	§ 3.º — A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:	
	a) não foi pedida ou foi negada a extradição;	a) não foi pedida ou foi negada a extradição;	
	b) houve requisição do Ministro da Justiça.	b) houve requisição do Ministro da Justiça.	
<i>Pena cumprida no estrangeiro</i>	Art. 8.º — A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.	Art. 6.º — A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.	<i>Pena cumprida no estrangeiro</i>
<i>Eficácia de sentença estrangeira</i>	Art. 9.º — A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:	Art. 7.º — A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:	<i>Eficácia de sentença estrangeira</i>
	I — obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis;	I — obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	II — sujeitá-lo às medidas de segurança.	II — sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais.	
	Parágrafo único — A homologação depende:	Parágrafo único — A homologação depende:	
	a) para os efeitos previstos no n.º I, de pedido da parte interessada;	a) para os efeitos previstos no n.º I, de pedido da parte interessada;	
	b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.	b) para os outros efeitos, de existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.	
<i>Contagem de prazo</i>	Art. 10 — O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.	Art. 8.º — O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.	<i>Contagem de prazo</i>
<i>Frações não computáveis da pena</i>	Art. 11 — Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, nas patrimoniais, as frações de cruzeiro.	Art. 9.º — Desprezam-se, na pena privativa de liberdade, as frações de dia e, na pena de multa, as frações de centavo.	<i>Frações não computáveis da pena</i>
<i>Legislação especial</i>	Art. 12 — As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial.	Art. 10 — As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso.	<i>Legislação especial</i>
	TÍTULO II Do Crime	TÍTULO II Do Crime	
<i>Relação de causalidade</i>	Art. 13 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido.	Art. 11 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.	<i>Relação de causalidade</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Superveniência de causa independente</i>	<p>§ 1.º — A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.</p>	<p>Parágrafo único — A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.</p>	<i>Superveniência de causa independente</i>
<i>Relevância da omissão</i>	<p>§ 2.º — A omissão é penalmente relevante, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:</p> <p>a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância;</p> <p>b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;</p> <p>c) com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.</p>		
	Art. 14 — Diz-se o crime:	Art. 12 — Diz-se o crime:	
<i>Crime consumado</i>	I — consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;	I — Consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;	<i>Crime consumado</i>
<i>Tentativa</i>	II — tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.	II — tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.	<i>Tentativa</i>
<i>Pena da tentativa</i>	Parágrafo único — Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.	Parágrafo único — Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.	<i>Pena da tentativa</i>
<i>Desistência voluntária e arrependimento eficaz</i>	Art. 15 — O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.	Art. 13 — O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.	<i>Desistência voluntária e arrependimento eficaz</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Arrependimento posterior</i>	Art. 16 — Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano por ato espontâneo do agente, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços ou substituída por outra menos grave.	(Vide arts. 13 e 48, IV, b.)	
<i>Crime impossível</i>	Art. 17 — Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.	Art. 14 — Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (arts. 76, parágrafo único, e 94, n.º III).	<i>Crime impossível</i>
<i>Crime doloso e crime culposo</i>	Art. 18 — Diz-se o crime:	Art. 15 — Diz-se o crime:	<i>Crime doloso e crime culposo</i>
	I — doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;	I — doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;	
	II — culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.	II — culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.	
	Parágrafo único — Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.	Parágrafo único — Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.	
<i>Agravação pelo resultado</i>	Art. 19 — Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que houver causado o crime, ao menos, culposamente.		
<i>Erro sobre elementos do tipo</i>	Art. 20 — O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por fato culposo, se prevista em lei.	Art. 17 — É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.	<i>Erro de fato</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Descritivas putativas</i>	§ 1.º — Aplica-se o disposto neste artigo, quando o agente, por erro plenamente justificado, comete o crime supondo situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.	§ 1.º — Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.	<i>Erro culposos</i>
<i>Erro determinado por terceiro</i>	§ 2.º — Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.	§ 2.º — Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.	<i>Erro determinado por terceiro</i>
<i>Erro sobre a pessoa</i>	§ 3.º — O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.	§ 3.º — O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.	<i>Erro sobre a pessoa</i>
<i>Erro sobre a ilicitude do fato</i>	Art. 21 — O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá atenuá-la. Parágrafo único — Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.	Art. 16 — A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.	<i>Ignorância ou erro de direito</i>
<i>Coação irresistível e obediência hierárquica</i>	Art. 22 — Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.	Art. 18 — Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.	<i>Coação irresistível e obediência hierárquica</i>
<i>Exclusão de ilicitude</i>	Art. 23 — Não há crime quando o agente pratica o fato:	Art. 19 — Não há crime quando o agente pratica o fato:	<i>Exclusão de criminalidade</i>
	I — em estado de necessidade;	I — em estado de necessidade;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	II — em legítima defesa;	II — em legítima defesa;	
	III — em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício de direito.	III — em estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito.	
<i>Excesso punível</i>	Parágrafo único — O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.	(Vide art. 21, parágrafo único.)	
<i>Estado de necessidade</i>	Art. 24 — Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.	Art. 20 — Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.	<i>Estado de necessidade</i>
	§ 1.º — Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.	§ 1.º — Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.	
	§ 2.º — Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.	§ 2.º — Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços.	
<i>Legítima defesa</i>	Art. 25 — Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.	Art. 21 — Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.	<i>Legítima defesa</i>
	(Vide art. 23, parágrafo único.)	Parágrafo único — O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposos.	<i>Excesso culposos</i>
	TÍTULO III Da Imputabilidade Penal	TÍTULO III Da Responsabilidade	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Imputáveis</i>	Art. 26 — É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.	Art. 22 — É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.	<i>Irresponsáveis</i>
<i>Redução facultativa da pena</i>	Parágrafo único — A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, observado o disposto no artigo.	Parágrafo único — A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	<i>Redução facultativa da pena</i>
<i>Menores de dezoito anos</i>	Art. 27 — Os menores de dezoito anos são penalmente imputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.	Art. 23 — Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.	<i>Menores de 18 anos</i>
	Art. 28 — Não excluem a imputabilidade penal:	Art. 24 — Não excluem a responsabilidade penal:	
<i>Emoção e paixão</i>	I — a emoção ou a paixão;	I — a emoção ou a paixão;	<i>Emoção e paixão</i>
<i>Embriaguez</i>	II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.	II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.	<i>Embriaguez</i>
	§ 1.º — É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	§ 1.º — É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	<p>§ 2.º — A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.</p>	<p>§ 2.º — A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.</p>	
	<p>TÍTULO IV Concurso de Pessoas</p>	<p>TÍTULO IV Da Co-Autoria</p>	
<i>Co-autoria</i>	<p>Art. 29 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.</p>	<p>Art. 25 — Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.</p>	<i>Pena da co-autoria</i>
	<p>§ 1.º — Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.</p>		
	<p>§ 2.º — Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, aumentada de até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.</p>		
<i>Circunstâncias incommunicáveis</i>	<p>Art. 30 — Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.</p>	<p>Art. 26 — Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.</p>	<i>Circunstâncias incommunicáveis</i>
<i>Casos de impunibilidade</i>	<p>Art. 31 — O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.</p>	<p>Art. 27 — O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).</p>	<i>Casos de impunibilidade</i>
	<p>TÍTULO V Das Penas</p>	<p>TÍTULO V Das Penas</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	CAPÍTULO I Das Espécies de Pena	CAPÍTULO I Das Penas Principais	
<i>Penas</i>	Art. 32 — As penas são:	Art. 28 — As penas principais são:	<i>Penas principais</i>
	I — privativas de liberdade;	I — reclusão;	
		II — detenção;	
	II — restritivas de direitos;	(Vide art. 67, I e II.)	
	III — patrimoniais.	III — multa.	
	SEÇÃO I Das Penas Privativas de Liberdade	SEÇÃO I Da Reclusão e da Detenção	
<i>Reclusão e detenção</i>	Art. 33 — A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto e a de detenção em regime semi-aberto ou aberto. § 1.º — Considere-se: I — regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; II — regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar; III — regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento similar.	(Vide art. 29, caput.)	
	§ 2.º — As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os se-		

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	guintes critérios e ressalvas as revogações e retornos:		
	I — o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;	(Art. 30) § 5.º — O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado:	
	II — o condenado, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;	I — se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto desde o início, ou, a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime; b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime;	
	III — o condenado, cuja pena seja inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.		
<i>Regras do regime fechado</i>	Art. 34 — O condenado deverá ser submetido, no início do cumprimento da pena em regime fechado, a exame criminológico, para fins de classificação e individualização da execução.	(Vide art. 30, caput.)	
	§ 1.º — O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.	(Art. 29) § 1.º — O sentenciado fica sujeito a trabalho, que deve ser remunerado, e a isolamento durante o repouso noturno.	
	§ 2.º — O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, des-	(Art. 30) § 1.º — O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, na con-	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	de que compatíveis com os objetivos da pena.	formidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que haja compatibilidade com os objetivos da pena.	
	<p>§ 3.º — O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina.</p>	<p>(Art. 30)</p> <p>§ 2.º — O trabalho externo é compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto, desde que tomadas as cautelas próprias, contra a fuga e em favor da disciplina; os condenados que cumprem pena em regime fechado somente se dedicarão a trabalho externo em serviços ou obras públicas, sob vigilância do pessoal penitenciário.</p>	
<i>Regras do regime semi-aberto</i>	Art. 35 — O condenado poderá ser submetido, no início do cumprimento da pena, em regime semi-aberto, a exame criminológico, para fins de classificação e individualização da execução.	(Vide art. 30, caput.)	
	§ 1.º — O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.	(Vide § 1.º do art. 30.)	
	<p>§ 2.º — O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.</p>	<p>(Art. 30)</p> <p>§ 4.º — A frequência a cursos profissionalizantes, bem como de instrução de segundo grau ou superior, fora da prisão, só é compatível com os regimes semi-aberto e aberto.</p> <p>(Vide também § 2.º do art. 30.)</p>	
<i>Regras do regime aberto</i>	Art. 36 — O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.		

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	<p>§ 1.º — O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.</p>	(Vide art. 3.º, § 6.º, I.)	
	<p>§ 2.º — O condenado será transferido do regime aberto, se praticar outro crime, se frustrar os fins da execução, ou se não pagar, injustificadamente, pena patrimonial cumulativamente aplicada.</p>		
<i>Regime especial</i>	<p>Art. 37 — As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes a sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.</p>	<p>(Art. 29)</p> <p>§ 2.º — As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à sua falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, sujeitas a trabalho interno, admitido o benefício do trabalho externo.</p>	
<i>Direitos do preso</i>	<p>Art. 38 — O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral.</p>	(Vide art. 32.)	
<i>Trabalho do preso</i>	<p>Art. 39 — O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da previdência social.</p>	<p>(Art. 30)</p> <p>§ 3.º — O trabalho do recluso será remunerado, aplicando-se o seu produto:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) na indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) na assistência à família, segundo a lei civil; c) em pequenas despesas pessoais; 	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		d) ressalvadas outras aplicações legais, em depósito da parte restante, para constituição de pecúlio, em caderneta de poupança da Caixa Econômica Federal, a qual lhe será entregue no ato de ser posto em liberdade.	
<i>Legislação especial</i>	Art. 40 — A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.	(Vide art. 30, § 6.º, I — transferência dos regimes.)	
		Art. 29 — A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em seção especial de prisão comum.	<i>Regras comuns às penas privativas de liberdade</i>
		(Art. 29) § 3.º — As penas de reclusão e de detenção impostas pela Justiça de um Estado podem ser cumpridas em estabelecimento de outro Estado ou da União.	
		Art. 30 — O período inicial, do cumprimento de pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade.	<i>Reclusão</i>
		(Art. 30, § 5.º) II — observados os termos do caput deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		cumprida em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado.	
		<p>(Art. 30)</p> <p>§ 6.º — Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício:</p> <p>I — cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro;</p> <p>II — prisão-albergue, espécie do regime aberto;</p> <p>III — cumprimento da pena em prisão na comarca da condenação ou da residência do condenado;</p> <p>IV — trabalho externo;</p> <p>V — frequência a curso profissionalizante, bem como de segundo grau ou superior, fora do estabelecimento;</p> <p>VI — licença para visitar a família, em datas ou ocasiões especiais;</p> <p>VII — licenças periódicas, combinadas ou não com as concessões dos incisos IV e V deste parágrafo, para visitar a família e ir à sua igreja, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social, aos condenados que estão em regime aberto e, com menos amplitude, aos que estão em regime semi-aberto.</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>(Art. 30)</p> <p>§ 7.º — As normas supletivas, referidas no parágrafo anterior, estabelecerão, quanto a qualquer das concessões:</p> <p>I — os requisitos objetivos e subjetivos que os condenados deverão ter para a sua obtenção;</p> <p>II — as condições e normas de conduta a serem observadas pelos contemplados, e os casos de modificação facultativa e obrigatória de umas e de outras;</p> <p>III — os casos de revogação e os requisitos para nova obtenção;</p> <p>IV — a audiência da Administração Penitenciária, bem como a do Ministério Público e, quanto às dos incisos IV e V, a do Conselho Penitenciário;</p> <p>V — a competência judicial;</p> <p>VI — exceto quanto às concessões dos incisos I, II e III, a expedição de documento similar ao descrito no artigo 724 do Código de Processo Penal, e a indicação da entidade fiscalizadora.</p>	
		<p>Art. 31 — O condenado a pena de detenção fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão e não está sujeito ao período inicial de isolamento diurno.</p> <p>Parágrafo único — Aplica-se ao detento o disposto nos parágrafos do artigo anterior.</p>	<i>Detenção</i>
		<p>Art. 32 — Os regulamentos das prisões devem estabelecer a natureza, as condições e a extensão dos favores graduativos, bem como as restri-</p>	<i>Regulamentos das prisões</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDICO PENAL DE 1940	
		ções ou os castigos disciplinares que mereça o condenado, mas, em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana.	
		Parágrafo único — Salvo o disposto no art. 30, ou quando o exija o interesse relevante da disciplina, o isolamento não é permitido fora das horas de repouso noturno.	
<i>Superveniência de doença mental</i>	Art. 41 — O condenado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.	Art. 33 — O sentenciado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.	<i>Superveniência de doença mental</i>
<i>Detração</i>	Art. 42 — Computam-se, na pena privativa da liberdade, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital ou manicômio.	Art. 34 — Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.	<i>Tempo de prisão preventiva ou provisória ou de internação em hospital</i>
	Parágrafo único — Computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial irrecurável.		
	SEÇÃO II Das Penas Restritivas de Direitos		
<i>Penas restritivas de direitos</i>	Art. 43 — As penas restritivas de direitos são: I — prestação de serviços à comunidade;		
	II — interdição temporária de direitos;	(Vide art. 67, II.)	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940
	III — aprendizado compulsório.	
<i>Requisitos das penas restritivas de direitos</i>	Art. 44 — As penas restritivas de direitos são autônomas e podem ser aplicadas desde que:	
	<p>I — a pena máxima privativa de liberdade, cominada ao crime, não seja superior a três anos;</p> <p>II — o réu não seja reincidente em crime doloso, observado o disposto no art. 64;</p> <p>III — as circunstâncias e os motivos determinantes, os antecedentes, a personalidade e conduta social do condenado indiquem que essas modalidades de pena sejam necessárias e suficientes.</p>	
<i>Crítérios de aplicação das penas restritivas de direitos</i>	<p>Art. 45 — Na aplicação das penas restritivas de direitos serão observados os seguintes critérios:</p> <p>I — nos crimes, cuja pena máxima privativa de liberdade seja inferior a um ano, poderá ser aplicada, isoladamente, uma única pena, salvo o disposto no art. 48, parágrafo único;</p> <p>II — nos crimes, cuja pena máxima privativa de liberdade seja igual ou superior a um ano e não exceda a três anos, poderão ser aplicadas duas penas a serem cumpridas simultaneamente.</p>	
<i>Conversão das penas restritivas de direitos</i>	Parágrafo único — O descumprimento, injustificado, a qualquer momento, de penas restritivas de direitos, aplicadas isolada ou cumulativamente, determina sua conversão em pena privativa de liberdade, pelo tempo de pena mínima cominada ao crime.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Prestação de serviços à comunidade</i>	<p>Art. 46 — A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de trabalho gratuito junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres ou em programas comunitários.</p>		
	<p>Parágrafo único — As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou, nos dias úteis, por duas horas, durante o tempo fixado.</p>		
<i>Interdição temporária de direitos</i>	<p>Art. 47 — As penas de interdição temporária de direitos são:</p> <p>I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;</p>	(Vide arts. 68 e 69, I.)	
	<p>II — proibição do exercício de profissão ou atividade que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público;</p>	(Vide art. 69, IV.)	
	<p>III — cassação de licença de habilitação para dirigir veículo.</p>		
<i>Aprendizado compulsório</i>	<p>Art. 48 — O aprendizado compulsório consiste na frequência a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposos venha a adquirir conhecimentos necessários a evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado.</p> <p>Parágrafo único — A pena de aprendizado compulsório poderá ser aplicada isoladamente nos crimes culposos cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano.</p>		

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	SEÇÃO III Das Penas Patrimoniais	SEÇÃO II Da Multa	
Multa penitenciaría	Art. 49 — A pena de multa penitenciaría consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos dias-multa.	Art. 25 — A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença.	Pena de multa
	Parágrafo único — O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.		
Pagamento da multa	Art. 50 — A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.	Art. 36 — A multa deve ser paga dentro de dez dias, depois de transitar em julgado a sentença; todavia, a requerimento do condenado, e conforme as circunstâncias, o juiz pode prorrogar esse prazo até três meses.	Pagamento da multa
		Parágrafo único — Excedendo a mil cruzeiros a importância da multa, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em quotas mensais, dentro no prazo de um ano, prorrogável por seis meses, desde que metade da quantia tenha sido paga ou o condenado ofereça garantia de pagamento.	
	§ 1.º — A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado se imposta isoladamente, se aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos ou quando con-	(Art. 37) § 1.º — Se o condenado cumpre a pena privativa de liberdade ou obtém livramento condicional, sem haver resgatado a multa, faz-se a cobrança mediante desconto em seu vencimento ou salário.	Desconto em vencimento ou em salário

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	cedida a suspensão condicional da pena.	(Art. 37) § 2.º — Aplica-se também o disposto no parágrafo anterior, se concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, ou imposta exclusivamente a pena de multa.	
	§ 2.º — O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.	(Art. 37) § 3.º — O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família (art. 30).	<i>Limite do desconto</i>
<i>Conversão da multa e revogação</i>	Art. 51 — A multa converte-se em pena de detenção quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.	Art. 38 — A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.	<i>Conversão em detenção</i>
<i>Modo de conversão</i>	§ 1.º — Na conversão, a cada dia-multa correspondente um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.	(Art. 38) Parágrafo único — A conversão da multa em detenção é feita à razão de vinte cruzeiros por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.	<i>Modo de conversão</i>
<i>Revogação da conversão</i>	§ 2.º — A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa.	Art. 40 — A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória.	<i>Revogação da conversão</i>
<i>Suspensão da execução da multa</i>	Art. 52 — É suspensa a execução da pena de multa se sobrevém ao condenado doença mental.	Art. 41 — É suspensa a execução da pena de multa se sobrevém ao condenado doença mental.	<i>Suspensão da execução da multa</i>
<i>Multa reparatória</i>	Art. 53 — A pena de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial, em favor da vítima, ou seus sucessores, de		

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	<p>quantia calculada com base no disposto no art. 49 e seu parágrafo, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.</p> <p>§ 1.º — A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.</p> <p>§ 2.º — Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 49, segunda parte, e 52.</p> <p>§ 3.º — Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.</p>		
<i>Aplicação autônoma das multas</i>	<p>Art. 54 — A pena de detenção não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, observados os incisos II e III do art. 44.</p> <p>§ 1.º — As multas penitenciária e reparatória poderão ser cumuladas, tão só quando forem as únicas penas aplicadas.</p> <p>§ 2.º — No pagamento ou execução das penas patrimoniais, a multa reparatória prefere à multa penitenciária.</p> <p>§ 3.º — Uma única pena de multa poderá ser cumulada com pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos.</p>		
		<p>Art. 37 — Em caso de insolvência, a multa, imposta cumulativamente com pena privativa de liberdade, é cobrada mediante desconto de quarta parte da remuneração do condenado (art. 29, § 1.º).</p>	<i>Insolvência do condenado</i>
		<p>Art. 39 — Não se executa a pena de multa se o condenado é absolutamente insolvente; procede-se, porém, à execução logo que sua situação econômica venha a permiti-lo.</p>	<i>Insolvência absoluta</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		Parágrafo único — Se, entretanto, o condenado é reincidente, aplica-se o disposto no artigo anterior.	
	CAPÍTULO II Da Cominação das Penas		
<i>Penas privativas de liberdade</i>	Art. 55 — As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.		
<i>Penas restritivas de direitos</i>	<p>Art. 56 — As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação expressa, nos crimes, cuja pena máxima privativa de liberdade não for superior a três anos, observado o seguinte:</p> <p>I — a duração das penas dos arts. 46 e 47 será determinada nos limites da pena privativa de liberdade cominada ao crime;</p> <p>II — a duração da pena de aprendizado compulsório não poderá ser superior ao limite mínimo da pena privativa de liberdade cominada ao crime;</p> <p>III — as penas de interdição, previstas no art. 47, incisos I e II, aplicam-se para todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes;</p> <p>IV — a pena de interdição, prevista no art. 47, inciso III, e a de aprendizado compulsório, estabelecida no art. 48, aplicam-se aos crimes culposos de trânsito.</p>	(Vide art. 69, parágrafo único, I, b.)	
<i>Penas patrimoniais</i>	Art. 57 — A multa-penitenciária, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seu parágrafo único.		

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	Art. 58 — A multa-reparatória aplica-se, independentemente de cominação expressa, para todo crime que cause prejuízo material e tem os limites fixados no art. 53 e seu parágrafo 1.º		
	CAPÍTULO III Da Aplicação da Pena	CAPÍTULO II Da Aplicação da Pena	
<i>Fixação da pena</i>	Art. 59 — O juiz, atendendo aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, às circunstâncias e aos motivos, à intensidade do dolo ou ao grau da culpa e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá:	Art. 42 — Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime:	<i>Fixação da pena</i>
	I — as penas aplicáveis dentre as cominadas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime;	I — determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;	
	II — a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;	II — fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.	
	III — o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade.		
<i>Critérios especiais das penas patrimoniais</i>	Art. 60 — Na fixação das penas patrimoniais, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, observado o disposto no § 1.º do art. 53.	Art. 43 — Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.	<i>Critério especial na fixação da multa</i>
	(*) § 1.º — A multa-penitenciária pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.	Parágrafo único — A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considera que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.	

(*) O § 1.º deveria ser parágrafo único.

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Circunstâncias agravantes</i>	Art. 61 — São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:	Art. 44 — São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:	<i>Circunstâncias agravantes</i>
	I — a reincidência;	I — a reincidência;	
	II — ter o agente cometido o crime:	II — ter o agente cometido o crime:	
	a) por motivo fútil ou torpe;	a) por motivo fútil ou torpe;	
	b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;	b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;	
		c) depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo;	
	e) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;	d) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;	
	d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;	e) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;	
	e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;	f) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;	
	f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;	g) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;	
	g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;	h) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	h) contra criança, velho ou enfermo;	i) contra criança, velho ou enfermo;	
	i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;	j) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;	
	j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.	k) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.	
<i>Agravantes no caso de concurso de agentes</i>	Art. 62 — A pena será ainda agravada em relação ao agente que:	Art. 45 — A pena é ainda agravada em relação ao agente que:	<i>Agravantes no caso de concurso de agentes</i>
	I — promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;	I — promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;	
	II — coage ou induz outrem à execução material do crime;	II — coage outrem à execução material do crime;	
	III — instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;	III — instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;	
	IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.	IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.	
<i>Reincidência</i>	Art. 63 — Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.	Art. 46 — Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.	<i>Reincidência</i>
	Art. 64 — Para efeito da reincidência: I — Não prevalece a condenação anterior, se entre a	Parágrafo único — Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos;	cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.	
	II — não se consideram os crimes propriamente militares ou políticos.	Art. 47 — Para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares ou puramente políticos.	
<i>Circunstâncias atenuantes</i>	Art. 65 — São circunstâncias que sempre atenuam a pena:	Art. 48 — São circunstâncias que sempre atenuam a pena:	<i>Circunstâncias atenuantes</i>
	I — ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;	I — ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;	
		II — ter sido de somenos importância sua cooperação no crime;	
	II — a ignorância ou o erro quando evitáveis;	III — a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis;	
	III — ter o agente:	IV — ter o agente:	
	a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;	a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;	
	b) procurando, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;	b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;	
	c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;	c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;	d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;	
	e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente.	e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se lícita a reunião, não provocou o tumulto nem é reincidente.	
	Art. 66 — A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao fato, embora não prevista expressamente em lei.		
		Parágrafo único — Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.	<i>Atenuação especial da pena</i>
<i>Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes</i>	Art. 67 — No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.	Art. 49 — No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.	<i>Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes</i>
<i>Pena-base</i>	Art. 68 — A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.	Art. 50 — A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse causa de aumento ou de diminuição.	<i>Aumento ou diminuição de pena</i>
	Parágrafo único — No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz	Parágrafo único — No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.	juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.	
<i>Concurso material</i>	Art. 69 — Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.	Art. 51 — Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.	<i>Concurso material</i>
	§ 1.º — Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, por um dos crimes, para os demais será incabível a restritiva de direitos.		
	§ 2.º — Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos diversas, o condenado cumprirá todas simultaneamente e, se forem idênticas, somam-se tão só as de prestação de serviços e de interdição de direitos.		
<i>Concurso formal</i>	Art. 70 — Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se idênticas, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de designios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.	§ 1.º — Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se idênticas, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de designios autônomos.	<i>Concurso formal</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Crime continuado</i>	<p>Art. 71 — Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.</p> <p>Parágrafo único — Não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos arts. 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213.</p>	<p>§ 2.º — Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.</p>	<i>Crime continuado</i>
<i>Multas no concurso de crimes</i>	<p>Art. 72 — No concurso de crimes, as penas patrimoniais são aplicadas distinta e integralmente.</p>	<p>Art. 53 — As penas não privativas de liberdade são aplicadas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes.</p>	<i>Aplicação da multa ou das penas acessórias no concurso de crimes</i>
<i>Erro na execução</i>	<p>Art. 73 — Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 20, § 3.º, última parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70.</p>	<p>Art. 53 — Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3.º, 2.ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51.</p>	<i>Erro na execução</i>
<i>Resultado diverso do pretendido</i>	<p>Art. 74 — Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70.</p>	<p>Art. 54 — Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51.</p>	<i>Resultado diverso do pretendido</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Limites das penas</i>	Art. 75 — A duração das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.	Art. 55 — A duração das penas privativas de liberdade não pode, em caso algum, ser superior a trinta anos, nem a importância das multas ultrapassar duzentos mil cruzeiros.	<i>Limite das penas</i>
	§ 1.º — Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo fixado.		
	§ 2.º — Sobrevindo nova condenação por fato posterior à unificação, proceder-se-á na forma deste artigo, computando-se para esse efeito o tempo restante da pena anteriormente estabelecida.		
<i>Concurso de crime e contravenção</i>	Art. 76 — No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.	Art. 56 — No concurso de crime e contravenção, observa-se o disposto nos arts. 51, 52 e 53, executando-se por último a pena cominada à contravenção, quando aplicadas cumulativamente penas privativas de liberdade.	<i>Concurso de crime e contravenção</i>
	CAPÍTULO IV Da Suspensão Condicional da Pena	CAPÍTULO III Da Suspensão Condicional da Pena	
<i>Requisitos da suspensão da pena</i>	Art. 77 — A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa nos crimes cuja pena máxima seja superior a três, desde que:	Art. 57 — A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:	<i>Requisitos da suspensão da pena</i>
	I — o condenado não seja reincidente em crime doloso, observado o disposto no art. 64;		

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		I — o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46;	
	II — as circunstâncias, os motivos determinantes, os antecedentes, a personalidade e conduta social do condenado indiquem ser necessária e suficiente a concessão do benefício.	II — os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.	
	Art. 78 — A suspensão será por dois a seis anos, período durante o qual o condenado deverá prestar serviços à comunidade, nos termos do art. 46 e seu parágrafo.	(Vide art. 57)	
	Parágrafo único — Se o condenado for primário e houver reparado o dano, o juiz poderá substituir a prestação de serviços à comunidade por uma ou mais das seguintes condições:		
	a) proibição de frequentar determinados lugares;	(Vide arts. 88, § 2.º, II, e 98.)	
	b) liberdade vigiada;	(Vide arts. 88, § 2º, I, e 94.)	
	c) proibição de ausentar-se da cidade onde reside, sem autorização do juiz;		
	d) atender aos encargos de família;		
	e) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.		
	Art. 79 — A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.	Art. 58 — A sentença deve especificar as condições a que fica subordinada a suspensão.	Especificação das condições

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	<p>Art. 80 — A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem às patrimoniais.</p>	<p>(Art. 57)</p> <p>Parágrafo único — A suspensão não se estende à pena de multa nem à pena acessória.</p>	<p><i>Penas a que não se estende a suspensão</i></p>
<i>Revogação obrigatória</i>	<p>Art. 81 — A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:</p>	<p>Art. 59 — A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:</p>	<i>Revogação da suspensão</i>
	<p>I — é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;</p>	<p>I — é condenado, por sentença irrecorrível, a pena privativa da liberdade;</p>	
	<p>II — frustra, embora solvente, a execução de pena patrimonial, ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.</p>	<p>II — frustra, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.</p>	
<i>Revogação facultativa</i>	<p>§ 1.º — A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpra prestação de serviço à comunidade, qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito.</p>	<p>§ 1.º — A suspensão pode também ser revogada se o sentenciado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, infringe as proibições inerentes à pena acessória, ou é irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade.</p>	
<i>Prorrogação do período de prova</i>	<p>§ 2.º — Se o beneficiário está sendo processado por outro crime, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.</p>	<p>§ 2.º — Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou por motivo de contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.</p>	
	<p>§ 3.º — Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.</p>	<p>§ 3.º — Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.</p>	<i>Prorrogação do período de prova</i>
<i>Cumprimento das condições</i>	<p>Art. 82 — Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.</p>	<p>§ 4.º — Se o prazo expira sem que haja ocorrido motivo para a revogação, não mais se executa a pena privativa de liberdade.</p>	<i>Cumprimento das condições</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	CAPTULO V Livramento Condicional	CAPTULO IV Do Livramento Condicional	
<i>Requisitos do livramento condicional</i>	Art. 83 — O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:	Art. 60 — O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:	<i>Requisitos do livramento condicional</i>
	I — cumprida mais de um terço da pena se o réu for primário e de bons antecedentes; (Vide art. 75.)		
	II — cumprida mais da metade se o condenado for reincidente ou se tiver praticado crime previsto nos arts. 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213; (Vide art. 75.)	I — cumprida mais da metade da pena ou, tratando-se de reincidente, mais de três quartos;	
	III — provados o bom comportamento, durante a execução da pena, e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;	II — verificada a ausência ou a cessação da periculosidade, e provados bom comportamento, durante a vida carcerária, e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;	
	IV — tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.	III — tenha reparado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.	
<i>Soma de penas</i>	Art. 84 — As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.	Parágrafo único — As penas que correspondem a infrações diversas podem somar-se, para efeito do livramento.	
<i>Especificações das condições</i>	Art. 85 — A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento.	Art. 61 — A sentença deve especificar as condições a que fica subordinado o livramento.	<i>Especificação das condições</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Revogação do livramento</i>	Art. 86 — Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:	Art. 64 — Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado à pena privativa da liberdade, em sentença irrecorrível:	<i>Revogação do livramento</i>
	I — por crime cometido durante a vigência do benefício;	I — por crime cometido durante a vigência do benefício;	
	II — por crime anterior, observado o disposto no art. 84.	II — por crime anterior, sem prejuízo, entretanto, do disposto no parágrafo único do art. 60;	
		III — por motivo de contravenção.	
<i>Revogação facultativa</i>	Art. 87 — O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado por crime a pena que não seja privativa de liberdade.	Parágrafo único — O juiz pode também revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória ou for irrecorrivelmente condenado, por crime, a pena que não seja privativa da liberdade.	
<i>Efeitos da revogação</i>	Art. 88 — Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.	Art. 65 — Revogado o livramento, não pode ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime ou contravenção anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.	<i>Efeitos da revogação</i>
<i>Extinção</i>	Art. 89 — O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.	(Art. 66) Parágrafo único — O juiz não pode declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime ou contravenção cometido na vigência do livramento.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	Art. 90 — Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.	Art. 86 — Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade e ficam sem efeito as medidas de segurança pessoais.	<i>Cumprimento das condições</i>
		Art. 82 — O livramento somente se concede mediante parecer do Conselho Penitenciário, ouvido o diretor do estabelecimento em que está ou tenha estado o liberando e, se imposta medida de segurança detentiva, após o exame a que se refere o art. 81.	<i>Preliminares da concessão</i>
		Art. 63 — O liberado fica sob observação cautelar e proteção de serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares de que trata o § 4.º do art. 698 do Código de Processo Penal.	<i>Vigilância do liberado</i>
		CAPÍTULO V Das Penas Acessórias	
		Art. 67 — São penas acessórias:	<i>Penas acessórias</i>
		I — a perda de função pública, eletiva ou de nomeação;	
	(Vide art. 43, II.)	II — as interdições de direitos;	
		III — a publicação da sentença.	
	(Vide arts. 47, I, e 92, I.)	Art. 68 — Incorre na perda de função pública: I — o condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;	<i>Perda de função pública</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		II — o condenado por outro crime a pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro.	
		Art. 69 — São interdições de direitos:	<i>Interdições de direitos</i>
	(Vide arts. 47, I, e 92, I.)	I — a incapacidade temporária para investidura em função pública;	
	(Vide art. 92, II.)	II — a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder;	
	(Vide art. 92, II.)	III — a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela;	
	(Vide art. 47, II.)	IV — a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público;	
		V — a suspensão dos direitos políticos.	
		Parágrafo único — Incorrem:	<i>Incidência em interdição de direito</i>
		I — na interdição sob o n.º I: a) de cinco a vinte anos, o condenado a reclusão por tempo não inferior a quatro anos ou o condenado por crime doloso cometido no exercício de função pública, em prejuízo da Fazenda Pública, ou de patrimônio de entidade paraestatal, qualquer que seja o tempo da pena;	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>b) de dois a oito anos, o condenado a reclusão por tempo superior a dois anos e inferior a quatro, ou o condenado por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública, excetuado o caso previsto na letra a, parte final;</p>	
		<p>II — na interdição sob o n.º II:</p> <p>a) permanentemente, o condenado por crime de que resulte manifesta incompatibilidade com o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder;</p> <p>b) de dois a oito anos, o condenado por crime cometido com abuso da autoridade marital ou do pátrio poder, se não incide na sanção anterior;</p> <p>c) nos demais casos, até o termo da execução da pena ou da medida de segurança detentiva, o condenado a reclusão por tempo superior a dois anos;</p>	
		<p>III — na interdição sob o n.º III:</p> <p>a) permanentemente, o condenado por crime de que resulte manifesta incompatibilidade com o exercício da tutela ou curatela;</p> <p>b) de cinco a vinte anos, o condenado a reclusão por tempo não inferior a quatro anos;</p> <p>c) de dois a oito anos, o condenado a reclusão superior a dois anos e inferior a quatro, ou por crime cometido com abu-</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		so de poder ou infração de dever inerente à tutela ou curatela, se não ocorre o caso da letra a;	
		IV — na interdição sob o n.º IV, de dois a dez anos, o condenado por crime cometido com abuso de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente;	
		V — na interdição a que se refere o inciso V, o condenado a pena privativa da liberdade, enquanto durarem os efeitos da condenação.	
		Art. 70 — A sentença deve declarar:	<i>Imposição da pena acessória</i>
		I — a perda da função pública, nos casos do n.º I do art. 68;	
		II — as interdições, nos casos do n.º I, letras a e b; n.º II, letras a e b; n.º III, letras a, b e c, e n.º IV do parágrafo único do artigo anterior, fixando-lhes a duração quando temporárias.	
		Parágrafo único — Nos demais casos, a perda de função pública e as interdições resultam da simples imposição da pena principal.	
		Art. 71 — Durante o processo, é facultado ao juiz decretar a suspensão provisória do exercício do pátrio poder, da autoridade marital, da tutela, da curatela e da profissão ou atividade, desde que a interdição correspondente possa resultar da condenação.	<i>Interdição provisória</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		Art. 72 — As interdições, permanentes ou temporárias, tornam-se efetivas logo que passa em julgado a sentença, mas o prazo das interdições temporárias começa a correr do dia em que:	<i>Termo inicial das interdições</i>
		a) termina a execução da pena privativa de liberdade ou esta se extingue pela prescrição; b) finda a execução da medida de segurança detentiva.	
		Parágrafo único — Computam-se no prazo: I — o tempo da suspensão provisória; II — o tempo de liberdade resultante da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, se não sobrevém revogação.	
		Art. 73 — A publicação da sentença é decretada de ofício pelo juiz, sempre que o exija o interesse público. § 1.º — A publicação é feita em jornal de ampla circulação, à custa do condenado, ou, se este é insolvente, em jornal oficial. § 2.º — A sentença é publicada em resumo, salvo razões especiais que justifiquem a publicação na íntegra.	<i>Publicação da sentença</i>
	CAPÍTULO VI Dos Efeitos da Condenação	CAPÍTULO VI Dos Efeitos da Condenação	
<i>Efeitos genéricos e específicos</i>	Art. 91 — São efeitos da condenação:	Art. 74 — São efeitos da condenação:	<i>Reparação do dano</i>
	I — tornar certa a obrigação de reparar integralmente o dano causado pelo crime;	I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;	

ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<p>II — a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:</p>	<p>II — a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:</p>	<p><i>Perda dos instrumentos, produto e proveito do crime</i></p>
<p>a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;</p>	<p>a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;</p>	
<p>b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.</p>	<p>b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.</p>	
<p>Art. 92 — São também efeitos da condenação:</p>		
<p>I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo nos crimes, cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a três anos, praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;</p>	<p>(Vide art. 68, I.)</p>	
<p>II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;</p>	<p>(Vide art. 69, II, III.)</p>	
<p>III — a inabilitação para dirigir veículo, quando for utilizado como meio para a prática de crime doloso.</p>	<p>(Vide art. 69, IV.)</p>	
<p>CAPÍTULO VII Da Reabilitação</p>		
	<p>TÍTULO VIII Da Extinção da Punibilidade</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Reabilitação</i>	Art. 93 — A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, extinguindo os antecedentes criminais do condenado.	Art. 119 — A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva. (Vide também o art. 108, VI.)	<i>Reabilitação</i>
	Parágrafo único — A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II.	(Vide art. 119, § 2.º, b.)	
	Art. 94 — A reabilitação poderá ser requerida, decorridos cinco anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão condicional e do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:	(Art. 119) § 1.º — A reabilitação poderá ser requerida decorridos 5 (cinco) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:	
	a) tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;	(Art. 119) a) tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;	
	b) tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;	(Art. 119) b) tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;	
	c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação de dívida.	(Art. 119) c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou renovação da dívida.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	§ 1.º — Os prazos para o pedido de reabilitação serão contados em dobro no caso de reincidência.	(Art. 120) Parágrafo único — Os prazos para o pedido de reabilitação serão contados em dobro no caso de reincidência.	
	§ 2.º — Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.	(Art. 119) § 3.º — Negada a reabilitação, não pode ser novamente requerida senão após o decurso de 2 (dois) anos.	
	Art. 95 — A reabilitação será revogada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.	Art. 120 — A reabilitação será revogada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa da liberdade.	<i>Revogação da reabilitação</i>
	(Vide art. 93, parágrafo único, no que se refere ao art. 92, II, b.)	(Art. 119) § 2.º — A reabilitação não pode ser concedida: a) em favor dos presumidamente perigosos pelos n.ºs I, II, III e V do art. 78 deste Código, salvo prova cabal em contrário; b) em relação à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital se imposta por crime contra os costumes cometido pelo condenado em detrimento de filho tutelado ou curatelado, ou por crime de lenocínio.	<i>Penas que a reabilitação não extingue</i>
	TÍTULO VI Das Medidas de Segurança	TÍTULO VI Das Medidas de Segurança	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Espécies de medidas de segurança</i>	Art. 96 — As medidas de segurança são:		
	I — internação em manicômio judiciário;	(Vide arts. 83, 88, I, 91, caput.)	
	II — internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal ou em seções especiais de um ou outro.		
<i>Imposição da medida de segurança para inimputável</i>	Art. 97 — Quando o agente é inimputável (art. 26), mas suas condições pessoais e o fato praticado revelam que oferece perigo à incolumidade alheia, o juiz determinará sua internação em manicômio judiciário.	(Vide art. 91.)	
<i>Prazo de internação</i>	§ 1.º — A internação, cujo mínimo deverá ser fixado entre um e três anos, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade do internado.	(Vide arts. 81, 91, § 1.º)	
<i>Perícia médica</i>	§ 2.º — A perícia médica será realizada ao termo do prazo mínimo fixado à internação e, não sendo esta revogada, deverá ser repetida, de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juízo da execução.	(Vide art. 81, § 1.º, I e II.)	
<i>Desinternação condicional</i>	§ 3.º — A desinternação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior, se o indivíduo, antes do decurso de um ano, vem a praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade.	(Vide art. 91, §§ 4.º e 5.º)	
<i>Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável</i>	Art. 98 — Quando o condenado se enquadrar no parágrafo único do art. 26 e necessitar de especial tratamento curativo, a pena pri-	(Vide arts. 90 e 91, § 3.º)	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	vativa de liberdade pode ser substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário, ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou outro.		
<i>Superveniência de cura</i>	§ 1.º — Sobrevindo a cura, pode o internado ser transferido para estabelecimento prisional, não ficando excluído o seu direito ao livramento condicional.		
<i>Persistência da periculosidade</i>	§ 2.º — Se, ao termo do prazo, persistir a periculosidade, a internação passará a ser por tempo indeterminado, aplicando-se o disposto nos parágrafos 1.º a 3.º do art. 97.	(Vide art. 91, § 5.º)	
<i>Ébrios habituais ou toxicômanos</i>	§ 3.º — A idêntica internação para fim curativo, sob as mesmas normas, ficam sujeitos os condenados reconhecidos como ébrios habituais ou toxicômanos.	(Vide art. 80, caput.)	
<i>Direitos do internado</i>	Art. 99 — O internado será recolhido a estabelecimento, dotado de características hospitalares, e será submetido a tratamento, respeitadas as regras da ética médica.		
		CAPÍTULO I Das Medidas de Segurança em Geral	
		Art. 75 — As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.	<i>Lei aplicável</i>
		Art. 76 — A aplicação da medida de segurança pressupõe: I — a prática de fato previsto como crime;	<i>Condições de aplicabilidade</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		II — a periculosidade do agente.	
		Parágrafo único — A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n.º II.	
		<p>Art. 77 — Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente:</p> <p>I — se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir;</p> <p>II — se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral.</p>	<i>Verificação da periculosidade</i>
		§ 1.º — Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5.º do artigo 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências.	
		§ 2.º — O juiz poderá dispor, na forma da lei local, de funcionários para investigar, coletar dados e informações com o fim de instruir o requerimento de verificação de periculosidade.	
		<p>Art. 78 — Presumem-se perigosos:</p> <p>I — aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;</p>	<i>Presunção de periculosidade</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>II — os referidos no parágrafo único do art. 22;</p> <p>III — os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;</p> <p>IV — os reincidentes em crime doloso;</p> <p>V — os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfetores.</p>	
		<p>§ 1.º — A presunção de periculosidade não prevalece se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tiver decorrido período de tempo superior a dez anos, no caso do inciso I deste artigo, ou de cinco anos, nos outros casos.</p>	<p><i>Casos em que não prevalece a presunção</i></p>
		<p>§ 2.º — A execução da medida de segurança não é iniciada sem verificação da periculosidade, se da data da sentença decorreram dez anos, no caso do n.º I, deste artigo, ou cinco anos, nos outros casos, ressalvado o disposto no art. 87.</p>	
		<p>§ 3.º — No caso do art. 7.º, n.º II, a aplicação da medida de segurança, segundo a lei brasileira, depende de verificação da periculosidade.</p>	
		<p>Art. 79 — A medida de segurança é imposta na sentença de condenação ou de absolvição.</p>	<p><i>Pronunciamento judicial</i></p>
		<p>Parágrafo único — Depois da sentença, a medida de segurança pode ser imposta:</p> <p>I — durante a execução da pena ou durante o tempo em</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>que a ela se furte o condenado;</p> <p>II — enquanto não decorrido o tempo equivalente ao da duração mínima da medida de segurança, a indivíduo que, embora absolvido, a lei presume perigoso;</p> <p>III — nos outros casos expressos em lei.</p>	
	(Vide art. 98, § 3.º)	<p>Art. 80 — Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no art. 78, n.º I, e os ébrios habituais ou toxicômanos às medidas de segurança que lhes sejam aplicáveis.</p>	<i>Aplicação provisória de medidas de segurança</i>
		<p>Parágrafo único — O tempo de aplicação provisória é computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança.</p>	
	(Vide art. 98, § 2.º)	<p>Art. 81 — Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso.</p>	<i>Revogação de medida de segurança</i>
	(Vide o art. 97, § 2.º)	<p>§ 1.º — Procede-se ao exame:</p> <p>I — ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança;</p> <p>II — anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança;</p> <p>III — em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância.</p>	
		<p>§ 2.º — Se inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos realizam-se ao fim de cada período igual àquele prazo.</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>Art. 82 — Executam-se as medidas de segurança:</p> <p>I — depois de cumprida a pena privativa de liberdade;</p> <p>II — no caso de absolvição, ou de condenação a pena de multa, depois de passada em julgado a sentença.</p> <p>§ 1.º — A execução da medida de segurança é suspensa quando o indivíduo tem de cumprir pena privativa de liberdade.</p> <p>§ 2.º — A execução da medida de segurança detentiva precede a da medida de segurança não detentiva.</p>	<i>Execução das medidas de segurança</i>
		<p>Art. 83 — O indivíduo sujeito a medida de segurança detentiva, a quem, antes de iniciada a execução ou durante ela, sobrevém doença mental, deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a estabelecimento adequado onde se lhe assegure a custódia.</p> <p>Quando não detentiva a medida, a execução não se inicia e, quando iniciada, não prossegue.</p>	<i>Superveniência de doença mental</i>
		<p>Parágrafo único — Verificada a cura, sem que tenha desaparecido a periculosidade, o juiz pode determinar:</p> <p>I — o início ou o prosseguimento da execução da medida;</p> <p>II — a substituição da medida de segurança não detentiva por outra de igual natureza;</p> <p>III — a substituição da medida detentiva por outra de igual natureza ou pela liberdade vigiada.</p>	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>Art. 84 — Se aplicada mais de uma medida de segurança da mesma espécie, somente uma se executa.</p> <p>§ 1.º — Se de espécies diferentes, o juiz deve impor uma ou mais dentre elas, tendo em conta o grau de periculosidade do indivíduo, sem excluir, todavia, a medida detentiva aplicável em caso de periculosidade presumida.</p> <p>§ 2.º — Observam-se as mesmas regras com referência às medidas de segurança impostas em juízo ou processos diferentes, ainda que iniciada a execução de uma delas.</p>	<i>Pessoa fulgada por vários fatos</i>
		<p>Art. 85 — Quando o indivíduo se subtrai à execução de medida de segurança detentiva, que não seja internação em manicômio judiciário ou em casa de custódia e tratamento, o prazo de duração mínima recomeça do dia em que a medida volta a ser executada.</p>	<i>Inobservância da medida de segurança detentiva</i>
		<p>Art. 86 — Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta.</p>	<i>Efeitos da extinção de punibilidade</i>
		<p>Art. 87 — Extingue-se a medida de segurança não executada pelo prazo de cinco anos, contados do cumprimento da pena, se o condenado, nesse período, não comete novo crime.</p> <p>Parágrafo único — A extinção de medida de segurança imposta nos casos dos arts. 14 e 27 ocorre no mesmo prazo, contado da data em que se tornou irreversível a sentença.</p>	<i>Extinção pelo decurso do tempo</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		CAPÍTULO II Das Medidas de Segurança em Espécie	
		Art. 88 — As medidas de segurança dividem-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco são as medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividem-se em detentivas ou não detentivas.	<i>Divisão das medidas de segurança</i>
		§ 1.º — São medidas detentivas:	<i>Medidas de segurança detentivas</i>
	(Vide art. 96, I.)	I — a internação em manicômio judiciário;	
		II — a internação em casa de custódia e tratamento; III — a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.	
		§ 2.º — São medidas não detentivas:	<i>Medidas de segurança não detentivas</i>
	(Vide art. 78, parágrafo único, letra b.)	I — a liberdade vigiada;	
	(Vide art. 78, parágrafo único, letra a.)	II — a proibição de frequentar determinados lugares;	
		III — o exílio local.	
		Art. 89 — Onde não há estabelecimento adequado, a medida detentiva, segundo a sua natureza, é executada em seção especial de outro estabelecimento.	<i>Falta de estabelecimento adequado</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>Parágrafo único — Aplica-se às medidas de segurança detentivas o que dispõe o art. 29, § 3.º</p>	<i>Execução da medida de segurança fora do Estado em que foi imposta</i>
		<p>Art. 90 — O internado deve ser submetido a regime de reeducação, de tratamento ou de trabalho, conforme suas condições pessoais.</p> <p>Parágrafo único — O trabalho deve ser remunerado.</p>	<i>Regime dos estabelecimentos de internação</i>
	(Vide art. 97.)	Art. 91 — O agente isento de pena, nos termos do art. 22, é internado em manicômio judiciário.	<i>Internação em manicômio judiciário</i>
	(Vide art. 96, § 1.º)	<p>§ 1.º — A duração da internação é, no mínimo:</p> <p>I — de seis anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a doze anos;</p> <p>II — de três anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a oito anos;</p> <p>III — de dois anos, se a pena privativa de liberdade, cominada ao crime, é, no mínimo, de um ano;</p> <p>IV — de um ano, nos outros casos.</p>	
		§ 2.º — Na hipótese do n.º IV, o juiz pode submeter o indivíduo apenas a liberdade vigiada.	
		§ 3.º — O juiz pode, tendo em conta a perícia médica, determinar a internação em casa de custódia e tratamento, observados os prazos do artigo anterior.	<i>Substituição facultativa</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		§ 4.º — Cessa a internação por despacho do juiz, após a perícia médica (art. 81), ouvidos o Ministério Público e o diretor do estabelecimento.	<i>Cessação da internação</i>
	(Vide art. 96, § 1.º)	§ 5.º — Durante um ano, depois de cessada a internação, o indivíduo fica submetido a liberdade vigiada, devendo ser de novo internado se seu procedimento revela que persiste a periculosidade. Em caso contrário, declara-se extinta a medida de segurança.	<i>Período de prova</i>
		<p>Art. 92 — São internados em casa de custódia e tratamento, não se lhes aplicando outra medida detentiva:</p> <p>I — durante três anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a dez anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;</p> <p>II — durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a cinco anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;</p> <p>III — durante um ano, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo não inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22;</p> <p>IV — durante seis meses, pelo menos, ainda que a pena aplicada seja por tempo menor, o condenado a pena</p>	<i>Internação em casa de custódia e tratamento</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		privativa de liberdade por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez.	
		Parágrafo único — O condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22, é internado em casa de custódia e tratamento durante seis meses, pelo menos, ou, se mais conveniente, submetido, por igual prazo, a liberdade vigiada.	
		Art. 93 — São internados em qualquer dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1.º, n.º III, segundo pareça ao juiz mais conveniente:	<i>Internação em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional</i>
		I — durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime doloso, se reincidente; II — durante um ano, pelo menos: a) o condenado a reclusão por mais de cinco anos; b) o condenado a pena privativa de liberdade, se o crime se relaciona com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição.	
		Art. 94 — Fora dos casos já previstos, aplica-se a liberdade vigiada durante um ano, pelo menos: I — ao egresso dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1.º, n.os II e III; II — ao liberado condicional;	<i>Liberdade vigiada</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		<p>III — nos casos dos arts. 14 e 27;</p> <p>IV — ao transgressor da proibição resultante do exílio local;</p> <p>V — ao transgressor da proibição de frequentar determinados lugares;</p> <p>VI — se a lei não especifica a medida de segurança aplicável.</p>	
		<p>Art. 95 — Ao aplicar a liberdade vigiada, o juiz deve prescrever ao indivíduo as regras de comportamento destinadas a evitar nova infração da lei penal, podendo modificá-las no curso da execução.</p>	<p><i>Normas da liberdade vigiada</i></p>
		<p>Parágrafo único — A vigilância, na falta de órgão especial, incumbe à autoridade policial.</p>	
		<p>Art. 96 — No caso de transgressão das obrigações resultantes de liberdade vigiada, o juiz pode, ressalvado o disposto no art. 61, parágrafo único, determinar a internação, até seis meses, em um dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1.º, números II e III.</p>	<p><i>Transgressão das obrigações resultantes da liberdade vigiada</i></p>
		<p>Art. 97 — O exílio local consiste na proibição de residir ou permanecer o condenado, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca em que o crime foi praticado.</p>	<p><i>Exílio local</i></p>
		<p>Art. 98 — A proibição de frequentar determinados lugares é medida de prevenção especial e sua duração é, no mínimo:</p> <p>I — de um ano, imposta ao condenado por crime cometido sob a ação do álcool;</p>	<p><i>Proibição de frequentar determinados lugares</i></p>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
		II — de três meses, nos outros casos.	
		Art. 99 — A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a quinze dias, nem superior a seis meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação, serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal.	<i>Interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação</i>
		§ 1.º — A interdição do estabelecimento consiste na proibição ao condenado, ou a terceiro, a quem ele o tenha transferido, de exercer no local o mesmo comércio ou indústria.	
		§ 2.º — A sociedade ou associação, cuja sede é interdita, não pode exercer em outro local as suas atividades.	
		Art. 100 — O juiz, embora não apurada a autoria, deve ordenar o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitui fato ilícito.	<i>Confisco</i>
		Art. 101 — A imposição de medida de segurança não impede a expulsão de estrangeiro.	<i>A medida de segurança e a expulsão de estrangeiro</i>
	TÍTULO VII Da Ação Penal	TÍTULO VII Da Ação Penal	
<i>Ação pública e de iniciativa privada</i>	Art. 100 — A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.	Art. 102 — A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.	<i>Ação pública e ação privada</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	§ 1.º — A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.	§ 1.º — A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.	
	§ 2.º — A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.	§ 2.º — A ação privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.	
	§ 3.º — A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.	§ 3.º — A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.	
	§ 4.º — No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.	§ 4.º — No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.	
<i>A ação penal no crime complexo</i>	Art. 101 — Quando a lei considera como elementos de um crime, fatos que, por si mesmos, constituem delitos, cabe ação pública em relação àquele, desde que em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.	Art. 103 — Quando a lei considera como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe a ação pública em relação àquele, desde que em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.	<i>A ação penal no crime complexo</i>
<i>Irretroatividade da representação</i>	Art. 102 — A representação será irretroatável depois de oferecida a denúncia.	Art. 104 — A representação é irretroatável depois de iniciada a ação.	<i>Irretroatividade da representação</i>
<i>Decadência do direito de queixa ou de representação</i>	Art. 103 — Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber	Art. 105 — Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber	<i>Decadência do direito de queixa ou de representação</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 100, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.	quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3.º do art. 102, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.	
<i>Renúncia, expressa ou tácita, do direito de queixa</i>	Art. 104 — O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.	Art. 106 — O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.	<i>Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa</i>
	Parágrafo único — Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.	Parágrafo único — Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.	
<i>Perdão do ofendido</i>	Art. 105 — O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.	Art. 107 — O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.	<i>Perdão do ofendido</i>
	Art. 106 — O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:	§ 1.º — O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:	
	I — se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;	I — se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;	
	II — se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;	II — se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;	
	III — se o querelado o recusa, não produz efeito.	III — se o querelado o recusa, não produz efeito.	
	§ 1.º — Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.	§ 2.º — Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.	
	§ 2.º — Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.	§ 3.º — Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	TÍTULO VIII Da Extinção da Punibilidade	TÍTULO VIII Da Extinção da Punibilidade	
<i>Extinção da punibilidade</i>	Art. 107 — Extingue-se a punibilidade:	Art. 108 — Extingue-se a punibilidade:	<i>Da extinção da punibilidade</i>
	I — pela morte do agente;	I — pela morte do agente;	
	II — pela anistia, graça ou indulto;	II — pela anistia, graça ou indulto;	
	III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;	III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;	
	IV — pela prescrição, decadência ou preempção;	IV — pela prescrição, decadência ou preempção;	
	V — pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;	V — pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;	
	(Vide art. 93, caput.)	VI — pela reabilitação;	
	VI — pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;	VII — pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;	
	VII — pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial;	VIII — pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial;	
	VIII — pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;	IX — pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;	
	IX — pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo.	X — pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	Art. 108 — A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.	Parágrafo único — A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.	
<i>Prescrição antes de transitar em julgado a sentença final</i>	Art. 109 — A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1.º do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:	Art. 109 — A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo único do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:	<i>Prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final</i>
	I — em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;	I — em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;	
	II — em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;	II — em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;	
	III — em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;	III — em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;	
	IV — em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;	IV — em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;	
	V — em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;	V — em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;	
	VI — em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.	VI — em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória</i>	Art. 110 — A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Art. 110 — A prescrição depois de transitar em julgado sentença condenatória regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	<i>Prescrição, depois de transitar em julgado a sentença final condenatória</i>
	§ 1.º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.	§ 1.º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.	
	§ 2.º — A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, não pode, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento de denúncia.	§ 2.º — A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.	
<i>Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final</i>	Art. 111 — A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:	Art. 111 — A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:	<i>Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final</i>
	a) do dia em que o crime se consumou;	a) do dia em que o crime se consumou;	
	b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;	b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;	
	c) nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação;	c) nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação;	
	d) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.	d) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível</i>	Art. 112 — No caso do art. 110, a prescrição começa a correr:	Art. 112 — No caso do art. 110, a prescrição começa a correr:	<i>Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível</i>
	a) do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;	a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;	
	b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.	b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.	
<i>Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional</i>	Art. 113 — No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.	Art. 113 — No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.	<i>Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional</i>
<i>Prescrição no caso de multa</i>	Art. 114 — A prescrição opera-se em dois anos, quando a pena de multa é a única cominada, foi a única aplicada ou é a que ainda não foi cumprida.	Art. 114 — A prescrição opera-se em dois anos quando a pena de multa foi a única imposta ou é a que ainda não foi cumprida.	<i>Prescrição no caso de multa</i>
	Parágrafo único — Aplica-se o mesmo prazo, quando aplicada, isoladamente, a pena de aprendizado compulsório.		
<i>Prescrição das penas restritivas de direito</i>	Art. 115 — Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.		
<i>Redução dos prazos da prescrição</i>	Art. 116 — São reduzidos de metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos.	Art. 115 — São reduzidos de metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos.	<i>Redução dos prazos da prescrição</i>

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
<i>Causas impeditivas da prescrição</i>	Art. 117 — Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:	Art. 116 — Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:	<i>Causas impeditivas da prescrição</i>
	I — enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;	I — enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;	
	II — enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.	II — enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.	
	Parágrafo único — Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.	Parágrafo único — Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.	
<i>Causas interruptivas da prescrição</i>	Art. 118 — O curso da prescrição interrompe-se:	Art. 117 — O curso da prescrição interrompe-se:	<i>Causas interruptivas da prescrição</i>
	I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;	I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;	
	II — pela pronúncia;	II — pela pronúncia;	
	III — pela decisão confirmatória da pronúncia;	III — pela decisão confirmatória da pronúncia;	
	IV — pela sentença condenatória recorrível;	IV — pela sentença condenatória recorrível;	
	V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;	V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;	
	VI — pela reincidência.	VI — pela reincidência.	
	§ 1.º — Salvo o caso do n.º VI, a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo	§ 1.º — Salvo o caso do n.º VI, a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo	

	ANTEPROJETO DE LEI	CÓDIGO PENAL DE 1940	
	processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.	processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.	
	§ 2.º — Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n.º V, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.	§ 2.º — Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n.º V, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.	
	Art. 119 — As penas mais leves prescrevem com as mais graves.	Art. 118 — As penas mais leves prescrevem com as penas mais graves.	<i>Absorção das penas mais leves</i>
	(Vide art. 115.)	(Art. 118) Parágrafo único — É imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação.	<i>Imprescritibilidade da pena acessória</i>
		(Vide arts. 119 e 120, comparados aos arts. 93 a 95).	
	Art. 120 — No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre cada um, isoladamente."		
	Art. 2.º — São canceladas, na parte especial do Código Penal, nas leis especiais e em todas as normas penais, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão "multa de", por "multa-penitenciária".		
	Art. 3.º — O Poder Executivo fará republicar o Código Penal com seu texto atualizado.		
	Art. 4.º — Esta Lei entrará em vigor seis meses após a data de sua publicação.		

Obras publicadas pela
Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar) ou pelo
Reembolso Postal

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 65.

Preço do exemplar: Cr\$ 60,00

	Cr\$
— nº 66 (abril a junho de 1980)	120,00
— nº 67 (julho a setembro de 1980)	120,00
— nº 68 (outubro a dezembro de 1980)	120,00
— nº 69 (janeiro a março de 1981)	120,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 60)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

- 5º volume, contendo 336 páginas
Ato Institucional nº 10
Atos Complementares n.ºs 52 a 56
Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com
índices cronológico e por assunto 15.00
- 6º volume, contendo 488 páginas
Ato Institucional nº 11
Atos Complementares n.ºs 57 a 62
Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com
índices cronológico e por assunto 25.00

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
- 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
- 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
- 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
- 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto	30,00
- 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto	35,00
- 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
- 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
- 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
- 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00
- 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção)	
Atos Complementares n.ºs 98 e 99	
Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65	40,00

	Cr\$
"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos)	45,00
"PARTIDOS POLITICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos"	70,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)	
– 1º volume (3 tomos)	
– Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "insti- tuiu o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tra- mitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)	
– 2º volume (2 tomos)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– 3º volume	
– Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que "reti- fica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil"	
– Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que "adap- ta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona"	
– Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que men- ciona"	
Preço da coleção	180,00
"PREVIDENCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legis- lação da Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos)	70,00

"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"	
– Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos, de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos)	150,00
"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURIDICOS"	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda	70,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA"	
(3ª edição – agosto de 1978)	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978	25,00
"LEI ORGANICA DA MAGISTRATURA NACIONAL" (2ª ed.) ...	
	100,00
– Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – <i>anotada</i>	
– Histórico das Leis (tramitação legislativa)	
– Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura	
"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (edição novembro de 1979)	
	250,00
– Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente	
– Exposição de Motivos do Anteprojeto	
"INQUILINATO" (edição de 1980)	
	150,00
– Lei nº 6.649, de 16-5-79, alterada pela Lei nº 6.698, de 15-10-79.	
– Quadro comparativo anotado da legislação vigente com a legislação anterior	
– Glossário	
– Histórico (tramitação legislativa) da legislação vigente	

	Cr\$
"PARTIDOS POLÍTICOS" (edição 1980)	100,00
– Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21-7-71) texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
– Resoluções do TSE	
"SEGURANÇA NACIONAL" (edição 1980)	250,00
– Lei nº 6.620, de 17-12-78	
– Índice temático	
– Ementário da Legislação	
– Comparações e anotações	
– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)	
"CÓDIGO PENAL" (2ª edição – 1981)	250,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da *Subsecretaria de Edições Técnicas*

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Faculdades de Direito

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

REEMBOLSO POSTAL

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.