

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1985

ANO 22 • NÚMERO 88

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 22 n. 88 — outubro/dezembro 1985

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO DE MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961—1967)

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946—1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉGIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

SANTYNO MENDES DOS SANTOS

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas —
Senado Federal — Anexo 1 — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 22	n. 88	out./dez. 1985
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cz\$ 36,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- 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

COLABORAÇÃO

	Pág.
Constituição e instituições — <i>José Arthur Rios</i>	5
As bases constitucionais do Direito Penal democrático — <i>René Ariel Dotti</i>	21
Os direitos econômicos, sociais e culturais e o direito brasileiro — <i>Almir de Oliveira</i>	45
Teoria do Direito e crítica histórica — <i>Nelson Saldanha</i>	67
Ideologismo e ciência política — <i>Manoel de Oliveira Franco Sobrinho</i> ..	75
Grupos sociais e poder — <i>Silvio Dobrowolski</i>	95
Polícia e poder de polícia — <i>J. Cretella Júnior</i>	105
O poder regional. Autonomia municipal e Constituinte — <i>José Nilo de Castro</i>	129
O contencioso administrativo e a nova meta da especialização da Justiça (uma proposta de reforma do Poder Judiciário) — <i>Dilvanir José da Costa</i>	139
O sistema internacional de patentes e a nova ordem econômica internacional — considerações breves — <i>Nuno Tomaz Pires de Carvalho</i> ..	159
Aquisição da propriedade pelo usucapião — <i>Silvio Meira</i>	195
A reforma agrária, o Executivo e o Congresso Nacional — <i>Paulo de Figueiredo</i>	229
A consolidação da burguesia rural no Distrito Federal: aspectos ideológicos — <i>Vilma Figueiredo, Brancolina Ferreira e Caetano Ernesto Pereira de Araújo</i> ..	283
Subsídios a uma metodologia para assentamento de agricultores — <i>Marcus Venício Alves da Cunha</i>	299
A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE: alguns aspectos — <i>José Inácio Gonzaga Franceschini</i>	311
A nova lei das concordatas — <i>Márcio Antônio Inacarato</i>	341
De nuevo sobre la prisión provisional en España — <i>Antonio M^o Lorca Navarrete</i>	351
A prevenção da reincidência — <i>Armida Bergamini Miotto</i>	355
Medida cautelar de separação de corpos — <i>Domingos Sávio Brandão Lima</i>	361
A edição no Brasil — <i>Fábio Maria de Mattia</i>	377
O aprimoramento da proteção aos direitos de autor na reprografia e a necessidade de retorno do domínio público remunerado — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	387

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	395
---	-----

Constituição e instituições

JOSÉ ARTHUR RIOS

Sociólogo criminal e pesquisador. Professor de Sociologia Criminal e Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Ex-membro do Comitê de Prevenção de Crime e Tratamento de Presos, da ONU e Consultor dessa Entidade

A nova Constituição emerge num amplo horizonte de expectativas e esperanças. De olhos postos nos céus da Nova República aguardamos essa iniciativa auroral certos de que irá trazer-nos prosperidade econômica, estabilidade social e confiança política. O velho messianismo que dorme no fundo da alma nacional, mas que acorda lépido a cada solavanco brusco da história, retorna em cada um de nós, com forças dobradas. É bom que nos sintamos assim, jovens e esperançosos, num mundo que revela tantos sinais de decrepitude. O que não podemos permitir é que a esperança se transforme em ilusão e nos feche os olhos a uma realidade arestosa e hostil.

Somos todos obrigados a atentar para riscos que, nessa obra constituinte, encontram-se dentro de nós, em nosso modo de ser. É o vezo de nos deixarmos levar por mecanismos formais e, insensivelmente, substituí-los ao senso da realidade. Esse risco tem precedentes históricos e mergulha suas teimosas raízes em nossa herança cultural. Estamos longe de ter sepultado o ingênuo bacharelismo de nossas elites que outra coisa não é senão a confusão entre o fundo e a forma;

e a ingênua convicção de que a realidade, por mesquinha que seja, será resgatada pela magia da palavra, os problemas, por mais intrincados, resolvidos pela lei escrita. Essas convicções impregnaram nossa formação, empapada de Enciclopedismo e de uma visão nominalista da lei e do direito.

Uma Constituição remete a instituições — para criá-las, mantê-las ou destruí-las. Dessa dialética, que pode resultar em harmonias felizes ou em fundos desequilíbrios, depende a sorte dos Governos e dos povos. O indumento constitucional pressupõe um arcabouço institucional, como debaixo da pele o jogo escurrito dos músculos e da ossatura.

Ainda que em crise declarada, as instituições são resilientes. É mais fácil que sofram a erosão dos tempos ou se dissolvam pela inexorável entropia social do que se modifiquem por um reformismo de superfície. Mais comum é que se renovem pelas lentas mutações históricas do que pelas revoluções ou pelos modismos. Disso tivemos recentes e sobradas lições.

A Constituição de 91, por exemplo, não alterou a organização social do País. Foi precisamente sobre esse hiato entre a realidade social e as idealizações da Constituinte de 91 que incidiu a crítica de OLIVEIRA VIANNA. A inserção das liberdades fundamentais no corpo da lei não as legitimou, nem atenuou o entretchoque feroz das clientelas que disputavam o poder. Para caracterizar essa distância, o sociólogo fluminense usou termo nobre, dando-lhe sentido depreciativo. Não é outro o significado do "idealismo utópico" que atribuiu aos nossos Constituintes (contrapondo-o ao "idealismo orgânico"), e cuja origem vinculou erroneamente à cultura política alienígena desses pró-homens. O primeiro tipo de idealismo não levaria em conta os dados da experiência; o segundo "só se apóia na experiência... só se orienta pela observação do povo e do meio" (1).

Não importa discutir o cerne dessas idéias; nem indagar se a política pode ser feita unicamente de experiências despidas de toda idealização. Mas não cabe dúvida que incidimos várias vezes nesse idealismo utópico cujo verdadeiro nome seria alienação. Conta-se que, após ter jurado cumprir a Constituição de 34, o Presidente Getúlio Vargas teria dito a um confidente: "É totalmente impraticável!" O que mostra, entre outras coisas que, mal envergara a faixa presidencial, já ruminava propósitos ditatoriais.

Onde ficaram as intenções de representação classista dos Constituintes de 34? Mais resumidamente — onde ficou a Constituição de

(1) J. F. OLIVEIRA VIANNA. *O Idealismo da Constituição*. São Paulo, 2.^a ed., 1930, p. 13.

34* Fulminou-a o sociólogo fluminense: "Num País como o nosso e num regime como o que temos, onde não há um rei para encarnar a Nação, a preponderância da Câmara, quero dizer, a subordinação do Presidente da República a ela, é absurda." Mas a Carta que a substituiu, a de 37, que o sociólogo considerava fundamentada em "lição colhida da nossa própria experiência" — que restou dela? Teria vindo, para o mesmo Mestre, resgatar erros de um regime ultrapassado: "Não há, na nova Carta, (referia-se à de 37) uma única restrição ao poder do Parlamento ou à autonomia dos Estados que não tenha, para fundamentá-la, um abuso, um erro, uma tradição nociva, verificados na vida do regime abolido a 10 de novembro: eis o fato" (2).

E, no entanto —, "où sont les neiges d'antan?" Onde foi parar a Constituição de 37 e sua forma corporativa de governo nunca sequer ensaiado? Tudo são ensinamentos de um passado recente que merecem ser meditados e assimilados.

Esse fervor constitucionalista que nos deu, no espaço de quinze anos, três Constituições, esfriou a tal ponto que passamos outros quinze praticamente sem nenhuma, ou seja, governados apenas por uma Emenda Constitucional, o que escandaliza o senso jurídico, mas para muitos talvez represente bela lição da experiência.

Por que, afinal, uma Constituição? Será uma necessidade intrínseca ou produto de mera convenção, simples modismo jurídico que se propagou pelo Ocidente a partir do século XVIII? No momento em que afiamos a pena e temperamos a voz para o grande debate constituinte, essas perguntas se impõem, quando menos para uma ordenação do problema.

A idéia original dessa invenção política foi contrapor ao poder pessoal uma lei maior; submeter os caprichos do monarca ou do tirano a princípio mais alto, protegendo, portanto, o homem comum dos abusos e desmandos do Príncipe. As Constituições surgiram em momento de declínio do poder pessoal; foi aí que se percebeu sua necessidade (3).

Sob essa inspiração surgiu, no século XIII, na Inglaterra, a primeira Carta. No século XV a teoria da representação emergia, acabada. Mais tarde, a Revolução inglesa de 1638 buscou a proteção dos direitos individuais. A consciência desses direitos não é casual, nem corresponde, nas sociedades ocidentais, a mera elaboração ideológica. Surge quando se rompem as proteções estamentárias e comunitárias da Idade Média dando lugar à sociedade de classes, e à dura compe-

(2) As citações de Oliveira Vianna, *ib.*, pp. 155-56.

(3) Ver WALTON H. HAMILTON, verbete "Constitutionalism" in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1931, vol. IV, pp. 255 e segs.

tição entre elas. A classe média nas cidades — a burguesia, no sentido lídimo do termo — transforma suas necessidades — de estabilidade, segurança, continuidade — na postulação de direitos ameaçados, primeiro, pelos senhores feudais; depois, pelos representantes do poder real, dantes seu aliado. As aspirações dessa classe chocavam-se violentamente com as discriminações e privilégios da sociedade estamental. Um dos pontos de conflito eram os tribunais especiais; outro a imposição de tributos; outro a liberdade de trânsito; outro ainda a livre manifestação do pensamento. Essas reivindicações de uma classe burguesa e comerciante passaram a generalizar-se e universalizar-se e, após a Revolução francesa — nesse ponto atrasada de um século em relação à inglesa — passaram a constituir pontos fundamentais nas relações dos cidadãos com o Poder.

Outra idéia-força na composição do Constitucionalismo é a concepção das relações entre governantes e governados como um tipo de pacto ou convênio — o contrato social. Aos poucos a idéia de contrato, nascida na esfera do comércio e das obrigações civis, transfere-se para o domínio das relações públicas. A idéia encontra antecedentes ilustres. Antes de eclodir com ímpeto revolucionário em ROUSSEAU, arranca de uma tradição patrística e medieval, radicada na concepção de que Deus e o povo — nessa ordem — são as fontes do Poder. GUILHERME DE OCKHAM, entre outros, retomando Santo AGOSTINHO e por ele CÍCERO, afirmava que a autoridade do soberano derivava de contratos originais. O que nada mais era que o desdobramento da idéia do Estado, segundo o tribuno romano, como *societas* (4).

Em ROUSSEAU, o pacto social não é propriamente uma forma de governo. O pensador genebrino afirmou apenas que constitui a base essencial da sociedade. Foi a solução que descobriu para um problema que armara: "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se aos demais, só obedeça, no entanto, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes." Expressamente o declara, páginas adiante: "só há um contrato no Estado, é o da associação: este por si exclui todos os demais" (5).

Generaliza-se, a partir do século XVIII, a idéia do pacto entre soberano e súditos, e com ela a forma que logo assume de Carta, de Constituição. Para isso contribuía, não só a necessidade de garantir aqueles direitos fundamentais e de estendê-los, pelo menos em teoria, a todos os participantes do corpo social; e algo mais importante, tornar

(4) OTTO GIERKE. *Political Theories of the Middle Age* (tradução inglesa). Boston, 1968, pp. 39 e 47, nota 136.

(5) JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *Du Contrat Social* (1761), Livro III, cap. XVI.

previsíveis as relações de direito público, exigência indispensável a uma sociedade onde o político tendia a girar na esfera do econômico (6).

Esses são os fundamentos do Constitucionalismo — para alguns marxistas, apenas uma modalidade passageira de “ideologia jurídica” —, (7) mas cujo objetivo seria sobretudo assegurar aos cidadãos proteção contra o déspota. “Lei para o governo (é a lição de WALTON HAMILTON), salvaguarda de direitos individuais, consignados em letra de forma — eis a Constituição” (8). Limitação do Poder, portanto, de suas operações e incursões.

Curiosa forma de transição é a que se encontra na história das colônias norte-americanas, antes de 1787, onde as Cartas outorgadas pela metrópole foram paulatinamente se convertendo em Constituições de comunidades livres. Até que a Revolução americana, proclamando a Constituição de 1787, converteu-as em algo mais — em manifesto, símbolo, declaração de guerra ao Poder absoluto. No que foi seguida e imitada pela Revolução francesa.

Daí por diante, o constitucionalismo se transforma em modismo e gera, por vezes, o culto fetichista da letra constitucional, identificando-se com os movimentos liberais. Todo país que se prezasse teria de viver o rito constitucional, arrancar do monarca um diploma outorgado, ou vetá-lo em movimentadas assembléias. A Carta passou a ser, sobretudo para as antigas possessões, um padrão de anticolonialismo, de independência, de liberdades políticas duramente conquistadas às metrópoles (9).

Através da Constituição o processo histórico que explodiu nas revoluções liberais consagraria novas instituições: o sufrágio universal, a igualdade perante a lei, o júri, e assim por diante — formas de desigual recepção (10).

(6) MICHAEL E. TIGAR e MADELEINE R. LÉVY. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo* (tradução brasileira). Rio de Janeiro, 1979, p. 272; e JOSE ANTONIO MARAVALL. *Estado Moderno y Mentalidad Social*. Madrid, 1972, vol. II, pp. 57 e segs.

(7) TIGAR e LÉVY, *op. cit.*, pp. 269 e segs. Assim os dois autores a definem: “Um enunciado, em termos de sistema de regras legais, das aspirações, objetivos e valores de um grupo social.” *Ib.*, p. 275.

(8) HAMILTON, *op. cit.*, p. 255.

(9) CARL FRIEDRICH, verbete “Constitutions and Constitutionalism” in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1968, vol. III, pp. 318 e segs.

(10) Nessas invenções às vezes foram menos felizes. Para as instituições criadas no Brasil, ver OLIVEIRA VIANNA — *Instituições Políticas Brasileiras*, Rio de Janeiro, 1949, vol. II, p. 129.

A reflexão, o senso crítico e a experiência apuraram os textos constitucionais. Isso não abateu o que uma autoridade, nos Estados Unidos, chamou "culto constitucionalista". Amiudaram devoções na capela da liberdade e da lei. A Carta seria o mais perfeito instrumento de governo jamais concebido; suas bases repousavam na rocha indestrutível da justiça imparcial para todos. Foi, na pena dos doutrinadores, grande alento, norma e ordenação divina, supremo altar, espelho fiel do coração do povo, fortaleza impenetrável preservando as portas da liberdade e muito mais. Como os Dez Mandamentos devia ser lida e cabalmente entendida. O douto autor que colheu essas hipérboles na história do constitucionalismo norte-americano considerava-as simples amostra, porque uma lista exaustiva das manifestações dessa religião secular ainda está para ser feita. De onde se vê que lá e cá a retórica é a mesma (11).

O tempo e o uso foram poindo e esgarçando o pergaminho das Cartas. Evidenciaram-se suas limitações. Primeiro, formais, depois, mais profundas, verdadeiros desencontros sócio-culturais. O destino desses textos, como o de toda lei, por mais venerável, é o de serem interpretadas por homens que lêem sua letra miúda com as lentes da formação pessoal e da opinião. A interpretação lógica sobrepõe-se uma visão pessoal, às vezes preconceituosa, que enseja a distorção e o debate. Em vão o Evangelismo, nos Estados Unidos, pretendeu estender à Lei Maior norte-americana os critérios estreitos com que decifrava os textos bíblicos. Cautamente, o grande juiz da Suprema Corte, Wendell Holmes, advertiu:

"A vida da lei não é lógica: consiste em experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas predominantes, as instituições da política, manifestas ou latentes, até os preconceitos que os juizes partilham com seus concidadãos, têm tido maior importância que o silogismo na definição das regras pelas quais os homens se governam" (12).

Dai a necessidade de embutir na própria Lei Magna, sem desfigurá-la, mecanismos de revisão e emenda, e que muitas vezes leva a agudos confrontos entre Legislativo e Judiciário, de que é referta a história constitucional. As construções formais cedem à autoridade maior de intérprete.

"Uma sociedade que pensa em termos estáticos, de perfeição política, produz o melhor governo possível e preserva-o mediante cláusulas rígidas de emenda; enquanto uma

(11) HAMILTON, op. cit., p. 256.

(12) OLIVER W. HOLMES. *O Direito Comum* (tradução brasileira). Rio de Janeiro, 1967, p. 29.

sociedade que visa o progresso, em termos dinâmicos, descobre, no estatuto, formidável obstáculo à adaptação política" (13).

Apesar disso, o processo de revisão não chega a ser um teste da rigidez, ou da flexibilidade, das Constituições. McBAIN, autoridade norte-americana, mostrou que a exigência dos dois terços das duas casas legislativas para a votação de uma emenda à Carta jamais constituiu obstáculo à revisão. O que é rígido ou flexível é a sociedade, a mentalidade, sobretudo a dos juristas, ou essa força vaga, mas consistente, que é a opinião (14).

A Constituição tem de ser pensada num contexto cultural. Se resulta, como quase sempre ocorre, de um confronto entre necessidades e aspirações, compromisso entre ideais e realidades, entre essências e circunstâncias, cabe considerar a formação do constituinte e do legislador como elemento imediato, desprezando-se abstrações remotas como as forças econômicas que atuam sempre pela intermediação do hábito intelectual e da mentalidade jurídica.

Nítidas certas aspirações do povo brasileiro, provadas e demonstradas no seu caminho histórico: um ecumenismo racial e social, a solidariedade que extravasa das barreiras de classe, o amor à justiça e à liberdade, uma religiosidade singela. Se algum sentido assume a expressão, a democracia no Brasil tem de revestir essas características e a Constituição será seu espelho.

Não menos poderosas, no entanto, são as forças que trabalham na nossa psyché, e messianismo — a espera sebastianista num salvador que nos redima da fome, da inflação, da miséria, da dívida externa e de tantos outros flagelos; certo providencialismo mágico que nos leva à crença nos "milagres" sociais e econômicos sem muita correlação com esta ou aquela ideologia — o que nos torna vítimas potenciais dos demagogos de qualquer corrente; o apego bizantino à letra e, no caso da lei, a crença em sua função miraculosa e salvífica (15).

Essa mentalidade articula-se num quadro institucional não menos presente e atuante. A organização parental, paternalista, autoritária e repressiva da sociedade sempre desmentiu, na prática, as aspirações generosas de algumas constituintes: a igualdade perante a lei, os direi-

(13) HAMILTON, p. 158.

(14) É opinião de HOWARD LEE McBAIN, verbete "Constitution" in *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1931, vol. IV, p. 261.

(15) Sobre os efeitos do messianismo na mentalidade brasileira a grande autoridade é MARIA ISAURA PEREIRA DE QUEIROZ. Ver ainda José Oswaldo de Meira Pena "Sebastianismo e Militarismo no Brasil" in *Carta Mensal*. CNC, Rio de Janeiro, vol. XXXI, n.º 361, abril, 1985.

tos uniformes da cidadania; viciou instituições políticas, o jogo dos Poderes constitucionais, a representação partidária, e até a famosa expressão da vontade popular pelo voto.

Chegar à verdadeira Constituição do país é superar seus andaimes formais e perceber, além deles, aquilo que uma autoridade chamou a "Constituição viva" (16) e que os transcende.

Fundamentais, sem dúvida, são os princípios inerentes a toda ordem democrática. Entre eles avulta, de primeiro, a proteção — não do indivíduo que é uma abstração inexistente —, mas da pessoa, conjunto de corpo e alma, contra o aviltamento da miséria e contra as forças leviantínicas que, de toda parte, a ameaçam (17). Desde logo, o próprio Estado, o Poder na sua realidade nua, a força coativa sem a qual a lei nada é, mas que pode voltar-se contra a própria sociedade e destruí-la. Outra, é a onipresença da massa que hoje ameaça valores pessoais como a integridade e a intimidade. A pessoa é o núcleo inviolável do homem, feito de crenças e convicções, aquilo que o faz viver e sobreviver. Em torno dela desdobram-se direitos — os chamados direitos fundamentais que podem retrair-se ou ampliar-se e cujo conteúdo varia com os tempos.

O segundo princípio formal seria a proteção da comunidade política contra o monolitismo estatal, o que foi tentado através da chamada "divisão dos poderes". Costuma-se associar essa idéia a MONTESQUIEU, mas já está contida na concepção aristotélico-tomista do governo misto; e formulada pelo teórico da Revolução inglesa, do século XVII, JOHN LOCKE, que pensara o Governo apenas em termos de Rei, Lordes e Comuns. Só em 1701 o *Act of Settlement* reconheceria a independência do Judiciário. MONTESQUIEU, aliás, não pensava grande coisa deste último, do qual participava, porque chegou a escrever que em certo sentido era nulo — "dans une façon nul", ou seja zero. . . (18) Foi nos Estados Unidos que cresceu a importância da Suprema Corte, transformada em verdadeiro "Poder Moderador".

(16) A expressão é de HOWARD LEE McBAIN e título de seu livro *The Living Constitution*, New York, 1927.

(17) Da importância da pessoa na ordem política, que FRIEDRICH restringe, a nosso ver, sem razão ao *self*, ver as páginas definitivas de JACQUES MARRITAIN "The Human Person and Society" in *Scholasticism and Politics* (tradução americana), New York, 1960, pp. 61 e segs.

(18) BLACKSTONE chegava a considerar a supremacia do Judiciário sobre o Parlamento como subversiva. In *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, 1979, vol. I, p. 91. Para ele, os três Poderes eram o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns; e seria indispensável que o Executivo fosse um ramo e não o todo da Legíslatura. *Id.*, p. 149. WALTER BAGEHOT (cuja influência em Nabuco foi decisiva) nem sequer menciona o Judiciário — *The English Constitution* (1872), New York, s/d, *passim*. Ver Joaquim Nabuco — *Minha Formação*.

A divisão de poderes sofre hoje, nos Estados Unidos, áspera crítica que coincide com a revisão do presidencialismo clássico. Woodrow Wilson, da sua cátedra de Princeton, já esboçara, antes da I Grande Guerra, um movimento em prol do sistema parlamentar; mas idênticas manifestações têm amiudado nos últimos anos. A sensação de que o regime presidencialista e a divisão de poderes vêm ameaçando a qualidade de vida do país e seu nível de bem-estar levou um grupo de políticos e estudiosos a criar, nos Estados Unidos, uma organização particular, uma **corporation**, para analisar a Constituição e seu impacto sobre a vida nacional. Sugere-se uma forma de democracia parlamentar que torne clara a responsabilidade do Chefe do Governo e seu Partido na condução dessas políticas.

Seria curioso fenômeno de recepção legislativa, se, volvidos quase cem anos da nossa primeira Constituição republicana, toda marcada pela influência do presidencialismo norte-americano, retornássemos pela mesma via, uma tradição parlamentarista esquecida. Talvez, agora, com fundamento no dito de que o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil⁽¹⁹⁾.

Os pais-da-pátria americanos, inspirados em LOCKE e MONTESQUIEU, sobretudo fundamentados numa vivência histórica, na prática democrática da comunidade, acrescentaram a tudo isso o federalismo, a revisão da Constituição pelo Judiciário e o processo da emenda constitucional, meio flexível que lhes permitiu ter uma lei básica, de poucos artigos e ainda atualizá-la na medida das necessidades⁽²⁰⁾.

A esses elementos pouco veio somar a Revolução francesa que os incorporou e depois os destruiu na brutal ditadura jacobina, precursora do terrorismo contemporâneo, produto direto da "democracia totalitária" de JEAN-JACQUES ROUSSEAU⁽²¹⁾.

Foi esse, em linhas gerais, o modelo dos constitucionalistas do século XIX que apenas introduziram depois da Guerra de 14 a 18 o capítulo "Da ordem econômica e social", no qual se procurou contemplar, contra a ameaça da Revolução comunista, as iniciativas reformistas de Bismark, e adaptar os ensinamentos das Encíclicas Pontifícias.

(19) Para a nova corrente parlamentarista norte-americana, seus membros e suas idéias e a bibliografia já considerável sobre o assunto, ver Dom Bonafede "Reform of U.S. System of Government on the Minds and Agendas of Many", *National Journal*, 6-29-85, pp. 1521-24.

(20) Sobre a influência da paróquia nas instituições políticas americanas ver DANIEL BOORSTIN -- *The Americans: 1 -- The Colonial Experience*, New York, 1958, p. 152.

(21) Ver a respeito J. L. TALMON -- *The Origins of Totalitarian Democracy*, Londres, 1961.

Depois da II Grande Guerra, o debate constitucional se voltou para as grandes questões do parlamentarismo e do federalismo e abriram-se tentativas de constitucionalizar um governo mundial, que se esboça na ONU e na sua Carta básica. Agora se pretende introduzir nos textos a inovação do superfiscal, o *ombudsman* ou ouvidor — indício, outro, da fadiga dos clássicos Poderes constitucionais.

Acompanhar essa trajetória do constitucionalismo, tal como a registram seus historiadores, e inscrevê-la na nossa Lei Básica seria apenas mantê-la ao nível dos tempos. Para isso não nos têm faltado alento e talento. Basta percorrer o índice ou ementa de nossas Constituições para sentir que acompanhamos de perto, às vezes com apetite de recém-chegados, o cardápio constitucional mais recente. Lá encontramos, discriminadas, as competências da União, dos Estados, dos Municípios; as atribuições dos três Poderes, na disposição clássica. Nem falta a sonante e consabida, embora às vezes inócua, Declaração de Direitos.

Convém lembrar, no entanto, na frase de FRIEDRICH, que “o problema defrontado pelo moderno constitucionalismo é o de adaptar a experiência do Governo constitucional às circunstâncias particulares de tempo e lugar” (22). Quais seriam estas, no aqui-agora brasileiro, que mereceriam ser contempladas na nova Constituição ao lado das estipulações de praxe? Arrisquemo-nos a delinear-las.

Parece-nos que o problema maior, no caso do Brasil, não é tanto um novo exercício constitucional, como uma inovação e consolidação de instituições. A democracia, entre nós, tem medrado mofina, em areia movediça, porque é falha e fraturada a geologia do terreno. De carências institucionais temos vivido, sobejamente apontadas por pensadores e sociólogos desde que a crise dos anos 30 nos abriu os olhos ofuscados pelo liberalismo e pelo ufanismo. São falhas intoleráveis em nação moderna e que entra no século XXI arrastando mazelas do novecentos (23).

“O problema fundamental de uma reforma política em nosso povo”, escrevia OLIVEIRA VIANNA em 1922 (24), “será registrar um conjunto de instituições específicas, um sistema de freios e contra-freios que, além dos fins essenciais a toda organização política, tenha também por objeto: a) neutralizar a ação nociva das toxinas do espírito de clã do nosso organismo político-administrativo; b) quando não seja possível neutralizá-las, reduzir ao mínimo sua influência e nocividade”. Este é o grande problema que ainda hoje se impõe às nossas elites.

(22) Salutar advertência de FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 325.

(23) Dentre eles destaque-se Raymundo Faoro — *Os Donos do Poder*, Porto Alegre — São Paulo, 2.ª ed. 1975, 2 vols. É o estudo clássico do patrimonialismo brasileiro cuja síntese se encontra no vol. II, pp. 734 e segs.

(24) OLIVEIRA VIANNA, *op. cit.*, p. 186.

Mais importantes que freios e contrafreios (já os tivemos demais e inoperantes), parecem-nos necessárias liberações e sobretudo invenções institucionais. Sem a pretensão de elaborar uma lista exaustiva de nossas carências, tentemos indicar algumas das maiores e mais graves.

A mais aguda é a desigualdade da cidadania, nossa tolerância com a permanência de uma vasta categoria de cidadãos de segunda classe, à margem da sociedade civil, desencarnados de direitos e proteções válidas, inassimilados ao corpo social. São todos os que desconhecem as garantias da lei, os marginais do respaldo legal, vítimas habituais em seus corpos e haveres da violência policial e da indiferença judicial. Deles se poderia dizer, em verdade, que são "iguais perante a lei e desiguais perante o juiz" (25). Não só porque constituem objeto de discriminação ativa em função de preconceitos ou distorções sociais, mas porque não logram acesso aos meios normais de defesa do cidadão.

É sabido que a eliminação desse teimoso bagaço social só se fará plenamente pela concorrência das forças do mercado e pela incorporação dessas camadas ao âmbito do associativismo e da cooperação comunitária. Mas, por outro lado, para que esta se constitua de modo cabal, torna-se necessária a eliminação dos privilégios e mordomias, resíduos ainda vigentes entre nós do mercantilismo oligárquico, erroneamente crismado de capitalismo. É o tratamento privilegiado de categorias e corpos sociais, o uso do Poder para enriquecimentos e favorecimentos pessoais, a indiscriminação intencional entre o público e o privado na economia, o que OLIVEIRA VIANNA chamava o espírito de clã e melhor se diria, com Nestor Duarte, o "familismo" pacífico e triunfante, todo o conjunto de práticas clientelistas e nepotistas que já penetram portas a dentro da Nova República.

Nem seria necessário mencionar, a par dessas medidas que talvez coubessem nos "freios e contrafreios" do sociólogo fluminense, a supressão das restrições que ainda obstam à expansão do mercado, ao aumento da produtividade, ao crescimento da pequena empresa, tudo enfim que alimenta a estrutura concentracionária da sociedade brasileira — a começar pelo monopólio da terra inculta —, e vai até as apropriações e escravizações da mão-de-obra, as servidões não só provenientes da escassez, ela própria uma servidão, mas oriundas de um passado que tarda em morrer.

Não há como esquivar a reformulação do instituto da propriedade — não para estatizá-la ou restringi-la, mas exatamente para ampliar seu raio de alcance. Isso, em dois sentidos: escovando os restos

(25) DJACIR MENEZES — "Todos são iguais perante a lei e desiguais perante o juiz" in *Carta Mensal* — CNC, Rio de Janeiro, ano XXVIII, n.º 328, julho, 1982.

da pátina romana, o seu caráter absoluto; e deslocando a tônica do "uso e gozo" para a função social; e do indivíduo soberano para as associações organizadas. Sem falar na urgente remoção do parasitismo cartorário que bloqueia a circulação da riqueza e o acesso do menos aquinhoado aos registros e cadastros.

A representatividade do fraco não se esgota nas suas manifestações individuais. A descentralização e a desconcentração do Poder, processos irmãos mas diversos, só virão através da legitimação de associações familiares e comunitárias como formas de participação cívica e manifestações de poder decisório, sem falar na sua eminente função distributista. Constituem a única forma, concreta e não puramente nominal, de expansão da sociedade civil, sem a monótona recada no individualismo liberal ou na socialização estatizante. Em suma, a Constituição deverá refletir as aspirações permanentes da sociedade brasileira, fortalecendo a família, a comunidade, as cooperativas e associações de trabalho.

É fato marcante em nosso tempo o aparecimento de novas formas de organização do território, dando ensejo a manifestações políticas, de configuração espacial: regiões, áreas metropolitanas, distritos industriais que talvez se incluam na divisão espacial de poderes segundo CARL FRIEDRICH que deu nova conceituação ao federalismo (28).

A abolição dos privilégios e mordomias da nossa **Nomenklatura** terá de ser acompanhada pela ampliação da base organizacional e associativa da sociedade e pela legitimação de novos órgãos de expressão e decisão política. Só assim poderemos dar partida a um processo amplo de reformulação da sociedade, conferindo aos processos conflituais, hoje correntes, uma função creativa e desarmando sua enorme carga destrutiva.

Desse ponto de vista, a extensão do direito de voto do analfabeto foi medida inócua porque não contribuiu nem para a solução do analfabetismo nem para a promoção da massa inculta, mas leva, isso sim, ao enquistamento do iletrismo. Não se pretende, é claro, impedir que o analfabeto vote em **qualquer** circunstância: as associações de trabalho e a participação nas decisões locais não exigem, por que o contrário seria absurdo, prévia alfabetização dos interessados.

Não há dúvida que grande parte das instituições públicas vigentes são fechadas, restritivas, exclusivistas, contribuindo para o perfil de uma sociedade montada em monopólios e dependências, o que

(28) FRIEDRICH, lb.

gera conflitos permanentes entre os “haves” e os “have nots”. Esses estrangulamentos se manifestam, sobretudo, nas áreas de emprego, da habitação, da educação, do treinamento e da formação profissional, da saúde, da previdência social, da segurança pública e da repressão ao crime, da participação associativa. É precisamente aí que a ordem legal terá de abrir espaços mais amplos para extinguir as carências, aumentar a produtividade e expandir o mercado, arejar os capilares enfartados da promoção social. Esse é o grande papel do jurista, só então credor do título que alguém lhe conferiu de “arquiteto das estruturas sociais” (27).

Essa vasta abertura institucional, indispensável a uma real abertura política, e que teria como meta a promoção de extensas camadas da população, exige a implantação de mecanismos de escopo mais amplo que os existentes e de mais rápido efeito. A desburocratização, por exemplo, no sentido de extinção de mordomias, é saudável, mas insuficiente. Porque a burocratização renasce da própria estrutura da sociedade e da economia, firmada em privilégios, controles e restrições que ensejam a fraude e a corrupção. Está nos registros — desde o Registro de Imóveis até o de Patentes; na Justiça demorada e ineficiente; em todos os procedimentos administrativos morosos que provocam o intermediarismo e o suborno. É todo o processo de certificação, indispensável a qualquer sociedade que tem de sofrer profundas mudanças.

O Estado deve, enfim, devolver à sociedade, por delegação, tarefas de que vem se desincumbindo de forma insuficiente e precária. Não se trata, novamente, de saber o que cabe aqui à iniciativa pública ou à empresa. Essa distinção, e o artificial confronto de interesses que dela resulta, nasce de uma visão distorcida, já que o particular e o público se encontram confundidos na realidade. Essa suposta divisão de trabalho, na prática, desfecha no crescimento desapoderado da área pública, por natureza expansionista. Dizer-se, por exemplo, que cabe à empresa tratar do econômico e ao Estado cuidar do desenvolvimento social é meia-verdade. Caberá sempre ao Estado regular o econômico e distribuir os recursos, gerados no setor privado, de tal modo que o social não permaneça desfavorecido. Mas seria totalmente improdutivo confiar exclusivamente ao Estado a execução de programas nessa área.

Dai a importância da participação, processo central nas sociedades democráticas, tanto nos seus aspectos formais, propriamente jurí-

(27) Em artigo recente, GILBERTO FREYRE chamou-os “engenheiros sociais”, atribuindo-lhes idêntico papel.

dicos, como no sentido amplo, cooperativo e associativo, ao qual já nos referimos. A participação para ser eficaz tem de ser graduada. Não é absolutamente necessário que o voto seja exercido por todos para a eleição dos representantes em todos os escalões do Poder. Para isso existem mecanismos de representação e delegação, sem os quais, nas sociedades complexas, a democracia se tornaria inviável. Como inviável se torna quando exercida em comícios, manifestação só cabível em pequenas comunidades para decisões e escolhas em âmbito local: nos cantões suíços ou na república democrática de Cuba...

Essa perspectiva exige a disseminação de parlamentos, núcleos decisórios, no corpo social. É impensável hoje uma sociedade democrática sem a forma parlamentar de decisão política. Permitimos a concentração do poder nos diversos tipos de presidencialismo, quer civil, quer militar, que desafortunadamente vimos adotando e que têm levado, na prática, à ditadura do Executivo e ao clientelismo. É preciso agora sanear a orla do Governo com o sentido da responsabilidade e restaurar a autoridade legítima nos termos do regime parlamentar.

Da mesma forma, é urgente difundir na sociedade mecanismos de arbitragem para a solução rápida e eficaz de conflitos, o que trará alívio aos tribunais. A falta de justiça rápida, eficaz e barata é a maior causa de revoltas e ressentimentos no povo, além dos prejuízos pessoais e patrimoniais que acarreta. A arbitragem é uma forma de acelerar a distribuição da justiça no corpo social, rompendo um dos mais injustos monopólios que atravancam o desenvolvimento, agravam privilégios e dificultam a expansão da sociedade civil. A criação dos Juizados de pequenas causas é, esse sim, um passo de alto alcance social que poderia servir de modelo a uma desburocratização autêntica e de longo fôlego.

A atual crise brasileira resulta de uma rutura do pacto social em sentido mais profundo do que indica o uso comum dessa expressão. É a própria idéia de serviço que vacila, e, quando isso acontece, a coerção do Estado torna-se inócua e a própria sociedade se rompe em classes, ou na linguagem atual, em "categorias" agressivamente reivindicantes. Essa cisão é contrária à própria idéia de solidariedade social e resulta de uma preeminência do Estado sobre a Nação ou sobre o que hoje se convencionou chamar a sociedade civil. A arbitragem entre os grupos é feita ao sabor de interesses imediatos, geralmente políticos, às vezes demagógicos, e o instituto da greve é manejado com a presteza e a agilidade de gazua para a obtenção de maiores vantagens e benefícios. O que na cúpula é obtido através de conchavos e compadrios, na base é decidido pela pressão do número.

ORTEGA Y GASSET, lembrando RENAN — para quem a Nação era um plebiscito cotidiano —, definia essa forma de particularismo como a substituição da parte pelo todo. “Todo particularismo de classe, dizia, é sintoma muito mais grave de decomposição que os movimentos de secessão étnica e territorial, porque as classes e grupos profissionais são partes num sentido mais radical que os núcleos étnicos e políticos”. Por isso não hesitava em afirmar que “todo particularismo leva à ação direta”⁽²⁸⁾. Diríamos que é contrário à concepção de Parlamento no que encerra de mais profundo e essencial, a idéia de convívio político. A dialética do ativismo leva ao golpe de Estado e ao terror. A dialética do Parlamento leva ao debate e à seleção das lideranças.

O que ocorre no Brasil de hoje é o esfacelamento da Nação em classes que disputam o naco maior no banquete do Estado. O que demonstra que nem o Estado forte nem a doutrina da segurança levam, por si sós, necessariamente, à unanimidade nacional que só pode ser criada por uma idéia de tarefa comum e de risco. Se a Constituição não contemplar essas graves questões e vier a repetir monotonamente os chavões do passado, o Estado brasileiro continuará manobrado por minorias predatórias, ao revés dos verdadeiros interesses nacionais.

No mundo moderno, chocam-se duas concepções de sociedade aparentemente adversas, na realidade gêmeas. A volta dos “socialismos” — muitas vezes como, entre nós, meras propostas populistas, mal enroupadas em linguagem neo-marxista — revela profundo mal-estar ante as mesinhas do receituário liberal. Fórmulas mal compostas de capitalismo e socialismo vêm abrindo caminho na prática a crescentes avanços do Estado ou à penetração solerte de grupos de interesses que esmagam o consumidor, espoliam o fraco e destroem as riquezas naturais. O individualismo liberal encontra sua última trincheira na defesa dos chamados “direitos humanos”, mas não consegue, por suas premissas mesmas, construir o arcabouço institucional que visa a garantir seu exercício. O socialismo de Estado sacrifica esses mesmos direitos ao mito do plano e da produtividade, mas não logra demonstrar sua valia na prosperidade e no bem-estar das populações. Será essa a única alternativa que se oferece ao homem — optar entre a democracia totalitária e as utopias revolucionárias?

Ao contrário, sustentamos que devemos buscar uma concepção orgânica e participativa da democracia que é o contrário da variante

(28) Em *Espania Invertebrada*, Madrid, 1921, p. 43.

liberal e individualista e o avesso do Estado totalitário⁽²⁹⁾. Baseia-se no reconhecimento e na legitimação dos órgãos sociais intermediários e numa ampla participação de seus membros nas tarefas da cidadania — em primeiro lugar — e em seguida no direito ao acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços essenciais, não como indivíduos mas como sócios, ou seja, membros atuantes de instituições e comunidades nas quais exercem direitos decisórios de voto e veto, de escolha e recusa política.

Esse tipo de sociedade nada tem a ver, como se percebe, com os regimes corporativistas que o fascismo mentidamente propunha em substituição às assembleias políticas; nem com os regimes classistas, de qualquer natureza, que, na realidade, visam assegurar a uma dada classe o monopólio do Poder. O reconhecimento dos grupos e instituições intermediários e a criação de outros abre caminho a uma participação real e não fictícia, e limita o Poder do Estado que ameaça as liberdades fundamentais.

O mundo moderno, na sua ala avançada, resolveu praticamente o problema da fome, propiciou instrução universal, difundiu a saúde e os benefícios da assistência e da previdência social. Conseguiu resolver esses problemas graças à formidável acumulação de riqueza que caracterizou as sociedades chamadas capitalistas. Defrontam agora esses países novos impasses: a ameaça nuclear; a incorporação e aculturação de uma mão-de-obra subdesenvolvida que põe em risco seus padrões de civilização; a destruição dos recursos naturais por uma tecnologia de enorme capacidade. A distribuição da riqueza nessas sociedades levou à democratização da informação, ao primado da competência sobre o clientelismo, da meritocracia sobre a mediocracia. Hoje cabe temperar a eficiência do mercado com os ditames da humanização.

Podemos hoje assimilar algumas experiências da liderança internacional evitando suas danosas conseqüências. Separar o enriquecimento da massificação, e atingir o progresso social sem adotar necessariamente o controle da natalidade, o abortismo, a permissividade, a tecnocracia. A visão orgânica da sociedade, ao contrário das concepções materialistas e mecanicistas, é uma salvaguarda contra esses erros de civilização e uma forma permanente de defesa do mais autêntico e permanente no homem. Esperemos que a Nova Constituinte, sob as luzes do Espírito Santo, venha a adotá-la.

(29) Cabe aqui citar GLADSTONE CHAVES DE MELO, nas pegadas de MARI-TAIN: "Se a liberal democracia é inaceitável, aceitável e digna de louvor é uma verdadeira democracia, não necessariamente como regime, nem talvez inteiramente como sistema, mas como ideal sempre buscado e talvez jamais plenamente atingível neste vale de lágrimas" in "Considerações sobre a Democracia" *Carta Mensal*. CNC, Rio de Janeiro, ano XXVIII, n.º 328, julho, 1982.

As bases constitucionais do Direito Penal democrático

RENÉ ARIEL DOTTI
Advogado, Professor Titular de
Direito Penal

SUMARIO

- 1 — *Abertura*
- 2 — *Constituição e Direito Penal*
- 3 — *Constituição e Declarações de Direitos*
- 4 — *Constituição e Princípios Penais Básicos:*
 - A — *Intervenção mínima*
 - B — *Intervenção legalizada*
 - C — *Legalidade dos ilícitos e das sanções penais*
 - D — *Irretroatividade da lei mais grave. Retroatividade da lei mais benigna*
 - E — *Personalidade e individualização das sanções penais*
 - F — *A responsabilidade em função da culpa*
 - G — *A retribuição proporcionada*
 - H — *As reações penais como processo de diálogo*
 - I — *A humanidade das sanções*
- 5 — *A revisão do elenco das infrações*
- 6 — *Sistemas de garantia*

1 — *Abertura*

Toda e qualquer reflexão em torno das bases constitucionais de um direito penal democrático deve, fundamentalmente, recuperar a imagem e o ser do homem do cativo das opressões ideológicas e materiais.

As clássicas *declarações de direitos*, geradas no ventre das revoluções ou movimentos de independência, sempre consignavam em

Contribuição para a IV Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro — Congresso Tancredo Neves (7/10 de agosto de 1985).

suas disposições frontais a crença na vida, na liberdade e na busca da felicidade como "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem" (1).

A Constituição da Monarquia espanhola (1812) dispôs que a Nação estava obrigada a conservar e a proteger por "leis sábias e justas" a liberdade civil e outros direitos, declarando que a competência para a aplicação das leis nas causas cíveis e criminais era deferida exclusivamente aos tribunais. Os princípios e as regras atinentes ao juízo natural; a igualdade de foro para todas as classes de pessoas; a punição dos abusos de poder; a celeridade do processo; o controle jurisdicional da prisão e a proscricão da tortura constituíam generosas vertentes de reação às violências cometidas em nome do Estado e da Religião. Tal repertório se procurava harmonizar com o reconhecimento das liberdades públicas fundamentais como a liberdade de manifestação do pensamento das idéias políticas independentemente de censura e o direito de petição para o Rei ou para as Cortes, reclamando o cumprimento da Constituição.

Na Carta política posterior (1848) foram renovadas as generosas manifestações de amparo aos direitos humanos, declarando o art. 2º que ninguém poderia ser preso ou detido senão através da lei. E foi também naquele ano que a Espanha editou um Código Penal de feição liberal conservadora, inspirando-se nos modelos francês (1810), napolitano (1819) e brasileiro (1830). A pena de morte foi abolida para as infrações políticas.

O princípio da reserva legal e seus desdobramentos foram consagrados pela Constituição espanhola de 1876, proibindo-se todas as formas de prisão que não se conformassem às prescrições legais quanto à natureza do fato e à autoridade competente.

No século XX, o documento legislativo de maior relevo foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que além de compendiar todo um patrimônio oriundo de leis fundamentais (México, 1917; Alemanha, 1919; Chile, 1925; Espanha, 1931; URSS, 1936; Foro dos espanhóis, 1945 e Itália, 1947) também se inseriu no espírito de outros textos de garantia como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Constituição da China (1954), a Constituição francesa (1958), a Carta Social Européia (1961), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Americana Relativa aos Direitos do Homem (1969).

(1) Introduções à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (4-7-1776) e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26-8-1789).

As *declarações de direitos* constituem o ponto de partida e a síntese das aspirações de segurança e felicidade da pessoa humana. São, também, o roteiro necessário para conduzir o jurista na elaboração dos novos textos de garantia e o instrumento para servir ao advogado em sua obra de sustentá-los.

O Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito à vida até o direito à sepultura, começo e fim da aventura da existência, movimentam-se um amplo repertório de bens e de interesses que têm no ser individual os pontos de partida e de chegada. Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência.

O desenvolvimento da teoria e da prática em torno da proteção dos direitos humanos conduziu a elaboração positiva ao resguardo da pessoa humana em si mesma, independentemente da categoria que se lhe atribua nos domínios do direito público ou do direito privado (2).

O regime jurídico de proteção dos direitos humanos, sociais, políticos, econômicos e culturais vertidos para os quadros do Direito Penal deve assentar em bases materialmente capazes de sustentá-lo. Fora de tal hipótese, as formulações abstratas perdem substância, transformando-se em meras *proclamações otimistas* divorciadas da realidade.

A categoria dos direitos econômicos sociais e culturais desponta como desdobramento e amparo dos direitos fundamentais ao homem. Através das novas dimensões dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionais e da evolução dos direitos sociais, desenvolvem-se a doutrina e a *práxis* da autonomia e ao mesmo tempo da interação do ser humano quanto aos projetos da existência. No entendimento de GARCIA RAMIREZ, o progresso da doutrina das liberdades individuais traz consigo dupla conseqüência: o surgimento da defesa social da pessoa e a limitação, em nome do interesse social, de certos direitos fundamentais anteriormente proclamados. Assim, denomina-se *social* o regime jurídico que *reacciona contra el excesivo individualismo y para el que viene en cuenta una nueva concepción, más realista y eficaz, del ser humano. Se busca, así, la adecuación del Derecho a la realidad concreta del hombre — a su realidad social, a su realidad de perfecciona-*

(2) V. P. DOUCET. *La Protection Pénale de la Personne Humaine*. Liège, 1979, p. 29.

miento en la vida comunitaria — y no a una idealidad abstracta traducida en la igualdad civil, la máxima autonomía de la voluntad, el principio de libre contratación y el abstencionismo estatal (3).

Florescem em nosso País as investigações tendentes à busca das causas e das condições da criminalidade que, mercê de liberdades fundamentais (liberdades de expressão do pensamento, da imprensa, do Parlamento, da cátedra, das tribunas populares, das ruas e dos domicílios), oferecem vasto material para diagnóstico e tratamento. Os trabalhos se desenrolam em nível de Governo, do Parlamento, Universidade, associações de classe e também da doutrina dos criminólogos, penalistas e outros que trabalham com as ciências da conduta.

Com este movimento a comunidade é sensibilizada e passa a ansiar por um Direito Criminal “fundado nas sólidas bases de justiça e equidade”, assim como queria a nossa primeira Constituição. E, realmente, acreditar na construção de um sistema jurídico-penal que desponte no panorama das instituições culturais de nossa Civilização.

Mas para esta obra é preciso ter em primeira linha de consideração a perspectiva fundante dos direitos humanos, muito bem posta por JOHANNES HESSEN:

“Não é o indivíduo, mas o gênero *homem*, pura e simplesmente, que aqui entra em causa. Os valores acham-se referidos ao sujeito humano, isto é, aquilo que há de comum em todos os homens. Referem-se àquele mais profunda camada do ser que se acha presente em todos os indivíduos e que constitui o fundamento objetivo do seu serem *homens*” (4).

A positivação do Direito Penal, portanto, deve ter, como vertente fundamental, a *condição humana* e, como centro de operações, a sociedade civil que se organiza para dar cumprimento a funções que nos períodos de autoritarismo lhe eram estranhas. Como acentua CAPELLA, “o novo tipo de direito não pode apoiar-se simplesmente na *sociedade*. Exige uma sociedade civil organizada, articulada em torno dos centros da própria relação social e, sobretudo, produtiva: organização de fábrica, da empresa, da comunidade camponesa, dos trabalhadores científicos, dos centros de estudo, do bairro, da juventude” (5).

(3) SERGIO GARCIA RAMIREZ. *Los Derechos Humanos y el Derecho Penal*. México, 1976, pp. 51, 52.

(4) *Filosofia dos valores*. Trad. de CABRAL DE MONCADA. Coimbra, 1967, p. 49.

(5) JUAN-RAMON CAPELLA. *Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas*. Trad. de MARIA LUIZA GUERREIRO. Coimbra, 1977, p. 99.

2 — Constituição e Direito Penal

Na apropriada síntese de **NUVOLONE**, as normas e princípios constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação (6).

A nossa Constituição introduz alguns limites penais e processuais relativos à segurança individual: proibição da pena de morte (ressalvada a legislação para o tempo de guerra); da prisão perpétua; do banimento; de prisão e detenção arbitrárias; o controle jurisdicional imediato para a tutela da liberdade admitida a prisão nas hipóteses explícitas; princípios da personalidade e individualização da pena; do respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; a amplitude da defesa com os recursos a ela inerentes, vedados o foro privilegiado e os tribunais de exceção; a contraditoriedade da instrução e a legalidade quanto aos delitos e às penas; a proibição da prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo as hipóteses do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar; o impedimento da extradição de nacionais e a do estrangeiro por crime político e de opinião (art. 153, §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 19).

Para assegurar efetivamente tais liberdades, direitos e garantias, a Constituição instituiu os mecanismos do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do direito de petição (art. 153, §§ 20, 21 e 30). E como fórmula aberta do sistema, a Lei Fundamental estabelece que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota” (art. 153, § 36).

Conforme **SOUZA e BRITO**, o Direito Penal “funda-se na Constituição, no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não contém normas penais completas, isto é, normas que para ações ou omissões nelas previstas estatuem penas, medidas de segurança ou outras entidades jurídico-penais. Mas contém disposições de direito penal, que determinam em parte o conteúdo das normas penais” (7).

Por outro lado, o sistema de Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, os direitos e as garantias estabelecidas pela lei maior. A inviolabilidade, por exemplo, dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (CF, art. 153) deve

(6) **PIETRO NUVOLONE**. *Il Sistema del Diritto Penale*. Pádua, 1975, p. 37.

(7) **JOSE DE SOUZA E BRITO**. “A lei penal na Constituição”, trabalho publicado em *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1978, 2.º v., p. 197.

ser resguardada pelas normas penais. As opções axiológicas constitucionais devem ser respeitadas pelos textos penais e orientar a sua interpretação. São elas que, no dizer de SOUZA e BRITO, "definem os valores fundamentais da vida em sociedade que o direito penal visa proteger" (8).

3 — *Constituição e declarações de direitos*

O relevo jurídico e social de determinados princípios garantidores de liberdades públicas, direitos e garantias individuais justifica a sua consagração em nível internacional, assim como ocorre com as *declarações de direitos*. A necessidade em se compatibilizar a letra e o espírito das leis fundamentais internas às declarações internacionais constitui exigência de uma ordem jurídica universal.

A Constituição de Portugal (1976) dispõe que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16, 2). Por *direitos fundamentais* se compreendem os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material. Daí a classificação em *direitos fundamentais em sentido formal* e *direitos fundamentais em sentido material* (9).

A Carta política espanhola também prescreve que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas constitucionalmente serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Tratados e Acordos Internacionais sobre as mesmas matérias, ratificados pela Espanha (art. 10, 2).

4 — *Constituição e princípios penais básicos*

A dignidade científica das normas penais e sua harmonia com a Constituição reclamam a adoção de princípios básicos. Alguns deles devem ser claramente enunciados na Lei Fundamental visando não somente informar materialmente a positivação do Direito Penal como também orientar a sua compreensão.

A — *Intervenção mínima*

A Constituição Imperial brasileira (1824) declarava a necessidade de se organizar "quanto antes" um código criminal "fundado nas sólidas bases de justiça e equidade" (art. 179, 18).

(8) Ob. cit., p. 198.

(9) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1976*. Lisboa, 1978, p. 303.

O Brasil conheceu, desde o tempo da descoberta até que se completasse o período de dominação portuguesa, os regimes fantásticos de terror punitivo, quando sobre o corpo do acusado ou condenado se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As *Ordenações Filipinas* (1603) marcaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, “benzedores de cães e outros bichos sem autorização do Rei” e tantos outros tipos pitorescos de autores eram submetidos às mais variadas formas de suplicios, com a aplicação de penas cruéis e infamantes. Narram os cronistas que o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as *Ordenações*, que nela não se cominasse pena para quem andasse descalço⁽¹⁰⁾.

O princípio da intervenção mínima visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensa aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão em termos de dano ou de perigo de dano. A aplicação do princípio resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança a que conduz a chamada *inflação legislativa*.

Como recorda SOUZA e BRITO, uma vez que a pena se traduz por restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do delinqüente, cujo respeito é uma finalidade essencial do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e à conservação sociais, ou seja, à própria defesa dos direitos e liberdades e garantias em geral que são a base do Estado.

“É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição da pena e das medidas de segurança (art. 18, n.ºs 2 e 3), que está ligado ao princípio da legalidade (art. 29), e ao princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal, como garantia da máxima objetividade e do mínimo abuso”⁽¹¹⁾.

B — Intervenção legalizada

Através deste princípio se pretende evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder punitivo. Constitui ele um antecedente lógico do primado da reserva legal na descrição dos fatos puníveis e na cominação das sanções.

Na observação de MUÑOZ CONDE, o princípio da *intervenção legalizada* — que nasce com o Estado de Direito — supõe, ao mesmo

(10) Cf. FREDERICO MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, 1964, v. I, pp. 85, 86.

(11) *Ob. cit.*, p. 200.

tempo, um freio para a política demasiadamente pragmática que, “decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna” (12).

C — *Legalidade dos ilícitos e das sanções penais*

A Constituição deverá tratar com maior rigor do princípio da legalidade, ou da reserva legal, também chamado de princípio de anterioridade da lei penal quanto aos ilícitos penais (crimes e contravenções) e às reações penais (penas e medidas de segurança).

Conforme SANTIAGO MIR PUIG, um direito penal democrático deve desenvolver-se com “estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal — solo pueden establecer delitos y penas disposiciones dotadas de rango de ley anteriores al hecho enjuiciado —, como en su realización material — “exigencia de determinación” de las proposiciones jurídico-penales” (13).

Não é possível aludir-se ao princípio da legalidade sem considerá-lo também sob uma perspectiva formal e outra material. Somente a lei (e não o decreto-lei ou o decreto) pode definir os ilícitos penais e as sanções respectivas, considerando-se a lei como o reflexo formal da vontade e da soberania popular. Em nenhuma hipótese a positivação do Direito Penal pode ficar a cargo de outros poderes do Estado que não o Legislativo.

No entanto, a garantia formal não é suficiente para a elaboração de um Direito Penal democrático. É imprescindível que na descrição dos tipos legais de ilicitude haja um rigoroso controle a respeito daqueles mecanismos que a doutrina acertadamente denomina de “técnicas de elusión del principio de legalidad” (14).

A propósito, tal situação foi assim exposta por COBO DEL ROSAL:

“El exorbitado Derecho Penal preventivo, las ideas totalitarias imperativistas, la llamada defensa social tan acertadamente criticada en relación con nuestro tema por RODRÍGUEZ MOURULLO —, los elementos valorativos del tipo, las cláusulas generales, los tipos penales abiertos (flexibles), las leyes penales indeterminadas o en blanco, la incriminación de puros talantes subjetivos, el uso y el abuso de elementos subjetivos del tipo, la valoración mo-

(12) *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 80.

(13) “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”, trabalho publicado em *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Colombia, 1982, p. 78.

(14) RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho Penal*. Madrid, 1977, v. I, pp. 61 e s.

ralista de las pruebas y un largo etc., son los enemigos naturales, por supuesto desde la propia legalidad — y de ahí su grave crisis — del principio de legalidad, mediante la utilización de refinada técnica jurídica por el Estado moderno en su deseo de exigir cada vez más poder, en detrimento de las garantías jurídicas formales y sustanciales de los derechos individuales de la persona” (15).

A fórmula adotada pela Constituição vigente a respeito do princípio da legalidade, é muito insuficiente (art. 153, § 16). Além de embutir a matéria em preceito destinado a garantir a contrariedade da instrução criminal, a nossa lei maior é omissa quanto à formulação que deve declarar não somente a necessidade do princípio (enunciado formal) como também o seu conteúdo e a sua extensão (enunciado material).

O mesmo problema quanto à debilidade da fórmula constitucional estabelecendo o princípio da reserva legal é constatado na Espanha (16) em face da redação do art. 25.1:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

O princípio (*rectius*: o dogma) de legalidade para ser realmente eficaz deve ser conexionado com o princípio da taxatividade. A doutrina esclarece que, enquanto o primado da anterioridade se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente lícito ou proibido (17). Esta é uma tendência muito viva no panorama das reformas em outros países a exemplo do projeto de Código Penal espanhol e do Código Penal português. Dispõe este último diploma que “só pode ser punido criminalmente o fato descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento de sua prática. A medida de segurança só pode ser aplicada a estado de perigosidade desde que os respectivos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento. Não é permitida a analogia para qualificar o fato

(15) “Princípio de legalidad y Ministerio Fiscal” em *Cuaderno de Política Criminal*, n.º 2, de 1977, p. 25.

(16) JAVIER BOIX-REIG. “El principio de legalidad en la Constitución”, conferência pronunciada em 7-3-1983 e publicada em *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Bilbao, 1983, pp. 58 e s.

(17) FERRANDO MANTOVANI. *Diritto Penale*, parte geral. Pádua, 1979, pp 95 e ss.; RENÉ ARIEL DOTTI. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Curitiba, 1980, p. 152.

como crime, definir um estado de perigosidade, ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde" (art. 1º, n.ºs 1, 2 e 3).

O direito deve ser um sistema de garantias de ação. Como consequência, devem ser evitadas todas as formas de negação das proclamações de princípios, assim como ocorre com as práticas da legislação ordinária quanto aos tipos penais abertos, às leis penais em branco e aos elementos subjetivos do tipo, situações que devem ser reduzidas ao mínimo possível.

A extensão do princípio da legalidade deve alcançar a execução das penas e das medidas de segurança e não se restringir às etapas de cominação e aplicação do direito aos casos concretos. O dogma da legalidade deve se projetar em todos os quadrantes de execução para cobrir tristes lacunas que ao longo dos séculos estão abrindo margem ao exercício autoritário do poder administrativo. Assim sendo, os direitos e os deveres; a disciplina; o trabalho e a assistência não podem existir como únicos "*pontos cardiais* para guiar os navegantes dos mares sombrios do cárcere e da marginalização, porém como as indicações de grande ressonância humana" (18).

Um grande passo neste domínio foi dado através da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11-7-1984) ao consagrar o princípio da legalidade que, segundo a *exposição de motivos*, "domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal" (nº 19).

A propósito do novo diploma, NILO BATISTA o considerou "uma espécie de *bill of rights* dos presos. Para que se tenha uma idéia da importância dessa lei, registre-se que só a partir de janeiro se poderá falar numa reserva legal e num procedimento devido em matéria disciplinar penitenciária; só a partir de janeiro os direitos e deveres do preso, bem como a assistência a ele ministrada, encontram ressonância e regulamentação legal". E, aliando a esperança à saudação, o renomado penalista salienta que a nova legislação "pode auxiliar na tarefa de modificar o tenebroso quadro atual, no qual o preso se vê arbitrariamente (ao talante da administração) espoliado em todos os seus direitos, inclusive os que não foram atingidos pela condenação" (19).

Há necessidade, portanto, na Constituição, de norma expressa e clara a respeito da legalidade do procedimento de execução das penas e das medidas de segurança. Nesse futuro passo a lei

(18) RENÉ ARIEL DOTI. "Os princípios fundamentais na reforma da execução penal". *Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, 1982, v. II, p. 603.

(19) NILO BATISTA. *Minorias e Democratização* (Tese apresentada na X Conferência Nacional da OAB). Recife, outubro/novembro, 1984, p. 13.

fundamental ansiada pela Nova República demonstrará a mesma reação experimentada pelos constituintes de 1824 quando se preocuparam com o estado das prisões e a promiscuidade dos presidiários, ao escreverem que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (art. 153, § 21).

D — *Irretroatividade da lei mais grave. Retroatividade da lei mais benigna*

O princípio da irretroatividade da lei mais severa é declarado também de forma deficiente pela Constituição federal.

Diz o § 16 do art. 153 que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Em linguagem adequada, estabelecem o art. 2º e seu parágrafo único do Código Penal:

“Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Quanto à ultratividade da lei excepcional ou temporária (CP, art. 3º), a melhor doutrina entende que a aplicação ao fato praticado durante sua vigência, mesmo decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, não derroga o princípio da retroatividade da *lex mitior*, sempre que possam elas ser substituídas por outras da mesma natureza. Assim é possível que a lei mais benéfica retroaja em caso de lei excepcional ou temporária que suceda outra lei de igual natureza, porém mais grave (20).

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna estava expressamente consagrado na Constituição de 1946 (art. 141, § 29) embora como um complemento do princípio da individualização. A partir de tal redação, a doutrina considerou revogada a limitação constante do parágrafo único do art. 2º do Código Penal de 1940 (“A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado”).

Diante da deficiente redação da Carta de 1967 (art. 150, § 16) e da Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 16), há necessidade de se consagrarem, em texto autônomo, os princípios de irretroatividade da *lex gravior* e de retroatividade da *lex mitior*.

(20) HELENO CLAUDIO FRAGOSO. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 1977, v. I, t. I, p. 239.

E — *Personalidade e individualização das sanções penais*

O delito é produto da ação humana individualmente considerada mesmo quando o evento típico decorre do concurso necessário ou voluntário de mais de uma pessoa. A sanção penal, tanto sob a forma de pena como da medida de segurança, não pode ser aplicada ou executada contra quem não foi o autor e nem contribuiu para o fato delituoso.

A Constituição dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (art. 153, § 13), omitindo a medida de segurança que, embora não tenha caráter penal, constitui, sem dúvida, aflição pela perda ou restrição da liberdade e pela sujeição de tratamento compulsório, além da restrição ao *status dignitatis* da pessoa humana.

Repugna à consciência de todos os homens de bem a inflição de um mal a pessoas inocentes do delito. O infeliz paradigma da sentença de Tradentes (“... declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os...”) mantém-se como lembrança do terror e do martírio sofridos pelas vítimas da intolerância política.

Corolário natural do princípio da personalidade é o princípio, também constitucional, da *individualização da pena* (CF, 153, § 13, última parte). Ele se reflete nos Códigos Penal (arts. 59 e 60) e de Processo Penal (art. 387) exigindo a motivação como requisito formal-material de validade do ato.

A individualização da pena não se esgota no momento de sua aplicação. Vai adiante para a etapa de cumprimento da pena ou medida de segurança. Com tal providência é possível demarcar o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado ou da pessoa submetida à medida de segurança, que não foram afetados pela condenação. Modernas legislações têm proclamado formalmente que o sentenciado não pode sofrer privações ou restrições para além dos limites necessários à execução. A propósito, os arts. 3º do Código Penal e 3º da Lei de Execução Penal.

A classificação dos condenados à pena privativa de liberdade, segundo seus antecedentes e personalidade, constitui o prolongamento necessário do procedimento de individualização concreta da pena, operado através da sentença (CP, art. 59 e LEP, arts. 5º e ss.).

As medidas de assistência; a regulação do trabalho (conforme as “aptidões e capacidade”); a exigência dos deveres; o atendimento dos direitos; a imposição da disciplina; a movimentação dos regimes (progressão ou regressão, considerando também o mérito do condenado); as autorizações de saída, o livramento condicional etc., caracterizam amplas e fecundas situações para tornar factível a exigência constitucional da individualização da pena, também (e necessariamente) no quadro da execução penal.

Também as penas restritivas de direitos e a multa conferem possibilidades muito generosas para que a individualização efetiva atenuie as distorções materiais entre a jurisdição de julgamento e a jurisdição de execução.

F — A responsabilidade em função da culpa

A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformou a parte geral do Código Penal brasileiro, harmoniza-se com a concepção democrática da pena segundo a perspectiva e os princípios que regulam as atividades de um Estado social e democrático de direito. O primado *nulla poena sine culpa* é expressamente declarado no art. 19 do Código Penal. E a culpabilidade é indicada como o primeiro elemento referencial para a fixação judicial da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59).

A culpa do autor é também o fundamento e o limite da pena em regimes políticos orientados pelos princípios e regras que materializam o Estado de direito democrático, como na República Federal da Alemanha e Portugal quando tratam da individualização da medida concreta da pena (CPs, arts. 46, I, e 72, I, respectivamente).

No sistema proposto pela Lei nº 7.209/84, a culpa é o fundamento para a escolha e a quantificação da pena enquanto que a periculosidade é a base para a medida de segurança. Tal rumo implicou em eliminar o sistema do duplo binário (CP, art. 98) de notórios inconvenientes e irreversíveis danos.

Um Direito Penal próprio de um Estado social e democrático de direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena assim como ocorre nos regimes totalitários quando a indefinição das imputações criminais se concilia com o caráter fluido do estado perigoso e permite a imposição de sanção de cariz evidentemente preventivo. Ao reverso, nos regimes inspirados pela democracia efetiva, a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidirão a quantidade e a qualidade da pena adequada⁽²¹⁾.

Nos termos da Constituição brasileira em vigor, o princípio da culpa é extraído da dignidade da pessoa humana e do seu direito à liberdade. Essa compreensão do generoso princípio através de texto constitucional implícito também se verifica em Portugal. Na correta afirmação de SOUZA E BRRO, “a culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica

(21) RENE ARIEL DOTTI. *Os Limites Democráticos do Novo Sistema de Penas*. Curitiba, 1984, p. 18.

que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objetiva, nem medida de pena que exceda a da culpa" (22).

No terreno da dogmática penal e, ainda mais adiante, ou seja, das antigas discussões entre livre arbitristas e deterministas, a importância do princípio da culpabilidade como limitação estatal e a distinção entre pena e medida de segurança devem-se manter e aprimorar (23).

Com o propósito de eliminar qualquer resíduo de responsabilidade objetiva, a Constituição deve proclamar o *princípio da culpabilidade*, assim como o fez a Carta política de Costa Rica (1949, art. 39).

G — A retribuição proporcionada

A proporcionalidade da pena revela, por um lado, a força do interesse da defesa social e, por outro, o direito do condenado em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. A retribuição, como a "alma de todas as penas", é uma das imposições fundamentais de um Direito Penal realmente democrático. Por outro lado, cumpre-se uma das antigas exigências de justiça, consubstanciadas no aforismo *suum cuique tribuere*, cuja inspiração popular não pode ser posta em dúvida.

O repertório das medidas antidelituais e a sua modulação, tendo como ponto de partida a natureza do bem jurídico afetado e a intensidade da lesão, também revelam a perspectiva democratizante do sistema de sanções do Código Penal, posto que a objetividade jurídica corresponda à valoração dos bens e interesses penalmente tutelados.

Os sistemas positivos em geral adotam o critério da classificação dos bens jurídicos para estabelecer, através da ordenação dos diversos tipos de ofensa, as penas correspondentes. Trata-se de orientação que sofreu críticas ao longo dos anos (24), pois a teoria da retribuição não explica como (e quanto) se deve punir (25). No entanto, o pensamento jurídico-penal ainda não concebeu outro critério mais adequado (26).

(22) Ob. cit., p. 200.

(23) ROBERTO BERGALI. "Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales", em *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, cit. p. 262; ROXIN. "El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto alternativo", em *Doctrina Penal*, a. 2, n. 7, p. 505.

(24) Por todos, ENRICO FERRI. *Principii di Diritto Criminale*. Turim, 1928, p. 308.

(25) ROXIN. "Sentido y límites de la pena estatal" em *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. de DIEGO-MANUEL LUZOU PENA. Madrid, 1976, p. 13.

(26) RENÉ ARIEL DOTTI. "O novo sistema de penas", em *Reforma Penal*. São Paulo, 1985, p. 93.

Na lição de ZAFFARONI, a exigência da segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite este que deve ser procurado através da racional proporção entre “la cuantía del injusto y de la culpabilidad con la cuantía de la pena” (27). Embora afirmando que tal limite não deve ser chamado de *retribuição*, admite o penalista argentino que o limite não é imposto por nenhuma idéia, senão pela realidade em si mesma da segurança jurídica que não é um conceito abstrato, porém concreto e socialmente estabelecido (28).

Independentemente, porém, das discussões em torno da compreensão e da validade do princípio da proporcionalidade, é indispensável que a Constituição declare a natureza necessária e o sentido utilitário da pena criminal. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* proclamava, pelo artigo 8º, que a lei “apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”, enquanto a Constituição imperial brasileira dispunha que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” (art. 179, § 2º). E o Projeto de Código Criminal de Melo Freire (1789) já alinhava entre os chamados *axiomas criminais* os seguintes princípios:

“5. A pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e à gravidade do delito e à maldade do delinqüente”; “8. Na imposição das penas somente se deve olhar a utilidade pública” (29).

Tratando da reforma penal portuguesa, EDUARDO CORREIA alega que a necessidade de defesa e proteção dos bens jurídicos não pode ser arbitrária ou de qualquer tipo conceitual, como seria a que partisse da idéia de um mínimo ético, de saúde pública ou da sua particular importância para a organização da vida em sociedade. “Ela deve ser, desde logo, limitada materialmente, pela maior coincidência possível com uma concepção majoritária e obtida através dos órgãos constitucionais competentes (art. 168). Até porque, deste modo, se reduzirão ao mínimo os conflitos entre a visão do Estado e a dos particulares, entre a lei penal e a consciência de cada um, limitando, até um limite possível, os chamados crimes de consciência” (30).

O Código Penal brasileiro refere-se expressamente à exigência da proporcionalidade ao estabelecer que a pena aplicada (atendendo aos índices da culpabilidade, dos antecedentes etc.), deve ser

(27) *Tratado de Derecho Penal*, parte geral. Buenos Aires, 1980, v. I, p. 89.

(28) *Ob. e loc. cit.*

(29) Em AUGUSTO THOMPSON. *Esboço histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo, 1976, pp. 107, 108.

(30) “As grandes linhas da reforma penal”, em *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra, 1983, p. 14.

conforme à necessidade e suficiência (art. 59). Sob outro aspecto, a pena restritiva de direito substitui a pena privativa de liberdade quando, além de outros requisitos, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja *suficiente*” (art. 44, III).

H — As reações penais como processo de diálogo

Algumas Constituições modernas atribuem à pena o fim de reeducação, ressocialização ou reinserção social do condenado (Itália, 1947, art. 27, 2ª parte; e Espanha, art. 25, nº 2). A esperança no fim de recuperação social do infrator penetrou fortemente também em códigos penais da atualidade, como o de Portugal ao declarar que a recuperação social do delinqüente (além das exigências de reprovação e prevenção do crime) é um dos requisitos de suficiência para que o tribunal escolha entre a pena privativa e a não privativa de liberdade (art. 71).

Não é cientificamente adequada a proclamação formal de que a execução da pena e da medida de segurança tem como objetivos nucleares a emenda ou a reinserção do delinqüente⁽³¹⁾. Na verdade, tal expectativa é, não raro, frustrada conforme mostra a realidade penitenciária. No entanto, é indispensável que a futura Constituição brasileira afirme tal *compromisso de intenção*, declarando que tanto a pena como a medida de segurança, em qualquer de suas modalidades, devem proporcionar as condições necessárias ao processo de diálogo entre o condenado ou internado e a sociedade.

Muito significativamente, o artigo 1º da Lei de Execução Penal dispõe que

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*”

A *exposição de motivos* ao aludido diploma declara que, “sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a *proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*” (nº 14).

(31) Sobre a crítica ao texto constitucional espanhol (de que as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança devem se orientar para a reeducação e reinserção social), ver a doutrina de OSCAR ALZAGA, *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, p. 244.

Em síntese muito expressiva, CALDESS demonstra que tanto o Direito Penal como o direito positivo em geral constituem a estrutura dialogal de sistemas sociais e, por via de consequência, a pena deve ser concebida como um processo de diálogo entre o Estado e o condenado (32).

Esta dimensão do problema leva à convicção segundo a qual a pena cumpre uma importante função social quando oferece alternativas ao comportamento criminal através da criação de possibilidades de participação como um processo de contínua interação entre o delinqüente e o Estado: entre o delinqüente e a comunidade. Em tal sentido, MIR PUIG adverte que o condenado não pode ser tratado como *puro objeto* de um processo de condução do Estado Social, porém como *verdadeiro sujeito* de um processo de regulação e aprendizagem, o qual deve tender não só à adaptação das normas dominantes, como também a elaborar, num processo de interdependência, alternativas para o comportamento criminal e, com ele, a participação nas relações sociais (33).

A Constituição deverá, portanto, declarar o sentido utilitário e programático das penas e das medidas de segurança. A necessidade de se proclamar o processo de diálogo entre o condenado ou o internado e a sociedade, além do Estado, tem já uma forte carga dogmática e um ponto de partida através da lei ordinária. Com efeito, dispõe o art. 4º da Lei de Execução Penal que o Estado “deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

I — A humanidade das sanções

O princípio de humanidade das sanções penais, particularmente quando se trate da execução da pena privativa de liberdade, está expressamente indicado pela Constituição (art. 153, § 14). Mas o princípio deve também abarcar os quadros da cominação (proscrição da pena de morte, de prisão perpétua e outras penas cruéis ou infamantes) e da aplicação, quando o juiz leva em conta os índices legais (CP, art. 59; CPP, arts. 387 e ss.) para impor a medida penal adequada sem perder de vista o sentido humanitário de sua decisão.

A Constituição italiana declara enfaticamente que “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” (art. 27, nº 2).

(32) Referido por SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 86.

(33) Ob. e loc. citis.

Entre nós, a futura Carta deverá indicar expressamente tal princípio válido não somente para as penas como também para as medidas de segurança.

A tragédia dos manicômios judiciários tem sido escrita com tintas muito vivas ⁽³⁴⁾ conduzindo o legislador de 1984 a dedicar um dispositivo sobre os direitos do internado (CP, art. 99).

Um sistema democrático de Direito Penal rejeita a pena de morte por reconhecê-la incompatível com o Estado de direito. A sanção capital é uma *contradição* insanável com a garantia de proteção da vida que as disposições frontais das Constituições consagram. O *homicídio legal* é uma das penas cruéis e infamantes. É cruel porque o ritual do suplício é tormentoso para o condenado, seus parentes e pessoas de suas relações, envolvendo frequentemente o sentimento de misericórdia para com a vitimização do procedimento de execução, o que contradiz o sentido do justo que deve ser imanente às penas racionais e humanas. É infamante porque não admite o eventual resgate do conceito moral e social do condenado que, assassinado pelo Estado, não tem condições de legar aos seus descendentes a memória de reversão à honestidade. É também infamante porque atinge o delinqüente em seu patrimônio *dell'onore*, conforme a clássica lição de CARRARA ao distinguir as situações de *infâmia de fato* (ou resultante da opinião), da chamada *infâmia de direito* (ou decorrente da lei) segundo "disonore s'infligge o *ex iudicio hominum*, o *ex legis sanctione*" ⁽³⁵⁾.

A Constituição brasileira deve abolir a pena de morte mesmo para as hipóteses da legislação penal militar em tempo de guerra. Neste passo, a Carta política de Portugal é muito eloqüente quando garante o direito à vida:

"A vida humana é inviolável. Em caso algum haverá pena de morte" (art. 24, n.ºs 1 e 2).

Na expressiva lição de BARBERO SANTOS, a sociedade, no termo de um processo ordinário, não pode dispor da vida de um homem sob o pretexto de sua culpabilidade. O direito à vida é absoluto e a pena de morte constitui uma das formas de menosprezo da vida humana ⁽³⁶⁾.

Uma "amarga história" sobre a execução da pena capital foi narrada por GARCIA MARQUES em 12 de maio de 1982 nas páginas de um jornal espanhol. Era a história verdadeira de um prisioneiro republicano fuzilado nos primeiros dias da guerra civil. O pelotão

(34) Por todos, PERCIVAL DE SOUZA, *A Revolução dos Loucos*, São Paulo, 1980.

(35) *Programma del Diritto Criminale*, parte geral, Florença, 1924, v. 2, §§ 683 e 684, p. 64.

(36) *Pena Capital y Estado Democrático*, Madri, 1984, p. 11.

de fuzilamento o arrancou de sua cela numa prisão de Ávila numa manhã glacial de inverno e o conduziu a pé através de um campo nevado para o local da execução. Os guardas civis estavam bem protegidos do frio com suas capas, luvas e outros agasalhos e ainda assim tiritavam no terreno gelado. O pobre prisioneiro, que somente trazia uma jaqueta de lã desfiada, não fazia mais que massagear o corpo quase petrificado enquanto se lamentava, em altas vozes, do frio mortal. Em certo momento, o comandante do pelotão, irritado com aqueles lamentos, gritou:

“Coño, acaba ya de hacerte el martir con el cabrón del frío. Piensa en nosotros que tenemos que regresar” (37).

Igualmente atentatória à dignidade humana é a pena de prisão perpétua. Todas as *sanções permanentes* devem ser proscritas dos ordenamentos jurídico-penais comprometidos com a defesa dos valores do homem.

Se a culpa é o fundamento e o limite da pena, a prisão eterna não se poderá fundar na culpabilidade posto ser inconciliável ao sentido espiritual do ser humano uma culpa irremissível, ou seja, uma culpa “para todo o sempre”. O caráter marcadamente preventivo da reclusão perpétua a coloca como uma medida de segurança atípica, fundada na periculosidade “infinita” do agente.

Conforme acentua TÓRIO LOPEZ, a reclusão perpétua contém tacitamente a prescrição de que o seu destinatário é incapaz de um projeto existencial do qual o delito esteja ausente. Para o mencionado escritor, a matéria antropológica de tal reação é a consideração do delinqüente como um *ser não aberto ao mundo* e cujo aparato instintivo biológico demonstraria uma periculosidade permanente.

“Podría decirse que la reclusión perpetua es la verdadera zoología de la represión” (38).

A destruição da vida humana e a supressão eterna da liberdade negam, aprioristicamente, o valor do homem como esperança de redenção e caracterizam reações desproporcionais ao delito, convertendo a pena em instrumento de terror. E consoante a lição de BERTOL “se è vero che il diritto penale comincia là dove il terrore finisce, è vero pure che il regno del terrore non è solo quello dove manca una legge ed impera l’arbitrio, ma anche quello dove essa supera i limiti della proporzione, nell’intento di fermare la mano ai delinquenti” (39).

(37) Narrada por MARINO BARBERO SANTOS, ob. cit., p. 19.

(38) ANGEL TÓRIO LOPEZ. “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, em *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*. Bilbao, 1983, p. 97.

(39) “Il problema della pena”, em *Scritti giuridici*, Pádua, 1966, t. 2, p. 705.

A redação atual de nossa Constituição, ao declarar que não haverá pena de prisão perpétua (art. 153, § 11) é deficiente e não obsta a que a lei ordinária ofenda o princípio.

Na vigência do Código Penal de 1940, a regra de que a duração das penas privativas de liberdade não poderia, em caso algum, ser superior a trinta anos (art. 55), admitia a consagração da prisão perpétua por não tolerar o livramento condicional e as transferências de regime em função da pena unificada.

Com a redação do § 1º do art. 75 do Código Penal, introduzido pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, outra é a orientação. Diz o preceito que "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 deste artigo".

Em São Paulo, o 6º Congresso Nacional do Ministério Público aprovou conclusões sugeridas pelo Procurador Damásio de Jesús no sentido de que, no concurso de penas privativas de liberdade, cuja soma seja superior a trinta anos, a consideração dos requisitos objetivos de certos institutos, como o indulto, a remição, o livramento condicional etc., deve ser feita em face do total da pena efetivamente imposta e não sobre o *quantum* unificado do art. 75 do Código Penal; a denominada unificação dos trinta anos é mera expectativa de direito do condenado que somente poderá requerer um provimento jurisdicional a respeito quando ocorrerem as condições previstas em lei (40).

5 — A revisão do elenco de infrações

O repertório dos ilícitos penais estabelecido pelo Código de 1940 e as leis posteriores — notadamente na década de 60 — não mais reflete adequadamente todos os interesses e os anseios da comunidade. Abstração feita aos *crimes fundamentais* (contra a pessoa, o patrimônio, os costumes, a família, a incolumidade e a paz pública, a fé pública e a administração), previstos pelo Código Penal e leis especiais (definindo ilícitos eleitorais, econômicos, tributários, políticos etc.), existe uma vasta gama de infrações meramente formais. Há necessidade de se promover um processo de *descriminalização*; isto é, abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal (41).

Em trabalho específico, já sustentei que a descriminalização, como projeto de revisão do elenco das infrações, reverterá em favor

(40) Em MAURICIO KUEHNE, "Limite das penas", artigo publicado em *O Estado de S. Paulo*, 21-7-1985.

(41) Sobre o tema, HULSMAN, "Descriminalização" em *Revista de Direito Penal*, n.º 9/10 de 1973, pp. 7 e ss.

de uma importante etapa de aprimoramento do direito positivo. A *inflação legislativa*, amplamente denunciada, não pode ser objeto de fantástica e monumental *consolidação*, pelas manifestas inconveniências que tal empreitada acarretaria. “Também o *custo* do crime é um dos aspectos relevantes do problema. Com efeito, nenhuma iniciativa para desburocratizar a justiça criminal poderá ter bons resultados se não houver, previamente, a declaração da irrelevância penal de muitos comportamentos” (42).

Se a descriminalização, a destipificação ou a despenalização traduzem-se em movimentos tendentes a reduzir a inflação legislativa e a depurar o ordenamento positivo de certas “excrescências morais ou políticas”, a criminalização revela o empenho social de enfrentar determinadas formas de lesão que não sofrem adequado combate através do Direito Penal ou são indiferentes a ele.

Os atentados contra o ambiente e a qualidade de vida; contra a economia nacional e popular; contra a memória nacional; contra as liberdades públicas, os direitos e as garantias individuais, merecem disciplina penal rigorosa para atender os anseios de um *novo tempo* de justiça.

Na oportunidade do 2º Encontro Preparatório ao VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (Curitiba, 1978), o plenário aprovou as conclusões do Relatório no qual se destaca que a descriminalização e a criminalização constituem tendências atuais para a reforma do Direito Penal em vários setores, objetivando melhores resultados da justiça criminal. Para avaliar os problemas suscitados pelos movimentos de descriminalização e criminalização, reconheceu-se a conveniência de se designar, no Congresso Nacional, subcomissões das comissões de Constituição e Justiça com a finalidade de promover, entre outras, as investigações concernentes a:

“1ª) dados estatísticos; 2ª) fundamentos e hipóteses de descriminalização; 3ª) fundamentos e hipóteses de criminalização; 4ª) necessidade ou conveniência de se unificar e consolidar a legislação penal complementar” (43).

A sugestão constitucional para os processos legais-sociais da descriminalização e da criminalização deve partir da melhor indicação dos bens jurídicos tutelados. Com efeito, o atual Capítulo relativo aos direitos e às garantias individuais destaca somente

(42) RENÉ ARIEL DOTTI. “Descriminalização e criminalização”, Relatório ao 2.º Encontro Preparatório do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (Curitiba, set. 1978). *Revista dos Tribunais*, 522/275 e ss.

(43) RENÉ ARIEL DOTTI, *Relatório*, cit. RT, 522/302.

a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade (art. 153) como as expressões da personalidade e da defesa do homem. Nas Cartas anteriores, a redação era praticamente a mesma (44).

Uma nova Constituição deve ter em seu primeiro artigo no Capítulo dos direitos, das liberdades e das garantias, uma especificação mais adequada e extensa dos valores e dos bens jurídicos respeitantes à vida, à integridade pessoal e outros direitos do mesmo gênero, à liberdade e à segurança, à paz pública e às liberdades cívicas (45), além da indicação referente ao patrimônio.

6 — *Sistemas de garantia*

As bases constitucionais de um Direito Penal democrático não podem prescindir de um sistema de garantias que permita não somente a elaboração formal do direito como também a sua sustentação legítima e eficiente.

A propósito desta perspectiva do problema, deve-se primeiramente aludir à legitimidade da Assembléia Nacional Constituinte em toda a sua compreensão. Desde a liberdade da participação coletiva na elaboração e defesa das propostas até a composição da Constituinte por pessoas representativas de setores da vida civil, independentemente do mandato parlamentar.

Sob um ângulo material, a revisão dos tipos penais de ilicitude depende da efetivação de direitos sociais e econômicos que possam mitigar as distorções encontradas em amplos domínios da comunidade. É necessário, também, reduzir as dramáticas consequências da marginalização social e a opressão das minorias.

A propósito do conceito de *minorias*, válido para as generosas teses de reivindicação de liberdades, direitos e garantias, NILO BATISTA sustenta que ele não deve ser procurado pelos advogados tão-só na idéia de minoria política do Direito Constitucional, precisamente vinculado à representação.

“As ‘minorias’ se definem principalmente através da perspectiva da *cidadania*, enquanto grupos objetivamente excluídos de participação ou influência nos centros políticos que controlam o poder e o exprimem através de processos de dominação social” (46).

(44) CF de 1967, art. 150; CF de 1946, art. 141; CF de 1937, art. 122; CF de 1934, art. 113; CF de 1891, art. 72 e Constituição Imperial, art. 179.

(45) Sobre a relação dos vários delitos no campo das liberdades públicas, ver, LUIS RODRIGUEZ RAMOS, *Liberdades cívicas y Derecho Penal*, Madrid, 1975.

(46) *Minorias e Democratização*, cit., pp. 14, 15.

Para melhor proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, há necessidade não apenas de sua declaração formal, como também da provisão de normas e mecanismos que a tornem efetiva.

Os preceitos referentes às liberdades públicas, aos direitos e às garantias individuais devem ser interpretados e aplicados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os tratados e as convenções sobre tais matérias, ratificados pelo Brasil. Este é o caminho indicado pelas Cartas políticas de Portugal (art. 16, n^o 2) e da Espanha (art. 10, n^o 2).

Mas, além da atenuação das carências sociais econômicas, políticas e culturais, a efetivação de um Direito Penal realmente democrático depende da boa qualidade do processo penal. Não se pode ignorar a importância e o funcionamento do Direito Processual Penal que não deve ser considerado sob a ótica estreita de uma disciplina afim. Na expressiva linguagem de FIGUEIREDO DIAS, as conexões entre as duas ciências envolvem, sob diversos pontos de vista, uma relação de *complementaridade funcional* que permite concebê-las como participantes da mesma unidade (47).

É justamente através do processo que o Direito Penal mostra a sua grandeza e revela as suas misérias. A dignidade e o relevo humano e social das normas materiais serão exaltadas ou lamentadas em razão de seu concreto funcionamento.

Um dos graves inconvenientes do descompasso entre o progresso dos conceitos formais do Direito Penal e a debilidade das infra-estruturas do processo, reside na distância profunda entre o acusado e o juiz. Na candente reação de MARCO DEL PONT "la justicia del crimen es administrada en forma tal, que el juez no conoce la mayoría de las veces al acusado a quien condena o absuelve, y ésto, ni en los casos más graves" (48).

A revisão de muitos princípios e regras até agora conservados com zelo arqueológico pelas instâncias formais de controle da criminalidade (polícia, tribunais etc.), deve acompanhar as modificações urgentes que pressionam as várias categorias comunitárias responsáveis pelo controle informal (família, grupos sociais, escola etc.).

A crise da administração da justiça criminal foi posta em termos contundentes por MANZANERA ao se referir aos "códigos procesales llenos de barroquismos y actuaciones inútiles, los

(47) *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, v. I, p. 28.

(48) *Penalogia y Sistemas Carcelarios*, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 178.

órgãos de justiça burocratizados, la policía impreparada e descoordenada, las instituciones de pena superpobladas e ineficaces, todo coopera para esta crisis general de la justicia penal" (49).

A superação de fórmulas burocráticas de natureza tormentosa para as partes, as testemunhas e o magistrado, além de outros participantes do processo, é um dos primeiros passos para dignificar o trabalho de investigação, depurando os obstáculos humanos e materiais para o melhor exercício da jurisdição. Afinal e ao cabo de tudo é preciso que o processo penal, no dizer de ADA PELLEGRINI GRINOVER, "seja construído como um aperfeiçoado instrumento de garantia e de justiça, para o indivíduo e para a sociedade, sem jamais perder de vista as razões do homem" (50).

Finalmente, toda a expectativa assinalada para a existência e o funcionamento de um Direito Penal de feição democrática se frustra quando a execução das penas e das medidas de segurança é promovida à margem da legalidade e em holocausto de outros princípios fundamentais que devem presidir os atos do procedimento.

Com incontestável autoridade intelectual e profunda honestidade científica, HILDE KAUFMANN acentua que a tendência humanizadora na execução das reações penais não põe em perigo a ordem e a segurança pública (51).

Não obstante a existência de uma lei específica para regular os problemas da execução — após meio século de esperança na positivação do direito de execução penal —, a futura Constituição deverá ser bastante explícita quanto aos princípios básicos, a partir da legalidade e da garantia segundo a qual ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela condenação.

O estado das prisões em nosso País continua tão grave que o próximo legislador constitucional bem poderá socorrer-se da fórmula utilizada pelos constituintes de 1824 e repetir uma das regras fundamentais:

"As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes" (art. 179, § 21).

(49) "La descriminalización", artigo divulgado na *Revista Mexicana de Criminología*, México, nº 1 de 1978, p. 154.

(50) *Liberdades Públicas e Processo Penal — As Interceptações Telefônicas*, São Paulo, 1976, p. 68.

(51) *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, Buenos Aires, 1977, p. 14.

Os direitos econômicos, sociais e culturais e o direito brasileiro

ALMIR DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade
de Direito da UFJF

1. Dos direitos individuais aos direitos sociais

As constantes mudanças, pelas quais vem passando a sociedade humana no curso de seu desenvolvimento, exprimem-se principalmente, e de modo formal, nas instituições que a regem.

Dentre essas instituições, o direito, cujo aspecto positivo deve corresponder à média das aspirações comuns e aos preceitos do direito natural, fonte inesgotável das normas.

O direito, nos últimos dois séculos, vem experimentando mudanças que não decorrem apenas das variações conjunturais da sociedade, mas, também, da influência dos sistemas filosóficos. Doutrinas e conjunturas têm levado, sobretudo neste século, a um processo de internacionalização do direito, conseqüência irrecusável da intensificação das relações que se estabelecem entre os povos para além de suas fronteiras nacionais. Este fenômeno vem-se acentuando mais nitidamente após a Segunda Guerra Mundial, quando a organização de entidades internacionais, congregando os povos para objetivos comuns, provocam a aceleração desse processo de internacionalização das normas e dos princípios de direito, que interessam fundamentalmente a toda a humanidade e não apenas a grupos nacionais. Sem que se chegue a uma completa padronização normativa, aliás incompatível com as muitas diferenças culturais, que identificam os diferentes povos, vem ocorrendo, no entanto, o estabelecimento de regras básicas comuns em vários campos do direito positivo, com o fim de facilitar-se o melhor relacionamento entre as diversas nações da terra. Por outro lado, isto vem ocorrendo ao impulso do desejo de dar a todas as gentes, indistintamente, sistemas jurídicos realmente lastreados no respeito à dignidade fundamental da pessoa humana.

A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos com seu Protocolo Facultativo — produtos do esforço da Organização das Nações Unidas, no sentido da maior aproximação dos povos e da humanização da ordem jurídica — são, entre outros, documentos expressivos

dessa marcha evolutiva do direito, tanto no campo doutrinário quanto no normativo.

É do primeiro desses Pactos e de suas relações com o direito brasileiro que me cumpre falar aqui neste Ciclo de Estudos sobre Atualidades e Tendências do Direito Brasileiro.

Antes, uma breve informação sobre esse importante documento.

Em março de 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, durante sua sexta reunião, elaborou um projeto de Pacto de Direitos Humanos. Tinha por objetivo, conforme consta do relatório de seu Presidente — o jurista libanês Dr. Charles Malik — o seguinte:

a) definir, “dentro de um alto grau de precisão jurídica, ao menos alguns dos direitos proclamados na Declaração”;

b) incluir “certas disposições de caráter internacional dirigidas ao estímulo de tais direitos, ou à vigilância de seu cumprimento dentro dos Estados contratantes”;

c) estar “aberto à assinatura e ratificação de todos os Estados-Membros de modo que os que a ele aderirem se sintam legalmente obrigados por seus termos”.

Durante o exame da matéria, a Comissão entendeu ser melhor elaborarem-se dois pactos em vez de um. E, concluída sua tarefa, os projetos foram remetidos à Assembléia Geral, que os aprovou em 16 de dezembro de 1966. Como se vê, um demorado trabalho de dezesseis anos, durante o qual tiveram que ser vencidos ou contornados óbices de natureza cultural, religiosa e ideológica dos diversos povos ali representados. Só na Assembléia Geral, os projetos demoraram onze anos.

Em janeiro de 1976, os dois Pactos entraram em vigor, e, em março, o Protocolo Facultativo. Haviam recebido as ratificações necessárias para isso.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, expressa a preocupação das Nações Unidas com essas categorias de direitos básicos da pessoa humana, aliás, já revelada na própria Carta da Organização, quando nela se inseriram vários dispositivos que tratam da cooperação econômica internacional (Cap. IX), criando para isto um órgão próprio — o Conselho Econômico Social (Cap. X). Essa preocupação refletiu o estado de espírito de toda a humanidade, mostrou a grande relevância que passaram a ter, em todo o mundo, os problemas de ordem econômica, social e cultural, e revelou a tendência universal do direito para a fixação de princípios e normas, destinadas à disciplina das relações que se estabelecem nas esferas desses problemas, diferentemente do que ocorreu durante o predomínio do pensamento liberal.

Até o alvorecer deste século, a preocupação dos juristas e dos políticos limitava-se aos direitos individuais, caracterizados estes

como civis e políticos, enquanto os direitos econômicos tinham um tratamento nitidamente individualista. Tal situação procedia, como é sabido, das doutrinas liberais de procedência inglesa, difundidas mais amplamente após a Revolução francesa. Mas, já no princípio deste século, o liberalismo político e econômico havia esgotado suas possibilidades de realizar uma sociedade equilibrada e justa. A situação opressiva, a que foram submetidas as classes trabalhadoras, tornou-as reivindicadoras por meio de numerosos movimentos, estimuladas, muitas vezes, por pensadores que vão de ROBERT OWEN a KARL MARX e pelas manifestações da Igreja Católica, a partir do Papa Leão XIII.

As soluções encontradas, logo após a Primeira Guerra Mundial, para os problemas criados pelo liberalismo, consistiram em dois tipos de regimes políticos fortemente opressivos: o fascismo e o socialismo soviético. Ambos, negadores das liberdades individuais: o primeiro, sob a invocação da supremacia do Estado; o segundo, da supremacia da coletividade. De permissão, o regime resultante da Constituição alemã de 1919, que procurava um Estado social democrático, no qual às liberdades individuais de caráter civil e político se juntariam as de caráter econômico, social e cultural.

Procura-se, ainda hoje, com o desenvolvimento desse Estado social democrático, expresso em várias Constituições dos nossos dias, a realização de uma sociedade justa.

É na busca desse tipo de sociedade que o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nos coloca. Procura-se a conciliação do extremo liberalismo com o extremo coletivismo e com as faculdades que o Estado deve ter como agente coordenador da vida social. Resulta isso de uma nova conceituação do homem como ser individual e social, da sociedade como organismo composto de seres livres e do Estado como instrumento de realização do bem comum.

O Pacto contém um elenco de direitos básicos, que se devem assegurar à pessoa humana e se situam nos planos econômico, social e cultural. Podem resumir-se assim esses direitos: o de trabalhar, o de escolher livremente a profissão, o de ter condições justas e favoráveis de trabalho, o de estar protegido contra o desemprego, o de ter descanso remunerado, horas limitadas de trabalho, férias anuais remuneradas, o de ter nível de vida adequado assegurado por alimentação suficiente, vestimenta e moradia compatíveis com a dignidade da pessoa, o de ter serviços médicos e sociais, o de ter previdência social, assistência especial à mãe e ao menor que desempenhem trabalho para fins econômicos, e, por fim, o de receber educação e participar livremente da vida cultural da comunidade.

Cumpra-se, agora, se o direito brasileiro tende a corresponder aos preceitos do Pacto, se a eles se ajusta de algum modo, se está aquém ou além do que ali se estipula.

Antes, porém, devemos estar advertidos de que o Brasil não é sequer signatário desse importante documento internacional, concluído num momento em que nosso País acabava de entrar em aguda crise institucional, às vésperas de substituir por outra a Constituição de 1946. Assim, este estudo é meramente comparativo, sem a idéia da necessária vinculação do direito brasileiro ao Pacto. Trata-se de saber, apenas, se o direito brasileiro está ou não atualizado em relação ao que se pretende no plano internacional.

Vejamos, direito por direito, em face ao Pacto, quais os que nosso sistema jurídico assegura.

2. Direito ao trabalho

Proclama o Pacto o **direito de trabalhar**, dispondo que isso importa o “de toda pessoa ter oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido e aceito”. Para tornar efetivo este direito, é obrigação do Estado adotar medidas destinadas à “orientação e formação técnico-profissional, a preparação de programas, normas e técnicas encaminhados à consecução de constante desenvolvimento econômico, social e cultural e à ocupação plena e produtiva, em condições que assegurem as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana” (art. 6º).

O direito ao trabalho foi mencionado na legislação brasileira, pela primeira vez, na Constituição do Império, de 1824, que o fez de modo característico do liberalismo então recém-chegado:

“Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos” (art. 179, XXIV).

Entenda-se cultura, no texto, como cultivo agrícola. Assegurava-se o desempenho de trabalho útil, não pernicioso, impedindo-se simplesmente a proibição legal de seu exercício. Era o bastante. A legislação pertinente a isso era a civil e comercial. As leis civis dispunham sobre a locação de serviços em geral. A comercial dispunha sobre algumas profissões, como as dos corretores, agentes de leilões, feitores, guarda-livros, caixeiros, trapicheiros e administradores de armazéns de depósitos. À parte estas e as relativas aos profissionais do comércio marítimo — capitães, mestres, pilotos e contramestres — o que não era proibido era permitido. As profissões que não envolvessem a contratação de trabalho alheio eram livres até mesmo de regulamentação. O Estado não interferia para maior segurança do direito de trabalhar. Dava-se por satisfeito de assegurar a liberdade de fazê-lo.

A República não foi mais longe. Sua fonte doutrinária era a mesma: o liberalismo pleno. A Constituição de 1891, ao contrário do

que afirmou PONTES DE MIRANDA, ao comentar as de 1946 e 1967, não foi omissa nesta matéria. Repetiu, com outros termos, a de 1824:

“É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial” (art. 72, § 24).

Garantia o exercício, o livre exercício. Continuariam em vigor os preceitos da legislação civil e comercial: um mínimo de disciplina para as relações entre o tomador e o prestador de mão-de-obra. E regulamento para umas poucas atividades no comércio terrestre e no marítimo. O advento do Código Civil em 1916 não modificou essa posição do direito brasileiro. Nem a reforma constitucional de 1926. É expressivo desse espírito o veto apostado pelo Vice-Presidente da República — Manuel Victorino —, no exercício da Presidência, no projeto de lei sobre locação agrícola de Moraes e Barros:

“Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade e a atividade individual nas suas mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício das profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo artigo 73, § 24, da Constituição.”

Dizia mais:

“O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples expectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as conseqüências dos contratos livremente realizados”.

Era este o sentido da letra constitucional, o espírito da primeira República: livre exercício e livre contrato.

A Constituição de 1934, que inaugurou a fase do Estado social no Brasil, dispôs:

“É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras, que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público” (art. 113, nº 13).

Ainda não era a proclamação do direito ao trabalho. Repetia-se 1891: livre exercício profissional com a previsão de condições legais relacionadas apenas à capacidade técnica. Completando o disposto no artigo 113, determinou o 121 a “regulamentação do exercício de todas as profissões” (alínea i). Isto não foi repetido nas Constituições seguintes. Mas, a legislação ordinária vem dando aplicação ao preceito, embora afastado do direito constitucional. Esse mesmo artigo 121 (caput) previa “condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador”, mas não aludia ao direito ao trabalho, a respeito do qual estabeleceu uma tábua de regras para a legislação específica a ser promulgada por força da própria Constituição. As leis que se seguiram procuraram proteger o trabalho, mas não disseram de um direito a ele.

A Carta de 1937 definiu o trabalho não como um direito, mas, como “um dever social” e como “um bem que é dever do Estado proteger” (art. 136). Em vez de um “direito ao trabalho”, o “dever do trabalho”. Em vez de um direito a assegurar, um bem a proteger. Autoritária, impunha um dever. Paternalista, mandava proteger um bem...

A Constituição de 1946 voltou à fórmula das de 1891 e 1934: “É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (art. 141, § 14), fórmula que se encontra igualmente na Carta de 1937, com ligeira mudança de redação (art. 122, nº 8). A regra continuou na Constituição de 1967 (art. 150, § 23), perdurando com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nos mesmos termos: a liberdade de exercício profissional, observadas as condições legais de capacidade técnica (art. 153, § 23). O Código Penal, na linha doutrinária de proteção do exercício de profissão, trata como delito “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça”, “a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias” (art. 197, I). Coerente com a Carta de 1937, protegia um bem.

Em nenhum momento, a legislação brasileira, constitucional ou ordinária, proclamou expressamente o trabalho como um direito. Mas, declarando livre o exercício de qualquer profissão, buscando, mais recentemente, regulamentar para proteger expressivo número delas, colocando-as sob a égide da lei penal — se não declara o trabalho um direito, sugere que o tenhamos como tal.

3. Orientação e formação profissional

O Pacto dispõe que é obrigação do Estado adotar medidas destinadas à orientação e formação técnico-profissional. Disto não cuidaram as Constituições brasileiras antes da de 1946, que o fez no artigo 168, IV. As leis ordinárias, no entanto, têm procurado atender a esta obrigação do Estado moderno. Já em 1942, pelo Decreto-Lei nº 4.084, de 22 de janeiro, era criado o SENAI — Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, e, em 1946, pelo Decreto-Lei nº 8.621, de 10 de janeiro, criava-se o SENAC — Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, um e outro, entidades paraestatais mantidas pela contribuição obrigatória do empresariado respectivo.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a obrigação de dar-se aos menores o devido preparo profissional, disciplinando o regime do trabalhador aprendiz, tudo submetido ao controle do Ministério do Trabalho (arts. 424 a 433). Legislação complementar vem procurando tornar efetivo o disposto nas leis referidas.

A Constituição vigente, com a Emenda de 1969, impõe a empresas industriais, comerciais e agrícolas a obrigação de manter o en-

sino primário gratuito dos seus empregados e dos filhos destes entre sete e catorze anos, ou a contribuir especificamente para a manutenção desse ensino mediante o que denomina salário-educação (art. 178). E impõe às empresas comerciais e industriais assegurar condições de aprendizagem aos trabalhadores menores, seus empregados, e promover o preparo de seu pessoal qualificado (parágrafo único desse artigo). A Lei nº 4.924, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, em 20 de dezembro de 1961, manda que empresas públicas e privadas mantenham, "em cooperação, aprendizagem de ofícios e técnicas de trabalho aos menores seus empregados" (art. 51). E a Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, que dispõe sobre o trabalhador rural, obriga empresas rurais, que tenham a seu serviço, ou trabalhando em seus limites, mais de cinquenta famílias a manter o ensino primário gratuito para os filhos dessas famílias (art. 16).

4. Livre exercício da profissão

O mesmo artigo 6º do Pacto estatui o direito à livre escolha e aceitação do trabalho. Isto tem sido reiteradamente proclamado pelo direito brasileiro, desde a Constituição de 1824, até a que se acha em vigor. A legislação ordinária, depois de 1930 principalmente, tem procurado estabelecer condições para o exercício de determinadas profissões, a começar pelas liberais, para as quais exige capacitação especial em cursos de nível superior. Esta exigência tornou-se constitucional a partir da Constituição de 1946 (art. 161). Antes, porém, já se legislara a respeito. Exemplo típico de profissão submetida a condições meticulosas para seu exercício é a advocacia. Desde 1930, está sujeita à prévia inscrição do profissional na Ordem dos Advogados do Brasil, definida pelo Decreto nº 19.408 como "órgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados" (art. 17). Seguiu-se variada legislação, procurando cercar a advocacia de regras protetoras, ao mesmo tempo que se estabeleceram, como em nenhuma outra profissão, normas que impedem certas pessoas, ainda que graduadas em direito e inscritas na Ordem, de exercer a advocacia (arts. 82 a 86 da Lei nº 4.215, de 27-4-1963). Atualmente, todas as profissões que requerem conhecimentos técnico-científicos para seu desempenho estão sujeitas a essa capacitação prévia e a um controle por órgãos legalmente instituídos para isto: são os Conselhos de Medicina, de Engenharia e Arquitetura, de Odontologia, de Farmácia etc. E hoje não só as profissões liberais reclamam regulamentos específicos. A tendência do direito brasileiro é submeter a tais regulamentos cada profissão que assuma certa importância econômica e social, o que acontece geralmente por pressão dos próprios profissionais, que visam a evitar a concorrência amadorística prejudicial aos que se dedicam efetivamente ao exercício constante de certa atividade profissional, fazendo dela meio de subsistência. A regulamentação, ao contrário do que pensavam os liberais, não implica violação da regra da liberdade de escolha e de exercício. A escolha continua inteiramente livre,

mas, ao escolher, a pessoa deverá atender a algumas condições estabelecidas pela lei para a segurança da sociedade e para a tranquilidade dos profissionais. Daí o grande interesse que hoje se manifesta pela regulamentação profissional.

5. Salário mínimo

O artigo 7º do Pacto estabelece como direito “uma remuneração que proporcione como mínimo a todos os trabalhadores” “condições de existência digna”. O salário mínimo foi introduzido no Brasil, como direito do trabalhador, pela Constituição de 1934: “salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador” (art. 121, § 1º, b). Mas, só em 1936 é que pela Lei nº 185, veio a ser regulamentado o preceito constitucional. A própria lei, no entanto, ficou na dependência de regulamentação. E esta só veio em 1938 pelo Decreto nº 399, de 30 de abril. Mas, o gozo efetivo desse direito só foi possível ao trabalhador brasileiro a partir de 1940, quando passou a vigorar a primeira tabela, baixada pelo Decreto-Lei nº 2.162, de 1º de maio. Hoje a matéria está inteiramente disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 76 a 126), que vem passando por várias modificações, também neste particular.

A Constituição de 1934, como se viu, aludia a um salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador. A de 1946 introduziu uma expressão: “e de sua família”. A de 1967 conservou o texto, que a Emenda de 1969 não alterou. Assim, constitucionalmente, o salário mínimo não tem caráter individual mas familiar. Tem caráter de universalidade em cada região, isto é, abrange, em cada uma, todas as categorias profissionais, sem distinção. É o que os trabalhistas denominam salário suficiência em oposição ao salário profissional. Algumas categorias profissionais já conseguiram um salário mínimo para suas categorias, os médicos, os cirurgiões-dentistas e os engenheiros (Leis nºs 3.999/61 e 4.950/66). Diferenciações salariais para categorias têm sido obtidas por meio de dissídios ou de contratos coletivos de trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho, apesar do disposto na Constituição, não assegura ao trabalhador o salário mínimo familiar. Mantém-se com a redação anterior à Carta de 1946.

Sabemos que há indiscutível disparidade entre o que dispõe a Constituição e o que se pratica na realidade em relação ao salário mínimo. Este jamais correspondeu sequer, “às necessidades normais do trabalhador e de sua família”. Muito menos às “necessidades normais do trabalhador” individualmente considerado. E cada dia que passa, essa disparidade se acentua. Nos últimos vinte anos, o Estado brasileiro transformou-se no principal empregador do País. Afirma-se que detém setenta por cento das empresas nacionais. São sociedades de economia mista, empresas públicas e serviços públicos em que grande parte dos servidores é admitida sob o regime trabalhista. Este

fato tornou o Estado brasileiro interessado na manipulação da política salarial não em benefício do trabalhador, mas, no do Estado-Empresário. Como todo capitalista, o Estado está muito interessado em equilibrar seu orçamento, de suas empresas e de suas autarquias. E, à falta de expediente melhor, reduz os salários de seus servidores, exceto, é sabido, os dos escalões mais altos.

O que manda a Constituição é uma coisa. O que se pratica...

6. Isonomia salarial

“Um salário equitativo e igual por trabalho de igual valor” é a obrigação que decorre para o signatário do Pacto, “sem distinção de nenhuma espécie” (art. 7º, a, i). É o que, na linguagem do direito trabalhista se denomina isonomia salarial, ou equiparação salarial.

A regra foi introduzida no direito brasileiro pelo Decreto nº 20.261, de 29 de julho de 1931. Visava a proteger o trabalhador nacional contra a discriminação de empresas estrangeiras, que pagavam menos a seus empregados brasileiros que aos de sua nacionalidade, por um mesmo trabalho. A Constituição de 1934 consagrou a equiparação, estabelecendo a “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (art. 121, § 1º, a). A Carta de 1937 foi omissa a respeito. A Constituição de 1946 restabeleceu a regra nos mesmos termos da de 1934 (art. 157, II). A de 1967 veio com redação pior, referindo-se apenas a sexo, cor e estado civil (art. 158, III), redação que a Emenda de 1969 manteve (art. 165, III). Deixou-se o trabalhador nacional a descoberto da proteção, ensejando a inferiorização salarial do brasileiro empregado de empresa estrangeira. E, como não prevê a equiparação sem distinção de idade, passou a permitir a inferiorização salarial para o menor, ainda que faça trabalho de igual valor para o mesmo empregador. A Consolidação das Leis do Trabalho usa linguagem ainda mais restritiva do que o pretendido como critério de justiça, pelo que não condiz com o texto do Pacto: seu artigo 5º estabelece a igualdade de salário por trabalho de igual valor, proibindo a desigualdade apenas por motivo de sexo: e o artigo 461 proíbe-a por motivo de sexo, nacionalidade e idade. Não está proibido estabelecer diferença salarial por motivo de raça, idioma, religião, opinião política, origem social, posição econômica, ou nascimento. É o que decorre desses dispositivos constitucionais e legais. O que salva a situação é o preceito de ordem geral, contido no § 1º do artigo 153: todos são iguais perante a lei, que, por sua redação discriminativa, também deixa sem a proteção do princípio isonômico a nacionalidade, a origem social, a posição econômica e o nascimento...

A Consolidação das Leis do Trabalho admite a diferença salarial, embora o trabalho tenha o mesmo valor, se houver entre os trabalhadores diferença de tempo de serviço superior a dois anos na mesma

função, ou se a empresa tiver seu pessoal organizado em quadro de carreira. Neste segundo caso, a heteronomia salarial é permitida por motivo de antiguidade na categoria, ou de merecimento apurado segundo o regulamento da empresa, que deve ser aprovado pelo Ministério do Trabalho (Portaria nº 5/79 do MT).

O trabalho de igual valor é definido como aquele “feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica”.

Pelo que se vê, o direito brasileiro, quanto ao problema da isonomia salarial, deixa a desejar, principalmente se levarmos em conta apenas a Constituição e a legislação ordinária. A jurisprudência dos Tribunais, no entanto, vem corrigindo essa deficiência, dando ao preceito toda sua amplitude.

7. Segurança e higiene do trabalho

É ainda o artigo 7º, **b**, do Pacto, que estabeleceu a obrigação de dar-se ao trabalhador “a segurança e a higiene do trabalho”, obrigação que vem repetida no artigo 12, **b**, que alude, também, à “higiene do meio ambiente”.

As Constituições brasileiras, antes de 1946, ou foram omissas, como as duas primeiras, ou imprecisas, como as de 1934 e de 1937. Destas duas, a primeira referia-se à “assistência médica e sanitária ao trabalhador” e à previdência “nos casos de acidente do trabalho” (arts. 131, § 1º, **h**). E a segunda não ia além disto (art. 137, **l** e **m**). Foi a Constituição de 1946 que previu expressamente o direito de higiene e segurança do trabalho (art. 157, VIII), além da assistência médica e sanitária e do seguro de acidentes do trabalho, previstos nas anteriores. É conveniente não se confundir a assistência médico-sanitária e o seguro de acidentes do trabalho com a higiene e a segurança do trabalho. Esta é preventiva daqueles. Consiste num conjunto de medidas que tornem o ambiente de trabalho salubre na maior intensidade possível e o mais possível protegido contra os acidentes. Se o ambiente de trabalho é salubre, a assistência médico-sanitária será menos solicitada. Se tem a necessária segurança, os acidentes se reduzem ao mínimo e o seguro é menos utilizado.

O direito anterior a 1946 cuidava das conseqüências da ausência de higiene e de segurança, procurando dar a assistência médico-hospitalar e a indenização pelo acidente do trabalho. Aquela Constituição mudou a posição do Estado em face do problema. A Constituição vigente, com a Emenda de 1969, manteve o que dispunha a de 1946 (art. 165, IX).

A Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos que formam o Capítulo V do Título II, cuida minuciosamente deste direito do trabalhador, depois de amplamente reformada neste particular pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Ali estão estabelecidas regras e previstas todas as medidas indispensáveis à higiene e segurança do

trabalho, incluindo-se os processos de fiscalização pelo Poder Público. A lei criou as comissões internas de prevenção de acidentes no ambiente das empresas e duas novas especialidades profissionais, de presença obrigatória: o engenheiro de segurança e o médico do trabalho. Ao lado da lei, bom número de portarias e normas têm sido editadas para a boa aplicação dos preceitos legais. Parece que há pouco a desejar em matéria de direito positivo neste terreno.

8. Férias anuais remuneradas

O Pacto estabelece o dever de assegurar-se ao trabalhador o direito a férias anuais remuneradas. Segundo ARNALDO SUSSEKIND, "o Brasil foi o segundo país a conceder o direito a férias anuais remuneradas a determinados grupos de trabalhadores (1889) e o sexto a estender esse benefício a todos os empregados e operários de empresas particulares (1925)" (1).

A concessão atingiu primeiramente os funcionários do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio por Aviso ministerial de 14 de abril de 1889, assinado pelo Ministro Demétrio Ribeiro. No ano seguinte, estendeu-se o gozo das férias anuais aos ferroviários da Central do Brasil. A Lei nº 4.582, de 1925, concedeu as férias anuais a comerciantes, bancários e jornalistas, compreendendo empregados de entidades beneficentes. A princípio, quinze dias por ano. Aos poucos, a legislação foi abrangendo outras categorias profissionais. Mais tarde, passaram a vinte dias úteis, e, ultimamente, em virtude do Decreto-Lei nº 1.535, de 13 de abril de 1977, a 30 dias corridos para o trabalhador que houver trabalhado todo o ano para o mesmo empregador e não houver faltado ao serviço mais de cinco dias. A lei estabelece um critério de proporcionalidade para outros casos (arts. 129 a 153 da CLT). O pessoal do magistério superior tem direito a quarenta e cinco dias de férias por ano, segundo o disposto na Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968. O funcionalismo público, em geral, goza trinta dias corridos de férias por ano.

A Constituição de 1934 consagrara esse direito aos trabalhadores, sem discriminação de categoria (art. 121, § 1º, f). Antes dela, o Decreto nº 2.768, de 18 de janeiro daquele mesmo ano, generalizara o direito, condicionando seu gozo, porém, à sindicalização do trabalhador. Em 1943, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, o direito às férias anuais remuneradas foi estendido ao trabalhador rural. As Constituições posteriores a 1934 mantiveram no seu texto esse direito. A matéria é toda disciplinada, para os trabalhadores das empresas regidas pelo direito privado, pela CLT; entre elas, algumas pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios; o regime consolidado estende-se aos servidores públicos da Administração direta

(1) *Instituições de Direito do Trabalho*, 1981, vol. II, p. 758.

e da indireta, que forem contratados pelo regime trabalhista. Os demais têm seu regime de férias disciplinado pelos estatutos de funcionários da União, dos Estados e dos Municípios.

Neste aspecto, o Pacto e o direito brasileiro se harmonizam.

9. Igual oportunidade de acesso

Dispõe o Pacto que se deve assegurar "igual oportunidade para todos de ser promovidos, dentro de seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem mais considerações que os fatores de tempo de serviço e capacidade".

O direito constitucional brasileiro não cuidou disto. A legislação ordinária, todavia, tem-no feito. Primeiro, para os servidores públicos, em geral. Essa legislação é hoje representada por dois diplomas legais básicos: a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, e o Decreto número 32.015, de 29 de dezembro do mesmo ano, que a regulamenta na parte relativa às promoções. A Lei conhece-se como Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e serve de modelo para os dos Estados e dos Municípios.

Os militares sempre tiveram legislação específica da categoria e, para eles, em toda parte, é tradicional o regime de acesso aos postos da hierarquia em que a profissão das armas sempre esteve organizada.

Como lembra ARNALDO SUSSEKIND, "o empregador brasileiro não está obrigado a adotar quadro de pessoal, que se caracteriza pela previsão de diferentes categorias funcionais ou administrativas, dentro das quais os cargos são organizados em carreira, assegurando-se aos respectivos empregados o direito de promoção. Contudo, se o adotar, terá de garantir aos empregados, nas correspondentes categorias, constituídas de cargos efetivos, promoções alternadas, por antigüidade e merecimento" (2).

O direito de ser promovido, alternadamente, por antigüidade e por merecimento foi introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pela alteração do art. 461 pela Lei nº 1.723, de 8 de novembro de 1952, resultante de projeto do Deputado Hildebrando Bisaglia, inspirado nos critérios vigentes para o servidor público civil e para o militar. Veio em socorro da falta de precisão da lei e das divergências jurisprudenciais, que pesavam sobre a matéria. Hoje, os parágrafos 2º e 3º do referido art. 461, da CLT, dispõem sobre os critérios de acesso na carreira, de acordo com os regulamentos da empresa, sujeito este às instruções constantes da Portaria nº 5/79, da Secretaria de Relações de Trabalho, do Ministério do Trabalho. De certo modo, o direito brasileiro atende ao disposto no Pacto, e parece que não pode ir além do que foi, a menos que torne obrigatória a existência dos quadros de carreira para empresa de certo número de empregados. Isto,

(2) *Op. cit.*, vol. I, p. 418.

porém, não tem estado nas cogitações das classes trabalhadoras. E há empresas que não manifestam interesse em adotar quadros de pessoal organizados em carreira, pois isto lhes tira a liberdade de manejo de seus empregados.

10. Descanso semanal remunerado

É ainda no art. 7º do Pacto que encontramos a obrigação de conceder-se ao trabalhador o descanso semanal remunerado.

O direito ao repouso hebdomadário, que vem da tradição religiosa judaica (Exodus 20, 8 e 23, 12), foi introduzido no direito ocidental por Constantino, constou dos estatutos das corporações de ofícios na Idade Média e da legislação filipina. O Tratado de Versalhes recomendou-o como direito (art. 427, nº 5). E, embora parte de nossos costumes, só veio a ser direito, constitucionalmente reconhecido do trabalhador, a partir da Constituição de 1934 (art. 121, § 1º, a). A de 1937 referiu-se, ainda, aos feriados civis e religiosos, “nos limites das exigências técnicas da empresa” (art. 137, d). A de 1946 repetiu esta regra. Nenhuma daquelas, todavia, previu a remuneração desse repouso semanal, o que levou PONTES DE MIRANDA a fazer-lhes crítica, repetida inadvertidamente nos comentários à de 1946, que é expressa quanto à remuneração do repouso, para evitar que este, no dizer do saudoso mestre, se transformasse em dano ou castigo, por ser apenas “o direito de não ir trabalhar e a não ganhar no domingo e no feriado” (3).

A legislação disciplinadora desse direito veio com a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, regulamentada pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto do mesmo ano, que pôs fora de dúvida o **jus** à remuneração dos dias de repouso semanal, excluídos expressamente os empregados domésticos e os servidores autárquicos, uns e outros por sujeitos à legislação própria, que lhes assegura esse benefício. A lei manda remunerar, também, os feriados civis e religiosos estabelecidos pela legislação específica. A Constituição vigente manteve esse direito.

Pacto e direito brasileiro estão acordes no mesmo sentido.

11. Limite de horas de trabalho

Dispõe o Pacto que se deve assegurar ao trabalhador “limitação razoável de horas de trabalho” (art. 7, d). A primeira medida legal, que se tomou no Brasil, no sentido da limitação das horas de trabalho foi o Decreto nº 313, de 17 de janeiro de 1891. Fixou a duração máxima da jornada de trabalho do menor em nove horas, quando do sexo masculino, e em sete horas, quando do feminino. O limite de horas de trabalho para o adulto só se estabeleceu em 1932 com os Decretos n.ºs 21.186, 21.364 e 22.033, destinados a industriários e

(3) *Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, pp. 77/78.

comerciários. Em 1933 e 1934, foram expedidos os decretos, em número de dez, que estenderam, sucessivamente, a outras categorias profissionais o limite de horas da jornada de trabalho. Ainda em 1932, proibiu-se o trabalho noturno para a mulher e o menor. (Decretos n.ºs 21.174-A, de 17-5 e 22.042, de 3-11).

A regra universal de oito horas de trabalho por dia foi aqui adotada. Algumas profissões, como o jornalismo e o magistério, foram contempladas com jornada de trabalho mais curta: cinco horas para jornalistas e seis para professores, quando num mesmo estabelecimento (Decs.-Leis n.ºs 910, de 30-11-1938 e 2.028, de 22-2-1940). O Decreto-Lei nº 2.308, de 13 de junho de 1940, unificou o tempo de trabalho diário em oito horas, mas permaneceram em vigência os horários especiais de algumas categorias, cujo número tem aumentado. Hoje, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe:

“A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” (art. 58).

A mesma lei consente no acréscimo, até o máximo de duas horas por dia, desde que a isso corresponda remuneração suplementar de, pelo menos, vinte por cento sobre o da hora normal (art. 59), acréscimo que se pode dispensar se o excesso de horas de um dia for compensado pela diminuição correspondente da jornada de trabalho em outro dia. Isto, porém, dependerá de contrato ou de acordo coletivo. Vendedores praticistas, viajantes e outros, que exercem funções externas, não sujeitas a horários; vigias, que têm por limite máximo dez horas por dia; trabalhadores da estiva e da capatazia dos portos, que têm regimes especiais, e gerentes e similares, todos estão excluídos de regra geral (art. 62); bancários, telefonistas, radiotelegrafistas, radiotelefonistas, operadores de telegrafia submarina e subfluvial, trabalhadores em câmaras frigoríficas, mineiros de subsolo — todos estão sujeitos a horários reduzidos por disposição da Consolidação das Leis do Trabalho (Tit. III, Cap. I).

O trabalho noturno, assim considerado o que vai das 22 horas de um dia às 5 horas do seguinte, tem sua hora limitada em 52 minutos e 30 segundos, o que representa uma jornada normal reduzida de 62 minutos, se o regime de trabalho for de 8 horas. Não tratarei aqui, mais minuciosamente, dos horários especiais, por desnecessário. O que está dito basta para mostrar que o direito brasileiro atende, em geral, ao que preceitua o Pacto, nesta matéria.

12. Liberdade sindical

Dispõe o Pacto que se deve garantir a “toda pessoa o direito de fundar sindicatos e de filiar-se ao de sua eleição, submetendo-se apenas ao estatuto da organização correspondente, para promover seus

interesses econômicos e sociais" (art. 8º). Diz, ainda, que não se podem impor "outras restrições ao exercício deste direito senão as que prescreva a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática no interesse da segurança nacional, ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e liberdades alheias" (art. 8º, a).

O problema da liberdade sindical, que tanto debate vem causando entre nós, não parece ser, e seguramente não é, um problema exclusivamente brasileiro. A ampla literatura, que os tratadistas registram sobre a matéria, assim o demonstra. Mas, hoje se tem como indiscutível não haver liberdade sindical no Brasil.

A Constituição de 1934 dispôs, a respeito: "Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidas de conformidade com a lei. A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos" (art. 120 e seu parágrafo único). Durou pouco essa regra, que foi substituída pela do art. 138 da Carta de 1937, assim redigido: "A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público." Era o modelo fascista. O sindicato posto como órgão do poder público, despido da necessária autonomia para a plena defesa dos direitos dos trabalhadores. Foi o que resultou disso.

Submeteu-se o sindicato ao **reconhecimento** do Ministro do Trabalho (CLT, art. 515, parágrafo único, e 518). A base territorial do sindicato, em vez de ser estabelecida **pela lei**, é fixada pelo Ministro; em vez de um critério legal, um critério pessoal (CLT, art. 517, § 1º). O processo de reconhecimento, em vez de ser ordenado **pela lei**, estabelece-se por simples **instruções do dito Ministro** (art. 518, § 2º). A investidura sindical, em vez de decorrer do imediato **registro do sindicato** segundo regras legais, depende de **juízo do Ministro** (art. 519), que lhe expede a carta de reconhecimento (art. 520); ainda aqui, critério pessoal em vez do legal. O sindicato não pode propagar "doutrinas incompatíveis com as instituições", devendo conformar-se, pois, com o estabelecido por estas (art. 512, a). As eleições sindicais são supervisionadas por delegados do Ministério do Trabalho, em vez de serem conduzidas pelos associados do sindicato, segundo normas legais preestabelecidas (art. 524, §§ 1º a 3º). Na ausência de coeficiente legal para a eleição da diretoria do sindicato, este sofrerá intervenção do Ministro do Trabalho, que lhe nomeará administrador para promover nova eleição (art. 504, § 5º). Quem defender "os princípios ideológicos de Partido Político cujo registro tenha sido cassado", não poderá ser eleito para a diretoria do sindicato (art. 530, VI), mas, só os que forem bem comportados ideologicamente em face do regime

vigente. Se houver mais de uma chapa de candidatos à diretoria, poderá o Ministério do Trabalho, a requerimento dos cabeças-de-chapas, designar presidente da sessão eleitoral, quando isso devia ser atribuição da Assembléia Geral do sindicato (art. 531, § 3º). O processo eleitoral não é regulado por lei, mas, por simples **instruções do Ministro do Trabalho** (art. 531, § 4º). Eleita a diretoria do sindicato, deverá ser esta comunicada ao órgão local do Ministério do Trabalho, constando da comunicação "os dados pessoais de cada um e a designação da função que vai exercer" (art. 532, § 2º). A avaliação dos bens do sindicato, para fins de alienação, deverá ser feita obrigatoriamente pela Caixa Econômica Federal, ou pelo Banco Nacional da Habitação, em vez de o ser por perito da livre escolha da entidade (art. 549, § 1º). O orçamento do sindicato obedecerá a modelo expedido pelo **Ministro do Trabalho** (art. 550). É o **Ministro do Trabalho** e não a lei que estabelece prazos e procedimentos para a elaboração e destinação das contas do sindicato (art. 551, § 8º). A intervenção do **Ministro do Trabalho** está prevista para suspender ou destituir diretores e conselheiros fiscais, fechar o sindicato por prazo determinado e até para cassar sua carta de reconhecimento (art. 553). A cassação da carta de reconhecimento pode ser efetuada se o sindicato "criar obstáculos à execução da política econômica adotada pelo Governo" (art. 555, c); isto quer dizer, simplesmente, que o sindicato é obrigado a concordar com o Governo em matéria econômica, ainda que este esteja arruinando a economia nacional, ou prejudicando os interesses dos trabalhadores, ou dos empregadores!

Isto é o que se tem hoje. Já foi pior. A rigor, em matéria de direito sindical, vive o Brasil o regime do Estado Novo de 1937, fiel aos modelos do fascismo italiano, que então importou. O sindicato brasileiro está sob rígido controle do Ministro do Trabalho, que exerce sobre ele o direito de vida e morte. Estamos muito longe do que dispõe o Pacto e daqueles princípios resultantes da 30ª Conferência Internacional do Trabalho, entre os quais vale salientar:

— liberdade de elaborar o estatuto do sindicato de acordo com as leis (e não de acordo com as **instruções do Ministro**);

— liberdade de escolha dos dirigentes sindicais (de acordo com a lei e não sob a interferência ministerial);

— liberdade de estabelecer normas de administração, de acordo com o estatuto do sindicato, sem ingerência de órgão do Poder Executivo;

— impossibilidade de o sindicato ser dissolvido por ato administrativo de órgão do Poder Público;

— liberdade de constituição de federações e confederações sindicais, independentemente de autorização administrativa, como, aliás, prevê também o Pacto;

— direito de o sindicato funcionar sem outras limitações, além daquelas que a lei prescrever e que, segundo o Pacto, devem ser necessárias em uma sociedade democrática.

13. Direito de greve

O direito de greve não figurou nas Constituições brasileiras anteriores a 1937. A carta getuliana contemplou-o, sim, mas para dispor: "A greve e o "lockout" são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital, incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional" (art. 139, § 2º). Ainda aqui, a marca do fascismo. A Constituição de 1946 instituiu o direito de greve. Antes, porém, por força de compromisso internacional, vigente ainda a Carta de 1937, foi expedido o Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, que passou a regular o exercício desse direito. Paradoxalmente, o decreto-lei regulava o que a Carta getuliana denominava "recurso anti-social". Era, pois, inconstitucional, ao ver dos que sustentam a tese da supremacia do direito interno sobre o internacional. Mais surpreendente: disciplinava o exercício de um delito, para o qual o Código Penal estabelecia (arts. 220 e 221) penas de detenção e de multa. O decreto-lei muito combatido, foi revogado pela Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964, que disciplina hoje o direito de greve. Entretanto, a Consolidação das Leis do Trabalho, nos arts. 722 a 725, estabelecia, também, sanções contra a paralisação coletiva do trabalho. Hoje, esses dispositivos, modificados, ressaltam: a penalidade incidirá sobre quem fizer a greve "sem prévia autorização do Tribunal competente". Amenizou-se o rigor com que era tratada a greve. Ainda assim, fazem-se críticas à lei, que tem sido considerada um empecilho ao exercício desse direito. Entendem os críticos que as formalidades, a que está sujeita a deflagração da greve, frustram-lhe o uso como instrumento eficaz para a obtenção daquilo a que se destina. A lei estabelece que a greve deve ser aprovada pela assembléia do sindicato, convocada por edital publicado em jornais locais com antecedência mínima de dez dias; o edital deverá conter a indicação de dia, hora e local da assembléia, das reivindicações e a menção à greve que se pretender. A mesa apuradora da deliberação será presidida por um membro do Ministério do Trabalho. A votação será por meio de cédulas, contendo as palavras "sim" e "não"; aprovada a greve, deverá ser notificado por escrito o empregador, que terá cinco dias para responder às reivindicações, sob pena da suspensão do trabalho a partir do mês, dia e hora fixados pelo sindicato; deverão ser enviadas cópias autenticadas da notificação ao Departamento Nacional do Trabalho e à Delegacia Regional do Trabalho; a greve não poderá ter por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho há menos de um ano, nem alteração de convenção coletiva ou acordo sindical, em vigor, nem decisão normativa da Justiça do Trabalho, salvo modificações substanciais nos fundamentos em que isso se apoiar;

não pode haver greve de solidariedade, nem política, nem religiosa, nem social. Estes, alguns aspectos do problema, contra os quais se insurgem os adversários da lei, que define como crime, punível com reclusão de seis meses a um ano e multa de cinco a cem mil cruzeiros, promover ou incitar a greve com desrespeito à lei.

É inegável que a greve, como todo direito, deve estar submetida a uma disciplina legal. E, pelo seu caráter peculiar, é preciso que a lei a cerque de algumas cautelas em benefício da ordem pública. É um instrumento que, ao modo de certas armas, deve ser usado com prudência e cautela. Talvez a lei vigente seja, de fato, demasiado rigorosa no seu formalismo disciplinar, mas não se pode deixar a greve, como direito reconhecido, sem algumas regras para seu bom exercício. Senão, será a ausência do direito, o caos.

14. **Seguridade social**

Dispõe o Pacto sobre o “direito de toda pessoa à seguridade social, incluindo-se o seguro social” (art. 9). Aqui é preciso fazer a distinção que fazem os doutores na matéria: seguridade social e previdência social não se confundem: seguridade social tem maior abrangência que previdência social.

No Brasil, conhecemos um sistema de proteção e assistência ao trabalhador, que funciona sob a segunda denominação, hoje sob a administração de um Ministério próprio, que traz o nome de Ministério da Previdência e Assistência Social, criado em 1974 por desmembramento do Ministério do Trabalho e Previdência Social (Lei número 6.036, de 1-5-1974). E toda a complexa tarefa desse Ministério baseia-se na Lei nº 6.349, de 1º de setembro de 1977, e no Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976. A lei instituiu o Sistema Nacional da Previdência Social, reunindo várias entidades preexistentes. O Decreto consolidou a legislação então vigente, compreendendo a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, e as Leis subsequentes, tudo segundo o mandamento da Lei nº 6.243, de 24 de setembro de 1975.

Um exame do que hoje denominamos “previdência social” no Brasil é, a rigor, a “segurança social”, segundo a conceituação de MOZART VICTOR RUSSOMANO: aquela que visa a assegurar a todos a proteção de que carecem, “não apenas nas horas más, de enfermidade, desemprego, acidente, velhice ou morte; mas também nas horas amenas de bonança, através do desdobramento de programas de aprendizagem profissional, de aperfeiçoamento técnico, de utilização dos dias de lazer, de assistência social permanente ao trabalhador e à sua família” (4).

O Sistema Nacional de Previdência Social compreende hoje um conjunto de órgãos: o INPS, que absorveu o IPASE e o FUNRURAL,

(4) *Curso de Previdência Social*, 1983, p. 7.

presta os seguintes serviços: auxílio-doença, auxílio-natalidade, auxílio-reclusão, auxílio-funeral, aposentadorias por invalidez, velhice, tempo de serviço, especiais para atividades penosas, insalubres e perigosas, para aeronautas e jornalistas, abono de permanência em serviço, salário família, salário-maternidade, pecúlio, pensão, abono anual para aposentado e pensionista, renda mensal vitalícia para septuagenário não aposentado, assistência social e jurídica; o INAMPS presta assistência médico-hospitalar e assistência reeducativa; a LBA presta assistência às populações carentes; a FUNABEM presta assistência a menores carentes. O INPS mantém ainda o seguro de acidentes do trabalho, estando previstos o seguro-desemprego, apenas para situações de calamidade pública, e os seguros coletivos.

Enquanto em vários outros países a seguridade social é entregue à iniciativa privada, o Brasil optou pela estatal. As primeiras medidas foram a Lei nº 3.397, de 1888, que criou a "Caixa de Socorros" para os ferroviários das estradas do Império, e os decretos de 1889, que criaram os montepios para os empregados dos correios e para os da Imprensa Régia. Tudo continuou na esfera do serviço público, ficando o trabalhador particular ao desamparo de qualquer previdência e assistência. Em 1919, promulgou-se a Lei de Acidentes do Trabalho. Em 1923, a Lei Eloy Chaves criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários. Em 1925, foi criada por lei a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos. A partir de 1933, vieram os Institutos de Aposentadoria e Pensões: dos Marítimos, dos Comerciantes (1934), dos Bancários (1934), dos Industriários (1936) e dos Empregados em Transportes e Cargas (1938). As Caixas haviam proliferado. A partir de 1937 começaram a fundir-se. A experiência dessas Caixas e Institutos passou a sugerir a reunião de todos num organismo único. Antes, houve a unificação da legislação com a Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960. E, em novembro de 1966, o Decreto-Lei nº 72 criou o Instituto Nacional da Previdência Social, unificando o sistema e abrindo caminho para a criação do Ministério da Previdência Social.

Sob pesadas e constantes críticas, vítima de abusos administrativos e de distorções oriundas de interesses políticos, o sistema brasileiro de seguridade social vai cumprindo como pode suas tarefas. Tornou-se uma necessidade. Ruim com ele, pior sem ele — podemos dizer. Quando nossos homens públicos tiverem a correta consciência do seu papel na sociedade, o sistema chegará no lugar.

15. Trabalho da mulher

O Pacto estabelece só esta obrigação para seus signatários, relativamente ao trabalho da mulher: "especial proteção das mães durante um período de tempo razoável antes e depois do parto", dispondo que, durante esse período, "às mães que trabalhem deve conceder-se licen-

ça remunerada ou prestação adequada de seguridade social" (art. 10, nº 2). O direito brasileiro foi mais longe, embora haja demorado a cuidar da mulher trabalhadora.

A primeira tentativa nesse sentido foi o frustrado **Código do Trabalho**, projeto de Maurício de Lacerda, aprovado pela Câmara dos Deputados em 1921 e vetado pelo Presidente Epitácio Pessoa, com "alegação muito abaixo de seus talentos, presa a interesses das classes conservadoras", no dizer do autor do projeto⁽⁵⁾. As preocupações mais salientes com a matéria social vinham de 1912 com o projeto de Figueiredo Rocha fortemente atacado pelo Deputado Carlos Maximiliano em nome da "liberdade de trabalho e de seu contrato", como convinha ao espírito liberal. O projeto de Maurício de Lacerda, que é de 1917, previa o impedimento do trabalho noturno para a mulher, o limite de oito horas para a jornada de trabalho e licença remunerada antes e depois do parto. O que se seguiu foi uma discussão em que dominou o espírito patriarcal, que não aceitava o trabalho da mulher fora do lar. Só em 1932 é que o trabalho feminino veio a ser objeto de cogitação legal. Proibiu-se à mulher o trabalho noturno, o trabalho nas minerações de subsolo, nas pedreiras, nos obras públicas, nos serviços perigosos e nos insalubres; assegurou-se-lhe o descanso remunerado de quatro semanas antes do parto e quatro depois, e o descanso durante o trabalho; mandou que houvesse berçários nos estabelecimentos em que trabalhassem pelo menos trinta mulheres de mais de dezesseis anos (Decreto nº 21.414-A, de 17-5-1932). Em 1934, com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, estabeleceu-se o auxílio-maternidade para as comerciárias (Decreto nº 24.273). Em 1941 foi publicado o Decreto-Lei nº 3.078, de 27 de fevereiro, dispondo sobre o trabalho doméstico. Como não foi regulamentado, como previa, não entrou em execução e acabou revogado pela Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto nº 71.885, de 9 de março de 1973, que disciplina esse tipo de trabalho.

Hoje, o trabalho da mulher, na indústria e no comércio, rege-se pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 372 a 401). Essa legislação concede à mulher mais do que o previsto no Pacto, como ficou dito: veda o trabalho noturno à mulher menor de 18 anos, salvo em serviços de telefones, radiotelegrafia, radiotelefonía, de saúde e bem estar, de diversões, de hotéis, restaurantes e similares, de ensino, de direção e gerência de estabelecimentos, de bancos, de processamento de dados, indústrias de produtos perecíveis e manufatura de couro para exportação (art. 379). Continuaram as proibições estabelecidas pelo decreto-lei de 1932, citado, e vigora o descanso obrigatório e remunerado de quatro semanas antes do parto e oito depois (art. 392). Em caso de aborto não criminoso, a mulher terá direito a um

(5) *Evolução Legislativa do Direito Social Brasileiro*, 1980, p. XXXI.

descanso remunerado de duas semanas. A trabalhadora que amamente terá direito, durante os primeiros seis meses, a dois descansos especiais durante a jornada de trabalho, de meia hora cada um, para amamentar (art. 396). Injustificável romper o contrato de trabalho da mulher por motivo de seu casamento ou sua prenhez (art. 391). O salário noturno da mulher é acrescido de 20% e a hora noturna, para a mulher, é de 52 minutos e 30 segundos. Não se permite prorrogação do horário de trabalho para a mulher além de duas horas (art. 381). Não se permite o emprego de mulher em serviço que demande emprego de força muscular superior a 20 quilos em trabalho contínuo, ou a 25 em trabalho ocasional (art. 390).

Estes e outros aspectos da legislação sobre o trabalho feminino no Brasil mostram como ainda se considera, aqui, a mulher como um ser mais fraco do que o homem, o que é expressão clara do conceito patriarcal da mulher, ainda residual entre nós. É de notar, entretanto, que, no campo, a mulher faz todos os serviços do homem, sem nenhuma discriminação. A lei não chegou até lá.

Assinalemos que a preocupação do direito constitucional brasileiro com o trabalho da mulher começou com a Constituição de 1934 (art. 121, § 1º, d), mantendo-se nas seguintes, até a vigente (art. 165, X).

16. Trabalho do menor

Dispõe o Pacto que se devem adotar “medidas de proteção em favor de meninos e adolescentes” e protegê-los “contra a exploração econômica e social”, e estabelece que “seu emprego em trabalhos nocivos a sua moral e a sua saúde, nos quais periguem suas vidas, ou se corra o risco de prejudicar seu desenvolvimento normal, será punido pela lei” (art. 10, nº 3).

A atenção do legislador brasileiro para o trabalho do menor manifestou-se logo depois de proclamada a República (Decreto número 1.313, de 17-1-1890). Mas a medida ficou sem condições de ser executada por não ter sido regulamentada. E, em 1912, o Deputado Deodato Maia descrevia, na Câmara dos Deputados, um quadro impressionante das péssimas condições a que era submetido o menor trabalhador, no comércio e na indústria. Todas as tentativas no sentido de regulamentar o trabalho do menor frustraram-se até o advento do Código de Menores (Decreto nº 17.943-A, de 12-10-1927), que estabeleceu as primeiras medidas protetoras do menor trabalhador: proibiu-lhe o emprego até 12 anos e o trabalho noturno até os 18. Em 1932 nova providência legal complementava o Código de Menores, limitando em 14 anos a idade mínima para que se admitisse o menor no trabalho industrial, proibindo o trabalho nas minas ao

que tivesse menos de 16 anos e assegurando ao menor analfabeto o tempo necessário a frequentar escola (Decreto nº 22.042, de 3-11-1932).

As Constituições de 1824 e 1891 eram omissas a respeito do menor trabalhador. A de 1934 consagrou a proibição do trabalho do menor de 14 anos, do trabalho noturno para o menor de 16 anos e do trabalho em indústrias insalubres para o menor de 18 anos (art. 121, § 1º, d). A Carta de 1937 manteve a regra (art. 137, k) e a de 1946 conservou-a (art. 157, IX). A vigente, emendada em 1969, proíbe o trabalho do menor de 18 anos em indústria insalubre e à noite. Rebaixou a idade mínima para o início do trabalho do menor de 14 para 12 anos, com o que voltou à regra do antigo Código de Menores, contrariando a Convenção Internacional nº 5, de 1919, a que o Brasil está obrigado por havê-la promulgado (Decreto nº 423, de 12-11-1935). Nenhum desses diplomas legais se referiu expressamente ao trabalho perigoso.

A Constituição de 1946 proibia a distinção de salário por motivo de idade (art. 157, II), regra abolida pelo de 1967 (art. 158, III). Este fato ensejou a promulgação da Lei nº 5.274, de 24 de abril de 1967, que permite e regula essa diferença.

A legislação sobre o trabalho do menor está hoje contida na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 402 a 441) e por atos administrativos complementares. Observadas as regras constitucionais já referidas, a CLT procura proteger o menor contra o emprego em atividades nocivas a sua saúde e a sua moralidade, especificando os lugares proibidos (art. 405) e submetendo o controle do trabalho do menor também ao Juiz de Menores (art. 406). A mesma Consolidação estabelece as regras gerais sobre a aprendizagem (art. 424 e seguintes).

Pode dizer-se que o direito brasileiro atende ao que preceitua o Pacto, quanto ao menor.

Fico por aqui.

Constituo-me devedor do quanto diz o Pacto a respeito dos direitos culturais. Do que ficou dito, porém, posso assegurar-vos que, em matéria de disposições legislativas, o Brasil está, em boa parte dos assuntos, algo distante do Pacto. Em alguns casos, estamos tão longe quanto a terra está do sol.

Quanto à boa execução do direito estabelecido, precisamos caminhar ainda muito tempo para atingirmos o ponto satisfatório.

(Conferência feita na Faculdade de Direito da UFJF no dia 26 de outubro de 1983, para o VII Ciclo de Estudos sobre Atualidades e Tendências do Direito brasileiro. O texto então lido foi revisto e acrescentado no presente).

Teoria do Direito e crítica histórica

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia;
da Faculdade de Direito da Universi-
dade Federal de Pernambuco

SUMARIO:

Alusão à quereia do formalismo

Revisões críticas: quais e como

Temas, vogas e modismos

"Crítica" e "ataque"

Dogmatismo e dogmatismos

Por uma crítica histórica aberta

Preocupa a todos os que pensam, hoje, sobre ciências sociais, o tema da opção entre formalismo e antiformalismo. Aos que pensam sobre o direito, e sobre a teoria jurídica, este tema preo-

cupa de modo específico, dado o sentido altamente polêmico que aquela opção vem assumindo, desde o neokantismo do tipo de STAMMLER (e um tanto o de DEL VECCHIO) e o purismo da escola de KELSEN até outros desenvolvimentos. Sentido polêmico que, em realidade, corresponde ao exacerbamento de uma oscilação secular, ao menos se aceitarmos a idéia de KANTOROWICZ (reproduzida na conhecida *Introdução* de RADBRUCH) segundo a qual a evolução da ciência do direito tem revelado duas tendências básicas — a formalista e a finalista.

Aliás, recentemente, NORBERTO BOBBIO, após uma série de obras em que se estadeava uma posição formalista — embora de um formalismo por assim dizer mitigado —, adotou em seu livro *Dalla Struttura alla Funzione* uma lúcida posição, ligada ao aspecto de funcionalidade e de concreta “promocionalidade”, existente no direito (1).

Enquanto o neokantismo formalista tipo STAMMLER teve continuações específicas, o neokantismo culturalista teve menos ressonâncias no direito, embora indiretamente o próprio RADBRUCH represente uma delas. O sistema kelseniano, montado como teoria da ciência do direito e como teoria do direito positivo, foi além de seus pilares metodológicos e de seus limites inicialmente propostos, acabando por ser um modelo global de pensamento jurídico e um conjunto de concepções sobre temas do direito. Como antípoda do de KELSEN, sobretudo na teoria constitucional, ficou o pensamento de SCHMITT, centrado sobre a idéia do direito como ordem concreta e vinculada à política. O kelsenismo ficou como ponto de referência do formalismo, e o “decisionismo” de SCHMITT (denominação que ele próprio veio a rever) como marco do antiformalismo. Para ambos os casos, graus e variantes (2).

* * *

De alguns anos para cá, o debate sobre problemas sociais tem ocasionado, sobretudo em certos países, uma plethora de publica-

(1) NORBERTO BOBBIO. *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, Ed. di Comunità, 1977.

(2) Cfr. nosso artigo “Teoria constitucional e pensamento jurídico-privado contemporâneo”, em *Revista de Direito Público, Rev. Tribunais* (São Paulo), números 59-60, julho/dezembro de 1981.

ções onde sobressai uma vasta literatura em torno do marxismo. De permeio, alguma coisa sobre HEGEL, muita sobre socialismo em geral, sobre a teoria das classes e sobre ideologia.

Tudo isto tem repercutido sobre a teoria do direito, já que — o que nem sempre ocorre — certos setores do pensamento jurídico têm aberto suas portas ao convívio com temas e correntes de outras ciências sociais. O jurista, entretanto, desabituaado deste convívio, freqüentemente se desnorteia com ele: estranha-o e rechaça-o, ou se embriaga com ele e exagera.

Com a intensa tematização do econômico, forma de escolástica *in fieri* que vem caracterizando certas alas das ciências sociais, um tanto filoneistas, entrou na linguagem dos juristas teóricos uma série de modismos e de expressões polêmicas. Tornou-se, então, comum, porque fácil, atacar a *dogmática jurídica*, como algo superado, estreito, mesquinho, injusto, comprometido com interesses de classe.

Não morro de amores pela dogmática, nem pelo legalismo, e cheguei a denunciar seus lados negativos em alguns dos meus trabalhos (3). Suponho, entretanto, que uma crítica conseqüente deve ponderar os conceitos e distingui-los. Juntam-se na mesma diatribe, por vezes, as noções de formalismo, juspositivismo e dogmática. Mais: converte-se a noção de dogmática na de dogmatismo, e aquela junção (como esta conversão) não leva a um panorama muito nítido. Os glosadores medievais eram formalistas a seu modo, como o foram certos juristas romanos, mas não eram "juspositivistas". Os codificadores franceses de 1804 acreditavam no direito natural, mas sua linguagem é formal, e em sua obra há um juspositivismo historicamente caracterizado. É importante ter em conta estes dados, que oferecem base para um certo relativismo histórico, sem o qual a crítica se tornará radical e rígida.

* * *

Entre os grandes modismos desta segunda metade do século XX, destacamos a voga de GRAMSEI (sem desconhecer os pontos

(3) *Legalismo e Ciência do Direito*, Atlas, São Paulo, 1977; *Sociologia do Direito*, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1980, *passim*.

importantes de sua obra) e a de FOUCAULT (reconhecendo e em alto grau a enorme relevância de suas idéias). Acontece ademais que, no meio das crises do tempo, saturado de ressentimentos e de perplexidades, a massificação — contrapartida da “democratização da cultura” estudada por MANNHEIM — tem crescido como um imenso modo de ser do homem de hoje. E com ela um estranho e marcado horror à idéia de elite, que as substitui por um igualitarismo difuso e contraproducente, que substitui a independência intelectual pelos esquematismos.

É claro que isto que vai aqui dito não representa uma “defesa” do capitalismo, nem uma negação de seus aspectos desumanos, cuja tematização compete, porém, a outros planos e a outras faixas. O marxismo, sem embargo dos aspectos positivos que trouxe, se transformou em nosso século num impenitente maniqueísmo, em face do qual as coisas *burguesas* são condenadas sem apelação. Qualquer liame histórico que com a burguesia tenha ou possa ter tido um conceito, uma idéia, um sistema, é bastante para o ataque, para o anátema. Deste modo o crítico se transmuda em panfletário, com visão unilateral. Em certos textos, a alusão ao problema das *classes* aparece como algo obrigatório e conclusivo, como se ela explicasse tudo. Provavelmente a elaboração da escolástica marxista terá, para com o pensamento de MARX, a mesma relação que com o de ARISTÓTELES tiveram as escolásticas medievais — inclusive a árabe —, isto é, esconderá muita coisa relevante e desdobrará até à total saturação seus componentes esquematizáveis; antes disso, porém, talvez haja tempo para algumas discussões (4).

O repúdio ao “idealismo”, insuficientemente definido e tomado sem mais aquela como oposto a “dialético” (bastaria isso para se discutir bastante), ilustra a confusão entre crítica e ataque. Freqüentemente se lança mão do termo “o discurso” (veiculado como seqüela da influência de FOUCAULT) como correlato de algo “ideológico”, algo epifenomênico e “supraestrutural”, dentro da velha tendência a dar forma vertical e espacial às visões da expe-

(4) O tema tem sido largamente revolvido por pensadores italianos. Citaria como exemplos NORBERTO BOBBIO, *Qual Socialismo? Debate sobre uma Alternativa* (Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1983) e LAURO COLETTI, *Ultrapassando o Marxismo* (Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1983).

riência humana. Certas obras hoje bastante difundidas — e algumas delas todavia válidas em muitos aspectos — vêm alimentando o materialismo fácil e aguerrido que recusa todas as filosofias *outras* em nome de uma “praxiologia” que tem a pretensão de ser o *único* modo de pensar não ideológico (5).

Num país onde as tradições filosóficas são fracas, como é o caso do Brasil, a difusão deste tipo de pensar é extremamente rápida, porque seus esquemas básicos são singelos. Os autores que, bem informados filosoficamente, engrossam a tendência neste sentido, sabem provavelmente o que fazem, mas sobre o leitor comum (e sobre os jovens em especial) a influência — ou antes, a tentação — é no sentido de nem sequer levar em conta o que tenha sido escrito fora (ou antes) dos esquemas do tipo de que falamos: adere-se a estes como à verdade absoluta. O processo, embora desenvolvido em contextos diversos, tem o mesmo resultado e o mesmo sentido da pedagogia jesuítica de trinta ou quarenta anos atrás, que impunha o tomismo em suas escolas como único pensamento verdadeiro.

* * *

É evidentemente importante que se tenha “revelado” a relação entre certos padrões do saber jurídico, ou certas construções suas, e alguns componentes da estrutura histórico-social. Assim se enriqueceu a visão crítica do direito privado moderno, por exemplo; assim se aprofundou a caracterização de certas categorias gerais. Mas esta caracterização, e aquela visão crítica, devem referir-se às implicações culturais *gerais* do saber, e não reduzir-se às suas conexões com o fator econômico; além disso, devem enriquecer-se e aprofundar-se através de uma atitude compreensiva (emprego o termo no sentido de DILTHEY, mas pode ser também no de WEBER), uma atitude que não procura “negar” este ou aquele padrão de pensar — historicamente situado — apenas por conta de uma preferência ideológica. Digo isto porque é partindo de uma determinada preferência ideológica que certos autores fazem hoje a crítica

(5) Exemplo muito difundido é o livro de MICHEL MIAILLE, *Uma Introdução Crítica ao Direito* (Ed. Moraes, Lisboa, 1979), que apresenta, na “Introdução” e em diversos capítulos, simplificações e unilateralismos realmente surpreendentes.

do saber jurídico, e ao fazê-lo acusam precisamente de ideológica a "ciência burguesa" (6).

Não acompanho inteiramente os lances de COLETTI (7) ao negar vínculos de classe à ciência. Para ele, não há física capitalista nem botânica proletária; eu, entretanto, admito que nas ciências sociais certos vínculos são possíveis — e isto cria um problema para o marxismo (pois, no caso de se aceitar esta distinção, se estará aceitando uma epistemologia neokantiana, que aliás me parece claramente aceitável).

Contudo, admitindo que existem ou podem existir certos compromissos sociais no trabalho intelectual, e portanto nas construções do saber jurídico, por que somente o pensamento liberal e "burguês" seria ideológico? E por que não o foram o "feudal" e o absolutista, e por que não o seriam o socialista e qualquer outro?

* * *

O perigo que me parece existir, nisto tudo, é o de se perderem as condições para uma análise filosófica (ou ao menos doutrinariamente genérica) liberta e lúcida. O que cresce é a tendência ao jargão (hoje muito forte na ensaística brasileira em geral), e com ela a radicalização: deste modo se tende a desestimar os traços próprios da "Ciência do Direito" clássica (ou, em termos despectivos, "tradicional") por conta de uma idiosincrasia, ou de uma confusão entre o fato de se encontrar a relação entre certos formalismos e certos compromissos sociais e o fato de haver, no saber jurídico "tradicional", um traço de formalismo. Com isso, certos autores hoje combatem a própria existência de uma dogmática jurídica, e outros pretendem um direito sem normas estatais, sem leis, sem coercibilidade. O que me parece levar as coisas longe demais (8).

(6) Muito representativos, no caso, os ensaios coligidos no volume de BARCELLONA, HART e MÜCKENBERGER, *La Formación del Jurista. Capitalismo Monopolístico y Cultura Jurídica*, Civitas, Madrid, 1977. Compete também apontar o enfático economicismo dominante no conhecido livro de VITAL MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo* (Centelha, Coimbra, 1978).

(7) COLETTI, *op. cit.*, pp. 33 e segs.

(8) Sobre o tema, nosso breve estudo "A propósito de crítica da dogmática", a sair no volume de estudos em homenagem a Carlos Cossio (Buenos Aires). Caberia, ainda, flagrar no utopismo que paira nestas posições uma certa influência de pensamento de ERNST BLOCH — em parte, uma influência fecunda, devemos reconhecer.

NIETZSCHE, uma vez, compôs uma “contra-abertura” para se opor a uma abertura de SCHUMANN, que não lhe agradava. Por sinal, sua obra radicalmente polêmica não vingou como música. Parece-se com a atitude de NIETZSCHE a tentativa de elaborar uma nova teoria do direito baseada numa visão do direito *oposta* à visão “burguesa”, e um novo direito totalmente isento dos traços do direito positivo “burguês”.

Sou também avesso aos formalismos impenitentes, como o sou ao legalismo e ao pan-estatalismo. Acho, porém, que, se nos referirmos ao *direito*, estamos falando de um objeto que tem e vem tendo um mínimo de traços constantes; e se tratamos da ciência jurídica, temos de aceitar nela alguns rasgos próprios historicamente apresentados. Do mesmo modo seria se se tratasse da economia e da ciência econômica, ou da linguagem e da lingüística. Uma análise objetiva do direito e do saber jurídico não pode ignorar os dados históricos, e lembro esta coisa óbvia justamente para anotar que ela envolve uma posição *oposta* ao formalismo e ao logicismo, que vêm fazendo teoria do direito sem alusão às concretesas históricas. Tenho, eu mesmo, escrito bastante sobre a perspectiva histórica. Vejo, por todos os países cultos, o entendimento histórico do direito e do pensamento jurídico — que sempre foi relevante neles — renovar-se hoje e redimensionar-se. Na Alemanha, na Itália, na França, na Espanha, isto vem ocorrendo e os nomes são no caso sobradamente conhecidos.

O entendimento histórico, porém, tem sua grandeza maior no fato de fazer compreender as mutações sem “condenar” ou tornar “inaceitáveis” os estágios passados. Ele ajuda a perceber as coisas numa ótica de relativismo: os conceitos que hoje se criticam sucederam a outros, anteriores, através de uma crítica, e os novos modelos propostos serão criticados a seu tempo (digo propostos, mas nem sempre se propõem modelos que substituam os modelos “tradicionais” criticados). Não são eternos nem absolutos. É, portanto, necessário que se faça a crítica dos conceitos do saber jurídico, alguns dos quais surgiram, ou ressurgiram, em ligação patente com a burguesia — e com a chamada secularização da cultura, no ocidente —, mas é necessário fazê-lo sem cair no niilismo, nem nos extremos opostos ao das coisas que se criticam. E estes extremos freqüentemente se assemelham: é o caso da substi-

tuição, em certos tópicos da crítica de que estamos tratando, de um dogmatismo por outro.

Uma crítica histórica aberta, lúcida e relativista (este relativismo pode inclusive aproveitar o "perspectivismo" orteguiano) não precisa ter horror ao idealismo nem à metafísica. A crítica ao juspositivismo não precisa cingir-se a um conjunto de recusas radicais. A metafísica é componente necessário de qualquer visão filosófica séria e dotada de um mínimo de profundidade. O direito positivo existe e tem de existir como direito institucionalmente aplicável; o problema é defini-lo (como apenas feito de normas ou não, podendo a idéia de norma reduzir-se à leis estatais ou não), e também situá-lo em face das angulações hermenêuticas e científicas que tentam entendê-lo: formas e alcances da hermenêutica, modos e planos do saber jurídico. Negar o direito positivo para recusar o juspositivismo seria dar razão a este, pois ficaria suposto que em havendo direito positivo o juspositivismo seria legítimo.

Não creio que um saber ou uma forma de pensamento social moderno — a sociologia, a pandectística — seja mais ideológica ou mais "de classe" do que o terão sido uma teoria medieval (o *Widerstandsrecht* por exemplo) ou um conceito romano. Ao menos, não se pode tomar este *mais* como um *a priori*. Creio por outro lado que a experiência histórica, sobretudo quando ocorre numa continuidade, tem em certos pontos um sentido de permanência, algo como o que Hegel viu — e isto é dialético — ao falar em *aufheben*: é por isso que, mesmo nos críticos do liberalismo, persistem certos valores liberais. Ao menos *implicititer*.

Entre a asséptica pretensão formalista de neutralismo científico, que se recusa a reconhecer a presença de valores na teoria social, e a atitude que, reconhecendo tais valores, assume posição radical, é cabível manter uma linha crítica. Não se pode reduzir o saber jurídico à dogmática, ou à exegese das normas, nem tirar grande coisa, para a vida real do direito, do formalismo logicista; mas também não se pode pleitear um saber jurídico inteiramente reduzido à visão sociológica com suas atuais "denúncias", um saber jurídico de onde se tenha cancelado sem mais a dogmática, como específico conhecimento do direito positivo. Os problemas teóricos começam a partir deste, e não do vazio deixado pela negação dele.

Ideologismo e ciência política

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Ex-Deputado Federal — Professor Honorário da *Universidade Nacional Maior de São Marcos*, de Lima, no Peru — Professor Honorário da *Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza*, na Argentina — Professor Honorário do *Colégio Maior de Nossa Senhora do Rosário*, de Bogotá, na Colômbia — *Catedrático da Universidade Federal do Paraná*, no Brasil

Preâmbulo

I — Num mundo tumultuado e prenhe de exigências sociais imediatas, de tantas escolas e teorias de tendências filosóficas, na verdade não é nada fácil colocar os problemas políticos diante das ideologias políticas.

Porém, os problemas de ontem continuam os mesmos, são os de hoje. Já ARISTÓTELES, 300 anos antes da era cristã, sentenciava que "para instituir um Estado perfeito, é mister instituí-lo praticável, de aplicação fácil e comum".

II — A busca do equilíbrio, no mundo e no Brasil, na prática tem sido penosa. Lamentavelmente, no tocante ao pensamento político, há uma luta sub-reptícia e sempre ocasional, tendendo para a hegemonia de um só Poder.

A cultura política, se de um lado se coloca na história das instituições, de outro, sensivelmente reflete ambição e competência de homens. As crises, intermitentes ou sucessivas, apenas demonstram despreço pelos fenômenos naturais.

III — É, contudo, chegado o momento de conhecer, de pensar, de saber da índole das nações. Porque não podemos organizá-las apenas com idéias ou vontade de fazer. Tanto o tempo histórico, como os espaços geossociais, dominam a vida das coletividades.

Será que estudando Kelsen temos sido fiéis às suas lições? Não sei, não. Largando a experiência, pouco nos preocupamos com a realidade social das nações, com a sociedade e a natureza das coisas. sequer meditando sobre o direito que devemos aplicar.

IV — De que vale o Estado de direito, atacado por ideologias, sem uma organização político-constitucional fundada em realidades nacionais? Ou simplesmente assentado em teóricos conceitos apriorísticos resultantes de variadas utopias doutrinárias?

Entre nós, no Brasil, a verdade é bem essa. Nas crises que atravessamos, as correntes ideológicas de pensamento jamais conseguiram estabilizar a nação. Sacrificando realidades, a não ser em 1824 pós-Colônia, as Constituições se fizeram Cartas inorgânicas.

V — Vivemos, por séculos, de experiências ideológicas. Fazendo consagrar a vontade política no momento dominante, esquecemos a nação para a qual as Constituições são votadas. A chamada crise das Constituições possui causa mais profunda no ideologismo pretendendo equacionar problemas concretos.

As mudanças sociais, ao provocar mudanças constitucionais, quando decorrentes do tempo histórico ou de fatos imprevisíveis, por impossível, não conseguem desnaturar a nação como ela é. Os fatores permanentes condicionantes da geopolítica submetem uma Constituição à realidade, a norma à organização.

VI — O problema constitucional brasileiro, no sábio entender de ALBERTO TORRES, é o problema nacional brasileiro. A legitimidade

vem daí, portanto, do modelo de sociedade política historicamente consolidada. A legitimidade é a nação quem dá, conforme já na origem esteja constituída.

A vontade do poder constituinte comprometida com preconceitos ideológicos, esquecendo as bases sociais e políticas nacionais, artificializando normas de organização e de representação, dentro em pouco possibilitam nascimento do arbítrio diante de preceitos organicamente rejeitados ou rejeitáveis.

VII — Aqui fica a razão deste pequeno e modesto ensaio. Não querendo, por motivos sensíveis, combater ou criticar ideologias. A ciência política já avançou bastante e a sociologia também para sabermos que mudanças ou transformações sociais nada têm a ver com o sonhado idealisticamente pelos homens.

A relação social deve vir afinada com a relação econômica. A relação política com a relação constitucional. A relação constitucional com a relação administrativa. Tudo organicamente visando realidades nacionais a partir da organização, sua divisão e poderes, funções, órgãos e competências.

VIII — Na verdade, quando se elabora uma Constituição, não se pode fazer mais como antigamente. Sentar diante de uma mesa e reduzir a textos conceitos abstratos. Impor forma a normas tiradas de princípios teóricos. Estabelecer regras de conduta alheias à sociedade existente e como existe.

Já que a história está cheia de ensinamentos mal aproveitados, vamos esperar que, no caso do Brasil sofrido por tantas desnecessárias crises, os homens responsáveis não se deixem esmagar pela força do interesse de grupos, esquecendo a nação nas suas exatas realidades fundamentais.

Juízos de valor e juízos existenciais

IX — Não é fácil, nunca foi, analisar fenômenos políticos. O único método, porque racional, é o histórico em consonância com fatores geopolíticos e sociais. As aproximações, com respeito a realidades, valem mais que conclusões emocionais. É o que vamos tentar ver no desenvolvimento deste ensaio.

Os fenômenos políticos, por exemplo, vêm de causas e produzem outras causas. Não podemos simplesmente equacioná-los na vida do Estado, nas organizações internacionais ou nacionais, na atividade dos grupos ou na idéia de sociedade, ligando pressupostos ideológicos à ordem material e física das coisas existentes.

X — Observando o presente, ao investigador cumpre, olhando a história, procurar conhecer:

— quais as causas dos fenômenos políticos;

— diante das causas quais as conseqüências dos fenômenos políticos.

Sem dúvida, a complexidade está não só em conhecer, mas em definir qualificando o fenômeno político. Qualificando-o em determinadas circunstâncias. Detectando-o com objetividade. Sabendo até que ponto influem nas sociedades humanas mudando linhas de conduta ou forçando transformações institucionais.

Se considerarmos revoluções e guerras como fenômenos políticos, estamos diante de causas anteriores e de causas sucedâneas. O porque do Brasil ter participado da última conflagração e o que resultou dessa participação. O que levou à Revolução de 1930 e o que reformulou-se após episódios revolucionários.

XI — Visível que tais fatos conseqüentes de realidades alteram regimes políticos. Contudo, não alterando a vida orgânica de uma nação, nem estruturas básicas naturais, impõe ao analista adotar critérios de conhecimento, partindo:

— de juízos de valor;

— de juízos existenciais.

Os primeiros determinantemente históricos e sociais. Os segundos sempre atuais diante de sociedades sofridas por forçadas transformações. Daí por que, em vez de contornar realidades, devemos explicá-las. Não ficando na face ideal das ideologias para impor soluções heróicas ou mentalizadas.

XII — As dificuldades da ciência política provêm da falta de unidade no estudo de questões universais. O que a África representa nada tem a ver com a Ásia. A América do Sul está distante da América do Norte. A própria Europa, como todos os demais Continentes, oferece flagrantes diferenciações de padrões existenciais.

Nem por isso, a ciência política deixa de possuir valores objetivos. Juízos sobre nações, povos e sociedades. Nunca podendo, porém, colocar num mesmo plano fenômenos a serem dissecados nas áreas nacionais. Motivo este pelo qual se amplia o divórcio entre ela e as bem sistematizadas ideologias.

Tomemos os exemplos, pelo menos neste século, do soviétismo, do fascismo e do nazismo. Embora com vida mais longa, no sentido ideológico, o soviétismo, quase igual nas técnicas ao fascismo e ao nazis-

mo, teve explicáveis surgimento, ascensão e declínio. Deles só resta ou está restando notícia de grupos no Estado-Poder.

XIII — In tempore, posições morais, jurídicas, estéticas ou religiosas, jamais desaparecem. Estão acima do Estado e na base dos regimes políticos. O problema, a equacionar, é de conhecimento de gnoseologia, não de simples ideologias. De juízos de valor e depois de juízos existenciais conforme a natureza de povos ou nações.

Impressiona, entretanto, a tentativa do ressurgimento dos sofistas. Atraídos pelas graves crises do mundo moderno, concorrem hoje para confundir maneiras de pensar e de agir. Chegando ao extremo de adotar posições filosóficas negativas através de fórmulas apenas dialéticas ou retóricas.

XIV — Esquecem os contemporâneos, contudo, que o florescimento exemplar de Atenas ao seu tempo foi resultado da unidade geográfica, comercial e política, possibilitando que assim fosse a metrópole do seu mundo e de uma civilização, de uma sociedade confiante na sabedoria dos homens e das assembléias populares.

Se a pregação ideológica é válida, a profissão de fé ideológica não favorece o entendimento da ciência política. Tira-lhe a importância científica. Fazendo esquecer que as **leis causais** não admitem senão critérios que não sejam estranhos às impermeáveis constantes da natureza social e humana.

Os juízos de valor, conquanto históricos, ajudam na estruturação dos regimes políticos. Os juízos existenciais, por sua vez, por serem atuais, informam realidades concretas. Noutras palavras, o irrealismo em bases teóricas estima regimes em função do idealismo autoritário ou do sentimento conduzido.

XV — É necessário, pois, sair de idéias que escravizam verdades, instintivas e não racionais. Principalmente quando vemos responsáveis pregar regimes ou sistemas divorciados da nação, optando pelo parlamentarismo ou pela distritalização eleitoral, apoiando rótulos que envolvem a própria negação da sociologia política.

É preciso compreender que a ciência política, embora não tenha o rigor das ciências matemáticas, tem muito a ver com as ciências naturais. Não se realiza doutrinariamente, mas através de pesquisas atentas e presentes em todas as coisas, sobretudo as geostóricas determinando como as nações nasceram e os sistemas devem ser.

Mesmo em face das legítimas disputas dos poderes temporais jamais será possível esquecer dos precedentes naturais históricos institucionais e das distinções seculares que tornam as nações suficientemente formadas a fim de repelir ou então rejeitar a influência de planos e soluções irracionais.

O poder pelo poder na política

XVI — No seu primeiro livro dos **Discursos**, MAQUIAVEL, tão aviltado e pouco entendido, lembra já no seu tempo as lições da história, como “se o céu de hoje” não fosse o mesmo, o “sol e os homens tivessem mudado”, como se o mundo envolvendo nações não possuísse “movimentos naturais” aproximados de mecanismos sociológicos.

Claro que não se discute a crença nas ideologias, até por vezes excessiva ou ingênua. Mas quando a crença se transforma em religião impondo soluções de conhecimento pela força de convicções grupais, então regimes e sistemas políticos se montam na base da opressão e preconceitos prejudiciais às nações.

XVII — O saber político, no tocante ao conhecimento dos fenômenos, como a crença nas ideologias com respeito à defesa de idéias, apenas proporcionam elementos e princípios que não devem, na investigação sócio-política, esquecer a ligação entre a teoria e a prática, entre o real e o ideal.

Sem dúvida, se um regime é representativo, é democrático, precisamente pelas leis puras de ordem natural, não aceita unanimidade. Não é a falta de unanimidade que preocupa. Mas o racionalismo natural que dá nascimento às nações, e isto conforme estruturas de unidade e que na unidade se desdobram.

Não sendo assim, temos de aplaudir a tese do poder pelo poder na política. Colocando a razão social a serviço da razão de Estado. Em qualquer época uma nação somente se satisfaz com os instrumentos naturais de que dispõe para adotar regime político próprio e sistemas reais e não artificializados.

XVIII — Mesmo regime político estável, fundado em realidades cogentes, sofre, na constância dos tempos, mutações imprevisíveis. Basta não haver transmissão pacífica de poderes para sensibilizar a ordem orgânica nacional. Pois somente duas maneiras são essenciais na continuidade e no exercício da função de poder:

- uma por meio de eleições;
- outra por meio de revoluções.

Dois fatores atuam, bastando verificar o processo evolutivo histórico, na transferência de poderes e funções, ambos influenciando decisivamente nos processos volitivos:

- a razão conservadora;

— a razão revolucionária.

O temor das mudanças, como o medo de novos direitos, o instinto conservador em oposição a riscos, marca homens e sociedades. Mas, por detrás do instinto conservador permanecem interesses reagindo fisiologicamente, interesses de cada um, de grupos, de categorias sociais e da própria sociedade política.

XIX — Não são teorias, nem doutrinas, que justificam a razão revolucionária. Nem por certo construções ideológicas com base no ativismo intelectual, moral ou material. Os **fatos**, sim, estes se fazem fortes, porque não distinguindo classes ou categorias sociais, desencadeiam movimentos incontroláveis.

Quando a razão conservadora, instintiva, dá vez à razão revolucionária ou ao racionalismo, os **fatos** consensualizando interesses promovem soluções visando conciliar o interesse individual com o interesse coletivo. Quanto aos regimes, se reais nos sistemas, suportam normalmente os efeitos das mudanças.

Acaso os efeitos encontrem regimes irreais ou mal estruturados, a razão revolucionária domina a razão conservadora, conduzindo a processos violentos liderados por corifeus se julgando apóstolos de nova ordem universal. Avivam-se novos direitos e reavivam-se os direitos imprescritíveis ou inalienáveis.

XX — Na verdade, são sempre esses direitos, os imprescritíveis ou inalienáveis, que renovam tendências conservadoras tementes do futuro e que promovem tendências revolucionárias satisfazendo de momento interesses de grupo ou do todo social, dando assim expansão ao livre jogo das forças individuais agrupadas.

Não havendo regimes políticos saídos da realidade geossocial-histórica, sabemos que o homem não pode por si só conduzir o curso da história. Daí a transitoriedade, embora periódica, de situações autoritárias, centradas no exercício do poder central ou no cesarismo arquetônico de falsas instituições.

Nas nações, o mundo natural e o mundo da história definem regimes e sistemas políticos. A motivação é de espírito lógico, não de ideologias, doutrinas ou teorias especulativas. SOREL, completando MAQUIAVEL, evocando critérios éticos ou fazendo apologia da violência, traz lições de bom senso em favor **do não deixar acontecer**.

XXI — O saber político faz tranquilidade, mas não torna inútil o saber histórico. Há através dele, em uma mesma nação, suficiência de conhecimentos práticos. Hoje já não são os homens que administram

as coisas, porém as coisas que submetem os homens. Nas circunstâncias, a vontade, predetermina-se diante de fatos.

Os imperativos, sejam naturais, sociais, religiosos, econômicos ou educacionais, devem ser examinados no tempo e no espaço, dentro das nações e também fora delas. Constituem forças influenciando acontecimentos. Afirmando que a previsão é possível e que a imprevisão é sobretudo catastrófica.

Os vários fatores, pela própria natureza, na imperatividade, recomendam *a priori* os regimes políticos e os sistemas governamentais. Passivamente não aceitam soluções contrárias e que não emergem da viva realidade social. Mesmo ao poder constituinte não cabe exercitar-se indiferente à nação **constituída**.

XXII — Quem não sabe como uma nação está vivendo em face de um determinado regime político? Embora os meios de comunicação possam servir regimes de pauperados, jamais possuem condições de esconder a verdade política, ou então crises que, aniquilando o funcionamento das instituições, subvertem os sistemas de governo.

O poder pelo poder se consome diante de **fatos** que abalam possíveis resistências institucionais. Nos bons regimes, o equilíbrio reside na harmonia entre a razão conservadora e a razão revolucionária, considerando imperativos de **tempo** quanto à história e imperativos de **espaço** com respeito às visíveis realidades nacionais.

Resta não desconhecer, ao se organizar politicamente uma nação ou ao reorganizá-la, que os regimes para serem perenes demandam sistemas adequados ao **habitat** nacional. Porque, ao nascer, uma nação *in natura* não deixa de proporcionar à pesquisa elementos concretos de origem geossocial e, portanto, geoconstitucional.

Imperativos no tempo e no espaço

XXIII — No **tempo**, temos a história. No **espaço**, conhecemos nações. Claro que não podemos superar o relativismo, os limites que falam de elementos culturais, geossociais. São estes elementos indispensáveis à morfologia dos regimes e sistemas políticos. Cumpre não transpor estes limites a fim de não artificializar mecanismos naturais.

Sem dúvida, entendida uma nação, as premissas são peculiares. A crença na uniformidade tem características nacionais, nunca, porém, internacionais. Cada nação é um mundo à parte. Retirando das bases as formas imanentes da própria constituição. A unidade política da natureza sócio-humana começa pelo **nacional**.

Por essa razão, ao que parece fundamental, e que vai além das escolas filosóficas, a visão sociológica está sempre presente nos estilos de organização política e nos sistemas políticos. Não há como desintegrar valores tradicionais integrados, considerando a nação como um **corpo social** e por consequência **corpo político**.

XXIV — O imperativo do valor **tempo** fica ao lado do imperativo do valor **espaço**. O saber sociológico, indo à procura das leis naturais, tende a procurar não só as causas das formações nacionais, mas a integração física das áreas ocupadas. A realidade não permite esconder determinantes físicas ou fisiológicas. Nem a dialética marxista consegue intuir esquemas artificiais.

Quando o *marxismo* pretende adivinhar a história, se não estiver voltado para o passado, sequer supera ilusões utópicas. A experiência sempre atual demonstra que não há processo nenhum para prever com exatidão o surgimento de acontecimentos, senão acautelando a nação através de regimes e sistemas consentâneos com as realidades nacionais. O *realismo* mal algum faz ao pesquisador.

XXV — Oscilando entre extremos, somente a conquista do poder pelo poder na política não dá sustentação aos regimes políticos. A patologia dos regimes, em todos os países e em todos os tempos, ensina que o desprezo pelas instituições históricas é a grande marca das auto-cracias, do pragmatismo utilizando forças da natureza.

Está visto que os fatos históricos não são ilógicos quando já aconteceram. Pertencem à lógica da história. Sem pensamento experimental regimes e sistemas políticos descaracterizam-se nos fundamentos. Constituem rótulos acobertando poderes oligárquicos, autocráticos, totalitários, uniformes nas relações e disformes na representação.

Bastam essas considerações para convencer que não é possível reduzir uma nação aos limites de uma ideologia. Não será preciso insistir que o **ideológico** não possui força suficiente para condicionar uma nação, sobretudo quando internamente elementos antagônicos manifestam tendências discordantes infra-estruturais.

XXVI — Eis acima o motivo pelo qual, nas sociedades nacionais, o pluralismo e as divisões necessitam entendimento objetivo. Para conhecer se uma nação pode ser unitária, federação ou confederação. Já se vê que as alternativas não oferecem soluções estranhas às racionais formações políticas do ponto de vista **orgânico**.

Sob aspecto realista positivo, a sociologia do conhecimento aplicada à ciência política recomenda que os regimes políticos, para serem autênticos, não desconheçam, em face da organização nacional-consti-

tucional, a existência de critérios lógicos facilitando o desempenho de funções que afirmam estruturas conforme o **cosmos** nacional.

Não queremos dar primazia alguma à ciência política, embora segundo critérios válidos possamos afirmar que ela argui valores gerais básicos como não acontece com a doutrina marxista e nem com o marxismo-leninismo. Poder-se-á criar um pensamento revolucionário havendo nitida consciência de classe, mas não se poderá posicioná-lo contra as físicas estruturas nacionais.

XXVII — Basta ouvir ressonâncias sociais para detectar que em nossa época crises ou enfermidades decorrem dos espaços ocupados pelas nações subdesenvolvidas. Incapacitadas politicamente diante de processos utópicos apoiados por falsas premissas constitucionais. Falando-lhes juízos válidos para exame honesto de verdades objetivas ou realidades subjetivas, quer de regimes, quer de sistemas.

Como as superestruturas nacionais variam conforme infra-estruturas, são as formas orgânicas de uma nação que determinam o processo constitucional, político e econômico de vida. O resto que vier será pura utopia, processo apenas utópico. Resultante da alienação de condições naturais que devem necessariamente ser preservadas nas relações internas e internacionais.

A postura utópica, se levada a conseqüências práticas, equivale, no plano do conhecimento político, ao desnaturamento das instituições. Na verdade, a utopia não comporta, à maneira das ideologias, uma correta explicação temática. Desconhecendo tempo e espaço, o utopismo, apontando modelos idealizados, fica distante das crises ou indiferente às lições da história.

XXVIII — *Aí está a razão, o porquê do falecimento das ideologias na prática dos regimes políticos. Falecem quando procuram exceder o tempo ou transcender espaços.* As idéias, não consubstanciando fatos, só criam situações novas alcançando nos limites espaciais sentimento consensual de permanência, neutralizando tendências que pela reação instintiva resguardam interesses conservadores.

A inteligência crítica do analista da ciência política está bastante amadurecida para do conhecimento da história não esconder realidades diante de posicionamentos emocionais capazes, nas decisões lógicas, de embaraçar soluções naturais. A dificuldade reside precisamente na complexidade da pessoa social e humana, nas circunstâncias transformadas em representativa de poderes.

XXIX — Não mudando o ser humano, não muda a sociedade política. Mas o problema não é só do **ser humano**. É de herança e

do seu **habitat**. De regras sociais a superar. De princípios econômicos a transcender. De sociologismo e de fisiologismo. De direitos entranhados à própria natureza humana de grupos e categorias. Sujeitando os fenômenos evolutivos às contingências do que a história fez e a terra dá.

Os mitos nas ideologias, quem sabe, em períodos limitados, consigam impor aparências. Destinados, porém, ao nascimento, vida e morte, não conseguem atuação continuada. Ficam, bem ou mal, lembrados, possivelmente com seguidores. Não obstante idéias, uma nação segue seu curso, seja este **curso** normal ou anormal. Apagar os efeitos do passado, não se pode. Não respirar espaços, também não.

Os mitos nas ideologias

XXX — Não há ideologia sem um mito que lhe dê fugaz ou permanente plasticidade humana ou social. Nas religiões, as pregações projetam individualidades centrando ortodoxias catalizadoras. Na política, o mito complementa idéias através de homens expandindo conquistas pela força dos mecanismos autoritários.

Os exemplos são muitos, porém bastam os mais conhecidos. O mito de César, na antiga Roma. De Napoleão. De Hitler ou de Stalin. Superando ideologias, tais mitos, demonstrando a fraqueza histórica dos regimes, criam sistemas egocêntricos gerados à margem de realidades demandando duvidosas soluções consensuais.

ARISTÓTELES, até hoje antimito, não consolidou, na dimensão dos ensinamentos, o ideário republicano de **PLATÃO**. Ficou faltando o mito que abrandasse o relativismo democrático. De igual maneira, o eurocomunismo, sem um *Lenine* ou *Stalin*, não efetiva promessas válidas diante de pressupostos limitativos nacionais.

XXXI — Nos grandes desajustes nacionais ou internacionais, onde os mitos comandam, sabe-se que a força empregada de acordo com a lei é menos perniciosa do que a força empregada sob caprichos pessoais. Contudo, o interesse do mito nacional, real ou mesmo imaginário, na condução dos fatos, excepciona regimes e domina sistemas.

Não resta dúvida que todos os mitos ou utopias até aqui construídas “são intoleravelmente estúpidas”. É o que diz **BERTRAND RUSSELL**, embora não possamos desconhecê-las para assim evitá-las. Tanto pacifistas como militaristas, na atuação, só agravam a **pax** genemônica. Basta lembrar Ghandi ou Luther King . . .

Os regimes políticos, não influenciados por mitos, só podem ter suporte na unidade de uma nação, em seus costumes, instintos, na sua

história comum. As afinidades intrínsecas, traduzindo razoável solidariedade político-social, dão a necessária coesão às estruturas e a exata significação fisionomical.

XXXII — Palavras nem sempre conseguem orquestrar soluções normais para situações desajustadas. É o caso dos socialistas históricos, especialmente dos precursores de MARX sobre a distribuição do *justo* na base dos sistemas jurídicos. Como as sociedades dos primeiros tempos, as de agora buscam utopicamente apoio nos mitos.

Por sua vez, a justiça social não constitui princípio fundamental suficiente para reformulações econômicas ou políticas. Já que tudo deságua num sistema político de forças, amparado na conquista do poder e em benefício de grupos, desiguando ainda mais a natureza social e das coisas nas relações sociais.

Por isso, como ideologia, o velho tipo socialista revolucionário marxista, somente através de lideranças míticas, consegue apossar-se de regimes preestabelecidos, detendo o poder sem nunca conseguir absorver movimentos continuados renovando interesses vitais. Autoritariamente o poder, mantém-se mitificando homens.

XXXIII — Acontece que, apelando para uma ideologia política, útil em determinado momento histórico, nada se faz senão inventar utopias ou criar um mito de em si mesmo representar teorias ilusórias ou não, porém naquele preciso instante demonstrativas do grau de energia vital coletiva então no momento compulsivas.

As linhas teóricas na prática falham completamente pelo excessivo otimismo de esperar que idéias transformem fatos. Porque o espaço nacional não é um *programa* e nem uma *causa*, mas um *lugar* no qual os imperativos naturais não podem ser depreciados a ponto de afrontar realidades concretas geossociais.

As fronteiras nacionais nos dias atuais, em inúmeras áreas sociais críticas, impõem instituições políticas que possam dizer com firmeza da existência da nação. A lição importante vem da realidade cósmica limitada e não de fictas noções teóricas insuficientes para explicar problemas nacionais.

XXXIV — O conhecimento da sócio-biologia, no estudo das ciências sociais, confirma a crença de que os regimes políticos, como obra de engenharia jurídica, não podem jamais programar soluções racionais, reduzindo questões reais a simples questões ideológicas especulativas, na maioria produtos de pensamento crítico.

Quando nas equações políticas faltam as constantes naturais, as proposições, embora corretas ideologicamente, desandam em suposi-

ções que, contornando o universo físico, provocam perturbações exógenas conforme fatores não influenciados por modelos utópicos. A utopia, fazendo sonhar, não produz radiações práticas.

A chave para o exercício estável do poder político está no conhecimento ou reconhecimento das instituições naturais, livres da influência passageira dos mitos ou das utopias. Para avaliar os laços existentes entre as instituições e os regimes, basta sentir os elementos constitutivos básicos de dinâmica social.

XXXV — Essa foi a direção tomada pelo direito constitucional do pós-última Grande Guerra. Em linhas gerais, as Constituições, votadas ou promulgadas, procuraram evitar equívocos posteriores à conflagração de 1914/1918. Revisando, assim, diante de doutrinas e ideologias, posições de figuração institucional histórica.

Todavia, finalizados os conflitos de 1914 e 1939, os mitos sempre voltaram a dominar acontecimentos. Nações vitoriosas, sugestionadas pela própria dialética, pensando renovar a ordem constitucional adotando postulados ideológicos, fizeram por esquecer a importância relativa, porém básica, dos espaços geopolíticos.

XXXVI — O constitucionalismo, nos países filosoviéticos, dispensando distinções, impondo discriminações políticas, importância nenhuma dando às realidades espaciais, restaura o poder pessoal do mitolíder aprisionando-o dentro de signos ideológicos ou, então, de poderes convertidos em direitos estatais.

Quem observar há de necessariamente notar, nos esquemas constitucionais contemporâneos, profundo e substancial divórcio entre a parte dogmática e a orgânica das Constituições. Tornando os regimes sujeitos a restrições que na verdade anulam limitações de funções dependentes de alto poder constitucional.

Dogmática e organicidade

XXXVII — Não basta que as Constituições proclamem uma forma de governo. É indispensável que, conhecendo instituições enraizadas na tradição histórica do país/nação, formalizem organização política compatível com a formação histórica/natural/social.

Toda organização, reunindo instituições, está vinculada por íntima correspondência ao ambiente material que a circunda. Nenhuma instituição deixa de ser concreta, nem vaga no espaço indefinida ou é destituída de substância orgânica.

Portanto, numa Constituição, a dogmática vem submetida a processos orgânicos. A unidade constitucional, política, social e jurídica,

decorre necessariamente da harmonia institucional, ou seja, da soma de valores reais fundamentando os sistemas.

XXXVIII — Na história das Constituições alemãs encontramos textos limitativos do exercício dos direitos individuais e textos concedendo aos Parlamentos faculdades permitindo reformas constitucionais. Qual a razão? Quais os motivos levando a limitações?

Verificando fatos, as limitações se referem às sempre vivas tendências ideológicas, autoritárias ou antidemocráticas. Pretendem assegurar direitos apontando ilicitudes de ação política. Objetivando, pela organização, deter manifestações inorgânicas.

Na generalidade, o democratismo liberal constantemente se conflita com os quadros ideológicos. Fica indefeso diante de dogmas inoperantes ou normas inorgânicas. O mal das Cartas é serem laboradas em épocas turbadas por paixões ou intenções irracionais.

XXXIX — Embora clássica, a distinção entre parte **dogmática** e parte **orgânica** não é problema que se equacione ideologicamente e sim realisticamente. Se na primeira temos limitações individuais, na segunda a composição dos poderes pede realismo orgânico.

Quando examinamos algumas Constituições contemporâneas (França, Itália, Japão, Espanha ou Alemanha Federal), três indagações surpreendem o analista nas suas colocações críticas:

- pode dizer-se que a composição dos poderes corresponde à realidade social da nação nos pressupostos geopolíticos?
- pode considerar-se o sistema político adotado o melhor consentâneo com as instituições naturais?
- pode afirmar-se exatamente que os preceitos incorporados aos textos são objetivamente dogmáticos?

Em tese, realmente **não**, as respostas são negativas. Uma Constituição, num país **constituído**, não se faz nem para o Estado, nem para o indivíduo. Se faz para a nação, a sociedade política, e para disciplinar instituições naturais preexistentes.

XL — Diante de dogmas e na organicidade não podemos separar a sociedade política do Estado-Poder. Do Estado-Gendarme do velho liberalismo, apenas restam informações históricas. Preocupa hoje seriamente como fazer presentes textos ou preceitos reais.

Para o cientista político a tarefa não é fácil. Sobretudo porque complexa no que tange a valores tradicionais e atuais, de história e

geografia, de costumes e espaço social. Recomendando construções de unidade nas propostas sociais e jurídicas.

A ciência política, sem dúvida, ao menos como instrumento, como meio para um fim, é indispensável ao analista. Sem ela, sem conhecimento dos enfoques sociais, uma Constituição pode ser uma obra de estética, nunca, porém, provida de elementos estáveis.

XLI — O **dogma**, tratando da parte dogmática, oferece, de maneira efetiva, oportunidade para fixação de preceitos humanos ou comunitários, filosóficos ou morais, teológicos ou tradicionais, antropológicos ou biossociais, sociológicos ou pedagógicos.

O **orgânico**, tratando da parte orgânica, oferece de maneira objetiva a unidade no desdobramento de atividades, coordenação que mantenha harmônicas e não ilhadas as instituições e conforme experiência histórica através de sistemas bem caracterizados.

Deixa de ser fútil, estéril ou preconceituoso, discutir de maneira científica o modo de fazer uma Constituição na sua parte dogmática e sobretudo na sua parte orgânica. Considerando, **prima facie**, a dependência da sociedade política ao seu meio ambiente.

XLII — As comparações **orgânicas** não se definem por si próprias, pois *dificilmente* os mecanismos se adaptam às diferenças nacionais. Recomendando identificação dos processos constitucionais com os fatores determinantes da organização, regimes e sistemas.

Quem não sabe que, tanto nas comunidades primitivas como nas chamadas civilizadas, observamos antes de tudo que qualquer ação humana vem submetida a tipos de conduta organizada? Ou que todas as nações diferem na origem e substancialmente?

Aí está, para exemplo, a China do passado e de hoje. Embora diferenciada nas constantes de vida familiar, com respeito ao culto dos antepassados, às suas cidades e estruturas municipais, ao sistema de **clan** e também quanto à ordem econômica e política.

XLIII — O conhecimento etnográfico do mundo demonstra que em todos os Continentes existem limites bem definidos separando umas nações de outras, exigindo como fundamental o entendimento de valores básicos no amplo sentido dogmático e orgânico.

Uma vez mais insistimos que os sistemas políticos não se fazem estáveis, não satisfazendo influências geopolíticas e sociais, desconhecendo instituições já cristalizadas, impondo fórmulas derivadas de ideologias tirânicas no campo das idéias.

O dogma **político** não difere do dogma **religioso**, embora carente de perenidade, de conteúdo menos formal, de essência quem sabe aleatória. Todavia, enquanto preceito, impõe normas de conduta, regras de comportamento, axiomas locados no organismo social.

O papel do Estado político

XLIV — O Estado-Poder, se não é criado para a nação, não representa poder algum. Retrato de uma nação, o Estado, nada mais é que a nação politicamente organizada. Somente assim se legitima através de Poderes e nas suas funções orgânicas.

Já hoje em dia é falso que o Estado haja surgido por contrato ou contratos, por assembleias ou representantes da sociedade. Por isso mesmo não resulta de idéias, teorias, doutrinas ou ideologias. Como organização, a ele cabe integrar interesses.

Sem dúvida, a palavra **Estado** foi a nova denominação dada para a unidade de uma nação. Os estudos em torno da figura do Estado consomem preocupações sociológicas, já porque não há Estado sem nação ou nação que não se constitua através do Estado.

XLV — O Estado constituído, **constitucional**, político, social ou administrativo, é um só. Há de refletir a nação e a sociedade nacional em todos os aspectos fundamentais. Extrai-se o Estado do corpo social e geopolítico em face de realidades orgânicas.

Sobretudo o Estado, como o conhecemos, é organização, constituída, constitucional e administrativa. Com respeito a **fins**, em razão da política, realiza-se por meio de **funções**, ativando funções conforme a natureza dos instrumentos jurídicos.

Doutrinas e teorias, outro tanto ideologias, não tiram do Estado sua característica **física-formal** quando, em face da organização político-constitucional, exercita funções-poderes conseqüentes de dois componentes: a representatividade e a legitimidade.

XLVI — No tocante à organização político-constitucional, observada a nação nos seus contornos geofisiológicos, o Estado ganha sua adequada qualificação política, é unitário, federado, confederado, simples, complexo ou composto.

Em qualquer hipótese de análise objetiva, o Estado, expressando a nação, corresponde a um regime político e a um sistema de governo. Enquadrando-se, constitucionalmente, por força de princípios e normas à fisionomia geofísica nacional.

Evidente que a tarefa de adequação às realidades é bastante complexa, tal é a soma de fatores incidentes na formação e vida de uma

nação. Todavia, quanto mais aproximado da fisiologia nacional, menores as crises e menos graves os traumas orgânicos.

XLVII — A problemática, nas dimensões e projeções, responde pela estabilidade dos regimes políticos e pelo equilíbrio dos sistemas de governo. A solução constitucional, inerente às Constituições, reside precisamente no binômio Estado/nação.

Não é demais querer que, ao elaborar uma Constituição, o poder constituinte originário conjugue o Estado com a nação, evitando que realidades venham a conflitar-se com as estruturas naturais, prejudicando a normalidade no exercício dos poderes.

Nação, Estado, regime político e sistema de governo, é que fazem a unidade fundamental. Gerando nos espaços geográficos o fenômeno político da soberania. A questão, como se verifica, é pacífica nas premissas, podendo complexar-se em face de artifícios ideológicos.

XLVIII — Uma Constituição não se faz apenas com palavras bem encadeadas num sistema de preceitos. A ordem social, a ordem econômica, a ordem jurídica e a ordem administrativa, na unidade da ordem constitucional, **constituem** fisiologicamente o Estado-Poder.

Porém, o Estado-Poder, em qualquer regime ou sistema de governo, é produto da organização político-constitucional. Partindo do princípio da soberania para desdobrar-se em Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário) formalizados e jurisdicionalizados na reciprocidade de competências partilhadas.

Nenhum dos Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário) é maior que os outros. Dentro da organização político-constitucional estão num mesmo plano fundamental, na legitimidade representando racional divisão de atividades autônomas nas esferas próprias de competência.

XLIX — Supõem os regimes constitucionais, fundados na geopolítica, a integração de Poderes que se consumam no Estado-Poder, inferindo-se daí que a partição de competências decorre de objetivos comuns a serem alcançados conforme regras substanciais.

As teses clássicas, essencialmente doutrinárias, sobretudo as surgidas dos enfoques europeus (BURDEAU, DUVERGER, PRÉLOT), tornam-se especulativas diante de nações como os Estados Unidos, a Rússia, o México e o Brasil, nas quais dominam realidades inafastáveis.

MONTESQUIEU ainda é a verdade. HAMILTON, na América, o conteúdo da verdade. Não compete à ciência política senão aconselhar modelos constitucionais que, em face da experiência histórica, não favoreçam desajustes entre o Estado-Poder e a nação a que serve.

L — Inspirada em fatos e determinando fatos acontecidos, a ciência política, conhecendo ideologias, não pode senão querer espelhar

situações passíveis de crítica histórica. Não lhe cabe alterar condições geossociais, momentos históricos ou dependências naturais, a fim de não tombar em concepções que não passam de projetos políticos.

Quem não sabe que as realidades variam de nação para nação, mesmo dentro de uma mesma nação? Fica impossível, portanto, na construção de regimes políticos, confundir recursos nacionais com recursos naturais, os primeiros dizendo com forças potenciais, os segundos com fenômenos geofísicos e geossociais.

Realmente, se o ser humano vive em família, grupos, comunidades ou sociedades nacionais, jamais poderá alhear-se do espaço geofísico ou geossocial circundante, **espaços** que, reservados a determinada nação (soberania), impõem valores que ficam a exigir mecanismos adequados ao determinismo das coisas naturais.

Conclusão

LI — O ideologismo, embora traduzindo filosofia de vida social ou buscando um **fim** para o Estado-Poder, sem dúvida esbarra nos problemas de uma nação **naturalmente** formada ou em formação. Precisa, mediante instrumentos políticos, antes de mais nada, considerar elementos insertos no contexto de organização nacional.

No cabente à organização, representatividade, Partidos Políticos, sistemas eleitorais, programas ou idéias, pouco significam não vindo moldados à imagem e semelhança da nação. Qualquer concepção de vida sócio-política, não atendendo a pressupostos físicos de espaço nacional, forja irrealidades altamente nocivas à sociedade política.

O importante é, pois, que o ideologismo em face da ciência política, resguarde nações de ideais inaplicáveis ou não visem a nação conforme estruturas nacionais que lhe são próprias. O valor do Estado-Poder depende de como cumpra suas funções em serviço da nação. Para a paz social é preferível o mundo dos **fatos** ao mundo das **ficções**.

LII — No tocante à aplicabilidade das Constituições, ao funcionamento dos Poderes ou instituições, tudo faz consequência da nação como fica organizada. Da realização do **processo constitucional** encarado através de funções ou competências especializadas. Da hierarquia de normas constitucionais na relação de subordinação político-administrativa.

Embora rígida, qualquer Constituição, ao apontar normas hierarquizadas, consagra projeções objetivas e subjetivas, isto é, situações que exigem flexibilidade na extensão e por força de outros instrumentos formais:

— leis ordinárias;

- leis complementares;
- leis orgânicas;
- emendas constitucionais.

A flexibilidade, nas Constituições mesmo rígidas, respeitados princípios de hierarquia na organização, regras de comportamento legitimado, tem nos instrumentos lembrados as condições procedimentais suficientes à aplicabilidade das normas constitucionais, conforme sua natureza ou eficácia.

LIII — Com respeito às leis que decorrem das Constituições, é assaz importante considerar os regimes políticos e os sistemas de governo. Já porque a hierarquia das normas atinge e dá conteúdo às manifestações de atividade pública, permitindo ao Estado-Poder nas **divisões** exercitar funções constitucionais.

Sobretudo no federalismo, ou nas nações de regime federativo, é preciso bem compreender nos diferentes planos o permitido desenvolvimento das atividades estatais. Nele, a hierarquia das normas possui acentuada normatividade, eficácia jurisdicionalizada, legitimidade sujeita à autonomia das pessoas públicas.

A grande questão, na dinâmica das Constituições e na mecânica das atividades públicas ou administrativas, equaciona-se pelos poderes-funções atribuídos ao Estado **federal** e aos Estados-Membros com extensão às entidades políticas **menores**. Afigura-se, assim, o problema do que **não é** constitucional, da inconstitucionalidade.

LIV — As propostas constitucionais levadas à prática recomendam equações de política objetiva. Já dissemos, o conhecimento da nação é uma delas. Porque uma nação na sua geopolítica, além das estruturas peculiares, possui motivações naturais extrapolando criações ideológicas.

O que é preciso é não descuidar da fisionomia de uma nação. Colocando óbices à influência de idéias carentes de aplicabilidade racional. Pois uma nação, é tão fácil verificar, ao ser vista de perto ou à distância, aponta aspectos inconfundíveis nas diversificações orgânicas.

Passou o tempo histórico em que as conquistas ideológicas podiam representar soluções sociais e humanas sem atender pressupostos físicos de organização político-constitucional. Com isso, no campo dos direitos conquistados ou por conquistar, somente os processos lógicos é que viabilizam projetos políticos.

LV — Uma nação artificialmente organizada, com respeito a regimes ou sistemas constitucionais-administrativos, não consegue normalmente gerar medidas de equilíbrio nos direitos políticos, nas

garantias individuais, destarte prejudicando a ordem social, econômica e jurídica.

Já que a ordem social, econômica e jurídica, nos regimes e sistemas políticos, dependem da organização político-constitucional-administrativa, assim também dependem os direitos e as garantias sociais e individuais que uma Constituição possa assegurar a nacionais ou estrangeiros.

Embora **direitos** venham sensibilizados por conquistas universais, a violação deles diz diretamente com a ordem social, econômica e jurídica. Não é bastante que venham normados ou capitulados se na organização não possam merecer proteção conforme estão realmente assegurados.

LVI — Pelo processo **legislativo** ou **constitucional**, como queiram, incorporam-se às Constituições outras normas de conduta político-administrativa forçada, facultando ao Estado-Poder adotar iniciativas legitimadas conforme motivações públicas ou conforme a natureza dos interesses fundamentais.

Como os Legislativos não estão imunes de arranhar normas através de emendas ou leis ocasionais, ressalta a importância dos Judiciários no sentido da apreciação objetiva dos casos de ilegalidade ou constitucionalidade. Visando, na atuação de controle, preservar a estabilidade jurídica nas relações constitucionais.

Na verdade, a estabilidade jurídica na organização política, regimes e sistemas, decorre das garantias constitucionais. Não é difícil, numa Constituição, enfocar, na clareza de normas, os direitos fundamentais assegurados que devam ser protegidos, ou seja, que devam ser resguardados.

LVII — A proteção ou a tutela, o controle e as garantias, visam antes de mais nada a nação como **um todo** na sua organização político-constitucional-administrativa. Projetando-se mediante figuras jurídicas na defesa dos direitos subjetivos privados e dos direitos públicos subjetivos.

A proteção ou a tutela, o controle e as garantias, de há muito excedem compromissos ideológicos, embora de maneira textual assegurem ampla liberdade de pensamento e de legítima atuação processual. Duas funções políticas ficam implícitas, uma de resguardar-se a nação; outra, de protegerem-se os direitos.

Organizada uma nação nas suas bases sociais e políticas, apontados os direitos universalmente consagrados, a supremacia das Constituições, ao lado do princípio da constitucionalidade, repercute na perenidade dos regimes e sistemas de governo, possibilitando vida normal às instituições nacionais.

Grupos sociais e poder

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz Federal. Professor na Faculdade
de Direito do Ceará

SUMÁRIO

1. *Grupos sociais — Conceito*
2. *Tipologia dos grupos*
3. *Os grupos e o pluralismo*
4. *O poder*
5. *Concepção instrumental do poder*
6. *A difusão do poder na sociedade*
7. *Visão democrática do poder*
8. *Os grupos como formas geradoras do poder*
9. *A dinâmica do poder*
10. *O controle do poder*

1. *Grupos sociais — Conceito*

A sociedade não é mero agregado de seres humanos. Constitui-se, em verdade, de um complexo labirinto de grupos e relações sociais. O indivíduo não se insere de forma imediata na totalidade social, mas através de instâncias intermediárias, de grupos sociais.

O homem é, antes de mais nada, membro de uma família, produtor, ser religioso. Nessas condições, relaciona-se com outros para constituir unidades dotadas de uma certa coesão e direcionadas a uma finalidade comum. Essa forma consorcial se denomina

grupo, definido por GURVITCH como "unidade coletiva real, mas parcial, diretamente observável e fundada sobre atitudes coletivas contínuas e ativas, possuindo uma obra comum a realizar, unidades de atitudes, de obras e de conduta, o que constitui um quadro social estruturável, tendendo para uma coesão relativa de manifestações da sociabilidade" (1).

Nos grupos, há duas ou mais pessoas, entre as quais existe interação, isto é, reconhecem-se relações a serem consideradas conjuntamente. A associação possui uma identidade objetiva, própria, distinta dos seus membros, cômicos, por sua vez, dessa circunstância. A individualidade objetiva do grupo manifesta-se pelos caracteres a seguir relacionados:

a) presença específica do todo, ao lado das personalidades particulares dos seus componentes;

b) percepção da unidade com base em quatro elementos:

b.1) consciência da unidade grupal por parte de cada um dos seus membros e da distinção do agregado frente a outros;

b.2) unidade coordenada ou coincidente de conduta dos seus membros, em vista de fins próprios do grupo;

b.3) uma estrutura de papéis e "status" reciprocamente relacionados no seu interior, embora inexistente nos chamados grupos amorios (p.e., as classes sociais);

b.4) sentimento de responsabilidade solidária, por parte dos indivíduos neles inseridos;

c) autonomia do todo frente aos seus componentes, no que se relaciona com modificações em sua estrutura, e à sua duração, desvinculada, em geral, da permanência dos integrantes;

d) formas de conduta objetiva — usos, convenções ou normas — impostas aos respectivos membros.

Desse modo, entende-se por grupo social, consoante definição operativa da BADIA, "uma pluralidade de pessoas em situação estável, uniforme e formal (às vezes institucionalizada, em sentido

(1) GURVITCH, Georges. Problemas de sociologia geral. In: *Tratado de Sociologia*. São Paulo, Martins Fontes, 1977, v. 1, p. 262.

sociológico), de interação ativa ou potencial, que se cristaliza em um sistema de valores interiorizados, e por isso mesmo, compartilhados, e se traduz em atitudes e comportamentos comuns" (2).

2. *Tipologia dos grupos*

Existem necessariamente cinco espécies de grupos como expressão concreta de diferentes formas de vida. A família da vida doméstica; os agrupamentos profissionais da econômica; os Estados, para a cívica; a Organização das Nações Unidas, da internacional; e as igrejas, correspondente à espiritual.

Entre as diversas classificações dos grupos, ressalta a de COOLEY, que, de acordo com a estrutura, distingue entre os primários ou microgrupos (famílias, grupos de diversão, vizinhanças) e os secundários ou macrogrupos (Estados, Partidos Políticos, Classes). Naqueles, os seus integrantes convivem diretamente, sem a mediação de terceiros. Os microgrupos são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade e da manutenção das idéias sociais. O contato direto entre os homens pertencentes a tais grupos permite-lhes a identificação com os demais, na qualidade de pessoas, a partir das experiências vividas e imediatas com os outros. A proximidade humana aí encontrável serve para formar nos homens nelas situados o sentido de humanidade, ideada a partir da autêntica compreensão do valor e da dignidade de cada qual.

Já nos grupos secundários, ordenados de forma racional, com objetivos utilitários (as "Gesellschaft" da dicotomia de TÖNNIES), o relacionamento é de caráter impessoal. Prepondera o vínculo do puro interesse, ao invés dos laços afetivos dos microgrupos.

3. *Os grupos e o pluralismo*

Os grupos fazem parte da anatomia das sociedades, podendo ser encontrados em todos os lugares e tempos, como meios de atuação comum. A liberdade de constituí-los só é limitada, consoante afirma SOROKIN, "numa fase relativamente tardia da História

(2) FERRANDO BADIA, Juan. *Estudios de Ciencia Política*. Madrid, Ed. Tecnos, 1976, p. 95.

humana, entre civilizações complexas” (3). O individualismo liberal, por exemplo, os rejeita, como instrumentos de opressão. A prática do século passado, através do movimento sindical e do incontornável surgimento dos Partidos Políticos, demonstra, ao contrário, o seu potencial liberador e democratizante. Exercem, na mesma centúria, o papel de sustentáculos da democracia norte-americana, cujo associacionismo é objeto da admiração de TOCQUEVILLE, em seu clássico *Democracia na América*, no qual escreve, assinalando a imensa gama de fins neles realizáveis:

“Os americanos de todas as idades, de todas as condições, e sejam lá quais forem seus interesses e propósitos, estão constantemente formando associações. Não possuem apenas companhias comerciais e industriais nas quais tomam parte, mas associações de mil outras espécies: religiosas, morais, sérias, fúteis, gerais ou restritas, enormes ou diminutas. Os americanos fazem associações para dar entretenimento, fundar seminários, construir estalagens, igrejas, difundir livros, mandar missionários para as antípodas; fundam hospitais, prisões e escolas” (4).

Nos dias atuais, em um mundo complexo e com grande divisão de trabalho, cada indivíduo acumula variado número de papéis, de acordo aos diferentes grupos a que pertence. Pode ser, na enumeração de FRAGA IRIBARNE, “um escritor eminente, um homem pobre, um paroquiano piedoso, um mau futebolista, um hábil bailarino” (5). Na multiplicidade de relações possíveis, “os seres humanos, como peças de um caleidoscópio, formam e tornam a formar agrupamentos, combinam e voltam a combinar-se em associações inúmeras, dotadas de diferentes estruturas” (6). Variado leque de grupos, com fins diferentes, ocupa o espaço social, interpondo-se entre o indivíduo e o Estado. A sociedade civil não se dissolve atomisticamente, mas, como escreve HEGEL, ordena-se “em associações, comunidades e corporações”, nas quais o homem

(3) SOROKIN, Pitirim A. *Sociedade, Cultura e Personalidade*. Porto Alegre, Ed. Globo, 1968, v. 2, p. 742.

(4) TOCQUEVILLE, Alexis C. H. M. C. de. *Democracia na América*. São Paulo, Ed. Nacional, 1969 (ed. condensada), p. 229.

(5) FRAGA IRIBARNE, Manuel. *La Crisis del Estado*. 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1958, p. 145.

(6) LIPSON, Leslie. *Os Grandes Problemas da Ciência Política*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1976, p. 74.

“alcança a sua determinação real” (7). A sua extraordinária floração hodierna atende ao preceito rousseauiano de que, “caso haja sociedades parciais, é preciso multiplicar-lhes o número, a fim de impedir a desigualdade” (8), ou seja, ao se disseminarem, obstam a dominação da sociedade por alguma delas, mais poderosa.

Esse fenômeno da multiplicidade grupal constitui o pluralismo, configurado pela existência de vários grupos político-sociais (famílias, associações, sindicatos, cooperativas, partidos, clubes de pensamento, sociedades científicas, culturais, desportivas etc.) entre o indivíduo e o Estado. Há na sociedade, uma constelação deles, nos quais se movem, atuam e operam os indivíduos, que para conseguir os seus fins, inatingíveis isoladamente, devem conviver associados, combinando suas ações.

4. O poder

O poder, para as ciências sociais, é fenômeno de importância fundamental, comparável à energia, em relação à física. O seu conhecimento é básico para o direito político, pois a Constituição é o instrumento jurídico destinado a domar-lhe o exercício, mediante o encontro das formas institucionais adequadas para tanto. Por isso, LOEWENSTEIN propugna por uma ciência do poder, uma “cratologia” (9). Urge, nesta razão, conceituá-lo e analisar seus componentes, localização, características e processo.

5. Concepção instrumental do poder

Para MAX WEBER, “o poder significa a possibilidade de um homem ou de um grupo de homens realizar sua própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo em face da resistência de outros” (10). Trata-se de um potencial para a realização de fins e compreende o conjunto dos meios de que um homem pode dispor

(7) HEGEL, F. W. F. *Filosofia del Derecho*. 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Claridad, 1968, pp. 258/9.

(8) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. In: CIVITA, Victor. *Os pensadores*. São Paulo, Ed. Abril, 1973, v. 24, p. 54.

(9) LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 25.

(10) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, v. 1., p. 43, v. 2., p. 696.

para inclinar as vontades dos semelhantes, obrigando-os a cumprirem uma orientação, a seguirem uma rota por ele traçada.

Identifica-se como uma energia capaz de produzir alterações na realidade. Orienta-o uma vontade cujo fim é estabelecer uma regularidade de comportamentos, uma atuação contínua por meio de disciplina, isto é, uma ordem.

Seu pressuposto é a diferenciação hierárquica, pela qual um ou alguns atores — aquele ou aqueles que o exercem — estão em plano superior, orientando os outros, a eles subordinados. A hierarquia se estabelece porque a pessoa ou as pessoas, situadas em nível mais alto, têm a posse dos recursos apropriados para obter dos demais a conduta pretendida.

6. A difusão do poder na sociedade

O poder é, sem dúvida, uma relação humana, social, em cujo processo se conjugam dialeticamente dominação e dependência.

Na sua análise é necessário ultrapassar as perspectivas usuais a respeito. Seja a sociológica, que o considera como a medida, o signo manifesto da dimensão repressiva insita à vida social; seja a jurídico-formal, cuja colocação é em termos de lei e de soberania de Estado. Se a primeira é simplista, a segunda vê apenas as formas terminais. Nenhuma delas consegue identificá-lo nas suas fontes, esparsas por toda a sociedade, as quais, pelo constante inter-relacionamento, cristalizam as estruturas sociais. O poder está presente em toda parte. O seu processo compreende múltiplas relações espalhadas ganglionarmente por todo o corpo social, a que conferem suas características, a respectiva identidade.

Ao exame microscópico constata-se não apenas um poder, mas poderes difusos em todo o ambiente. Daí, a definição de sociedade, formulada por LOEWENSTEIN, como “um sistema de relações de poder cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral, cultural ou de outro tipo” (11). Os exemplos são prontamente multiplicáveis. O exercício de um cargo no governo, de uma função burocrática, de representação partidária ou sindical. A pressão do credor sobre seus devedores, da empresa sobre os seus

(11) LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 26.

empregados. O carisma dos condutores de massas. A influência sobre a opinião pública resultante da propaganda, das pregações dos pastores religiosos, dos artigos dos jornalistas, da palavra dos professores e sábios.

Ressalta a exatidão da advertência de FOUCAULT, de “que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes, as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou, ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais” (12).

Para uma análise mais precisa, convém identificar os tipos de poder, de acordo com os princípios causadores de dominação e dependência. FÁVILA RIBEIRO aponta quatro espécies: o poder político, em que se relacionam autoridade e coerção; o econômico, onde estão vinculadas a riqueza e a necessidade; o social, em cujo processo de relação figuram a opinião pública e a sua manipulação; o cultural, ligando saber e ignorância (13).

7. *Visão democrática do poder*

A fórmula weberiana, ideada a partir de um modelo teleológico da ação, toma em conta, exclusivamente, uma orientação para o sucesso entre os homens, desconsiderando o entendimento mútuo. Considera como poder a instrumentalização duma vontade alheia, mesmo pela violência, para obtenção dos próprios fins. Sob um ponto de vista axiológico, em que a ação comunitária é preferencial, apresenta-se insuficiente, por não indicar a fonte primária de que jorra essa capacidade. Para corrigir a imperfeição, é mister assentar, como faz HANNAH ARENDT, que o poder não pertence a um

(12) FOUCAULT, Michel. *A vontade de saber*. In: *História da Sexualidade*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Graal, 1980, v. I, pp. 88/9.

(13) RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 221.

indivíduo, mas ao grupo do qual se origina, subsistindo enquanto este permanecer. “O poder”, explica a notável pensadora, “brota onde as pessoas se unem e atuam em conjunto” (14). Funda-se no entendimento entre os homens, quando se associam para estabelecer uma unidade de ação comum, ou que, ao menos, aceitem realizá-la unidos.

8. Os grupos como formas geradoras de poder

Com essas especificações, é válido afirmar que formar grupos é meio de criar centros de poder. O recurso à História serve para comprovar a exatidão da assertiva. Os operários europeus, em presença da sua brutal exploração pelo capitalismo desenfreado, na primeira metade do século passado, são compelidos a se unirem, como recurso para assegurar sua sobrevivência. Graças a isso, conseguem melhores condições de vida e transformam o liberalismo em liberal-democracia. Em resumo, enquanto os trabalhadores não se associam, têm de se submeter aos patrões, premidos pela necessidade, pois é grande a sua dependência; ao se agruparem, mediante a ação conjunta, ficam habilitados a discutir com os empregadores, e, até, a lhes impor condições. Atuar em comum, organizadamente, gera poder, conferindo novos parâmetros aos termos do correspondente processo de relação.

MICHELS sublinha a importância prática desse fato:

“Quer se trate, na realidade, de reivindicações econômicas ou políticas, a organização se revela como o único meio de criar uma vontade coletiva. E, na medida em que ela repouse sobre o princípio do menor esforço, isto é, da maior economia de forças, a organização é, nas mãos dos fracos, uma arma de luta contra os fortes. Uma luta só pode ter chances de êxito, na medida em que ela se desenvolva no terreno da solidariedade entre indivíduos com interesses idênticos” (15).

Os grupos são fontes de poder em relação ao seu exterior, mas também o exercem sobre seus aderentes, que, pelo fato de fazer

(14) ARENDT, Hannah. *Sobre la Violencia*. México, Ed. Joaquin Mortiz, 1970, p. 48.

(15) MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Politicos*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1982, p. 15.

parte do grupo, devem aceder a certas exigências de conduta, a cumprir certas tarefas, inclusive penosas, e a respeitar alguns limites e formas de ação, a fim de manter incólume o laço grupal.

9. *A dinâmica do poder*

Como processo de relação, o poder implica em partilha. Orienta-se, todavia, no sentido da concentração. É uma energia aglutinativa; poder gera sempre mais poder. Na sua estratificação, aumenta, em consequência, a distância entre os graus onde se colocam dominantes e dominados.

Esse caráter expansivo não se registra com exclusividade no sentido vertical, dentro da respectiva estrutura. Transita também no exterior, horizontalmente, de uma para outra ordem. Como assinalam LASSWEL e KAPLAN, “as formas de poder e de influência são aglutinativas; aqueles que têm algumas formas tendem a adquirir outras” (16).

A atuação das grandes empresas tipifica com nitidez essa dinâmica expansionista. Utilizam a propaganda, como recurso para moldar os gostos do consumidor, e, por via desse domínio sobre a opinião pública, fazem crescer vendas e lucros. No setor político, não se pejam em corromper funcionários e políticos, para obter decisões estatais vantajosas para si. Constituem fundações educacionais ou dedicadas à pesquisa científica, investindo, preponderantemente, em seu próprio benefício, no campo cultural. A oferta de láureas a cientistas, escritores e outras personalidades notáveis é meio para captarem simpatia por seu nome, em todas as esferas sociais. Consoante a lição de BERTRAND RUSSEL, “a riqueza pode decorrer do poder militar ou da influência sobre a opinião, assim como essas coisas podem resultar da riqueza” (17).

Essa dinâmica linear se explica porque nenhuma das formas de poder existe isolada. A sua identificação num setor determinado resulta dos fatores fundamentais do respectivo processo de relação. Atuam, porém, elementos de outras ordens, porque o social

(16) KAPLAN, Abraham & Lasswell, Harold. *Poder e Sociedade*. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 1979, p. 131.

(17) RUSSEL, Bertrand. *O Poder*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979, pp. 9/10.

— repita-se — é um universo, com interatuação entre as diferentes estruturas. Por esse motivo, a obtenção de poder nas demais esferas é imprescindível, para manter aquele obtido no seu próprio ambiente.

Para corroborar a conclusão, basta lembrar que o poder econômico que os sindicatos conseguem, no século passado, necessita, para efetivar-se seguramente, da conquista do poder político. Enquanto os trabalhadores não têm o direito de sufrágio, as próprias organizações sindicais correm o risco de serem dissolvidas por decisão política.

10. *O controle do poder*

O poder, se não encontra barreira, tende a crescer sem limites e a tornar-se opressivo, despótico. Nos dias atuais, é comum formarem-se enormes concentrações dele, com o conseqüente aumento dos fatores de dependência. É muito difícil resistir a um centro de dominação dessa natureza, pois, consoante a clássica formulação de MONTESQUIEU, só o poder freia o poder (18).

Para evitar o funcionamento desembestado de poderes imensos, é indispensável o controle do seu crescimento exagerado e da sua propensão totalitária, disciplinando condutas e desempenhos, através de normas jurídicas exequíveis, isto é, dotadas de poder. Essas regras devem aumentar a capacidade de resistência dos dominados, a fim de aplainar o desnível hierárquico e restabelecer, dessa maneira, o imprescindível consenso. Cumpre ainda dar meios para que os seus detentores nas diversas ordens, inclusive os grupos sociais, tenham condições de se contrastar entre si, mantendo uma saudável estrutura pluralista, com oportunidades para todos, porquanto o equilíbrio entre os poderes é essencial para evitar o despotismo de qualquer deles.

Impõe-se, ainda, concluir que uma Constituição pluralista, como ordenamento jurídico de toda a sociedade, nos seus diversos ambientes e poderes, tem de prever e regular a atuação dos grupos, na condição de focos de poder.

(18) MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, barão de). *Do Espírito das Leis*. São Paulo, Ed. Abril, 1973, p. 156.

Polícia e poder de polícia

J. CRETELLA JÚNIOR

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

SUMARIO

- 1 — *Segurança individual e polícia*
- 2 — *Conceito de polícia*
- 3 — *Elementos integrantes do conceito de polícia*
- 4 — *Nossa definição de polícia*
- 5 — *Análise da definição de polícia*
- 6 — *Divisão da polícia*
- 7 — *Polícia administrativa*
- 8 — *Arbitrariedade e discricionariedade da ação policial*
- 9 — *Polícia judiciária*
- 10 — *Polícia nas três esferas*
- 11 — *Ramos da polícia administrativa*
- 12 — *Incidência da ação policial*
- 13 — *Poder DE e poder DA polícia*
- 14 — *Poder de polícia na doutrina brasileira*
- 15 — *Direito positivo e jurisprudência*
- 16 — *Poder de polícia, causa, polícia, consequência*
- 17 — *Limites ou barreiras do poder de polícia*
- 18 — *Conclusão e sugestão "de lege ferenda"*

1. *Segurança individual e polícia*

A *definição de polícia* tem como pressuposto necessário a *noção de segurança do homem*, na sociedade em que vive. "Segurança", "polícia" e "poder de polícia" são conceitos estreitamente vinculados, pelo que estas três noções precisam ser esclarecidas com precisão. Afastado o *estado de guarda* interna permanente, possibilita-se a concentração de cada um no trabalho que lhe está afeto com o máximo de produtividade (cf. nosso

"Polícia administrativa", no *Tratado de Direito Administrativo*, 1968, Forense, p. 14).

Principiemos pela *noção de segurança*, que nos levará ao conceito de *polícia*.

A *segurança das pessoas e das coisas* é elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. Proclamada *inviolável* pelo direito, não fica, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos. Tais ameaças que se erigem em perigo contra o qual a personalidade oferece, primeiro, a própria força particular, em seguida, a *força organizada* do meio social, pelo motivo muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa constitui ameaça indireta a toda a coletividade, precisam ser coibidas (cf. LORENZO STEIN, *La Scienza dell'Amministrazione*, ed. italiana de Attilio Brunialti, 1897, p. 47). Nisto é que consiste a *ordem pública*, noção chave do direito administrativo, constituída, no sentido administrativo do termo, como um certo *minimum* de condições essenciais a uma vida social conveniente (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 23).

Dum modo geral, *polícia* é termo genérico com que se designa a *força organizada* que protege a sociedade, livrando-a de toda *vis inquietativa*, mas "a livre atividade dos particulares, na sociedade organizada, tem necessariamente limites, cujo traçado cabe à autoridade pública" (RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 424).

Cumpro acentuar que não se trata de concepção puramente especulativa, criação do puro domínio da lógica, mas sim de real atividade do Estado, instituto da Administração (ORESTE TANELLETTI, *La Polizia di Sicurezza*, em *Primo Trattato di Orlando*, 1904, vol. IV, parte 1ª, p. 271), com maior ou menor amplitude conforme as normas legais em vigor no país que se considere.

2. Conceito de polícia

Não é, porém, tarefa isenta de dificuldades fixar o *conceito jurídico de polícia*, porque a noção e vocábulo de que tratamos sofreram evolução fértil em metamorfose, ao mesmo tempo que, em nossos dias, a palavra *polícia* é empregada, pelo menos, em três acepções diferentes, se bem que com nítidos pontos que as aproximam.

FRITZ FLEINER esclarece, por exemplo, que "a noção e o vocábulo *polícia* sofreram evolução rica em mudanças" (*Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 235); VILLEGAS BASAVILBASO elucida que "a noção jurídica de *polícia* tem sido sempre indeterminada" (*Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 11) e ROGER BONNARD mostra que "a palavra *polícia* aparece numerosíssimas vezes na linguagem do direito administrativo".

Como acontece com todas as palavras muito freqüentes, a palavra "policia" foi empregada sem que se lhe agregasse significação muito precisa e sem se ter tido o cuidado de fixar convenientemente os elementos da noção que representa" (*Précis de Droit Administratif*, 1935, pp. 317-318). VEDEL assinala que "a palavra *policia* é das mais genéricas que existem. Na língua jurídica antiga, serviu para designar toda espécie de imposição destinada a concretizar os objetivos da sociedade política. Era o equivalente da organização jurídica e é nessa acepção que se fala em Estado policiado. A *policia administrativa* tem sentido muito mais restrito e, para defini-la, é preciso limitar este sentido em relação às outras acepções que pode comportar esta palavra" (*Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 789). JEAN CASTAGNÉ principia seu trabalho dizendo que "a palavra *policia* é das mais ambíguas que existem" (*Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes de Police Administrative*, 1964, p. 17).

Pretender condensar, em proposição única, os dois ramos vastíssimos, e de contornos peculiares, em que se desdobra a *policia*, é outra causa que concorre para a mencionada dificuldade conceitual.

Numa primeira acepção, *policia* é sinônimo de *regras de policia*, conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, diária, seja no exercício de atividade específica. Desse modo, toda *regra de direito* poderia ser compreendida como *regra de policia*, no sentido mais amplo do termo. Numa segunda acepção, denomina-se *policia* o conjunto de atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como das leis. É nesta segunda acepção que se distingue, como veremos, a *policia administrativa* da *policia judiciária*. Numa terceira acepção, *policia* é o nome que se reserva às forças públicas encarregadas da execução das leis e regulamentos, isto é, aos agentes públicos, ao pessoal, de cuja atividade resulta a ordem pública (MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., 1952, pp. 272 — 273).

Em edição mais recente, o mesmo autor escreve:

"Na linguagem do direito administrativo, a palavra *policia* não tem o mesmo sentido que na linguagem corrente: é a limitação, pela autoridade pública e no interesse público, da atividade do cidadão, sem que tal atividade deixe de tornar-se privada; ela é apenas regulamentada e não continua menos livre, por isso, na medida em que não é restrita, expressamente, pelas prescrições da *policia*" (MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 637).

3. Elementos integrantes do conceito de policia

Análise minuciosa das diversas noções a respeito da *policia* permite colher dados suficientes para a elaboração do conceito universal de *policia*.

O primeiro elemento, de obrigatória presença na definição de *policia*,

é o da fonte de que provém, o Estado, ficando, pois, de lado, qualquer proteção de natureza particular. Isso porque o exercício do *poder de polícia* é indelegável sob pena de falência virtual do Estado; o *segundo elemento*, o escopo, de natureza teleológica, também é essencial para caracterizar a *polícia*, ou seja, não existe o instituto se o fim que se propõe for outro que não o de assegurar a paz, a tranqüilidade, a boa ordem, para cada um e para todos os membros da comunidade; o *terceiro elemento* que não pode faltar na definição de polícia é o que diz respeito, *in concreto*, às limitações a qualquer tipo de atividade que possa perturbar a vida em comum.

Com os três elementos assinalados — o *subjetivo*, orgânico ou instrumental (Estado), o *teleológico* (segurança coletiva e individual) e o *objetivo* ou material (limitações legais à liberdade) — é possível construir definição completa que, de modo sintético, descreva do melhor modo possível o *instituto da polícia*.

4. Nossa definição de polícia

Conjugando-se os elementos que, obrigatoriamente, devem estar presentes na estruturação conceitual — o Estado, detentor único do poder de polícia, a *tranqüilidade pública*, condição indispensável para que os agrupamentos humanos progridam, às *restrições jurídicas à liberdade*, necessárias para que a ação abusiva de um não cause embaraços à ação de outro —, é possível atingir-se a seguinte definição jurídica de polícia: *conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública.*

5. Análise da definição de polícia

A análise de nossa *definição de polícia* revela o ângulo que nos situamos ao conceituar, ou seja, aceitamos a colocação material ou concreta, que vê, na organização policial, pessoas e meios que atuam, *in concreto*, na prática, para atingir fins de segurança coletiva.

Como Administração organizada, a *polícia* é relativamente moderna. No início, quase inexistente, de tal modo que em vão se procurariam traços do instituto, na França, nas leis sálicas, nas Capitulares de Carlos Magno e, mesmo, no regime feudal, a *polícia* aparece tão logo se vai formando a unidade nacional que prepara a divisão dos poderes. Sob o feudalismo, a divisão dos feudos é exclusiva da lei comunal, da unidade política, da organização judiciária. O senhor feudal julga, governa, administra, exerce todos os direitos de soberania, sem oposição, nem contrasteamento. Ainda na França, a *polícia* tem dupla origem: dum lado, a libertação das Comunas, doutro, a vitória dos reis sobre os grandes reinos. A Carta da emancipação das Comunas, ponto de partida da unidade política da França, data de Luís, o Gordo, no século XII. Pode-se

colocar, nesta época, a criação da polícia francesa, no início do âmbito apenas comunal, tendo entrado pouco a pouco no sistema de centralização que muito preocupou os reis, principalmente a partir de Luís XI. Até o século XVII, aliás, a *polícia* era ainda a Justiça e os mesmos magistrados representavam uma e outra (LÉON AMELINE, *Ce qu'il Faut Connaitre de la Police et de ses Mystères*, 1926 pp. 8 a 14).

Quando o vocábulo *polícia* passou para a Alemanha, tinha o sentido de "bom estado da coisa comum" (Guter Stand des Gemeinwessens), da *res publica*, que é o fim que deve ter em mira a autoridade pública.

No advento da época moderna, escreve OTTO MAYER, a *polícia* desempenha relevante papel, chegando até a caracterizar o Estado em todas as relações que assume para com o súdito: o exército e a justiça permanecem de lado; *tudo* aquilo que fora deles pode fazer-se para fortalecer a ordem interna e consolidar a *coisa comum* pertence à *polícia*, a qual se mostra sempre infatigável na tarefa de preparar novos recursos e deixar-se guiar pela luz da economia política, ciência que acaba de desenvolver-se. Ademais, *tudo* o que a autoridade julga saudável a *polícia* pode agora realizar e, em caso de necessidade, mediante o emprego de força (*Derecho Administrativo Alemán*, 1950, vol. II, pp. 3 e segs.).

6. Divisão da polícia

A polícia pode ser considerada sob diversos prismas, daí advindo esta ou aquela divisão. Nesse particular, tornou-se clássica a *divisão da polícia* em três ramos principais: a *polícia administrativa* ou *preventiva*, a *polícia repressiva* ou *judiciária* e a *polícia mista*.

Cada uma dessas espécies intervém em determinados momentos e tem os respectivos raios de ação.

A *polícia* pode ainda ser dividida em urbana, rural, municipal, secreta, política.

De qualquer modo, entretanto, a classificação que permanece, sempre, é a tradicional, em dois ramos, a *polícia administrativa* e a *polícia judiciária*.

Polícia administrativa, objeto particular de nosso estudo, é a que tem por objetivo tomar providências e fazer respeitar todas as medidas necessárias para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade pública (WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 639).

Há autores que preferem dividir a *polícia* em duas classes, *polícia de segurança* e *polícia administrativa*, entendendo-se pela primeira denominação a que tem por objetivo defender imediatamente os direitos dos indivíduos e do Estado, sendo administrativa a polícia que tutela a boa ordem da coisa administrativa. O serviço público constitui o objeto *primordial e direto* desta espécie de *polícia*. Divide-se, por sua vez, a *polícia administrativa*, em tantos ramos quantos sejam os da Administração.

É corrente dividir a *polícia de segurança* em *alta* e *baixa*, segundo defenda a segurança pública ou a dos particulares, mas esta classificação é desprovida de interesse científico, pois não é diverso o conteúdo de cada uma delas. A *polícia de segurança* teria triplíce objetivo: ordem, segurança e tranqüilidade (GARCÍA OVIEDO—MARTINEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., 1968, vol. IV, p. 43).

7. *Polícia administrativa*

Polícia política, administrativa e jurídica é a classificação tripartida, conhecida há mais de um século, na França e em Portugal (cf. VIVIEN, *Études Administratives*, 3ª ed., 1899, pp. 112-192-201-218; e JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS, *Instituições de Direito Administrativo Português*, 2ª ed., 1861, pp. 192-193).

O Código dos Delitos e das Penas, de 3 brumário do ano IV, já definia:

“A *polícia administrativa* tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da Administração geral. Tende, principalmente, a prevenir os delitos” (Código dos Delitos e das Penas, art. 19).

A *polícia administrativa*, esclarecia DE GÉRANDO, tem por finalidade fazer com que todos os habitantes, nas necessidades comuns da vida civil, desfrutem de todas as regalias que não poderiam proporcionar-se a si mesmos através de esforços individuais. Cabe-lhe procurar, declarar e proporcionar a *utilidade pública* (cf. *Institutes du Droit Administratif Français*, 2ª ed., 1842, vol. I, p. 49). Consiste em assegurar o repouso do público e dos particulares, purgar a cidade de todo aquele que pode causar desordem, proporcionar a abundância, e fazer com que cada um viva segundo suas condições e dever (Preâmbulo do edito de 15 de março de 1967, na França). Difere essencialmente da *polícia judiciária* (cf. DE GÉRANDO, *Institutes*, vol. I, p. 49), mas empresta todo concurso à autoridade judiciária e desta recebe apoio (DE GÉRANDO, *Institutes*, vol. I, p. 49).

A *polícia administrativa* é também denominada *polícia preventiva*. Exerce atividade *a priori*, antes dos acontecimentos, procurando evitar que as perturbações se verifiquem.

A *polícia administrativa* tem por escopo impedir as infrações da lei (sendo nesta parte *preventiva*) e sustentar a ordem pública em cada lugar, bem como em toda a parte do Reino (JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS, *Instituições de Direito Administrativo Português*, 2ª ed., 1861, p. 192), assegurar a ordem e segurança públicas, a proteção dos direitos concernentes à liberdade, à vida e à propriedade, e, bem assim, a prevenção dos delitos, por meio de ordens e determinações a tal fim dirigidas. A *polícia*

administrativa ou *preventiva* incumbe, em geral, a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranqüilidade públicas, bem assim, assegurar os direitos individuais e auxiliar a execução dos atos e decisões da Justiça e da Administração (MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, 1936, vol. I, pp. 224-225).

A atividade da *polícia administrativa* é multiforme, imprevisível, não podendo estar limitada em todos os setores em que deve desdobrar-se. Sendo infinitos os recursos de que lança mão o gênero humano, a polícia precisa intervir *sem restrições*, no momento oportuno, pois que *sua ação é indefinida como a própria vida, não sendo possível aprisioná-la em fórmulas*, motivo por que certa *flexibilidade* ou a *livre escolha dos meios* é inseparável da *polícia* (VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 3ª ed., 1914, p. 150 e PORTO CARREIRO, *Lições de Direito Administrativo*, 1918, p. 328).

No conceito de *polícia administrativa*, está presente a noção de *ordem pública*, não a de *infração*. Tem por finalidade a polícia administrativa a manutenção da ordem pública, independentemente da repressão das infrações (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 780).

8. *Arbitrariedade e discricionariedade da ação policial*

A legislação que pretendesse regular de antemão todos os atos da polícia seria impraticável e desastrosa. Esse *arbitrio*, sem dúvida, não é absoluto; move-se no quadro das leis e a *polícia* não deve lesar ou violar *direitos adquiridos*, sem que haja verdadeira necessidade (VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado*, 3ª ed., 1914, p. 150).

Note-se, entretanto, que a *atividade da polícia não é arbitrária*, mas *discricionária*, isto é, sujeita a limites jurídicos intransponíveis. Não se trata, pois, de "arbitrio", mas de "discrção". Esta é a colocação da doutrina, reforçada pela jurisprudência, que conclui: "o *poder de polícia* não é discricionário, arbitrário ou caprichoso: ele está sujeito às regras legais ou regulamentares, dentro de cujos limites se exercita" (TJSP, em RDA, 111.297).

ÁLVARO LAZZARINI acentua que o atributo do poder de polícia é a discricionariedade dos atos de polícia administrativa ou preventiva (cf. Do poder de polícia na identificação de transeuntes, na *Revista de Jurisprudência do TJSP*, vol. 83, São Paulo, 1983, p. 16, Lex Editora).

BRANDÃO CAVALCANTI esclarece com precisão: "Por isso mesmo que revestidos de caráter discricionário, as medidas de polícia não precisam estar predeterminadas pela lei. Elas se compreendem perfeitamente dentro de uma certa maneira de agir, limitada apenas pelos direitos e garantias assegurados expressamente pela legislação" (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, p. 10).

9. Polícia judiciária

“A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não conseguiu evitar que se cometessem, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados pela lei de puni-los” (Lei de 3 brumário, ano IV, art. 20 e Código de Instrução Criminal, arts. 8 a 11).

A *polícia judiciária* é também denominada *repressiva*, nome que merece reparo porque ela não “reprime” os delitos, mas *auxilia* o Poder Judiciário, nesse mister. *Polícia auxiliar* é, porém, expressão correta.

JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS entende a “*polícia judiciária* como a que procura as provas dos crimes e contravenções e se empenha em descobrir os seus autores, cujo caráter se torna, por isso, essencialmente repressivo” (*Instituições de Direito Administrativo Português*, 2ª ed., 1861, p. 192).

“Em rigor”, escreve RUI CIRNE LIMA, “a *polícia judiciária* — destinada, na definição da antiga lei rio-grandense, “a promover a repressão dos crimes e contravenções” (Lei gaúcha nº 11, de 4 de janeiro de 1896, art. 2º) — deve reputar-se ramo da *polícia administrativa*, dita de segurança. A *polícia judiciária* é, na verdade, meramente a ordenação, necessitada pelo processo judiciário penal, da atividade administrativa da polícia de segurança, à qual, de alguma forma, se superpõe, ao invés de afastá-la” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., 1964, p. 112).

“A *polícia judiciária* tem por fim efetuar a investigação dos crimes e descobrir os seus agentes, procedendo à instrução preparatória dos respectivos processos e organizar a prevenção da criminalidade habitual” (cf. Decreto-Lei de Portugal nº 35.042, de 20 de outubro de 1945, art. 1º, apud MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, p. 638, nº 1).

Embora não seja denominação corrente nos autores especializados, denominamos *polícia mista* ao organismo estatal que acumula ou exerce, sucessiva ou simultaneamente, as duas funções, a *preventiva* e a *repressiva*, como é o caso da polícia brasileira em que o mesmo agente previne e reprime.

Criticando a divisão da polícia em “de segurança” e “administrativa”, BRANDÃO CAVALCANTI mostra que “a divisão, embora aceita pela generalidade dos autores, merece ser criticada, porque dificilmente será possível estabelecer distinção perfeita entre as duas categorias de polícias. A verdade é que, mesmo dentro de determinada manifestação do *poder de polícia*, a medida pode revestir-se ou de caráter administrativo, ou puramente policial, quer a sua finalidade seja a tranquilidade pública, quer o cumprimento de um regulamento administrativo. A classificação interessa, por conseguinte, mais à natureza da medida, do que propriamente à esfera dentro da qual deve agir a autoridade” (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, pp. 10-11).

No Brasil, a distinção da *polícia em judiciária e administrativa*, de procedência francesa e universalmente aceita, menos pelos povos influenciados pelo direito inglês (Grã-Bretanha e Estados Unidos), defeituosa e arbitrária (ALCIDES CRUZ, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., 1914, pp. 163-164), não tem integral aplicação, porque a nossa *polícia é mista*, cabendo ao mesmo órgão, como dissemos, atividades preventivas e repressivas.

RIVERO mostra com grande propriedade a identificação, no mesmo agente, de atividades administrativas e judiciárias, de tal modo que se percebem os traços típicos das duas modalidades de polícia, a *polícia administrativa* e a *polícia judiciária*:

“Na prática, a distinção é muitas vezes delicada, primeiro, em razão de certa identidade pessoal: as autoridades encarregadas da polícia administrativa participam, às vezes, do exercício de polícia judiciária. Por exemplo, o agente que dirige o trânsito passa da *polícia administrativa* à *polícia judiciária*, no instante em que lavra o auto de contravenção. Assim também a *polícia rodoviária*, conforme presta assistência a automobilistas em dificuldades ou toma providência depois de acidente” (*Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, pp. 413-414).

A *polícia judiciária* é exercida pelas autoridades policiais no território das respectivas jurisdições e tem por fim a apuração das infrações penais e da correspondente autoria. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.931, de 10 de dezembro de 1941, art. 4º e parágrafo).

Significa isso, acentua RUI CIRNE LIMA, comentando este dispositivo do nosso Código de Processo Penal, que entre a *atividade da polícia judiciária* e a *atividade administrativa*, equipolente da *polícia de segurança*, há unicamente diversidade de ordenação: ali, a ordenação é de natureza processual; aqui, de natureza administrativa. Mas significa, por igual, que a atividade da qual se cuida é fundamentalmente a mesma, embora diversamente ordenada, segundo propósitos diversos (RUI CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., 1964, p. 112).

Entre nós, a *polícia administrativa*, que é o poder de regulamentar e coagir, exerce a priori sua função em graus que correspondem à nossa divisão administrativa, classificando-se em federal, estadual e municipal.

10. Polícia nas três esferas

O poder de polícia federal é exercido pelo Presidente da República, bem como pelos Ministros de Estado; o poder de polícia estadual é exercido pelo Governador, bem como pelo Secretário de Estado através do Comandante-Geral da Polícia Militar; o poder de polícia municipal é

exercido pelo Prefeito, auxiliado, em alguns casos, pelo Secretário da Prefeitura.

No entanto, em cada grau, as ordens emanadas concretizam-se por intermédio dos delegados administrativos ou policiais do poder superior.

Há que considerar, repetimos, nas Federações, as expressões "policia federal" e "policia estadual". Há ainda o *poder de policia* exercido pelo Município.

Na expressão *policia federal*, considere-se, primeiro, o elemento "policia" e depois o elemento "federal". O segundo elemento "federal" contrapõe esse tipo de policia à "policia estadual", ao policiamento exercido pelo Estado-Membro. O *poder de policia*, "facultas" do Estado, em sentido amplo, de restringir a atividade nefasta do cidadão, quando esta prejudica outro cidadão, vários cidadãos ou a coletividade, é concretizado na "policia", força organizada que atua, na prática, fundamentada no "poder de policia". Como se sabe, as atividades ou funções do Estado são duas, a *função jurídica* e a *função social* (cf. nosso *Tratado de Direito Administrativo*, 1966, vol. I, p. 181). A *atividade jurídica* compreende a atuação do Estado em torno da "tutela do direito", desdobrando-se em vários desempenhos, a "criação ou elaboração do direito", a "aplicação do direito ao caso particular", a "defesa contra o inimigo externo", a "manutenção da ordem interna". A "defesa do país contra o inimigo externo", invasões ou guerras, cabe às Forças Armadas, à Marinha, ao Exército, à Aeronáutica. Resta a "manutenção da ordem interna", também de competência da policia. A *policia* pode ser *preventiva* ou *administrativa*, quando age "a priori", antes que ocorram as perturbações, ou *judiciária*, quando age *a posteriori*, depois que o delito ocorreu, também se denominando, sem rigor técnico, de "repressiva", ao invés de "auxiliar", denominação mais correta. A *manutenção da ordem pública interna* é, primeiro, de competência do Estado-Membro, mediante a ação da Policia Militar. Entretanto, para dar unidade à Federação, principalmente quanto à *segurança nacional*, ou quando o Estado-Membro se revela impotente na manutenção da ordem, competem à União vários setores sobre os quais recai o *poder de policia*. Todas as Constituições federais refletem a preocupação de reservar à União algumas tarefas do setor policial, como a de 1934, art. 5º, XI (prover aos serviços de policia marítima e portuária, sem prejuizo dos serviços policiais dos Estados), a de 1937, art. 15, IV (organizar a defesa externa, as forças armadas, a policia e segurança das fronteiras). A Constituição de 1946, art. 5º, VII (superintender, em todo o território nacional, os serviços de policia marítima, aérea e de fronteira), ao contrário da de 1934 e da de 1937, outorgava à União a superintendência, a fiscalização, a supervisão, dos serviços mencionados, ficando, assim, bem claro, que era dos Estados-Membros a competência para manter a ordem pública. A União mantinha o Departamento Policial de Segurança Pública para o desempenho de serviços policiais limitados ao Distrito Federal, tais como

ilícitos fazendários e censura de diversões públicas. Hoje, esse Departamento está transformado no Departamento de Polícia Federal, subordinado ao Ministério da Justiça. Em síntese, nas Federações, a regra científico-jurídica é atribuir as funções policiais aos Estados-Membros, constituindo exceção a polícia federal, a quem a Lei Maior deve limitar as atribuições, casuística e taxativamente enumeradas, uma a uma, competência a que se deve dar interpretação restrita, pelo que é flagrantemente inconstitucional atribuir à *polícia federal* quaisquer atividades extrapoladoras do rol preciso de tarefas capitulado pela Constituição.

Todo e qualquer comentário à Constituição Federal deverá elucidar, com precisão, clareza e profundidade, algumas noções básicas, a saber, a *noção de polícia*, bem como a de *polícia administrativa* e a de *polícia judiciária*.

11. Ramos da polícia administrativa

Tarefa cheia de dificuldades é assinalar, dentro de sistema harmônico e cientificamente desdobrável, os vários ramos em que se reparte a *polícia administrativa*.

A dificuldade maior não está em enfileirar uma série de capítulos seguidos, cada um dos quais referente a um campo da *polícia administrativa*, mas sim em descobrir *critério seguro*, que permita estruturar classificação sistemática e suficiente para abranger todas as *espécies* cabíveis no grande gênero que estamos estudando.

Em primeiro lugar, divide-se a *polícia administrativa* em dois ramos: a *geral* e a *especial*.

Polícia administrativa geral é a que tem por objetivo a consecução direta de certos fins preventivos, que não estão ligados a nenhum outro serviço público, como a polícia de jogos. *Polícia administrativa especial* é a que aparece como acessória a outros serviços públicos, como, por exemplo, a polícia ferroviária.

Divide-se a *polícia geral* em dois ramos: *polícia de segurança e polícia de costumes*. A primeira tem por objeto prevenir a criminalidade em relação à incolumidade pessoal, à propriedade, à tranquilidade pública e social. Nela se incluem a de roubos, a de estrangeiros, a do exercício de profissões. A segunda abrange várias modalidades, como as relativas a jogos, a diversões, ao lenocínio, à prostituição, ao alcoolismo, aos entorpecentes, à mendicância.

As modalidades da *polícia especial* são inúmeras, e se desdobram de acordo com o desenvolvimento dos serviços públicos em cada país. As principais são a mortuária ou dos cemitérios, a do trânsito, a ferroviária, a portuária, a aduaneira, a edilícia (MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1974, p. 169).

GEORGES VEDEL, que aceita a divisão da *polícia administrativa* em *geral* e *especial*, assinala que a primeira "compreende tudo que está abran-

gido nos três termos “segurança”, “tranquilidade” e “salubridade” e a segunda tem dois sentidos, compreendendo o primeiro “as atividades de polícia cujos fins não são diferentes daqueles que a polícia geral persegue, mas que são submetidos a regime particular”, abrangendo o segundo, “que é mais característico, as polícias que visam a objetivos que não figuram no conteúdo normal da *polícia geral*, como, por exemplo, a polícia de estética, a quem não cabe zelar pela segurança, nem pela tranquilidade, nem pela salubridade” (VEDEL, *Droit Administratif*, 3ª ed., 1954, pp. 568-569, 4ª ed., 1968, pp. 664-666; 5ª ed., 1973, p. 783), mas pela conservação dos lugares, paisagens e monumentos”.

Na realidade, a *polícia administrativa* exerce atividades que incidem sobre as mais diversas manifestações do cidadão e como tais manifestações variam de país a país, impossível até a simples enumeração taxativa e uniforme dos setores em que se desdobra a ação preventiva policial.

12. Incidência da ação policial

No direito administrativo pátrio, a *ação policial*, fundamentada no *poder de polícia*, pode recair sobre a *locomoção*, sobre a *manifestação do pensamento*, sobre a *reunião* e a *associação*, sobre a *consciência e culto*, sobre a *propriedade*, sobre as *construções*, sobre a *higiene*, sobre o *trânsito*, sobre os *estrangeiros*, sobre as *profissões*, sobre os *costumes* e sobre o *comércio*, pelo que estes desdobramentos da *polícia administrativa* serão examinados a seguir.

A *ação policial* manifesta-se por meio de *atos administrativos*. O *ato de polícia*, como ato administrativo, é dotado de auto-executoriedade, podendo ser executado direta e imediatamente pela Administração, sem recorrer a qualquer outro Poder (TJSP, em RDA, 93:188).

Todas as considerações, acima feitas, somente podem ser bem compreendidas, se relacionarmos a *ação policial* com o *poder de polícia*, motivo por que vamos conceituar esta “*facultas*” do Estado.

A *ação policial* é *atividade concreta*, fundamentada no *poder de polícia*. Utilizando a terminologia aristotélico-tomista, podemos dizer que *poder de polícia* é algo *in potentia*; é a *facultas* do Estado de direito. A *atividade policial* é algo *in actu*, que se projeta no mundo jurídico, transformando a *potencialidade* em *realidade*.

A *conceituação do poder de polícia* inscreve-se como tema dos mais relevantes, no setor do direito público, em decorrência, de um lado, da tendência intervencionista do Estado moderno que procura, em nome do *princípio da legalidade*, limitar as atividades do cidadão, de outro lado, da conscientização que o homem, em sociedade, tem do rol dos direitos de que é detentor e da infinidade de instrumentos jurídicos que pode invocar para a proteção e garantia desses mesmos direitos.

Este assunto básico guarda relação íntima com as *liberdades públicas*, com os *direitos do cidadão*, e com as *prerrogativas individuais*, precisamente as três barreiras de bronze que se erguem contra o *poder de polícia*, quando este, por exceção, se torna arbitrário, ultrapassando ou tentando ultrapassar aquele campo sagrado dos direitos subjetivos públicos garantidos pela Carta Magna e pelas leis fundamentais.

Realmente, a livre atividade do particular, nas sociedades organizadas, tem necessariamente de circunscrever-se a certos limites, fixados pelo poder público que os assinala, em lei. Ao mesmo tempo, as garantias fundamentais são conferidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas, do direito de cada um e das prerrogativas que emanam do *status* em que se integra o cidadão. "Cabe ao Poder Executivo precisar e completar as prescrições essenciais, assegurando-lhes a aplicação concreta e, de um modo mais geral, prevenir desordens de qualquer natureza" (RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 424).

Dum lado, o cidadão procura expandir-se ao máximo, pensando, exteriorizando o pensamento, reunindo-se, associando-se, praticando cultos religiosos, construindo moradia, caminhando dum lado para outro, dentro do país, ou ultrapassando-lhe as fronteiras, exercendo profissões, dedicando-se ao comércio.

De outro lado, a Administração analisa cada um dos atos dos cidadãos, verificando até que ponto as atividades desenvolvidas se harmonizam entre si e com o poder público, de tal maneira que a tranqüilidade geral permita aos agrupamentos humanos coexistência de opiniões e de movimentos com o mínimo de prejuízos para a coletividade.

Mediante o *exercício do poder de polícia*, o Estado toma uma série de providências que recaem sobre os administrados, garantindo-lhes o bem-estar, mediante o policiamento da conduta exorbitante de cada um dos componentes do grupo.

O *poder de polícia* geral sempre existiu no Estado, qualquer que tenha sido a natureza e funções, no que diz respeito aos fins da sociedade a ele referida, quer tenha tido caráter amplo de polícia interna (concepção originária da polícia como governo), quer tenha sido concebido como instituição essencialmente administrativa ou como administração jurídica, ou administração social do Estado. A *idéia de Estado* é inseparável da *idéia de polícia* (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2ª ed., 1955, p. 349). E o "*poder de polícia*" é o fundamento da "*ação da polícia*"!

No entanto, a expressão técnica "*poder de polícia*" é bastante moderna, tendo nascido em país de língua inglesa e, logo depois, acolhida pelos cultores do direito público de todo o mundo.

Sob o aspecto da técnica jurídica, a mencionada expressão é imperfeita, sendo passível de profundos reparos, no que se patenteiam mais

uma vez as dificuldades experimentadas pelo direito administrativo no terreno terminológico (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 97).

Desde que surgiu, na primeira metade do século XIX, a expressão "poder de polícia" tem sido entendida de diversas maneiras, porque os elementos vocabulares integrantes da denominação, por sua vez, são suscetíveis de significados diferentes. Contudo, a expressão "poder de polícia" foi universalmente aceita e é empregada em todas as obras especializadas de direito público que versam este complexo tema. O que se não pode negar, no mundo fático, é a existência, na face da terra, de um organismo repressivo, de uma força organizada — a *polícia*. Cabe ao *direito* indagar em que se baseia esse organismo.

A expressão *poder de polícia*, de origem jurisprudencial, teve nascimento no direito norte-americano, criada por eminentes Ministros da Corte Suprema daquele país, cuja repercussão se estendeu até nossos dias.

Em 1827, no caso *Brown versus Maryland*, o Ministro Marshall, Presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos, trata do *poder de polícia*, se bem que a expressão integral, estereotipada — "police power" — ainda não lhe tivesse ocorrido, na mente, de modo nítido, tanto assim que, em seu voto, nada menos que 19 vocábulos se interpõem entre os termos constitutivos da denominação. Pela importância de que se reveste, o texto jurisprudencial merece fiel transcrição. Assim: "The POLICY and consequent practice of levying or securing the duty before, or on entering the port, does not limit the POWER to that state of things, nor consequently, the prohibition, unless the true meaning of the clause so confines it" (A *polícia* — ou *política* — e a consequente prática de lançar ou assegurar o imposto antecipadamente ou a entrar no porto, não restringe o *poder* a esse estado de coisas, nem, conseqüentemente, a proibição, a não ser que o verdadeiro significado da cláusula assim o delimite.) (cf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 89, nº 1).

O mesmo juiz, em caso anterior (1824), *Gibbons versus Ogden*, empregara os mesmos vocábulos, também afastados, não constituindo ainda a expressão técnica, que hoje conhecemos. Assim: "The acknowledged POWER of a State to regulate its POLICE, its domestic trade, and to govern its own citizens, may enable it to legislate on this subject to a considerable extent" (O reconhecido *poder* do Estado de regular a *polícia*, o comércio interno e o de governar os próprios cidadãos pode credenciá-lo a legislar nesse assunto em considerável extensão) (cf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 90, nº 1).

Em 1853, no caso *Commonwealth versus Alger*, o juiz Shaw, depois de fazer alusão à relatividade dos direitos de propriedade, subordinados aos demais interesses particulares e coletivos, empregou a expressão plena, escrevendo: "The power we allude to is rather the POLICE POWER,

the power vested in the legislature by the Constitution to make, of wholesome and reasonable laws, statutes, and ordinances, either with penalties or without, not repugnant to the Constitution, as they shall judge to be for the good and welfare of the Commonwealth, and of the subjects of the same." (O poder a que aludimos é mais o poder de polícia, poder investido na legislatura pela Constituição para fazer, ordenar e estabelecer todas as modalidades de leis íntegras e razoáveis, estatutos e ordenanças, com ou sem sanções, não repugnando à Constituição, conforme julguem ser para o bem-estar da "Commonwealth" e para súditos) (ver: CAIO TÁCITO, O poder de polícia e seus limites, em RDA, 27:5).

No caso *Noble Bank versus Haskell*, a expressão, *poder de polícia*, agora para sempre consagrada, aparece, pela segunda vez, na íntegra, formando o conjunto "police power": "It may be said in a general way that the POLICE POWER extends to all the great public needs." (Dum modo geral, pode-se dizer que o *poder de polícia* se estende a todas as grandes necessidades públicas). (Ver: CAIO TÁCITO, O poder de polícia e seus limites, em RDA, 27:5).

Da jurisprudência norte-americana a denominação *police power* passa para os trabalhos doutrinários, norte-americanos e ingleses, tendo sido aceita, em breve, pelos juristas de todos os países em que se cultivava o direito público.

Tarefa das mais difíceis, em direito público, é realmente a de conceituar nos exatos contornos, o *poder de polícia* (CAIO TÁCITO, O poder de polícia e seus limites, em RDA, 27:1), sendo sempre mais fácil indagar se determinado caso concreto está dentro do alcance daquela definição abstrata, *in genere*, que compreenda todos os casos (CAMPBELL BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, 3ª edição, 1910, p. 387, apud VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 48, nº 110). Não se pode, pois, defini-lo de maneira rígida, o que é reconhecido pelos autores que mais profundamente versaram o tema (BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, p. 5).

Concorre, para dificultar o assunto, a dualidade reconhecida de concepções a respeito existentes, distinguindo-se a chamada *concepção européia continental*, bem distinta da *concepção norte-americana*.

Na França, por exemplo, predomina a idéia de *proteção imediata da ordem pública*, resolvendo-se, pois, a *ação policial*, em atividade administrativa assecuratória daquela ordem, no sentido de ordem exterior dos fatos, mais do que do direito, pois o conceito de *ordem pública*, referente aos limites da atividade jurídica dos indivíduos, é noção distinta. Esta *ordem pública*, por exemplo, existe sobre o direito privado, limitando a liberdade de contratar especialmente em certas esferas (trabalho, serviços públicos). Não é a esta *ordem pública* que se refere a *polícia administrativa*. Ordem pública é o mínimo de condições necessárias a uma vida social tranqüila, conveniente, sem convulsões.

Nos Estados Unidos, o *poder de polícia* tem considerável extensão, não se limitando à segurança pessoal contra as *vias de direito*, nem à *salubridade* e à *moralidade pública*, mas compreendendo também os meios protetores da condição econômica e social dos indivíduos no fomento do bem-estar da comunidade e na regulamentação de sua vida econômica (BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2ª ed., 1952, p. 351).

Ao passo que, na França, seguida de perto pela Itália, a defesa da *ordem pública*, da *segurança*, da *salubridade*, é o objetivo preciso do *poder de polícia*, na jurisprudência e doutrina norte-americanas, aquele *poder* transcende às formas construtivas de direitos individuais, promanadas da Administração para estender-se, principalmente, até o exercício da função legislativa.

Sustentou-se — e esta foi a tese que prevaleceu — que os Estados podiam editar legislação de tipo econômico-social, fundados no *poder de polícia*. Este, até então, tinha sido o direito dos Estados particulares de restringirem a *atividade* ou o *direito de propriedade* dos indivíduos na salvaguarda da segurança, salubridade e moralidade da coletividade (RODOLFO BLEDEL, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, 1947, p. 118). Mais tarde, para fundamentar a nova legislação, que regularia os serviços públicos ferroviários, foi ampliado o *conceito do poder de polícia*, considerado também como o que tem por fim promover o bem-estar coletivo, assegurando a *ordem pública*.

Criada, em 1887, a Comissão de Comércio Interestadual, desenvolveu-se novo *conceito de poder de polícia* (RODOLFO BLEDEL, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, 1947, pp. 118-119). Se *polícia* é espécie de *atividade administrativa*, *poder de polícia* é a manifestação do poder público próprio de tal atividade (OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 3).

A *noção de polícia* é menos ampla do que a de *poder de polícia*. Esta é a manifestação do poder público tendente a fazer executar o dever geral do súdito (OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 14). Consiste o *poder de polícia* na ação da autoridade para fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar, de modo algum, a boa ordem da coisa pública (OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 19).

O *poder de polícia*, ensina LAUBADÈRE, define-se pelo *fim* que tem em mira e que é o de assegurar a tranquilidade (ausência de riscos de desordem), a segurança (ausência de riscos de acidentes) ou a salubridade pública (ausência de riscos de moléstias) (cf. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, p. 539, cf. 3ª ed., 1963, vol. I, p. 506).

WALINE, depois de mostrar que a palavra *polícia* é suscetível de vários significados, entre os quais “o conjunto de regras impostas pela autoridade pública aos cidadãos” (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*,

6ª ed., 1952, p. 272), denomina *poder de polícia* o direito de impor essas regras e a medida em que determinada autoridade administrativa pode impô-las (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1952, p. 272).

O *poder de polícia* é para alguns a *potestas* legislativa, reguladora dos direitos reconhecidos pela lei fundamental (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 97), ou, em consagrada definição: “potestade legislativa que tem por objeto a promoção do bem-estar geral, regulando para esse fim os direitos individuais, expressa ou implicitamente reconhecidos pela lei fundamental” (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 103).

GABINO FRAGA ressalta que o *poder de polícia* do Estado é entendido, dentro do direito positivo de muitos países, como o conjunto de atribuições que lhe correspondem para promover o bem-estar geral por meio de restrições e regulamentações dos direitos do indivíduo, de tal forma que possam prevenir-se ou acautelar-se das conseqüências prejudiciais que sua disposição, em termos absolutos, acarretaria para a vida em comum (GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 12ª ed., 1968, p. 456).

Para precisar o conceito do *poder de polícia*, é indispensável, portanto, definir o que deve entender-se por *bem-estar público*, que se decompõe em grande variedade de interesses que compreendem os interesses fundamentais da ordem, segurança e salubridade públicas, chegando até a abranger os interesses de natureza econômica (GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 12ª ed., 1968, p. 456).

Se bem que a conceituação do vocábulo *polícia*, como vimos, tenha sido motivo de constante indagação por parte de nossos autores, mesmo os antigos, a expressão *poder de polícia* só em época bastante recente recebeu o desenvolvimento que merece.

13. Poder “DE” e poder “DA” polícia

Cumpre, antes de tudo, fazer uma observação à expressão *poder “de” polícia*, a qual não se confunde com outra semelhante *poder “da” polícia*, porque, se a *polícia* tem as possibilidades de agir, em concreto, pondo em atividade todo o aparelhamento de que dispõe, isso se deve à *potestas* que lhe confere o *poder de polícia*.

O *poder “de” polícia* é que fundamenta o *poder “da” polícia*. Este sem aquele seria o arbítrio, verdadeira *ação policial* divorciada do *Estado de direito*.

14. Poder de polícia na doutrina brasileira

Em 1918, AURELINO LEAL empregava, em alentada, mas criticável monografia, a expressão *poder de polícia*, aceitando a definição de OTTO MAXER, já corrente e divulgada, entre nós: “manifestação do poder público

tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo" (*Polícia e Poder de Polícia*, 1918, p. 79).

MATOS DE VASCONCELOS entende como *poder de polícia* "a faculdade ou poder jurídico de que se serve a Administração para limitar coercitivamente o exercício da atividade individual, em prol do benefício coletivo, assecuratório da estabilidade social" (*Direito Administrativo*, 1936, vol. I, p. 218).

BRANDÃO CAVALCANTI, depois de assinalar que, em sentido lato, a expressão *poder de polícia* deve ser entendida como o "exercício do poder sobre as pessoas e as coisas, para atender ao interesse público", explica que "aquela designação não comporta definição rígida, mas inclui todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos em benefício do interesse coletivo, saúde, ordem pública, segurança, e, ainda mais, os interesses econômicos e sociais". E conclui: "*Poder de polícia* é a faculdade de manter os interesses coletivos de assegurar os direitos individuais, feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros". "*O poder de polícia visa*", continua, "à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem" (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, p. 7).

Examinando com muita acuidade o problema, nos mais importantes de seus aspectos, GUMARÃES MENEGALE mostra, com apoio em FREUND, que o *poder de polícia* se discrimina como o *poder* que tem, por imediato objeto, promover o bem comum subordinado a ele, restringindo, em seu benefício, os direitos privados (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., 1957, p. 521) para mostrar, depois, que "o *poder de polícia* pressupõe a existência de direitos individuais, que se vêm a restringir, na prática, em benefício da ordem coletiva" (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., 1957, p. 529).

A autoridade de CAJO TÁCITO define o *poder de polícia* como "o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais" ("O poder de polícia e seus limites", em RDA, 27:8 e RF, 144:23-28). Essa *faculdade administrativa* não violenta o princípio da legalidade, porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há *direito público subjetivo* absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício ("O poder de polícia e seus limites", em RDA, 27:8). O *poder de polícia* é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar social (SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., 1979, p. 256, nº 18, Cf. 6ª ed., Saraiva, 1984). Textualmente: "No uso do *poder de polícia* (expressão em que se costuma sinte-

tizar a competência discricionária da Administração, para quanto concerne à segurança, à ordem, à saúde e ao sossego públicos), impõe a autoridade administrativa uma série de restrições à liberdade de comércio, de profissão, de residência, de reunião.”

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua o *poder de polícia*, em sentido amplo, como a atividade estatal de condicionar a *liberdade* e a *propriedade*, ajustando-a aos *interesses coletivos* (cf. *Elementos de Direito Administrativo*, 1980, p. 167). Substituindo-se *interesses coletivos* por *interesse público e propriedade* por *individual e coletivo*, poderíamos aceitar a definição proposta.

O *exercício do poder de polícia* pressupõe, inicialmente, autorização legal explícita, atribuindo a determinado órgão, ou *agente administrativo*, a faculdade de agir (CAIO TÁCITO, “O poder de polícia e seus limites”, em *RDA*, 27:9). Por isso, é essencialmente *preventivo* (TJSP, em *RDA* 54:310). Na escolha dos meios da ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto está igualmente limitado o *poder de polícia* (CAIO TÁCITO, “O poder de polícia e seus limites”, em *RDA*, 27:9. Ver *RDA*, 4:178. A jurisprudência também definiu o *poder de polícia*).

Estamos agora em condições de estruturar *definição universal do poder de polícia*, mediante o qual os *Estados de direito*, de nossos dias, satisfazem a tríplice objetivo, qual seja, o de assegurar a *tranquilidade*, a *segurança*, a *salubridade*, mediante uma restritiva série de medidas, traduzidas, na prática, pela *ação policial*, que se propõe a atingir tal *desideratum*.

Relembrando tradicional divisão de KANT a respeito de *direito natural* e da *legislação positiva*, quando aquele pensador mostra que ambos não se confundem, mas que o primeiro, “noumenos”, é o conjunto de princípios que informam e que dão nascimento à *legislação positiva*, o “fenômeno”, que é a legislação, varia de sistema para sistema, de época para época. O *direito natural*, em si, “noumenos”, é imutável, atravessando os séculos. Podemos, relativamente ao “poder de polícia” e à “polícia”, dizer que o *poder de polícia*, condição *sine qua non* para a existência dos agrupamentos humanos, é o “noumenos” kantiano ou a *potestas aristotélica*, que paira acima dos aparelhamentos policiais dos diversos povos, assentando em *postulados da razão prática* e que a *polícia* é o “fainômenos” a que se refere KANT, variando de Estado a Estado. A aplicação do “poder de polícia”, na prática, constitui a “polícia”.

15. *Direito positivo e jurisprudência*

Podem variar as “aplicações” do *poder de polícia*, de sistema para sistema, de direito para direito, de governo para governo, mas a *potestas politiae* é imutável, de nada depende, porque é princípio que se exaure em si mesmo, pondo-se como pedra angular do mundo jurídico, fiel da balança que impede a confusão entre o *arbitrário* e o *discricionário*, autorizando

a ação policial, mas limitando-a, permitindo que a atividade do particular se desenvolva no mais alto grau, sem que interfira em outro particular ou na coletividade, de tal modo que se concilie o arbítrio de um com o arbítrio de outro, numa expressão total de esforços disciplinados.

O Ato Complementar nº 31, que incorporou o Imposto sobre Circulação de Mercadorias, da esfera municipal à dos Estados (alterou o Código Tributário, ou seja, a Lei nº 5.172, de 26 de outubro de 1966), define o poder de polícia no art. 7º, que substitui o art. 79 do CTN:

“Considera-se *poder de polícia* a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando o direito, interesse ou liberdade, regula a *prática de ato ou abstenção de fato* em razão de interesse público, concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Significativo julgado de prestigiado Tribunal brasileiro definiu o *poder de polícia* como “o conjunto de limitações a que estão sujeitos os cidadãos para assegurar-se a paz e a segurança sociais” (TJSP, em RDA, 49:178).

Outras decisões assinalaram que “o *poder de polícia* é essencialmente preventivo e comporta ampla dose de discricionariedade” (TJSP, em RDA, 54:310), ressaltando que “o ato de polícia, como ato administrativo, pode ser executado direta e imediatamente pela Administração, sem recorrer a qualquer outro Poder” (TJSP, em RDA, 93:188).

16. *Poder de polícia, causa; polícia, consequência*

O *poder de polícia* é a causa, a condição, o fundamento; a *polícia* é a *consequência*. Para usar a linguagem aristotélico-tomista, diremos que o *poder de polícia* é algo *in potentia*, traduzido, *in actu*, pela ação policial.

O *poder de polícia* é a faculdade discricionária da Administração de limitar a liberdade individual, ou coletiva, em prol do interesse público.

Não se confundem, repetimos, as realidades descritas pelas expressões *polícia*, *poder “da” polícia* e *poder “de” polícia*.

Polícia, numa primeira acepção, é o modo de dizer *regras de polícia*, complexo de preceitos que impõem determinada conduta ao cidadão, ou na conjuntura da vida corrente, ou no exercício de determinada atividade. Toda *regra de direito* poderia ser assim compreendida como *regra de polícia*, no sentido lato do termo. Nesse sentido, é que a palavra *polícia* era entendida, antigamente, como se pode ler, por exemplo, em MONTAIGNE, para quem *polícia* e *direito* designam a mesma realidade. Numa segunda acepção, *polícia* é o conjunto dos atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como as leis, sendo, neste sentido, que se distingue a *polícia administrativa* da *polícia judiciária* (WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., 1952, pp. 272-273).

Polícia ainda pode ser compreendida como as forças públicas, a força policial, os agentes, os inspetores de polícia, isto é, todo o aparelhamento policial, o pessoal, a repartição, o instrumental, a rede. *Polícia* no Brasil, é a Polícia Militar organização a quem cabe manter a ordem pública no Estado-Membro.

Poder “da” polícia é a possibilidade atuante da *polícia*, quando age.

Em expressão global e maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo, diríamos: em virtude do poder “de” polícia o poder “da” polícia é empregado “pela” polícia, a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado.

Se a *polícia* é atividade ou aparelhamento, o *poder de polícia* é o princípio jurídico que informa essa atividade, justificando a ação policial nos Estados de direito.

17. *Limites ou barreiras do poder de polícia*

Nos Estados absolutistas, o *poder de polícia* é ilimitado, conferindo, por isso, à *polícia*, a faculdade de investir contra as *liberdades públicas*. No regime de *legalidade*, o *poder de polícia* é limitado, pela barreira legal, exercendo-se em esfera que o direito assinala.

A *faculdade* — poder de polícia — atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo de regulamentar os direitos individuais, promovendo o bem-estar geral, embora tenha contornos indeterminados, estende-se para qualquer setor em que a tranqüilidade individual ou pública se encontre ameaçada, afastando o interesse privado diante dos interesses superiores da comunidade, garantidos pelas normas constitucionais vigentes. A *polícia*, ao contrário, tem conteúdo específico, porque objetiva a proteção da integridade das pessoas, coisas, da moral pública, impedindo que a *vis inquietativa* perturbe as atividades dos particulares e dos agentes públicos (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1964, vol. V, p. 115).

O *poder de polícia* deve ser *discricionário*, não arbitrário.

Fixada a definição, estamos diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público. Onde termina o “discricionário”? Onde principia o “arbitrário”?

Como toda ação da Administração, o *exercício do poder de polícia* é submetido ao *princípio da legalidade* e ao controle jurisdicional (RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 419) porque, se por um lado, cabe mesmo à Administração o papel de regulamentar a atividade do particular, não há dúvida de que tal regulamentação não admite poder absoluto sobre o administrado (VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 790). “Os limites do poder de polícia se resumem nisto: respeito à legalidade.” (WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., 1952, p. 286.)

Em que momento a ação administrativa se deterá diante das *faculdades* ou *liberdades* que pertencem aos indivíduos? A que área se circuns-

creve a ação administrativa, detendo-se a fim de não ultrapassar os direitos do administrado?

Partindo-se da premissa de que toda decisão administrativa, em matéria de polícia, como em qualquer outro setor, é informada pelo *princípio da legalidade*, é bem de ver-se que a Administração tem a faculdade de intervir apenas no âmbito demarcado pela norma jurídica. Qualquer medida administrativa tem de estar de acordo com a lei, "*secundum legem*".

Um segundo aspecto da questão ainda existe, precisando ser levado em conta. Em que medida a *liberdade do cidadão* pode ser reduzida — e, até, em certos casos, suprimida — pela regulamentação policial? Abre-se aqui extenso campo para o direito público, quer constitucional, quer administrativo, mas o problema se simplifica, quando se analisam os sentidos precisos das expressões "direitos do cidadão", "prerrogativas individuais" e "liberdades públicas". Não se confundam *atividades*, que constituem *meras faculdades*, com as verdadeiras *liberdades públicas*. VEWEL mostra que "há atividades que não constituem *verdadeiras liberdades públicas* garantidas pela lei, mas *faculdades concedidas* aos cidadãos. Assim, desfiles e cortejos nas vias públicas. Nenhum texto reconhece, verdadeiramente falando, a *liberdade de manifestação, na rua*, o que se compreende porque as ruas são feitas para o trânsito normal e não para exprimir opiniões, o que se verifica em matéria como a das profissões". (*Droit Administratif*, 3ª ed., 1964, p. 575). Asseguradas pela Constituição e pelas leis, as três expressões — liberdades públicas, direitos do cidadão e prerrogativas individuais — resumem as três barreiras intransponíveis que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra o *arbitrio* das autoridades.

Do mesmo modo que os *direitos individuais* são relativos, assim também acontece com o *poder de polícia* que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o *poder de polícia* restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o "abuso de poder". Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do *ato de polícia*. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da *liberdade individual* e do *Poder Público* repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo (CAIO TÁCITO, "O poder de polícia e seus limites", em *RDA*, 27:10). Escreve MÁRIO MASAGÃO:

"Pode a *polícia preventiva* fazer tudo quanto se torne útil a sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade da polícia administrativa são aqueles que, por sua exceção-

nal importância, são declarados na própria Constituição" (*Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1974, p. 167).

Se as barreiras assinaladas para o campo do exercício do poder de polícia são ultrapassadas, temos o "desvio", ou "abuso" ou o "excesso de poder".

Julgando embora *casos concretos*, o Poder Judiciário tem assinalado, de modo genérico, os *limites do poder de polícia*, sob a forma de regra ou princípio, decidindo que as barreiras ao exercício desse poder se encontram na sua própria finalidade, que é a promoção do bem público (TJSP, em RDA, 39:243).

Com efeito, o *poder de polícia* entra no conceito da defesa dos direitos e dos interesses sociais do Estado, cabendo aos Tribunais dizer dos limites em que aquele exercício deve conter-se (TJSP, em RDA, 39:258).

Comportando ampla dose de *discricionariedade*, o *poder de polícia* é essencialmente preventivo (TJSP, em RDA, 54:310).

Como ato administrativo, o *ato de polícia* é dotado de *auto-executoriedade*, podendo ser executado, de imediato e diretamente, pela Administração que, para isso, não precisa recorrer a qualquer outro Poder (TJSP, em RDA, 93:188). "Omnis executio sine titulo", ao contrário do que ocorre no processo civil "nulla executio sine titulo".

De modo genérico, o respeito à legalidade, à Constituição, às leis vigentes são as barreiras intransponíveis, que se erguem contra o exercício arbitrário do poder de polícia, concretizado na ação policial. Em uma só palavra: a *legalidade* é o limite ou barreira da ação policial. De modo específico, os "direitos do cidadão", privados ou públicos, as "prerrogativas individuais" e as "liberdades públicas". São os três limites ou barreiras do poder de polícia. Se a *força policial*, com base no *poder de polícia*, exceder essas barreiras, configura-se a arbitrariedade, passível de controle pelo Poder Judiciário, nos Estados de direito, em que vigora o princípio da legalidade.

18. Conclusão e sugestão "de lege ferenda"

Com apoio no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, chegamos às seguintes conclusões, como rematamos este trabalho:

1ª) A segurança individual e coletiva é problema dos mais relevantes do Estado.

2ª) Polícia é a força organizada que protege a sociedade, livrando-a de toda *vis inquietativa*, que pretenda perturbar-lhe a normal evolução.

3ª) A *polícia* desempenha atividades legais, fundadas no *poder de polícia*.

4ª) Os três elementos constantes da *definição de polícia* são: a) o Estado, elemento subjetivo, orgânico, instrumental, fonte de onde provém toda organização que deve manter a ordem, b) a *finalidade*, elemento teleológico, que é a manutenção da ordem, da segurança individual e

coletiva, c) o conjunto de restrições ou limitações legais à expansão individual ou coletiva que traga perturbações à sociedade.

5ª) Polícia é o conjunto de limitações legais, exercidas pelo Estado sobre as atividades do cidadão, quando abusivas, a fim de assegurar a ordem pública.

6ª) Classifica-se a polícia em administrativa, judiciária e mista; de segurança, alta e baixa; federal, estadual e municipal.

7ª) A atividade policial deve ser discricionária, balizada pela lei, jamais arbitrária.

8ª) Poder de polícia, fundamento jurídico da ação policial, é toda *facultas*, garantida pelo Estado, tendente a limitar a atividade abusiva do cidadão.

9ª) Os limites ou barreiras do poder de polícia são três: a) os direitos do cidadão, b) as prerrogativas individuais, c) e as liberdades públicas, previstas em dispositivos constitucionais e nas leis.

10ª) O controle jurisdicional incide sobre toda atividade da polícia, que ultrapasse os limites dentro dos quais deve exercitar-se o poder de polícia.

11ª) No Estado-Membro, ao Comandante-Geral da Polícia Militar, subordinado ao Chefe do Executivo estadual ou ao Secretário de Segurança, conforme o que disponha dispositivo expresso da lei local, e detentor, no mais alto grau, do poder de polícia, estão, por sua vez, subordinados os diversos Comandantes de Unidades Operacionais, cada um, por sua vez, detentor de parcela do poder de polícia, sempre limitada à sua competência.

12ª) Em todo o edifício da grande pirâmide da organização da Polícia Militar, do vértice (Comandante-Geral) passando pelos altos escalões (Comandantes das Unidades Operacionais), até a base (autoridades policiais), está concentrado o poder de polícia do Estado que é um todo indiviso, apenas parcelado ou fragmentado para efeitos didáticos.

13ª) A nosso ver, contrariando a opinião emitida pelo eminente cultor do Processo Penal, HÉLKO TORNAGHI, em longo parecer, "todo policial qualquer que seja o grau que ocupa na pirâmide da Polícia Militar, e no estrito cumprimento do dever legal, é detentor do poder de polícia, podendo agir, discricionariamente, embora não arbitrariamente, na manutenção da ordem pública. Se "omnis civis est miles", a *fortiori*, todo policial é autoridade no sentido técnico jurídico do termo.

14ª) De lege ferenda, o art. 8º, XVII, a, parágrafo único, deve passar ao § 2º com a seguinte redação, na futura Constituição da Nova República: "CABE AO ESTADO-MEMBRO, AO DISTRITO FEDERAL E AOS TERRITÓRIOS LEGISLAR SOBRE COMPETÊNCIA DAS RESPECTIVAS POLÍCIAS MILITARES NO QUE SE REFERE A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DA LEGISLAÇÃO FEDERAL".

O poder regional.

Autonomia municipal e Constituinte

JOSÉ NILO DE CASTRO

Procurador do Município de Ipatinga (MG), à disposição do Estado de Minas Gerais, Consultor Jurídico do Governador do Estado, Consultor Jurídico de Administrações Municipais, Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito MILTON CAMPOS (BH), Mestre e Doutor em Direito Público.

Cultivo o poder regional dentro da perspectiva da descentralização. A descentralização, técnica jurídica de organização territorial de poderes estatais (cf. EISENMANN C., **Cours de Droit Administratif**, Paris, L.G.D.J., Tome I, 1982, pp. 257/283), favorece-nos percuciente análise do poder regional, de vez que vai também referir-se às liberdades locais, dentro do novo redimensionamento dos poderes que se avizinha. Assim sendo, objetiva-se perseguir o poder regional numa visão política mais que administrativa, identificando-se-lhe os interesses próprios, isto é, os interesses regionais, segundo a técnica moderna de mobilização da periferia.

I — Os interesses regionais

A) Suas origens

1. A teoria do poder regional está a demonstrar igualmente a pujança do fenômeno da descentralização. É tão importante quão necessário atualmente descentralizar poderes e funções, porque, assim, se revelarão modalidades de organização territorial e de distribuição de poderes estatais, além de ressaltar — o que é relevante —

o florescimento das liberdades locais que se confunde com o das liberdades individuais (cf. nosso **Morte ou Ressurreição dos Municípios**, Rio, Forense, 1985, p. 1). E para evitar, na lição de LAMENAS, a apoplexia no centro e a parálise nas extremidades é que se deve exercitar sempre a descentralização.

2. Se se toma a existência do poder regional como fenômeno característico da descentralização, há que salientar, por consequência, a existência de envolvimento, de articulação, de associação e de apropriação de funções que suscitem interesses de outras coletividades públicas, tais como os Municípios.

Ademais, é a nível municipal que em nosso direito se produz mais proximamente a manifestação de interesses regionais. Breve informação histórica prova-o.

2.1. Já nos albores da República Velha despertava-se a idéia do associativismo municipal. AZEVEDO MAIO, em sua obra, **O Município**, de 1883, pp. 320/321, indicava a necessidade de as Municipalidades se organizarem para se reforçarem, “em face dos outros poderes que são habituados a incomodá-las, porque são fracas e vivem isoladas”.

2.2. A Constituição da Primeira República, de 1891 (art. 65, 1º, e art. 48, nº 16) (1), facultava aos Estados a possibilidade de se lavrarem acordos ou convenções também intermunicipais.

2.3. Em 1933, a Comissão do Itamaraty, encarregada da elaboração do anteprojeto da Constituição (art. 84, § 2º) preconizava a criação da região com autonomia.

Em 1937, o artigo 29 (2) da Constituição do Estado Novo prescrevia a possibilidade de criação de agrupamentos municipais.

(1) Art. 65 — É facultado aos Estados: 1.º — Celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político. Art. 48 — Compete ao Presidente da República: (...) 16 — Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso, e aprovar os que os Estados celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso.

(2) Art. 29 — Os Municípios de mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins. Parágrafo único — Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração.

Outras iniciativas vieram à luz do dia: Emenda nº 2.830 ao projeto da Constituição de 1946, de Lauro MONTENEGRO, estatuiu a criação de região autônoma, como é de se referir também a Fundação de Municípios, cuja criação foi defendida pelo então Ministro da Justiça Adroaldo Mesquita da Costa, sob o primeiro governo constitucional de 1946.

2.4. Embora a Constituição de 1946 não tivesse adotado, expressamente, comando prescritivo do agrupamento intermunicipal, Constituições dos Estados previram-lhes a possibilidade de criação, como a do Estado de Minas Gerais, de 1947, artigo 95 (3).

2.5. Tentativas derradeiras tiveram lugar, em 1966, sob a Presidência de Castello Branco, ao nomear Comissão constituída pelos juristas OROZIMBO NONATO, LEVY CARNEIRO, TEMISTOCLES CAVALCANTI e SEABRA FAGUNDES.

Após estudos, sugeriu a Comissão duas alternativas ao texto constitucional (4). Todavia, estas sugestões, exibindo preocupações quanto à preservação da autonomia municipal, não foram adotadas, sendo substituídas por outra, que apareceu no artigo 157, § 10, da Constituição de 1967 e no artigo 164 da Emenda Constitucional de nº 1/69, preconizando a criação das Regiões Metropolitanas (5).

(3) Art. 95 — Os Municípios da mesma região, pelo voto de 2/3 dos membros componentes das respectivas Câmaras, poderão agrupar-se, constituindo-se em pessoa jurídica, para instalação, exploração e administração de serviços comuns.

(4) A primeira alternativa: "A União ou o Estado poderá estabelecer temporariamente por lei, com a concordância da Câmara dos Vereadores e Assembléias Legislativas, áreas de desenvolvimento prioritário, nas quais realizará as obras e serviços necessários ao reerguimento sócio-econômico conveniente da região. Realizadas as obras e os serviços programados, voltarão as áreas à administração do Município a que pertencer." A segunda alternativa: "Os Estados poderão, mediante autorização de dois terços dos membros de suas Assembléias Legislativas e das respectivas Câmaras de Vereadores, estabelecer administração conjunta de alguns Municípios, visando à realização de obras ou serviços públicos ou a outros objetivos de interesse comum."

(5) Art. 157, § 10 — A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum. Art. 164 — A União, mediante lei complementar, poderá, para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica.

2.6. Percebe-se, portanto, que, ao lado da faculdade de se criarem entidades microrregionais de Municípios, como se faz no Estado de Minas Gerais e em outros, como recentemente em Pernambuco, pelo voluntariado, posta-se, de um lado, a ordenação constitucional do artigo 164 respeitante às Regiões Metropolitanas para acudir a problemas, fruto do progresso e do desenvolvimento econômico e social, e de outro lado, tem-se o comando normativo constitucional federal do artigo 8º, XIV, referentemente ao desenvolvimento regional pelas superintendências federais.

3. Está, aí, por conseguinte, evidenciada **quantum satis** a existência de interesses regionais — intermunicipais, metropolitanos —, merecedores de proteção jurídica; tem-se, aí, também, assentada a projeção da teoria geral do poder regional.

B) A institucionalização do poder regional (urbano)

1. Ater-nos-emos, aqui, apenas, à prescrição das Leis Complementares de nºs 14/73 e 20/74, concernentes às Regiões Metropolitanas, cuja criação se fez **ex vi legis**, querendo ou não os Municípios delas participar.

A Lei Complementar de nº 14/73 veio reconhecer a existência real de serviços comuns e a tais serviços conferiu-lhes a denominação ou o **nomen juris** de interesses metropolitanos. Daí o conceito: interesse metropolitano constitui interesses comuns a vários e de vários Municípios. São interesses intermunicipais e supramunicipais. Não exclusivos. São, numa palavra, interesses regionais. Constituem também serviços e problemas comuns, regionais, a exigirem soluções comuns e regionais.

2. Sabe-se da dificuldade em identificar o que é interesse local ou municipal em face de interesses gerais, públicos, dos Estados e da União e de interesses dos particulares envolvidos. Conhece-se igualmente espinhosa missão para situar interesses a e de vários Municípios, como extensivos indiretamente aos Estados e à União. É que há uma interpenetração de interesses a exigirem definição legal ou interpretação coerente com a realidade fática apropriada.

3. Inobstante a constatação, o primeiro decênio de sua implantação está a revelar insucessos de atuação da entidade metropolitana em face da técnica de relações intergovernamentais insuficientes.

Estariam as dificuldades só nos aspectos sócio-econômicos das comunidades envolvidas? Ou na falta de receptividade das elites locais, na precária articulação de órgãos públicos concernentes ou na legislação, fruto de época autoritária de viçoso estatismo?

Evidentemente, afiguram-se-nos também comuns suas causas. É que não houve o preliminar envolvimento das comunidades de base envolvidas e interessadas no processo da metropolitanização. Inexistiu a democratização do instrumento novo ensejador do reconhecimento de realidades sociológicas a cobrarem tratamento consentâneo. Ora, na espécie, trata-se de reformas, e há sempre efeitos perversos numa reforma, como afirma YVES MÉNY (in *Revue Française d'Administration Publique*, nº 21, jan./mars — 1982, p. 33).

4. Sobremais, o fenômeno metropolitano padece, no momento, de acelerada conurbação policêntrica em nossa história urbana. A metrópole com seus problemas invade áreas vizinhas, como se fosse mancha negra, penetrante e inapagável, demonstrando-se, por outro lado, ser a Região Metropolitana grande **região urbana**. A entidade regional, como aí está, por ser criatura do Estado, não goza da simpatia local, de vez que, embora se não quisesse em momento algum, foram confiscados aos Municípios direitos e poderes próprios, circunstância esta embrionária de sintomas criadores de vicissitudes comportamentais e institucionais.

As dificuldades quanto aos problemas aqui elencados evidenciam que a experiência metropolitana carece ainda de amadurecimento, já que a alternativa perseguida pelo legislador federal não englobou as realidades regionais sociologicamente identificáveis e as que lhe foram ao conhecimento percorreram caminhos com desacertos do autoritarismo.

5. Ainda, a não inserção das Regiões Metropolitanas no Título da Organização Federal (Título I, Capítulo III, da Constituição federal) — o que revelou a timidez do legislador constituinte —, refletiu existência de insegurança quanto à comunidade de meios e de prestação de serviços, que se objetivara criar, padecer de antecedentes concretos, na forma proposta, isto é, decidiu-se criá-la de cima para baixo, sem se atentar para os fatores reais e sociológicos do poder regional, como a identidade, a legitimidade, a penetração, a participação e a distribuição, elementos conformadores das relações centro-periferia⁽⁶⁾.

(6) PYE e BINDER (PYE, *Aspects of Political Development*, Boston, Little Brown, 1967 — LEONARD BINDER et al., *Crises and Sequences in Political Development*, Princeton, Princeton University Press, 1971).

Inseriu-as o legislador constituinte, porém, no Título III, Da Ordem Econômica e Social, do Estado Social Contemporâneo, que teve como elemento precursor a Constituição Mexicana de 1917, e como executante da nova ordem a Constituição de Weimar, de 1919, chegando-se também, por sua vez, às Constituições brasileiras, de 1934 até a atual.

Destacável é, pois, a preocupação com o econômico e o social na implementação estrutural e legal das comunidades metropolitanas. Aqui, impõe-se o Estado não apenas voltado à prestação de serviços, mas também, e sobretudo, à promoção do bem-estar social.

6. Mas a Lei Complementar de nº 14/73, deferindo aos Estados competência para prover às despesas das Regiões Metropolitanas (art. 2º, § 3º) (7), assim como para unificar a execução dos serviços comuns (art. 3º, parágrafo único) (8), não identificou, a contento e com suficiência, gestão autônoma das Regiões, nem minimizou a concentração de decisões e de recursos. Os Municípios integrantes da Região e o Estado estão sempre obrigados a negociar projetos para receber recursos. E o pior, na minha opinião, é que as Regiões Metropolitanas, com os instrumentos legais oferecidos, passaram a ser executantes de decisões, não muitas vezes intermunicipais, mas **centrais**.

A constatação acresce-se o fato de que as realidades sociais e econômicas não são iguais em nosso território nacional, de vez que a evolução não é linear. Aqui, porém, o tratamento manifesta-se **igual, uniforme**. Ora, a uniformidade é companheira inseparável da **centralização**. E o momento atual é o da **descentralização**.

Há outro aspecto a assinalar. Faço-o com certa ênfase, pela minha vocação e experiência municipalistas, pois entendo que toda pessoa que for estudar o fenômeno metropolitano deve conhecer previamente o fenômeno municipal: trata-se da desmunicipalização de funções dos Municípios, de um lado, pela lei, que é uma **constante** e, de outro lado, do conteúdo normativo exercitável do artigo 5º, VII,

(7) Art. 2º, § 3º — Incumbe ao Estado prover, a expensas próprias, as despesas de manutenção do Conselho Deliberativo e do Conselho Consultivo.

(8) Art. 3º, parágrafo único — A unificação da execução dos serviços comuns efetuar-se-á, quer pela concessão do serviço a entidade estadual, quer pela constituição de empresa de âmbito metropolitano, quer mediante outros processos que, através de convênio, venham a ser estabelecidos.

da Lei Complementar de nº 14/73 ⁽⁹⁾ ser permanente ameaça à autonomia municipal.

7. E, por fim, se se vai privilegiar o fenômeno regional e/ou metropolitano, vai-se debilitar mais a autonomia municipal, princípio constitucional estabelecido. Entretanto, confesso-o, não podemos nem queremos nadar contra a correnteza. As realidades urbanas e de conurbação policêntrica são incontestáveis. Se se toma o poder regional como fator descentralizador, tolera-se a abdicação de poderes próprios municipais, de vez que o Estado também deverá perder poderes a favor da Região, como reconhecimento dos interesses regionais.

II — A ordenação constitucional da entidade regional

A) O direito positivo brasileiro

1. Defino a descentralização como a incessante busca de novo equilíbrio institucional. Por ser antes uma questão política do que meramente administrativa, a descentralização, fenômeno sociológico e meio de organização de poderes, é levada a foros de reflexão política, jurídica e institucional. O momento é propício e altamente fecunda a oportunidade. Portanto, a existência de nova figura de direito público interno resultará imprescindível para ancorar o fenômeno regional. O poder regional não é novo — a nossa história prova-o. A teoria do poder regional, estudo que empreendemos ⁽¹⁰⁾, é uma realidade indiscutível. É realidade o poder regional, quer como produto do progresso, no caso das Regiões Metropolitanas brasileiras, quer como fruto de carências, no caso das regiões pobres, deficitárias de desenvolvimento, como SUDENE, SUDAM, SUDESUL etc., quer como tributário das duas hipóteses, na proposta das associações intermunicipais voluntárias.

2. Reconhecer — repetimos — a existência do poder regional é conferir força ao fenômeno da descentralização de poderes estatais. Acreditamos muito na descentralização, forma de equilíbrio que bus-

(9) Art. 5º — Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos Municípios que integram a região: ... VII — Outros serviços incluídos na área de competência do Conselho Deliberativo por lei federal.

(10) *Contribution à l'étude du pouvoir régional: le cas brésilien* — Thèse de doctorat d'Etat en Droit, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2).

camos na esfera institucional e política. Ora, descentralizar, em que pese ao regime próprio de liberdade vigiada (cf. G. BURDEAU — **Liberté Surveillée**) significa afastar o estatismo e o autoritarismo que tanto mal fizeram às liberdades dos cidadãos e às liberdades locais, neste País.

3. Na assimilação institucional para implantar novo poder regional há que se privilegiar a regionalização do plano, com a sua efetiva democratização. Ter-se-á aí plano regional de desenvolvimento democratizado.

É que, nos albores da Constituinte, se deverá reconhecer às Regiões, às entidades regionais, ou a outro **nomen juris** que se lhes der, em estágio mais avançado, um papel **federativo e integrativo de Municípios**. Devem ser coletividades inter ou supramunicipais integradoras, nunca jamais exteriores ou superiores aos Municípios. Seriam deles, para eles e não contra eles.

4. Evidentemente, sua criação dependerá de leis; será imperativa, desde que satisfeitas as condições e as exigências na ordem jurídica para a nova realidade econômica, administrativa e política, na mobilização da periferia. Neste patamar, far-se-á a substituição dos territórios artificiais por **territórios naturais** (geográficos, étnicos e sociais), a fim de que a organização territorial representativa mantenha e perenize o elemento territorial na vida política (cf. YVES MÉNY, **Revue POUVOIRS**, nº 19, p. 8).

A certa altura, talvez, poder-se-ia argumentar, na hipótese aventada, que as Câmaras Municipais — já que se lhes deverá competir no ordenamento novo a atribuição — tornar-se-iam colégios eleitorais apenas para a escolha do Conselho da entidade regional. Todavia, perigoso, sintomático parece-nos o quadro atual, como no caso das Regiões Metropolitanas, pois que, além de serem exteriores aos Municípios não raras vezes lhes são superiores, com sérios gravames à autonomia municipal.

B) O direito comparado

1. Estamos convencidos de que o fenômeno regional é real e, por isto mesmo, deve ser apreendido numa perspectiva **evolutiva e com-**

parativa. O fenômeno regional no Brasil pode ser muito bem confrontado com o de outros países, para que se descubram, na análise, os fatores comuns voltados ao sucesso e outros, se existentes, tributários de fracassos. Cumpre-nos então evitar tanto a tentação do narisismo como da importação artificial (cf. YVES MÉNY, *op. cit.*, p. 3). É que são extremamente valiosas as experiências alienígenas.

2. Convém, desde logo, referir-se às Regiões italianas — arts. 114 e seguintes da Constituição italiana de 1947. Sua institucionalização não foi obra do acaso e da improvisação. Resultou de trabalhos anteriores, da mobilização da periferia, do desencadeamento real e efetivo da descentralização.

Institucionalizadas apenas em 1968, pela Lei de nº 108, de 17-1-68, submeteram-se a um período crítico de sua formação. Mas, a sociedade estava motivada, conscientizada, porque, a par das lutas dos Partidos Políticos, como a Democracia Cristã (para quem a **garantia orgânica mais eficaz das liberdades será dada pela construção das regiões**), o Partido Socialista e o Partido Comunista italianos, as Regiões italianas identificaram, na sua formação institucional, conquista do povo e não imposição ao povo, porque o regionalismo na Itália já estava no centro dos debates depois da criação do Estado italiano. Resultara ser a descentralização, como o é para nós, meio de crescimento da eficácia administrativa e, portanto, do desenvolvimento econômico e social.

3. Na França, a modernização do Estado passou pelo reconhecimento do regionalismo. As tipologias construídas a seu favor, nos quadros econômicos, administrativo e político, exigiram a institucionalização de novas relações entre o centro e a periferia. Não era suficiente apenas a transferência de recursos, mas também a transferência de poder. Assim como na Espanha, na França, a democratização e a regionalização contribuíram para a identificação de maior participação política com a nova repartição de competências.

Desde, pois, a década de 60, as Regiões francesas pontificaram como realidades institucionais. O poder regional em 1969 mereceu ênfase a tal ponto de provocar a queda do General De Gaulle. Na década de 70, as Regiões, pela Lei de nº 72.619, de 5-7-72, são reconhecidas como estabelecimentos públicos territoriais, isto é, são autarquias territoriais, com recursos próprios (“*permis de conduire*” e adicionais diversos). Na década de 80, tornam-se as Regiões entidades

públicas pela Lei nº 82-213, de março de 1982. Consagrou-se, pois, o poder regional francês.

III — Conclusão

A análise que acabamos de fazer a respeito do poder regional, que envolve relevantes aspectos pertinentes aos Municípios, traz-nos à colação imperiosa incumbência de modernização do Estado federal brasileiro, não no sentido de se guardar o poder, ali ou lá, mas no de entregá-lo ao seu legítimo dono, isto é, ao POVO, para redimensioná-lo segundo sua vontade, na tradução dos componentes sociais e da força sociológica.

Como bem adverte FERDINAND LASSALLE (**A Essência da Constituição**, Rio, Liber Juris, 1985, p. 11), encontram-se no POVO, e somente nele, os fundamentos reais do poder. E o poder regional é realidade fundamental.

E agora, quando se vive o momento pré-Constituinte, de orgulho nacional nunca dantes visto em nossa história, é conveniente repensar as idéias na convicção de que o espírito é mais forte do que a espada, e alterar, para melhor, nossas mentalidades, a fim de que a Constituição, que se almeja e que deve trazer a noção de uma **necessidade ativa** (cf. FERDINAND LASSALLE, *op. cit.*, p. 10), absorva o fenômeno regional como meio de levar o desenvolvimento econômico e social à periferia, minimizando senão afastando o êxodo rural e a massificação humana dos grandes centros urbanos.

A regionalização, conforme nos ensina YVES MÉNY (*op. cit.*, p. 18), não deve ser considerada como objetivo último, mas antes de tudo uma etapa a mais no processo de modernização política de nossas sociedades, à qual se reservará, na lição de PAULO BONAVIDES (cf. **O Planejamento e os Organismos Regionais como preparação a um Federalismo das Regiões. Revista de Informação Legislativa** a. 8 n. 31 jul./set. 1971 p. 53) o papel de verdadeiro instrumento renovador e estimulante da acomodação política e econômica de nosso sistema federal.

O contencioso administrativo e a nova meta da especialização da Justiça

(Uma proposta de reforma do Poder Judiciário)

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Procurador do Estado de Minas Gerais.
Prof. Assistente de Direito Civil
na UFMG

SUMÁRIO

- I — *Legalidade e segurança individual*
- II — *Jurisdição e controle da legalidade*
- III — *O contencioso administrativo: origem, evolução e estrutura básica*
- IV — *Sistemas de controle da Administração e seus caracteres*
- V — *O controle da Administração no direito comparado: Inglaterra, Estados Unidos da América, Itália, Alemanha Ocidental e França*
- VI — *O contencioso administrativo no Brasil:*
 - A) *O contencioso administrativo típico do Império*
 - B) *O sistema republicano de unidade jurisdicional*
 - C) *O contencioso administrativo na E.C. nº 1/69*
 - D) *O contencioso administrativo na E.C. nº 7/77*
 - E) *O contencioso administrativo na Proposta de E.C. nº 11/84*
- VII — *A nova meta da especialização da Justiça*
- VIII — *Dois peculiaridades do direito administrativo:*
 - A) *A complexidade do fato administrativo*
 - B) *As novas matrizes do direito público*
- IX — *Conclusão e proposta*
- X — *Justificação*

BIBLIOGRAFIA

I — Legalidade e segurança individual

Discorrendo sobre a interpretação das leis, FRANCESCO FERRARA acentuou que a segurança jurídica é o bem mais alto da vida moderna. Na mesma linha de defesa da lei como valor social, SALEILLES lançou a máxima sobre interpretação: *au delà de la loi, mais par la loi*.

Com a entrada em vigor do Código Civil francês, em 1804, THIBAUT lançou-se em defesa de um código civil para a Alemanha, no que teve pronta reação de SAVIGNY, sob o fundamento de que a codificação paralisa o direito e impede a sua adaptação aos novos fenômenos sociais. SAVIGNY teve suas razões mas não conseguiu senão retardar a codificação civil alemã, que sobreveio como imperativo de segurança e se alastrou por todos os continentes.

Aliás, essa aspiração é antiga entre os povos. Em Roma, os plebeus, cansados da exploração dos patrícios e dos dirigentes, refugiaram-se no monte Aventino, nos arredores da cidade, e ao emissário do Poder responderam: “queremos leis escritas, que discriminem nossos direitos, deveres e obrigações”. E assim conquistaram a Lei das XII Tábuas, que tanto prezaram, a ponto de decorarem e recitarem o seu texto como *carmen necessarium*, como poesia indispensável na vida em sociedade.

Outros exemplos históricos de reação popular em defesa da legalidade, pela liberdade e contra a opressão, tivemos na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na França. Também no Brasil ocorreu o fenômeno em oportunidades e circunstâncias diversas, com a Independência, com a República, em 1934, 1946 e 1967, quando novas Constituições foram promulgadas.

Ao Estado totalitário e opressor sucedeu o Estado de direito, que se aperfeiçoou com o moderno Estado de direito constitucional, em que o Poder Constituinte ou instituidor, emanado da soberania nacional, traça roteiros e fixa limites de conduta aos próprios legisladores ordinários.

Na oportunidade em que se aproxima uma Assembléia Nacional Constituinte, visando à institucionalização de nova República no País, nenhum debate se apresenta mais relevante para o jurista do que a controvérsia sobre o contencioso administrativo e suas conotações, com repercussões diretas sobre o problema da reforma do Poder Judiciário.

II — Jurisdição e controle da legalidade

Tão vital quanto a legalidade para um Estado de direito constitucional e democrático é um eficiente sistema de controle dessa legalidade. É o problema da jurisdição ou aplicação contenciosa do direito vigente. Aplicar pressupõe conhecer e interpretar o direito. Interpretação oficial ou em nome do Estado, com eficácia obrigatória. Aplicação definitiva ou com efeito de coisa julgada. Qual será o órgão ou Poder mais eficiente para exercer a jurisdição ou dizer o direito com esse efeito? O

Judiciário deve ter o monopólio da jurisdição ou deve partilhar essa missão com o Executivo, entregando a este certas áreas no interesse da Administração?

O problema surgiu a partir das idéias de MONTESQUIEU, assim resumidas:

“La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten;

La libertad política en un ciudadano es esa tranquilidad de ánimo que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad, y para disfrutar de esta libertad es menester que el gobierno sea tal que un ciudadano no pueda temer a otro ciudadano.

Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder se ve inducido a abusar de él y llega hasta donde encuentra límites. Hasta la virtud tiene necesidad de límites. El abuso del poder sólo se ve impedido si, por la disposición de las cosas, *el poder detiene al poder*. Lo que supone no el poder único y concentrado, sino una fragmentación del poder y una cierta *distribución de poderes separados*.

Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o las diferencias de los particulares. Pues no hay libertad cuando el Legislativo y el Ejecutivo están reunidos en las mismas manos. Se puede temer que el mismo monarca o el mismo Senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad cuando el poder de juzgar, el judicial, no está separado del Legislativo y del Ejecutivo. Si estuviese junto con el Poder Legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si estuviese junto con el Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Entre los turcos, donde estos tres poderes están reunidos en la cabeza del sultán, reina un horrible despotismo” (*El Espíritu de las Leyes*, L. XI, apud *Los Grandes Textos Políticos*, de J. J. CHEVALLIER, Aguilar, S.A., Madrid, 1954, pp. 110-111-112).

Discorrendo sobre a jurisdição no Estado moderno, GIUSEPPE CHIOVENDA assim defende a autonomia da função jurisdiccional:

“Autonomía de la función jurisdiccional — Hay una incompatibilidad psicológica entre el oficio de legislar y el de actuar la ley. Hay una incompatibilidad psicológica aun mayor entre el oficio del administrador y el oficio jurisdiccional, porque el

administrador puede estar dominado por la consideración del interés del Estado. De aquí la conveniencia de que la función jurisdiccional sea confiada a órganos *autónomos* para que el que actúa la ley no siga más norma que la que él considera ser la voluntad de la ley conforme a sua ciencia y conciencia. Precísase también que estos órganos sean *independientes* para impedir las intromisiones de la administración en la justicia (justicia de gabinete).

Estas exigencias son mayores en el período de conocimiento, en el cual, debiendo declararse la voluntad de la ley a base de un juicio lógico, hay mayor peligro de que éste sea influido por prevenciones subjetivas o por presiones externas. Y el peligro existe también en la ejecución forzosa; no es sólo por razones de simplificación administrativa por lo que se confía a los Tribunales. Y si algunas funciones ejecutivas son confiadas directamente a los ujieres, ya vimos que esto se consideró como un peligro (§ 13).

La exigencia de la separación orgánica de la función jurisdiccional de las otras es tan marcada, que la vemos también en los Estados absolutos, pero en éstos actúase imperfectamente y responde a conceptos lógicos y técnicos, no políticos. En el Estado absoluto, como la ley es la voluntad de uno solo o de pocos, los órganos jurisdiccionales son los ejecutores de la voluntad de uno o de pocos y están sometidos a la inestabilidad y al arbitrio de éstos. En cambio, en el Estado moderno constitucional, la ley resulta de la cooperación de varias voluntades que concurren a formarla, en cuyo concurso participan más o menos directamente tantas voluntades de miembros del Estado que la ley manifiéstase verdaderamente como una voluntad *general o colectiva*, a la que todos están sujetos, incluso los órganos del Estado (*Estado de derecho*, § 1). La acción del Estado asume así la certidumbre y la precisión propia de las relaciones jurídicas.

La autonomía de la función jurisdiccional tiene, pues, en el Estado moderno un significado enteramente diverso. El ejemplo de la independencia que la organización judicial en Inglaterra había conquistado frente al rey, las teorías de escritores ingleses (LOCKE) y franceses (MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, XI, 6), hicieron acoger en la mayor parte de los Estados modernos el principio de la "división de los poderes" como una excelente garantía de libertad. Las funciones del Estado deben repartirse entre órganos diferentes, las cuales, procediendo legalmente de una manera autónoma e independiente el uno del otro y debiendo observar límites rigurosamente señalados por la ley, presentan el poder del Estado, uno en su esencia, fraccionado en su ejercicio de manera que hace más difíciles las intromisiones (*). De esta

manera la jurisdicción ofrécese a los ciudadanos como la mejor garantía de la observancia de la ley separadas de las mudables corrientes de la administración y de la política.

(*) No imposibles. No hay una garantía absoluta contra los atentados al régimen libre. La sanción suprema y más eficaz del Estado de derecho está dada por el consentimiento de la mayoría en el amor a la libertad y a la justicia." (*Principios de Derecho Proc. Civil*, trad. esp. da 3ª ed. ital., Editorial Reus, Madrid, s/d, T. I, pp. 378/379).

III – O contencioso administrativo: origem, evolução e estrutura básica

A quebra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário surgiu na França, fruto, segundo os tratadistas, da interpretação rigorosa ou distorcida da teoria da divisão de poderes de MONTESQUIEU. Assim nasceu o contencioso administrativo ou jurisdição administrativa, formando um sistema de jurisdição paralela ou plural:

“É certo que, em França, o pensamento de MONTESQUIEU foi distorcido, pois ali o contencioso administrativo compete a tribunais não integrantes do Judiciário, posto que não de forma integral, pois inúmeras questões administrativas são reservadas pela lei ou pela tradição aos tribunais judiciais (cf. G. PEISER, *Contentieux Administratif*, 3ª ed., 1979, Dalloz, p. 52 e segs.). O contencioso administrativo francês, todavia, encontra justificativa em certas circunstâncias históricas não ocorrentes no Brasil. Segundo ROGER BONNARD, a não identificação dos magistrados, que vinham do *ancien régime*, com as causas da revolução, fez com que o revolucionário burguês não confiasse na independência e na imparcialidade dos tribunais judiciais diante da Administração Pública (ROGER BONNARD, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, 1934, p. 152). Por isso, a matéria contenciosa entre o Estado e o indivíduo foi confiada, ali, predominantemente, a tribunais administrativos, que nasceram entretanto com a marca da independência e da imparcialidade, tradição consolidada pelos quase duzentos anos de sua existência” (Mín. JOSÉ FERNANDES DANTAS, in “O TFR e o Contencioso Administrativo”, *Rev. For.*, v. 286, p. 433).

CHIOVENDA nos dá o seguinte resumo de sua origem, evolução e estrutura básica:

“La jurisdicción en sus relaciones con otras funciones – La teoría de la división de los poderes en sus primeras aplicaciones en Francia entendióse en un sentido rígido y mecánico, de manera que cada órgano no debiese tener sino una función y no pudiese injerirse en la acción de otro ni siquiera para fiscalizarla

o corregirla. Dependía esto, en parte, de los inconvenientes a que habría dado lugar el poder preponderante asumido por el más importante órgano jurisdiccional francés, el Parlamento, respecto de la administración y del mismo poder real. De aquí el principio de que "los jueces no pudiesen", bajo pena de deslealtad, molestar en modo alguno las operaciones de los cuerpos administrativos a causa de sus funciones (*).

Según el *sistema francés* (**), bajo la influencia del riguroso modo de entender la "división de los poderes" y la independencia de la Administración respecto de la jurisdicción, la decisión de las contiendas entre Administración y particulares (contencioso-administrativo) confiase a corporaciones constituídas en el mismo seno de la Administración (Consejo de Estado, Consejo de Prefectura). A éstos debe dirigirse el particular sus demandas, incluso para hacer valer derechos verdaderos y propios (por ejemplo, basados en subastas, empréstitos públicos, daños, indemnización por expropiaciones). En un principio se atribuyó a ellos toda contienda en que estuviere interesada la Administración, aun por un acto meramente privado; sólo más tarde la doctrina y la jurisprudencia vinieron suavizando este principio, admitiendo la competencia judicial para los actos de *pura gestión*.

Este contencioso constituye de *hecho* verdadera jurisdicción, pero la doctrina anterior lo concibió como un autocontrol administrativo, como administración *juzgadora* frente a la administración *activa*, como jurisdicción *retenida*. Estos conceptos han sido favorecidos por el hecho de que lo contencioso estaba compuesto de elementos sacados de la Administración y de que por mucho tiempo la decisión de las contiendas fué pronunciada con decreto del Jefe del Estado, que en teoría había podido separarse de la deliberación del órgano de lo contencioso. Sólo más tarde fué reconocida a éste una jurisdicción *propia*.

Lo contencioso francés tiene también otra función formada lentamente: conoce de las reclamaciones contra actos administrativos que, sin lesionar derechos individuales, esto es, voluntades de ley que *garanticen un bien al particular*, sean ilegales por *incompetencia, vicios de forma, violaciones de ley, abuso y exceso de poder*. Acerca del carácter de este "contencioso de anulación", la doctrina no es unánime."

(*) Ley 16-24 de agosto de 1970, tit. II, art. 13; Const. 1791, cap. V, art. 3º; Constitución 1795, art. 203.

(**) SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la Compétence et de la Procédure en Matière Contentieuse Administrative*, 1842; LAFERRIERE, *Traité de la Juridict. Administr.*; CAMMEO, *Comment.*, cit.; SALANDRA, *La Giustizia Administrativa*, etc. (Obra e vol. citados, pp. 379-416).

IV – Sistemas de controle da Administração e seus caracteres

Segundo BONNARD, o controle da Administração no direito comparado de dá por um dos seguintes modos: “a) por órgãos da própria Administração, em que ocorre o autocontrole, embrião do contencioso administrativo; b) pelo sistema do controle judicial, em que pode haver a especialização, com a criação de tribunais judiciários especializados na matéria administrativa; c) pelo sistema de contencioso administrativo, com a existência de tribunais administrativos não integrantes do Poder Judiciário, que, entretanto, ficariam melhor no âmbito do Judiciário, porque exercem poder jurisdicional” (ROGER BONNARD, *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration*, Paris, 1934, p. 152, apud Min. JOSÉ FERNANDES DANTAS, in rev. cit., p. 434).

O processualista GIUSEPPE CHIOVENDA relaciona quatro sistemas de justiça administrativa:

“a) Atribución del conocimiento de las contiendas relativas a relaciones entre el ciudadano y la Administración a la Administración misma.

b) Atribución de tales contiendas a la autoridad judicial ordinaria (*jurisdicción única*).

c) Atribución a Tribunales especiales.

d) Reparto de tales contiendas entre los Tribunales ordinarios y los especiales” (obra e vol. cit., p. 415).

Os vários sistemas de controle da Administração distinguem-se também conforme os seguintes aspectos:

a) segundo sua estrutura ou composição, pela diferenciação de órgãos em juiz singular, órgão paritário, colegiado ou tribunal, de 1º ou 2º grau de jurisdição;

b) conforme sejam os seus órgãos integrados no âmbito do Executivo ou do Judiciário;

c) sua competência seja *ratione personae* ou *ratione materiae*;

d) suas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos etc.), grau de independência e condições de julgamento com imparcialidade;

e) componham uma unidade ou dualidade de jurisdições em determinado país, ambas autônomas ou capazes de decidir em caráter definitivo;

f) segundo a eficácia ou os efeitos de suas decisões, fazendo ou não coisa julgada;

g) conforme sejam separadas e independentes as jurisdições administrativa e ordinária, como na França, gerando o contencioso administrativo típico, ou se reúnam em sistema integrado, especializado ou múltiplo, conciliando os sistemas unitário e plural, como na República Federal da Alemanha. No sistema unitário há uma fusão ou mistura de jurisdições no mesmo órgão. O Brasil adota um sistema unitário com tendência à especialização em certas áreas (Administração federal com a Justiça Federal e Administrações estaduais com as Varas da Fazenda nas Capitais (1º grau restrito)).

O contencioso administrativo puro, próprio ou típico, caracteriza-se pela vinculação ou integração no Poder Executivo (ou separação do Judiciário) e pelo caráter definitivo de suas decisões (afastada a revisão judicial ou o recurso ao Judiciário), compondo, com a jurisdição ordinária, um sistema de dualidade de jurisdições. Sua competência é em razão das pessoas (causas envolvendo a Administração — União, Estados, Municípios, suas autarquias e empresas públicas) e em razão da matéria (o direito administrativo em seus diversos setores).

V — O controle da Administração no direito comparado

INGLATERRA

No direito comparado, a Inglaterra merece tratamento prioritário, por razões óbvias de maturidade política e respeito às liberdades públicas.

CHIOVENDA assim resume o seu sistema de controle:

“En el sistema inglés (americano), la jurisdicción común se dirige generalmente con determinadas condiciones incluso a los actos administrativos, sin demasiadas distinciones de relaciones públicas o privadas” (obra e vol. citados, p. 417, com apoio em vários tratadistas anglo-americanos).

MONTESQUIEU, depois das assertivas já antes transcritas, sobre a separação de Poderes e a garantia das liberdades políticas, conclui:

“No hay más que una nación en el mundo que tenga como objeto de su constitución la libertad política así definida.” (Referre-se à Inglaterra.)

“Un gobierno moderado que tiene la libertad política como objeto directo y que está enteramente orientado por ella, así como por la preocupación de la “seguridad del súbdito”, verdadera “obra maestra de legislación”, que cierra toda salida al odiado despotismo: ésta es Inglaterra” (*Los Grandes Textos Políticos*, citada, pp. 111 e 117).

Aliás, também VOLTAIRE, segundo um seu biógrafo (DONALD C. PEATTIE), depois de encarcerado na Bastilha pela segunda vez, foi solto

sob promessa de abandonar a França e embarcou para a Inglaterra. O que mais o surpreendeu em Londres foi ver o amor, e não o medo, que sentiam os ingleses pelo seu rei.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O sistema unitário ou de jurisdição judicial norte-americano (excluídos os atos políticos e os que implicam poderes discricionários, conforme CAMPBELL BLACK) decorre da seção II do artigo III de sua Constituição, de 17 de setembro de 1787, *verbis*:

“O Poder Judicial terá jurisdição, em todas as causas de lei e equidade, suscitadas no domínio desta Constituição, das leis dos Estados Unidos e dos tratados celebrados ou que venham a ser celebrados em seu nome:

Em todas as causas que envolvam embaixadores, enviados diplomáticos e cônsules;

Em todas as causas relativas à armada ou à jurisdição marítima;

Em todos os litígios em que os Estados Unidos sejam parte;

Em todos os litígios entre dois ou mais Estados;...”

ITÁLIA

A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, dispõe:

“Artigo 102º – A função jurisdicional compete a magistrados ordinários, instituídos e regulados pelas normas sobre a organização judiciária.

Não podem ser instituídas jurisdições extraordinárias ou especiais. Apenas podem ser instituídas, junto dos órgãos judiciais normais, seções especializadas para determinadas matérias, com participação de cidadãos idôneos estranhos à magistratura judicial.

A lei regula os casos e as formas por que se faz a participação direta do povo na administração da justiça.

Artigo 113º – Em todos os casos, admite-se a proteção jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou de contencioso administrativo.

Esta proteção jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou relativamente a determinadas categorias de atos.

A lei determina os órgãos jurisdicionais com poder de anular os atos da Administração Pública nos casos e com os efeitos por ela previstos.”

ALEMANHA OCIDENTAL

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, dispõe:

“Artigo 92º – O Poder Judicial compete aos juízes e é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos tribunais federais previstos na Constituição e pelos tribunais dos Estados.

Artigo 95º – Para o exercício da jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência social, a Federação instituirá como tribunais superiores, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal de Trabalho e o Tribunal Federal Social.”

FRANÇA

O sistema francês, na lição do Prof. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, obedece aos seguintes princípios fundamentais:

- a) separação das autoridades administrativas e judiciárias;
- b) separação da Administração ativa da contenciosa.

Esses princípios vêm das leis revolucionárias de 16-24 de agosto de 1790 (art. 13) e de 7-14 de outubro de 1790.

Dai decorrem os seguintes corolários:

1º) proibição dos tribunais judiciários de conhecer dos atos administrativos;

2º) instituição dos tribunais administrativos;

3º) direito atribuído à administração de reivindicar por meio de conflitos as questões administrativas submetidas aos tribunais judiciários” (*Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Freitas Bastos, pp. 502 e 503, com apoio em BONNARD e LAFERRIÈRE).

VI – O contencioso administrativo no Brasil

A) O contencioso administrativo típico do Império

De substancial pesquisa do Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, titular na UFMG, lastreada em J. GUILHERME DE ARACÃO e outros mestres

do direito público, extraímos os seguintes trechos sobre o contencioso administrativo no Império do Brasil:

“J. Guilherme de Aragão assinala que, na ordem constitucional do Império, duas fontes sobressaíram: o direito colonial e o direito público francês. Nesse sentido, convém destacar a afirmativa de que o “Conselho de Estado do Império recolheu e acatou com o maior entusiasmo doutrinas e princípios expostos pelo órgão homólogo francês, aceitando, com o mesmo ânimo, as opiniões dos Conselheiros de Estado de Paris. Com freqüência, nossos Conselheiros lhes rendem, citando-os de autoridade.”

“Prestando serviço ao Poder Moderador, o Conselho de Estado era um órgão consultivo supremo para pronunciamentos sobre as nomeações de Senadores; a convocação da Assembléa Geral Extraordinária; a sanção imperial sobre decretos e resoluções da Assembléa Geral, para lhes dar força de lei; aprovação ou suspensão de resoluções dos conselhos provinciais; a prorrogação da Assembléa Geral e a dissolução da Câmara dos Deputados. O Conselho de Estado tinha atribuições relacionadas com o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Tinha papel significativo na relação entre os “Poderes, em virtude de disposição constitucional (art. 142 — Constituição Política do Império).”

“Percebe-se, nessa primeira fase, o Conselho de Estado como órgão eminentemente consultivo, com intervenções para propiciar o equilíbrio nas relações entre os Poderes.”

“O Conselho de Estado no Brasil reproduziu o modelo napoleônico, sendo que o Regulamento nº 124, de 1842, tinha como padrão a legislação francesa da ocasião da Revolução e do Diretório.”

“Na definição determinada pela lei de 1841 foram introduzidas, pela primeira vez, as atribuições próprias do contencioso administrativo. Ao lado das funções consultivas, passa a exercer as de índole jurisdicional.

Em decorrência do art. 8º da Lei nº 234, de 23-11-1841, o Regulamento nº 124 fixa os princípios de organização do Conselho de Estado. O Visconde de Uruguai, partindo do pronunciamento legislativo, faz uma classificação das atribuições em quatro grupos:

- a) Poder Moderador;
- b) Poder Executivo, Política Governamental;
- c) Poder Administrativo Gracioso;
- d) Poder Administrativo Contencioso.

Os textos referidos dão função contenciosa ao Conselho de Estado. O Regulamento de 1842 estabelece *normas processuais* no que diz respeito a:

- a) apresentação de petições;
- b) exercício de recursos;
- c) julgamento administrativo.”

“A dualidade de jurisdição (autoridades administrativas e judiciária) teve no Conselho de Estado do Império, um grande suporte. Como instituição jurisdicional manifesta-se como órgão competente para as decisões entre a administração e os particulares: “Funcionava o Conselho como jurisdição de primeira instância em relação a determinadas matérias — conflitos de atribuição e questões de presas marítimas —, cabendo-lhe, ao mesmo tempo, como última instância, decidir sobre os recursos que lhe eram impostos contra decisões de outras autoridades administrativas — Ministros de Estado, Presidentes de Províncias, autoridades fiscais; contra decisões de jurisdições especiais, como as do Tribunal do Tesouro, dos Tribunais de Comércio, parte administrativa e das Tesourarias Provinciais. Exercia, ainda, o C.E. um controle jurisdicional sobre os atos das autoridades eclesiásticas, a origem legal da famosa questão religiosa de 1872/75 (J. GUILHERME DE ARAGÃO, *A Justiça Administrativa no Brasil*). (J. A. O. BARACHO, in “Contencioso Administrativo”, *Rev. da AMAGIS*, M.G., vol. V, pp. 104 a 106).

B) O sistema republicano de unidade jurisdicional

Se no Império a inspiração viera da França, como consequência das idéias libertárias da Revolução, na República a influência foi norteamericana:

“A fase republicana começa com o regime de unidade, instituindo a Justiça dos Estados e a Justiça Federal.

A Constituição de 1891 deixou para a última o exame de questões que estavam localizadas na competência do contencioso administrativo. Coube à Lei nº 221, de 20-11-1894, ao criar a organização da Justiça Federal, determinar os limites da respectiva área jurisdicional, pelo que os juízes e tribunais federais examinarão violação ao direito individual, decorrente de atos ou decisões das autoridades administrativas. A mencionada Lei nº 221 traçou a competência e regras para o controle judiciário sobre atos administrativos. Consagra-se o sistema de unidade de jurisdição, desde que qualquer ato da administração passaria para o controle do judiciário: “A resposta se contém no art. 13,

§§ 9º a 12, da Lei nº 221. O controle judiciário se exerce sobre a ilegalidade do ato ou da decisão administrativa. Ao juiz judiciário cabe anular, total ou parcialmente, o ato ou a decisão administrativa ilegal. E um e outro são ilegais se não aplicam, ou aplicam indevidamente o direito em vigor. A esta regra a lei de 1894 abre duas restrições: 1ª — a autoridade judiciária não apreciará o mérito nem a oportunidade do ato administrativo; 2ª — o ato administrativo emanado da faculdade do poder discricionário da administração não será considerado ilegal senão em caso de incompetência e de excesso de poder. Completando esses princípios, a Lei nº 221 estabeleceu que as decisões judiciárias obrigam a administração e os particulares, e a violação da coisa julgada lhes acarreta responsabilidade civil e criminal” (BARACHO, trab. cit., p. 109).

C) O “*contencioso administrativo*” na
Emenda Constitucional nº 1/69

O artigo 111 da *Emenda Constitucional nº 1/69* dispôs:

“A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.” (Litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico.)

O texto supra ficou então passível de duas interpretações:

a) a lei que viesse a criar tal contencioso estaria esvaziando ou excluindo a competência atribuída aos juizes federais pelo artigo 110, bem como excepcionando o § 4º do artigo 153. Dessa forma, o contencioso administrativo seria o próprio ou típico, segundo o sistema francês e o brasileiro do Império (integrado estruturalmente na Administração e com poder de julgar em caráter definitivo aquelas causas, sem revisão do Judiciário). Pelo que se estaria instituindo ou restaurando a dualidade de jurisdições no Brasil;

b) pelo contrário, o que o artigo 111 estaria autorizando era, no máximo, a criação de uma instância ou via administrativa de exaurimento obrigatório, como condição de acesso ao Judiciário. E assim estaria harmonizada a convivência dos três textos constitucionais (110, 111 e § 4º do art. 153), bem como preservada a tradição republicana da unidade de jurisdição. Esta a corrente que predominou na doutrina (CRETELLA JÚNIOR, CAMPOS BATALHA, CAMILO ASHCHAR, ADA GRINOVER e muitos outros), corroborada pela *Emenda Constitucional nº 7/77*.

D) O “*contencioso administrativo*” na
Emenda Constitucional nº 7/77

A *Emenda Constitucional nº 7/77* trouxe as seguintes inovações:

a) alterou o § 4º do artigo 153, permitindo que o ingresso em juízo possa ser condicionado ao prévio exaurimento das vias administrativas.

Logo, apenas permitiu fosse tornado obrigatório o uso da via administrativa, sem erigi-la em instância única ou excludente da via judicial;

b) autorizou, no artigo 203, a criação de contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, em questões fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho. A remissão ao art. 153, § 4º, tornou clara a intenção de considerar esses contenciosos de uso obrigatório, como condição de ingresso na via judicial, apenas retardada mas não excluída;

c) a remissão também ao art. 153, § 4º, no final do artigo 111, levou à mesma conclusão anterior (letra b), no tocante ao contencioso dos servidores públicos federais;

d) autorizou, no artigo 204, a lei ordinária a permitir que a parte vencida, nos contenciosos administrativos dos artigos 111 e 203, despreze a via judicial de 1º grau e requeira, diretamente ao tribunal competente, a revisão da decisão administrativa (economizando uma etapa judicial). Mas a parte, se quiser, recusará a *permissão*. Tudo isso confirma a permanência da unidade de jurisdição, com predomínio absoluto da via judicial;

e) o artigo 205 determinou que as questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, *serão decididas* pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.

Esse texto, carente de regulamentação (Súmula nº 102-TFR), parece ser o único que realmente interditou a via judicial às entidades públicas nos litígios entre si. Não constitui exceção ao artigo 153, § 4º, que se refere a lesão de direito *individual*, já que ao acionista prejudicado se ressalvou a via judicial anulatória da decisão administrativa. Acredito que aqui esteja uma abertura para o contencioso administrativo típico ou próprio, mas que não deixa de ser anômalo, porque só é puro e excludente do Judiciário enquanto envolve questões de interesse exclusivo da Administração (*interna corporis*). O contencioso administrativo puro é o que envolve a Administração e o administrado. A tutela deste último foi que gerou o problema da garantia política, tão cara aos ingleses e aos revolucionários franceses.

E) *O contencioso administrativo na Proposta de Emenda Constitucional nº 11/84*

Através da Mensagem nº 36/84-CN, o então Presidente João Figueiredo propôs ao Congresso Nacional a aprovação de Emenda à Constituição, instituindo o contencioso administrativo (dentre outras reformas), nos seguintes termos:

a) Dando nova redação ao § 4º do artigo 153, que ficaria assim (no tocante à espécie):

“§ 4º — Salvo as submetidas a decisão de contencioso administrativo, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Com essa ressalva, estar-se-ia admitindo no Brasil o contencioso administrativo típico, vinculado ao Executivo, cujas decisões fariam coisa julgada e, portanto, estariam excluídas de revisão judicial.

Vejamos em que setores da Administração seria criado esse sistema especial de controle de seus atos.

b) Dando nova redação ao artigo 203, pela qual se excluiria a expressão “sem poder *jurisdicional*” e acrescentar-se-ia esta outra: “aplica-se aos Estados, no que couber, o disposto no artigo 111”.

A alteração teria os seguintes efeitos:

I – autorizaria a criação de contenciosos administrativos típicos (sem revisão judicial), federais e estaduais, em questões fiscais, previdenciárias e acidentes do trabalho;

II – estenderia aos Estados-Membros o poder de criar contencioso administrativo para julgar, sem revisão judicial, litígios oriundos de relações de trabalho dos servidores com os Estados, suas autarquias e empresas públicas.

c) Dando nova redação ao artigo 204, pela qual se permitiria à parte vencida, nos litígios *supra* (b, I e II), o recurso ao tribunal competente, para reparar somente a ofensa à Constituição. Ressalvou-se também o direito de promover ação rescisória.

A Mensagem presidencial assim justificou:

“No que se refere ao Poder Judiciário, além da apontada preservação de competência da Suprema Corte, considera-se necessário optar por novos caminhos tendentes ao tão reclamado desafogo dos serviços da Justiça. Nessa ordem de idéias, duas medidas complementares pareceram aconselháveis: a instituição de um contencioso administrativo, dotado de jurisdição especial; e o fortalecimento das decisões dos juizes arbitrais, sem prejuízo, porém, da contrastação pela justiça comum de matéria de natureza constitucional, ou toda vez que as decisões forem impugnáveis mediante ação rescisória, nos termos da legislação processual civil. Espera-se que, com essas duas providências, haverá natural redução no número de feitos desde logo submetidos aos órgãos jurisdicionais comuns.”

Houve reação generalizada à proposta *supra* de criação do contencioso administrativo com poder jurisdicional.

O próprio Tribunal Federal de Recursos, em Ofício nº 153/GP, dirigido ao Presidente do Congresso Nacional, assim se manifestou:

“O TFR decidiu manifestar-se a respeito da proposta de Emenda Constitucional encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ex.^{mo} Sr. Presidente da República, em 16-4-1984, no ponto

em que a mesma, rompendo com a tradição republicana brasileira, propõe a criação de contencioso administrativo no âmbito do Poder Executivo, com poder jurisdicional.

Dois motivos principais levaram o TFR a posicionar-se contrariamente ao contencioso administrativo proposto pelo Poder Executivo: a) porque o contencioso, do modo como é proposto, liquida com a garantia da proteção judiciária, quando o Poder Público for o violador de direito individual, garantia que deflui da cláusula *due process of law* do direito anglo-americano e que tem sua primeira expressão na Magna Carta de 1215, art. 39; b) porque esse contencioso, nos seus três ramos — servidores públicos, tributário e previdenciário, inclusive para as questões de acidente do trabalho — esvazia a Justiça Federal de 1º grau e o próprio TFR.

.....

A tendência, em verdade, no Direito Público comparado, é para a adoção de tribunais especializados na matéria administrativa, vinculados tais tribunais, todavia, ao Poder Judiciário. No Brasil, posto que a especialização é mais ou menos recente (Varas de Fazenda Pública), o controle judicial da Administração está arraigado na tradição republicana.

.....

O que é necessário fazer é dar ao Poder Judiciário meios de exercer o controle em toda a sua plenitude, não sendo, em verdade, conveniente a criação de contencioso administrativo, por isso que, conforme acentuam eminentes juristas que têm se manifestado a respeito do tema, ou os tribunais do contencioso se organizam nos moldes e com as garantias dos tribunais judiciários, caso em que não haveria razão para a sua criação, porque bastaria aparelhar melhor os tribunais já existentes, ou, criados sem tais garantias, ficaria o cidadão sujeito a decisões de funcionários dependentes do Executivo, sem possibilidade de pedir ao Judiciário a tutela jurisdicional.

.....

Ora, se a metade dos recursos que seriam gastos na implantação dos contenciosos, fosse destinada à Justiça Federal com a criação de novas Varas e Tribunais Regionais Federais, certamente que as causas do congestionamento da Justiça Federal, justamente a Justiça que tem por missão decidir as questões entre o indivíduo e o Poder Público federal, seriam afastadas.

No entender da maioria da Corte, a orientação capaz de conduzir a melhor e mais rápida distribuição de Justiça, é descentralizar de Brasília a Justiça Federal de segundo grau. Nessa perspectiva, a opção que se afigura mais prestante a

acompanhar o desenvolvimento econômico e social do País, está na criação de tribunais regionais que julguem, definitivamente, as questões de fato, de produção local, restritas ao juízo de provas. Somente a uniformização da inteligência e aplicação da lei assumem, realmente, o significado de questão federal que justifique fazer convergir de todos os quadrantes do território nacional o julgamento final nos Tribunais da Capital da República.

.....
Os Tribunais Regionais constituem a solução modular que a União adotou com sucesso na jurisdição do trabalho e eleitoral.
.....

É também convicção do Tribunal que a atual divisão da jurisdição trabalhista entre duas Justiças da União, para aplicar o mesmo direito federal, gera divergências de entendimento sem possibilidade de uniformização, pelo Supremo Pretório da Nação, restrito ao contencioso constitucional na matéria. Criam-se fronteiras na interpretação dos direitos comuns entre empregados públicos da União, sujeitos ao foro da Justiça Federal, e empregados públicos dos Estados e Municípios, bem como dos assalariados das empresas, residentes na Justiça do Trabalho. Propõe-se a restituição da homogeneidade na aplicação contenciosa da lei trabalhista, confiando à Justiça Especializada da União conciliar sem distinção de empregador os dissídios nas relações de trabalho” (“O Tribunal Federal de Recursos e o Contencioso Administrativo”, Min. JOSÉ FERNANDES DANTAS, in *Revista Forense*, v. 286, pp. 433/437).

A propósito e como nossa homenagem ao Colendo Tribunal Federal de Recursos, a Justiça Federal constitui a primeira jurisdição judicial especializada em nosso País, no âmbito do Direito Administrativo, com competência para julgar os conflitos entre a Administração federal e os seus administrados.

Como tal, surgiu na Constituição Republicana de 1891 (arts. 55 e 60), com juízes e tribunais federais. A Constituição de 1934 manteve-a com juízes e tribunais federais e a mesma competência (arts. 63 e 81). A Constituição de 1937 suprimiu os juízes e tribunais federais (art. 90). As causas envolvendo a União e seus administrados passaram à competência dos juízes estaduais das Capitais (art. 108), com recurso direto para o Supremo Tribunal Federal (art. 109).

A Constituição de 1946 restaurou apenas o TFR (art. 103), para julgar os recursos das decisões dos juízes estaduais nas causas da Fazenda Federal.

A Constituição de 1967 restabeleceu os Tribunais Federais de Recursos e os juízes federais (art. 107, II), como Justiça especializada ou admi-

nistrativa federal, tal como se mantém no texto da Emenda Constitucional nº 1/89 ("Tribunal Federal de Recursos e Juizes Federais" — art. 112, III).

A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, através da Portaria nº 12/84 de seu Diretor, Prof. LOURIVAL VILELA VIANA, designou Comissão Especial, integrada por onze especialistas na matéria, para examinar, discutir e oferecer sugestões à Proposta de E. C. nº 11/84. Do parecer do Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, sobre o contencioso administrativo proposto, extraímos o seguinte: (com apoio em DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Contencioso Administrativo*, Rio, 1977):

"A análise que os doutos fazem, todavia, no direito comparado contemporâneo, registra uma irrepresável tendência do declínio cada vez mais acentuado do sistema do *autocontrole* da Administração, enquanto se generaliza a tendência, francamente dominante, pela instituição e valorização dos *tribunais administrativos*, como órgãos jurisdicionais especializados, que se vão insinuando até mesmo no reduto do direito anglo saxônico (DIOGO FIGUEIREDO, *ob. cit.*, p. 12).

.....

É claro que a complexidade da Administração Pública, depois que o Estado se tornou o moderno Estado-Social, está a reclamar juizes especializados, o que é difícil, senão impossível, de se formar dentro dos órgãos judicantes civis, pois não basta uma Vara especializada, se o titular está sempre variando e se sua carreira não se faz dentro dos critérios da especialização.

.....

Tudo se resume, simplesmente, em realizar a especialização de aparelhamentos jurisdicionais, como, aliás, já se fez entre nós, a propósito da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, sem jamais afastar-se do âmbito do Poder Judiciário e com nenhum prejuízo para as garantias constitucionais de independência e imparcialidade dos juizes.

A nosso ver, para chegar-se ao ideal de uma jurisdição em matéria administrativa, que se mostre rápida, eficiente, atenta às peculiaridades da gestão pública e do bem comum, o caminho seria a adoção de medidas que fortalecessem, no âmbito federal, o TFR e a Justiça Federal de primeira instância, que, em seu conjunto, já são uma Justiça Administrativa; e, no âmbito local, ou mesmo federal, mas de maior especialização, o remédio correto seria a instituição de verdadeiros "tribunais administrativos", que, por suas garantias, jamais se veriam privados das características peculiares ao Poder Judiciário" (Do parecer do processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in *Dez Estudos — Emenda Constitucional nº 11*, ed. da Fac. Dir. UFMG, BH, 1984, pp. 107/119).

VII — A nova meta da especialização da Justiça

Mais uma vez vamos recorrer ao erudito parecer do Prof. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (obra cit., pp. 504/505):

“A justiça administrativa como ramo de justiça comum — Um dos meios preconizados para a constituição da justiça administrativa está apenas na diferenciação de certos tribunais ou Câmaras de tribunais, com especialização para conhecer das questões administrativas, *ratione materiae* ou *ratione personae*, ou mesmo, como ocorre na Inglaterra onde não há jurisdição nem tribunais especiais para a matéria administrativa.

Nos Estados Unidos, tem-se orientado mais ou menos neste sentido o desenvolvimento da chamada impropriamente justiça administrativa. Ali, numerosas Cortes foram criadas, cuja função específica demonstra a necessidade de uma especialização maior dos órgãos jurisdicionais.

Em um trabalho notável o deão de Escola de Haward, James Landis (*), teve ocasião de abordar o problema e de mostrar a necessidade da constituição de instâncias especializadas onde mesmo a técnica do julgamento pudesse caracterizar a natureza das controvérsias e onde os julgamentos atendessem não somente à obediência do princípio da supremacia da lei mas também à importância do contrato dos homens com os fatos e a realidade.

Observa James Landis que a tendência para a especialização no processo judiciário é antiga, encontra-se no *King's Court, probate and divorce*, e mais recentemente na moderna estrutura judiciária americana, a *Court of Claims, Board of Tax Appeals, Court of Customs and Patent Appeal*.

Esta é, aliás, uma tendência muito generalizada (**).

Esta solução foi também preconizada nos Estados Unidos, especialmente pela *American Bar Association*, cuja *Special Committee on Administrative Law*, em 1936, sugeriu a modalidade que estamos apreciando (***)”

Também o Prof. BARACHO merece ser citado, ao propósito:

“Esse juiz especializado, na compreensão de FRANÇOIS GAZIER, no julgamento da administração, liberta-se dos princípios de direito privado, que não regulam mais que as relações dos

(*) *The Administrative Process*, pág. 32.

(**) ENEAS GALVÃO, *Organização Judiciária*.
J. COUMOUL, *Traité du Pouvoir Judiciaire*.
R. JACQUELIN, *La Jurisdiction Administrative*.

(***) Ver *Reports of the American Bar Association, 1936, Report of the Special Committee on Administrative Law, Part I* — pp. 721 e segs.

cidadãos, possibilitando um direito administrativo autônomo, assentado em noções específicas de direito público" (Trab. e Rev. cits., p. 112).

VIII – *Duas peculiaridades do direito administrativo:*

A) *a complexidade do fato administrativo;*

B) *as novas matrizes do direito público.*

"Ex facto jus oritur"

"As tarefas preliminares da atividade judicial são, pois: o apuramento do *fato*, da relação material a julgar, e a determinação do *direito* a que o fato está subordinado" (FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, Armênio Amado, editor, Coimbra, 1963, p. 112).

Sem a compreensão exata dos fatos ou da relação material *sub judice*, o juiz fica impossibilitado de determinar o direito aplicável.

Em discurso memorável, ao assumir o cargo de Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, o prof. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO destacou a grande dificuldade com que se defronta o advogado do Estado ou defensor da Administração Pública: a complexidade ou inacessibilidade do fato administrativo, exigindo conhecimentos especializados, experiência e intimidade com os negócios administrativos.

Novas matrizes

O Prof. J. CRETILLA JÚNIOR faz um cotejo entre as categorias ato jurídico e ato administrativo, ilícito civil, penal e administrativo, contrato civil, comercial e administrativo, bens públicos e privados, fundações públicas e privadas, pessoas e sucessões de direito público e de direito privado. Argumenta que o erro está em procurar soluções de direito administrativo nas *espécies* (co-irmãs) do direito privado, em vez de descer às raízes ou matrizes de ambos, onde se recolherão os arquétipos ou elementos genéricos apropriados. As soluções individualistas não se adaptam ao direito administrativo, que exige novos modelos ou matrizes.

E aponta as conseqüências desses erros de perspectiva:

"Diante do caso concreto a ser resolvido, a doutrina e a jurisprudência hesitam, custando a tomar posição no enquadramento de hipóteses peculiares ao direito público. O impacto dos princípios informativos do direito privado atinge em cheio – e negativamente – o raciocínio desprevenido do cultor do direito público, ainda vinculado ao direito civil.

O jurista e o magistrado muitas vezes tomam conhecimento do instituto, chegando mesmo a intuí-lo em suas linhas gerais,

mas falta-lhes a exata cobertura doutrinária e a respectiva tradição pretoriana para tomada certa de posição.

Problemas simples, em si, por receberem tratamento inadequado resolvem-se de maneira incorreta, já que tratados, depois de equacionados, em termos de direito privado.

Típicas questões de direito público, analisadas em moldes civilísticos, desvirtuam-se, conduzindo a desastrosos resultados, inaceitos, pois, pelos que trabalham sob o rigor que a ciência do direito exige.

Inúmeras vezes observa-se que são resolvidas com exatidão questões *de fato*. Aplicam-se-lhes, no entanto, fórmulas inadequadas. Falta, ao trabalho do jurista menos avisado, a *certa adaequatio*, o uso da mensuração compatível enfim, o equacionamento e solução em termos e moldes de direito público” (“Colocação Moderna do Direito Administrativo”, in *Revista Forense*, v. 262, pp. 41/46).

IX – Conclusão e proposta

Ao final desta pesquisa, propomos para o Brasil uma organização judiciária a partir do modelo da República Federal da Alemanha, em cuja Lei Fundamental, de 23 de maio de 1949, se lê:

“Art. 95 – Para o exercício da jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência social, a Federação instituirá como tribunais superiores, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal de Trabalho e o Tribunal Federal Social.”

Com a absorção de dois Tribunais Federais por dois outros similares, por medida de economia, nossa organização judiciária seria a seguinte (de parte a Justiça Militar e a Eleitoral):

Tribunais Superiores:

Supremo Tribunal Federal: tribunal da Constituinte – controle constitucional exclusivamente.

Tribunal Federal Administrativo: tribunal da Federação – intérprete máximo e defensor das leis administrativas federais, inclusive as financeiras (CTN etc.), estatutárias, previdência social e acidentes do trabalho – Causas da União, suas autarquias etc. M.S. (absorveria o TFR, cuja denominação é genérica). Julga recursos dos *Tribunais Administrativos da União (regionais) e dos Trib. Administrativos Estaduais*, por ofensa a lei adm. federal.

Tribunal Federal do Trabalho: tribunal da Federação – intérprete e defensor da legislação do trabalho (CLT).

Tribunal Federal Ordinário: trib. da Federação – direito privado e direito penal – recursos dos Tribunais Ordinários Estaduais.

Tribunais Estaduais:

Tribunal Administrativo da União (regional): causas da União, autarquias etc. – M.S. – recursos das decisões dos juizes federais. Julga definitivamente os fatos.

Tribunal Administrativo Estadual (direito administrativo): causas do Estado, suas autarquias etc. – M.S. – direito administrativo estadual (inclus. municipal) e federal aplicável ao Estado. Interpreta soberanamente os fatos e as leis estaduais e municipais – recursos para o Trib. Fed. Administrativo, por ofensa a lei adm. federal. Câmara Adm. e Câmara Fiscal.

Tribunal Regional do Trabalho: como se acha organizado.

Tribunal Ordinário Estadual (direito privado e penal): direito privado e penal. Recurso para o Tribunal Federal Ordinário, por ofensa a lei federal de sua área. Pode absorver o Tribunal de Justiça Militar, através de suas Câmaras Criminais (conforme já faculta o art. 144, § 1º, d, CF).

1º grau

Juizes Federais: com a competência atual. Recursos para o Trib. Adm. da União (regional).

Varas da Fazenda ou Varas Administrativas: causas do Estado (incl. Municípios), suas autarquias etc. – M.S. – direito adm. estadual e municipal, incl. federal aplicável ao Estado e Municípios (CTN). Recursos para o Tribunal Adm. Estadual. Varas Adm., Varas Fiscais etc. Na Capital e no interior (regionais ou em cidades maiores).

Juizes do Trabalho: sistemática atual.

Varas Cíveis e Comerciais, Criminais, da Família, Falência e Concordata etc.: sistema vigente. Recursos para o Tribunal Ordinário Estadual.

Observação: outra opção válida seria a criação da Justiça Criminal autônoma (juizes, tribunais estaduais e Tribunal Federal Criminal), absorvendo a Justiça Militar (a Justiça especializada moderna é em razão da *matéria* e não das pessoas) e aliviando e purificando os Tribunais Ordinários. Seria a Justiça especializada criminal, coerente com a nossa tese.

X – Justificação

Além das razões já expostas, temos ainda a aduzir o seguinte:

a) Tal como o Tribunal Constitucional Federal alemão, o nosso STF deve se limitar ao controle constitucional. Deve ser o Guarda da Constituição e o tribunal da Assembléia Nacional Constituinte, deixando o controle da legalidade federal ou a função de tribunal da Federação para os demais tribunais superiores, em suas respectivas áreas de especialização.

b) O próprio TFR propôs a criação imediata de Tribunais Federais Regionais, passando a nível de controle de legalidade federal em sua área. Com isso ficaria esvaziado em sua competência e volume de processos, pelo que suportaria os recursos também dos Tribunais Administrativos Estaduais, sobre lei administrativa federal.

c) O desdobramento dos Tribunais de Justiça estaduais em Tribunais Administrativos e Tribunais Ordinários, com as respectivas Câmaras e Varas desdobradas, inclusive no interior dos Estados (regionais ou em cidades maiores as Varas Administrativas), é o que mais se impõe, pelas seguintes razões:

I – A União Federal e suas autarquias já têm a sua Justiça privativa e especializada, para julgar as causas de seu interesse, inclusive suas execuções fiscais. O sistema federativo exige um tratamento simétrico, pelo que os Estados devem adotar o parâmetro federal.

Se a Justiça Federal vem funcionando regularmente sem juizes na maioria das comarcas, onde são substituídos eventualmente pelos juizes estaduais (art. 126 C.F.), também as Varas Administrativas e Fiscais poderão sê-lo pelas Varas Cíveis, em comarcas de pouco movimento (não prejudicando o sistema).

II – Haverá uma separação entre a Justiça de direito público (administrativo) e a de direito privado, com muitas vantagens. Os concursos para provimento serão autônomos, com destaque para certas disciplinas e até eliminação de outras, atraindo elementos especializados. A organização judiciária deve adotar os métodos das Universidades ou do ensino jurídico, partindo para a especialização. Assim os juizes serão mais competentes, mais eficientes, mais rápidos, mais seguros e por isso mais justos.

III – As organizações judiciárias estão sendo injustas e ingratas para com os Estados. Estes, ao propósito, podem ser comparados ao dono da festa, que promove e financia o banquete e no final sai com fome. Suas execuções fiscais estão entremeadas com processos de toda ordem, de interesse de particulares. Na Capital de Minas existem 23 varas cíveis, 15 varas criminais, 6 varas de família, 3 varas de falências e não existe uma só vara fiscal. As execuções fiscais estão em meio ao caos de 4 varas da Fazenda (só agora foram instaladas mais duas). Por isso há processos

conclusos para sentença há mais de dois anos! No Tribunal não existe uma câmara administrativa ou fiscal ou da Fazenda. Tudo é como se fosse matéria cível ou criminal. Não há outra distinção. A própria proteção ao administrado, conquista maior das revoluções liberais, está comprometida. Os juízes se desorientam com tanta variedade de questões. Os mais responsáveis se desgastam para produzir. Outros produzem pouco ou produzem mal.

Advogamos um sistema de unidade jurisdicional que concilie as vantagens de todos os sistemas. A divisão e a simplificação do trabalho, através da especialização, é o que propomos.

Só pela via da Justiça Administrativa autônoma — a Justiça do direito público — haveremos de conciliar os postulados clássicos e liberais da segurança individual com as exigências da ação administrativa do Estado social moderno.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — ARAGÃO, J. Guilherme de. *A Justiça Administrativa no Brasil*. Fund. Getúlio Vargas, Caderno de Adm. Pública, v. 25.
- 2 — BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Contencioso Administrativo Rev. da AMAGIS*. BHtc., v. V, pp. 93/128.
- 3 — BASTOS, Celso. *O Contencioso Administrativo*. SP. Resenha Universitária, 1979.
- 4 — BONNARD, Roger. *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration*. Paris, 1934.
- 5 — CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., SP, Freitas Bastos, 1961.
- 6 — CHEVALLIER, J.J. *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días*. Madrid, Aguilar, 1954.
- 7 — CHIOVENDA, Gineppc. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Editorial Reus, s/d.
- 8 — CONSTITUIÇÕES Federais. SP, Max Limonad, 1954.
- 9 — CRETELLA JÚNIOR, José. *Contencioso Administrativo na Constituição Brasileira*. *Rev. de Direito Público*. SP, Edit. Rev. dos Tribs., nº 19, p. 46.
- 10 — ———. *Colocação Moderna do Direito Administrativo*. *Rev. Forense*. Rio, vol. 262, pp. 41/46.
- 11 — DANTAS, José Fernandes. *O Tribunal Federal de Recursos e o Contencioso Administrativo*. *Rev. Forense*. Rio, v. 286, pp. 433/437.

- 12 — FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coleção Cultura Jurídica. Coimbra, Arménio Amado, 1963.
- 13 — GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*. SP, Saraiva, 1978.
- 14 — MIRANDA, Jorge. *Constituições Políticas de Diversos Países*. Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1975.
- 15 — MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Brasília, Edit. Univ. de Brasília, 1982.
- 16 — MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso Administrativo*. Rio, Forense, 1977.
- 17 — THEODORO JR., Humberto. "Contencioso Administrativo", parecer, in *Dex Estudos* — Emenda Const. nº 11 — Edição da F.D. da UFMG, 1984, pp. 107/119.

BIBLIOGRAFIA SOBRE O TEMA, LEVANTADA PELO PROF. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, EM NOTAS A SEU TRABALHO

- CITADO (in *Revista da AMAGIS*, v. V. pp. 93/128) — B. Hte.)
- (1) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Legitimidade do Poder", *Revista da AMAGIS*, Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, Ano I, vol. II, 1983, pp. 143 e segs.
 - (2) MOLES C., Antônio. "Naturaleza de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Annario de Derecho*, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Ano V, Nº 5, 1961-62, pp. 41 e ss.
 - (3) BERTHÉLEMY. "De l'exercice de la souveraineté pour l'autorité administrative". *Rev. du Droit Public*, 1904; ARTUR. "Séparation des pouvoirs et les fonctions". *Rev. du Droit Public*, T. XIII; MOREAU. *Le règlement administratif*; BONNARD, René. *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration*, Paris, 1934. ALBERT. *Le Contrôle jurisdictionnel de l'administration au moyen de recours por excès de pouvoir*. Paris, Payot, 1926.
 - (4) MOLES C., Antônio. *Naturaleza de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ob. cit., p. 42.
 - (5) CRETELLA JUNIOR. *J. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, Forense, Rio de Janeiro, 1978; REALE, Miguel, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Forense, Rio, 1968; 1ª ed.; CRETELLA JUNIOR. *Do Ato Administrativo*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1972; CERQUEIRA, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, 2ª ed.; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978; GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato Administrativo Inexistente*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
 - (6) FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa S.A., México, 1955, 6ª ed., p. 569.
 - (7) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*, Editora Nacional S.A., México, 1951, trad. de LUIS LEGAZ LACAMBRA, p. 339.

- (8) **BIELSA, Rafael.** *Derecho Administrativo*. Tomo II. "Actividad jurídica de la Administración pública. Actos administrativos. Régimen del presupuesto." Depalma, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., pp. 175 e segs; **FURTADO, Paulo.** *Juízo Arbitral*. Salvador, 1980.
- (9) **FIX-ZAMUDIO, Hector.** *Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*. Cuadernos de el Colegio Nacional, nº 1, Editorial de el Colegio Nacional, MCMLXXXI, 1981, pp. 109 e segs.
- (10) **TROTABAS, Louis.** "La nature juridique du contentieux fiscal en droit français", en *Mélanges Maurice Hanriou*, Recueil Sirey, Paris, MCMXXXIX, pp. 711 e segs.; **LAFERRIERE.** *Juridiction administrative*, 2ª ed. t. II; **ALBERT R.** *Le contrôle juridictionnel de l'administration par la voie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926; **ROGER.** *Le pouvoir, discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, en *Revue du droit public*, 1923; **AUBY, J. M. e DRAGO R.** *Traité de Contentieux Administratif*, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1962, 3 vols.
- (11) **WALINE, Marcel.** *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Recueil Sirey, Paris, 6ª ed. pp. 43 e segs.
- (12) **LONG, M. Well P. Braibant.** *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Sirey, Paris, 1956, p. 6.
- (13) **WIGNY, Pierre.** *Droit Administratif*. "Principes Généraux", Établissements Emile Bruylant, Paris, 1953, pp. 347 e segs.; **FALLA, Fernando Garrido.** *Las Transformaciones de Régimen Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 171 e segs. **DUEZ, Paul.** **DEBEVRE, Guy.** *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1952, pp. 229 e segs.; **TACITO, Calo.** *A Administração e o controle de legalidade*, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 51, vol. 156, fascículos 617 e 618 nov./dez. 1954, pp. 23 e segs. **BULLRICH, Rodolfo.** *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1942, pp. 140 e segs.; **LAUBADERE, André de.** *Manuel de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1955, 4ª ed. pp. 38 e segs.; **OVIEDO, Carlos García.** *Derecho Administrativo*. E.I.S.A., Madrid, 1958, 5ª ed., vol. I, p. 497; **LAFUENTE, Alfaro.** *Lo Contencioso Administrativo*, Tribunales, procedimiento, 1881; **ABELLA.** *Tratado teórico práctico de lo contencioso administrativo*, 1894; **GENDIN, Alvarez.** *Noções sobre la jurisdicción contencioso administrativa*, em *Revista de Derecho Público*, 1935; **ZAMORA, Alcalá.** *Lo contencioso administrativo*, 1943; **BIELSA, R.** *Ideas generales sobre el contencioso administrativo*, em *Revista de Derecho y Administración de la Universidad de Buenos Aires*, 1941; **PI SUNER.** *Lo contencioso administrativo*, Córdoba, (Argentina), 1943; **LASO, Sayagos.** *El Tribunal de lo contencioso administrativo*, Montevideu, 1952; **Tort y Mastorell.** *Lo contencioso administrativo em Revista Jurídica de Cataluña*, vol. III; **UBIERNÁ.** *De lo contencioso administrativo*, 1948; **VARELA.** *De lo contencioso administrativo*, Montevideu, 1901-1906; **BORSI, La Giustizia Amministrativa**, 7ª ed. 1941; **ETTORI.** *Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Italie*, em *Revue du Droit Public*, 1951; **LESSONA.** *La Giustizia Amministrativa*, 1953; **VITTA.** *La Giustizia Amministrativa*, 1903; **APPLETON.** *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927; **BONNARD, R.** *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1934; **FONT-REAUUX.** *La réforme du contentieux administratif*, 1954; **SERIGNY.** *Traité de l'organisation de la compétence et de procédure en matière de contentieux administrative*, 1842; **URSING.** *Le contentieux administratif et la juridiction administrative*, 1902; **ANDREÁDES.** *Le contentieux administratif des États modernes*, 1934; **NEGULESCO.** *Le contentieux des actes administratifs en Roumanie*, em *Revue du Droit*

- Public*, 1910; RAZI, *Le contentieux administratif romain*, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1950; De UNIERS. *La giurisdizione amministrativa in Olanda*, 1934; KOPEZYNSKI. *La Jurisdiction administrative en Pologne*, em *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1932; ROLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*; DALLOZ, Paris, 1953, 10ª edição, pp. 269 e segs.
- (14) MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1949, trad. de HORACIO H. HEREDIA e ERNESTO KROTOSCHIN, pp. 217 e segs.; MÉJEAN. "La réforme de la procédure contentieuse administrative", *Rev. Adm.*, 1959; PACTET. "Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative", These, Paris, 1960; DEBBASCH. *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, 1962; CHANDET. *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, 1967; BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Dalloz, 1968, pp. 373 e segs.; SERIGNY. *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1865, 2ª ed.; DUGUIT, L. "L'acte juridictionnel en l'acte administratif". *R.D.P.* 1960; JEZE, G. "L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux", *R.D.P.*, 1909, GUILLIEN. "L'acte juridictionnel en l'autorité de la chose jugée", Thèse, Bordeaux, 1931; LAMPUE. "La notion d'acte juridictionnel", *R.D.P.*, 1946; "La distinction des contentieux", em *Etudes G. Scélla*, 1950; GABOLDE. *L'autorité de la chose jugée par les tribunaux judiciaires devant les juridictions administratives*, 1953; Fever. "Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative", *R.D.A.*, 1958; JEZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. *La Técnica Jurídica del Derecho Público Francés*. vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 322 e segs.
- (15) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, I, Forense, Rio de Janeiro, 1984, tradução e notas de CANDIDO R. DINAMARCO, pp. 22 e segs., Idem. "Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1945, trad. de ALFREDO BUZAID e BENVINDO AIRES.
- (16) PERDOMO, Jaime Vidal. "La Justicia Administrativa em Colombia", *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nº 86, maio/agosto, 1978, pp. 585 e segs; ARCHILA, José Antônio. "Concepto de la Justicia Administrativa", Editorial Renacimiento, Bogotá, 1933.
- (17) BARROS, Henrique do Rego. *Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo e sobre os Privilégios e Prerrogativas da Administração nos Contratos e Transações que celebra com o Poder Público*, Eduardo Henrique Laement, Rio de Janeiro, 1874, pp. 1 e 2; DALLARI, Dalmo de Abreu. "O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil", *Revista de Direito Público*, São Paulo, jan./mar., 1970, vol. II; ASSUF, Maurício. *O Conselho de Estado*, Guavira Editores Ltda., Rio de Janeiro, 1979.
- (18) ARAGÃO, J. Guilherme de. "A Justiça Administrativa no Brasil", Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, nº 25, *Caderno de Administração Pública*, p. 4; idem, *La Jurisdiction Administrative au Brésil*, Departamento Administrativo do Serviço Público, Serviço de Documentação, 1955, Tese.
- (19) ANDRADE, Nuno Pinheiro de. *O Contencioso Administrativo no Império e o Julgamento dos atos administrativos na República*, Tip. do Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1915, p. 11.

- (20) ASSUF, Maurício. *O Conselho de Estado*, Guavira Editores Ltda., Rio de Janeiro, 1979, p. 61.
- (21) LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário, Direito Constitucional Brasileiro*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1915, p. 145.
- (22) LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Livraria Sulina, Porto Alegre, 1954, 3ª ed., pp. 206 e 207.
- (23) ARGANARAS. *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955; STEIN, Ekkhart. *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, trad. de FERNANDO SAINZ MORENO; BOURQUIN, Maurice. *La Protection des Droits individuels contre les Abus de Pouvoir de l'Autorité Administrative en Belgique*, Etablissemments Emile Bruylant, Bruxelles, 1912; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1984; *idem*, *Teoria da Constituição*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979; REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Forense, Rio, 1968, 1ª ed., DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956; FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957, 3ª ed.; LETOURNEUR, M. Méric, J. *Conseil d'Etat et Juridictions administratives*, Librairie Armand Colin, Paris, 1955; CRETELLA JUNIOR, J. *Do Mandado de Segurança*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974; BENOIT, Jeanneau. *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*, Editor du Recueil Sirey, Paris, 1954; RUSSOMANO, Rosah. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e a Constituição Vigente*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, nº 22, out., 1979; CRETELLA JÚNIOR, José. "O Contencioso Administrativo na Constituição Brasileira", *Revista de Direito Público*, São Paulo, jan./mar., 1972, vol. 19; LOPEZ-REDO, Laureano. "La Procédure Administrative non Contentieuse", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, nº 3, 1980; ARCHILA, José Antonio. *Concepto de la Justicia Administrativa*, Editorial Renacimiento — Bogotá, 1933; MORGAN, Eduardo. *Los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño*, Panamá, Ed. La Estrella de Panamá, 1961; STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*, Athènes, 1954.
- (24) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, 3ª ed., p. 30; ALCALÁ, Zamora. *Lo Contencioso-Administrativo*, Buenos Aires, 1943; GIL, Oito. "Contencioso Administrativo Fiscal", *Rev. da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio, 1977.
- (25) GAZIER, François. "A Justiça Administrativa na França", *Cadernos de Administração Pública*, nº 15, Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro; SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, MCMLV. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Manual da Constituição*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1983, 2ª ed., pp. 208 e 210; LEXTE, Celso Barroso. *Ombudsman Corregedor Administrativo*, Zahar Editores, Rio, 1975; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, 1ª ed., pp. 128 e 129; CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, pp. 491 a 494; CRETELLA JUNIOR, J. *Do Mandado de Segurança (de acordo com o novo Código de Processo Civil)*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974, pp. 37 e segs.; FAGUNDES, M. Seabra. *O Con-*

- trole dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, Rio de Janeiro, 1975, 5.^a ed., pp. 111 e segs.; VILABOIM, Manuel Pedro. "Qual o caráter do contencioso administrativo perante a Constituição Federal?" *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1983; MASAGÃO, Mário. *Em face da Constituição federal não existe no Brasil o Contencioso Administrativo*. 1927.
- (26) CRETELLA JUNIOR, José. "O Contencioso Administrativo na Constituição Brasileira", *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n^o 19, jan./mar., 1972, p. 46.
- (27) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 73.
- (28) BASTOS, Celso. *O Contencioso Administrativo*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979, p. 23; *idem*, *Do Mandado de Segurança*, Saraiva, 1978, pp. 55 e segs.
- (29) GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, pp. 47 e segs.; MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*; J. CRETELLA JUNIOR. "O Contencioso Administrativo na Constituição de 1969", *Revista de Direito Administrativo*, 104/33; VILABOIM, "Qual o caráter do contencioso administrativo perante a Constituição Federal?", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1983; BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira. Comentários*.
- (30) MAYER, Luiz Rafael. "Disposições Constitucionais sobre o Contencioso Administrativo", *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 35, n^o 145, jan./mar., 1978, pp. 26/27; GERALDO ATALIBA, "Acesso ao Judiciário e Contencioso Fiscal", *Revista Forense*, vol. 261, jan./fev./maio, vol. 261, 1978, p. 45; ATALIBA, Geraldo. "Princípios Informativos do Contencioso Administrativo Tributário Federal", *Revista Forense*, vol. 271.
- (31) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira* (Emenda Constitucional n^o 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n^o 22, de 29-6-1982), Editora Saraiva, São Paulo, 1983, 3.^a ed., pp. 737/738; REALE, Miguel. "Papel e missão da Justiça Administrativa em face da visível crise da Justiça, é preciso aproveitar a oportunidade para iniciar agora a instauração do Contencioso Administrativo", *Jornal do Brasil/Especial*, 13-5-1984, p. 3.
- (32) OLIVEIRA, Regis Fernandes de. "Contencioso administrativo na reforma constitucional", *O Estado de S. Paulo*, 8 de julho de 1984, p. 48; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. "Desastrosa emenda sobre contencioso administrativo", *O Estado de S. Paulo*, 13 de maio de 1984, p. 46; MENESCHY, Renato. "Mutilação da Justiça". A proposta governamental de criação do contencioso administrativo, garante o autor, está fora da realidade brasileira e é duro golpe na garantia dos direitos individuais dos cidadãos. A Constituição dispõe que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, *Jornal do Brasil/Especial*, 20 de maio de 1984, p. 6; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "Falsos acenos democráticos da "Emenda Figueiredo" em matéria tributária", *O Estado de S. Paulo*, 13 de maio de 1984, p. 44; "Tribunais: Aspectos Tributários da Emenda Figueiredo", *O Estado de S. Paulo*, 27 de maio de 1984, p. 46 (Parecer da Comissão do Nupet — Núcleo Paulista de Estudos Tributários, designada para opinar sobre os aspectos tributários da emenda constitucional proposta pelo Presidente da República. A Comissão é formada por Ricardo Mariz de Oli-

veira, Antônio de Souza Corrêa Meyer, Fortunato Bassani Campos e Thomaz Ulysses de A. Guimarães; "Contencioso administrativo, uma "catástrofe" (diversas opiniões, *O Estado de S. Paulo*, 6 de maio de 1984, p. 7; TUCCI, Rogério Lauria. "Contencioso Administrativo", em *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*; JAIRO POLIZZI GUSMAN, "O Controle judicial e a Emenda Figueiredo", *O Estado de S. Paulo*, 17-6-1984, p. 48.

- (33) TFR sugere substitutivo para o Contencioso Administrativo. Pesquisa ADV. Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas, Centro de Estudos Superiores COAD, junho, 1984, p. 8; *idem*, Ofício nº 153/GP, 3 de maio de 1984.
- (34) SILVEIRA F. SAFE. "Sidney Safe denuncia que a Emenda Figueiredo lesionará direitos dos cidadãos brasileiros", *Jornal do Advogado*, Órgão Oficial da Ordem dos Advogados do Brasil e da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais, ano VII, nº 54. Belo Horizonte, abril de 1984, pp. 6/7.
- (35) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "O Contencioso Administrativo e a Emenda Constitucional do Governo", *Jornal do Advogado*, citado, p. 3; *idem*, "Judiciário. Debate, IX — Atropelando o cidadão. O contencioso administrativo agrava ainda mais o arbítrio", *Visão*, ano XXXIII, nº 24, 11 de junho de 1984, pp. 26/27; BASTOS, Celso Ribeiro. "A Emenda Constitucional de João Figueiredo", ADV — *Advocacia Dinâmica*, citado, pp. 30/31; BING, Plínio Paulo. "Porque não ao Contencioso Administrativo. Deve-se manter o direito de qualquer parte prejudicada em procedimento administrativo, de buscar defesa ampla, seja em matéria de fato quanto de direito, no Poder Judiciário"; *Advogado* — Uma publicação do JARGS/Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, ano I, nº 3, julho-setembro, 1984, pp. 39/40; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Parecer aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros sobre a Proposta de Emenda Constitucional, formulada pelo Poder Executivo; THEODORO JUNIOR, Humberto. Relatório Parcial sobre proposta de alteração dos arts. 119, I, "1" e § 4º, 203 e 204; HORTA, Raul Machado. Relatório Geral sobre os Trabalhos da Comissão Especial de Professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais encarregada de examinar a proposta de Emenda à Constituição federal nº 11, de 1984; A OAB e a proposta de Emenda Constitucional (Emenda nº 11/84), Relator Cons. José Paulo Sepúlveda Pertence, Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 1984.
- (36) FALLA, Fernando Garrido. "La Fiscalización de los Decretos Legislativos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano IV, vol. 18, out./dez., 1971; pp. 9 e segs.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Edição Saraiva, 1980, São Paulo, 3.ª ed., pp. 180/185; SIDOU, J. M. Othon. *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos. "Habeas Corpus". Ação Popular. Mandado de Segurança*. Forense, Rio de Janeiro, 1977, pp. 83 e segs.; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. "Controle do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário", *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 33, n. 137, jan./mar., 1976, pp. 80 e segs.; FIORINI, Bartolome A. *La Discrecionalidad en la Administración Pública*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1952; PERDOMO, Jaime Vidal. "La justicia administrativa en Colombia", *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 36, n. 149, jan./mar., 1979, pp. 1 e segs.; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da Competência Administrativa. Origens Constitucionais e Fundamentos Jurídicos*. Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977; DIEZ, Manuel María. *El Acto Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

O sistema internacional de patentes e a nova ordem econômica internacional — considerações breves

NUNO TOMAZ PIRES DE CARVALHO
Advogado do Serviço Jurídico da
USIMINAS

SUMARIO

- 1 — O surgimento do sistema internacional de patentes
- 2 — Adesões à Convenção da União de Paris
- 3 — As críticas dos países subdesenvolvidos à Convenção da União de Paris
- 4 — A nova ordem econômica internacional
- 5 — O sistema internacional de patentes e a nova ordem econômica internacional: o impasse na revisão da CUP
- 6 — As verdadeiras razões do impasse
- 7 — As soluções alternativas propostas. Conclusão

1 — O surgimento do sistema internacional de patentes

A Convenção da União de Paris, de 1883, deu origem ao que hoje se chama de sistema internacional da propriedade industrial. Nele localizam-se o sistema internacional de patentes e o sistema internacional de marcas.

Tudo começou com a euforia das grandes feiras internacionais, na última metade do século XIX.

Os países que já tinham ingressado em plena revolução industrial — nomeadamente, a Inglaterra, a França, a Alemanha, a Áustria e os Estados Unidos —, preocupados em fomentar o aumento de mercados para seus produtos, participaram de e promoveram ativamente exposições onde a excelência das últimas aquisições tecnológicas despertasse o interesse do consumo pelos demais países.

Entre outras, podem citar-se a Exposição Universal de Londres, em 1851; a de Munique, de 1854; as de Londres, em 1862, 1871 e 1874; a de Lyon, de 1873; a de Viena, em 1873; a de Filadélfia, em

1876; a de Sidnei, em 1879; a de Amsterdam, em 1883. Em Paris realizaram-se exposições internacionais em 1855, 1867, 1878 e 1889 (1).

Ora, a divulgação das últimas invenções nessas feiras levou a que surgissem duas espécies de preocupações:

— em primeiro lugar, como evitar que os inventos expostos fossem copiados?

— em segundo lugar, como garantir que os produtos importados, em razão do incremento do comércio internacional, fossem copiados nos países importadores?

É certo que a legislação de patentes se havia generalizado a partir da expansão dos ideais liberais da Revolução francesa. A lei americana, de 1790, e a lei francesa, de 1791, haviam-se tornado em paradigmas, em exemplo a seguir. Também a Inglaterra dispunha de regulamentação de patentes, desde 1623 (ou 1624). Ao longo do século XIX, os países recém-ingressados na era industrial iam implantando leis de patentes: Prússia, Áustria-Hungria, Baviera, Bélgica, Espanha, Itália, Países Baixos, Rússia, dentre outros (2). Mas havia um óbice: nenhuma dessas leis levava ainda em conta a possibilidade da circulação internacional de tecnologia. Os pedidos de patentes de origem estrangeira ou eram proibidos ou eram extremamente dificultados, geralmente exigindo-se que os inventores residissem no país onde requeriam a patente.

A Convenção da União de Paris foi, pois, um marco fundamental na história do sistema de patentes, através da introdução de alguns princípios fundamentais:

— o da prioridade, segundo o qual se permite ao requerente da patente, com base no primeiro pedido depositado num dos países-membros da Convenção, depositar, num prazo de doze meses (3), um pedido de patente em qualquer outro país-membro da Convenção, considerando-se este outro pedido como se tivesse sido depositado na mesma data do primeiro pedido;

— o da independência, segundo o qual as patentes requeridas durante o prazo de prioridade são independentes, não só em relação às causas de nulidade e de caducidade, como também do ponto de vista da duração normal (4);

(1) PLASSERAUD, Yves & SAVIGNON, François, *Paris 1883 — Genèse du Droit des Brevets*. Paris, Librairies Techniques, 1983, p. 120.

(2) *Idem*, anexo 10, pp. 447-9.

(3) O prazo é de doze meses para as patentes de invenção, e de seis meses para os modelos de utilidade, os modelos e os desenhos industriais.

(4) Art. IV bis da Convenção, texto da revisão de Haia (1925), em vigor no Brasil, por força do Decreto nº 19.056/1924, quanto às disposições substanciais.

— o da igualdade de tratamento de estrangeiros e de nacionais, segundo o qual os estrangeiros — e os a eles assimilados — naturais de países-membros, terão tratamento idêntico ao dos nacionais dos países-membros onde eles requieram patentes⁽⁵⁾.

Portanto, em resumo, a Convenção admitia o acesso dos estrangeiros à proteção das suas invenções em outros países e, para facilitar esse acesso, consagrava regras mínimas de uniformização das leis internas.

2 — Adesões à Convenção da União de Paris

Os países que assinaram a Convenção foram: Bélgica, Brasil, Espanha, França, Guatemala, Holanda, Itália, Portugal, El Salvador, Sérvia e Suíça.

Já na década de 1910 a 1929, quase todos os países industrializados haviam aderido à Convenção, enquanto que o número de subdesenvolvidos ainda era muito reduzido, compreendendo, quase sem exceção, países sob a órbita política e econômica das antigas metrópoles.

A avalanche de adesões deu-se a partir da década de 50, com o advento da descolonização. Se, ao final da década de 40, os países-membros eram 38, até dezembro de 1984 eles eram 96, sendo que 61 deles são subdesenvolvidos. (Quadro na página seguinte.)

O ingresso dos países subdesenvolvidos na CUP tinha duas finalidades: dar garantias ao investimento internacional e oferecer suporte à transferência de tecnologia.

O caminho para o desenvolvimento econômico das ex-colônias passava forçosamente pela industrialização autóctone. A divisão internacional do trabalho era extremamente injusta: ao Terceiro Mundo cabia fornecer as matérias-primas, pelos preços impostos pelos compradores, e aos países industrializados cabia transformá-los e revendê-los, pelos preços que estes estipulassem. Isso originava uma maciça transferência de riquezas do Sul para o Norte, com a conseqüente perpetuação da miséria.

Os países subdesenvolvidos pretenderam mudar o quadro da situação, pensando que a adoção de leis de patentes, em primeiro lugar (apesar de não haver inovação tecnológica autóctone), e a sua

(5) Para uma análise sucinta da CUP, ver BOGSCH, Arpad. "Les cent premières années de la Convention de Paris, pour la protection de la propriété industrielle", *La Propriété Industrielle*, 1983, pp. 205-64.

Adesões à CUP (6):

Década	Revisão da CUP	Países Aderentes
1880	CUP, 1883	Bélgica, Brasil, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Tunísia (13)
1890		Dinamarca, Japão, República Dominicana (3)
1900	Revisão de Bruxelas, 1900	República Federal da Alemanha, Áustria, Cuba, Hungria, República Democrática Alemã, México (6)
1910	Revisão de Washington, 1911	Marrocos, Polônia, Tchecoslováquia (3)
1920	Revisão de Haia, 1925	Austrália, Bulgária, Canadá, Finlândia, Grécia, Irlanda, Líbano, Luxemburgo, Romênia, Síria, Turquia, Iugoslávia (12)
1930	Revisão de Londres, 1934	Liechtenstein, Nova Zelândia (2)
1940		África do Sul, Vietnã (2)
1950	Revisão de Lisboa, 1958	Egito, Haiti, Indonésia, Irã, Mônaco, Sri Lanka, Israel (7)
1960	Revisão de Estocolmo, 1967	Argélia, Argentina, Benin, Camarões, Chipre, Congo, Costa do Marfim, Gabão, Alto Volta, Islândia, Quênia, Madagascar, Malawi, Malta, Mauritânia, Níger, Nigéria, Uganda, Filipinas, República Centro-Africana, San Marino, Santa Sé, Senegal, Tanzânia, Chade, Togo, Trindade e Tobago, União Soviética, Uruguai, Zâmbia (30)
1970		Bahamas, Burundi, Gana, Iraque, Jordânia, Líbia, Maurícia, Suriname, Zaire (9)
1980		Guiné, Mali, Coreia (do Sul), Coreia (do Norte), Rwanda, Zimbábue, Sudão, Barbados, China (9)

(6) Dados extraídos de *La Propriété Industrielle* de 1984.

padronização em termos de leis estrangeiras, em segundo lugar, atrairiam investimentos de capital de risco e facilitariam a transferência de tecnologia do Norte para o Sul.

Obviamente isso não sucedeu.

3 — As críticas dos países subdesenvolvidos à Convenção da União de Paris

Podem apontar-se duas condições objetivas para evitar que isso sucedesse:

a) algumas das disposições da CUP são uniformizantes das legislações internas, pelo que não podem os países-membros deixar de introduzi-las em suas leis respectivas; ora, uma dessas disposições é a que limita o poder de cada Estado de punir os abusos de direito cometidos pelos titulares das patentes;

b) a patente é tratada como um ativo da empresa; ela é, pois, um instrumento de conservação ou de majoração de lucros de entidades comerciais e industriais.

Essas duas condições fazem com que as empresas sediadas nos países ricos usem os sistemas de patentes nos países subdesenvolvidos para bloquear nestes o mercado interno, visando a criação de mercados cativos para exportação. Por outro lado, amarrados como estão à CUP, os países subdesenvolvidos não dispõem de meios legais eficazes para enfrentar e destruir esses bloqueios.

Como dizem — e bem — HIANCE e PLASSERAUD:

“La CUP, conçue pour régir les rapports entre États égaux en droit et également développés sur le plan économique, ne peut plus fonctionner dans les mêmes conditions entre États qui, bien qu'égaux en droit, sont très inégalement développés. L'égalité des États membres devant la Convention apparaît comme une fiction qui masque le déséquilibre fondamental des avantages qu'ils en retirent les uns et les autres. En effet, le système unioniste permet à certains États industriels de déposer d'importantes 'séries' de brevets dans de nombreux pays dont des États en voie de développement, sans réciprocité appréciable. Il en résulte que, dans maints pays du tiers-monde, des entreprises de pays industrialisés disposent d'un important portefeuille de brevets, alors que les ressortissants des pays sous-développés, eux, ne déposent pratiquement pas dans les pays riches (7).

(7) HIANCE, Martine & PLASSERAUD, Yves. *Brevets et Sous-Développement — La Protection des Inventions dans le Tiers-Monde*. Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 82.

O quadro seguinte ilustra bem a dimensão do problema:

Patentes de Invenção Concedidas a		
Países	Nacionais	Estrangeiros
Brasil	776	5.285
Chile	54	608
Colômbia	29	536
Coréia do Sul	245	2.188
Egito	6	315
Irã	9	254
Peru	27	330
Portugal	20	1.180
Singapura	3	388
Zimbabwe	16	246

FONTE: 1983 — Statistiques de Propriété-Industrielle, Public.
A, OMPI.

Certamente, esse desequilíbrio não é exclusivo dos países subdesenvolvidos. Países industrializados como a Austrália, a Bélgica, o Canadá, a Dinamarca, a Suécia e a Suíça, para só citar alguns exemplos, concedem muito mais patentes a estrangeiros do que a nacionais.

Entretanto, dois fatores contribuem para que, nestes países, esse desequilíbrio não assuma as proporções de um problema grave: em primeiro lugar, dispõem de poupança interna suficiente para promover e manter o desenvolvimento interno, não dependendo, pois, de capitais tecnológicos externos (o relacionamento tecnológico desses países efetiva-se em níveis de interdependência); em segundo lugar,

as patentes estrangeiras só raramente exercem funções de bloqueio do mercado interno, uma vez que neles há conhecimento técnico suficiente para, caso necessário, contornar os monopólios, através da criação de tecnologias alternativas.

O quadro da situação poderia até ser altamente positivo, se as patentes estrangeiras estivessem realmente veiculando tecnologias do Norte para o Sul. Além disso, se os seus titulares estivessem montando indústrias nos países subdesenvolvidos, investindo capital de risco, treinando mão-de-obra, gerando empregos, a razão de adesão dos subdesenvolvidos à CUP estaria satisfeita.

Mas não é isso o que acontece.

“An official report by the Indian government concluded that ‘these patents are therefore taken not in the interest of the economy of the country granting the patent, or with a view to manufacturing them, but with the main object of protecting an export market from competition from manufacturers, particularly those in other parts of the world’”⁽⁸⁾.

A isso acresce que os contratos de licença ou de cessão de patentes são em número muito inferior aos de **know-how**, envolvendo frequentemente cláusulas restritivas que, de uma forma ou de outra, dificultam a absorção de tecnologia pelo comprador, ou o tornam dependente do fornecedor ou, ainda, implicam a transferência do controle acionário.

4 — A nova ordem econômica internacional

“A ordem econômica internacional antiga — e ainda atual — é de tal modo escandalosa que nenhum Estado se atreve já a defender a sua manutenção. O problema, portanto, já não está em saber se há que instaurar uma nova ordem, mas sim em como fazê-lo e que conteúdo se lhe deverá dar”, diz BEDJAUI⁽⁹⁾.

A nova ordem econômica internacional pode ser indissociavelmente ligada a duas datas básicas:

— 18 a 24 de abril de 1955, data da realização da conferência afro-asiática de Bandoeng, onde três grandes temas (denominados de “espírito de Bandoeng”) dominaram os debates: o

(8) VAITSOS, Constantine V. *Patents revisited: their junction in developing countries*, Lima, Peru, Secretariado do Mercado Comum Andino (1971), ed. mimeografada da Fundação Getúlio Vargas, EIAP, pp. 18-9.

(9) BEDJAUI, Mohammed. *Para uma Nova Ordem Econômica Internacional*. Lisboa, Presença/Martins Fontes, 1980, p. 70.

anticolonialismo; o não-alinhamento; e a aspiração ao desenvolvimento econômico, social e cultural;

- 16 de outubro de 1973, quando o Kwait (seguido dos outros Estados árabes produtores de petróleo) aumentou em cerca de 70% o preço do petróleo (em dezembro do mesmo ano, a OPEP duplicou os preços); a importância do chamado “Bandoeng econômico” manifesta-se, como lembra COLARD, na eliminação da tradicional fronteira entre países ricos e países pobres, não só em termos de riqueza, mas também de poder ⁽¹⁰⁾.

A partir daí, dois documentos fundamentais foram elaborados:

- a declaração do 1º de maio de 1974, relativo à instauração de uma nova ordem econômica internacional, na qual a Assembleia Geral da ONU, em sessão extraordinária, partindo dos princípios da “equidade, igualdade soberana, interdependência, interesse comum, cooperação entre os Estados, independentemente de seus sistemas econômico e social”, atribui à nova ordem a função de “corriger les inégalités, rectifier les injustices actuelles, éliminer le fossé croissant entre les pays en voie de développement, assurer dans la paix et la justice, aux générations présentes et futures, un développement économique qui ira en s'accélégrant.” ⁽¹¹⁾

A partir daí foi elaborada a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.

A conceituação da nova ordem econômica internacional assenta numa premissa essencial: a soberania já não se realiza apenas no plano político, mas também — e sobretudo — no campo econômico. O chamado direito ao desenvolvimento é o gênero de três espécies: o direito à liberdade, o direito à proteção econômica, o direito à ajuda econômica ⁽¹²⁾.

O que está por detrás dessa conceituação, afinal, é a crise de velhas noções jurídicas:

“a primeira é a da igualdade entre países (os países subdesenvolvidos exigem tratamento preferencial alegando que o justo é o tratamento desigual para os desiguais); reage-se

(10) COLARD, Daniel. Vers l'établissement d'un Nouvel Ordre Économique International, *La Documentation Française*, n.ºs 4.412 — 4.413 — 4.414, de 23/set./77, p. 23.

(11) *Idem*, p. 29.

(12) *Idem*, pp. 16-7.

assim contra um outro (pre) conceito revolucionário: o da absoluta igualdade de direitos e deveres entre as nações; (...)" (13)

Ou, como diz PRETNAR, citado por HIANCE e PLASSERAUD: "en appliquant ainsi le même traitement juridique à des situations de fait différentes, on se borne à sanctionner une inégalité de fait, **summum jus, summa injuria**" (14).

BEDJAOUI resume o que deverá ser o direito do desenvolvimento, isto é, o conjunto de normas jurídicas de direito internacional que implantará a nova ordem:

"Também não será provavelmente um direito de relações igualitárias apenas, mas antes um corpo de regras de equidade e de solidariedade. Os princípios de equidade e de solidariedade inspirarão cada vez mais a elaboração e o respeito por normas que dêem lugar à desigualdade corretora ou compensatória, para permitir o desenvolvimento dos Estados do Terceiro Mundo. Portanto, não pode deixar de ser um direito percorrido e animado pela finalidade do desenvolvimento." (15)

O estabelecimento da nova ordem econômica internacional passa por dois pólos: o aspecto regulamentar e o aspecto institucional.

O aspecto regulamentar já foi citado: é a adoção de normas jurídicas específicas visando ao desenvolvimento, consagrando a desigualdade de seus destinatários.

A vertente institucional consiste nos mecanismos de atuação das normas jurídicas convencionadas. Nomeadamente, segundo o Presidente Boumedienne: aos países do Terceiro Mundo devem possibilitar-se "toutes les activités de transformation industrielle de leurs matières premières, activités qui doivent s'étendre aux produits les plus élaborés". Isso significa duas coisas: 1º — os países subdesenvolvidos devem ter autonomia para escolher as atividades que interessem ao seu desenvolvimento; 2º — não interessam as atividades "superficiellement industrielles ou para-industrielles, tels le montage ou le conditionnement, qui se caractérisent par des taux d'integration

(13) CARVALHO, Nuno T. P. de. "O sistema brasileiro de patentes: o mito e a realidade", *Rev. de Direito Mercantil*, nº 52 (Nova Série), out.-dez/83, p. 36.

(14) *Op. cit.*, p. 83.

(15) *Op. cit.*, p. 269.

faibles et une valeur ajoutée insignifiante". Por outro lado, deve-se descartar a possibilidade da transferência para o Sul de indústrias indesejáveis no Norte.

"En d'autres termes, il convient d'écarter la tendance qui pourrait aboutir, en fin de compte, à considérer qu'il y a des industries pour pays riches, qui se trouveraient de la sorte érigée en une forme d'aristocratie dominante dans le monde de l'industrie."

Em suma: a proposta é a de uma nova divisão internacional do trabalho, pela qual ao Terceiro Mundo possibilitar-se-ia o acesso a todo o ciclo de conhecimentos tecnológicos ⁽¹⁶⁾.

5 — O sistema internacional de patentes e a nova ordem econômica internacional: o impasse na revisão da CUP

O ponto que aqui nos interessa é o aspecto regulamentar. Com efeito,

"A tão falada nova ordem econômica internacional não se realizará sem antes se instituir uma nova ordem jurídica internacional. E essa, por sua vez, há de ser obtida através, não da uniformização integral, mas da articulação das disparidades dos ordenamentos jurídicos legais e regionais, de modo que essas disparidades não resultem em pontos de atrito mas antes sejam respeitadas e até mantidas, como natural decorrência de diferenças de culturas e de estágios de desenvolvimento" ⁽¹⁷⁾.

A necessidade de uma reformulação do sistema internacional de patentes liga-se a um aspecto já citado: a patente é hoje tratada como um ativo empresarial, ela é um instrumento de lucros da empresa. Ora, não podem os países subdesenvolvidos esperar uma consciência política das empresas multinacionais — nem é, por definição, sua função tê-la. A empresa busca lucros. E se tem à mão um instrumento para conservá-los ou majorá-los, é obrigação de seus adminis-

(16) Cf. Le Dialogue Nord-Sud, dossier organizado por CAYRE, Geneviève, Problèmes Politiques et Sociaux, *La Documentation Française* n° 296, de 29-10-76, p. 15.

(17) CARVALHO, N.P. de. "O sistema de patentes: um instrumento para o progresso dos países em vias de desenvolvimento", *Revista de Informação Legislativa* a. 19, n° 76, out./dez., 1982, p. 257.

tradores (responsáveis perante a assembléia de acionistas) utilizá-lo. Se a lei é ineficaz para coibir eventuais abusos, tanto melhor. Na ideologia capitalista, o lucro é um valor, axiologicamente considerado: ele é ético. Imoral é o prejuízo, o balanço negativo.

Ora, como já referido, a Convenção da União de Paris limita o poder dos países-membros de punir os abusos dos titulares das patentes. De acordo com o art. 5º da Convenção, os países podem adotar medidas legislativas tendentes a coibir o abuso dos direitos de patente, como, por exemplo, a falta de exploração. Entretanto, essas medidas não poderão prever a caducidade, a não ser dois anos após a concessão da primeira e insuficiente licença compulsória (18).

Mas a licença obrigatória, sendo raramente concedida (basta lembrar que, no Brasil, só uma foi concedida), não atende a finalidade para que foi instituída. Assim, sendo a caducidade vinculada à licença, obviamente aquela raramente poderá ser decretada.

Utilizando argumentos diferentes, o Brasil, a Argentina e o México inseriram em suas leis internas dispositivos que permitem a decretação da caducidade, independentemente da concessão prévia de licença obrigatória.

Mas, em primeiro lugar, esses são países já com um pujante produto interno bruto e que, portanto, têm relativas possibilidades de afirmar uma política independente em matéria de patentes — o que não acontece com países de subdesenvolvimento profundo ou com países intimamente vinculados a blocos econômicos. Em segundo lugar, essa posição não deixa de gerar uma situação desconfortável perante os demais membros da Convenção, levando inclusive a normas de retaliação, como, por exemplo, o § 2º do art. 24 da lei da Alemanha Federal, que prevê a caducidade de patente por falta de uso para os nacionais de países estrangeiros que não concedam a reciprocidade, ou o § 2º do art. 38 da lei suíça, que permite a caducidade para o nacional de país cuja legislação admita, “après un délai de trois ans déjà à compter de la délivrance du brevet, l'action en déchéance faute d'exploration de l'invention dans le pays”.

(Será que isso é indício do surgimento de um novo princípio nas relações internacionais — o do “olho por olho”?).

(18) A fixação do prazo de carência foi feita na revisão de Londres, à qual o Brasil não aderiu. O texto em vigor, no Brasil, quanto à parte substancial, o de Haia, não fixa qualquer prazo; apenas condiciona a caducidade “a não ser que a concessão de licenças obrigatórias não seja suficiente para prevenir esses abusos”.

O que está por trás da atual controvérsia acerca do sistema de patentes é uma radical divergência acerca dos conceitos básicos que presidem à elaboração normativa.

Para uns, a patente não é mais do que a proteção de um direito natural do inventor e constitui objeto de um direito de propriedade absoluta, só limitável pela via de desapropriação. Por isso, a sanção aos abusos de direito limita-se à licença compulsória, pela qual o titular perde para um terceiro a exclusividade da posse, mediante remuneração, mas não a propriedade.

Para outros, a patente é um instrumento de que o país se serve para atrair investimentos e tecnologia estrangeira. Portanto, a sua utilização para bloquear mercados implica o desatendimento das finalidades para as quais ela é concedida. Assim, deixa de justificar-se a sua existência, pelo que ela deve extinguir-se, caindo o seu objeto — a invenção — em domínio público, não só para que outros possam colocá-la em exploração no país, mas também para que possam importar o produto livremente.

As posições são obviamente inconciliáveis.

Em reunião do Conselho Econômico e Social Interamericano (realizada de 17 a 24 de novembro de 1969, em Washington), o Brasil apresentou a seguinte proposta:

“The system of protection of industrial property has two main objectives: to protect the property of the inventor and to give incentives to industrial development. However, the reality of 1883, to which the legal order synthesized in the Paris Union was adapted, has undergone profound changes but, in spite of the revisions of the said Convention which have been carried out, it has not been possible to bring in into line with present day world economic reality. Indeed, international legislation on industrial property continues to be essentially a guarantee of exclusivity for the inventor and a defense of his right of property.

It should suffice to mention two fundamental changes to justify the need for a radical modification of the present international system of protection of industrial property: the disappearance of the inventor as a physical person and isolated researcher and his substitution by an impersonal entity affiliated to a large international corporation, and the interrelationship between the present system and underdevelopment, due to the concentration of research and technological

development in the more developed countries. In this way, the patent system is no longer an incentive to the development of the community in general but, rather, a guarantee to the developed countries that they will conserve their monopoly" (...) (19).

No mesmo trabalho, ARACAMA-ZORRAQUÍN cita MIGUEL WIONCZEK:

"The international patent system, drawn up at the end of the last century, represents one of the most sophisticated and efficient weapons for the technological exploitation of underdeveloped countries by the industrial countries" (20).

Já um Relatório, de 1975, da UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), intitulado "O Papel do Sistema de Patentes na Transferência de Tecnologia aos Países em Desenvolvimento", havia afirmado, ao se referir às recentes mudanças legislativas ocorridas em países subdesenvolvidos e relativas a um tratamento mais rigoroso do sistema:

"O sentido dessas mudanças foi um desvio da preocupação básica com a proteção do interesse privado do titular da patente (na maioria dos casos estrangeiros nos países em desenvolvimento) para a salvaguarda do interesse público comum e das necessidades do país respectivo. (...) Essas mudanças indicam uma movimentação pioneira em se considerar o interesse do desenvolvimento econômico e social dos países em desenvolvimento como o determinante da eficiência no funcionamento do sistema de patentes" (21).

Preocupada com críticas deste teor, que iam se avolumando, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) promoveu, em junho de 1974, um encontro informal com delegações de países em desenvolvimento, e um encontro com países industrializados. Após esses encontros, onde, respectivamente, as delegações da Índia e do Reino Unido pediram a revisão da Convenção, a Comissão de Coordenação da OMPI solicitou ao Presidente, entre outras coisas,

(19) ARACAMA-ZORRAQUÍN, Ernesto D. "The Paris Convention and the Latin American Countries", *Industrial Property*, 1975, p. 94.

(20) *Idem*, p. 95.

(21) *O Papel do Sistema de Patentes na Transferência de Tecnologia aos Países em Desenvolvimento*. Trad., adapt. e organiz. por LUSTOSA, João Augusto. Rio, Forense-Universitária, 1979, p. 195.

“to make provision in the draft budget for 1975 for the creation and convocation by him of an *ad hoc* committee of experts coming from States both members and non-members of the Paris Union to study the possibilities of revising the Paris Convention so that it contain, if necessary, additional provisions of special benefit to developing countries” (22).

Criado o Grupo *ad hoc* de Especialistas, reuniu-se três vezes, em fevereiro de 1975 (em Genebra), em dezembro de 1975 (em Genebra) e em junho de 1976 (em Lausanne).

No segundo encontro, o Grupo fixou os objetivos básicos da revisão da Convenção de Paris.

Em primeiro lugar, declara-se que “The revision of the Paris Convention should aim to contribute to the establishment of a new economic order in the world in which social justice prevails and economic inequalities between nations are reduced”.

Em segundo lugar, afirma-se que a propriedade industrial, sobretudo no que respeita às invenções, deve ser um elemento no processo de transferência de tecnologia e deve contribuir para avanços técnicos. E enfatiza-se: “It should serve the goals of a new economic order, in particular through the industrialization of developing countries.”

Em seguida, detalham-se os aspectos que a “new orientation” deve seguir, entre os quais merecem destaque:

— reconhece-se a necessidade de desenvolvimento dos países e procura-se assegurar um equilíbrio adequado entre essa necessidade e os direitos que a patente garante;

— deve ser promovida a efetiva exploração das patentes em cada país;

— deve-se facilitar o desenvolvimento de tecnologia pelos países subdesenvolvidos e aperfeiçoar-se “the conditions for the transfer of technology from industrialized to developing countries under fair and reasonable terms”;

— deve-se aumentar o potencial dos países em desenvolvimento “in judging the real value of inventions for which protection is reques-

(22) OMPI, doc. PR/DC/3, p. 6.

ted; in screening and controlling licensing contracts; in improving information for local industry”;

— deve-se capacitar os países-membros a tomar medidas apropriadas para evitar práticas abusivas no campo da propriedade industrial.

A Comissão admite ainda a revisão de alguns princípios básicos, tais como o do tratamento nacional e o da independência das patentes, e sugere a adoção de tratamento preferencial para os países em desenvolvimento.

Por fim, entre outras considerações, a Comissão estabelece que se deverá deixar “a maximum degree of liberty to each country to adopt appropriate measures on the legislative and administrative levels consistent with its needs and social, economic and development policy” (23).

No que diz respeito ao tema deste trabalho, importa destacar as alterações sugeridas em benefício do Terceiro Mundo:

— a Convenção deveria permitir que os países subdesenvolvidos introduzissem em suas leis internas medidas mais severas contra os abusos dos direitos de patente;

— além disso, a Convenção deveria prever que os prazos de prioridade e as retribuições impostas aos pedidos de patente fossem, respectivamente, dilatados e diminuídos para os pedidos depositados nos países industrializados com origem nos países subdesenvolvidos.

Por aqui se vê que, no âmago da controvérsia, o que se encontra é a insatisfação dos pobres para com o princípio da igualdade das nações nas relações internacionais.

Os trabalhos de revisão sucederam-se durante quatro Conferências Diplomáticas: a primeira realizou-se em Genebra, 1980; a segunda, em Nairóbi, 1981; a terceira, de novo em Genebra, em 1982, e a quarta, ainda em Genebra, em 1984.

Infelizmente, não se chegou a nenhum resultado concreto (pelo menos, no que nos interessa agora). Diante de um impasse que ameaçava prolongar-se indefinidamente, a Conferência adotou a seguinte resolução:

“1. La Conférence diplomatique de revision de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle,

(23) *Idem*, pp. 7-8.

lors de sa réunion tenue à Genève le 23 mars 1984, recommande à l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de propriété industrielle de convoquer la Conférence diplomatique, pour ce qui sera sa cinquième session, dès qu'elle verra des perspectives de résultats positifs.

2. Les pays qui participent à la Conférence diplomatique demandent que l'Assemblée de l'Union de Paris soit convoquée en session extraordinaire en septembre 1984 pour examiner la mise en place d'un mécanisme de la Conférence diplomatique" (24).

Entretanto, é interessante lembrar que não faltou, pelo menos, a intenção de negociar.

"The majority of Group B countries (25) was of the opinion that the Convention, as it stood today, had worked well between the developed countries but that they were ready to meet some of the desiderata of the developing countries with provisions applicable only to the latter."

Esta declaração de intenções foi manifestada pelo porta-voz do Grupo B, na sessão realizada em Nairóbi (26).

Pois bem.

Temos, de um lado, um grupo de países — os subdesenvolvidos — que reivindicam um tratamento preferencial em termos de patentes. De outro, temos o grupo dos países industrializados que aceitam outorgar esse tratamento diferenciado. E, como pano de fundo, existe o texto de uma Convenção que deve ser transformado — segundo se assentou, a nível de princípio — num instrumento para a implantação de uma nova ordem econômica internacional.

Então, por que o impasse?

Aparentemente, esse impasse resulta do entrechoque de intransigências.

Com efeito, em telegrama dirigido ao Itamaraty, o chefe da delegação brasileira à 4ª sessão da Conferência Diplomática assim noticiou a falta de resultados:

(24) *La Propriété Industrielle*, 1984, p. 216.

(25) O Grupo B é o grupo dos países industrializados de economia de mercado.

(26) OMPI, doc. RR/RM/5, p. 33.

“Ao cabo de dez anos de esforços desde a instalação do comitê preparatório em 1974, a conferência chegou a um estágio de quase-exaustão de suas possibilidades, imobilizada pela rigidez com que se têm apresentado as posições dos diferentes grupos, sobretudo no que respeita aos artigos 1 e 5A (27). A manterem-se as posturas maximalistas que, apesar de minoritárias, têm logrado impedir qualquer movimento negociador, tanto da parte dos 77 como do Grupo B, cabe indagar sobre a utilidade de reconvocar a conferência no futuro próximo, já que as possibilidades de um resultado positivo afiguram-se cada vez mais reduzidas” (28).

Aconselha BEIER que:

“Above all, it is important that emphasis be given to the common interest which all countries have in the effective international protection of industrial property and in an efficient transfer of technology. This congruity of interests requires however some basic insights: The socialist countries with stateowned industries must understand that western governments are not able to dispose of the industrial property of their citizens, the private patent and trademark rights of their enterprises, as freely as the socialist countries themselves and that Paris Convention protects just these private property rights. The developing countries must learn to accept the fact that the transfer of privately developed technology cannot be forced without compensation or through severe legal sanctions such as compulsory licenses in case of non-working of patents. The transfer of technology functions satisfactorily only when it is accomplished voluntarily, under reasonable terms and in an atmosphere of mutual trust and cooperation between the parties. Japan has always followed this rule and has reaped obvious benefits. The industrialized countries and their enterprises should do everything on their part to reduce the existing mistrust of the developing countries by not misusing their stronger position and greater experience by avoiding inflexible bargaining positions, and by showing understanding for

(27) O artigo 1 da CUP enumera os títulos de propriedade industrial reconhecidos. A questão prende-se à proposta dos países socialistas visando introduzir nesse artigo os certificados de inventor. O artigo 5A é o que dispõe sobre as medidas de repressão ao abuso dos direitos de patente.

(28) O texto citado é parte de telegrama cuja cópia o Sr. Embaixador Thompson Flores gentilmente me cedeu.

the legitimate needs and wishes of the developing countries" (29 e 30).

Portanto, para BEIER, o impasse deve-se, sobretudo, a posturas ideológicas conflitantes.

É interessante destacar essas posturas:

— a Convenção protege os direitos de propriedade privada dos cidadãos dos países ocidentais;

— os países socialistas pretendem que os países ocidentais disponham desses direitos,

— os países subdesenvolvidos querem que a transferência de tecnologia se faça sem compensação e através de "severas sanções legais";

— os países industrializados abusam de sua posição prevalente e de sua maior experiência para tomar posições de negociação inflexíveis.

6 — As verdadeiras razões do impasse

Diz BEDJAOUÍ que:

"A onipotência do capitalismo mundial de modo nenhum pode fazer acreditar na sua autodestruição voluntária. 'Cada ser tende a perseverar no seu ser', dizia Espinosa. A realização de uma nova ordem econômica e jurídica internacional não pode, portanto, efetuar-se sem tensão e conflitos, sem ajustamentos e ultrapassagens" (31).

Na verdade, é-se levado a pensar que o atual impasse decorre de uma situação de mero conflito de interesses, de posições antagônicas em torno de uma questão comum. Assim se manifestam o telegrama do representante brasileiro e o texto de BEIER.

(29) BEIER, Friedrich-Karl. "One hundred years of international cooperation — the role of the Paris Convention in the past, present and future", *International Review of Copyright and Industrial Property Law*, vol. 15 n.º 1/1984, pp. 17-8.

(30) A afirmativa que o Prof. BEIER faz com referência ao Japão pode dar a entender que, naquele país, o tratamento da propriedade industrial sempre foi liberal. Ora, isso é falso. Até 1978, a lei japonesa proibia o patenteamento de remédios, alimentos e compostos químicos. Também os contratos de transferência de tecnologia dependiam (e dependem, ainda hoje, mas com menos rigor) de autorização governamental (Ver TANABE, Tetsu & WEGNER, Harold C. *Japanese Patent Law*. Japan-Tóquio, AIPPI, 1979, pp. 180 e 213; e OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. "Aspectos da influência do direito no desenvolvimento japonês", *Rev. Forense*, vol. 279, p. 69).

(31) *Op. cit.*, p. 94.

Parece-me, no entanto, que se o atual impasse decorresse apenas disso, já se teria chegado a alguma solução conciliatória. Bastaria ceder um pouco de parte a parte, como efetivamente os grupos se mostraram dispostos a fazer.

Ora, como se viu, não se conseguiu o entendimento, apesar das muitas tentativas.

E por qué?

Porque as partes negociantes falam de coisas diferentes, para as quais o regime jurídico adequado terá que ser diferente. Patente, para os países capitalistas ricos, é uma coisa; para os socialistas, é outra; e para os subdesenvolvidos, ela é ainda outra. Ora, não há como reduzir esses diferentes conceitos a um denominador comum.

Enquanto os representantes dos países dos três grupos não se convencerem disso, não adianta sequer sentarem-se a uma mesa de negociações. Será pura perda de tempo.

Quais são esses conceitos de patente?

Para os países industrializados de mercado livre, a patente é um título de propriedade, em reconhecimento de um "direito natural" do inventor, o qual se exerce nos moldes liberais, isto é, em termos absolutos. Qualquer condicionamento a esse direito só pode efetivar-se mediante a desapropriação (a qual se faz contra compensação indenizatória).

Para os países industrializados socialistas, o principal título de direito do inventor é um título de propriedade socialista, através do qual se reconhece ao inventor um mero direito de crédito e ao Estado, a propriedade. A esse título dá-se o nome de certificado de invenção e funciona como uma recompensa ao empregado do Estado.

Para os países subdesenvolvidos, a patente é um instrumento de introdução, no mercado interno, de invenções estrangeiras. Visa atrair a tecnologia e os investimentos estrangeiros para o país.

Na verdade, segundo as concepções liberais,

"o inventor, tendo divulgado o invento de forma a que um técnico no assunto possa colocá-lo em prática, teria já dado a sua contraprestação ao favor da exclusividade decorrente da patente.

Ocorre, entretanto, que aqueles países que mais necessitam da tecnologia estrangeira, não se satisfazem com essa relação de troca: a divulgação é suficiente para a concessão da patente; mas para que esta se mantenha em vigor, é

necessário que o inventor dê algo mais ao país que o favoreceu.

Esse algo mais reside precisamente na introdução da invenção patenteada no setor produtivo do país, isto é, na sua efetiva exploração. Ora, como nos países subdesenvolvidos a grande maioria das patentes expedidas o são em favor de estrangeiros residentes em países ricos, a exigência de exploração equivale, em tese, à introdução de tecnologia estrangeira nos processos produtivos dos países pobres. No caso, o preço da tecnologia a ser pago pelo país importador seria a patente e seu efeito monopolizante” (32).

Para KUNZ-HALLSTEIN os países subdesenvolvidos estariam fazendo reviver os velhos privilégios feudais (33).

Com efeito, e em termos, assim é. A patente só pode ser concedida na medida em que essa concessão for útil ao país. Assim como os senhores feudais garantiam privilégios aos artesãos que vinham de outros burgos para que eles trouxessem os seus conhecimentos técnicos, hoje os países subdesenvolvidos querem conceder patentes a quem efetivamente introduza aí a tecnologia. O conceito liberal segundo o qual a patente corresponde a um direito natural do inventor está, pois, completamente posto de lado.

Ou, melhor, não está completamente, já que a Convenção da União de Paris faz vingar ainda aquela concepção, nascida com a Revolução francesa e espalhada pelo mundo à medida que a ideologia burguesa capitalista se alastrava.

Assim, a patente que a Convenção protege é diferente daquela de que os países subdesenvolvidos necessitam para implantar seus programas de desenvolvimento.

Por isso a transformação da CUP num instrumento da nova ordem econômica internacional não pode limitar-se a um tratamento diferenciado das partes contratantes. Ela tem que passar por uma reformulação do próprio sistema internacional de patentes.

Para que serve diminuir as retribuições e aumentar os prazos de prioridade dos pedidos de patente depositados nos países ricos, com origem nos países pobres, se esses depósitos são raríssimos? Será

(32) CARVALHO, Nuno T. P. de. “Anotações ao Código da Propriedade Industrial (arts. 1º a 58 — patentes)”, *Rev. de Inform. Legislativa*, nº 82, abr./jun. 1984, p. 304.

(33) KUNZ-HALLSTEIN, Hens Peter. “The revision of the international system of patent protection in the interest of developing countries”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 10, nº 6/1979, p. 653.

que os pobres têm ilusões de que, com isso, passarão a vender tecnologia aos ricos?

Para que serve aperfeiçoar o sistema de licenças obrigatórias se nos países pobres não há capitais disponíveis para efetivá-las e se, mantendo o titular o direito de uso, ele pode tornar-se num concorrente do licenciado?

Acredito que as mudanças propostas, quer pelos países ricos quer pelos países pobres, não se destinem, consciente ou inconscientemente, senão a mudar as coisas para que elas fiquem como estão...

Um sistema de patentes justo e adequado, na perspectiva dos países subdesenvolvidos, deve superar os mitos liberais para se fixar em dois aspectos distintos: tratamento aos inventores nacionais e tratamento aos inventores estrangeiros.

Os inventores nacionais poderiam fazer jus às patentes em sua feição tradicional. Mas os inventores estrangeiros só deveriam receber a carta-patente mediante a convincente comprovação das suas intenções de que, num prazo razoável, introduziriam a tecnologia no país que lha concedesse.

Isso não significaria o fim da Convenção. Mas, sem dúvida, significaria uma virada de rumo de 180 graus. É que, para que esse novo sistema tivesse um mínimo de eficácia, seria necessário que ele fosse generalizadamente aceito. Por outro lado, a nova ordem econômica internacional não passa por situações de ruptura, pois sem compreensão recíproca não se poderá chegar a qualquer entendimento.

O que é necessário entender é que:

— a CUP pode transformar-se num instrumento da nova ordem econômica internacional;

— os países reunidos por quatro vezes em Genebra e em Nairóbi estiveram tentando encontrar posições comuns em torno de conceitos diferentes e, portanto, irredutíveis a um denominador comum;

— a vontade de negociar tem que partir da compreensão de que a patente, em sua acepção tradicional, não serve aos novos propósitos da CUP, mas sim aos interesses de um pequeno número de países-membros, pelo que a transformação da CUP num instrumento da nova ordem econômica internacional implica numa radical transformação do sistema internacional de patentes, no qual diversos tipos de patentes deverão harmonizar-se sem, porém, se confundir.

7 — As soluções alternativas propostas — Conclusão

Têm sido várias as soluções legais propostas para induzir os titulares das patentes a explorá-las.

As mais comuns são as licenças obrigatórias e a caducidade, ambas expressamente invocadas no texto da Convenção, que, como já referido, torna a caducidade uma medida subsidiária da licença, e não independente.

Ora, o principal motivo da insatisfação dos países subdesenvolvidos com a Convenção é, precisamente, a ineficácia da licença obrigatória como sanção da falta de exploração.

Por isso, os legisladores e os juristas têm dado azo à imaginação, tentando criar medidas que não ofendam o texto da Convenção, mas que, ao contrário das licenças, apresentem eficácia.

Vamos examinar algumas:

As licenças de direito

As licenças de direito (ou licenças de pleno direito, como lhes chama a lei britânica de 1977) consistem na inscrição da patente, por ato voluntário do titular, num registro especial, o que dá “pleno direito” a qualquer pessoa de obter uma licença, mediante o pagamento do preço ajustado entre as partes ou, na falta de acordo, fixado pela autoridade administrativa competente.

A maioria das legislações que adotam esse tipo de licença (que equivale a uma oferta pública de licenciamento) concedem alguns benefícios, como, por exemplo, a redução do montante das anuidades.

Geralmente, esses países são os que seguem tradição legislativa britânica — entre outros, o Sudão, a Índia, o Malawi, a Nova Zelândia, a Nigéria, a África do Sul, a Tailândia, a Zâmbia.

Os certificados de invenção

Os certificados de invenção são criações recentes de legislações de alguns países — como o México e a Argélia —, que não se confundem nem com as patentes tradicionais nem com os certificados de inventor da União Soviética.

O certificado de invenção não outorga a exclusividade da exploração. Qualquer pessoa interessada em usar a invenção pode fazê-lo,

desde que pague a devida remuneração (contratada com o titular do certificado ou estipulada pela autoridade pública competente). Dessa forma, ao inventor não se concede qualquer monopólio (mas dá-se-lhe o direito de proibir a exploração por terceiros se estes não lhe pagarem os "royalties").

Para determinadas invenções, o certificado de inventor é o único título admissível. É o caso de invenções para as quais se proíbe a expedição da carta-patente (segundo a legislação mexicana, medicamentos, energia, segurança nuclear, químico-farmacêuticos, entre outras). Para outras invenções, o inventor pode optar entre a patente e o certificado ou, mesmo, transformar aquela neste.

Uma vez que o certificado não gera monopólio (pelo menos em tese), os inventores são incentivados a optar por ele: as anuidades são reduzidas e não se sujeitam a sanções por falta de exploração.

A suspensão dos direitos de patente

Esta alternativa foi recentemente sugerida para constar da Convenção da União de Paris. Em termos práticos, significa que

"quando uma patente não tiver sido trabalhada até determinado prazo, os direitos do detentor serão suspensos. E, nesse caso, qualquer um está autorizado a trabalhar a invenção ou importar as mercadorias patenteadas. Caso o detentor da patente tome a seu cargo trabalhar a invenção, os benefícios da patente serão restituídos, mas a pessoa que começou o trabalho poderá continuá-lo. Por outro lado, a pessoa que simplesmente importou as mercadorias não estaria autorizada para continuar a importação" (34).

A proposta não é nova: ela constava da redação inicial do Acordo de Bangui (que criou a Organização Africana da Propriedade Intelectual — OAPI) e da legislação argentina de patentes (35).

As patentes de curta duração

Esta alternativa opta pela concessão de patentes de curta duração (de cinco a dez anos de vigência, enquanto normalmente as patentes são concedidas para vigorar de quinze a vinte anos). Mas,

(34) O texto consta de resolução da Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial (AIPPI) — RT Informa, ano XIII, nº 307, 15-10-82, p. 12.

(35) Doc. PR/SM/5, p. 47.

ao término do prazo, se o titular demonstrar que explorou a patente ou que deixou de explorá-la por razões de força maior, o título tem sua vigência prorrogada.

Adotam esta alternativa o Acordo da OAPI, em sua nova redação, o Acordo de Cartagena, a lei iugoslava.

As licenças de direito e os certificados de invenções produzem, ainda que com intensidade diversa, os mesmos efeitos da licença obrigatória. Se um terceiro quiser explorar a patente, pode fazê-lo, mediante o pagamento de *royalties*. A diferença reside sobretudo no fato de a licença de direito ser voluntária, enquanto que a licença obrigatória é forçada, consistindo numa sanção. No que respeita aos certificados de invenção, a impossibilidade de o titular se opor à exploração por terceiros (desde que estes paguem os *royalties*) decorre do próprio título.

Como acontece com a licença obrigatória, a eficácia das licenças de direito e dos certificados é extremamente duvidosa, porque os terceiros deverão dispor de tecnologia e de capital para explorar a patente — bens que, no Terceiro Mundo, são terrivelmente escassos. E note-se: quando me refiro a tecnologia não quero restringir-me àquela que está descrita na patente, pois essa está descrita e será transferida; eu refiro-me ao *know-how* que envolve a invenção patenteada e que permite colocá-la em prática.

Outra dificuldade que diz respeito aos certificados de invenção consiste, em razão da restrição que por eles se faz ao direito do titular, na inexistência de reconhecimento desse título pela Convenção da União de Paris. Portanto, se as licenças de direito constituem uma mera questão de direito interno, os certificados são mais do que isso, uma vez que afetam a própria natureza dos direitos do titular desde a sua origem. Por isso, o México, membro da Convenção, não pode negar a concessão de patentes tradicionais aos estrangeiros.

A suspensão de direitos, do ponto de vista teórico, seria uma excelente solução para evitar a reserva de mercado, isto é, o bloqueio de mercados para exportação. Do ponto de vista prático, entretanto, há dois óbices relevantes: em primeiro lugar, iria alterar e dificultar as ações de contrafação, pois o titular deveria provar, num processo de conhecimento prévio, que estava explorando a patente (pois só mediante a realização dessa prova é que ele teria legitimidade de ação); em segundo lugar, deveriam os terceiros, antes de iniciar a exploração da invenção ou a importação do produto, verificar se o titular está inerte, para evitar incorrer no ilícito da contrafação — ora, esta verificação pode ser muito difícil, senão impossível mesmo.

As patentes de curta duração têm eficácia apenas na medida em que, sem conflitar com o texto da Convenção, condicionam a duração do monopólio à efetiva exploração da invenção. Elas encurtam o monopólio, mas não conseguem eliminar as práticas de reserva de mercado, ainda que por um período mais reduzido.

Em resumo: as medidas legislativas criadas para coibir os abusos dos direitos de patente são de valor muito discutível.

Neste ponto, permito-me fazer um paralelo com a legislação ambiental, para retirar dela uma experiência que pode até ser válida no campo das patentes.

A elaboração das medidas de combate à poluição industrial tem seguido dois rumos distintos: um, é o do caminho repressivo, através do fechamento de unidades industriais, de imposição de multas etc.; outro, é a opção chamada "de mercado", pela qual se permite a instalação de indústrias poluentes, sujeitando-as, entretanto, ao pagamento regular de taxas que, canalizadas para as autoridades regionais, permitem a implementação de obras que anulem ou minorem os efeitos poluentes.

Ora, se considerarmos que, durante todo o ano de 1984, a **Revista da Propriedade Industrial** (do número 690 ao 740) só publicou 11 (onze) despachos de deferimento de caducidade⁽³⁶⁾ — o que, evidentemente, é uma gota de água no oceano das patentes inexploradas em vigor no Brasil —, talvez fosse adequado abandonar esse instituto, tão criticado porque tão drástico, e adotar um regime pelo qual os titulares das patentes inexploradas deveriam pagar anuidades progressivas de valor elevado, desde um ano após a data da expedição da carta. Portanto, haveria duas tabelas de anuidades: uma, de valor reduzido, para os titulares que efetivamente colocassem em prática a invenção; e outra, bem mais onerosa, para aqueles que não a explorassem. E os recursos advindos deste pagamento seriam alocados a um fundo, o qual seria posto à disposição de órgãos de incentivo à pesquisa, tais como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP). Os titulares deveriam provar, todos os anos, a efetiva exploração para que não incidissem no pagamento da maior anuidade. A falta deste pagamento acarretaria, evidentemente, a extinção da carta-patente.

(36) Deve considerar-se que esse número não é definitivo, pois a decisão de deferimento da caducidade por falta de uso pode ser revista pelo Presidente do INPI, em grau de recurso.

Este sistema teria a vantagem de não ofender o texto da Convenção da União de Paris, pois a extinção da patente não se daria pela falta de exploração, mas sim pela falta de pagamento da anuidade. Além disso, reduziria o número de patentes em vigor. Por outro lado, as práticas de reserva de mercado teriam uma contrapartida, a qual consistiria num aporte de recursos para a pesquisa nacional.

Mas nem este sistema nem as outras medidas apontadas transformam a patente num instrumento para a instauração da nova ordem econômica internacional. É que uma coisa é reprimir os abusos dos direitos de patente e outra é transformar a patente num meio de transferência de tecnologia.

Este, parece-me, é outro ponto para o qual os delegados presentes aos trabalhos da revisão da CUP não atentaram devidamente. Eles esgotaram as possibilidades de acordo na discussão sobre os meios de reduzir os aspectos negativos das patentes — mas não conversaram sobre como incentivar os aspectos positivos.

Ora, se o aspecto funcional da patente mais interessante para os países subdesenvolvidos é o suporte para a transferência de tecnologia e de capitais de risco, o único meio adequado para efetivá-lo é abandonar o conceito tradicional da patente. Uma vez superado esse obstáculo — que é, aliás, o mais difícil —, caberá à imaginação buscar as soluções mais eficazes.

O caminho será, talvez, o de ir buscar o instituto às suas origens. Com efeito, na Idade Média, os privilégios eram atribuídos para quem se dispunha efetivamente a instalar-se no burgo para exercer uma determinada atividade. Seguindo esse exemplo, as patentes deveriam ser concedidas, em sua feição tradicional, apenas aos estrangeiros que realmente estivessem dispostos a vender a tecnologia ou a instalar-se no país para explorá-las diretamente. O que não impediria que também os nacionais fossem constrangidos a dar utilidade social às suas patentes.

Para concluir, quero fazer notar que não estive fazendo qualquer sugestão para um novo tratado internacional. O que fiz foi um mero exercício de raciocínio a partir da profunda convicção de que a CUP, em sua atual feição, não é, nem poderá ser, instrumento para a implantação da nova ordem econômica internacional. Na verdade, não são só os membros da CUP que merecem tratamento desigual. O próprio instituto da patente está a merecer abordagens desiguais. O denominador comum encontrado no fim do século XIX não tem hoje qualquer justificativa.

Aquisição da propriedade pelo usucapião

SÍLVIO MEIRA

Prof. Cat. de Direito Romano
Suplente de Senador Federal

SUMARIO

1. *Origens históricas do usucapião em Roma. A "praescriptio longi temporis" e a "praescriptio longissimi temporis"*
2. *Evolução histórica. Breve notícia. Direito contra diretto*
3. *O usucapião e a prescrição aquisitiva no Brasil. Colônia. Império. República. Ordenações. Consolidação das Leis Cíveis. Teixeira de Freitas. Projeto Clóvis Beviláqua e o Código de 1916*
4. *O Brasil de hoje. Usucapião extraordinário, ordinário e especial. O Projeto de Código Civil em elaboração. Análise, confronto e crítica*

Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii (Ulpiano, 19, 8). Interposição das palavras *anni vel biennii*: Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis temporis lege definiti: rerum mobilium anni, immobilium biennii (D. 41, 3, 3). ULPIANO.

* * *

RES HABILIS-TITULUS-FIDES-POSSESSIO-TEMPUS. (Requisitos do usucapião segundo hexâmetro elaborado pelos juristas medievais) (A. RUIZ, *Ist.* p. 211).

* * *

Conferência proferida no Seminário sobre o projeto do novo Código Civil, no auditório da Faculdade de Direito da UFG, a 29-4-85.

1. *Origens históricas do usucapião em Roma. A "praescriptio longi temporis" e a "praescriptio longissimi temporis"*

Um dos mais antigos meios de aquisição da propriedade, que parece acompanhar a Humanidade em todos os tempos, é, sem dúvida, o *usucapião*. Juristas discutem a respeito da origem da palavra latina *usucapio* (de *usu* e *capere*, adquirir pelo uso) e, por isso, a consideram feminina e não masculina. TELXEIRA DE FREITAS grafava a *usucapião*; CLÓVIS BEVILÁQUA preferia a forma masculina, o *usocapião*, com *o* e não com *u*. Se dermos relevância ao segundo elemento — *capio* — ela será feminina: a *capio* pelo *uso*. Os que lhe dão a grafia masculina parecem atentar mais para o primeiro elemento — o uso — que gera a aquisição (*capio*).

Não há dúvida que, etimologicamente, a palavra seria feminina, mas foi o próprio USO que a fez masculina. A grande maioria dos juristas portugueses e brasileiros (e o Código Civil — que passou pelo crivo de RUI BARBOSA e CLÓVIS BEVILÁQUA), registra-a no masculino. OTTO KARLOWA, no seu *Roemische Rechtsgeschichte* (Leipzig), 1901, p. 388, sugere *usus-capio* em vez de *usucapio*. "USUSCAPIO IST NICHT DI CAPIO DES USUS, sondern die vom usus ausgehende, durch ihn bewirkte capio".

Uma das mais antigas referências que se encontram na literatura latina é de AULO GÉLIO, *Noites Áticas*, Liv. VI: "Ut usucapio copulate recto vocabuli casu decitur, ita Pignoriscapio conjunctae/eadem vocabuli forma dictum est."

PUCHTA, no seu *System und Geschichte des Roemischen Privatrechts*, p. 203, invoca AULO GÉLIO — embora refira como fonte o livro VII, de numeração controvertida, e que algumas edições registram como VI e afirma: "Die Usucapion ist eine rein civilrechtliche Erwerbunng, daher ist sie für einen Peregrinen unmöglich", vale dizer que o usucapião é um puro modo de adquirir do direito civil, razão por que impossível a sua utilização por um peregrino.

No século V a.C. a Lei das XII Tábuas já trazia preceitos a respeito: Tab. VI — 5. *Usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annuus usus esto*. Esse preceito, que só amparava ao cidadão romano, estabelecia que a aquisição dos imóveis pelo uso se efetivava em dois anos, e dos demais bens pelo decurso de um ano.

Esses prazos curtos se explicam pela facilidade de conhecimento, por toda a população, das ocupações ou usos de bens alheios, dadas as pequenas proporções territoriais de Roma.

Instituída em Roma e para os romanos *cives*, a aquisição de bens pelo decurso de tempo haveria de sofrer transformações consideráveis à proporção que o domínio romano se alastrava pela península itálica e, mais tarde, pela Europa, África e Ásia.

Além dessa modalidade tipicamente quirritária, surgiu outra, de origem grega, que se infiltrou no direito romano sob a denominação de *praescriptio longi temporis*. Embora levasse esta à aquisição da propriedade, possuía, todavia, características bem diferentes, conforme passaremos a expor.

A *praescriptio* aplicava-se às terras provinciais, enquanto o *usucapio* recaía sobre as terras itálicas, a chamada propriedade quirritária.

Ocorria usucapião nos casos a seguir indicados: a) sobre as coisas abandonadas, *res derelictae*; esta foi uma das formas mais antigas; b) sobre as *res mancipi* que fossem alienadas sem as formalidades rígidas do direito vigente. Elas não poderiam ser transferidas por simples tradição e, se o fossem, a irregularidade seria sanada com o decurso de prazo (um e dois anos, para móveis e imóveis, respectivamente); c) sobre as coisas alienadas por um não proprietário. Decorridos os prazos, consolidava-se a alienação, ou melhor, operava-se a aquisição pelo decurso de tempo.

A primeira vista, no último caso citado, parecia haver violência contra direito ao consolidar-se uma alienação por um não proprietário.

Os romanos partiam do princípio — que aliás tornou-se universal — de que os proprietários devem estar vigilantes na defesa de seus bens. Se os abandonavam (1º caso), ou se os transferiam sem as formalidades legais (2º caso) ou se deixavam que terceiros passassem por donos, a ponto de alienarem o bem alheio (3º caso), a paz social exigia que se consolidassem tais situações. E os proprietários omissos ou relapsos eram assim punidos, sob a alegação de que o direito não socorre aos que dormem (*Dormientibus non succurrit jus*).

A posse gerava um direito novo. Era um direito contra outro direito. Uma luta de direitos, um decorrente da lei, outro proveniente do uso, da posse. A preocupação romana com o uso era de tal natureza que aplicavam-na até ao direito de família e ao das sucessões, nas hipóteses singulares do casamento USU, isto é, pela convivência entre homem e mulheres por certo prazo; e a *usucapio pro herede*, da herança vacante, nos prazos de um ano.

É o uso gerador de direitos, fonte universal, até nossos dias.

Sucedem, no entanto, que os princípios que regeram essa matéria não foram sempre os mesmos. Inicialmente, exigiam-se apenas duas condições: a) a posse pelo prazo legal; b) que a coisa, sobre a qual recaía a posse, não houvesse sido furtada.

Mais tarde, já ao fim do período republicano, acrescentaram-se novas restrições quanto ao início da posse, que deveria ser um *justum initium possessionis*, isto é, não estar viciado pela clandestinidade, violências e outras fraudes.

Mesmo assim, nem sempre eram atendidas as exigências estabelecidas em leis e *senatusconsulta*. Já no começo do Império somaram-se novas restrições, além da posse por certo prazo, início sem violência ou clandestinidade, passou-se a exigir *justo título e boa fé*.

Todas essas precauções atravessaram os séculos. A posse continuada, a coisa sobre a qual poderia livremente recair o usucapião, a boa fé e o justo título, daí por diante, se fizeram presentes, não apenas no direito romano vigente durante o Império, mas passaram a ser exigências universais, integradas nos direitos posteriores das nações civilizadas.

A posse deveria ser ininterrupta, porquanto a interrupção afetaria o direito do ocupante. Seria uma interrupção decorrente da vontade do ocupante, um abandono. Já a interrupção civil, em rigor, (decorrente de ação de reivindicação pelo proprietário), não impedia que o usucapião se prolongasse até a decisão final, caso esta fosse favorável ao usucapiente. Todavia, se a sentença fosse a favor do reivindicante, pelo direito romano, a decisão retroagiria à situação da lide por ocasião da *litis contestatio*.

Admitia-se também a soma das posses, em favor do herdeiro universal; o mesmo não se dava quando o usucapiente alienava (venda, doação etc.) a terceiros. Neste caso, os adquirentes teriam que contar novo prazo, a partir da data em que receberam a coisa alienada.

O justo título referia-se às alienações irregulares (uma coisa *mancipi* objeto de simples tradição ou uma venda *a non domino*), casos em que o adquirente dispunha de justo título (*justum titulum*) para começar a usucapir. Eram alienações feitas *pro donato* (havendo doação irregular), *pro emptore* (sendo a venda irregular) e *pro dote* (tratando-se de dote).

Pergunta-se: e com relação às coisas abandonadas (*res derelictae*), poderia invocar-se justo título? Este decorria do próprio abandono, que justificava e tornava ilegítima a posse.

A boa fé referia-se exclusivamente às aquisições *a non dominio*, isto é, a venda por um não proprietário. Era necessário que, no caso, houvesse boa fé. O que adquiria julgava fazê-lo de um verdadeiro dono. Se soubesse que o bem era de terceiro, caracterizava-se a má fé e não se iniciava o usucapião. A má fé não se admitia nas aquisições de *res mancipi* por simples tradição.

A boa fé devia existir no momento em que se iniciava o usucapião. Quando ela ocorria depois (*mala fides superveniens*), não afetava os direitos do posseiro, salvo nos casos de doação em que era exigida por todo o tempo e no de venda em que ela devia estar presente em duas oportunidades: no momento da realização do negócio e no da tomada de posse da coisa adquirida.

Apesar de todas essas facilidades e restrições, nem todos os bens móveis e imóveis estariam sujeitos a usucapião. No antigo direito romano

as coisas não obedeciam a essa classificação, eram *mancipi* ou *nec mancipi*; a lei decenviral falava em *fundi e caeterarum rerum*.

Não poderiam ser objeto de usucapião aquelas que não pudessem ser objeto de direito privado (*res divini juris*); aquelas que não pudessem constituir propriedade quiritária (terras provinciais); as coisas incorpóreas (salvo a *manus*); as inalienáveis ou imprescritíveis (bens de menores por tutores); as furtadas ou possuídas por qualquer forma violenta, objeto de lei Plautia, confirmada pela *lex Julia de vi* do tempo de Augusto,

CAIO, *Inst.* II, 55, refere a *usucapio pro herede*, através do qual alguém poderia apossar-se de uma herança jacente. Justificava-a na continuação do culto doméstico do defunto e na salvaguarda dos direitos de credores da mesma herança.

Mais tarde, ao tempo do Império, Adriano aboliu esse tipo de usucapião e Marco Aurélio o considerou grave delito (*crimen expilatae hereditatis*).

Figura originalíssima era gerada pelo empréstimo, depósito ou penhor de bens que não eram devolvidos ao verdadeiro dono. Gerava-se, a favor deste, uma *usureceptio*. Ele readquiria a propriedade do que já fora seu (*usu recipere*), daí a composição da palavra — de *usu* e *recipere* da mesma forma que *usucapio* provinha de *usu* e *capere*.

A *Praescriptio longi temporis* diferia da *usucapio* quer nas suas origens (provinciais), quer nos prazos longos. Talvez por ser aplicável a terras não itálicas, em que as distâncias eram bem maiores, seus prazos iniciais eram de dez e vinte anos. Diferia também na sua essência por ser uma medida processual de defesa, daí designar-se *praescriptio*. Não se tratava, propriamente, de um modo de aquisição da propriedade. Era medida de defesa do ocupante, contra o proprietário, a fim de obstar a reivindicação.

Também não se tratava de uma prescrição extintiva do direito do proprietário (de reivindicar). Esta só seria legítima se, depois de 10 ou 20 anos, o ocupante perdesse a posse. Consistia, portanto, em uma exceção oposta pelo posseiro contra o proprietário.

Essas eram as características iniciais da *praescriptio*, que com o correr dos tempos se alteraram, vindo a tornar-se, só ao tempo do império, um meio de adquirir a propriedade, aproximando-se, assim, do usucapião.

A evolução social, a prática diuturna, a aplicação do usucapião às terras itálicas e a *praescriptio longi temporis* às provinciais, acabaram por concorrer para a fusão das duas práticas e dos dois institutos, fusão essa que se tornou legal a partir de Justiniano.

Em numerosos pontos elas se identificavam. Para a *praescriptio* havia necessidade de justo título, boa fé e posse contínua por certo tempo. O

prazo seria de dez anos entre habitantes da mesma província e de vinte anos, nos demais casos. O habitante da província devia estar sabedor da ocupação e se não reivindicava o imóvel em dez anos, perdia-o. A interrupção da prescrição poderia ser *natural* ou *civil*, na primeira hipótese por abandono voluntário e na segunda se surgisse a reivindicação do proprietário. Somavam-se as posses a favor dos adquirentes e dos herdeiros.

Verifica-se, pelo exposto, que a *praescriptio*, de medida judicial de defesa, exceção, transformou-se em modo de aquisição civil da propriedade. Foi uma evolução que partiu do processo para o direito substantivo, do formal para o material.

Além dessas duas modalidades surgiu também, ao tempo de Império, a *praescriptio longissimi temporis*, de trinta anos, depois elevados até quarenta, sem que se exigisse justo título nem boa fé. Depois de decorrido tão longo prazo extinguiu-se o direito de reivindicação do proprietário.

Muito embora, vistos à distância, pareçam idênticos esses modos de aquisição da propriedade, eles diferiam muito em suas origens, em suas finalidades e até mesmo em sua substância. Essa a razão por que o Imperador Justiniano foi levado a promover a fusão dos três institutos, transformando-os em um só, com características comuns.

A velha distinção dos bens em *mancipi* e *nec mancipi* não era mais levada em conta. Os bens eram móveis ou imóveis: para os primeiros uma *prescrição aquisitiva* de três anos (ainda com o nome tradicional de usucapião); para os imóveis a *praescriptio longi temporis* de dez e vinte anos (Imp. Teodósio II, ano 424); para esta continuavam a ser exigidos justo título e boa fé, e finalmente a *praescriptio longissimi temporis*, de trinta anos, sem exigência de justo título e boa fé. A prescrição de quarenta anos continuou a vigorar quanto aos bens do fisco, da Igreja, associações de caridade e os do Imperador.

Esta prescrição quarentenária se originara ao tempo de Constantino e se prolongara pelo Baixo Império.

Em poucas palavras ADOLF BERGER apresenta as características desse tipo de prescrição:

“Praescriptio quadraginta annorum — The Emperor Constantine ordered that any one who held another's thing for forty years could not be suable for its restitution no matter what the origin of his possession might have been (Praescriptio longissimi temporis). Excluded from this kind of acquisition were the lessees of an immovable. Uninterrupted possession through forty years was also required for the usucapion of things belonging to the emperor, the fisc, the church and charitable foundations. C. 7. 39.”

Essas as fontes romanas do usucapião (em sentido lato), constantes do *Digesto* 41, 3; das *Institutas* de Justiniano, 2,6; do *Código* 7.30 e 31.

Soma-se a esses modos de aquisição da propriedade por decurso de prazo um quarto, que os intérpretes do direito romano chamam *prescrição imemorial*, decorrente de uma posse antiqüíssima, além da memória humana, e que se aplicaria a bens imprescritíveis por força de lei, mas “cuja aquisição seja possível por privilégio”. Segundo COELHO DA ROCHA “é mais um meio de provar a propriedade, do que modo de a adquirir” (*Instituições de Direito Civil Português*, Liv. Clássica, Lisboa, 1907, vol. II, p. 374).

2. *Evolução histórica. Breve notícia. Direito contra direito*

A origem histórica e as denominações variadas concorreram para o uso indiscriminado das palavras usucapião e prescrição. No direito alemão, embora os doutrinadores estudem *die Usukapion*, o direito positivo dispõe da *ERSITZUNG* e *VERJARUNG*, para distinguir as duas prescrições. COELHO DA ROCHA, ao dar a noção da prescrição e suas espécies, realça que ela “é a perda dum direito, por se não ter dele usado em certo espaço de tempo fixado nas leis (Cod. da Áustria, art. 1.451). Porém, umas vezes o direito prescrito passa para outrem, em virtude da posse, em que este se acha, do objeto desse direito; e então chama-se *prescrição aquisitiva* (usucapio); outras vezes o direito e, portanto, a *ação que dele resultava, extingue-se* — e então chama-se *extintiva* (Waldeck, § 318). A primeira é um modo de adquirir a propriedade, e o seu fundamento é a posse, e é por isso que dela tratamos aqui; a segunda é um meio de extinguir as obrigações, e o seu fundamento, a negligência do credor”.

O velho Código Civil português, de 1º de julho de 1867 (projeto Visconde de Seabra), fortemente influenciado pelo Cód. francês de 1804 (arts. 2.262 e segs.) preferiu a palavra prescrição (art. 505 e seguintes). No parágrafo único do art. 505 firma: “A aquisição de coisas ou direitos pela posse diz-se prescrição positiva; a desoneração de obrigações pela não exigência do seu cumprimento diz-se prescrição negativa”. Prescrição positiva seria o mesmo que aquisitiva; e negativa igual a extintiva. Trata de “prescrição das coisas móveis” no art. 532. Parece-nos pouco feliz a expressão usada pelo Código lusitano, pois o que prescreve não são os bens, mas os direitos que sobre eles recaem. Também não nos parece bem incluí-la sob a rubrica de obrigações (art. 535). Mais adiante, nos arts. 543 e segs., trata das disposições relativas a ambas as prescrições, quais sejam a suspensão, a interrupção, a contagem de tempo.

Quanto aos prazos, quatro dispositivos desse código os fixavam em cinco, dez, quinze e trinta anos, da forma seguinte:

Art. 526 — Os imóveis e os direitos imobiliários podem ser prescritos: (R. IV, 566 — D. 1.418; VI, 389): 1º) no caso do registro de mera posse, por tempo de cinco anos; 2º) no caso do registro do título de aquisição, por tempo de dez anos, contados em ambos os casos desde a data do registro.

Art. 527 — Tanto num como noutro dos dois casos especificados no artigo antecedente, se a posse tiver durado por dez anos ou mais, além dos prazos estabelecidos no mesmo artigo, dar-se-á a prescrição, sem que possa alegar-se a má fé, ou a falta de título, salvo o que fica disposto no art. 510.

Art. 528 — Os imóveis ou direitos imobiliários, faltando-lhes o registro de posse, ou do título de aquisição, só podem ser prescritos pela posse de quinze anos.

Art. 529 — Quando, porém, a posse dos imóveis ou direitos imobiliários, mencionados no artigo antecedente, tiver durado pelo tempo de trinta anos, dar-se-á prescrição, sem que possa alegar-se a má fé ou a falta de título, salvo o que fica disposto no art. 510.

Verifica-se, pelo exposto, que os prazos eram de 5, 10, 15 e 30 anos, nas diversas hipóteses que esses artigos especificam. A trintenária ocorria mesmo havendo má fé e falta de título.

A matéria mereceria exame mais prolongado no direito lusitano, em que as influências romanas ainda estão patentes ao lado da influência do Código Napoleão, mas urge examinar esse problema multissecular no direito brasileiro, onde as Ordenações Filipinas de 1604 exerceram poderosa repercussão até 1917.

3. *O usucapião e a prescrição aquisitiva no Brasil. Colônia, Império, República. Ordenações, Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas, Projecto Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916.*

Trasladaram-se para o Brasil tanto o usucapião quanto a prescrição aquisitiva, adaptando-se às contingências regionais.

País de imensa extensão territorial, com grandes áreas a povoar, o problema da terra vinculou-se profundamente aos destinos nacionais, até nossos dias.

As três Ordenações — as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas — traziam preceitos sobre a matéria, tendo como respaldo o direito romano. No título 9º do Livro II, as Afonsinas já firmavam que na falta de lei, costume ou jurisprudência ter-se-ia que aplicar o direito romano e em seguida o canônico. As Manoelinas incorporaram vários preceitos no Liv. II, título 35, §§ 5º e 45, §§ 1º, 2º, 3º e 47. Aí já se falava na posse inmemorial.

Encontram-se normas a respeito nas Ordenações Filipinas (a que mais nos interessa) no Liv. II, títulos 27 e 28 e Liv. IV, título 79, pr. cap. fin. X, de praescript).

No Liv. II, XXVII, estabelecia que nos lugares em que se levaram e levavam direitos e tributos, onde não havia foral, nem outra autêntica escritura para se levarem, somente a POSSE IMEMORIAL em que estavam, nestas tais devia ser havida por título a dita POSSE IMEMORIAL...”

E no Liv. II, XXVIII: “... — E para a prescrição das ditas cousas não se poderá alegar posse alguma, posto que seja IMEMORIAL”. (Referia-se a doações feitas pelo Rei ou monarcas antepassados nas quais eram “postas cláusulas muito gerais e exuberantes, declaramos, que por tais doações, e cláusulas nelas contidas, nunca se entende serem dadas as dízimas novas dos pescados, nem os veiros e minas, de qualquer sorte que sejam, salvo se expressamente forem nomeados, e dados na dita doação”.

Com a colonização do Brasil os lusitanos tiveram a preocupação de tornar as terras produtivas. As chamadas Cartas de Doação das capitânias hereditárias estabeleciam normas a respeito. Uma das mais expressivas é a de Duarte Coelho, de 5 de setembro de 1534, “de sessenta léguas de terra na dita costa do Brasil, as quais se começarão no rio São Francisco, que é do cabo de Santo Agostinho para o sul e acabarão no rio que cerca, em redondo, toda a ilha de Itamaracá...”

Os donatários “entrarão pelo sertão tanto quanto puderem entrar e for de minha conquista”, ficando “a terra isenta e livre sem dela pagar foro, tributo, nenhum direito, somente o dízimo de Deus à Ordem do Mestrado de Nosso Senhor Jesus Cristo...” Também, o Regimento do 1º Governador Geral Tomé de Sousa, de 17 de setembro de 1548, afirmava que os concessionários de sesmarias deveriam residir nas terras dadas ou na povoação da Bahia durante três anos, prazo em que não permitia vendê-las nem alhear.

No Brasil império cabe assinalar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, e seu respectivo regulamento nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que tentaram disciplinar o regime de terras, estabelecendo normas bem interessantes. Uma espécie de usucapião *pro labore* ali já estava previsto. As terras devolutas também passaram a ter uma definição clara.

Art. 1º da Lei nº 601, de 18-9-1850: “Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.”

Mas os arts. 4º, 5º e 8º permitiam ao ocupante usucapir terras devolutas que ocupassem, mansa e pacificamente, durante cinco anos, antes da medição, ou por dez anos, se a ocupação fosse posterior à medição.

Com a implantação da República, a Constituição de 1891, em seu artigo 64, transferiu para os Estados as terras devolutas, vastíssimas áreas desocupadas e que serviram de pomo de discórdia.

O direito no Império e na República, até 1917, continuou a sofrer a influência da velha legislação lusitana das Ordenações Filipinas. A matéria

vem consignada na *Consolidação das Leis Civis* de TELXEIRA DE FREITAS e no respectivo *Esboço de Código Civil*, na *Consolidação* de CARLOS DE CARVALHO, nos projetos abandonados de FELÍCIO DOS SANTOS, NABUCO DE ARAÚJO e COELHO RODRIGUES, e as doutrinárias de LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA (*Direito das Causas*), LACERDA DE ALMEIDA (*Direito das Causas*) acompanhada da jurisprudência dos tribunais.

O art. 64 da Carta de 24 de fevereiro de 1891 assim prescrevia:

“Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares, e estradas de ferro federais. Parágrafo único — Os próprios nacionais, que não forem necessários para serviços da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados”.

Toda a legislação do 2º Reinado e a doutrina com projeção até a primeira República antes da promulgação do Código Civil de 1916/17, falava preferencialmente em *prescrição* aquisitiva, em vez de usucapião. Era sem dúvida um prolongamento da legislação lusitana, especialmente das Ordenações, com ancestralidade na opinião dos intérpretes do direito romano imperial.

TELXEIRA DE FREITAS, na *Consolidação das Leis Civis*, dá ao título V do livro II a rubrica A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA e no art. 853 designa a extintiva “prescrição ordinária dos direitos pessoais”, isso no livro I, Título IV, cap. II, fixando-lhe o prazo de trinta anos.

A prescrição aquisitiva está no livro referente aos direitos reais, enquanto a extintiva se acha no dos direitos pessoais.

No art. 1.319 apresenta os requisitos para a prescrição aquisitiva: posse, justo título, boa fé. E define: “É justo título todo aquele que, conforme o direito, reputa-se hábil para transferência de domínio” (art. 1.320). O possuidor de má fé em tempo nenhum poderá prescrever (art. 1.321). Fixa em dez anos o prazo prescricional do direito do credor hipotecário contra o terceiro possuidor dos bens hipotecados, entre presentes, elevado para vinte anos, entre ausentes (art. 1.322). Entendiam-se presentes credor e possuidor quando residentes na mesma Comarca, e ausentes quando residentes em Comarcas diferentes (art. 1.323). Os dez e vinte anos contar-se-ão do primeiro dia em que os bens hipotecados passaram para posse de terceiro com título e boa fé” (art. 1.324). Se os bens hipotecados passaram ao terceiro possuidor sem título algum, o direito do credor hipotecário só prescreverá em trinta anos (art. 1.325). O art. 1.326 prevê um tipo de prescrição quarentenária: “Estando os bens hipotecados em poder do próprio devedor, ou de seus herdeiros, ou de outro credor, a quem depois fossem dados em penhor, o direito do

credor hipotecário prescreverá em vinte anos entre presentes, e quarenta anos entre ausentes, contados do dia em que a hipoteca foi constituída.”

As coisas de uso público são imprescritíveis, di-lo o art. 1.332: “As coisas de uso público (art. 52, § 1º) não prescrevem em tempo algum e do mesmo modo as públicas servidões.”

Faz referência à posse imemorial no art. 958, quanto às servidões. Posse imemorial “é aquela de que ninguém sabe o princípio, nem por ter visto, nem por ter ouvido a quem visse, ou ouvisse” (Cons. nota p. 675.) Tais posses imemoriais se refeririam a três instituições, segundo SAVIGNY (Dir. Rom., Cap. 3, § 196): caminhos vicinais, esgoto de águas pluviais, aquedutos.

LAFAIETE (Direito das Causas, 2ª ed., J. R. dos Santos, Rio, pp. 147 e segs.) faz exposição lúcida da matéria, salientando que a prescrição aquisitiva (usucapio) e a liberatória ou extintiva, embora contenham em si o princípio extintivo que lhes dá a denominação comum, distinguem-se, no entanto, pelo objeto, condições e efeitos. A primeira tem como objeto o domínio e os direitos reais sobre a coisa alheia (jura in re aliena), e como condição a posse. Esta posse é simultaneamente causa de aquisição e causa de extinção de direitos. A posse é a força geradora, enquanto um a perde, o outro a consolida. E invoca a opinião de KANT (Metaph. de Direito), segundo a qual “a extinção não deve ser considerada senão como consequência da usucapião”. Já a prescrição extintiva nasce da inércia, é negativa, dissolve a obrigação, paralisando o direito de agir. Não é criadora, não gera quaisquer direitos. Por essas razões a prescrição extintiva não se apresenta como ação judicial, mas como exceção, peremptória de ação. Esta lembra a *praescriptio longi temporis* romana, de origem provincial, medida de defesa; enquanto a aquisitiva lembra a *usucapio* romana.

Entende LAFAIETE que a razão final da prescrição aquisitiva é acabar com as incertezas da propriedade. Do contrário haveria um caos social, dizemos nós. Retira à propriedade o caráter provisório, tornando-o definitivo. Seriam motivos de utilidade pública. A negligência do proprietário pesa como valor moral.

Os objetos da prescrição aquisitiva seriam o domínio ou a plena propriedade, o usufruto, o uso, a habitação, a enfiteuse e as servidões reais. Apenas direitos reais. Tratando-se de um direito concreto, só pode recair sobre direitos reais. Excetuam-se as coisas fora do comércio: as coisas sagradas, como os templos religiosos, as imagens; as coisas religiosas, como os cemitérios; as coisas do domínio público (portos, rios navegáveis, ruas, praças, estradas públicas, os pátios e baldios dos municípios e paróquias, as que o Estado utiliza em seus serviços, as fortalezas e praças de guerra) (LAFAIETE, p. 154).

Entendia esse autor que podiam ser prescritos os bens do domínio do Estado, dos quais ele é proprietário, como o são os particulares e entre estes as *terras devolutas*, as ilhas nos mares territoriais, os bens em que sucede na falta de herdeiros legais do defunto. Certos bens, no entanto, embora não estejam fora do comércio, não podem ser usucapidos, como os patrimônios dos impúberes, o pecúlio adventício do filho-família, os bens dotais inalienáveis, os doados pelo marido à concubina antes da dissolução da sociedade conjugal. Todos esses preceitos se baseiam ora no direito romano, ora nas *Ordenações*.

Seriam assim as prescrições aquisitivas de dois tipos: a *ordinária* por três, para os bens móveis, e dez ou vinte anos para os imóveis, se o proprietário e o prescribente residissem, respectivamente, na mesma ou em comarcas diferentes. O outro tipo de prescrição, chamada *extraordinária*, seria a decorrente do decurso do prazo de trinta anos, independentemente de justo título, mas havendo boa fé. Em quarenta anos seriam prescritíveis os bens dominicais do Estado, cidades e vilas e os imóveis das igrejas e estabelecimentos pios. Esta prescrição quarentenária encontra apoio nos textos legislativos romanos: *Novelas* 9 e 111, 131, cap. 6, *Código* 23; e no direito lusitano, *Digesto Port.* 1, art. 1.376.

Entre as causas que impediam a prescrição alinhavam-se a precariedade do título, a violência e clandestinidade da posse, a superveniência de má fé. Interrompiam a prescrição causas naturais e civis, caracterizando as primeiras a perda da posse e as segundas a cessação da inércia do proprietário, que passa a agir em defesa de sua propriedade, ação que se efetiva pela citação judicial do posseiro para reivindicação do bem ocupado.

Quanto à suspensão da prescrição, ela se operaria em virtude das seguintes causas: a impuberdade, a menoridade, a sujeição do filho ao pátrio poder e da mulher ao marido. Não tem curso a prescrição contra os menores, contra os filhos-família e contra as mulheres casadas relativamente aos bens inestimados e os doados pelo marido à concubina (*LAFAIETE, op. cit.*, p. 180).

O Código Civil de 1916 — Este diploma abriu novos caminhos ao usucapião no Brasil. Aproveitou muito da experiência do passado, mas inovou em vários aspectos.

Aboliu a prescrição quarentenária, que vinha do Brasil Império e colônia e da tradição luso-romana. Desconhece também a prescrição imemorial. CLOVIS em seus comentários ao código, salienta serem essas duas espécies de prescrição “estranhas à sistemática do Código Civil” (Com. vol. 3. p. 71).

Adotou a denominação genérica de **USUCAPIÃO** para a antiga prescrição aquisitiva, voltando, assim, à palavra de origem latina — **USUCAPIO** — que fora desprezada pelos direitos português e brasileiro colonial.

imperial. Procurou evitar confusão com a outra prescrição, a extintiva, ou liberatória.

Institucionalizou o usucapião extraordinário de trinta anos, que na legislação anterior não era previsto expressamente. As *Ordenações*, 4, 3, § 1º, referiam somente a prescrição real do credor. A doutrina completava a omissão legal.

Vale reproduzir o art. 550:

“Aquele que, por trinta anos, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de título e boa fé, que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.”

Para os dias em que foi redigido o projeto, no início do século, e até mesmo para os de sua promulgação em 1916, o preceito era avançado, porquanto admitia a aquisição da propriedade, independentemente de título e boa fé. Presumiam-se.

Com tal dispositivo abre-se a seção IV, cap. II, do título II, Livro II — PARTE ESPECIAL. Alguns autores criticam a colocação do usucapião extraordinário antes do ordinário, crítica essa que não nos parece justa. O Código começa pelo prazo maior — 30 anos — para depois descer aos prazos menores. O fato de denominar-se extraordinário em nada prejudica a sistemática de todo o diploma.

Aquele sentido econômico é ressaltado pelo próprio autor do projeto, ao interpretá-lo mais tarde:

“Consagra este artigo um preceito de grande relevância na vida econômica. Merece que se lhe dê toda a atenção.

Não introduziu o Código uma inovação, com a regra que o artigo consagra; antes ultimou a evolução de um instituto, que se vinha formando no direito pátrio.”

Ficavam excluídos desse usucapião os bens públicos, comuns, de uso especial ou dominicais, pelo art. 67, *verbis*:

“Os bens, de que trata o artigo antecedente, só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.”

Referia-se aos bens enumerados no art. 66. Os públicos: I — os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II — os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; III — os dominicais,

isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

Quanto aos bens dominicais do Estado surgiu, ao longo da aplicação do código, uma série de controvérsias, porquanto alguns entendiam que eles poderiam ser objeto de usucapião. E tal foi a celeuma em torno do dispositivo e o complexo de ações judiciais surgidas, que o assunto foi definitivamente resolvido em 1933, com a edição do Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, que declarou insusceptíveis de serem usucapidos todos os bens públicos, de qualquer natureza. O decreto visava principalmente aos bens dominicais.

Outro aspecto que precisa, desde logo, ser ressaltado, é que o código, adotando a denominação até hoje vigente — USUCAPIÃO —, procurou situar em seções diferentes o dos bens imóveis e dos móveis.

O usucapião dos bens móveis se acha na seção IV, do capítulo III, arts. 618 e 619.

Deve atentar-se para essa bipartição, decorrente da sistemática do código, que reuniu em capítulos diversos do Livro II — DO DIREITO DAS COISAS — os preceitos sobre imóveis e móveis. E ainda mais, quanto à prescrição negativa ou liberatória, deixou-a no título III — DA PRESCRIÇÃO — do Livro II — DOS BENS, da PARTE GERAL, artigos 161 a 179. BEVILÁQUA justifica:

“A prescrição na Parte Geral, porque ela extingue o tegumento protetor do direito, a ação, ferindo-o em todos os seus departamentos, e não somente no das obrigações; e o usucapião, entre as formas geradoras de direitos reais” (*Direito das Coisas*, ed. Rio, reed. 1976, p. 170).

E em outro passo justificava: “Ainda que haja pontos de contato entre a prescrição e o usucapião, os dois institutos diferem, pois que o primeiro extingue ações reais ou pessoais e o segundo é modo de adquirir direitos reais” (*Id.*, p. 169).

No quadro geral do Código Civil a matéria ficou, portanto, assim distribuída: 1 — Prescrição extintiva (Parte Geral); 2 — Usucapião de imóveis e móveis (Parte Especial, em seções diferentes); 3 — Usucapião de imóveis: *extraordinário* (30 anos, art. 550), *ordinário* (10 anos entre presentes ou vinte entre ausentes, art. 551).

É indispensável a reprodução do art. 551:

“Adquire, também, o domínio do imóvel aquele que, por dez anos, entre presentes, ou vinte, entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé.

Parágrafo único — Reputam-se presentes os moradores do mesmo Município e ausentes os que habitam Municípios diversos.”

Seguiu, quanto ao usucapião ordinário, os critérios tradicionais, salvo quanto à presença ou ausência que, agora, seria no Município, enquanto no direito antigo se falava em comarca. Assim estava (comarca) nas *Ordenações Filipinas*, 4, 3, § 1º, e no Decreto 370, de 2 de maio de 1890, em seu artigo 232.

O art. 551 pede várias reflexões. Tanto ele, quanto o 550, aludem a *domínio*, aquisição do *domínio*, e não da *propriedade*. Essa observação é válida em face de novas leis e projetos posteriores que substituem a palavra DOMÍNIO por PROPRIEDADE. Nele se exige *justo título e boa fé*, que aliados a *coisa hábil* e *posse*, caracterizariam o direito do ocupante. Cada um desses requisitos exigiria um comentário especial — que alongaria esta exposição — bastando no entanto dizer que a posse deveria ser com *animo domini*, isto é, com a intenção de ter o bem como seu; ser ininterrupta, pacífica. Tudo isso está concentrado no dispositivo citado, que fala em *domínio, contínua, incontestadamente, justo título, boa fé, presentes e ausentes*. Cada palavra tem um peso e um sentido, em torno dela se desenvolve todo um raciocínio. *Coisa hábil* seria aquela que não está fora do comércio e já mencionada, nos arts. 66 e 67. O título seria a relação, decorrente de venda, troca, doação, legado, dação em pagamento. A exigência de justo título afastaria os casos de violência e clandestinidade, que se estenderiam ao usucapião extraordinário. A *boa fé*, subjetiva, importaria na convicção de estar de posse de coisa sua. Quanto à *presença* ou *ausência* ela deveria referir-se ao Município da localização do bem objeto do usucapião.

Um preceito de caráter universal se contém no art. 552: a soma das posses do usucapiente com a do antecessor, desde que sejam contínuas e pacíficas, com vistas ao art. 496: “O sucessor universal contínua de direito à posse de seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.”

As causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, se aplicam também ao usucapião. O art. 553 extremou o usucapião da prescrição, naquilo que eles possam ter de comum. Esse aspecto é muito importante, porquanto os dois institutos, como irmãos siameses, para serem separados, necessitariam de delicada cirurgia, nem sempre possível. Aqui eles se vinculam. O possuidor ficaria equiparado ao devedor. É a boa doutrina?

Diz o art. 553:

“As causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (art. 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor.”

Preceito semelhante se lê quanto ao usucapião dos bens móveis, no art. 619, parágrafo único:

“As disposições dos arts. 552 e 553 são aplicáveis ao usucapião das coisas móveis.”

Não nos parecem boas essas práticas legislativas de vinculação de tantos artigos. Os códigos são feitos para simplificar e não para complicar. Entendemos que, desde o momento em que o codificador julgou de boa técnica separar definitivamente o usucapião da prescrição extintiva, deveria encontrar meios e formas de enumerar as causas que obstem, suspendem e interrompem o prazo para aquisição da propriedade móvel e imóvel, sem remissão a dispositivos relacionados com a prescrição extintiva. O perigo da repetição se evitaria tornando mais incisivas e claras as causas referidas.

O usucapião de móveis, em apenas dois artigos, segue a mesma esteira:

“Art. 618 — Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, sem interrupção nem oposição, durante três anos.”

Esse como sua envolve a boa fé, sem dúvida. E no parágrafo único:

“Não gera usucapião a posse, que se não firme em justo título, bem como a inquinada, original ou superveniente, de má fé.”

A parte final parece repetir o que já diz o *caput*. Se alguém possui como seu é porque está de boa fé, julgando sua a coisa possuída. Em todo o caso, *quod abundat non nocet*...

A má fé original ou superveniente foi motivo de infundáveis controvérsias entre os comentadores do passado. É questão superada pela letra da lei.

No art. 619 se prevê a posse de má fé:

“Se a posse de coisa móvel se prolongar por dez anos, produzirá usucapião independentemente de título ou boa fé.”

E no parágrafo único repete o que já fizera o art. 553 quanto aos imóveis:

“As disposições dos artigos 552 e 553 são aplicáveis ao usucapião das coisas móveis.”

Esse era o quadro geral do Código Civil, quando entrou em vigor em 1917. Correspondia à realidade nacional, realidade essa que foi a pouco e pouco se transformando e exigindo do legislador maior atenção para o problema.

O disposto no art. 550 do Código Civil foi alterado pela Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, publicada no *DO* de 12-3-1955:

“Aquele que, por vinte anos, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis.”

O art. 551 ficou com a seguinte redação:

“Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes ou quinze entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé.”

“Parágrafo único – Reputam-se presentes os moradores do mesmo Município e ausentes os que habitam Município diverso.”

O Decreto nº 19.924, de abril de 1931, que dispõe sobre terras devolutas, firmou no art. 1º:

“Compete aos Estados regular a administração, concessão, exploração, uso e transmissão das terras devolutas, que lhes pertencem, excluída sempre (Código Civil, arts. 66 e 67) a aquisição por usucapião, e na conformidade do presente decreto e leis federais aplicáveis...”

Entre tantos escritos de CLÓVIS BEVILÁQUA sobre o tema em estudo, cabe citar um artigo escrito em julho de 1929, intitulado “Terras Devolutas”, publicado em *Opúsculos*, vol. I, 1939. Traz o subtítulo: *Não se adquirem mais por ocupação*. Respondia ele a uma crítica de AZEVEDO MARQUES a um parecer de CLÓVIS publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. LXIX, pp. 459/645.

A certa altura afirma: “Pelo direito anterior as coisas do domínio do Estado somente se podiam adquirir pelo usucapião de quarenta anos. Não havia lei a respeito, mas os autores fundavam-se no direito romano” (LAFAIETE, *Direito das Coisas*, § 70; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas*, § 44; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 441, parágrafo único; CORREIA TELLES, *Digesto Português*, art. 1.376; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 464).

E completa:

“Hoje não há mais o subsídio do direito romano e o Código estabelecendo que os bens públicos não se adquirem senão nos casos e pela forma que a lei prescrever, não há mais fundamento para o usucapião dos bens públicos.”

"Em face da lei expressa, dispensam-se autoridades, mas felizmente não faltam: DIONYSIO GAMA, *Tratado de Direito Civil*, I, nº 130; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Prática de Direito Civil*, II, nº 408, obs. IV."

4. *O Brasil de hoje. Usucapião extraordinário, ordinário e especial. O Projeto de Código Civil em elaboração. Análise, confronto e crítica*

Depois da Revolução de 1930 a matéria passou a preocupar os juristas. O decreto já citado de 1933 fulminou a possibilidade de usucapião dos bens dominicais do Estado. A Constituição de 1934, em seu artigo 125, inovou, instituindo um novo tipo de usucapião, que haveria de fortificar-se para o futuro: o rural, ou *pro labore*. O art. 125 transformou-se no 148 da Carta de 1937 e no 156, § 3º, da Constituição Federal de 1946.

Vale um confronto entre as três Constituições, no que se refere a esse usucapião rural:

Constituição federal de 1934, art. 125:

"*Todo brasileiro* que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio mediante sentença declaratória devidamente transcrita."

Observações:

- Fala em *domínio* e não propriedade
- Aplica-se apenas aos *brasileiros*
- Fixa em 10 (dez) hectares.

Constituição de 1937, art. 148:

"*Todo brasileiro* que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez (10) hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o *domínio* mediante sentença declaratória devidamente transcrita."

Constituição de 1946, art. 156, 3º:

"*Todo aquele* que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo

nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.”

Observações:

– Fala em *propriedade* em vez de domínio. Substitui *brasileiro* por *todo aquele*. Fixa em 25 (vinte e cinco) hectares.

Constituição de 1967, art. 164:

“A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até 100 (cem) hectares de terras públicas, por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.

Parágrafo único – Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.”

Deixou os problemas para a legislação ordinária.

Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

“A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

Parágrafo único – Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.”

Sucede que, entre a Carta de 1946 e a de 1967, surgiu o chamado Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que em seu art. 98 assim dispõe:

“Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de *domínio* alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o *domínio*, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.”

Fala em *domínio* e não *propriedade*.

Finalmente a Lei nº 6.969, de 1981, dispôs sobre a aquisição por usucapião especial, de imóveis rurais e alterou a redação do § 2º do art. 589 do Código Civil.

Em seu art. 1.º firmou:

“Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único – Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.”

Digno de nota é o artigo 2º, que vem dirimir velha questão em torno da possibilidade de usucapião das terras devolutas:

“Art. 2º – A usucapião especial, a que se refere esta lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao possessor, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre o processo discriminatório de terras devolutas.”

Ficam excluídas as áreas “indispensáveis à segurança nacional”, as terras habitadas por silvícolas, as áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, assegurada aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões. Cabe ao Governo, pelo parágrafo único do art. 3º, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, especificar, mediante decreto, no prazo de noventa dias, as áreas indispensáveis à segurança nacional, insusceptíveis de usucapião.

Seguem preceitos sobre a ação de usucapião especial ou o seu reconhecimento por via administrativa; em se tratando de terras devolutas “em geral”, di-lo o § 2º do art. 4º.

Pelo Dec. nº 87.040, de 17 de março de 1982, foram especificadas as áreas indispensáveis à segurança nacional insusceptíveis de usucapião especial: as terras devolutas de que trata o Dec.-Lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, alterado pelo Dec.-Lei nº 1.243, de 30 de outubro de 1972, pela Lei nº 5.907, de 10 de setembro de 1973, e Decretos-Leis nºs 1.473, de 13 de julho de 1976, e 1.868, de 30 de março de 1981, e a Faixa de Fronteira definida na Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979. A faixa de

fronteira é de 150 (cento e cinquenta) quilômetros, paralela à linha divisória terrestre (art. 3º).

O art. 5º considera também insusceptíveis de usucapião os imóveis de uso das Forças Armadas ou destinados a seus fins e serviços e os terrenos de marinha e seus acrescidos, essenciais à execução da política de segurança nacional, assim como quaisquer outras terras públicas não devolutas.

Este artigo parece-nos desnecessário em face das disposições do próprio Código Civil (art. 66 e 67)...

Depois de toda essa tormentosa trajetória histórica, que começou há mais de dois mil anos, em plena República romana, mais exatamente, há cerca de dois milênios e meio, com a Lei das XII Tábuas até nossos dias, o instituto do usucapião ainda não amadureceu no novo mundo, apesar do volume considerável de leis e decretos a seu respeito. As leis frequentes e as Constituições instáveis criaram um emaranhado de preceitos que, em vez de facilitar, mais complicam a matéria, que bem poderia ser tratada com mais objetividade e simplicidade.

E essa confusão permanece e parece querer continuar com o Projeto de Código Civil brasileiro em tramitação no Congresso Nacional e objeto deste seminário.

O exame da legislação pretérita fazia-se necessário para que se possa avaliar com justeza os preceitos em debate, muitos deles em contraste com a própria legislação em vigor, que em vez de absorver antes contestam. Aprovado o novo Código Civil, serão desde logo derogados os preceitos da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, bem como a Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, sobre Usucapião Especial, apresentada como solução mágica para o problema da terra, mas, na realidade, defeituosa e de aplicação duvidosa. A redução de prazo para cinco anos teve apenas um efeito moral e demagógico momentâneo na mente das pessoas menos esclarecidas, mas, em rigor, não trouxe a solução que todos esperavam. E o projeto de Código? Que dizer dele?

Cabe um exame circunstanciado do primeiro Projeto de Lei nº 634, de 1975, publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Sessão I de 13 de junho de 1975, e do projeto atual, fruto daquele, tramitando no Senado Federal, como PLC 118/84, publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Sessão II) de 26-6-84 (Suplemento).

Não vamos deter-nos na análise de emendas, aos milhares, apresentadas ao projeto inicial, verdadeira *selva selvaggia* em que o mais agudo analista se perde, como se fora uma floresta. Vamos limitar nosso estudo ao confronto entre a redação primitiva, de 1975 e a atual, de 1984, esta já na sua tramitação final, mas ainda eivada de falhas de toda ordem, que nos fazem tremer ante a possibilidade de sua aprovação em bloco por

um congresso político e não jurídico. O projeto de 1975 unificava em um só Capítulo II, do Título III – Da Propriedade – Livro III – Do Direito das Coisas – os preceitos sobre a *aquisição da propriedade imóvel e móvel*. Afastou-se da sistemática do Código de 1917, que colocava os dois tipos de usucapião em seções e títulos diferentes. O propósito de unificação é louvável, mas desloca a aquisição da propriedade móvel do Capítulo IV, que tem como rubrica Da Aquisição da Propriedade Móvel, ao lado da ocupação, do achado do tesouro, da tradição, da confusão, comissão e adjunção.

O projeto atual, de 1984, separa as duas aquisições por usucapião, a imóvel e a móvel, em seções e títulos diferentes, como o faz o código vigente (Cap. II, Livro III, sob a rubrica Da Aquisição da Propriedade Imóvel e Cap. II do mesmo Livro, sob a rubrica Da Aquisição da Propriedade Móvel).

O projeto de 1975, em seis artigos, prevê nada menos do que sete (7) prazos diferentes, a saber: 1) *três anos* para os móveis, havendo boa fé e título justo; 2) *cinco anos* para móveis, não havendo justo título nem boa fé; 3) *vinte anos* para imóveis, não havendo justo título nem boa fé; 4) *quinze anos* no caso anterior, se o usucapiante houver estabelecido no imóvel sua morada habitual ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo; 5) *dez anos* para imóveis que a lei considerar suficiente para assegurar-lhe a subsistência e à sua família, nele tendo morada, e o tornar produtivo, sem justo título nem boa fé; 6) *dez anos* para imóveis com justo título e boa fé; 7) *cinco anos* no caso anterior, se o imóvel foi adquirido onerosamente, desde que tenham nele a sua morada ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Pelo menos em quatro das sete hipóteses, dispensa-se a boa fé, o que nos leva a firmar que esse projeto consagra, quanto ao usucapião, a má fé. A má fé que sempre foi combatida em todas as legislações e que só se admite, desde o velho direito romano, depois de longo prazo (*longissimi temporis praescriptio*), que ao tempo de Constantino e no direito português chegou a *quarenta anos*.

Vejam os exemplos. Usucapião de bens móveis, não havendo boa fé – o que vale dizer, existindo má fé –, o detentor adquire a propriedade decorridos cinco (5) anos (art. 1.277). O Código de 1917 dava-lhe o prazo de dez anos. Um ladrão, que se apossa de bem móvel (uma jóia, uma máquina etc.), depois de cinco anos, torna-se proprietário. Pode exibir à vista do proprietário um relógio roubado. Trata-se de posse de má fé, não distinguindo o Código se a coisa foi ou não furtada ou roubada. A má fé caracteriza o furto e o roubo.

É bem verdade que os prazos variam nas legislações; no Código alemão era de dez anos (art. 937); outros o reduzem para cinco, mas o

justo seria distinguir, em categoria especial, as coisas furtadas. A lei civil deve acoplar-se à lei penal e concorrer para o combate ao crime. Por essa razão é que o Código mexicano exigia dez anos para usucapião das coisas adquiridas de má fé e, se o foram em virtude de delito, o prazo se contaria da data da extinção da ação penal (arts. 1.154 e 1.155, vd. BEVILÁQUA, Coment. vol. 3, p. 128). Esse o justo critério. Todo objeto furtado o foi por má fé, mas nem toda a má fé consiste em furto. Há que vincular a ação penal e a necessidade de punir os delinquentes.

O Código Civil português de 1867 distinguia bem as hipóteses em seu artigo 532 ao estabelecer que “as cousas móveis podem ser prescritas pela posse de três anos, sendo contínua, pacífica, e acompanhada de justo título e boa fé, ou pela de dez, independentemente de boa fé e justo título”. É no parágrafo único que “o justo título e a boa fé sempre se presumem”.

Pelo direito romano as coisas furtadas não podiam ser objeto de usucapião, isso desde os tempos mais remotos. GAIO refere: ... nam furtivam Lex XII Tabularum usucapi prohibet (2.45). O autor do furto não usucapia *quia scilicet mala fide possidet* (2.49). Não podiam também ser usucapidas as coisas doadas aos magistrados nas províncias em que trabalhavam de acordo com a *Lex Julia repetundarum* (D. 48, 11, 8 pr.); o fundo dotal (D. 23, 5, 16 e C. 5, 12, 30); a *res mancipi* alienada pela mulher sob tutela legítima sem a autorização do tutor (Gaio, 2, 47); os bens do Estado (Inst. 2, 6, 9 e D. 41, 3, 18 e C. 7, 30, 2); os bens do Príncipe (C. 7, 38); os bens das Igrejas e instituições pias (Nov. 111,1; 131,6); os bens dos menores (D. 27, 5, 2); (D. 44, 4, 4, 24; D. 41, 4, 7, 3; D. 47, 2, 33); os bens dos ausentes (C. 7, 35, 4); os bens alienados pelos possuidores de má fé (Nov. 119, 7; C. 7, 33 e Inst. 2, 6, 3); e quaisquer bens cuja alienação seja vedada (D. 50, 16, 28, pr.) (Vd. JUAN IGLESIAS, *D. Romano*, Ariel, 5ª ed., p. 273).

No art. 533 o Código Lusitano previa a hipótese de receptação das coisas perdidas ou furtadas:

“Se a cousa móvel foi perdida por seu dono, ou obtida por algum crime ou delito, e passar a terceiro, de boa fé, só prescreve a favor deste passados seis anos.”

Distingue a má fé do delinquentes da boa fé do receptor, o que nem sempre acontece. O terceiro de boa fé seria ressarcido de seu prejuízo, quando o bem móvel fosse adquirido em mercado ou praça pública ou a mercador que negocia em cousas do mesmo gênero ou semelhantes, salvo o regresso contra o autor do furto ou violência, ou contra o achador.

Com a preocupação de diminuir prazos, nesta época em que os assaltos, furtos e roubos a mão armada se avolumam em todo o país, o

rebaixamento do prazo de dez para cinco anos é uma incongruência. Esse prazo deveria ser elevado para quinze ou vinte anos, no caso de furto ou roubo, e assim mesmo a partir da data da extinção da ação penal, como sabiamente o prescreveu o Código mexicano. Parece-nos que os sete artigos do projeto de 1975 a respeito da aquisição da propriedade imóvel e móvel por usucapião confunde e superpõe hipóteses senão iguais pelo menos semelhantes, gerando confusão. Um Código deve ser de clareza meridiana. Essa foi a grande preocupação de Justiniano e dos elaboradores das *Institutas*, *Digesto*, *Código* e *Novelas*: tornar as leis claras ao alcance de qualquer do povo.

Outra não foi a tônica das críticas de RUI BARBOSA ao projeto Beviláqua. Procurava sempre o mestre admirável, com luz aliada à palavra, tornar os textos límpidos. E, assim mesmo, deixou escapar várias obscuridades e falhas lamentáveis. Uma delas foi apontada por PONTES DE MIRANDA, em artigo de jornal publicado em 1916.

Elaborar um Código é tarefa difícilíssima, e fazê-lo perfeito, mais difícil ainda. Lembramos que o Código argentino de 1869/71, depois de publicado, foi objeto de leis chamadas FE DE ERRATAS tantos eram os erros de forma e substância. O próprio Código Civil brasileiro de 1917, que levou cerca de dezesseis anos em tramitação, não escapou a essa fatalidade. O jornal *A Noite*, de 25 de agosto de 1916, publica notícia, sob o título O CÓDIGO CIVIL POSTO ÀS CLARAS, em que PONTES DE MIRANDA faz as seguintes considerações, dignas de serem repetidas:

“Atendendo a que o Governo, por intermédio do Sr. Ministro da Justiça, manifestou a intenção de tirar ao Código algumas imperfeições graves, o Dr. PONTES DE MIRANDA, jurista e advogado, que será o autor do primeiro livro a sair sobre o Código — *Direito de Família*, em que, como nos disse, há um ano trabalhava —, enviou ao Sr. Ministro e aos presidentes das comissões da Câmara e do Senado algumas notas sobre erros graves, uns contra o bom senso, outros contra a técnica jurídica e outros contra doutrina e senso jurídico.

O Sr. Dr. PONTES DE MIRANDA, em conversa com um dos nossos companheiros, exemplificou esses erros: Contra o bom senso, eis o que se lê no art. 1.575 “... autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: III — Relações ilícitas com a mulher do filho ou neto, ou com o *genro ou marido da filha ou neta*.”

Os legisladores dizem, portanto, *genro ou o marido da filha*. Essa feia repetição, essa monstruosidade pleonástica, não deve ficar num Código. E passaram 16 anos a corrigir a redação! O Dr. CLÓVIS BEVILÁQUA está fartamente vingado...

Passemos a um erro de técnica. O art. 310 considera os bens parafernais incomunicáveis e o art. 287, parágrafo, submete os bens extradotais, em regra, à comunhão. O Código faz, portanto, distinção entre *parafernais* e *extradotais*. É um erro. Parafernais, do grego, *para pherne* quer dizer extradotais, fora do dote. Parafernais são os extradotais. Assim era no direito romano e no nosso velho direito. Basta ver MELO FREIRE (*Instituciones, Olysiponae*, 1797, V, II T. 9, parágrafo 2º, p. 162: "quae uxor in mariti domum abduxit, et illius administrationi subjecit, vel quae domum stante matrimonio quocum que titulo acquisivit, paraphernalia dicuntur".

TEIXEIRA DE FREITAS, quando define parafernais (*Consolidação*, nota ao art. 89) diz parafernais ou extradotais. COELHO DA ROCHA (*Inst. Dir. Civ. I*, parágrafo 280, p. 193) diz: "Todos os bens da mulher que, no casamento feito por dote, se não compreendem neste, são parafernais." CORREA TELES (*Dig. II*, n. 174, p. 28) "... seus parafernais, isto é, os que deixou fora do dote e os que adquiriu depois."

Como se vê a mesma equivalência entre extradotais e parafernais, que são apenas extradotais em grego. O engano vem do grande LAFAIETE que, defendendo a então indefensável opinião da comunhão dos aqüestos, teve de pregar a martelo, contra a etimologia e a técnica, um significado novo a parafernais. Mas isto porque bastava defini-los direito para destruir o seu parecer.

E a Câmara, embora advertida pelo Senado, persistiu no erro. É preciso emendá-lo, sob pena de servir à pilhéria dos estrangeiros: "No Brasil bens parafernais... são apenas os parafernais incomunicáveis!"

Tal exclamação é inevitável, porque todo francês sabe que "les biens de la femme qui ne sont pas dotaux, sont dits extradotaux ou paraphernaux" (BAUDRY, III, n. 346, p. 216).

Na carta ao Sr. Ministro apontei outros erros, graves todos. Como curiosidade, dou-lhes uma emenda da Câmara: "... apresentada... pelo datilógrafo no projeto Clóvis, nas várias comissões no Senado, aparecia sempre, como devera "Podem escusar-se da tutela os que já exerceram tutela ou curatela". Pois bem, o datilógrafo, na Câmara, quis também legislar e emendou o último e de exerceram por a, ficando exerceram, o que alterou o sentido. O erro passou através de todas as minuciosas comissões e aparece no Código, estatuinto um absurdo... Como está no Código, um indivíduo escusa-se da tutela só porque há trinta anos ou mais já foi tutor ou curador...

Há outros enganos, todos graves, piores do que *genro, marido da filha* e emendas de datilógrafos: são as sábias alterações de certos juriconsultos.

O Governo faz bem em querer tentar ligeiros reparos. No caso contrário, teremos no Código uma grande obra de grandes defeitos. Eis em que dá o culto da incompetência: até as obras patrióticas redundam em desserviços à Pátria...

Mas voltemos ao Projeto de Código Civil nº 634, de 1975, em tramitação.

Vejam os. O art. nº 1.278 exige, em resumo: *vinte anos*; ausência de título e boa fé; o parágrafo único desse artigo baixa para *quinze anos*, havendo morada habitual, obras e serviços. O art. nº 1.279 exige: *dez anos*; subsistência; não possuir outro imóvel no mesmo Estado. Esses dois artigos conflitam. O nº 1.278 não fala em não ser o usucapiente proprietário no Estado. O que já é proprietário pode adquirir por usucapião, no caso? O art. nº 1.280 repete o que os dois anteriores disseram e o faz como se acrescentasse algo novo, ao usar a palavra "também": "Adquire também a propriedade aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé, o possuir por dez anos." A diferença está na exigência de justo título e boa fé, provindo daí, talvez, o uso do "também". Veja-se bem: *dez anos* não havendo justo título nem boa fé, no art. nº 1.279; *dez anos* havendo justo título e boa fé, no art. nº 1.280. No primeiro exige que o imóvel seja "suficiente para assegurar-lhe a subsistência e a de sua família", sem esclarecer se essa condição é anterior ou posterior. Um trato de terra pode apresentar essa suficiência mas não estar explorado, apenas ocupado. Os prazos seriam os mesmos — 10 anos — com má fé e com boa fé. E o parágrafo único do art. nº 1.280 o reduz para *cinco* se o imóvel foi adquirido onerosamente, existindo morada e investimentos, o que nos parece justo e acertado. Aí, sim, o projeto andou acertado, porquanto o justo título e a boa fé justificam a proteção legal.

Tanto o projeto de 1975 quanto o de 1984 (o mesmo com emendas posteriores) não falam nos semoventes. Como ficaria a situação dos semoventes objeto de posse decenária ou vintenária? O Código de Processo Civil refere expressamente os semoventes.

Tanto um projeto quanto o outro só se refere ao usucapião de imóveis e móveis, naquelas seções citadas, não havendo nenhuma alusão a outros direitos reais que, tradicionalmente, sempre foram objeto de usucapião, os *jura in re aliena*, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação.

Tradicionalmente, o usucapião sempre recaiu sobre todos os direitos reais, quer sobre a coisa própria, quer sobre a coisa alheia. (Ver a respeito C. DA ROCHA, *Inst. II*, p. 366; LAFAIETE, *D. das Cousas*, 2ª ed. p. 153).

O projeto não faz qualquer referência ao usucapião sobre os *JURA IN RE ALIENA*. O eminente Prof. MICUEL REALE, na exposição de 16-1-75, informa que o projeto inovou, muito sabiamente, aliás, ao incluir na categoria dos direitos reais a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel (DCN — S.I., de 13-6-75, suplemento B ao nº 061, p. 121).

No art. nº 1.263 enumera os direitos reais: I) a propriedade; II) a superfície; III) as servidões; IV) o usufruto; V) o uso; VI) a habitação; VII) o direito do promitente comprador do imóvel; VIII) o penhor; IX) a hipoteca; X) a anticrese.

Se levamos em conta o preceito do art. 80, “consideram-se imóveis para os efeitos legais: I) Os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram”, combinando-o com o art. nº 1.242, o usucapião recairia indiscriminadamente sobre todos aqueles direitos enumerados no art. nº 1.263 do projeto de 1975 (que tomou o nº 1.226 no projeto de 1984).

É estranho, por isso, que na Seção I, Cap. II, Tít. III, específico sobre usucapião, nada se diga sobre nenhum dos *jura in re aliena*. Perguntamos: pelo projeto recairá o usucapião sobre as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a anticrese e a superfície? Na hipótese afirmativa, quais as regras que os regerão? Na hipótese negativa, por que a omissão?

O Código Civil português de 1867 era muito preciso ao declarar, no art. 505, que “pelo fato da posse adquirem-se cousas e direitos”. E no parágrafo único: “A aquisição de cousas ou direitos pela posse diz-se prescrição positiva; a desoneração de obrigações pela não exigência do seu cumprimento diz-se prescrição negativa.”

O novo projeto só refere aquisição da “coisa”, o bem imóvel ou móvel, mas esquece a aquisição de “direitos”, objeto também de usucapião.

Doutrina LAFARIETE: “Podem-se adquirir por prescrição os direitos seguintes: a) o domínio ou a plena propriedade (fr. 3, D. Usucap., 41, 3); b) o usufruto, o uso, a habitação e a enfiteuse; c) as servidões reais. Vê-se, pois, que só pode ser objeto da prescrição o Direito Real, isto é, o direito que vincula diretamente a coisa corpórea. A razão é clara: a prescrição aquisitiva requer como elemento essencial a POSSE ou a QUASE-POSSE, fatos que só são possíveis ou em relação às coisas corpóreas, ou em relação aos direitos reais sobre a coisa corpórea” (*D. das Cousas*, cit., p. 153).

É bem verdade que o art. 44 do Código Civil considera imóveis para os efeitos legais os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor

agrícola e as ações que os asseguram. Esse dispositivo daria cobertura aos direitos reais sobre a coisa alheia. Entendemos, no entanto, que um dispositivo claro na seção referente ao usucapião viria dar mais precisão às suas aplicações sobre outros direitos reais, mesmo por que a doutrina nem sempre é uniforme. Há usucapião sobre o penhor agrícola?

Atentou para esses aspectos o Prof. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO:

“A feição demasiado casuística do projeto brasileiro manifesta-se, por exemplo, na regulamentação da usucapião (arts. nºs 1.276 e 1.282). Esta causa de aquisição é referida como sendo específica do direito de propriedade; e os restantes direitos só são usucapíveis se, e nos termos em que for estabelecido a propósito de cada um deles. Afigura-se preferível regular a usucapião em geral, como fenômeno genérico que é (cfr. arts. nº 1.287 e seguintes do Código português), e direito por direito inserir os desvios a esse esquema geral que porventura se aconselhem.” (O Livro do Direito das Coisas – Aspectos Gerais – in *Reforma do Código Civil* – Ciclo de Estudos da Ordem e do Instituto dos Advogados de Pernambuco, Recife, 1975, pp. 11 e segs.)

“Dominio e proprietá non denotano sempre perfettamenteemente la medesima cosa”, di-lo P. BARINETTI, da Universidade de Pavia, in *Della Proprietá Secondo Il Diritto Romano e Il Diritto Civile Italiano*, in Tip. dei Fratelli Fusi, Pavia, 1867.

Na concepção romana “Dominium est jus utendi, fruendi et abutendi”.

Salienta BARINETTI que o direito de propriedade é um direito exclusivo. O proprietário pode impedir a outrem de dispor da coisa que é dele (proprietário). Alguém pode ter direito sobre a nossa coisa, “ma questo diritto non potrebbe mai essere tale da spogliarci della facoltà di disporre della cosa stesa”. “Plures eandem rem in solidum possidere non possunt” (p. 22) – L. 41, tit. 2, Dig. fr. 5, § 5º). Já o direito de domínio, além de ser absoluto e exclusivo, é também irrevogável. “Infatti come potrebbe essere assoluto ed esclusivo se non fosse il dominio irrevocabile? Questo carattere puo adunque considerarsi una conseguenza necessaria dei primi due” (idem).

O nosso TEIXEIRA DE FREITAS, no art. nº 4.071 do *Esboço*, escreveu:

“Domínio (direito de propriedade sobre coisas) é o direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria (art. nº 3.704, nº 1) móvel ou imóvel (arts. 387 a 410), com todos os direitos sobre a sua substância e utilidade, ou somente sobre sua substância com alguns sobre a sua utilidade.”

Chama *DOMÍNIO PERFEITO* o direito real “perpétuo de uma só pessoa sobre uma coisa *própria* (art. nº 3.704, nº 1) *móvel* ou *imóvel* (artigos 387 a 410), com todos os direitos sobre uma substância e utilidade” (art. nº 4.072). “Tem sempre o domínio a presunção de perfeito, até que se prove em contrário” (art. nº 407).

“Sobre coisas *próprias* são *UNICAMENTE* direitos reais: 1) o domínio; 2) o condomínio. Sobre coisas *alheias* são *unicamente* direitos reais: a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, servidões ativas, o direito de hipoteca, a anticrese, o penhor” (art. nº 3.705).

Além da uniformidade da nomenclatura, há que atentar para o sentido jurídico das palavras. O projeto em exame, ora fala em *domínio*, ora em propriedade. Ao tratar do condomínio, no entanto, mantém o vocábulo sem substituí-lo por outro (co-propriedade).

O art. 1.282 do projeto de 1975 manda estender ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, “as quais também se aplicam ao usucapião”. Reproduz, trocando palavras, o art. 553 do Código de 1917:

“Art. 553 — As causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (art. 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor.”

No entanto, a Seção II, Cap. I, Tit. IV, referente à prescrição e decadência, esquece, na rubrica, a palavra *interrompem* e substitui *obstem* por *impedem*: *DAS CAUSAS QUE IMPEDEM OU SUSPENDEM A PRESCRIÇÃO*.

Vamos reproduzir o art. 1.282, *verbis*:

“Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que *obstem*, *suspendem* ou *interrompem* a prescrição, as quais também se aplicam ao usucapião”.

Confronte-se com a redação do Código vigente e vejam-se as modificações, de profundo mau gosto, além das omissões e trocas apontadas.

Passemos agora à análise do Projeto nº 634-B na redação de 1984 (DCN — S. II, de 26-6-84):

Alterou em grande parte a redação inicial da douta comissão redatora do primeiro projeto. Separou o usucapião do imóvel do usucapião do móvel, voltando assim à sistemática do Código Beviláqua. Fez bem.

Nenhum dos dois projetos adotou a nomenclatura tradicional exata: usucapião extraordinário, ordinário e rural (ou rústico ou especial ou *pro labore*).

Enumera, em seis artigos, os casos de usucapião de imóveis e, em três artigos, os de bens móveis (arts. 1.239/1.244 e 1.260/1.262).

Perdeu-se a clareza do código de 1917. Voltamos ao caos. Estabelece os seguintes prazos: 1) quinze anos independentemente de título (omitiu a palavra *justo*, em *justo título*) e boa fé; 2) redução para dez anos no caso anterior havendo morada habitual e obras e serviços de caráter produtivo; 3) cinco anos para o que não é proprietário rural nem urbano, imóvel considerado "por lei" suficiente para assegurar a subsistência do usucapiente e sua família, com morada. O artigo parece estar truncado. Se não está truncado cai no vácuo:

"Art. 1.241 – Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único: A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para transcrição no Registro de Imóveis."

Isso já se acha dito no art. 1.239, *in fine*: poderá requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. O art. 1.241, se não está truncado, repete, reproduz o que já consta no art. 1.239 e, se sua intenção é vincular-se ao art. 1.240, deveria ser parágrafo e não artigo.

O projeto deixa para segundo plano a aquisição com justo título e boa fé, no art. 1.242: "Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé, o possuir por dez anos." É o chamado usucapião ordinário. Esse prazo é reduzido pelo parágrafo único: "Será de cinco anos o prazo previsto no presente artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Esse dispositivo estaria a merecer a tesoura de RUI BARBOSA para reduzi-lo às suas verdadeiras proporções vocabulares. Fala em "registro próprio", o que pode gerar confusão, porquanto há documentos que se levam a Registro Especial, há os registros do INCRA e ainda outros registros como os do Patrimônio da União. O parágrafo único do art. 1.241 alude a Registro de Imóveis, não parecendo de boa técnica essa expressão "registro próprio" constante do art. 1.242.

As falhas de linguagem, que têm consequência jurídica, se revelam aqui e ali. O art. 1.229 fala em adquirir a "propriedade", o art. seguinte,

1.240, refere “adquirir-lhe-á o *domínio*”. Já o art. 1.242 fala novamente em “adquirir a *propriedade*”. Propriedade ou domínio?

O projeto, depois de tantas emendas, ficou pior. É uma sinfonia executada a muitas mãos e isso o prejudicou na forma e na substância. Além do mais, nada trouxe de notável em paralelo com o código de 1917. Apenas reduziu prazos, nem sempre com felicidade, como acontece com usucapião dos objetos furtados; consagra a posse de má fé.

Eis, portanto, em resumo, as críticas ao projeto de 1984, no que se refere ao usucapião: 1) multiplicidade de casos, que poderiam ser concentrados em três apenas: o usucapião ordinário, o extraordinário e o rural (especial); 2) redação confusa e contraditória, prolixa, em que ora se fala em *domínio*, ora em *propriedade*; 3) redução de prazo para o usucapião de bem móvel em que haja má fé, o que constituirá incentivo a crimes contra o patrimônio, legalizando, após cinco anos, os furtos; 4) conflito com o Código de Processo Civil em vigor, o qual prevê ações judiciais contraditórias, para os imóveis (art. 941) e para os móveis (art. 275), estas com rito sumaríssimo. A Lei nº 6.969 manda aplicar o rito sumaríssimo no usucapião de imóveis (artigo 5º); 5) consagração da má fé na posse, colocando em situação desprezível o proprietário, como se a razão estivesse sempre com o usucapiente; 6) aplicação dos princípios da prescrição constantes da parte geral ao usucapião de bens móveis e imóveis, repetindo mal e deturpando a redação do código em vigor. Divergência de redação entre o art. 1.244 e o art. 197 e segs.; 7) conflito com o texto da Constituição em vigor, ao qual deve ajustar-se e não opor-se ou sobrepujar. A reforma do Código Civil deve aguardar o texto definitivo da nova Constituição; 8) conflito com leis em vigor, especialmente o Estatuto da Terra e a lei do usucapião especial; 9) não faz alusão ao usucapião das servidões e de outros direitos reais sobre a coisa alheia.

Há um evidente conflito entre o projeto e o Código de Processo Civil em vigor, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 941 a 945, que se refere a ação de usucapião de terras particulares, procedimento ordinário, ação possessória, contenciosa, com amplo direito de defesa catalogada entre os procedimentos especiais.

A ação de usucapião de bem móvel deve basear-se no art. 275 e segs. do Código de Processo Civil em vigor, que estabelece normas sobre o procedimento sumaríssimo, nas causas:

“II — que versem sobre a posse ou domínio de coisas móveis e de semoventes.”

A lei processual menciona, expressamente, os semoventes.

JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência sobre o assunto é muito pobre. Apenas três súmulas do Supremo Tribunal Federal referem-se a casos corriqueiros:

SÚMULA nº 340 – Desde a vigência do Código Civil os bens domaniais como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião. Referência: Cód. Civ., art. 67. Dec.-Lei nº 710, de 17-9-38; art. 12, § 1º; Dec.-Lei nº 9.760, de 5-9-46; art. 200; Dec. nº 19.924, de 27-4-31, art. 1º; Dec. nº 22.785, de 31-5-33, art. 2º. Apenas três recursos extraordinários são referidos.

SÚMULA nº 237 – O usucapião pode ser argüido em defesa.

Se não se tratasse de assunto sério, em que devemos usar de toda austeridade, diríamos que “O Supremo descobriu a pólvora”. Isso é óbvio. Referência: Cód. Civ., arts. 550 e 551; Cód. Processo Civil, arts. 180 e 158, III.

Cita cinco recursos extraordinários.

Há mais de dois mil anos a *praescriptio longi temporis* já era matéria de defesa. Está nas raízes históricas do instituto.

SÚMULA nº 445 – A Lei nº 2.437, de 7-3-1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1-1-56), salvo quanto aos processos então pendentes. Referência: Lei nº 2.437, de 7-3-55; arts. 1º, 2º e 3º; Cód. Civil, arts. 177, 179, 481, 550, 551, 619, 693, 698, 760, 817, 830 e 1.772, § 2º. Cita cinco processos julgados.

Para um país com oito milhões e meio de quilômetros quadrados é na verdade insignificante a colheita jurisprudencial a respeito do usucapião, o que demonstra o distanciamento entre a lei, a Justiça e a realidade nacional.

Temos a impressão de que o projeto original, organizado pela comissão presidida pelo eminente jusfilósofo MIGUEL REALE, estava melhor, sob certos aspectos, do que o de 1984.

Na exposição de motivos apresentada ao Ministro de Estado da época, o Professor REALE – que inquestionavelmente é uma das glórias da cultura jurídica brasileira – já fazia ver a necessidade de respeitar, tanto quanto possível, o texto do Código Civil de 1917. Como obra humana – redigido que foi por vários relatores –, não poderia escapar à fatalidade de conter falhas, que vêm sendo apontadas pela crítica nacional, há vários anos. Isso não retira o mérito da iniciativa, porquanto um projeto é feito para isso mesmo e quanto mais discutido e criticado, maior é o apreço em que foi tido. TEIXEIRA DE FREITAS queixava-se da falta de crítica aberta ao seu projeto, o Esboço. Poucos foram os que, como ANTÔNIO REBOUÇAS,

o examinaram com probidade e de público. Pior que a censura em aberto é a censura velada, à socapa, sob anonimato, como também ocorreu com o malogrado juriconsulto do Império.

No momento, não nos cabe apreciar outros aspectos do projeto, uma vez que nosso tema é o usucapião e quanto a este o eminente Prof. MIGUEL REALE, em sua exposição de 16 de janeiro de 1975, afirma:

“27. (...) c) o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesse caso o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores. Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do seu Conselho Administrativo.

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, como a “posse qualificada” enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, *dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como o determina a Constituição.*

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.

d) As mesmas razões determinantes do dispositivo supra-mencionado, levaram a comissão a reduzir para quinze anos o

usucapião extraordinário se, durante esse tempo, o possuidor houver pago os impostos relativos ao prédio, construindo no mesmo a sua morada ou realizando obras ou serviços de caráter produtivo. Pareceu mais conforme aos ditames sociais situar o problema em termos de POSSE-TRABALHO, que se manifesta através de obras e serviços realizados pelo possuidor. O mero pagamento de tributos, máxime num país com áreas tão raramente povoadas, poderia propiciar direitos a quem se não encontre em situação efetivamente merecedora do amparo legal.

e) O mesmo se diga no concernente ao dispositivo que reduz a cinco anos o *usucapião fundado em justo título e boa fé*, quando o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro de imóveis" (DCN — S.I. 13-6-1975, Suplemento B, p. 121).

Cabe lembrar, por oportuno, que a preocupação do Prof. MIGUEL REALE com a codificação vem de longa data e podemos dar o nosso testemunho de maneira especial. Em 1964 o Prof. MIGUEL REALE escreveu, a nosso pedido, uma "Impressão sobre os Projetos de Código", que publicamos no *Boletim do Instituto dos Advogados do Pará*, do qual éramos presidente. Ali se lê:

"O que efetivamente me está causando apreensão é verificar o aqodamento com que se quer substituir todo o corpo de leis em vigor, como se se tratasse de matéria compatível com a celeridade da legislação revolucionária. Não creio que seja tão grande a nossa "vocação para a legislação e jurisprudência" para dar-nos ao luxo de trocar, de afogadilho, um sistema de leis, como, por exemplo, o nosso Código Civil, escrínio de tanta meditação e labor."

Em outro passo, fixa posição que haveria de confirmar mais tarde: "Particularmente, enfileiro-me entre os que defendem a política legislativa orientada no sentido de introduzir no Código Civil todas as modificações indispensáveis *mas com o mínimo de alteração em sua estrutura*, e mais ainda, com a *manutenção dos dispositivos atuais*, toda vez que se quiser enunciar o mesmo comando jurídico. (Os grifos são do autor) (*Boletim do IAB Pará*, de 1964, nº 1, pp. 7 a 8).

O eminente jurista cumpriu a sua palavra. Aquela altura (1964) nem sequer se pensava em entregar-se à altíssima missão a que o destino o levou, mais tarde.

Reproduzimos esses trechos, não só por se entrosarem com o texto desta exposição, mas também como homenagem ao seu ilustre autor.

A reforma agrária, o Executivo e o Congresso Nacional



PAULO DE FIGUEIREDO

Exerceu os seguintes cargos: no Senado Federal: Consultor-Geral, Secretário-Geral da Presidência, Diretor da Assessoria Legislativa, Assessor Legislativo. No Rio: Assessor Parlamentar da Presidência da República, Professor (Substituto) na Faculdade de Direito de Ciências Jurídicas, Membro do Conselho Técnico da Fundação Rádio Mauá. Em Goiás: Professor na Faculdade de Direito, Advogado do Estado, Procurador Fiscal, Promotor Público, Presidente do Conselho Administrativo. Em Brasília: Assessor Técnico da Confederação Nacional de Indústria, Professor da Escola Normal N. S. de Fátima

Paulo Nunes Augusto de Figueiredo
(5-8-1913 — 26-12-1985)

A Revista de Informação Legislativa publica, neste e no próximo números, os dois últimos trabalhos do Doutor Paulo de Figueiredo, cuidadosamente elaborados e destinados, com o carinho de sempre, às páginas do periódico. É a despedida do colaborador incansável, um dos mais assíduos, a partir do número 1 da Revista; o adeus do amigo incondicional.

As publicações, animadas que são pela força da inteligência, carecem também do incentivo, do afeto, do interesse, do zelo de colaboradores e leitores.

Doutor Paulo, não só colaborador, como leitor apaixonado da Revista de Informação Legislativa, proporcionou-lhe tudo isso: a palavra de encorajamento à Direção nas horas difíceis; a preocupação de receber pontualmente cada número publicado; o aplauso reconfortante ao conteúdo e à forma do trabalho; o cuidado de angariar novos e eméritos colaboradores, o afã, a ânsia mesmo, de divulgar o periódico como se divulgasse obra inteiramente sua.

Por isso, à despedida, ao adeus do amigo e do colaborador de tantos e tantos anos — inclusive no período posterior à aposentadoria — a Revista lhe grava esta mensagem repassada de gratidão e de ternura, traduzindo a admiração e a saudade da Direção do periódico e de toda a equipe da Subsecretaria de Edições Técnicas.

“Se ninguém se preocupa em mudar o mundo, é claro que ele nunca mudará.”

(UGNÉ KARVELIS)

SUMARIO

I — *Preliminares: Importância e urgência da reforma agrária. A reforma agrária não é mera preocupação de economistas desocupados. Não basta a propriedade da terra. O homem é o ponto de partida, o centro e o fim de qualquer reforma.* II — *Reforma fundiária e política agrícola: Um problema secular. Há interesses egoísticos a debelar e forças alienígenas a vencer. Os dois aspectos da reforma. É preciso humanizar as relações de produção. A economia é uma ciência moral. O Estatuto da Terra não foi cumprido. Erros da política oficial estimularam o êxodo rural e provocaram a inchação das cidades.* III — *Nem latifúndio, nem minifúndio: Concentração fundiária, o mal maior. O latifúndio representa um sistema colonialista ultrapassado. As pequenas propriedades produzem mais e têm maior abrangência social. A reforma agrária tem de ser feita em função dos interesses da Nação. O minifúndio é um mal ainda maior. As grandes potências não querem um Brasil competitivo. O exemplo de Vila Rica.* IV — *Diretriz única, processos diversos: A reforma agrária, no Brasil, há de ser feita através de várias reformas. Um fim único, mas processos diferentes para chegar a esse fim. Condições regionais típicas exigem tratamento diferenciado. Revolução dentro da legalidade. Só o Estado tem condições de*

realizar a reforma agrária. V — *Como fazer a reforma*: Necessidade de um modelo cristão, democrático e brasileiro. O cooperativismo. Superação do capitalismo demoliberal. A participação do trabalhador nos lucros e na gestão das empresas como meio de unir os homens e superar a luta de classes. Êxitos econômicos não devem ofuscar propósitos ideológicos. A luta não é contra o capital, é contra o capital escravagista. Necessidade de um Estado de fins precisos. VI — *O problema das multinacionais*: O capital útil e o capital nocivo. As multinacionais como instrumentos do imperialismo. A Amazônia, alvo maior da cobiça. Negligência do governo. O exemplo de outras nações. Não existe economia forte sem uma política forte. O Brasil está “exportando o domínio de seu território”. VII — *Debates no Senado Federal*: Interesses dos Senadores pelos problemas da terra. Os diversos aspectos da questão. Críticas, elogios, sugestões. VIII — *Projetos apresentados*: Foram numerosas as proposições oferecidas por Deputados e Senadores. A reforma agrária de Cuba baseou-se num projeto de Deputado brasileiro. Também a da Venezuela. Todos os aspectos do problema foram enfocados pelos parlamentares. IX — *O que o Executivo fez*: Leis, decretos-leis e decretos da Presidência da República. X — *Diretrizes*: O atual modelo econômico requer ampla e profunda alteração. A sociedade continua dividida entre privilegiados e sofredores. A reforma agrária é uma das condicionantes de nosso desenvolvimento e segurança. Reforma Agrária já. Dez itens a considerar.

I — Preliminares

Ao contrário do que teria afirmado um ilustre Ministro de Estado, a reforma agrária, no Brasil, longe de ser “uma preocupação de economistas desocupados”, é um dos problemas fundamentais do País, estando visceralmente vinculada ao progresso, à segurança e ao bem-estar do povo.

Exceção feita aos interessados na manutenção do deplorável estado de coisas a respeito existente, a pessoas desinformadas de nossas coisas, ou, então, comprometidas com os manipuladores da economia mundial, todos quantos estudam os problemas nacionais e almejam, realmente, uma sociedade evoluída, equilibrada e justa, são unânimes em reconhecer e proclamar que, sem uma efetiva reforma agrária, tal objetivo jamais será alcançado.

Pois a verdade inquestionável é que “a atual estrutura agrária sobre a qual assentam-se o homem rural e a utilização do solo brasileiro mostra o incipiente modelo de desenvolvimento característico de nossa nação” (MÁRIO DE MORAIS BIRAL) (1), sendo que

(1) BIRAL, Mario A. de Moraes. “Conflitos e Medidas Governamentais” — in *Reforma Agrária, Boletim da Associação Brasileira de Reforma Agrária* — ABRA. Campinas, S. Paulo, vol. 12, 1982.

as "suas causas históricas, longe de serem corrigidas por parte dos atuais mandatários da política agrícola, são por eles agravadas e lhes dão base suficiente para a prática dos erros de hoje e projeção de erros futuros" (MÁRIO DE MORAIS BIRAL) (2).

Evidentemente, a reforma agrária há-de ser entendida em toda sua extensão e profundidade. Porque ela é abrangente. Não pode limitar-se à propriedade do solo. Sua solução projeta-se além da área econômica, alcança a social e a política. A terra é apenas um de seus elementos. Como o capital. Mas o seu elemento nuclear, fundamental, intransferível, é o *homem*, em função do qual devem os outros dois elementos — terra e capital — ser usados, articulados e orientados. A dignificação do trabalhador rural é, no caso, a meta a atingir. E isso implica a sua integração social, a sua participação no processo civilizatório:

"É óbvio que é esta a questão camponesa, a prevalente no conjunto do problema agrário-camponês. Pois são as grandes massas humanas que trabalham a terra, é o homem, afinal, a quem o País deve servir. É ele a medida de todas as coisas conforme a cediça repetição do filósofo" (VINHAS) (3).

Quando, portanto, se tiver de levar a cabo uma reorganização na estrutura agrária do País, será necessário que essa reforma, a ser realizada por técnicos, seja planejada e direcionada por homens possuídos de uma visão global de nossos problemas, ou seja, por políticos autênticos, homens públicos possuídos de uma filosofia humanista que os leve a servir-se das coisas — terra e capital — em benefício do homem:

"Os problemas agrários, como quaisquer outros problemas sociais e econômicos, são antes de tudo *humanos*. E por isso são os homens e a posição própria que respectivamente ocupam nas atividades agropecuárias que devem ser considerados em primeiro e principal lugar" (CAIO PRADO JÚNIOR) (4). Mas a verdade é que "o desenvolvimento ocorrido no Brasil no último quarto de século, em muito pouco ou nada beneficiou a massa trabalhadora rural, cujo nível de vida dificilmente poderia ser mais baixo" (CELSO FURTADO) (5).

(2) BIRAL, Mário A. de Moraes. Ob. cit.

(3) VINHAS, M. — *Problemas Agrário-Camponeses do Brasil*. Rio, Civilização Brasileira, 1972.

(4) PRADO JÚNIOR, Caio. *A Questão Agrária no Brasil*. SP, Editora Brasiliense, 1979.

(5) FURTADO, Celso. *Um Projeto para o Brasil*. Rio, Editora Saga, 1968.

O panorama agrário brasileiro é o mais triste possível e as esperanças que surgiram com o Estatuto da Terra, em 1964, foram logo frustradas, pois aquele diploma legal foi distorcido, negado, esquecido e, desse modo, a terra, em sua generalidade, continuou a ser um instrumento de exploração do homem pelo homem:

“De norte a sul, de leste a oeste, o produtor familiar vem sofrendo um processo de expulsão do campo. E isto se deve, sobretudo, ao modelo de modernização da agricultura que privilegiou a concentração fundiária e a entrega de terras, especialmente de fronteiras, a multinacionais, a bancos, a empresas industriais e a grandes proprietários” (ABDIAS VILAR CARVALHO) (6).

II — Reforma fundiária e política agrícola

O problema da terra é, assim, um problema muito sério. Secular, muito tem sido discutido. Gerou lutas tremendas. Muito sangue tem corrido por sua causa. Alguma coisa se fez, mas quase tudo, no setor, ainda está por se fazer. E que tem de ser feito, com urgência, com determinação, com humanidade e patriotismo. Não será fácil a mudança. Há interesses poderosos a contrariar. Existe uma tradição secular a remover. Forças alienígenas terão de ser enfrentadas. Mas, temos que lutar. E temos que vencer. Pois as coisas não podem continuar como estão, sob pena de o Brasil não sair jamais dessa incômoda posição de País-satélite dos países desenvolvidos. Há que mudar... Mas, como adverte UGNÉ KARVELIS, “se ninguém se preocupa em mudar o mundo, é claro que ele nunca mudará” (7).

A reforma agrária se desdobra em reforma agrária propriamente dita e em reforma agrícola, vinculada uma à outra e tendo, ambas, de ser efetivadas simultaneamente e segundo motivações e finalidades comuns.

A reforma agrária há-de ter por ponto de partida a terra, logo, se fará no sentido da reestruturação fundiária, possibilitando a posse da terra a quantos a desejem e possam trabalhá-la; e a reforma agrícola terá por ponto de partida o homem, logo, se fará no sentido do encaminhamento das forças e das relações de produção num sentido fraternal e solidarista.

A questão não é somente produzir. É produzir o suficiente. E produzir racionalmente. Para atender às necessidades internas e

(6) CARVALHO, Abdias Vilar. “Margarida Alves”, editorial — in *Reforma Agrária — Boletim da ABRA*. Campinas, S. Paulo, vol. 13, n. 5, 1983.

(7) KARVELIS, Ugné. Reportagem de Ricardo Batista Amaral sobre a companhia de Júlio Cortázar, in *O Globo*, Rio, 27-2-1985.

externas. Para que possamos crescer por dentro e por fora. Fortalecendo-nos, e, fortes, competir, com possibilidades de êxito, no mercado internacional:

“Se o Brasil cultiva a possibilidade de reciclar o modelo agrícola na direção do celeiro do mundo — firmado sobre o tripé alimentação-exportação-energia — deve tirar proveito da vocação mudancista do Governo Tancredo Neves para a execução de duas competentes reformas de base: a agrária e a agrícola. A primeira, no clássico sentido da democratização da posse da terra, fator abundante numa extensão desfrutável de até 250 milhões de hectares, com baixa relação capital-produto. A segunda, a reforma agrícola, no sentido da utilização econômica da terra titulada, via reorganização do mercado e via aplicação de capital em pesquisa, técnica, serviço e benfeitoria” (JOELMIR BETING) (8).

Em termos de política econômica é esse o caminho. Produzimos para nós e para o mundo. Para nos alimentarmos e para vender. Para isso, o trabalhador precisa possuir terra para trabalhar. E seu trabalho tem de ser eficiente, para o que ele deverá ser devidamente capacitado, de modo a produzir bem, produzir coisas que possam competir com as produzidas pelos outros países.

Não podemos é sacrificar o consumidor nacional em favor do consumidor estrangeiro. Não há divisas que compensem a fome do brasileiro. Uma política agrária não pode ser meramente monetarista, nem, mesmo, simplesmente econômica. A economia tem de subordinar-se à política, e esta a uma ideologia, que, no caso brasileiro, é a cristã e democrática, consoante a qual os homens todos, postos em sua dignidade de pessoas humanas, participem equitativamente dos bens da civilização e da cultura.

A verdade, no entanto, infelizmente, é que “dezessete anos depois do Estatuto da Terra, o problema fundiário se coloca de maneira ainda mais aguda para os trabalhadores rurais.

Hoje, não se trata apenas das dificuldades de acesso à terra em função de uma distribuição historicamente desigual da propriedade e do zelo dos latifundiários para com a integridade de propriedades que, mesmo improdutivas, consideram *suas* por tradição.

Hoje, têm os trabalhadores que enfrentar toda uma política agrária cuja tônica tem sido a separação do trabalhador da terra,

(8) BETING, Joelmir. “Agrária e Agrícola”, in *O Globo*, Rio, 22-2-85.

através da penalização do minifúndio e do apoio, quase sem limites, à grande propriedade. A intervenção governamental no campo cresceu nesses dezessete anos, não no sentido de atender as necessidades das legiões de assalariados, parceiros, arrendatários, ocupantes e posseiros que não vislumbram, nas condições atualmente vigentes no meio rural, qualquer perspectiva de se tornarem proprietários da terra que cultivam, de que falava a Mensagem nº 33, mas sim no favorecer a grande propriedade, através de isenções e subsídios, de suporte financeiro e projetos anti-sociais ou, mais diretamente, de grandes obras públicas que se tornam, elas próprias, motivo de desassossego para a população trabalhadora rural" (9). Além disso, "entre 1967 e 1972, diminuíram em número os assalariados, os parceiros e arrendatários, os posseiros e os pequenos proprietários, ao passo que os assalariados temporários quase duplicaram, passando de 3 milhões e 900 mil para 6 milhões e 800 mil. São os trabalhadores volantes, os "bóias-frias", que se espalham, hoje, por diferentes regiões do País. Junto com os parceiros, arrendatários, posseiros e assalariados permanentes e parcela significativa de minifundistas, eles formam hoje uma massa de mais de 10 milhões de famílias sem terra. A existência dessa massa de famílias sem terra contribui para piorar ainda mais as condições de vida e trabalho dos que dependem das grandes fazendas, pressionando para a diminuição dos salários e fazendo com que as possibilidades de emprego se limitem a seis ou sete meses anuais. Os dados oficiais são claros: cerca de 70% dos assalariados do campo recebem igual ou menos que um salário mínimo" (10).

Certamente os grandes proprietários lucram, enquanto os trabalhadores sofrem e ficam ao sabor de convocações esporádicas para trabalhos transitórios, em diferentes regiões do País, ao mesmo tempo que a produção não se faz em escala satisfatória aos reclamos do consumo interno e às possibilidades do mercado externo.

A verdade é que "a atual estrutura agrário-camponesa, no que tange à propriedade da terra e relações de produção atrasadas, está historicamente superada. A conjuntura nacional impõe uma reforma básico-estrutural completa" (M. VINHAS) (11).

A reforma a ser efetuada há-de, no entanto, adaptar-se às condições geo-econômicas, sociais e políticas do Brasil, País imen-

(9) *O Trabalhador Rural* — Boletim periódico da CONTAG, a. 13 — n. 2, Brasília, dezembro de 1981.

(10) *O Trabalhador Rural* — cit.

(11) VINHAS, M. *Problemas Agrário-Camponeses do Brasil*, cit.

so; de terras diversificadas; com densidade demográfica altamente variável de região a região; os lavradores, em sua maioria, desprovidos de um instrumental adequado e sem recursos financeiros bastantes ao pleno aproveitamento da terra; a tecnologia campestre quase rudimentar; a economia sem um direcionamento racional, o que leva à monocultura, à carência periódica de alimentos básicos, ao excesso de produção em certos setores, essas coisas redundando, não raro, em fatos absurdos, como a queima do café, do algodão, da cebola e na importação de milho, de arroz, de feijão.

O essencial, sem dúvida, é dar terra a quem quer trabalhar, e, ao mesmo tempo, dar condições favoráveis de vida a quem trabalhar na terra.

Em suma, urge, como está no espírito e na letra do Estatuto da Terra, proceder-se a uma atualização da estrutura fundiária no País, à base e em função de uma política voltada não apenas para a produção, mas, sobretudo, para a valorização do trabalhador. Ou seja: sem menosprezo pelos aspectos econômicos, há que se cuidar dos aspectos sociais do problema agrário, dando-se à propriedade uma função social.

No Brasil, onde ainda existe tanta terra disponível (o Governador Júlio Campos, de Mato Grosso, ofereceu ao Presidente da República um milhão de hectares para execução da reforma agrária), a tarefa está, por isso mesmo, facilitada, o que não ocorre em outros países de áreas menores e superpovoados, onde a solução indicada é a socialização da propriedade, visto que, não havendo terra para todos, e não podendo uns poucos possuí-la em detrimento da maioria, a propriedade tem de tornar-se coletiva.

As dificuldades para implantarmos uma reforma agrária autêntica são, todavia, tremendas, pois, além da oposição indígena, persistente nas oligarquias rurais, temos que enfrentar as pressões decorrentes da atual conjuntura política internacional, estruturada em obediência a propósitos imperialistas que grandes potências tornam cada vez mais ostensivos. Ora, uma produção racional e plena, na economia agrária brasileira, significaria um avanço positivo do Brasil no sentido de sua afirmação como nova potência, o que não convém aos atuais senhores do mundo:

“A reforma agrária, qualquer que seja o seu tipo, opõem-se os latifundiários, isto ficou provado ao longo de toda a história pátria e em todo o Brasil. Estes contam com a solidariedade ativa, contra qualquer reforma autêntica, dos imperialistas de além-mar e dos trustes estrangeiros. Um exemplo desta atitude é a ação da *Aliança para o Progresso*. Opõem-se também à reforma agrária os

agentes nacionais do imperialismo e todo o matiz de negociastas que nesta estrutura funcionam como atravessadores e banqueiros, partícipes das negociatas. As empresas e companhias exportadoras e importadoras, entrosadas com a estrutura fundiária, também se opõem à realização da reforma agrária" (M. VINHAS) (12).

É certo que, se invocarmos o Estatuto da Terra, nele encontraremos, expressos, princípios possibilitadores de uma efetiva reforma agrária, eis que, naquele excelente diploma, conceituou-se, criteriosamente, o que seja reforma agrária e definiu-se, com senso humanístico e realista, o que seja política agrária, assim dispondo ele, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1º:

“§ 1º — Considera-se reforma agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e do aumento de produtividade.

§ 2º — Entende-se por política agrária o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do País.”

Como se vê, uma lei sábia, justa, sensata, deixando claros seus objetivos de reforma fundiária, para efeito de uma participação mais ampla dos trabalhadores na propriedade da terra, tendo em mira uma sociedade rural mais solidária, mais progressista e mais integrada com a sociedade urbana.

Entretanto, como observa SÔNIA HELENA GUIMARÃES NOVAIS (13), “não se faz difícil notar que justamente o disposto no § 1º, referente à questão da reforma agrária, é que se tem há 18 anos descumprido”, e, assim, “esta questão da função social da propriedade, expressa no Estatuto da Terra de 1964, vem sendo desrespeitada há duas décadas”.

Não basta, dessarte, que uma lei seja boa. É necessário que ela seja cumprida. Na hipótese, salienta DIRCEU PESSOA (14), “a análi-

(12) VINHAS, M. *Problemas Agrário-Camponeses do Brasil*, cit.

(13) NOVAIS, Sônia Helena Guimarães. “Notas sobre o Direito Agrário no Brasil e seu papel no Brasil de hoje” — in *Justitia*, Órgão do Ministério Público de São Paulo, v. 116, 1982.

(14) PESSOA, Dirceu. *Estatuto da Terra*. Brasília, Fundação Milton Campos, 1976.

se honesta do Estatuto da Terra, tal como foi formulado, em face das motivações que lhe deram origem, permite considerá-lo:

- do ponto de vista técnico, bastante completo;
- do ponto de vista econômico e social, bastante generoso;
- do ponto de vista político, bastante equilibrado”.

Mas o Estatuto da Terra não foi respeitado. É que não se pode divorciar a economia da política, nem a política da filosofia. O Estatuto representava um projeto solidarista, de inspiração cristã e função socializadora, incompatível com a ordem demoliberal, fruto de uma filosofia individualista. Ademais, as idéias só se realizam através dos homens que delas estejam convictos e tenham poder para executá-las. Ora, os homens responsáveis pela política econômica em nosso País eram todos de formação liberalasca, donde os entraves que opuseram, ativa ou passivamente, ao Estatuto da Terra.

A situação é grave. A questão agrária é o grande desafio. Sem a desligar da questão industrial e de outras questões sociais, econômicas e políticas, havemos de reconhecer que ela é a questão-básica do momento e que, sem solucioná-la, nada ou muito pouco conseguiremos em relação às outras:

“É necessário que nos convençamos de que este problema não poderá ser eludido por muito mais tempo, pois a grande propriedade rural, na forma em que vigora entre nós, constitui um obstáculo ao desenvolvimento e tende a ser tão grave como a concentração de renda”
(CELSO FURTADO) (15).

O Estatuto da Terra, escreve JOSÉ GOMES DA SILVA (16), “conseguiu instituir, com força de lei, um sistema pelo qual seria possível, com sua aplicação, atingir os dois objetivos fundamentais que perseguia: criar novos proprietários rurais mediante a reforma agrária e assistir os proprietários já existentes mediante medidas de política agrícola”, mas esses objetivos, no que toca à reforma agrária, não foram alcançados, e o balanço das atividades governamentais em tal setor, diz ainda, “é totalmente desfavorável para o campesinado, em contraste com o elenco de medidas canalizadas para os proprietários de unidades de maior dimensão”. É que o sistema demoliberal ainda persiste, estruturado numa ideologia individualista, materialista e imediatista, e, por isso, “o Estado

(15) FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*, cit.

(16) SILVA, José Gomes da. “Reforma Agrária e a Lei do Estatuto da Terra” — in *Justitia*, Órgão do Ministério Público de São Paulo, v. 116, 1982.

tem procurado evitar a adoção de um novo direito de propriedade que represente uma restrição ou uma revogação dos direitos verdadeiramente absolutos dos proprietários da terra neste País” (JOSÉ DE SOUZA MARTINS) (17), ficando a reforma agrária “circunscrita aos casos de tensão social grave” (idem).

Urge, dessa maneira, imprimir nova orientação política à reformulação do modelo agrário, buscando-se a conciliação entre o econômico e o social, entre o capital e o trabalho, entre o indivíduo e a sociedade, em função dos interesses maiores da Pátria.

Terra e capital não-de ser colocados em suas posições naturais, sendo utilizados em benefício do homem, isto é, de todos os homens, da sociedade, mas da sociedade brasileira, razão por que a terra tem que ser trabalhada dentro de uma estrutura ao mesmo tempo humanista e nacionalista, ou seja, obediente a um relacionamento solidário entre os homens de todas as classes, visando o bem-estar geral e a plena realização de todos e de cada um, respeitadas as condições nacionais típicas de existência.

O principal é reconhecer a importância do setor agrário como fator básico no processo desenvolvimentista. Esse reconhecimento tem, todavia, de sujeitar-se a um critério de apreciação de valores, quer dizer, tem de ser político, e, por ser político, e porque política é a ciência do Estado, e o Estado é a própria nação em sua forma perfeita, tem-se, na espécie, de agir em função de uma motivação e de uma finalidade, que só uma filosofia, em que se inscreve a política, pode indicar.

No caso, e como adverte CARLOS LORENA (18), “precisamos ter presente que o social e o econômico não têm existência em separado; existe apenas um meio sócio-econômico, indivisível. Quando encaramos seus aspectos de produção, distribuição, consumo etc., estamos diante do econômico; quando encaramos as condições de vida da população, sua alimentação, saúde, moradia, educação etc., estamos diante do social, mas ambos são apenas aspectos diferentes do mesmo todo”. A isso podemos aduzir que, ao considerar, no enfoque do problema agrário, o social e o econômico, havemos de ter presente, também, o político, pois todos esses aspectos são inseparáveis, compõem o mesmo todo. “O aspecto social — diz, também, CARLOS LORENA (19) — deve indicar um fim, sendo o econômico um meio para atingi-lo”. Certo. Mas não é o social que indica o fim, é o político, em que se inserem o econômico e o social. Daí a

(17) MARTINS, José de Souza. *A Militarização da Questão Agrária no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 1984.

(18) LORENA, Carlos. “A Questão Agrária no Brasil” — in *Justitia*, cit.

(19) LORENA, Carlos. “A Questão Agrária no Brasil” — in *Justitia*, cit.

necessidade de se ter sempre em mente que toda organização política de um país depende da ideologia (filosofia política) dominante.

Na abordagem da questão agrária urge, por conseguinte, que saibamos ver as coisas com largueza e profundidade.

Lembra ainda CARLOS LORENA⁽²⁰⁾ que existem duas definições de agricultura: a clássica e a moderna. Segundo a primeira, a "agricultura é o setor primário da economia, que tem por função produzir alimentos, matérias-primas para a indústria e produtos de exportação; liberar capitais para o desenvolvimento dos demais setores; liberar mão-de-obra para os setores secundário e terciário; e constituir-se um mercado consumidor para os bens e serviços gerados nos outros setores"; de acordo com a segunda, a agricultura "é, antes de tudo, o meio em que vive uma população constituída de proprietários (fazendeiros, sítiantes, chacareiros, minifundistas) e assalariados; e é ainda o conjunto constituído por suas famílias e pelas comunidades que formam". "A primeira definição" — acrescenta — "volta-se apenas para os aspectos econômicos, ignorando completamente o homem. Serve de guia ao atual modelo econômico brasileiro, levando o País ao descabro, através de falsos milagres que se esboroam ao menor sopro, criando um pequeno Brasil rico e desenvolvido, de uma casta de privilegiados, ao lado de um enorme Brasil de miséria, de favelas, de doenças e de ignorância. A segunda encara apenas o aspecto social, parecendo esquecer a função econômica de tão importante setor".

A crítica, embora contundente, procede. E serve para mostrar o caminho a palmilhar, que está em tentar-se um procedimento político que enfoque o problema em sua globalidade, pesando todos os seus componentes, atendendo a todos os seus aspectos. Isso só é possível através de uma compreensão orgânica da sociedade e, sobretudo, de uma visão humanista das coisas, o que requer o abandono definitivo da ideologia demoliberal, que, agnóstica, atomística e individualista, traduz-se numa sociedade egoísta, materialista, injusta, de ricos e pobres, opressores e oprimidos, exploradores e explorados.

A reforma agrária e a reforma agrícola não-de partir de uma reforma fundiária. Isso está no consenso geral. Sem a realizarmos, nada mais conseguiremos, pois essa reestruturação fundiária é condição *sine qua non* de qualquer reforma agrária. Entrementes, o contrário é o que está se verificando no Brasil, porque a "concentração da propriedade da terra vem se acentuando a cada período. O índice de Gini, que encontramos entre 0,855 e 0,860 em 1980,

(20) LORENA, Carlos. "A Questão Agrária no Brasil" — in *Justitia*, cit.

estava entre 0,838 e 0,846 em 1970 e 0,850 e 0,857 em 1975. Tivemos, portanto, sensível aumento de concentração de 1970 para 1978, sendo o aumento mais sensível até 1975. A relação entre as pequenas propriedades e as grandes, que encontramos de 1 para 1.161 em 1980, era de 1 para 809 em 1970 e de 1 para 911 em 1975. Novamente evidencia-se o aumento de concentração”, comenta o citado CARLOS LORENA (21). E prossegue, já agora acentuando a superioridade das pequenas propriedades sobre as grandes, no tocante à capacidade de emprego: “as propriedades de menos de 100 ha dão emprego a 16.800.000 trabalhadores, usando 241/1.000 ha; as de mais de 1.000 empregam apenas 600.000, com 4,3/1.000 ha. As pequenas propriedades empregam, portanto, 56 vezes mais mão-de-obra que as grandes, na mesma área”; e no que diz respeito à produtividade: “As propriedades de menos de 100 ha, detendo 21,4% da área total, usando 31,9% do crédito e 2,2% dos tratores, dão emprego a 83% de mão-de-obra e produzem 53,4% do valor total da produção (incluindo-se aí tanto produtos animais como vegetais, inclusive os extrativos, tanto alimentos como matérias-primas para a indústria e produtos para exportação). As propriedades de mais de 1.000 ha, ocupando 42,8% da área, recebendo 23,5% do crédito e usando 0,3% dos tratores, dão emprego apenas a 4,3% de mão-de-obra e se responsabilizam por somente 13,6% da produção”. Assim, conclui: “as pequenas propriedades, em pouco mais de 1/5 da área, produzem mais da metade do valor total, enquanto as grandes, com mais de 2/5 da área, respondem por pouco mais de 1/10 da produção”.

Os números são edificantes e valem como uma sentença de morte ao modelo liberal-capitalista prevalente na estrutura agrária do País. E expressam, sobretudo, um imperativo de mudança na área da agricultura, evidenciando a necessidade urgente de uma nova política no setor, capaz de integrar socialmente o camponês, condição primeira para o nosso fortalecimento econômico e o nosso equilíbrio social.

A estatística sugere o remédio: a valorização do trabalho humano. Tudo mais é acessório e deve ser usado com vistas a esse propósito primordial. Pois sem a dignificação do trabalhador rural nada se conseguirá. CARLOS LORENA (22), também aqui, viu as coisas com clareza e realismo: “Essa baixa produtividade nada tem a ver com as condições do meio físico, nem com a falta de conhecimentos tecnológicos; condições de solo e clima temos ótimas para inúmeras culturas, que todavia continuam com baixa produtividade; conhecimentos tecnológicos temos em larga escala, tanto

(21) LORENA, Carlos. “A Questão Agrária no Brasil” — in *Justitia*, cit.

(22) LORENA, Carlos. “A Questão Agrária no Brasil” — in *Justitia*, cit.

pelo trabalho dos institutos nacionais de pesquisa, como pela importação, até forçada, de *pacotes* tecnológicos. A causa real da baixa produtividade está no desligamento do homem da terra". E remata: "só se obtém produção com o homem trabalhando a terra. Toda a parafernália da modernização pode, em circunstâncias favoráveis, facilitar e melhorar o trabalho do homem, aumentando a produção. Mas nada produzirá se não houver o trabalho humano". Por falta de terra e de condições de trabalho, diz ainda CARLOS LORENA, "o abandono da zona rural foi, nesse período (1970-1980), de 17.400.000 pessoas, entre o aumento esperado e a diminuição realmente encontrada", e "essa enorme massa rural, dirigindo-se em tempo tão curto para a cidade, explica o não aumento da produção, as constantes crises econômicas, que não respeitam ridículos milagres, e numerosos problemas sociais urbanos".

Reconheça-se que o governo tentou algumas medidas. Organizou *Frentes* de trabalhos. Exércitos da borracha. Concedeu cerca de um milhão de títulos de terra. Numerosos decretos-leis foram editados, disciplinando certos aspectos da questão. Criou organismos para cuidar dos problemas rurais. Já ao apagar das luzes de seu governo, o Presidente Figueiredo enviou Mensagem ao Congresso, propondo a extensão do Regime de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ao trabalhador rural. Houve aumento de produção, em algumas áreas, favorecendo o mercado, principalmente a exportação. Promoveu, estimulou e consolidou a produção do álcool-motor, de tão benéficos resultados para a nossa economia, o nosso progresso e a nossa independência. Todavia, faltou, durante esse período histórico, um plano geral. Faltou, principalmente, um direcionamento político, de cunho social e nacionalista, pelo qual se tentasse o ordenamento do setor agrário no propósito de modelar a sociedade em termos de desenvolvimento, estabilidade e segurança. Faltou, acima de tudo, um sentido social a essa política governamental, prevalecendo sempre os critérios de valorização econômico-financeira sobre os de valorização do homem, donde o estímulo maior à política agrícola e o descaso pela reforma fundiária, única capaz de vincular o homem à terra e incentivar um processo produtivo de cunho social. "Ao largo da década passada a agricultura mostrou um relativo dinamismo quanto à evolução dos seus principais componentes estruturais: a produção agrícola ampliou-se rapidamente, elevando a oferta de matérias-primas; o processo de modernização aprofundou-se, abrindo um significativo mercado interno para a produção industrial; e a incorporação de novas áreas à produção integrou à economia nacional regiões antes isoladas. Ao mesmo tempo, todavia, manteve, se não aprofundou, as gritantes disparidades regionais do País e agravou o problema do subemprego e do desemprego. Estimativas preliminares indicam que nos anos 70 cerca de 15 milhões de pessoas deixaram o campo

dirigindo-se para as cidades, principalmente as grandes metrópoles do Centro-Sul do País”, registram ANGELA KAGEYAMA e JOSÉ GRAZIANO DA SILVA (23) que comentam, ainda:

“Entre 1970 e 1980, caiu rapidamente a participação do setor primário (agricultura, pecuária, caça, pesca, atividades extrativas vegetais) na geração de empregos no Brasil. A população economicamente ativa (PEA) no setor primário, que representava 44,3% da PEA total em 1970, reduz sua participação para 29% em 1980”, e anotam, afinal: “o comportamento estrutural da agricultura nos anos 70 exibiu características de grande dinamismo e modernização, deixando transparecer, no entanto, seus elementos *perversos*, como a concentração-exclusão, o crescimento da ociosidade das terras e a retração da produção de elementos básicos”.

A crítica é, pois, quase unânime. Fez-se algo em favor da produção, porém em termos capitalistas, ou seja, com o favorecimento dos grandes proprietários, em detrimento dos trabalhadores. Daí dizer CAIO PRADO (24): “por força da grande concentração da propriedade fundiária que caracteriza a economia agrária brasileira, bem como das demais circunstâncias econômicas, sociais e políticas que direta ou indiretamente derivam de tal concentração, a utilização da terra se fez predominantemente e de maneira acentuada, em benefício de uma reduzida minoria”. Cuidou-se — ninguém o nega — do lado econômico da questão agrária, mas o social foi esquecido. Dessa maneira, o Estatuto da Terra só foi cumprido pela metade, visto não ter sido aplicado em sua abrangência social. E foi nesse menosprezo do social em benefício do econômico, isto é, no favorecimento do capital em detrimento do trabalho, que a terra deixou de ser aproveitada de modo a poder contribuir, num plano global, para o desenvolvimento integral e integrado do País em busca de sua libertação dessa incômoda posição de país — satélite das grandes potências.

Uma política agrária realista e sensata, democrática e brasileira, mas sobretudo humana, há-de, com coragem e firmeza, voltar-se principalmente para o trabalhador rural, que é, também, o pequeno proprietário, que é o médio proprietário, até mesmo podendo ser o grande proprietário, mas que é, em sua generalidade, o camponês sem terra — o assalariado, o posseiro, o arrendatário,

(23) KAGEYAMA, Angela; e SILVA, José Graziano da. — “Os resultados da modernização agrícola nos anos 70” — in *Cadernos do CEAS (Centro de Estudos e Ação Social)*. Salvador, nov.-dez., 1983.

(24) PRADO JÚNIOR, Caio. “A Questão Agrária no Brasil” — cit.

o parceiro, o *bóia-fria*. Portanto, faz-se imperioso e urgente vincular o homem à terra, o trabalhador à propriedade. Pois a verdade é que, embriagada pela filosofia demoliberal, a política dominante ainda não conseguiu encontrar um rumo social para o encaminhamento da questão agrária, disso sendo condição necessária à humanização da estrutura fundiária em vigor. MARIO BIRAL (25) focalizou corretamente o problema:

“Terra, bem natural e livre, sofre um sério problema de apropriação, fugindo de suas finalidades produtivas para aquelas especulativas, na medida em que se intensifica o modelo capitalista em seu todo. Este modelo, em seu processo de crescimento, explora a mão-de-obra do trabalhador rural, não garantindo um nível mínimo de subsistência para ele e sua família. Na origem desta situação está, sem dúvida, o processo ininterrupto da expulsão do homem da terra, gerando uma série de contradições que justificam a luta pela posse da terra e de trabalho.”

A concentração fundiária é, portanto, o grande mal a debelar, estando nela o óbice maior a uma, digamos, “abertura democrática” no campo, quer dizer, a um processo de valorização do trabalho, de integração social do trabalhador rural, de dignificação da pessoa humana do camponês. Abordando o assunto, IVAN RIBEIRO (26) assim se pronuncia:

“Marcam a década de 70 a persistência e o reforço da concentração da propriedade de terra no Brasil. Os imóveis de menos de 100 ha, cujo número representava 85,8% do total em 1972 e 84,28% em 1978, tiveram sua parcela de ocupação da área total reduzida de 17,5% a 14,8% no mesmo período (dados do cadastro do INCRA). Paralelamente, os imóveis de mais de 10.000 ha, representando tão-somente 1% do número total, acusam sua participação na área total de 19,0% a 25,0%. A concentração da propriedade da terra se fez também acompanhar de uma concentração de acesso à terra, já que não se notaram no período transformações significativas na parceria e no arrendamento.”

E acrescenta:

“Deve-se ressaltar que dos 149 milhões de hectares aproveitáveis não explorados existentes em 1978 (cf.

(25) BIRAL, Mário A. de Moraes. *Conflitos e Medidas Governamentais*, cit.

(26) RIBEIRO, Ivan. “Agricultura, agonia da modernização” — In *Novos Estudos* — CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), v. 2, n. 3, São Paulo, novembro, 1983.

cadastro do INCRA), cerca de 134 milhões, ou 89,0% encontram-se nos imóveis com mais de 100 ha e 71,0% naqueles com mais de 500 ha. Estes dados evidenciam não só a extensão do fenômeno das terras ociosas no País (em parte devido à ação especulativa) como também a responsabilidade das grandes propriedades por esta situação”.

Como se verifica, aí está o ponto nevrálgico da questão agrária. É inadiável que se tomem medidas capazes de garantir uma maior participação do trabalhador rural na propriedade da terra: “Considerado o problema de conjunto, a concentração da propriedade ainda é, nos dias atuais, o fato dominante em nossa vida rural” (VICTOR NUNES LEAL) ⁽²⁷⁾. Essa situação é, como se vê, reconhecida, proclamada e profligada por quantos se interessam, realmente, pelos nossos problemas de base. Assim, crítica, também, MANOEL C. DE ANDRADE ⁽²⁸⁾, essa “estrutura fundiária caracterizada por uma grande concentração da propriedade e uma numerosa parcela de trabalhadores sem terras dedicados à faina agrícola”.

Os estudiosos da questão agrária são, pois, unânimes em afirmar a sua importância, todos concordando na necessidade de, como ponto de partida e de apoio para uma autêntica reforma, remodelar-se a estrutura fundiária existente. Não se compreende a existência de terras ociosas num país onde há fome, onde o número de desempregados sobe a milhares, num país que precisa produzir, para alimentar seu povo e para competir no mercado internacional. E “tudo parece indicar que o caminho mais eficaz para gerar novo dinamismo no setor agrícola seja através de uma reforma agrária que afetaria essencialmente as áreas de grandes propriedades improdutivas” (IVAN RIBEIRO) ⁽²⁹⁾.

Entretanto, não só os latifúndios improdutivos hão-de ser considerados na reforma. Também as terras públicas. E as devolutas. Há que ocupar todos os vazios econômicos. Esse o propósito maior, que não se esgota, é claro, no plano econômico, pois alcança, igualmente, o social e atinge, também, o político.

Política é ciência do Estado, Estado é o instrumento de construção das nações, mas, para se construir algo, tem-se que se saber o que se quer, de onde partir, para onde ir e como agir para lograr os objetivos colimados. Isso implica dizer: a política tem

(27) LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. SP, Editora Alfa Omega, 1976.

(28) ANDRADE, Manoel Correia de. *O Planejamento Regional e o Problema Agrário no Brasil*. São Paulo, HUCTTEC, 1976.

(29) RIBEIRO, Ivan. *Agricultura, Agonia da Modernização*, cit.

de obedecer a uma ideologia, será a própria ideologia em movimento. E uma ideologia pressupõe uma filosofia. Logo, a política tem uma ética. E é, necessariamente, teleológica.

O que pretendemos é um Brasil desenvolvido, organizado em uma sociedade igualitária, equilibrada, justa e humana. Então, a política pela qual se há de movimentar o Estado brasileiro tem de ser influída e orientada pela filosofia cristã, a única que vê o homem em sua dignidade essencial e busca, por isso, uma sociedade fraterna e solidária.

Dentro dessa compreensão política cristã, teríamos de reconhecer a necessidade de uma reforma agrária, pois é "evidente que a propriedade da terra teria de ser colocada, nessa reforma, como uma prioridade, mas o objetivo maior seria dar a toda e qualquer propriedade, grande, média ou pequena, uma função social, para o que seria necessário conscientizar o homem rural dos valores da democracia — não de uma democracia liberal, expressão do individualismo, mas de uma democracia autêntica, aquela em que se busca, de fato, a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre todos os homens" (PAULO DE FIGUEIREDO) (30).

III — *Nem latifúndio, nem minifúndio*

O latifúndio é um mal. Não um mal em si, mas porque, como os fatos o demonstram, é, quase sempre, improdutivo. Apenas uma parcela, às vezes mínima, das grandes propriedades é explorada economicamente. Além disso, o latifúndio representa como que o resíduo de um sistema colonialista, tipo patriarcal, justificável ao tempo em que foi implantado, mas já superado. E a maior condenação que se lhe pode fazer está em que é uma propriedade estruturada num tipo selvagem do capitalismo, oligárquico, tirânico, sem nenhuma função social.

Os dados estatísticos expostos por diversos autores, e aqui transcritos, mostram, aliás, como, hoje, as pequenas propriedades têm demonstrado muito maior capacidade produtiva e muito maior abrangência social do que as grandes.

Cabe advertir, porém, que, talvez mais ainda que o latifúndio, o minifúndio representa um mal a evitar.

A reabilitação da sociedade camponesa, pela socialização do trabalhador rural, precisa ser feita em termos racionais e realísticos e com um sentido eminentemente político.

(30) FIGUEIREDO, Paulo de. *Problemas Políticos da Atualidade*. Brasília, Senado Federal, CEGRAF, 1979.

O que se pretende com a valorização do trabalho campesino é a dignificação da pessoa humana do trabalhador, possibilitando-lhe condições existenciais onde ele possa realizar-se, com sua família, e assim colocar-se, no contexto social, como um valor positivo. Seu trabalho não pode, pois, ser posto em função, tão-somente, de seus interesses pessoais e familiares, tem de ser situado em função, sobretudo, dos interesses gerais da Nação. Donde se ter de recusar o minifúndio, por anti-social. A terra, no Brasil, é para dar sustento aos brasileiros, responder aos apelos da indústria, produzir riquezas e, pela exportação, conseguir divisas. Ora, o atual modelo agrário não satisfaz a esses propósitos. Estudando-o, manifesta-se CELSO FURTADO ⁽³¹⁾:

“Uma análise superficial desses dados põe em evidência a extrema irracionalidade da estrutura agrária que se implantou no País. Por um lado, uma massa enorme de minifundistas desperdiça grande parte de sua força de trabalho em superfícies agrícolas obviamente exíguas; por outro, os latifúndios, que utilizam apenas uma parcela das terras de que dispõem, orientam os seus instrumentos para reduzir o emprego de mão-de-obra, num óbvio desperdício — do ponto de vista social — de terras e capital.”

Temos de encontrar uma solução de equilíbrio. No atual estágio de nosso desenvolvimento, considerados os dados existentes, demográficos e econômicos, há possibilidade de uma reformulação da estrutura fundiária de modo que, sob a supervisão do Estado, e com o estímulo, o incentivo, o controle e o direcionamento deste, todos os brasileiros interessados possam possuir o seu pedaço de terra, eis que ainda não chegamos àquele estado, digamos, de “inflação demográfica”, em que se impõe a estatização da propriedade, ou seja, o Estado, superpovoado e sem áreas de terra a distribuir, tendo que se transformar no único proprietário, instituindo as fazendas públicas.

É preciso, contudo, o máximo de prudência, no equacionamento desse problema de distribuição de terras. Porque às vezes, por traz dos que defendem a pequena propriedade, ocultam-se interesses estranhos. A propriedade rural, repitamos, tem de ser aproveitada para o seu dono, a sua família, a sua comunidade, a sociedade nacional e para competir internacionalmente, mas, adverte JOSÉ RESENDE PERES ⁽³²⁾, “muitos funcionários do governo temem uma agricultura brasileira desenvolvida, e por isso, como fez Bob Kennedy durante uma visita ao Brasil, pregam a história da terra

(31) FURTADO, Celso. *Um Projeto para o Brasil* — cit.

(32) PERES, José Resende. “Uma revolução no campo” — in *O Globo*, Rio, 27-1-85.

para quem trabalha. Querem um Brasil gordo, corado, como Portugal, mas sem poder competitivo no mercado externo, o que só existe quando a produção é feita em grandes áreas, com fazendas mecanizadas”.

A reforma fundiária tem, pois, que ser realizada. O latifúndio improdutivo há de ser combatido. O homem do campo precisa obter terra. Entretanto, ao lado dos interesses de cada um, hão de ser considerados os interesses de todos, os interesses do Brasil. E como a propriedade, no Brasil, não é coletiva, cumpre ter em vista, no que tange à competição internacional, que os produtores precisam de terras suficientes a uma produção satisfatória, o que não exclui — antes exige — o amparo aos posseiros de módulos menores.

Ainda José Peres⁽³³⁾, apreciando esse importante aspecto da reforma agrária, cita, como exemplo, o caso de Vila Rica, no Nordeste de Mato Grosso:

“... fundada há oito anos e já com 12.000 habitantes, pastagens maravilhosas, e com uma produção de feijão, milho, arroz e café atingindo 300.000 sacos, no ano passado. Já possui muita seringueira plantada, a cultura que gera mais lucros por ha. E centenas de proprietários de minifúndios antieconômicos no Sul, vieram comprar glebas de 400 ha, com todo o apoio para crescerem com a riqueza das terras virgens. Homens que já sabiam fazer a terra produzir, mas que trabalhavam com a camisa de força da pequena propriedade, que o direito de sucessão foi tornando cada vez menor. Então está ali provado o que se deve fazer para realocar famílias que precisam de terras planas, férteis, com boa distribuição de chuvas e apoio de hospitais, escolas, agência bancária, hotéis, campos de futebol, igrejas, estradas e aeroportos. Principalmente seriedade e apoio moral dos que comandam o projeto”.

Vila Rica é, pois, um exemplo a imitar, mas nem sempre haverá proprietários de minifúndios no Sul interessados e em condições de adquirir glebas maiores em Mato Grosso.

A política agrária tem de considerar as possibilidades e os interesses de cada um, mas, acima de tudo, os interesses maiores da sociedade brasileira. Dessarte, ao mesmo tempo que precisa evitar a excessiva atomização da propriedade, que gera minifúndios praticamente inúteis, sem reflexos positivos na economia da comunidade, há de se estar atento à ação perniciosa dos latifúndios, tendo em conta que “a característica histórica de exploração míni-

(33) PERES, José Resende. *Uma Revolução no Campo*, cit.

ma de área para cultura nas grandes fazendas persiste”, e “este traço anti-social das grandes propriedades aumenta, na medida em que cresce a extensão territorial da unidade e o preço da terra se torna meio de incentivo e especulação para fins de acumulação de capitais” (M. VINHAS) ⁽³⁴⁾. Por isso mesmo merecem registro o pronunciamento do então presidente do INCRA, Paulo Yokota ⁽³⁵⁾, quando afirma, acerca do Estatuto da Terra, que se trata de “uma reforma agrária democrática, permitindo a eliminação paulatina dos latifúndios improdutivos e dos minifúndios antieconômicos” e o do General Danilo Venturini ⁽³⁶⁾, ao informar que, “durante o Governo Figueiredo, foram entregues 800 mil títulos de terra, o que permitiu a legalização de uma área de 50,8 milhões de hectares, do total de 61,8 milhões regularizados desde o advento do Estatuto”. Foi louvável, sem dúvida, o esforço do governo, mas, como vimos, a política fundiária, tal como definida no Estatuto da Terra, foi, de um modo geral, desvirtuada, e a política agrária orientou-se num sentido meramente capitalista, anti-social e desnacionalizante.

IV — Diretriz única, mas processos diversos

Outro aspecto relevante da questão agrária diz respeito à maneira como se deva proceder a essa reforma, num país das dimensões do Brasil, tão diversificado em suas regiões geoeconômicas; com grupos populacionais aqui densos, ali rarefeitos; com os homens que trabalham o campo, empregados e empregadores, diferentemente capacitados, ora contando com vastos recursos técnicos e financeiros, ora despreparados e com poucos recursos.

Estamos que, de um lado, fiéis a uma ideologia cristã, democrática e brasileira, a reforma agrária deve orientar-se no sentido de uma organização social solidária, com uma justa e equitativa participação dos trabalhadores nos negócios das empresas rurais, estejam estas no Norte, no Sul, no Leste, no Centro ou no Oeste. O desenvolvimento pleno da economia agrária, visando ao bem-estar geral e ao progresso global do País, esse deve ser um objetivo comum a direcionar a política rural. Entretanto, para alcançar essa finalidade, terão o governo, os empresários rurais e os trabalhadores de usar processos diversos, adequados às condições geográficas, econômicas e sociais das várias regiões. Podemos, dessa maneira, repetir ⁽³⁷⁾: “equivocam-se os que imaginam uma reforma agrária para o Brasil, pois em verdade temos de aplicar, no País,

(34) VINHAS, M. *A Terra, o Homem, as Reformas*. Rio, Edições Graal, 1980.

(35) YOKOTA, Paulo. Entrevista a *O Globo*, Rio, 30-11-84.

(36) VENTURINI, Danilo. Entrevista a *O Globo*, Rio, 30-11-84.

(37) FIGUEIREDO, Paulo de. *Problemas Políticos da Atualidade*, cit.

diversas reformas agrárias. Porque temos regiões geoeconômicas bastante diferenciadas. Como bem diferenciados temos, em diversas partes, os estágios de desenvolvimento social. Soluções boas para o Sul podem ser desaconselháveis para o Nordeste; o Norte tem exigências diferentes das do Centro; o Leste se diversifica enormemente do Oeste; o Pantanal mato-grossense é uma coisa singular; a Amazônia é um mundo distinto. Ora, todas essas regiões têm que ser ocupadas economicamente. Em todas se há de estabelecer, nas zonas agropastoris, uma estrutura, digamos, ecológica. E em todas se não de fazer valer, porque universais, os valores da democracia. Isso é obra ciclópica e que não pode recair sobre os ombros dos indivíduos, nem dos grupos. Quem tem de levar a cabo essa tarefa é o Estado". Por isso, reiteremos, também ⁽³⁸⁾, "o tratamento a ser dispensado ao problema rural, no Brasil, deverá ser regionalizado, isto é, terá de ajustar-se às diferentes realidades geoeconômicas e sociais do País".

Uma reforma desse tipo há de ser da responsabilidade do Estado, com a colaboração dos agricultores e pecuaristas. Pois só o Estado possui recursos e poderes bastantes para empreender uma remodelação estrutural nas relações de produção. Certamente que a idéia da presença do Estado no equacionamento e no encaminhamento de soluções para os problemas econômicos causa calafrios em nossos "liberais", mas essa presença é necessária e aceita normalmente nas democracias autênticas. A liberal-democracia está morta e sepultada, os liberalões que por aí perambulam apregoando seus velhos e caducos dogmas são meros fantasmas. A nova democracia, regime de justiça, de equidade, de fraternidade, não apenas aceita, antes reclama a presença do Estado como instrumento capacitador de reformas que, sem ele, jamais se realizariam. Como ensina AFONSO ARINOS ⁽³⁹⁾, "a idéia de planificação dentro da democracia corresponde à idéia da revolução dentro da legalidade", pelo que — completa o eminente publicista — "a revolução consentida é a transformação acelerada de certas estruturas econômicas da sociedade, obtida sem violência, nos Estados democráticos, seja com vistas ao aumento da produtividade e à incorporação de setores mais amplos do povo aos benefícios da civilização, nos países desenvolvidos; seja com vistas a este último resultado mas, também, ao pleno rendimento das forças produtivas nacionais, nos países em desenvolvimento".

Normal é, desse modo, que o Estado tome a iniciativa de promover a reforma agrária no Brasil, única maneira de viabilizá-la.

(38) FIGUEIREDO, Paulo de. *Idéias em Choque*. Brasília, CEGRAF — Senado Federal, 1983.

(39) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Evolução da Crise Brasileira*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965.

Sem a presença do Estado essa reforma não se fará. Como, sem ele, não teríamos petróleo, nem siderurgia, nem hidroelétricas, nem usinas nucleares, nem a legislação trabalhista. . .

Assentemos, assim, que, na proposição de uma reforma agrária, teremos, para atingi-la em seu objetivo maior e final — a valorização do trabalhador rural, pela sua plena incorporação à sociedade, como pessoa humana —, de nos servirmos de várias *reformas agrárias*, adaptáveis às diferentes zonas geoeconômicas do País, visto que essa reforma “seria inviável num projeto único, ou modelo único, como familiar, comunitário, parcelário, cooperativista ou apenas de colonização” (M. VINHAS) ⁽⁴⁰⁾.

E reconheçamos, também, que o Estado deve estar na base e no centro desse projeto reformista, para direcioná-lo no rumo dos interesses de toda a nação, que ele incorpora e representa.

V — Como fazer a reforma

A reforma agrária, sob a batuta governamental, e inspirada numa ideologia cristã, brasileira e democrática, tem de se processar, portanto, dentro de um modelo sincronizado com seus objetivos e com as realidades nacionais. E, dentro dessa compreensão, ressalta, de imediato, como solução plausível, o sistema cooperativista, capaz de atender, o mais possível, aos interesses gerais.

Esse caminho é o apontado pelos que se dedicam ao estudo do problema com intenções nobres e patrióticas, e é, sobretudo, o caminho para uma sociedade realmente democrática. JOELMIR BETING ⁽⁴¹⁾, um estudioso de nossos problemas econômicos fundamentais, indica-o, esclarecendo:

“Na elaboração da reforma agrícola, por sobre a equação fundiária, não se pode perder mais um minuto na salvação de um certo modelo em pane, o único modelo capaz de despertar o gigante adormecido em berço esplêndido: a cooperativa rural, milagre bíblico da multiplicação das proteínas e das calorias na Europa Ocidental, agricultura da fartura.” E explicando: “Ao tempo em que pulveriza ou democratiza a propriedade rural, a cooperativa garante ao pequeno as vantagens da economia de escala do grande — na compra dos insumos, na tomada de crédito, na preparação do solo, no trato das lavouras (e dos rebanhos), na barganha dos preços de venda, na sustentação de estoques, na execução de pesqui-

(40) VINHAS, M. *A Terra, o Homem, as Reformas*, cit.

(41) BETING, Joelmir. *Agrária e Agrícola*, cit.

sas, na incorporação de tecnologia e até na operação de "lobbies" políticos junto aos centros de decisão."

Ao lado do incentivo ao cooperativismo urge promover a conscientização política de nossa gente da necessidade de se promover uma transformação radical na estrutura capitalista vigente no campo. Porque esse sistema capitalista vigente, especulativo, egoístico, materialista e excludente, é o responsável maior pelo atraso nesse setor da economia. Selvagem e desumano, ele entrava qualquer progresso real:

"Os estabelecimentos de pequeno ou médio porte aumentaram em número, área e produção. Mas o modelo capitalista agrícola em desenvolvimento os pressiona. Embora seu percentual na produção seja sensível, as pequenas e médias propriedades enfrentam grandes dificuldades e parte importante empobrece. Esses setores da agricultura aplicam uma tecnologia tradicional ou mista. São esmagados pelo rolo compressor dos latifúndios capitalistas, empresários e multinacionais, que têm avidez por terra e desejam impor seu projeto de grandes estabelecimentos terríficolas" (M. VINHAS) (42).

Para os estabelecimentos de pequeno ou médio porte o sistema cooperativista valeria como uma poderosa arma de defesa. Além disso, o cooperativismo supõe e impõe uma visão solidarista das coisas.

Quanto aos grandes estabelecimentos, onde a selvageria do capitalismo tradicional (liberal-democrata), se faz atuante, a sua correção (e sua humanização) só pode ser feita pelo Estado, mediante providências legais de caráter realmente democrático, como, por exemplo, estendendo ao trabalhador do campo a legislação trabalhista e providenciando a participação do trabalhador no lucro e na gestão das fazendas. Essa participação do trabalhador nos lucros e na administração das empresas, particularmente nos lucros, preceito constitucional a ser obedecido na legislação social, tem um alcance não só econômico, mas principalmente político. Interessado nos lucros e com responsabilidade no trato dos negócios da empresa, o trabalhador se dedicaria mais e melhor à produção, se tornaria mais solidário com os proprietários, estes também teriam um relacionamento mais constante e mais compreensivo com os empregados, as greves seriam evitadas, as coisas ficariam mais em ordem.

O certo é que os progressos econômicos obtidos pelo modelo vigente, conquanto limitados, em seus benefícios reais, aos proprie-

(42) VINHAS, M. *A Terra, o Homem, as Reformas*, cit.

tários, muita vez serviram para ocultar a triste situação do operariado do campo, as dificuldades do pequeno e médio produtor, as tramas das multinacionais. Vale, por isso — e a tomemos como um sinal de alerta —, a advertência de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO (43):

“... o desenvolvimento é um real ponto de atração ideológica para os setores da classe média e operariado nos países latino-americanos. A resposta a este efeito de atração não pode ser uma negação permanente ideológica do progresso econômico, quando ele existe realmente. A contestação deve ser baseada em valores e objetivos políticos que aumentem a consciência da população com respeito às desigualdades sociais e à dependência nacional”.

O ilustre sociólogo e político tocou no “calcanhar-de-aquiles” do problema: o desenvolvimento econômico, que tivemos, inegável, foi como que um “manto diáfano da fantasia” a esconder a triste realidade de uma estrutura agrária obsoleta, injusta, primitiva, persistente em sua roupagem capitalista-liberal desumana mas ainda vigente, enraizada na cobiça dos empresários rurais e na desfaçatez de organizações alienígenas mal policiadas.

Cabe ainda, no caso, insistir em que, sem a adoção consciente de uma ideologia humanista, cristã, democrática e brasileira, o problema da terra não será solucionado. Se, porém, a sociedade brasileira deixar-se possuir por essa ideologia, certamente teremos condições para a grande reforma, pois estaremos preparados para liquidar essa estrutura capitalista arcaica, emperrada e desumana que vige em nosso mundo rural:

“Muito se tem falado ultimamente que a luta pela terra, hoje, é uma luta contra o capital, considerando que o proprietário da terra hoje é o grande capital nacional e internacional. No entanto, o capital não é uma força homogênea, sem contradições internas. É perfeitamente viável e possível o sacrifício de alguns de seus interesses particulares, em nome dos interesses gerais”, pondera LEONILDE DE MEDEIROS (44).

Aliás, a luta não é contra o capital. É contra o capital utilizado como instrumento de exploração do homem pelo homem. É contra o sistema capitalista demoliberal, que fez do capital um

(43) CARDOSO, Fernando Henrique. *O Modelo Político Brasileiro*. SP, Difusão Européia do Livro, 1972.

(44) MEDEIROS, Leonilde Sérvo de. “Movimento Camponês e Reforma Agrária” — in *Revista de Cultura Política*. Rio, Paz e Terra, 1981.

instrumento escravizador, não lhe assinando uma destinação social. Superando-se o regime liberal-democrata, buscando-se um modelo social-democrata, o capital poderá ser humanizado, passando a beneficiar não a *alguns* indivíduos, mas a *toda* a sociedade.

Quanto ao capital estrangeiro, a solução estaria, entre outras medidas, na proibição do retorno dos lucros das empresas alienígenas, obrigando-as a reinvestir esses lucros aqui no Brasil, onde foram obtidos.

Disso tudo se deduz que a tarefa agrária é uma tarefa política, pois só a política, como ciência do Estado, pode, baseada em princípios e objetivando fins, estabelecer planos e assentar valores que conduzam a sociedade, ordenadamente e conscientemente, para um destino predeterminado:

“A decisão de planejar é política, no sentido de que por intermédio da definição dos planos se alocam valores e objetivos junto com os recursos e se redefinem as formas pelas quais estes valores e objetivos são propostos e distribuídos” (FERNANDO HENRIQUE CARDOSO) (46).

Compreende-se, dentro desse raciocínio, ser imprescindível procurarmos modelar o Brasil num Estado de fins precisos, fins que, dadas as nossas origens e a nossa formação cristã, hão de ser eminentemente humanísticos. Assim entendendo, e com vistas ao nosso processo de desenvolvimento, convém assentar, como já fizemos (46), que “não há um sistema econômico próprio da democracia. Há entretanto, sistemas econômicos que impedem a democracia. O sistema econômico clássico liberal é um deles. Porque nele o Estado, sendo mero espectador dos conflitos sociais, favorece a dominação do homem pelo homem”.

Superando a mentalidade liberaisca, estaremos em condições de implantar uma verdadeira democracia e, quando isso acontecer, saberemos aceitar a presença constante e efetiva do Estado (definido como instrumento de edificação nacional, logo, de promotor do bem comum) no comando da economia do País, pois, então, reconheceremos “a necessidade de uma entidade central, capaz de dirigir, planejar e coordenar as múltiplas ações administrativas tendentes a implementar um programa de transformação agrícola seja a nível de um Estado da Federação ou a nível regional” (MANOEL FIGUEIRÔA) (47).

(45) CARDOSO, Fernando Henrique. *O Modelo Político Brasileiro*, cit.

(46) FIGUEIREDO, Paulo de. *Problemas Políticos da Atualidade*, cit.

(47) FIGUEIRÔA, Manoel. “O problema agrário no Nordeste do Brasil”, HUCITE, SUDENE, 1977.

A reforma agrária não se restringe à posse da terra. Tem de ser encarada em todos os seus aspectos: o social, o econômico e o político. O importante é situar, como ponto de referência, o ser humano, a pessoa do camponês, em função do qual não de ser dispostas as coisas. É ele, o trabalhador camponês, o agente central da economia, o valor maior. Por isso, além da posse da terra, e para que se firme e se afirme no Brasil uma sólida sociedade rural, o Estado, informado numa filosofia humanista, terá de, pelos seus órgãos administrativos, proporcionar-lhe educação, saúde, instrução, diversões, crédito, instrumental de trabalho, garantia para a produção, transportes, seguro contra toda espécie de riscos (secas, pragas, enchentes, incêndios), participação nos lucros e na gestão das empresas, cooperativas, salários compensadores etc.

Importante, na hipótese, é não olvidar nunca que a economia se inscreve no círculo da moral, pelo que a exploração de riquezas deve obedecer sempre a um propósito ético:

“A democracia autêntica (PAULO DE FIGUEIREDO) (48), exige uma ambiência econômica em que a produção, a circulação e o consumo de riquezas se façam com vistas a um objetivo ético. Quer dizer, na democracia, a riqueza há de ter uma função social. Há de atender, portanto, aos interesses da coletividade, considerada esta não em abstrato, mas como uma comunidade de homens que têm um espírito e um corpo.”

Setores reacionários da sociedade, entre eles os remanescentes da liberal-democracia, mancomunados com organizações internacionais imperialistas e apoiados por uma imprensa manietada a forças estranhas, insistem na preservação de um sistema econômico condenável, mascarando seus interesses suspeitos em dogmas pomposos que eles colocam no universo de suas ideologias individualistas como verdades absolutas. E é assim que se revoltam contra a intervenção do Estado na área econômica, advogando o princípio da livre-concorrência, da propriedade privada e da livre-iniciativa como valores eternos, imutáveis e inarredáveis, vendo no Estado um novo Moloch a combater. . .

Ora, todos estamos vendo, aí, em que dá a livre-concorrência entre concorrentes de forças desiguais, e isso, tanto no plano interno quanto no internacional. Os Estados Unidos, que defendem ferozmente esses postulados liberais no comércio internacional, são intervencionistas no plano nacional, proibem trustes e cartéis e taxam drasticamente os lucros. É que, mais fortes, competindo com países do Terceiro Mundo, pretendem um campo livre ao seu domínio.

(48) FIGUEIREDO, Paulo de. *Problemas Políticos da Atualidade*, cit.

Na espécie, a verdade, como proclama VILMA DE FIGUEIREDO (49), é que, “enquanto o desenvolvimento capitalista expandir-se com a exclusão dos camponeses e do proletariado, dos benefícios de tal desenvolvimento e do sistema político que o apóia, o antagonismo aumentará entre trabalhadores de um lado e os proprietários do outro”. Sim, surgirão os conflitos, as tensões, os assassínios. E o mundo agrário brasileiro continuará primitivo e improdutivo. E o Brasil prosseguirá a reboque dos países desenvolvidos...

“Uma população marginalizada em atividades marginalizadas são características permanentes e estruturais da forma capitalista de produção em sua fase recente”, observa, ainda, VILMA DE FIGUEIREDO (50), e quando se fala em “forma capitalista” está se falando, implicitamente, em ordenamento político do Estado. Aqui está o ponto crucial da questão: na política. Não há destacar a economia da política. Ela é um capítulo da política. Esta vale como uma definição ideológica. Pressupõe uma filosofia. É teleológica. Tem, conseqüentemente, um conteúdo ético. Assim, quando o Estado, projeção política de uma doutrina filosófica, opera, movimenta normas, princípios, idéias e objetivos. Em decorrência, uma reforma agrária, no Brasil, está intimamente vinculada a uma reforma política. Por tudo isso, concordemos com MARIA DE NAZARETH B. WANDERLEY (51) quando afirma:

“Não são razões econômicas que tornam a reforma agrária inviável, porém razões eminentemente políticas, que se traduzem no pressuposto da propriedade fundiária para o acesso aos benefícios das políticas, definidas, precisamente, para garantir a dominação indireta do capital na agricultura brasileira.”

Agnóstico, neutro, passivo, o regime liberal-capitalista, fiel à doutrina que o informa, limita-se a garantir o livre jogo das forças de produção, sem nele intervir, daí resultando a escravização do pobre pelo rico, ou, então, o êxodo rural, com todas as suas funestas conseqüências.

Realmente, na execução do projeto liberal-capitalista, “a inclusão da agricultura, em geral, na política governamental de exportação a qualquer preço, levou o poder estatal a favorecer, sob todas as formas, os negócios das empresas que se criaram ou estavam

(49) FIGUEIREDO, Vilma de. *Desenvolvimento Dependente Brasileiro*. Rio, Zahar Editora, 1978.

(50) FIGUEIREDO, Vilma de. *Desenvolvimento Dependente Brasileiro*, cit.

(51) WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel. “Capital e propriedade privada na agricultura brasileira” — in *Reflexões sobre a Agricultura Brasileira* — diversos autores. Rio, Edição Paz e Terra, 1979.

funcionando no setor (OCTÁVIO IANNI) ⁽⁵²⁾. Cuidou-se das empresas, esqueceu-se do trabalhador.

A justificativa (de valor meramente aparente) dessa política foi a necessidade de compensar as dificuldades provenientes da crise do petróleo, de conseqüências trágicas para a economia mundial, particularmente dos países como o Brasil, desprovidos daquela fonte de energia em quantidade economicamente suficiente. Mas essa explicação apenas oculta uma manobra do capitalismo indígena e alienígena, infiltrado na máquina governamental, pois as razões, antes de econômicas e embora de reflexos na economia, eram, sobretudo, políticas, cabendo, por oportuno, invocar, aqui, a contundente crítica de JOSÉ RESENDE PERES. Diz ele ⁽⁵³⁾:

“... é preciso acabar com essa história de que a situação caótica se deve à crise do petróleo ou à elevação dos juros internacionais. O Japão e a RAF não possuem uma gota de petróleo e não conhecem as graves conseqüências da inflação. Já o México e a Argentina, produtores de petróleo, também mal administrados como nós, estão em situação parecida com aquela construída pelos *milagreiros* no Brasil”. E completa: “O que admira é a força do Planejamento por técnicos despreparados que conseguiram quase imobilizar um gigante que é o maior exportador mundial de café, de carne, de aves, de suco de laranja e um dos maiores produtores de feijão, arroz, soja, milho etc.”

Em favor do governo, louve-se a sua intenção, quando, através do General Danilo Venturini ⁽⁵⁴⁾, declara que ele “não deseja apenas distribuir áreas, mas sim dar condições de assistência e infra-estrutura aos proprietários”, e, “nos últimos três meses assinou 20 convênios, liberando Cr\$ 7,6 bilhões para assistência técnica às terras em 14 Estados”. Acontece que foram assistidos apenas os proprietários, não os trabalhadores rurais. De qualquer modo, havemos de concordar com PAULO YOKOTA ⁽⁵⁵⁾:

“Quando se fala em *latifúndio improdutivo*, vêm-nos à mente outros mitos que cercam a reforma agrária. Um deles é o de que a redistribuição maciça de terras resolveria o problema. Seria muito simples, se fosse verdade. No entanto, o valor da terra representa não mais de 10% do custo para assentar uma família de lavradores: são preci-

(52) IANNI, Octavio. *Ditadura e Agricultura*. Rio, Civilização Brasileira, 1979.

(53) PERES, José Resende. “A miséria planejada” — in *O Globo*, Rio, 20-11-83.

(54) VENTURINI, Danilo. Entrevista ao *Jornal de Brasília*, Brasília, 9-2-85.

(55) YOKOTA, Paulo. Entrevista ao *Jornal de Brasília*, Brasília, 9-2-85.

sas estradas, escolas, assistência técnica e mais uma série de itens que permitam àquela família produzir”.

A advertência é correta. E foi, justamente, porque não se deu ao trabalhador rural essa infra-estrutura capaz de lhe propiciar a permanência na terra que, apesar de quase um milhão de títulos concedidos pelo governo, não se evitou que os campos se esvasiassem, com o êxodo rural, ocasionando a queda da produção e a “inchação” dos centros urbanos; através da invasão de milhares de indivíduos despreparados que só fizeram crescer as favelas, a miséria, os assaltos e os crimes.

Concluindo este capítulo, queremos trazer à baila um comentário amargo, porém verdadeiro, do eminente Senador Roberto Campos ⁽⁵⁶⁾: “... o comércio internacional pertence ao reino da produtividade e da eficiência, categorias diferentes daquelas do reino da ética e da justiça”. A observação é mais de um economista que de um político. Mas é válida. Só que, se conseguirmos chegar à boa política, a política autêntica, àquela política que BOILEAU dizia “filha da moral e da razão”, certamente o Estado brasileiro, através dela, inaugurará, na área econômica, um modelo em que as coisas sejam postas a serviço do homem e não sejam utilizadas somente em favor de indivíduos e de grupos privilegiados. E, então, a presença do Estado, no setor econômico, como força propulsora desta, mas tendo em vista um objetivo social, valeria para afugentar os vendilhões do templo.

VI — O problema das multinacionais

Em que pese, portanto, à opinião dos que minimizam a importância da reforma agrária, qualificando-a de simples devaneio de economistas desempregados, vai a sociedade brasileira, pelos seus segmentos mais responsáveis, se conscientizando da convicção de que essa reforma constitui-se um imperativo do bem-estar do nosso povo e do progresso e segurança do País, estando na base de uma reforma mais extensa e profunda que exige a superação do próprio modelo político demoliberal, não apenas caduco, mas até pernicioso à Nação, máxime em suas implicações sócio-econômicas.

A verdade, que os estudiosos do assunto são hoje unânimes em reconhecer, é que “esta ordenação agrocapitalista” ⁽⁵⁷⁾, pelos males que ocasiona, “demanda reformas em todos os aspectos da economia agrícola” ⁽⁵⁸⁾, requerendo “medidas para o reordenamento da posse das terras devolutas, do fluxo de investimentos estrangeiros

(56) CAMPOS, Roberto. “A confusão dos reinos” — in *O Globo*, Rio, 20-1-85.

(57) VINHAS, M. *A Terra, o Homem, as Reformas*, cit.

(58) VINHAS, M. *A Terra, o Homem, as Reformas*, cit.

(que chegam a ameaçar a soberania nacional), especialmente nas áreas fronteiriças na Amazônia" (59).

Essa presença maciça do estrangeiro no território pátrio, através de organizações multinacionais, é algo de muito grave e está a exigir providências imediatas, para resguardo da integridade nacional.

Por detrás da "abertura agrária" oculta-se um propósito político indisfarçável, na atuação muitas vezes sem cerimônia dessas organizações estrangeiras, que, depois de proceder a levantamentos aerofotogramétricos e a propor medidas que, na prática, importariam na internacionalização de vasta região amazônica, já agora, pela voz até de políticos e parlamentares dos países a que pertencem, põem-se a dar palpites sobre os problemas brasileiros.

Os "inocentes úteis" e os brasileiros comprometidos com tais organizações internacionais se revoltam contra o "nacionalismo caboclo" dos que denunciam suas tramóias, argumentando com o óbvio, como quando lembram que o capital não tem pátria e todos dele precisam, principalmente os países do Terceiro Mundo.

Realmente, o capital não tem pátria. Mas, precisamente por isso, ele deve ser aplicado igualmente em qualquer país do mundo e nesse país ser reinvestido. Não tendo pátria, não precisa ficar concentrado em determinadas pátrias... Pois o capital, bem empregado, é um bem. Só se torna um mal quando aplicado egoisticamente, sem uma destinação social. E, no tangente às relações entre as nações, ele só deve ser combatido quando usado com propósitos imperialistas.

Queremos, portanto, o capital estrangeiro no Brasil. Todavia, que os seus lucros sejam reaplicados no Brasil. Capital que satisfaça aos interesses de quem o possui, mas satisfaça, também, aos interesses brasileiros. Ora, no caso, o que se verifica é a existência de uma intenção política de dominação, a serviço da qual operam empresas privadas estrangeiras, e o que ocorria predominantemente no comércio e na indústria está acontecendo, agora, em larga escala, também na agricultura, de modo mais evidente na área amazônica, onde — com certeza por mera coincidência... — ao lado de outras riquezas, há uma imensa reserva mineral, nesta detectados minerais estratégicos, como, entre outros, denunciou o Deputado Múcio Ataíde, falando recentemente na televisão (em 28.1.85 — TV Alvorada — Canal 8 — Brasília), evento confirmado por JOE FOWERAKER (60), que denuncia: "A ponta de lança do assalto das multinacionais à Amazônia (Bourne, 1978) são as companhias de mineração, que acrescentaram uma nova dimensão

(59) VINHAS, M. *A Terra, o Homem, as Reformas*, cit.

(60) FOWERAKER, Joe. *A Luta pela Terra*. Trad. de Maria Júlia Goldeswas-ser. Rio, Zahar, 1982.

à expansão da fronteira (Davis, 1979).” Esse processo de penetração, de cunho colonialista e de objetivos claramente políticos, vem de longe: “Já em 1962, Daniel Ludwig adquirira 1.500 ha do Estado do Pará para a sua empresa Jari. Desde então, foi seguido pela Georgia Pacific (500 mil ha), Robin Mac Glolan (400 mil ha), Toyomeha (300 mil ha), Volkswagen (140 mil ha), King Ranch (100 mil ha) e outros (Muller e Brandão Lopez, 1975)” (JOE FOWERAKER) ⁽⁶¹⁾.

Essa compra, em escala crescente, de verdadeiros latifúndios, não é feita por acaso, nem com intenções generosas, antes obedece a um planejamento político que as grandes potências imaginam poder levar a cabo nos quatro cantos da terra.

Positiva-se, assim, que, em vez de colaborar (até mesmo colaborando), o capital alienígena procura comandar, ou pelo menos influir, no processo econômico do Terceiro Mundo: “Hoje em dia, capital estrangeiro significa principalmente o controle por grupos estrangeiros de parte do sistema de decisões que comanda a atividade econômica” (CELSO FURTADO) ⁽⁶²⁾. E a coisa se torna mais séria quando se sabe que “as multinacionais são proprietárias de 35 milhões de hectares em nosso chão” ⁽⁶³⁾.

Os tentáculos das multinacionais precisam ser cortados, enquanto é tempo, pois vão se agigantando cada vez mais. Essas empresas não atuam somente na Amazônia. Evoluíram para o Centro-Sul, já alcançaram o Estado do Rio de Janeiro. E não se limitam mais à aquisição de terras particulares, já pretendem terras públicas:

As terras consideradas devolutas do Estado e da União também são indevidamente apropriadas por pretenso proprietários, inclusive empresas multinacionais. No Município de Parati, há os casos da fazenda São Gonçalo, reivindicada pela firma White Martins S/A e da Fazenda Laranjeiras, localizada numa área desmembrada do Parque Nacional de Bocaina, supostamente pertencente à Cia. Parati — Desenvolvimento Turístico S/A. Por sua vez, a área de Trindade, que havia sido desmembrada da Nacional de Bocaina, foi reclamada pela multinacional Nacional da Bocaina, foi reclamada pela multinacional Brascan e atualmente pelo grupo multinacional Adela” (ELIANE CANTARINO O'DWYER) ⁽⁶⁴⁾.

(61) FOWERAKER, Joe. *A Luta pela Terra*, cit.

(62) FURTADO, Celso. *Um Projeto para o Brasil*, cit.

(63) *Boletim da Associação Brasileira de Reforma Agrária*, v. 14, n. 3, 1984.

(64) O'DWYER, Eliane Cantarino. “Expropriação e luta dos camponeses fluminenses” — in *Reforma Agrária — Boletim da Associação Brasileira da Reforma Agrária*. Campinas, São Paulo, v. 12, 1982.

A presença, assim, de numerosas e poderosas empresas multinacionais em nosso País, como donas de largas parcelas de nosso território, significa uma nuvem negra pairando, sombria e ameaçadora, sobre a nossa terra, pronta a explodir em descargas de efeitos imprevisíveis.

O governo, malgrado seus pronunciamentos, e, reconheçamos, algumas medidas positivas em favor da agricultura, tem negligenciado esse importante aspecto do problema:

“Ao longo desses dezessete anos, não se preocupa o Governo em redistribuir a terra e a renda. Sua preocupação tem sido no sentido de assegurar, ao mesmo tempo que acumula divisas para fazer face ao endividamento externo, um novo campo de aplicação aos capitais dos grandes grupos econômicos em sua maioria multinacionais” (65).

Essa negligência é inexplicável e imperdoável, tanto mais que em outros países a preocupação no resguardo das riquezas nacionais, com vistas à segurança social e à independência política, é uma constante dos governos, inclusive os das grandes potências: “ao contrário de muitos países, o Brasil não coloca nenhuma restrição à penetração das multinacionais, chegando mesmo a atraí-las: — com baixos salários; incentivos fiscais; liberdade de remessa de lucros; estabilidade política — governo forte” (66). Desse descaso vão surgindo e se consolidando situações que, no futuro, poderão gerar sérias complicações internacionais. Basta considerar que, “conforme a Comissão Parlamentar de Inquérito (1970) apurou, os estrangeiros possuíam um total de pelo menos 20.234.000 hectares, somente nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Bahia, Maranhão, Pará, Amazonas e Território do Amapá, obtidos por meio de compra a antigos proprietários, requisição de terras devolutas aos governos estaduais, e falsificação de documentos, com utilização sistemática da violência” (67).

Releva registrar (68) que “o interesse estrangeiro na compra de grandes áreas de terra brasileira já existia desde a década de 1950, mas só a partir de 1966, depois que a Força Aérea dos Estados Unidos realizou o levantamento aerofotogramétrico do País, foi que esse problema aumentou. As cópias, revelando a localização de jazidas, chegaram ao conhecimento de muitas companhias internacionais.

(65) *O Trabalhador Rural* — Boletim Periódico da CONTAG, a. 13, n. 2, Brasília, dezembro, 1981.

(66) *Pastoral da Terra* — Estudos da CNBB — CEP. São Paulo, Edições Paulinas, 1976.

(67) *Pastoral da Terra*, cit.

(68) *Pastoral da Terra*, cit.

Aí o aspecto mais sério do problema: "camuflado" pelo interesse agrário, um propósito político se faz notar nessa corrida pelas nossas terras, tão ricas em minerais atômicos. . .

O problema é político, ou melhor, é antes de tudo político, pois vinculado à nossa segurança, ao nosso progresso, ao nosso bem-estar e até mesmo à nossa soberania.

É certo que uma política racional, construtiva, de cunho social e nacionalista, pressupõe e exige uma economia forte, mas não existirá jamais, nem nunca existiu em nenhum país do mundo, uma economia forte, sem uma política racional, voltada para o homem e de caráter nacionalista.

A economia do tipo "liberal", dita "aberta", baseada na livre-concorrência, não tem mais lugar no mundo moderno, e as grandes potências econômicas (que são, igualmente, as grandes potências políticas) só a aceitam e a pregam em seu relacionamento internacional, nunca no plano interno, onde o Estado está sempre presente, quando e onde a sua presença se fizer necessária, para garantir o bem-estar de seus nacionais. O "sagrado" princípio da livre-concorrência, tão apregoado pelo governo norte-americano, é por este abandonado sempre que, em competição com outra nação, esta possa levar de vencida os seus empresários. É por isso que esses nossos "muy amigos" do setentrião sobretaxam o nosso aço, a nossa laranja, o nosso calçado, a nossa soja, os nossos aviões. . .

Os males econômicos de nossa terra vêm, porém, de longe: "O Brasil, que levou séculos exportando a fertilidade de seu solo, ao transformar em renda para a classe latifundiária o esgotamento de léguas sobre léguas de terra, exporta agora, com a desnacionalização da propriedade agrária, o próprio domínio de seu território. E o faz da maneira mais nociva aos interesses sociais, pois permite um tipo de comércio dos imóveis rurais que, além de ser inacessível ao cultivador nativo, não tem sequer a atenuante de que é feito para aumentar a produção e a produtividade agrícola", anatematiza ALBERTO PASSOS GUIMARÃES (69), e aduz:

"Tudo isso é muito estranho por acontecer após a promulgação da Lei do Estatuto da Terra, que se propôs a disciplinar o latifúndio improdutivo, que condicionou a propriedade da terra à sua função social (art. 2º) e que restabeleceu o princípio sesmeiro da *cultura efetiva e da moradia habitual* como exigência assecuratória dos *direitos dos legítimos possuidores de terras devolutas*."

O fato é que, pelos erros, o descuido, a imprudência e a falta de visão de alguns, a política econômica brasileira, no tocante à

(69) GUIMARAES, Alberto Passos. *Quatro Séculos de Latifúndio*. Rio, Paz e Terra, s/d.

agricultura, levou o país a uma situação humilhante e perigosa, da qual só conseguiremos sair com determinação, senso, coragem e, sobretudo, patriotismo. Não podemos, todavia, perder um minuto sequer, na empreitada a realizar, a qual tem que ser conduzida por um profundo sentido humano, mas, ao mesmo tempo, com um inarredável objetivo nacional.

A questão agrária, em si econômica, é, porém — insistamos nisso —, eminentemente política, e a sua solução há, destarte, de ser política, mas essa política terá de inspirar-se num propósito cívico, que pressupõe um embasamento ético, este evidenciando, a seu turno, uma diretriz ideológica.

Se a política é a ideologia em ação, e se é através dela que o Estado constrói as nações, o Estado brasileiro, fiel às suas origens cristãs, terá de voltar-se, firme e intransigente, para o problema agrário, procurando uma reforma cristã, isto é, que vise à efetiva e justa participação dos trabalhadores rurais nos bens da civilização e da cultura. Para, no entanto, chegar a esse resultado, é preciso dar o Brasil aos brasileiros. Ora, no que diz respeito à terra, a infiltração insidiosa do estrangeiro, pela maneira como se vem processando, significa não apenas um empecilho a uma verdadeira reforma agrária como, até mesmo, um risco para a nossa soberania, não sendo de se minimizar o que se passou no México, que perdeu um terço de seu território para os norte-americanos que o ocuparam e nele trabalharam e produziram. Desse modo, procede o alerta de OCTAVIO IANNI⁽⁷⁰⁾:

“Em 1968 já eram bastante largas as extensões de terras griladas ou compradas por estrangeiros, e brasileiros associados com estrangeiros. Todos os meios estavam sendo usados então, como continuaram a ser usados nos anos seguintes, para transformar em terras griladas ou compradas por grandes negociantes estrangeiros. Em muitos casos, há brasileiros atuando como associados ou intermediários, nos negócios de terras que os estrangeiros realizam na Amazônia. Os estrangeiros tendem a ser principalmente norte-americanos, mas os intermediários brasileiros podem ser tanto grileiros, ou negociantes profissionais, como funcionários e técnicos da burocracia estatal. É este, por exemplo, o caso da Jari Florestal e Agropecuária Ltda., de propriedade do norte-americano D. F. Ludwig, que teria iniciado os seus negócios de terras na Amazônia a partir de sugestões de Roberto de Oliveira Campos, então Ministro de Planejamento do governo do Marechal Castello Branco. Em seguida, membros do go-

(70) IANNI, Octavio. *Ditadura e Agricultura*, cit.

verno do Pará, Estado no qual se localiza a Jari, passou a manifestar-se em defesa dos negócios ou empreendimentos de estrangeiros.”

Disso redundou, diz, ainda, OCTAVIO IANNI ⁽⁷¹⁾ que a “política da *economia aberta*, inaugurada de modo agressivo e repressivo pela ditadura instalada desde 1964, efetivou-se na Amazônia como uma ampla penetração imperialista”.

Anotando que Jari já passou ao domínio brasileiro, por louvável iniciativa do próprio governo, temos, ao concluir este capítulo, de reconhecer que, não obstante alguns avanços na economia agrária — desordenados, porém, avanços —, o problema da terra está mal equacionado, porque colocado em termos só econômico-financeiros e não também sociais, e, dessarte, os resultados obtidos não se revelam satisfatórios, estando a orientação até aqui seguida nesse setor em completo desacordo com o espírito e a letra do Estatuto da Terra. Falta à política vigente na área, de cunho monetarista, um conteúdo social e um propósito nacionalista. Os latifúndios improdutivos persistem, prossegue o êxodo rural, ocasionando a “inflação demográfica” das cidades. E os estrangeiros vão preenchendo os espaços vazios do território pátrio:

“Assim, o sistema latifundiário brasileiro atravessou um longo período de desagregação sem deixar de ser o que ainda é hoje — um sistema semicolonial e semi-feudal. Embora não seja mais, como era, uma peça do mecanismo da metrópole, mantém-se, como um apêndice das grandes potências industriais, para cujos mercados destina a quase totalidade de sua produção. E, apesar de não mais ser, como antes, um conjunto de senhorios autônomos, armados de todos os poderes de governo, conserva o mais forte vestígio da essência do medievalismo: o poder de coação extra-econômica, que lhe é conferido pela atual estrutura ultramonopolista da terra” (OCTAVIO IANNI) ⁽⁷²⁾.

VII — Debates no Senado Federal

Por força de disposições constitucionais o Congresso Nacional não poderia, praticamente, propor uma Lei de Reforma Agrária, pois isso implicaria, necessariamente, aplicação maciça de dinheiros públicos e ao Parlamento é proibida a iniciativa de projetos

(71) IANNI, Octavio. *Ditadura e Agricultura*, cit.

(72) IANNI, Octavio. *Ditadura e Agricultura*, cit.

de natureza financeira. Poderia, porém, conquanto fosse um tanto inócuo, elaborar um projeto autorizando o Executivo a fazer a reforma, e, nesse projeto, propor um verdadeiro Código Rural.

Seja como for, o Congresso não está alheio ao grande tema. Na qualidade de *Forum* político (sua característica nos tempos modernos) ele tem debatido o assunto ampla e profundamente, com isso conscientizando a sociedade brasileira para a gravidade do problema, ao mesmo tempo que fornecendo, através dos parlamentares, vindos de todas as partes do País, elementos valiosos para auxiliar o governo na solução do problema.

No Senado, por exemplo, a questão agrária tem sido uma preocupação constante. Recordemos: Pessoa de Queiroz já proclamava, com veemência, em 1968: "sem essa reforma não podemos, realmente, pensar em liberdade, eis que, sem ela, continuaríamos escravos da ignorância, da miséria, do atraso, das injustiças e das revoltas". Outros pronunciamentos: Gilvan Rocha: "É preciso que se conscientize que reforma agrária não é sinônimo de extremismo ou comunismo. Num país de área agricultável como o nosso, com o declínio agrícola de subsistência e grande crise social nos campos, a reforma agrária é o único, exclusivo e lógico caminho para a normalização destes *cismas* sociais que tendem a nos atingir a todos"; Agenor Maria: "Mais de 50% das propriedades rurais brasileiras detêm apenas 4% da área nacional, enquanto 1% das propriedades detêm o equivalente a 46% da área nacional, numa demonstração patente de que o latifúndio improdutivo continua à mercê da sanha criminosa daqueles que desejam a terra para ter *status*, para aguardar valorização"... "50% dessas propriedades que detêm apenas 4% da terra produzem 44% do alimento nacional. E quem nos dá esses 44% são esses minifúndios. Produzem 38% da matéria-prima para a nossa indústria absorver e 43% dos produtos hortifrutigranjeiros, numa demonstração pujante do que pode o nosso homem do campo, mesmo desassistido"... "A evolução da estrutura agrária, ao sabor das circunstâncias e fatores diversos, deu origem às grandes propriedades mal utilizadas, a populações agrícolas sem acesso à terra, ou de acesso a áreas insuficientes ao seu sustento; ao aparecimento do subemprego, no setor agrícola, ao aluguel da terra, ao arrendamento, à parceria e às incursões generalizadas"... "99% de minifúndios detendo 25% da área, 9% de latifúndios representando 66% da área"... "ninguém mais quer continuar no campo. Não querem por quê? Porque vivem mal. Não querem continuar por quê? Porque só existe frustração. A frustração do homem do campo, neste País, é evidente"; José Lindoso: "Criando-se uma estrutura capitalista para a atividade agrícola, o homem rural, tão hipossuficiente quanto o trabalhador urbano da década de trinta, recla-

ma um suprimento protetivo do Estado, e esse pode ser feito através da ação administrativa do Ministério do Trabalho, mas, de forma efetiva e garantida pela Justiça" ... O mesmo Senador José Lindoso pronunciou-se outra vez, advogando a instituição da Justiça Agrária; Marcos Freire: "O problema da terra é um daqueles que se constituem em pedra angular de todo o drama que vive a Nação brasileira" ... "sabemos da estrutura arcaica e iníqua que emperra o desenvolvimento brasileiro" ... "no Norte do País os grandes proprietários apropriam-se de 95% dessas terras, o que significa em números redondos cerca de 102 milhões de hectares" ... "ao lado do latifúndio, o primitivismo tecnológico vem fazendo com que grande parte de nossos agricultores use uma tecnologia que se equipara à do século passado e que chega, muitas vezes, a ser mais atrasada do que as áreas atrasadas do Oriente"; Mauro Benevides: leu e comentou um trabalho do ex-Senador Plínio Pompeu, expondo a situação de calamidade em que se encontram a lavoura e a pecuária no Nordeste; Paulo Brossard (comentando a alienação de 500.000 hectares de terras públicas na Amazônia): "É fantástico. Com isso está se criando — como se este País não tivesse problemas — um conjunto de problemas de dimensões extraordinárias para o Brasil. Eles poderão ser criados, mas não se dirá que o Senado foi desatento, surdo ou cego". E em outra oportunidade: "Não foi por acaso, nem por milagre, que, em janeiro (1981), a classe rural se movimentou como jamais o fizera; todos os seus segmentos, a uma voz, externaram os seus protestos, numerosos e variados, tamanha a inconformidade de todos quanto à política aplicada ao setor rural, fosse agrícola, fosse pecuário, de pequeno, médio ou grande porte" ... "a população aumenta, a terra não. É preciso respeitar a terra, coisa que não se respeitava e ainda não se respeita"; Orestes Quércia: "... para encontro deste modelo *sui generis* que deve ter inspiração agrícola, que deve ter por baliza a produção de alimentos, precisamos de uma reformulação na estrutura agrária, precisamos de novos conceitos de distribuição de terras, precisamos modificar toda a estrutura da propriedade privada, do contrário não sairemos de projetos frustrados" ... "Temos gente, temos terra, precisamos produzir, precisamos do mercado interno. Temos até a lei. Recordamo-nos de que uma das grandes restrições que se faziam ao Dr. João Goulart e talvez, em razão disso, um dos grandes motivos da deposição de João Goulart, foi a intenção de desapropriar terras com títulos da Fazenda Pública para estabelecer a reforma agrária. Foi exatamente isto, depois de 1964, que o governo Castello Branco fez: aquilo que foi o grande motivo para a derrubada de Jango foi estabelecido por lei, pela Constituição, no Governo Castello Branco. Mas foi estabelecido para não ser executado. Essa é que é a diferença"; Benedito Ferreira: "carecemos de uma política mais agressiva na área do ensino agropastoril e, ainda, de um critério de

preços justos aos produtos da agropecuária, de maneira tal que tenha o homem do campo uma remuneração que lhe permita comprar os bens produzidos pelas nossas indústrias e tenha ânimo, assim, para prosseguir alargando as nossas fronteiras econômicas"; Jutahy Magalhães: "Somos dos que pensam, diante do espaço brasileiro, capaz de abranger duas dezenas de países europeus, com os mais variados climas, regiões ecológicas e diversificados tipos de dispersão de ecúmeno — da densidade inferior a um, na Amazônia, que abrange metade de nosso território, à explosão demográfica do Nordeste Oriente, com cinquenta habitantes por quilômetro quadrado — que pode haver uma orientação global da política agrofundiária, mas o equacionamento das soluções propostas precisa regionalizar-se" ... "o nosso País deveria enfatizar menos a meta da colonização, que mostra atualmente fracassos notórios, para ocupar-se mais da reforma agrária e das conseqüentes desapropriações, que se fazem necessárias, para que a luta contra o mini e o latifúndio possibilite empresas e estabelecimentos rurais de porte médio, capazes de produzir a verdadeira riqueza do Brasil, direcionada às necessidades do mercado interno e externo"... "O agricultor sem terra é um dos elementos causais da escassez de alimentos, que conduz à subnutrição e à fome. Eis, aqui, uma causa político-social, não apontada anteriormente entre as artificiais condicionadoras da fome. No Brasil há milhões de agricultores sem terra que só podem trabalhar alugados, culminando, mais recentemente, na marcha social do "bóia-fria". Precisamos de uma reforma fundiária real e não de paliativos, sob a denominação de reforma agrária, para melhorar a produtividade agrária no País. A reforma fundiária deve reformular o instituto da propriedade, consignado no Código Civil, bem como alterar, no fundamental, o Estatuto da Terra. Precisamos de um Código Fundiário, que regulamente o uso de todas as propriedades imóveis do setor agrário"... "o Brasil precisa produzir todos os alimentos reclamados pelo mercado interno, exportando alguns excedentes, para tanto não basta incentivar o crédito e a modernização da lavoura, senão também liberalizar a propriedade fundiária, para que os verdadeiros lavradores não sejam bóias-frias, praticamente escravos dos terratenentes"... "O primeiro passo será a promoção de uma verdadeira reforma fundiária, incrementadas as cooperativas agrícolas, por intermédio das quais o Banco Rural propiciaria a aquisição de terras aráveis, a longo prazo, pelos lavradores"... "Não será possível uma reforma agrária eficaz sem que se proceda, paralelamente, a uma atualização do nosso direito fundiário"; Mauro Borges: "A reforma agrária não é uma invenção marxista, como às vezes algum ignorante apressado pode ser levado a crer. A reforma agrária é, no Brasil, uma condição indispensável para o pleno desenvolvimento de nosso potencial agropecuário e única forma de darmos segurança e garantirmos a sobrevivência

da economia da livre empresa em nosso País"... "O processo de evasão da zona rural que se vinha intensificando no País, nos últimos decênios, alcançou proporção alarmante em nossos dias; basta dizer que houve, de 1940 para cá, uma inversão. Antes, 30% na cidade, 70% no campo; hoje, ao contrário, 70% na zona urbana e 30% no campo"... "este sistema concentra tudo, concentra a renda, perpetrando a injustiça social"... "o povo tem que morar em concentrações pequenas, as agrovilas, que chamarei inicialmente de combinados agrourbanos. Só assim é possível criar um sistema de vida compatível com a dignidade humana, com as aspirações de todo o ser, de ter uma vida melhor, uma vida à altura daquilo que os seus irmãos da cidade têm no momento. Distribuir títulos só, não chega"; Passos Porto (justificando a criação da Justiça Agrária): "... está implícita a urgente necessidade de criação de um órgão judicial autônomo, para garantir-lhe o efetivo cumprimento, e assegurar à terra, como bem de produção, os seus objetivos primordiais de produtividade e justiça social"; Marcondes Gadelha (falando sobre o I Encontro Nacional do Sistema Fundiário): "o Encontro tem o mérito inicial de dissipar idiosincrasias partidárias ou ideológicas, situando os termos da regularização fundiária, colonização e reforma agrária como uma preocupação coletiva, uma necessidade irrecorrível da nacionalidade, e não problemas de segmentos ou grupos sociais"; José Lins: "É sabido que a fixação do homem à terra exige a oferta de assistência técnica, de um mínimo de infra-estrutura social, de mecanismos para escoamento da produção e de crédito, sem o que os objetivos de elevar a produção de alimentos e a qualidade de vida do meio rural dificilmente serão atingidos"; Leite Chaves: "... só uma reforma agrária séria e uma colonização racional seriam capazes de resolver o problema crucial do desemprego e do subemprego no campo, acabando assim com o regime de semi-escravidão a que estão submetidos milhões de bóias-frias"; Lázaro Barbosa (discorrendo sobre o III Seminário Nacional de Direito Agrário): "... os mercenários das terras rurais brasileiras, aqueles que as detêm como especuladores, continuam a ser protegidos do Poder, enquanto que os homens que trabalham, os que as estimulam ao cumprimento da inerente função social, continuam marginalizados"; Murilo Badaró: "... o que eu gostaria de reconhecer é que medidas tomadas, como a da última semana, vêm sintetizar uma preocupação do governo, no sentido de criar uma classe média rural, no sentido de fortalecer o minifúndio e o médio-produtor, dando a eles condições de, num futuro não muito remoto, terem, de fato, uma situação que lhes permita o uso de sua propriedade e da sua própria posse"; Bernardino Vieira: "... a adoção de uma política de fixação do homem ao campo, através da concessão de posse e do domínio da terra aos não proprietários, não irá surtir os efeitos desejados"... "A questão é mais profunda e tem como

causa fatos sociais novos que precisam ser diagnosticados, porque há situações diferentes para regiões diferentes que estão a exigir soluções diferentes"; Evilásio Vieira: "...os privilegiados dispõem de créditos para adquirir bens até supérfluos, mas o lavrador, lá no interior, que deseja um financiamento para adquirir uma terra para produzir alimentos para si e sua família, para os brasileiros, para produzir excedentes que possam ser exportados, e assim eliminarmos esta dívida astronômica, para esses não existem créditos"; Henrique Santillo: "... entre os anos 1970-1975, no País, houve uma incorporação, como novas fronteiras às áreas aproveitadas pela agropecuária brasileira, de cerca de 28 milhões de hectares. O que se lamenta, no entanto, é que, nesse mesmo período, desses 28 milhões de hectares, segundo o próprio IBGE, 21 milhões, ou seja, 75% da área incorporada, se fizeram propriedades acima de mil hectares, e, portanto, em grandes propriedades rurais"... "A reforma agrária, é claro, não é apenas um instrumento de solução econômica, mas um instrumento basicamente de solução social"... "o problema agrícola não se dissocia, em hipótese alguma, no Brasil da atualidade, do problema fundiário"... "A realização da reforma agrária e a reorientação de políticas por ela exigidas supõem a substituição do atual modelo econômico concentrador de rendas e orientado para o mercado externo, por uma política econômica voltada para o mercado interno, capaz de criar empregos, assegurar trabalhos justos e distribuir melhor a renda"; Nelson Carneiro: "...é preciso tomar providências no sentido de estabelecer o seguro agrícola e pecuário como medida protetora do capital dos produtores e, já agora, como providência que permita manter no meio rural aqueles produtores já desanimados e desiludidos com os setores responsáveis"; Mário Maia, reportando-se a livros de ORLANDO VALVERDE e TOMAZ POMPEU ACIOLI BORGES, critica a política governamental agrária na Amazônia e cita o Coronel Moacir Coelho, que, em palestra na Escola Superior de Guerra, acusou "os poderosos grupos econômicos, os ricos empresários, os fazendeiros", pelos problemas agrários da região; Teotônio Vilela: "Do Araguaia, terra sem homens, para homens sem terra. O homem chamado pelo Presidente Médici lá foi procurar o seu pedaço de terra para poder viver; o homem chamado pela cobiça, pelos altos interesses internacionais, para lá foi e não apenas tem um pedaço de terra, tem latifúndios da ordem de 150.000 hectares de terra"... "O Governo dá à Volkswagen ou àquela Companhia da Bahia, aprovada aqui pelo Senado — o Governo do Pará deu 400 mil hectares — mas nega a um homem que saiu das Alagoas, da Paraíba, do Ceará, nega a esse homem que anda léguas e léguas a pé ou num velho caminhão ou montado numa animália, nega a esse homem um hectare de terras. E não somente nega, prende e mete na cadeia. É contra isso que se insurge a Igreja." E outros mais.

Como se vê, na Câmara Alta do Parlamento, a mais alta Tribuna Política do País, os representantes dos diversos partidos discutiram exaustivamente o problema agrário, enfocando-o em seus variados aspectos. Uns conservadores, outros progressistas, alguns de "esquerda", outros do "centro", também alguns da "direita", uns mais profunda, outros mais superficialmente, abordaram a questão com patriotismo, elevação e serenidade, procurando, nos debates e discursos, conscientizar a sociedade brasileira para a magnitude do problema.

Na Câmara dos Deputados o mesmo aconteceu.

VIII — *Projetos apresentados no Congresso*

Mas os Parlamentares, Senadores e Deputados não se limitaram a discutir os problemas da terra. Indo mais além, e dentro de suas atribuições constitucionais, apresentaram, a respeito, numerosos projetos. Uns pormenorizados e profundos, tratando dos diversos aspectos da questão, verdadeiros códigos rurais; outros, abordando aspectos específicos do problema agrário; uns amplos, meditados; outros mais ligeiros e superficiais; uns de amplitude nacional, outros focalizando situações específicas, estaduais, regionais ou municipais; uns versando assuntos de interesse geral e permanente, outros circunstanciais; uns sociais, outros econômicos, outros políticos; uns de cunho democrático, outros socialistas, outros conservadores; uns de caráter imediatista, outros propondo soluções a médio e longo prazos; uns de inspiração cristã, outros não, todos esses projetos serviram, porém, em seu conjunto, para demonstrar que o Parlamento brasileiro esteve e continua atento à questão agrária.

Relacionando esses projetos, da década de 50 para cá, é de ressaltar, em primeiro lugar, o do Deputado Coutinho Cavalcanti, instituindo a reforma agrária. Foi uma proposição de impacto. Para provar o seu valor, basta considerar que ela foi adotada como a reforma agrária em Cuba e que a Venezuela também a encampou. Quem nos conta isso é PEDRO NAVA (73):

"A ele (Che Guevara) Cavalcanti deu cópia do seu plano de reforma agrária. Estava a entregá-lo a um homem do destino — que no futuro seria diretor do Instituto Nacional de Reforma Agrária de Cuba. E ele implantou na sua terra o que Cavalcanti propunha para o Brasil. Logo depois a Venezuela adotaria o esquema do nosso Deputado. Está integral nos anais do nosso

(73) NAVA, Pedro. *O Círio Perfeito*. Rio, Editora Nova Fronteira, 1983.

Parlamento e já foi publicado no livro *Reforma Agrária*, Autores Reunidos, Rio—São Paulo, 1961. Foi traduzido para o castelhano, foi distribuído em Cuba com uma saudação de Nuñez Giménez, dizendo: *Al doctor Coutinho Cavalcanti a quien la patria cubana debe las ideas de su reforma agraria.*”

Outro projeto de repercussão foi o do Deputado Fernando Ferrari, que se transformou na Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963 (Estatuto do Trabalhador Rural).

Além desses foram oferecidos, nas duas Casas do Congresso Nacional, numerosos outros projetos, pelos seguintes Parlamentares: Nestor Duarte — estabelecendo o Plano Preliminar da Reforma Agrária; Último de Carvalho — criando o Fundo Agrário Nacional; Josué de Castro — definindo os casos de desapropriação por interesse social; Dirno Pires Ferreira — criando a Rede de Cooperativas de Produção; Castro Costa — autorizando o Poder Público a organizar o Banco Rural do Brasil; Maciel Terra — criando o Fundo de Assistência ao Agricultor; Leite Neto — criando o Fundo de Reforma Agrária e Colonização; Mario Tamborideg — dispondo sobre a fixação do homem no campo; Osvaldo Lima Filho — regulando a desapropriação por interesse social, determinando a reavaliação do ativo das sociedades de economia mista e criando o Fundo Agrário Nacional; Manuel Peixoto — amparando a pequena propriedade e fomentando a produção por meio do crédito; Alô Guimarães — dispondo sobre aquisição de terras, garantia de preços etc.; Amauri Silva — instituindo nos Bancos a Carteira de Crédito Rural; Nelson Maculan — dispondo sobre as normas da Previdência Social para os trabalhadores rurais; Attilio Fontana — propondo a redução de 50% nos fretes da RFF para adubos, fertilizantes e forragens; Milton Campos — estabelecendo a revisão das normas jurídicas, econômicas e sociais relativas à propriedade da terra; Bezerra Neto — disciplinando o registro no IBRA dos acordos e convênios ou contratos com objetivos agropecuários; do mesmo parlamentar, conferindo atribuições exclusivas ao IBRA para a venda de imóveis rurais da União, quando destinados à agropecuária; Assis Canuto — dispondo sobre fracionamento dos lotes agrícolas em projetos de colonização; do mesmo autor, isentando do imposto rural imóveis de até 100 hectares; dele, ainda, dispondo sobre a incidência do Imposto sobre a Propriedade territorial Rural; Rubem Figueiró — criando o Fundo de Cooperativismo Agrário; Victor Faccioni — dispondo sobre a arrecadação e distribuição de bens vagos na zona rural; Renato Cordeiro — dispondo sobre a implantação de fazendas pelo Poder Público em todos os Municípios brasileiros; Léo Simões — alterando o Estatuto da Terra, com vistas a evitar a expansão

de monoculturas e a propiciar a produção de alimentos; Darci Passos — regulando a aquisição de imóvel rural por estrangeiros; Mansueto de Lavor — sobre a desapropriação de imóvel rural por utilidade pública; Moacir Franco — sobre o arrendamento das terras aproveitáveis não exploradas; Inocêncio Oliveira — concedendo redução das contribuições devidas ao INCRA pelos empregados rurais do Nordeste; do mesmo autor, isentando os empregados rurais do Norte das contribuições do INCRA; José Carlos Teixeira — fixando o limite máximo da área do imóvel rural a ser ocupada por lavoura permanente ou temporária de uma só espécie; Carneiro Arnaud — sobre a concessão dos benefícios da Previdência e Assistência Social em favor dos empregados rurais e seus dependentes; do mesmo autor, obrigando a destinar parte da área agrícola para cultura de subsistência; Teodorico Ferraço — regulando a arrecadação de bens vagos prevista no Estatuto da Terra; do mesmo autor — criando o Fundo de Crédito Rural; ainda do mesmo Deputado — dispondo sobre o uso e ocupação temporários do solo rural, instituindo sobre eles o direito de superfície, e sobre desapropriação de áreas que ladeiam as estradas asfaltadas para serem transformadas em Colônias Agrícolas; Fernando Santana — (projeto de resolução) criando a Comissão Permanente de Reforma Agrária; Ademar Ghisi — restringindo a aplicação das normas do Estatuto da Terra à indivisibilidade de lotes; do mesmo autor, sobre a área de lotes nos projetos de colonização; também dele — dispondo sobre a instalação de Postos do INCRA nas sedes das Comarcas; ainda do mesmo Deputado — sobre aquisição de pequenas glebas destinadas à agricultura, cria o Fundo Financeiro para custear projetos de florestamento e reflorestamento de terras dos pequenos e médios produtores rurais; José Jerônimo — determinando pertencerem à União as áreas úmidas e vazantes no Polígono das Secas; Carlos Vinagre — alterando o Decreto-Lei nº 1.164, de 1971, relativo às áreas de terras devolutas situadas à margem das rodovias da Amazônia legal; Hugo Mardini — dispondo sobre a prorrogação compulsória dos contratos de arrendamento rural; Doreto Campanari — alterando o Estatuto da Terra, na parte referente à parceria agrária; Sérgio Cruz — instituindo a poupança agrária; João Herculino — estabelecendo modalidade de devolução aos municípios das retenções efetuadas pelo INCRA; Nilson Gibson — proibindo a unificação de terras descontínuas, em municípios diversos, para fins de cadastramento e pagamento do Imposto sobre Propriedade Rural; do mesmo autor, tornando obrigatória a indenização pelas construções e plantações, além de benfeitorias; José Luiz Maia — isentando da taxa de serviços cadastrais e das contribuições parafiscais e sindicais os imóveis rurais atingidos por calamidade pública; Ferreira Martins — sobre o pagamento de Imposto sobre a propriedade Rural; Alcides Lima

— sobre o uso do solo agrícola; José Arbage — dispondo sobre a não incidência do Imposto Territorial Rural sobre áreas reforestadas e as florestas particulares; do mesmo autor (projeto de resolução) instituindo uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar as atividades ligadas ao sistema fundiário; ainda do mesmo Deputado, incluindo a disciplina “Direito Agrário” no Curso de Direito; Rubens Azambuja — sobre a aplicação de recursos do Fundo 157 como empréstimos ao trabalhador rural, para aquisição de terras; Irineu Coletto — dispondo sobre empréstimos ao trabalhador rural para compra de terras; Waldmir Belinati — extinguindo o instituto do módulo; Artenir Werner — permitindo a divisão do imóvel rural em área inferior ao módulo rural, nos casos de sucessão *causa mortis*; Alencar Furtado — criando uma Comissão Especial para elaboração de projeto de lei delegada destinada a reformular a legislação sobre reforma agrária; Francisco Libardini — dispondo sobre ocupação de terras públicas; do mesmo autor — isentando pequenas propriedades das contribuições previdenciárias; ainda do mesmo Deputado — sobre a desapropriação de áreas que ladeiam estradas asfaltadas, para construção de Colônias Agrícolas; Felipe Pena — acerca de litígios judiciais entre proprietários e arrendatários rurais; Vasco Neto — sobre liberação de terras para culturas de subsistência; do mesmo autor — condicionando a liberação de recursos para projetos agropecuários e agroindustriais à destinação de áreas para culturas de subsistência; Júlio Costamilan — tratando de preços mínimos para a uva; Pacheco Chaves — estabelecendo a área mínima para contrato de parceria agrícola; Herbert Levi — revogando dispositivo do Estatuto da Terra que proíbe a divisão do imóvel rural em áreas inferiores ao módulo rural; José da Costa Coimbra — permitindo que os herdeiros ou legatários de imóvel rural possam dividi-los em outros de dimensões inferiores ao módulo rural; Antônio Mazurek — isentando do imposto de renda os lucros decorrentes de vendas de frações de terras de latifúndios; Carlos Santos — declarando de interesse social, para fins de execução de projetos de reforma agrária e de colonização oficial, as terras públicas, particulares e devolutas situadas nas proximidades das rodovias, ferrovias e de obras públicas; Airton Reis — sobre o sistema de organização e funcionamento do INCRA; Celso Peçanha — possibilitando a divisibilidade do imóvel rural de qualquer dimensão; do mesmo autor — sobre a cessão das faixas de terra ocupadas por linhas de transmissão de energia elétrica para exploração agrícola; Carlos Chiareli — sobre a dimensão da área de terra explorada; Raul Bernardo — permitindo o fracionamento do imóvel rural menor que o módulo rural, quando situado em área suburbana; do mesmo autor — tornando inegociável o imóvel rural de um módulo; Osvaldo Melo — assegurando ao arrenda-

tário a renovação compulsória do arrendamento; Benedito Marcílio — extinguindo a figura do módulo rural para efeito de enquadramento do empregador rural nos benefícios da Lei nº 6.220, de 1975; do mesmo autor — dispendo sobre a propriedade de grandes extensões de terra; Antônio Marimoto (requerimento) — criando uma comissão de inquérito destinada a proceder à avaliação crítica da problemática da agropecuária no Brasil; João Arruda — sobre a divisibilidade de imóveis rurais; do mesmo autor — não considerando como imóvel rural o terreno urbano usado para fins agrícolas; Adalberto Camargo — estabelecendo condições para concessão de financiamento ou empréstimos aos grandes proprietários rurais; Alexandre Machado — relativo ao cálculo do Imposto Territorial Rural; Gerson Camata — definindo a área rural de lazer; Ulysses Guimarães — alterando o Estatuto da Terra, fixando outro fator para o cálculo do imposto territorial; Rezende Monteiro — extinguindo o INCRA; Siqueira Campos — autorizando a criação do Ministério da Colonização e Reforma Agrária; do mesmo Deputado — assegurando aos arrendatários de lotes rurais no Distrito Federal o direito de optar por sua compra; Osvaldo Buskei — introduzindo cláusula de retrovenda nas vendas de terras efetuadas para fins de reforma agrária ou de colonização; do mesmo autor — incluindo o “Direito Agrário” no currículo das Faculdades de Direito; Antônio Pontes — sobre o processo administrativo de reconhecimento de posse em terras devolutas da União na Amazônia legal; Maurício Leite — criando o Ministério da Colonização e Reforma Agrária; Francisco Amaral — alterando o Estatuto da Terra, na parte relativa à parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa; do mesmo autor (requerimento) — instituindo uma comissão para investigar e avaliar a extensão do programa de redistribuição de terras no Norte e no Nordeste; Ernesto Valente (requerimento) — criando uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar e avaliar o programa de terras nas Regiões Norte e Nordeste do País; Nunes Leal — sobre o desmembramento do imóvel rural em parcela menor ao modelo rural; Odacir Klein — sobre a forma de pagamento de débitos dos agricultores e pecuaristas perante o INCRA; do mesmo autor — isentando da taxa rodoviária máquinas agrícolas e de terraplanagem; Walter Silva — incluindo o reflorestamento como fator para cálculo do Imposto Territorial Rural; do mesmo autor — sobre litígios judiciais entre proprietários e arrendatários; Laerte Vieira — modificando a definição de trabalhador rural e empresário ou empregador rural; Juraci Bernardes — disciplinando a desapropriação de imóveis rurais para impedir o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes; Rubem Medina — incluindo no currículo das Faculdades de Direito a cadeira de “Direito Agrário”; Emanuel Pinheiro —

obligando os Cartórios de Registro de Imóveis a comunicar às Prefeituras Municipais ou ao INCRA o registro de escritura das terras; Amaral de Souza — permitindo a redução da propriedade rural em áreas inferiores à do módulo; Monteiro de Barros — definindo áreas prioritárias de emergência para fins de exploração agropecuária; Edilson Távora — sobre a devolução aos proprietários e posseiros das terras situadas na Serra de Ibiapaba; Fábio Fonseca — sobre a profilaxia da doença de Chagas e defesa da saúde contra as verminoses; Reinaldo Santana — sobre a legitimação de posse em terras públicas rurais; Cid Furtado — sobre a sindicalização dos pequenos trabalhadores rurais; Cardoso de Almeida — sobre discriminação, pelo Ministério da Agricultura, de regiões para a execução abrigatória de planos de combate à erosão; Jaison Barreto — sobre concessão de áreas de terra, para fins de subsistência, a famílias de trabalhadores rurais; Adriano Valente (requerimento) — criando uma Comissão Especial para elaborar projeto de Código de Proteção e uso adequado da terra; Parsifal Barroso — dispondo sobre a Política Nacional de Irrigação; Otávio Cecate — determinando que, nos loteamentos rurais efetuados por empresas particulares de colonização, 70% da área total sejam ocupados por brasileiros; Humberto Souto — estendendo os benefícios da área da SUDENE à totalidade dos territórios já parcialmente incluídos na zona do Polígono das Secas; Guaçu Piteri — sobre a produção de matérias-primas vegetais destinadas ao Plano Nacional do Alcool; Célio Marques Fernandes — instituindo o sistema de coleta de informações dos promitentes compradores de lotes rurais; Magnus Guimarães — proibindo empresas estrangeiras de adquirir terras pertencentes à União, Estados e Municípios; Antunes de Oliveira (Emenda à Constituição) — criando a Justiça Agrária; do mesmo Deputado — acrescentando dispositivo ao Código Penal, para prever o estelionato qualificado sob o *nomen juris* de grilagem; Atiê Curi — assegurando o direito de defesa às pessoas interessadas em terras a serem discriminadas; Jerônimo Santana — sobre a doação de lotes aos “soldados da borracha”; Osvaldo Macedo — sobre o controle e fiscalização de venda de terras a estrangeiros; Miro Teixeira — sobre a entrega de títulos de propriedade a ocupantes de terras públicas e devolutas; Rosemburgo Romano — autorizando a concessão de direito real de uso sobre as terras que margeiam as rodovias federais; Hélio Duque — sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil; Edson Vidigal — autorizando a doação de terras aos Sindicatos de Trabalhadores Rurais para formação de lavouras; Vivaldo Frota — sobre a aplicação em projetos de colonização de 50% do produto da alienação das terras devolutas da União; João Menezes — instituindo o Código Rural; Otávio Torrecila — sobre

a regularização da propriedade rural, objetivando o seu aproveitamento racional; Nelson do Carmo — sobre a aplicação de recursos do FINOR em financiamentos agropecuários; Sérgio Cruz — instituindo a poupança agrária; Alcides Lima — sobre o uso do solo agrícola; Rubens Ardenghi — a respeito da habitação rural; Irineu Coletto — relativo a empréstimo ao trabalhador rural para aquisição de terras; Israel Pinheiro — não considerando rendimentos tributável o lucro apurado em alienação de imóvel rural cujos índices de utilização da terra e de eficiência na exploração atinjam valores acima de 80%; Aldo Arantes — autorizando a criação da Faculdade de Ciências Agrárias em Araguaína; Aroldo Moleta — alterando o Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, para tornar obrigatório o reassentamento dos colonos em casos de desapropriação de terras por utilidade pública; Zacharias Assumpção — loteando, para aquisição por seus ocupantes, as terras da antiga Estrada de Ferro Bragança, no Pará; Franco Montoro — sobre as condições do parcelamento da terra; do mesmo autor — estabelecendo medidas de defesa do posseiro que ocupe trecho de terra onde reside e torne produtivo; José Sarney — sobre o direito de preferência à aquisição de terras públicas; Vasconcelos Tôrres — sobre doação de terras aos ex-combatentes da FEB; Jarbas Passarinho — alterando a Lei nº 6.383, de 1976, sobre o processo discriminatório de terras devolutas; Jorge Kalume — alterando o art. 607 do Código Civil; Jutahy Magalhães — dispendo sobre a preferência a posseiros na alienação de terras da União; do mesmo autor — dispendo sobre a divulgação dos dados cadastrais relativos a latifúndios; também dele — considerando vago, e passando ao domínio da União, o imóvel rural abandonado durante dois anos; ainda do mesmo Senador — sobre o arrendamento compulsório de parcelas de latifúndio para os fins que especifica; Itamar Franco — considerando prioritárias para fins de desapropriação as áreas que apresentam tensão social; Nelson Carneiro — acrescentando dispositivo à Lei nº 5.889, de 1973, que estatuiu normas reguladoras do trabalho rural; do mesmo Senador — introduzindo modificações na lei que instituiu o PROAGRO, com vistas à cobertura de riscos agropecuários nos investimentos não financiados; também dele — fixando módulo de fracionamento rural específico no Distrito Federal; Mário Maia (projeto de resolução) — criando a Comissão Permanente de Assuntos Fundiários; Lino de Matos — excluindo as terras situadas nas estâncias hidrominerais e climáticas da proibição de divisão em áreas de dimensão inferior à de um módulo rural; Orestes Quércia — revogando o art. 65 do Estatuto da Terra, que proíbe desmembramentos de terras em áreas inferiores à constituída de um módulo da propriedade rural; e Marcelo Alencar (Emenda à Constituição) — determinando a audiência prévia do Senado nos processos de venda de terras a estrangeiros.

IX — O que o Executivo já fez

Se, como vimos, tem sido grande o interesse do Congresso Nacional pelos problemas da terra, nele se debatendo, em extensão e profundidade, os diversos aspectos da reforma agrária, e nele tendo sido apresentados, pelos Deputados e Senadores, numerosos e importantes projetos visando a sua solução, forçoso é reconhecer que, de parte do Executivo, houve também, neste último quarto de século, iniciativas louváveis no setor.

A propósito cumpre ressaltar, de pronto, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-64), um diploma legal equilibrado, de inequívoco sentido social e indiscutíveis possibilidades econômicas. Uma grande lei. Mas que, infelizmente, não foi aplicada em sua inteireza. A reforma fundiária, nela prevista, não se efetivou; e a política agrícola, que alcançou alguns êxitos, favoreceu preferencialmente os grandes proprietários e as grandes empresas agrícolas, inclusive multinacionais.

Além, no entanto, do Estatuto da Terra, são creditáveis ao Executivo, na espécie, os seguintes diplomas: Lei nº 4.593, de 29-12-64 (trata da desapropriação de terras para obras de combate às secas no Nordeste); Lei nº 4.755, de 16-8-65 (disciplina a fixação do imposto sindical devido pelos estabelecimentos rurais); Lei nº 4.771, de 15-9-65 (institui o novo Código Florestal); Lei nº 4.829, de 15-11-65 (institucionaliza o crédito rural); Lei nº 4.869, de 10-12-65 (aprova o Plano diretor do desenvolvimento do Nordeste para os anos 66, 67 e 68); Lei nº 4.947, de 6-4-66 (fixa normas de Direito Agrário); Lei nº 5.168, de 21-10-66 (autoriza o Poder Executivo a instituir a COSAGRI — Companhia Brasileira de Serviços Agrícolas); Lei nº 5.173, de 22-10-66 (extingue a SPEVEA, cria a SUDAM e dispõe sobre o Plano de Valorização da Amazônia); Lei nº 5.174, de 27-10-66 (dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais na Amazônia); Lei nº 5.360, de 23-11-67 (concede deduções da contribuição devida ao INDA); Lei nº 5.365, de 1º-12-67 (cria a Superintendência da Região Centro-Oeste — SUDECO); Ato Institucional nº 9, de 2-7-69 (sobre desapropriação de propriedade rural mediante indenização); Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69 (sobre desapropriação de imóveis para reforma agrária); Decreto-Lei nº 582, de 15-5-69 (estabelecendo medidas para acelerar a reforma agrária e criando o IBRA); Decreto-Lei nº 1.100, de 9-7-70 (criando o INCRA); Decreto nº 68.524, de 16-4-71 (trata da participação de entidades privadas na implantação de projetos de colonização nas áreas prioritárias para reforma agrária); Decreto-Lei nº 1.179, de 6-7-71 (institui o PROTERRA); Lei nº 5.709, de 7-10-71 (regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou por pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil);

Lei nº 5.764, de 6-12-71 (define a política rural de cooperativismo); Decreto nº 70.430, de 17-4-72 (sobre assistência a pessoas domiciliadas nas áreas de desenvolvimento agropecuário); Decreto nº 73.617, de 12-2-74 (instituindo o FUNRURAL); e a Mensagem Presidencial nº 143/85, estendendo o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ao trabalhador rural.

Além disso, o Presidente da República sancionou diversos projetos sobre os problemas da terra.

Não se pode, falando das iniciativas do Executivo na área agrária, deixar de registrar aquela que constitui a sua maior obra: o PROALCOOL, de tão larga repercussão em nossa economia e em nosso mercado de trabalho, para não falar do que representa sob o ponto de vista político, eis que estreitamente ligado à nossa segurança e à nossa independência.

X — Diretrizes

De tudo que expusemos conclui-se que o modelo agrário do País requer uma reestruturação ampla e profunda, pois se manifesta obsoleto, pouco produtivo e desumano.

Iniciativas isoladas do governo, algumas de impacto, não foram suficientes para a organização da sociedade campestre em termos de equilíbrio, valendo como simples paliativos.

Quanto ao Congresso, cumpriu o seu papel, mantendo a questão na ordem do dia e sobre ela chamando a atenção do governo e do povo em geral, não se falando nas proposições que apresentou, disciplinando diferentes aspectos dos problemas da terra.

A verdade, contudo, é que, estruturado em função dos velhos e caducos princípios liberal-democratas, o modelo vigente serviu, preferentemente, aos interesses de um capitalismo selvagem, e, dessa maneira, a sociedade campestre revelou-se instável e desumana, dividida em exploradores e explorados, ricos e pobres, poderosos e humilhados.

Aí a causa primeira do fracasso da política governamental dos últimos anos, no setor, com o êxodo rural cada vez mais intenso, os conflitos e as tensões no campo se multiplicando, o desemprego aumentando, as cidades "inchando" e nelas crescendo a miséria, os assaltos, os crimes.

Evidentemente, a reforma agrária não pode ser colocada como a solução de todos os problemas que afligem o País, mas há de ser incluída como uma das metas prioritárias de uma estratégia

governamental global que se oriente no sentido de nossa segurança social, do nosso desenvolvimento econômico e de nossa afirmação política.

A análise da conjuntura econômica nacional, levando-se em conta as nossas realidades e a situação internacional, os nossos recursos, as nossas carências e as pressões internas e externas, bem como o conflito de interesses entre as forças de produção, nacionais e alienígenas, leva-nos à convicção de que não há mais tempo a perder e que necessitamos, com senso, patriotismo e coragem, iniciar uma reforma agrária já.

Finalmente, o Presidente José Sarney, em dois atos relevantes, deixou claro seu propósito de realizar efetivamente a reforma agrária no País, nos termos do Estatuto da Terra: um, criando o Ministério do Desenvolvimento e Reforma Agrária; outro, submetendo ao exame do Congresso um Plano de Emergência.

No que toca à criação do Ministério, cremos ter sido uma medida desnecessária e onerosa.

Realmente, a reforma agrária, a ser feita nos moldes propostos no Estatuto da Terra, não pode ser obra de um só Ministério, mas, praticamente, de todos os Ministérios, sob o comando firme do Chefe da Nação, pois essa reforma envolve providências multiformes, todas igualmente importantes, a serem tomadas por quase todos os Ministérios. Assim, questões de salário, férias, acidentes de trabalho, fundo de garantia etc., estariam a cargo do Ministério do Trabalho; assistência médica e hospitalar, pensões e aposentadoria, seriam da alçada do Ministério da Previdência Social, seleção de sementes, recuperação de terra, distribuição de mudas, irrigação, combate às pragas e à erosão, caberiam ao Ministério da Agricultura; o problema dos preços, estocagem, mercado, exportação etc., seriam assunto do Ministério da Indústria e do Comércio; o combate às endemias rurais, saneamento rural, construção de postos de higiene, vacinação e outros, estariam no âmbito do Ministério da Saúde; ao Ministério dos Transportes incumbiria a construção de estradas para o escoamento dos produtos, a fixação dos fretes etc.; a conquista de mercados externos deveria ser trabalho do Ministério do Exterior; a concessão de terras de fronteira e de zonas de segurança nacional incumbiria ao Conselho Nacional de Segurança Nacional; moradia seria com o BNH, e assim por diante.

Seja como for, o tão-só fato de criar um Ministério com o objetivo de promover a reforma agrária, constitui um fato auspicioso e digno de aplausos.

Quanto às reações que o Plano vem provocando no seio das classes conservadoras, eram esperadas e não devem atemorizar

ninguém. Há interesses poderosos, nacionais e alienígenas, em jogo. O capitalismo selvagem não cede a não ser pela força. E as multinacionais só à força renunciam aos seus propósitos imperialistas. Por outro lado, os comunistóides não perdem tempo, e, com seus velhos jargões e cediços métodos, estimulam os camponeses ingênuos ao assalto à propriedade alheia, como se isso fosse reforma agrária. O certo é que a reforma agrária é necessária e urgente. Sem ela o Brasil jamais sairá da triste situação econômica e social em que se encontra. O Presidente que a efetivar terá seu nome perpetuado na história.

O ideal estaria em elaborarmos um Código Rural, de sua elaboração participando todos os segmentos da sociedade.

Cabe, todavia, não esquecer que uma lei, principalmente um código, há de refletir não só uma realidade como, também, e acima de tudo, uma filosofia — isto é, uma compreensão do homem e do universo.

Uma lei tem, portanto, um conteúdo e um sentido, traduz uma ideologia. Quando se institui um Código, parte-se de uma situação e busca-se um objetivo. Por isso, ele é a expressão legal de uma doutrina.

No caso brasileiro, o nosso “sonho” político foi sempre a democracia, mas esta nós só a obteremos quando conseguirmos conscientizar o nosso povo da necessidade de informá-la, essa democracia, na ideologia cristã, única capaz de promover uma sociedade solidária, livre e justa, pois a única que coloca o *homem* — conceituado como um ser feito à imagem e à semelhança de Deus — como o centro em torno e em função do qual devem girar as coisas.

Dentro desse entendimento estamos que, ao procedermos a uma reforma agrária, mediante a implantação de um inteligente e patriótico Código Rural, deveremos levar em conta as seguintes considerações:

1º — Não podemos, no Brasil, fazer uma reforma agrária para todo o País. As condições sócio-geoeconômicas são variadas, de região a região, exigindo tratamento diferenciado. Destarte, dentro de uma finalidade maior, isto é, de um propósito final único — cristão e brasileiro — teremos, ao fazer a reforma, de aplicar processos adequados às diversas regiões.

2º — A reforma há de ter um caráter nacionalista. É claro que o capital estrangeiro não pode ser desprezado. Somente, não podemos admitir que esse capital seja aqui aplicado com objetivos imperialistas. O controle da remessa de lucros de empresas estrangeiras, obrigando-as a reinvestir no Brasil esses lucros, é algo de imperativo.

3º — Do mesmo modo, temos que reformular a política fundiária, para efeito de evitar que os estrangeiros — indivíduos ou empresas — se tornem proprietários de grandes extensões de terras. O levantamento aerofotogramétrico feito em nosso território aconselha medidas rigorosas a respeito, e não apenas por força de uma reforma agrária, mas, também, de segurança e até de resguardo da nossa soberania. O ideal seria que a *propriedade* da terra, em nosso território, fosse exclusivamente de brasileiros, dando-se ao estrangeiro, tão-somente, o direito de usá-la, de sua posse, obedecidas normas que resguardassem os superiores interesses da Pátria.

4º — A reforma agrária não pode restringir-se à política agrícola, tem que incluir, necessariamente, a reestruturação fundiária. Temos terras que dão para todos. E a posse da terra é um estímulo ao trabalho. Já vimos como as pequenas e médias propriedades, com menos terra, produzem mais utilidades e dão mais empregos do que as grandes.

5º — O aspecto econômico da reforma agrária é importante, mas não é o único nem o principal. Paira, sobre ele, o aspecto social. Porque as coisas existem para o homem. Assim, não é o lucro, não são as divisas, não são os saldos que devem entusiasmar os homens públicos. Tudo isso vale, mas só vale se valer para o progresso do País, o bem-estar do povo, a grandeza da Pátria.

6º — O latifúndio improdutivo não é o único mal. Também é um mal o minifúndio, mais improdutivo e mais nocivo ainda. Como a nossa densidade demográfica, considerada em seu conjunto, ainda é fraca, torna-se possível desenvolver uma política que conceda terra, em quantidade suficiente, a quantos dela precisem e queiram trabalhá-la. As áreas de terra devem ser de molde a favorecer uma produção que satisfaça às necessidades do trabalhador e sua família, da comunidade em que viva e do País.

7º — O trabalhador rural deve ter garantida a sua participação nos lucros e na gestão das empresas. O lucro de uma empresa é o resultado de um trabalho conjunto de empregados e empregadores. Nada mais justo, portanto, que não só os empregadores, mas também os empregados, dele participem. Do mesmo modo, a presença do trabalhador na gestão da empresa é aconselhável. Trabalhando, vivendo o dia-a-dia da empresa, ele conhece o que há de certo e o que há de errado na administração e pode com sua experiência, colaborar para corrigir as falhas verificadas. Outro aspecto relevante: participando dos lucros e da administração da empresa o trabalhador não pensará tanto em greves e terá uma noção mais exata das dificuldades do empregador, assim podendo melhor cooperar para melhorar os negócios, o que seria, igualmente, de seu próprio interesse.

8º — O Governo deve, com a colaboração privada — de indivíduos e pessoas jurídicas —, convencer o agricultor da necessidade de evitar a monocultura. Mais do que isso: tem que implantar um modelo econômico em que a policultura seja estimulada e protegida. Por vício de uma defeituosa educação econômico-financeira, resultante de uma formação liberal-capitalista, os nossos agricultores, volta e meia — e isso desde muitos anos —, abandonam suas atividades polimorfas e passam a cuidar de um só produto, aquele que lhe dê mais lucro. Daí redundam a falta de muitos produtos e o excesso de produção de outros. Esse erro de política econômica (a política econômica liberal democrática, individualista, utilitária, imediatista, desumana) explica a queima do café, do algodão, da cebola e a importação, por um país como o Brasil, de feijão, de arroz, de carne, de milho...

9º — É de considerar, como fundamental, no caso, que a fixação do homem ao solo não se processará apenas pela posse da terra. Na política agrícola a empreender não de ser pesados outros aspectos importantes da vida rural, entre estes, o que diz respeito ao preparo técnico dos agricultores, ao lazer, a sua segurança, à educação dos filhos, a sua saúde, à assistência social etc. Isso implica dizer que uma reforma agrária autêntica não pode ser supervisionada só por um Ministério, mas, praticamente, por todos os Ministérios. Escolas técnicas, fazendas experimentais, combate às endemias rurais, hospitais, moradia, creches, campos para a prática de esportes, escolas primárias, crédito, seguro agrário, transporte, preços compensadores para a produção, serviço militar, instituição da justiça agrária, assistência e previdência social para os trabalhadores, cooperativas, bancos rurais, combate à erosão, reflorestamento, açudagem, irrigação etc; tudo isso tem de ser estudado, planejado e conduzido em conjunto pelos diversos órgãos governamentais, exigindo um trabalho coordenado dos Ministérios da Agricultura, da Saúde, da Educação, do Trabalho, da Justiça, da Fazenda, do Planejamento, da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, da Indústria e do Comércio, do Interior, da Habitação, das Relações Exteriores etc.

10 — Finalmente, tem-se que levar em conta que só será possível efetivar uma reforma agrária verdadeira se superarmos os óbices, teóricos e práticos, do sistema político demoliberal, capitalista, retrógrado, desumano, escravagista mas que insiste em sobreviver e que continua ferozmente defendido pelos que dele se aproveitam. Isso importa em reconhecer que, sem menosprezo pela colaboração do indivíduo e das sociedades privadas, do Estado (que representa a Nação) há de estar sempre presente, inclusive na área econômica, *onde, quando e sempre* que a sua *presença* se fizer *reclamada*, em defesa do desenvolvimento do País, da justiça social e de nossa soberania.

A consolidação da burguesia rural no Distrito Federal: aspectos ideológicos

VILMA FIGUEIREDO

MA, PhD em Sociologia com pós-doutorado em Sociologia Política. Professor Adjunto do Departamento de Sociologia da UnB

BRANCOLINA FERREIRA

MA em Sociologia. Técnico em Planejamento e Pesquisa do CNRH/IPEA

CAETANO ERNESTO PEREIRA DE ARAÚJO

MA em Sociologia. Assessor Legislativo do Senado Federal

RESUMO

Análise de percepções de agricultores, arrendatários do governo, atraídos para o DF por um Plano de Assentamento Dirigido. A maneira como esses agricultores se auto-identificam configura uma visão burguesa do mundo. Os elementos dessa visão são construídos a partir da análise da correspondência entre autovisão e realidade, da percepção que o grupo expressa da força de trabalho que utiliza, da percepção e expectativas que tem do Estado e, finalmente, da percepção que tem do grande capital.

Introdução

O PAD/DF (Plano de Assentamento Dirigido do Distrito Federal) foi criado em 1976 com a finalidade de promover a ocupação produtiva de terras na zona rural do Distrito Federal, no sentido da formação e consolidação de um grupo de produtores rurais com características e práticas agrícolas nitidamente conformadas por um padrão idealizado de empresário rural. Difere fundamentalmente dos planos (e práticas) anteriores de ocupação de terras no DF na medida em que, pela primeira vez, privilegiou como critério de seleção dos arrendatários a chamada "capacidade empresarial", o que, em última instância, nada mais é do que contemplar com o acesso à terra os pretendentes que comprovem a disponibilidade de um *quantum* de capital e de um plano de aplicação no desenvolvimento dos lotes a serem recebidos. Ademais, a par da introdução deliberada de capital na promoção das atividades agrícolas regionais, deixa de tomar como critério relevante na seleção de sua clientela a obrigatoriedade de experiência anterior em atividades agrícolas: mais vale a presença do "espírito de empresário empreendedor", o que significa aferir os montantes de recursos de capital a serem transferidos para o Distrito Federal para aplicação orientada por um plano de ocupação produtiva da terra.

A situação do Distrito Federal é bastante peculiar, dado que suas terras constituem um patrimônio público apenas acessível através de contratos de arrendamento. Até recentemente, a designação dos arrendatários pautava-se, sobretudo, por critérios pessoais em detrimento de procedimentos que levassem em conta aspectos sociais e econômicos. O Plano de Assentamento Dirigido — PAD/DF — impôs-se como uma necessidade para tornar as terras, quase sempre ociosas, nas áreas do entorno de Brasília, produtivas e, mais que isso, que de imediato se viabilizasse a disseminação de empresas rurais de médio porte, com elevados níveis de eficiência (e produtividade). Descartou-se, portanto, a intenção, que tradicionalmente vem expressa em planos governamentais de colonização oficial, de promoção de acesso à terra a agricultores pobres.

Como decorrência desse plano, durante a segunda metade de 1977 e a primeira metade de 1978, chegam os primeiros novos arrendatários, procedentes da região sul e que são assentados em 15 lotes de, aproximadamente, 300 ha cada um, numa gleba pioneira, a área "A" do PAD/DF.

Anteriormente, as terras que formavam essa área estavam improdutivas. O Governo do Distrito Federal procedeu aos trabalhos essenciais de implantação da infra-estrutura básica (tais como, carta de solos, demarcação dos lotes, abertura de estradas de acesso, etc.), além de oferecer o plano de ocupação produtiva: basicamente dever-se-iam produzir cereais (inicialmente arroz e, depois, soja), aproveitando-se tanto

os atrativos de mercado, sobretudo para a comercialização da soja, como a experiência de trabalho de boa parte desses agricultores, que já praticavam esses cultivos em suas áreas de procedência.

Em trabalho anterior⁽¹⁾ onde se lidou com o mesmo universo, procurou-se mostrar em que medida e condições se processava essa ocupação, de caráter eminentemente capitalista, de terras na zona rural do Distrito Federal. Agora, dando continuidade ao que então foi pensado, objetivou-se, através do levantamento e elucidação de certas questões, configurar um quadro geral de aspectos indicativos da autovisão do grupo estudado, que permitisse a identificação de sua condição de classe, através da autopercepção ideologizada de seu papel e posição sociais.

Assim, se naquele trabalho concluiu-se pela condição burguesa do grupo estudado, a meta do presente estudo foi a de verificar se, no plano ideológico, o grupo apresentava uma consciência também burguesa.

Um primeiro problema a ser enfrentado foi o relativo à diferenciação interna do grupo. Apesar de já se ter identificado um caráter mais geral de classe, comum a todos seus integrantes, verificaram-se, também, disparidades internas referentes à magnitude e origem do capital de cada indivíduo. Coexistem capitais de origem comercial, industrial e agrícola, os quais, logicamente, referem-se a experiências de vida distintas de seus detentores. Ainda mais, alguns desses capitais constituíram-se, enquanto tais, em épocas mais ou menos recentes, tanto que alguns dos membros desse grupo começaram a utilizar trabalho assalariado (tomado por nós como indicador fundamental de exploração capitalista), somente após o assentamento no PAD/DF. Diante de tal grau de diferenciação, chegou-se a questionar em que medida se poderiam considerar os ocupantes da área "A" como um grupo produtor ou portador de uma única visão de mundo. No entanto, constatou-se que a situação de classe comum a todos no momento impõe-se e, guardadas as diferenças esperadas devidas à especificidade das estórias de vida, conseguiu-se detectar nos discursos coletados elementos indicadores de uma concepção de mundo comum a todos. O segundo empecilho enfrentado diz respeito às condições objetivas de realização da pesquisa. A exigüidade de recursos e de tempo, tanto de nossa parte quanto dos informantes, impossibilitou um trabalho de campo mais completo⁽²⁾. Em conseqüência, não foi possível a reconstrução, ao nível teórico, da visão de mundo do grupo enquanto uma totalidade. Conseguiu-se, apenas, captar alguns elementos que, ainda

(1) Ver: FIGUEIREDO, Vilma et alii — "A intensificação da agro-empresa no DF" em BRAS ARAÚJO (Coord.), *Reflexões sobre a Agricultura Brasileira*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979.

(2) O trabalho de campo foi conduzido pelos autores em novembro de 1978.

assim, são suficientes para consubstanciar uma visão burguesa de mundo. Tais elementos foram agrupados, para efeito de exposição, nos seguintes tópicos:

- 1 — a correspondência entre a autovisão e a realidade;
- 2 — a percepção que o grupo expressa da força de trabalho que utiliza;
- 3 — a percepção e as expectativas que têm do Estado;
- 4 — a percepção que têm do grande capital: como se situam frente a ele.

I — Autovisão

Uma afirmação corrente entre os agricultores entrevistados, todos procedentes de Estados da região sul — Paraná e Rio Grande do Sul —, é a que se refere ao modo anterior de vida e de trabalho como vinculado ou típico de “colônia”. Nesse sentido, e mesmo na medida em que alguns se identificaram como “colonos”, procurou-se esclarecer o que, exatamente, queriam expressar com tal autodesignação. Ademais, é importante ressaltar: a condição de colono foi sempre referida como algo já superado.

A compreensão mais genérica de “colono” que puderam expressar é aquela que o define como alguém que “planta e cuida da lavoura”, que “mora na colônia” e que “possui pouca terra”. Uma explicação pormenorizada e clara foi feita por um dos entrevistados, o Sr. K., a qual permite, inclusive, perceber a razão pela qual vêem a condição de colono como um fato superado por eles. Para o Sr. K., “colônia é uma medida de terra”. Assim, o colono é “um pequeno agricultor com uma ou duas colônias de terra”⁽³⁾; uma colônia significa uma medida de terra; se cria porco ou vaca, não deixa de ser colono. Quem tem área de 100 ha não é colono, é granjeiro. Fazendeiro já é um “SL”⁽⁴⁾.

Outros depoimentos ressaltam que “colono mexe com pouca terra; fazendeiro cria”, ou então que “colono é só quem planta”.

A atividade agrícola, sobretudo a lavoura em pequena escala, parece corresponder à visão dos informantes a respeito da “colônia” e da condição de colono. Aqui, na situação concreta atual, enquanto detentores de lotes com áreas médias ao redor de 300 ha, operando,

(3) Uma colônia de terra, segundo a definição daquele informante, Sr. K., teria 24,8 ha de área.

(4) Alusão a um vizinho que possui cerca de 30.000 ha de terra.

portanto, em escala maior, se não chegam a se sentir “fazendeiros” (5), têm consciência de que não podem mais ser reconhecidos como colonos. Preferem, então, em alguns casos, identificar-se como “granjeiros”. O Sr. K. informou que, ao proceder ao registro de seu lote junto ao INCRA, caracterizou-o como “granja”, embora alguns vizinhos o tenham feito como “fazenda”, o que, segundo sua avaliação, “não é justo”. Com isso, demonstra uma percepção bastante aguda da sua posição atual enquanto produtor rural, fazendo questão de deixar claramente especificado que existem diferenças internas na classe de produtores rurais e que tais diferenças expressam a extensão de terras e o volume de produção de que cada um é detentor. Nesse sentido, afirma ainda que “chácara é menos que uma colônia”. Por contraposição teria para si, então, que granja é mais do que uma colônia. É claro, e o informante faz o destaque, que “chamar a terra de granja, fazenda ou colônia não significa nada em termos do INCRA ou de financiamentos”.

Alguns informantes voltaram a falar nas razões de saída dos locais de procedência (6), reafirmando terem vindo em boa hora, pois estão vendo que a distribuição de lotes rurais em outras áreas do PAD/DF está sujeita a exigências mais severas por parte do Governo do Distrito Federal. Ou seja, está sendo exigida uma disponibilidade bruta de capital bem maior do que a que tiveram que apresentar. Com isso, também para eles, fica claro que o processo de ocupação de terras no Distrito Federal está se tornando cada vez mais excludente. Se em outras áreas do País o preço da terra constitui um filtro eficiente do acesso indiscriminado à propriedade da terra, no DF, onde, em princípio, as terras são públicas e arrendadas a preço simbólico (7), a seleção é feita ao nível do capital já acumulado. Um dos nossos entrevistados afirmou que “para o DF só vem quem tem recursos, os pobres não podem vir”. Outro informante complementa esta idéia afirmando que, nas condições atuais, mais da metade dos arrendatários que se instalaram na área “A” não conseguiria vir ocupar um lote em quaisquer das demais áreas do PAD/DF. Colocações deste tipo os remetem a avaliar efetivamente os novos possíveis arrendatários. Se, por um lado, os chamados granjeiros, que já conseguiram acumular um certo quantum de capital e que estão pretendendo uma expansão de suas áreas de produção, esbarram, no local de procedência (Sul do País), com os limites que o alto custo da terra impõe, aqui o capital já acumulado não é suficiente para patrocinar o assentamento. Aos

(5) “Fazendeiro é quem cria”, ou então, “Fazendeiro tem muita terra, mas muita terra mesmo”.

(6) Esse tema foi tratado com detalhes em pesquisa anterior: ver nota 1.

(7) Conforme cláusula do contrato de arrendamento de terras no DF, no esquema do PAD/DF, devem ser pagos pelos arrendatários cerca de Cr\$ 36,40 o ha/ano, enquanto as terras estiverem sendo ocupadas produtivamente. Fimda essa etapa, cessará o pagamento.

pequenos produtores rurais, com um baixo ou nulo grau de acumulação, é vedada qualquer possibilidade expansionista. A tendência detectada é no sentido de que ocorra o inverso: os pequenos proprietários (os mais pobres) se desfazendo do pouco que possuem. Arrendar terras nas áreas de procedência — Paraná ou Rio Grande do Sul — é mais caro que comprar terras na região centro-oeste. O Sr. K. informou saber que tem vindo muita gente do Sul com interesse real em se fixar no DF, pessoas em condições de comprar outras terras, para as quais seria vantajosa e desejável (e possível) a condição de arrendatário do PAD/DF, mesmo porque “o que está mais interessado em vir para cá é o que tem mais recursos, o grande proprietário, que tem mais de 500 ha e até mesmo 5.000 ha lá no Sul!”.

A idéia de que é preciso muito capital para desenvolver a produção agrícola no PAD/DF se impôs: “tendo dinheiro faz, não tendo não faz”, afirma o Sr. W., para quem isso se justifica concretamente, na medida em que são elevados os custos do preparo do solo. Assim, o agricultor deve dispor de uma certa (e razoável) reserva de capital que lhe permita assumir esse custo, mesmo porque a rede bancária local tem demorado a liberar os montantes de recursos necessários ao custeio da produção (8).

Outro arrendatário explicita que, para obter sucesso enquanto produtor agrícola, não é suficiente “saber de agricultura”, é, também, necessário “ter algumas garantias”. Essas garantias adquirem concreção no montante de máquinas e equipamentos agrícolas de que sejam detentores (“com bastante máquina tombando a terra a gente vence”) e na posse de outros bens móveis e imóveis que possam servir como garantia na obtenção de créditos bancários.

Em decorrência da prática de vida que têm, enquanto grupo social específico, a visão que revelam do processo migratório que vivenciaram é bastante fragmentada. Conseguem explicar a necessidade de saída das áreas de procedência em termos de aberturas de novas frentes de expansão econômica individual. Percebem que essa alternativa está-se tornando cada vez mais difícil de ser seguida, limitando-se aos que já sejam os mais prósperos (os médios e grandes produtores rurais), mas nunca se referem ao processo de proletarianização rural. Citam, por vezes, “parentes pobres” que pretendem trazer para cá como seus assalariados. Justificam-se dizendo que lá eles estão mal de vida, que nada possuem e que, portanto, não têm condições econômicas de ser proprietários ou arrendatários. A responsabilidade por essa situação é debitada, sobretudo, às crises na produção agrícola ocasionadas

(8) A questão dos financiamentos bancários será vista, mais pormenorizadamente, em outro item deste trabalho.

por perturbações climáticas ocorridas nos últimos anos: excesso de chuvas, seca prolongada, geada, etc. As questões eminentes da ordem sócio-econômica jamais são referidas; forças incontroláveis da natureza regem os destinos e a acumulação dos agricultores. Dessa linha de raciocínio deriva a justificativa que apresentam para a necessidade de assalariarem parentes pobres, o que ainda reforçam ao criticarem tão severamente a força de trabalho disponível no Distrito Federal; o trabalho dos "goianos" é sempre referido como insatisfatório, como se verá adiante.

Existe, também, uma forte predisposição em justificarem o maior ou o menor sucesso econômico, ou seja, a posse de maior ou menor quantidade de valor de bens móveis e imóveis, como resultado do maior ou menor esforço dispendido por cada um e por seus respectivos familiares diretos (mulher e filhos) no processo de trabalho, bem como da maior ou menor capacidade de poupança e de sacrifício de consumo de que sejam capazes. Assim, um dos informantes criticou outro pelos gastos excessivos do mesmo e de seus familiares com fumo.

Outro fator privilegiado no discurso de alguns dos informantes diz respeito ao comportamento ético que assumiram frente a determinadas oportunidades de enriquecimento ilícito. Foi descrita como prática comum no local de moradia anterior de alguns informantes o que chamam de "xuxo". Conforme explicaram, o "xuxo" consiste em tomar dinheiro emprestado de bancos que operam com crédito rural (quase sempre a Carteira de Crédito Agrícola do Banco do Brasil) e não efetivar a aplicação do mesmo na produção (no total ou em parte). Na época da colheita, recorrem ao seguro rural (PROAGRO). Em todas as etapas da negociação, contam com a conivência da fiscalização. Conseguem, dessa forma, acumular quantias consideráveis de dinheiro que, por sua vez, é utilizado ou na compra de terras ou em consumo supérfluo⁽⁹⁾. Uma variação desse tipo de "xuxo" consiste em conseguir que o seguro rural declare perdida toda a safra, que é então vendida, em nome de terceiros, para certos atravessadores.

Inúmeras são as formas de burlar o sistema oficial de crédito, segundo nossos informantes. Formas ilegais, em relação às quais manifestaram o mais veemente repúdio. Conforme nos disse o Sr. K., ele poderia estar rico há muito tempo se tivesse querido recorrer ao "xuxo": oportunidades e facilidades não faltaram. De qualquer forma, não é esta uma maneira assumida publicamente como recorrível para

(9) Foram bastante enfatizados os gastos excessivos que certos indivíduos que recorrem ao "xuxo" efetivam nos cabarés da cidade.

fins de enriquecimento. Aliás, o mesmo informante conta que quase todos os seus vizinhos, no Sul do País, que recorreram ao "xuxo", estão enfrentando grandes dificuldades com os bancos ("... não se pode adiar para sempre o pagamento dos financiamentos..."), exceto os grandes proprietários, que sempre têm a possibilidade de obter novos empréstimos e, mesmo, de saldar os débitos mais urgentes.

Para quase todos os entrevistados, a etapa atual de vida e trabalho enquanto arrendatários de lotes na área "A" do PAD/DF deverá ser a base, ou sede, de outros empreendimentos agropecuários que pensam desenvolver. Nesse caso podem ser incluídos todos aqueles que aqui não sejam absenteístas, com uma única exceção. A exceção é constituída pelo arrendatário que dispõe de menores recursos de capital, aquele que toca sua terra apenas com o trabalho próprio e da família e que não pretende adquirir outras terras. Para a maioria, adquirir outras terras é altamente desejável. Alguns já o fizeram e ainda pretendem adquirir mais. Nessas terras, situadas nos Estados de Goiás e da Bahia, deverão proceder à exploração de pecuária extensiva.

Em relação ao PAD/DF, é aspiração de alguns e já fato consumado para outros, a obtenção de outros lotes em nome de parentes próximos (ou pai, ou filho, ou irmão, ou genro etc.) em outras áreas do programa. Fortalece esse anseio uma maior flexibilidade da programação oficial para as áreas, que liberou algumas das obrigatoriedades de explorações específicas (ou pecuária ou lavoura). Essa perspectiva tem se constituído em um forte incentivo à intenção de se dedicarem, no futuro, ao desenvolvimento de projetos pecuários.

A curto prazo, é intenção generalizada dos arrendatários proceder a uma diversificação de cultivos, não estando afastada a possibilidade de virem a formar pastos e dedicarem-se à exploração pecuária, a princípio, em pequena escala. O que prevalecerá, conforme assinalou um dos informantes, será fazerem o que for mais lucrativo, "... o que der mais dinheiro", ou como disse um outro: — "Vamos pendê pro que rendê mais". De qualquer maneira, está presente a idéia de que a pecuária dá menos trabalho e é mais rentável do que a lavoura, além de ser a atividade típica de um fazendeiro.

O tipo de lavoura que estão querendo desenvolver não deixa, também, de ter características próprias, sempre tendo em vista cumprir com o preceito — neste contexto social, plenamente assumido — de dedicarem-se às tarefas que propiciem o maior retorno possível

em termos de retribuição financeira. É geral a intenção de especializarem-se na produção de sementes de soja, de trigo e de arroz, que sempre alcançam melhores preços no mercado do que se fossem destinados para o consumo. Está claro que a produção de sementes exige dos produtores cuidados mais estritos com a lavoura, em termos de tratamentos culturais, colheita e beneficiamento. Mas, os resultados financeiros finais, todos concordam, são compensadores.

Na ocasião da pesquisa de campo, dois problemas preocupavam nossos informantes de maneira geral: um dizia respeito à demora na liberação dos financiamentos de custeio, e outro apontava para a possibilidade da ocorrência de "veranico" prolongado em janeiro/fevereiro, o que prejudicaria a safra esperada. As estiagens prolongadas na região podem e têm prejudicado a lavoura. Em safra anterior, a ocorrência de veranico nos meses de janeiro e fevereiro provocou uma grande queda na produção de arroz e soja. A solução estaria na universalização da irrigação. Contudo, informam os técnicos e órgãos encarregados que os recursos hídricos disponíveis nessa área são insuficientes para atender ao total da demanda. A construção de (pequenas) barragens na área, embora amenize, não constitui a solução final. Com a inauguração de barragem recém-construída na área, apenas vai ser possível irrigar cerca de 20 ha de terra em cada lote⁽¹⁰⁾. Com um sistema eficiente de irrigação, afirmam os arrendatários, é possível obter até três safras por ano de arroz, soja e trigo.

Embora estejam esperando melhores e maiores safras e de até revelarem apreensões com a necessidade de virem a contratar assalariados, nenhum informante se mostrou preocupado com a aquisição de novas máquinas e implementos agrícolas. Por um lado, ficou patente que esse tipo de aquisição, para eles, só é viável na medida em que tenham acesso às linhas de crédito bancário especialmente existentes para tanto. Por outro lado, estão conscientes de que recursos próprios são melhor empregados na compra de novas terras. Para os 20 ha de terra que passarão a irrigar, estão contando com um financiamento que lhes permitirá a compra de todo o equipamento necessário. Ainda mais, como assinalou o Sr. W., "... cabe ao governo tomar providências: no ano passado um trator custava 160 mil cruzeiros, este ano custa 260 mil cruzeiros; assim, por exemplo, a renda que uma ceifadeira dá na safra é inferior ao juro do capital"! Outro informante afirma que é sempre preferível pagar juros bancários para se obter os meios

(10) Apenas um arrendatário, cujo projeto inicial previa a produção de batata inglesa, tem a totalidade de seu lote irrigado.

necessários para tocar a produção e utilizar os recursos próprios para comprar mais terra, que aliás é o que garante o próprio acesso às diversas linhas de crédito.

II — Visão da força de trabalho

Os ocupantes da área "A" do PAD/DF utilizam, em proporções variáveis, força de trabalho assalariada e familiar, sendo que esta última vem sendo progressivamente substituída pela primeira. Devido, justamente, ao fato de a substituição não se ter completado ainda, a compreensão e a valorização, tanto do trabalho assalariado como do familiar, são ambíguas.

Na primeira aproximação do problema, o discurso dos informantes tende a ocultar ou a minimizar a utilização de trabalho assalariado, privilegiando ideologicamente o trabalho familiar. Neste nível do discurso são comuns expressões do tipo: — "Quem toca esta terra sou eu e a minha família", ou — "Não preciso de peões" etc. Ainda nesse nível o trabalho das mulheres é valorizado positivamente. Segundo alguns informantes, — "Minha mulher vale por 20 goianos", ou então, — "Minha mulher dirige o trator". Nesse momento, o trabalho assalariado não aparece no discurso, e mais, é explicitamente negado. Um informante, logo após ter assegurado que no lote só trabalhavam ele e os filhos, disse que havia contratado "alguns goianos para colherem o arroz do brejo".

Em um segundo momento do discurso, quando questionados mais insistentemente, não sendo possível mais a negação pura e simples do trabalho assalariado, este é admitido e simultaneamente encoberto de forma mais sutil. Neste nível, o assalariamento é visto como uma necessidade, vários admitem que precisarão contratar ou "ajustar" mais 1, 2 ou 3 empregados. No entanto, o escamoteamento da relação patrão-empregado, busguês-operário, expressa-se, principalmente, através de duas formas. Em primeiro lugar, na questão do trabalho comum. O raciocínio expresso no discurso, neste caso, é mais ou menos o seguinte: — "É verdade, tenho assalariados, mas eu trabalho tanto quanto eles. No trabalho somos iguais". Nesta linha, é sintomático que, ante perguntas relacionadas a trabalho assalariado, as primeiras respostas quase sempre sejam do gênero: — "Para o lote são necessárias 4 pessoas"; "Precisa 5 para os três lotes"; "Em 4 pessoas damos conta de tudo". Somente após alguma insistência, revela-se quantas dessas "pessoas" são assalariados. A primeira forma encontrada de escamoteamento ideológico da relação burguês-operário se dá no plano

abstrato da humanidade comum. Antes que patrão ou peão, ambos são pessoas iguais que trabalham igualmente na terra.

A segunda fórmula acobertadora da relação burguês-operário que se manifesta claramente nos discursos analisados é o apelo ao parentesco. Foram frequentes racionalizações do tipo: — “Daqui a 2 ou 3 anos a gente compra mais terra e bota gente mais pobre ou fazenda de gado. A mulher tem parentes pobres (no Sul), sem terra, e que não têm onde se escorar”. Ou então, revelando que o processo já se iniciou: — “Na última (colheita) veio um genro”.

De modo inequívoco, foi possível saber que o assalariamento de parentes pobres é uma prática comum entre os entrevistados. A dificuldade que têm para situar as relações de trabalho que, dessa forma, são estabelecidas no plano concreto de diferenciação entre classes sociais, é traduzida por uma escamoteação da relação burguês-operário ou patrão-assalariado, mesmo porque estão impregnadas pelas relações de parentesco que lhes deram origem e servem de justificativa. Isso não significa que os entrevistados estejam conscientemente escamoteando a relação burguês-operário. Neste segundo nível do discurso, admitem abertamente a existência de assalariados. O que ocorre é que, mesmo admitida, a relação de assalariamento ocupa um lugar bastante secundário nas suas consciências. Há assalariados, mas da mesma maneira que, antes de se contraporem enquanto patrão x peões, são “pessoas” iguais no trabalho; nessa etapa do discurso, a condição de parentes, que se ajudam mutuamente, prevalece.

Na medida em que se penetra neste segundo nível do discurso, onde o trabalho assalariado já é admitido, se bem que com os mecanismos de escamoteação já apontados, o trabalho familiar vai sendo aos poucos valorado negativamente. A mulher vai sendo circunscrita ao âmbito do lar e se esperam cursos superiores dos filhos. Neste sentido, é exemplar a declaração de um informante explicando que a mulher de seu vizinho trabalhava com o trator para se exibir, pois, na realidade, eles não precisavam mais disso.

Um outro aspecto a ser considerado da percepção que o grupo entrevistado revelou ter da força de trabalho e das relações que lhes dão forma concreta e que não se pode desvincular do entendimento que revelaram ter do trabalho assalariado *versus* trabalho familiar diz respeito à valoração que fazem da força de trabalho local, ou seja, dos trabalhadores rurais sem terra da região, os “goianos”. Nesse ponto, houve quase unanimidade na atribuição de defeitos aos “goianos” enquanto trabalhadores. Segundo os informantes, eles bebem

pinga, são preguiçosos e trabalham apenas o suficiente para viver. São comparados, desfavoravelmente, não só com os trabalhadores sulistas, mas, mesmo, com os mineiros (!). Este ponto não foi muito explorado nos discursos coletados, possibilitando apenas levantar a hipótese de que a visão negativa do goiano deve derivar desses fatores: o fato de serem os antigos ocupantes da terra, e, principalmente, da inexistência de uma tradição de assalariamento entre eles.

A diferenciação aqui colocada nos níveis de aproximação ao problema da força de trabalho, passando os discursos da negação à aceitação acobertada do trabalho assalariado através dos mecanismos colocados, pode parecer estranha. É importante lembrar no entanto, que alguns dos informantes são bastante jovens como capitalistas, sendo que um deles ainda utiliza exclusivamente trabalho familiar. São burgueses demasiado recentes para aceitarem naturalmente a relação burguês-operário de forma pura. Principalmente, não encontra lugar facilmente em suas consciências a autopercepção enquanto patrão. Nas palavras de uma informante: — “A gente fica sem jeito, não sabe como tratar os peões porque nunca tivemos peões antes”.

III — A visão do Estado

Além das alusões mais genéricas ao “Governo” ou à “Justiça”, a percepção dos entrevistados se coloca em seus discursos quando se referem explicitamente às agências governamentais que mais diretamente afetam suas atividades enquanto produtores agrícolas. Daí as referências constantes a instituições tais como o PROAGRO, FUNRURAL, CFP, Ministério da Agricultura, INCRA e, principalmente, Banco do Brasil e Banco Regional de Brasília.

O privilegiamento, em nível ideológico, das agências governamentais de crédito não é de se estranhar, dado o papel de relevo que assume o financiamento bancário entre esses produtores rurais. Basta dizer que, mesmo no caso dos agricultores “mais fortes”, é comum a expectativa de um montante de lucro oriundo do crédito subsidiado. No caso dos “mais fracos” é implicitamente admitido que a prosperidade só foi alcançada graças ao crédito. Como disseram nossos informantes: — “Mesmo tendo recursos próprios, é sempre mais conveniente pegar dinheiro no banco para o custeio”. E completam: — “Se sobrar um milhão nessa safra, compro mais terra e tiro mais crédito para custeio. É melhor comprar mais terra e pagar mais juros”.

O crédito aparece, portanto, no discurso dos ocupantes da área “A” do PAD/DF como essencial a suas atividades agro-empresariais.

A primeira percepção do Estado é, então, enquanto fornecedor desse crédito tão necessário e, dessa maneira, aparecendo, nos discursos, através da citação dos órgãos ligados ao crédito agrícola: CFP, Banco do Brasil e Banco Regional de Brasília.

A CFP afeta os arrendatários somente na medida em que o crédito de custeio é calculado sobre o preço mínimo, pois todos vendem normalmente seus produtos acima do preço mínimo. (— “O preço mínimo castiga muito o orçamento do custeio”). Por essa razão, de forma geral, os preços mínimos fixados pela CFP são considerados baixos. As referências à CFP vão desde: “O preço mínimo não dá lucro” à estória contada por um informante, sobre a vinda de um técnico da CFP à área “A” para coletar subsídios para o cálculo do preço mínimo regional dos produtos aí produzidos, ao qual foi perguntado como tinha a coragem de se apresentar ali sem guarda-costas, dado o desagrado com que os agricultores recebem as fixações governamentais de preços mínimos.

Em relação às agências que fornecem diretamente crédito, foi comum ao discurso de todos os informantes a comparação entre o Banco Regional de Brasília, que lhes fornece o crédito atualmente, e o Banco do Brasil, que era fornecedor nos lugares de procedência. A principal queixa contra o BRB refere-se ao crédito de custeio, que aqui é fornecido após a preparação da terra, sendo que no Sul era antes. Este procedimento obriga-os a empregar recursos próprios com adubo e calcário. São constantes, também, as queixas referentes à morosidade dos processos de concessão de crédito do BRB em relação ao BB. Aparentemente, é geral a crença de que o Estado é obrigado a promover-lhes a prosperidade, através do sistema de crédito, seguro por perda de produção, preços mínimos altos, etc. Também está presente a consciência das irregularidades, fraudes, etc. a que toda a máquina de assistência estatal se presta (a estória do “xuxo” já citada). No entanto, se o “xuxo” é formalmente condenado e inclusive apontado como causa da ruína, admite-se, simultaneamente, que a prática foi (é) geral e, conseqüentemente, que nem todos são punidos.

Essa expectativa de uma atitude paternalista por parte do Estado manifesta-se, também, nas referências a outras agências governamentais. — “Se der muita praga, é claro que o Ministério da Agricultura dá uma mão”, ou então: — “Para resolver o problema de financiamento, só o Ministério da Agricultura”.

Há apenas uma referência à possibilidade de o Estado ir diretamente contra seus interesses. Um dos informantes declarou que, por “enquanto, não pretende comprar mais terra, pois não tem condi-

ções de ocupá-la, e caso a compre sem ocupá-la, — o INCRA toma”. Não é mera coincidência que este informante é, justamente, o único arrendatário que não atingiu um grau de acumulação suficiente que lhe permitisse empregar assalariados.

As agências governamentais ligadas à agricultura são consideradas, portanto, como obrigadas a servir os interesses dos arrendatários. No entanto, a visão do Estado revelada nos discursos é fragmentária. Não só a “Justiça” é vista como algo totalmente independente da política agrária, como também, dentro da própria política econômica destinada à agricultura, as diversas agências governamentais são vistas como totalmente independentes. Assim, no discurso de um informante, já citado, o Ministério da Agricultura deveria corrigir as falhas do sistema de crédito agrícola como se ambos fossem completamente autônomos.

Se, devido à fragmentação existente, não é possível afirmar que os arrendatários da área “A” consideram o Estado, enquanto tal, instrumento de seus interesses, os discursos analisados mostram de forma clara que as agências governamentais ligadas à atividade agrícola são consideradas instrumentos de satisfação de seus interesses. Trata-se de uma manifestação de lucidez de sua consciência, porquanto a realidade não os têm desmentido nos últimos anos.

IV — A visão do grande capital

Os traços gerais da exploração agrícola na área “A” do PAD/DF permitem identificá-la como de tipo capitalista. Os lotes estão organizados em agroempresas que, embora se distanciem dos modelos de “colônia”, ainda não atingiram uma magnitude tal que permita identificá-los com o grande capital.

A agroempresa típica do PAD/DF, área “A”, é, portanto, ainda, de porte pequeno para médio. Alguns destes empresários estão apenas se iniciando neste papel, sendo claros certos comportamentos que assumem e que possibilitam enquadrá-los, em certos casos, como em estágio de transição.

Foi visto, em item anterior, como os informantes estão encarando o trabalho assalariado. Vejamos, agora, como encaram o grande capital: em dois momentos dos discursos esta relação foi detectada. Em um deles, a relação que, enquanto colonos — e, portanto, no local de procedência —, mantinham com um grande frigorífico (Sadia); em outro, a relação estabelecida, atualmente, com um fazendeiro vizinho, grande proprietário (S.L.).

No primeiro caso, apareceu de forma bastante clara a oposição de interesses com o grande capital. Um informante colocou a questão de forma explícita: — “A Sadia “integra” um colono de cada vez e vai pagando bem o porco; quando “integra” todos os colonos de uma região, aí baixa o preço. Hoje, a empresa paga pelo quilo de porco o mesmo que pagava há dois anos, mas vende a ração e os remédios por preço três ou quatro vezes mais alto”.

Pode-se perceber, do trecho citado, a consciência clara do perigo que o grande capital representa na sujeição do colono. Primeiro, oferece vantagem e “integra”, depois, explora. Em passagem posterior, o mesmo informante fala que nunca mais vai concordar em ser “integrado”, e, mesmo se os colonos (produtores de porco “integrados” pela Sadia) se unissem e lutassem pelos seus interesses, ainda seriam explorados.

Contudo, a memória dos efeitos da “integração” não está tão viva para outros informantes. Alguns revelaram-se dispostos a produzir determinados produtos em esquemas similares, como plantar cevada para a Skol ou Brahma, ou cana-de-açúcar para suprir a usina cuja instalação vem sendo planejada.

O vizinho referido é a manifestação concreta e imediata do grande capital rural. No entanto, ainda não é assim percebido. Os ocupantes da área “A” ainda não definiram a sua atitude para com ele. Conseqüentemente, a imagem que têm é ambígua. Por um lado, o S.L. tem os mesmos interesses que eles, tendo, inclusive, se associado à cooperativa que eles no PAD/DF, criaram. Na palavra dos informantes: — “Ele quis entrar na cooperativa porque quanto mais movimento, melhor para ele”, ou: — “É um bom exemplo para nós”, ou ainda, — “Ele tem interesse na cooperativa porque facilita a colocação de sua produção”, ou — “Ele é igual a nós, só que lida com mais coisas”. Este mesmo “mais coisas” é que causa, por outro lado, inquietação em alguns informantes. — “Ele não precisa de nada. Tem tudo”. Foi também dito que o SL tem mais acesso que eles às autoridades governamentais e, dadas as expectativas que têm em relação ao papel que o Estado cumpre enquanto agência de financiamento e patrocínio das atividades agrícolas, isso traduz uma vantagem importante que ainda não lhes está acessível.

A consciência da oposição de interesses com o grande capital, quando referido aos locais de procedência e, portanto, distantes no tempo e no espaço, ainda está viva, o que não ocorre em relação ao grande capital local. Isso pode ser explicado por dois fatores. Em

primeiro lugar, a posição da maioria dos arrendatários da área "A" era mais vulnerável às pressões do grande capital nos locais de procedência. Em segundo lugar, a oposição de interesses não se manifestou ainda no DF.

Considerações finais

A visão burguesa que o estudo pretende revelar refere-se a empresários rurais recém constituídos como tais pela via de uma ação clara e definida do governo do DF. Essa afirmação é necessária menos para destacar a importância do Estado na criação e/ou fortalecimento de classes sociais ou frações e mais para sublinhar a recenticidade do empresariado em pauta. E ainda: os membros desse empresariado que assim se constitui no DF não se caracterizavam como empresários capitalistas em sua experiência anterior na "colônia", no Sul. A experiência na "colônia" criou condições de acumulação que possibilitaram a escolha para o PAD/DF e, só aqui, o desenvolvimento da atividade empresarial capitalista se torna possível.

A curta vivência de empresário capitalista e o fato de essa possibilidade ter sido construída pelo Governo são responsáveis pelas ambigüidades nas percepções desses sujeitos econômico-sociais que são os empresários do PAD/DF. Essas ambigüidades, porém, não dissimulam sua orientação para o lucro e nem o projeto de ampliação dos negócios agropecuários. Para a realização dessa orientação e projeto contam com o apoio do Estado, que, se bem que percebido fragmentariamente, é visto como um associado a tais interesses.

Da mesma maneira, o grande capital não é percebido como uma ameaça. Os riscos da "integração", enfaticamente apontados, têm como referência o vivido no Sul e, no DF, o grande capital aparece mais como um parceiro a facilitar a realização dos projetos de ampliação dos negócios.

O dilema e ambigüidade maiores aparecem na assunção do assalariamento. Se é verdade que os arrendatários do PAD/DF assalariam mão-de-obra local temporariamente e assalariam parentes de modo fixo, também eles trabalham diretamente no seu empreendimento. Daí que, no discurso, se percebem como iguais porque pessoas ou porque da mesma família que seus assalariados. A desvalorização, porém, do trabalho da esposa e dos filhos e o delineamento de projetos independentes para eles apontam para a purificação da visão burguesa de mundo que não será — e nem precisa ser — monolítica e não contraditória.

Subsídios a uma metodologia para assentamento de agricultores

MARCUS VENICIO ALVES DA CUNHA

Economista da Secretaria de Planejamento da Presidência da República

...“Pode ser que a terra só seja bem cultivada quando os lavradores são incentivados nos preços mais altos e desestimulados por preços mais baixos, quando eles colhem a recompensa do seu trabalho, sofrendo o castigo de sua própria indolência, decidem a se exceder na labuta cotidiana, dormindo pouco”...

John Kenneth Galbraith

Agradecimento especial ao meu pai, Venício Alves da Cunha e ao economista Marcelino Tavares de Araújo, que através da experiência, conhecimento, dedicação e imparcialidade, colaboraram para a realização do presente ensaio.

Quero dedicar esse trabalho aos homens do meio rural, aos desempregados, àqueles das periferias dos grandes centros urbanos, aos que labutam sem terra própria, aos marginalizados da sociedade que acalentaram um dia sonhos, e ainda não perderam a esperança de encontrar um trabalho honesto, digno e justo, com segurança, paz e prosperidade que se perpetuem através dos tempos nas suas gerações futuras e que, por desconhecido motivo, suas vidas caminharam entre rumos desafortunados e aventuras que os levaram a privações, empobrecimento, sofrimentos, desamparos, fome, desespero e à marginalidade social.

RESUMO

A reforma agrária e o desenvolvimento rural

Durante os anos que sucederam o descobrimento do Brasil, até os nossos dias, a agricultura vem contribuindo com considerável parcela no financiamento do processo de desenvolvimento da economia brasileira.

Este trabalho foi iniciado em 1979, com base em pesquisas e em algumas experiências de assentamento efetuadas pelo Governo. Foi concluído em 1984 e revisto em agosto de 1985. As opiniões apresentadas são de caráter exclusivamente pessoal e não representam necessariamente o ponto de vista da SEPLAN.

O seu crescimento tem-se verificado ao longo desses anos, muito mais devido à expansão das fronteiras agrícolas, através da incorporação de novas terras ao processo produtivo, do que aos índices de produtividade.

Neste sentido, a estrutura fundiária vem sofrendo gradativas alterações, quando da incorporação das novas áreas. Em decorrência, os mais variados problemas, de natureza econômica e social, são registrados.

O Governo sempre encontrou dificuldades ante a grandeza e a intensidade com que se apresentam tais problemas, e principalmente, diante dos elevados investimentos que se fazem necessários à infra-estrutura básica.

No momento atual, o Brasil vive um marco histórico em que sua maturidade política lança um desafio à inteligência da sociedade, chamando-a a realizar uma reforma na estrutura fundiária.

Ao contrário dos demais países, o Brasil não é um país carente de recursos fundiários. Temos um enorme excedente de terras ociosas. Faz-se necessário um planejamento para melhor ocupação destes espaços, que resulte no aperfeiçoamento do sistema de posse e uso da terra, antecipando-se, ao que, certamente, surgirá nas futuras incorporações, das novas áreas, ao processo produtivo.

Uma das estratégias a serem estudadas seria a criação de núcleos de assentamentos de agricultores, ou seja, comunidades rurais, isoladas do meio urbano e auto-suficientes. Os núcleos projetados permitirão ao homem o acesso à terra própria.

Programa de Assentamento em Núcleos Rurais

O programa a ser desenvolvido promoverá a implantação de núcleos de assentamentos rurais nas várias regiões do interior do País.

Esses núcleos funcionarão, na fase inicial, em regime de gestão comunitária, com um sistema de trabalho em mutirão, sendo projetado e coordenado pelo Governo.

As famílias agrupadas receberão todo apoio econômico e social relativo às fases do ciclo produtivo. Absorverão a tecnologia das entidades especializadas, vinculadas a cada segmento da atividade projetada.

Após o tempo necessário à consolidação da organização da produção, implantação de infra-estrutura básica e acumulação de recursos necessários ao desenvolvimento auto-sustentado, a área do projeto será dividida em glebas e distribuídas entre aqueles que participaram da implantação do núcleo.

A central do núcleo será transformada em cooperativa, composta e dirigida exclusivamente pelos produtores.

Em determinados núcleos, serão planejadas também agro-indústrias, cuja implantação ficará a cargo das cooperativas.

Apresentação

Apresentamos, através desta proposta, subsídios para a elaboração de uma Metodologia de Assentamento de Agricultores, em projetos de desenvolvimento rural, relacionado à Reforma Agrária.

Todo Plano de Governo, para ser válido, deve ir ao encontro dos interesses das classes sociais às quais ele se destina. O presente trabalho visa a contribuir para o aperfeiçoamento da estrutura fundiária do Brasil, através da imediata reforma e ocupação mais racional do solo.

Entendemos que assunto de tal relevância deve ser discutido com todas as representações de classes da sociedade brasileira.

Dentro do espírito de identificar, equacionar e solucionar os problemas que dizem respeito às relações do homem e o meio rural de forma prática imediata e eficiente, esperamos encontrar o apoio necessário para levar esta parcela de nossa sociedade, que está relegada a sua própria sorte e pobreza, a participar do convívio a que aspira, no desenvolvimento da vida econômica e social do nosso País.

Introdução

Desde os primórdios da colonização portuguesa no Brasil, a ocupação espacial do território constitui-se uma problemática constante.

A tendência inicial da população em concentrar-se em regiões ao longo da costa fez com que as terras do interior tivessem sua posse concentrada em mãos de poucos proprietários.

Na medida em que a economia encontrava seu desenvolvimento, buscando a expansão das fronteiras agrícolas, registravam-se gradativamente alterações na estrutura fundiária original do país de forma desordenada.

Em 1920, havia 648.153 estabelecimentos rurais. Sessenta anos depois, em 1980, mais de 5 milhões. Historicamente, portanto, a concentração na posse da terra é um fato incontestável no Brasil.

Mas, se em tempos remanescentes, esta concentração subordinava-se a uma população de 30 milhões de habitantes, 13 dos quais no eixo Rio—São Paulo—Minas, hoje, no Brasil, com uma população de 130 milhões de habitantes e empregando expressiva quantidade da sua força de trabalho na zona rural, torna-se patente o agravamento progressivo da situação, exigindo medidas urgentes do Governo no sentido de um planejamento adequado, tendo em vista a realidade econômica e social.

Fundamentos

— Considerando a necessidade do Governo de reformular a sua política agrária para proporcionar ao trabalhador não somente a posse e o título da terra, mas, sobretudo, os recursos técnicos, econômicos e financeiros, necessários a sua exploração racional;

— Diante da necessidade de preparar o homem do campo com conhecimentos essenciais ao exercício prático das atividades agrícolas, dentro das normas técnicas do sistema econômico produtivo;

— Tendo em conta a grande superfície de regiões isoladas e de espaços disponíveis, que devem ser incorporadas a atividades produtivas, não somente por razões de ordem econômica, como também de ordem social e até mesmo de segurança nacional;

— Considerando que a agricultura constitui a prioridade da economia brasileira, daí a necessidade de promover o seu desenvolvimento;

— Tendo em vista a necessidade de aumentar a produção de alimentos, com vistas à formação de excedentes, seja para assegurar o abastecimento ao mercado interno com preços mais estáveis, notadamente os gêneros de primeira necessidade, seja para ampliação da pauta de exportação;

— Levando em consideração a necessidade de aumentar a produção de álcool, visando ao abastecimento do mercado interno e a exportação de excedentes;

— Levando em consideração a necessidade de promover a desconcentração populacional, seja nos grandes centros metropolitanos, marcadamente nas periferias, seja nos bolsões, onde se acentuam focos de problemas sócio-econômicos e fundiários;

— Considerando a necessidade de possibilitar ao homem desempregado, ao subempregado e às famílias necessitadas não somente o trabalho digno e justo — dentro dos princípios humanitários e cristãos — mas, também, a estabilidade sócio-econômica que, de forma definitiva, venha assegurar melhores perspectivas em dias futuros;

— Por fim, considerando a necessidade de incentivar os produtores agrícolas, sobretudo o pequeno, a se organizarem em associações de classe e empresas cooperativistas, em proveito de seu trabalho e em benefício de seu produto, passaremos a desenvolver o presente trabalho, levantando, ainda, as finalidades e os objetivos que nortearam o mesmo.

Finalidades

— Contribuir no aperfeiçoamento da estrutura fundiária do País, através da incorporação progressiva de novas áreas, que atenda aos princípios da justiça social e assegure um efetivo incremento ao sistema produtivo agrícola nacional;

— Dar acesso a todo cidadão brasileiro que desejar, para seu trabalho e sustento, a terra própria, com os meios necessários e os ensinamentos práticos elementares e indispensáveis ao cultivo da mesma, de forma produtiva e economicamente rentável;

— Proporcionar a fixação do homem e sua família na zona rural em caráter definitivo, assegurando-lhes as condições indispensáveis ao seu desenvolvimento;

— Promover a produção racional de produtos agrícolas, tendo em vista o abastecimento do mercado interno e a expansão da pauta de exportações;

— Oferecer melhores condições de vida e dignidade de trabalho às famílias marginalizadas nas periferias e favelas dos grandes centros urbanos;

— Permitir o barateamento do custo de assentamento de agricultores;

— Viabilizar a nível operacional a integração interinstitucional na Reforma Agrária e no Desenvolvimento Rural.

Objetivo específico

— Promover o assentamento de famílias em núcleos rurais e sua posterior transferência de domínio de propriedade em regiões determinadas pelo Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário — MIRAD.

Objetivos gerais

— Efetuar a ocupação dos espaços vazios do território brasileiro;

— Proporcionar ao trabalhador a terra própria;

— Proporcionar ao homem a educação, ou seja, os ensinamentos práticos indispensáveis ao trabalho do campo, de forma racional, economicamente produtiva, e de acordo com os princípios de equilíbrio da natureza;

- Aumentar a produção de alimentos, matéria-prima e álcool;
- Criar, desenvolver e fortalecer o espírito cooperativista;
- Promover a transformação do trabalhador rural em proprietário da terra;
- Promover o redirecionamento dos fluxos migratórios;
- Propor uma solução para os bolsões de conflitos agrários.

Estratégia

Para a consecução de tais objetivos, propomos, como uma das estratégias possíveis, a criação de Núcleos de Assentamentos Rurais, verdadeiras comunidades rurais coletivas, isoladas do meio urbano e auto-suficientes.

Tais núcleos serão projetados, organizados, construídos, financiados e orientados pelo Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário — MIRAD, em conjunto com as comunidades, órgãos federais, estaduais, municipais, organizações de classe e organizações privadas.

Farão parte destes núcleos famílias de trabalhadores que, juntos, se proponham a implantar e desenvolver um projeto agrícola predeterminado.

Posteriormente, os núcleos atingirão seus objetivos finais, através da privatização, transformando-se em Cooperativas de Produtores Rurais.

Programa

O programa a ser desenvolvido promoverá a implantação de núcleos de assentamento rural nas várias regiões do interior do País, utilizando as áreas definidas pelo Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário — MIRAD.

O núcleo de assentamento rural funcionará na fase inicial em regime de gestão comunitária, com um sistema de trabalho em mutirão, nos termos do item 3º do art. 24, capítulo II do Estatuto da Terra, sendo planejado, orientado, supervisionado e coordenado pelo MIRAD com a participação das instituições federais, estaduais ou municipais competentes.

As famílias agrupadas receberão todo apoio dos órgãos federais, estaduais e municipais relativo às fases do ciclo produtivo. Elas absorverão, durante esse período, a tecnologia das entidades especializadas, vinculadas a cada segmento da atividade projetada.

Após o tempo necessário à consolidação da organização da produção, implantação da *infra-estrutura* básica e acumulação de recursos econômicos, financeiros e técnicos necessários ao desenvolvimento auto-sustentado, o projeto será dividido em glebas, lotes, que, após a demarcação e titulação serão distribuídos entre aqueles que participaram da implantação do núcleo, de acordo com decisão da comunidade, juntamente com o MIRAD.

Posteriormente, em etapa final, após a privatização do sistema, a sede central do núcleo será transformada em cooperativa, composta e dirigida exclusivamente pelos produtores.

Ocasionalmente, em determinados núcleos, poderão ser planejadas agroindústrias, que terão sua implantação a cargo das cooperativas.

Aspecto social

O Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário — MIRAD coordenará, ao longo das atividades desenvolvidas, o apoio no campo de assistência social, sanitária, odontológica, religiosa e psicológica. Para tanto, o MIRAD fará convênios com instituições como: Projeto Rondon, Universidades, Hospitais, Clínicas, INPS e outros que julgar pertinente.

Aspectos econômico-financeiros

Os créditos, financiamentos e operações bancárias que se fizerem necessários durante o desenvolvimento do projeto — fase de funcionamento do núcleo comunitário — serão encaminhados de forma coletiva. Após a privatização, poderão ser realizados individualmente ou, preferencialmente, com a intervenção da cooperativa.

A comercialização da produção dos núcleos será realizada, prioritariamente, através dos órgãos federais competentes na fase inicial. Constituídas, as cooperativas se encarregarão do escoamento da produção, isoladamente, ou com apoio institucional.

Desenvolvimento dos projetos

1ª FASE: Definição do Núcleo na Região.

Escolha do local dentro das áreas disponíveis, levando-se em consideração os estudos relativos ao solo, subsolo, clima, vegetação, pesquisa de cultura, hidrogeológica, precipitação pluviométrica, vias de acesso etc.

Elaboração e/ou coordenação a cargo do INCRA, em estreita colaboração com os órgãos de representação de classe.

2ª FASE: Definição do projeto agrícola no núcleo.

Elaboração do projeto agrícola por órgãos de assistência técnica federal, estadual, municipal ou privada em colaboração com a comunidade beneficiária, coordenado e aprovado pelo MIRAD, com definição detalhada da atividade a ser desenvolvida no núcleo.

Especificação do cronograma físico-financeiro.

3ª FASE: Recursos Humanos.

Recrutamento, seleção e classificação de pessoal para os projetos, de acordo com as aptidões e interesses dos trabalhadores e suas famílias, mediante um amplo sistema de divulgação, utilizando os meios de comunicação — jornais, rádios, revistas e principalmente a televisão — difundindo, em todo o território nacional, programas, projetos e as orientações que se fizerem necessárias para as inscrições nas agências do Sine/MTb, INCRA, ou nas Secretarias do Trabalho Estaduais e os sindicatos e associações rurais.

4ª FASE: Definição de recursos financeiros.

O volume de recursos necessários para implementação dos projetos terá origem na conta específica do "Programa de Reforma Agrária", no orçamento monetário e/ou no "Fundo Nacional de Reforma Agrária", definido no Capítulo III do Título II da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra.

5ª FASE: Instalações físicas, acomodações das famílias, material permanente e de consumo, aparelhos, utensílios, máquinas, equipamentos e implementos.

Serão realizadas as construções civis das instalações coletivas que irão acomodar provisoriamente as famílias no centro geográfico ou núcleo do projeto. Todas as obras serão realizadas ao menor custo de construção, tendo em vista a transitoriedade do sistema.

6ª FASE: Implementação do projeto; execução da exploração econômica e de atividade paralela de subsistência das famílias.

Os trabalhadores passarão, nesta fase, a implantar o projeto de exploração agrícola, começando pelo desmatamento gradual e

progressivo, aração, correção do solo, gradagem, adubação e plantio, aplicação de defensivos, colheita, secagem, classificação e seleção de sementes, armazenamento, conservação e comercialização dos produtos.

Serão realizadas, em paralelo, atividades de apoio e subsistência, tais como hortas, granjas, pequenas criações e cultivos, exclusivamente voltadas aos suprimentos básicos indispensáveis à alimentação diária.

Os órgãos do Ministério da Agricultura e/ou outros centros de pesquisa, coordenados pelo MIRAD, manterão, em permanente rodízio, equipes de técnicos em contato com os núcleos para acompanhar a execução do projeto.

7ª FASE: Divisão da área total do projeto agrícola em glebas ou lotes, demarcação e titulação pelo INCRA.

8ª FASE: Construção da infra-estrutura mínima necessária em cada gleba, em regime de mutirão, tais como casas, estradas, poços, cercas, energia elétrica, reservatórios etc.

9ª FASE: Distribuição dos lotes, glebas, ou seja, das propriedades às famílias que, desde o início, trabalharem na organização do núcleo rural.

Três cláusulas de compromissos serão necessárias:

1ª — Cláusula de retrovenda: não será permitida a venda, o arrendamento, o repasse ou o desmembramento do título.

2ª — Cláusula restritiva: através do projeto, o proprietário assumirá o compromisso de continuar a execução da atividade agrícola, para a qual fora projetado o núcleo e a cooperativa rural, sob pena de perda do título de propriedade.

3ª — A transferência de domínio dos imóveis será decidida em comum, pelo beneficiário, pelas cooperativas, pelas associações de classe e pelo MIRAD.

10ª FASE: Transformação do núcleo, na forma como havia sido projetado e executado inicialmente, em COOPERATIVA de produção, comercialização e crédito, gerenciada pelos trabalhadores proprietários, assistidos, sempre que precisarem de apoio e assessoramento, pelos órgãos do Governo.

11ª FASE: Poderão ser instaladas agroindústrias em determinadas cooperativas rurais, cabendo entendimentos entre as mesmas e o MIRAD.

EXEMPLO :
CRONOGRAMA

Local	Área	Projeto	Empregos/(1)							Núcleo Rural				Glebas			
			Dir.	Ind.	(2) Preço ORTN Kg	(3) Rendi- men'to Kg./ha	(4) Custelo Total (ORTN)	(5) Produção (Ton.)	(6) Receita (ORTN)	N.º de Glebas	Área Ha	Produção Kg.	Receita (ORTN)				
	22.000	Milho	200	1.000	0.0126	1.700	121.465	37.400	435.250	200	100	170.000	2.166				

- 1) Empregos: indiretos, considerando a família média assentada de 5 pessoas.
- 2) Preço: preço mínimo em vigor em ORTN (Fonte: Boletim da CFP).
- 3) Rendimento: considerando para efeito demonstrativo a média nacional.
- 4) Considerando para efeito de cálculo demonstrativo, utilizamos a média do VBC — Valor Básico de Custelo no mês de agosto.
- 5) Produção total da área de 20.000 hectares, sendo 2.000 hectares de área comum, reservas, etc.
- 6) Receita total do núcleo.

A maturação do projeto

Serão observados, pelo MIRAD, os seguintes aspectos relativos ao desempenho do núcleo:

- a) A exploração total, prevista no projeto inicial e a resposta da cultura introduzida na região;
- b) A receptividade dos trabalhadores no aprendizado e absorção das técnicas e o seu desenvolvimento no trabalho agrícola;
- c) A formação do espírito cooperativista;
- d) O resultado das safras em resposta aos investimentos financeiros;
- e) A decisão comunitária, juntamente com o MIRAD, do tempo oportuno em que deverá ser realizada a divisão do núcleo em glebas;
- f) Enquanto a exploração econômica estiver em regime comunitário, o domínio e a propriedade dos bens patrimoniais dos núcleos de assentamentos rurais ficam transcritos em nome da Associação ou Cooperativa dos Agricultores.

A renda gerada pela safra seria destinada a quatro contas:

1ª Conta MIRAD: Tem o objetivo de reembolsar o governo pela terra, investimentos realizados e despesas de transportes, salários e custeio.

O cálculo será com base numa taxa decrescente, fixada por um prazo predeterminado.

2ª Conta Custeio: Visa a formar uma poupança para financiar as despesas de custeio, capital de giro, investimentos em infraestrutura e melhoramentos do núcleo nos anos posteriores.

Será calculada uma taxa fixa, com base nas projeções feitas no projeto, no VBC — Valor Básico de Custeio — e VBI — Valor Básico de Investimentos (o primeiro índice utilizado pela Companhia de Financiamento da Produção — CFP e o segundo, pelo Banco do Brasil).

3ª Conta de Capital: Destinada à formação de capital da futura cooperativa dos produtores rurais.

Será constituída por uma taxa progressiva, em razão inversa da conta 1ª

4ª Conta Salário: Destinada à remuneração salarial simbólica aos trabalhadores e suas famílias, para fazer face às suas pequenas despesas.

Esta conta se extinguirá quando houver a privatização do sistema.

EXEMPLO
CRONOGRAMA

APLICAÇÃO DA RECEITA DO NÚCLEO DO PROJETO (EM ORTN)				
ANO	CONTA N.º 1	CONTA N.º 2	CONTA N.º 3	CONTA N.º 4
1.º	143.734	143.734	143.734	Salário Mínimo
2.º	115.392	133.612	172.076	"
3.º	87.050	133.612	202.442	"
4.º	56.684	133.612	230.784	"
5.º	28.342	133.612	260.126	"
6.º	0.0	133.612	289.492	0.0

OBS.: O Quadro acima demonstra a capacidade de pagamento das contas, dentro de um período que pode ser flexível, em até 20 anos. Na tabela em exemplo, tomamos por cálculo um período de 5 anos. Trata-se de um cálculo demonstrativo estático, não estando projetada correção monetária e variação dos preços no mercado.

A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE: alguns aspectos

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI
Advogado militante em São Paulo. Pós-
graduado em Direito Penal-Econômico
pela Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

- 1 — *Conceitos fundamentais. Objetivos da lei*
- 2 — *Origem histórica*
- 3 — *Conceituação do abuso do poder econômico*
- 4 — *Formação da legislação nacional. Embasamento constitucional*
- 5 — *Natureza jurídica da lei antitruste. Objeto jurídico protegido*
- 6 — *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*
- 7 — *Hermenêutica da lei antitruste*
- 8 — *Controle judicial das decisões do CADE*
- 9 — *Competência extraterritorial do CADE*
- 10 — *Formas de abuso do poder econômico*
- 11 — *Elemento subjetivo do abuso do poder econômico. Paralelismo consciente*
- 12 — *Principais condutas restritivas da concorrência (horizontais e verticais)*
- 13 — *Regra da razão. Justificação de abusos restritivos à concorrência*
- 14 — *Assistência. Participação processual da vítima de abuso do poder econômico*
- 15 — *Dificuldades na aplicação da lei antitruste*

1 - Conceitos fundamentais. Objetivos da lei

Consoante ensina PHILLIP AREEDA, emérito Professor da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos (in *Antitrust Analysis*, 2ª ed., p. 6), a competição perfeita, ou seja, a economia de mercado sob a soberania do consumidor somente seria verificável uma vez reunidas as seguintes condições:

a) quando os compradores e vendedores forem tão numerosos, que nenhuma ação, de qualquer deles, produziria impacto no preço de mercado, inexistindo qualquer conluio entre aqueles;

b) quando cada consumidor demonstrar sua preferência subjetiva entre os vários bens e serviços existentes, mediante operações de comércio a preços de mercado plenamente conhecidos;

c) quando todos os preços relevantes de mercado forem patentes a todos os produtores, os quais devem conhecer todos os entrelaces de insumos tecnicamente capazes de produzir qualquer combinação específica de produtos finais, e tomem decisões sobre a dicotomia insumos-produtos finais apenas para ativar o retorno de seu capital; e

d) quando cada produtor tiver igual acesso a todos os mercados de insumos, inexistindo barreiras artificiais à produção e venda de qualquer produto.

Nesse hipotético sistema econômico, prevaleceria o princípio do "laissez-faire", sendo perfeitamente dispensável qualquer intervenção estatal. A realidade, entretanto, se apresenta bem diversa e distante de uma concorrência perfeita, tornando-se imperiosa a intervenção governamental, que pode variar de acordo com as peculiaridades de cada sistema econômico, bem como com as características dos valores adotados pelas comunidades envolvidas. É nesse quadro que surge a legislação antitruste, cujos objetivos, conforme o Estado que a promulgar, ora visam a finalidades políticas, ora econômicas, tais como, por exemplo, a competitividade entre empresas, a defesa da soberania pela independência tecnológica, etc.

Como salienta o igualmente ilustre Professor da Faculdade de Direito de Berkeley, Califórnia, LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN (in *Antitrust*, pp. 1 e ss.), a legislação antitruste representa uma interação de conceitos econômicos e jurídicos. De fato, os objetivos da lei e seu desenvolvimento repercutem na maneira como os economistas especializados em organização industrial se apercebem de seu universo intelectual, sendo verdadeira a recíproca em relação aos juristas dedicados ao exame da legislação repressora do abuso do poder econômico. Todavia, como seria natural, as perspectivas de ambos os ramos da ciência, são bastante distintas, embora interdependentes. Assim, enquanto, para os economistas, a legislação antitruste objetiva a eficiência na alocação de recursos, para os

juristas, a matéria está afeita a aspectos políticos e sociais. Consoante o entendimento do Professor JAIME VILLEGAS CAYON (in *Monopolio y Competencia — Las Leyes antitrust de los Estados Unidos — base da la Libertad Económica*, p. 5), as leis antitruste têm, em síntese, quatro objetivos fundamentais, a saber:

a) a proteção das liberdades políticas e individuais, na medida em que permitem ao consumidor optar entre concorrentes, evitando, assim, a dependência à mera tolerância de um grupo monopolista;

b) a proteção ao consumidor quanto à boa qualidade dos produtos e aos preços razoáveis;

c) contribuir para a máxima eficiência econômica, mediante decisões livremente tomadas pelos empresários, sob a égide da concorrência e não sob imposições de monopólios; e

d) a melhor utilização da inventiva e da iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participação na atividade econômica.

Três elementos são essenciais à análise da concorrência sob a legislação antitruste, a saber:

a) a “performance” de mercado;

b) a conduta de mercado; e

c) a estrutura do mercado, podendo esta ser monopolística, oligopolística ou competitiva.

Caracteriza-se o monopólio pelo controle de preços e a exclusão da concorrência. A Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, conhecida como a lei antitruste brasileira, não define com exatidão o monopólio, mas permite, em seus arts. 3º e 5º, a identificação de seus elementos fundamentais. Assim, conjugadamente, entender-se-ia como monopólio a situação em que uma empresa ou grupo de organizações, em relação ao qual exista um restrito número de empresas que não tenha condições de lhe fazer concorrência num determinado ramo de negócio ou de prestação de serviços, controle em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço que passe a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços. A conceituação, porém, não exclui, mas ao contrário, reforça, a verificação de monopólio quando, inexistindo outras organizações menores, for o mercado constituído de, tão-somente, uma única empresa, hipótese em que, com maior precisão, teríamos o “monopólio natural” ou “de fato”, a que se refere o art. 2º, inciso II, da Lei Antitruste pátria. Outrossim, a existência de um pequeno grupo de empresas, atuando em condições monopolísticas, configura, também mais precisamente, um “oligopólio”, cuja característica própria é a consciência da interdependência (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 331 e ss.).

O poder monopolístico, por seu turno, deve ser examinado sob sua tríplice especificação, conforme acima indicado, ou seja, sob o aspecto estrutural (examinando-se, por exemplo, o grau de concentração do mercado, a existência ou não de barreiras ao ingresso de novos empreendimentos nesse mercado etc.), de conduta (verificando-se, v.g., se a conduta é predatória ou não, ou seja, se é ou não excludente da concorrência) e de "performance" (sintomaticamente passível de identificação pela elasticidade em maior ou menor grau da resposta do mercado à imposição de preços supracompetitivos).

A estrutura do mercado, por sua vez, há que ser examinada sob dois aspectos:

a) por produto, levando-se em conta a natureza dos produtos sob exame, a saber, produtos homogêneos, diferenciados, substitutivos ou diversificados; e

b) geográfico, apreciando-se este sob os prismas local, regional, nacional e internacional, conforme o caso.

2 - Origem histórica

Historicamente, a legislação antitruste teve como divisor de águas o surgimento, nos Estados Unidos, da Lei Sherman (Lei Pública nº 190, de 2 de julho de 1890), de iniciativa do Senador John Sherman, seguida da lei da Comissão Federal de Comércio (Lei Pública nº 203, de 26 de setembro de 1914), da Lei Clayton (Lei Pública nº 212, de 15 de outubro de 1914), proposta pelo Senador Henry de Lamar Clayton, e da Lei Robinson-Patman (Lei Pública nº 692, de 1936), as quais constituem o arcabouço do sistema antitruste norte-americano. O período histórico anterior à Revolução Industrial pouco contribuiu para o florescer da novel legislação, posto ser a regulamentação antitruste produto da reação popular e estatal contra o chamado capitalismo selvagem, fenômeno cronologicamente recente. De qualquer forma, conforme relata o Professor GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, reportando-se a estudos feitos pelos Professores WILBERFORCE, CAMPBELL e ELLES em sua obra *Restrictive Trade Practices and Monopolies* (apud *Teoria Geral do Direito Econômico*, pp. 24 e 25), já na Índia e na Grécia, em época anterior ao nascimento de Cristo, leis tinham sido promulgadas contra a formação de monopólios, contra a elevação arbitrária de preços e a provocação artificial de escassez de gêneros. Embora, por outro lado, em Roma, a *Lex Julia de Annona*, no ano 50 a.C., cominara pesadas multas para os que tentassem açambarcar o mercado de cereais, e um édito de Diocleciano, em 301, cuidara da defesa do comércio contra atividades visando à formação de monopólios, os citados Professores WILBERFORCE, CAMPBELL, e ELLES preferem encontrar a inspiração remota para a promulgação da Lei

Sherman na Constituição de Zeno, que, em 483, buscara ordenar os mercados romanos, criando para a ação restritiva do comércio sanções que iam até o confisco e o banimento. Não deixam, porém, os mestres de fazer menção a leis antimonopólios na Boêmia e nas cidades italianas de Urbino e Viterbo, no século XIII, assim como em certas regiões alemãs, na França e na Inglaterra, a partir do século XIV. Minha família possui uma preciosidade: um edital perfeitamente conservado, baixado em Bologna, em 27 de agosto de 1612, minuciosamente regulamentando o comércio da uva e do vinho e impondo graves penalidades (inclusive tortura) aos atravessadores, especuladores e câmbio-negristas. Outra curiosidade: o diploma antecipou idéia que ressurgiu séculos depois, a da pena indeterminada, ou seja, a critério da autoridade. Assim, punia certas condutas com tortura explícita (v.g. "*tratti di corda*"), se coisa outra não determinasse o Chefe local e na ocasião, o Eminentíssimo Senhor Cardeal Maffeo Barberino.

No plano jurisprudencial, bem ao gosto dos adeptos do sistema da "Common Law", destacam-se, em seus primórdios, três precedentes (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 156/158).

No primeiro, chamado "*Dyer's Case*", examinou-se a questão de um tintureiro que contrariara obrigação de não-concorrência, pela qual se comprometera a não exercer o comércio de sua especialidade em determinada cidade pelo período de seis meses. O Tribunal, em 1414, com grande veemência, julgou o autor carecedor de ação, sob o argumento de que era nula a disposição contratual que impedisse alguém de exercer seu comércio.

No segundo, conhecido por "*Merchant Tailor's Case*" (*Davenant vs. Hurdís*), 1599, debateu-se sobre os estatutos da "Guilda de Alfaiates de Londres", que exigiam de seus membros a obrigatoriedade de reservar ao menos a metade do trabalho de acabamento para membros da própria corporação, em detrimento de artesãos independentes. Neste caso, em que se defrontaram Lorde Coke, pelo acusado, e Thomas Moore, prevaleceu o entendimento do primeiro, no sentido de que a disposição estatutária era desarrazoada e, portanto, ilegal, na medida em que permitia à guilda exigir reserva de mercado sem qualquer contra-exigência de qualidade dos serviços e de razoabilidade de preços.

O último referido, ou seja, o "*Case of Monopolies*" (*Darcy vs. Allen*), decidido em 1602, tratava de uma patente concedida pela Rainha Elizabeth ao cortesão Darcy, conferindo-lhe monopólio na fabricação e importação de cartas para jogar. O réu, Allen, violando a patente, produziu e vendeu cartas em Londres. O Tribunal de King's Bench, adotando a defesa apresentada pelo Prefeito de Londres em favor do réu, anulou a patente sob a argumentação de que o privilégio era contrário ao interesse público na medida em que permitia a elevação de preços e a

redução da qualidade das cartas para jogar, além de privar trabalhadores de seu meio de subsistência.

Anota, porém, SULLIVAN, que referidos precedentes não tinham por objetivo primacial a defesa da livre iniciativa, mas antes, questões em geral políticas, tais como as reações contra imposições das guildas e as querelas de poder entre Prefeito e Rainha.

Nitidamente sob o prisma antitruste, os primeiros grandes processos ocorreram nos Estados Unidos, no início de século XX, destacando-se, exemplificativamente, o caso Northern Securities Co. (1904) e o caso Standard Oil Co. of New Jersey (1911) (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 35/36).

Na demanda "Northern Securities", tratou-se da fusão de ferrovias de forma a deixar sob controle conjunto uma linha-tronco anteriormente disputada por dois grupos econômicos, o Grupo Moran e Hill e o Grupo Harriman. Decidiu-se, na espécie, que era ofensiva à Lei Sherman a consolidação de empresas cujo efeito fora eliminar parte substancial da concorrência entre elas.

No caso "Standard Oil", examinou-se a questão de pessoas físicas e jurídicas que, após constituir a empresa em 1870, obtiveram transporte ferroviário a custos preferenciais e forçaram concorrentes a aderir ao truste, sob pena de serem eliminados do mercado, notadamente mediante redução predatória de preços. Através desses métodos, a Standard passou a controlar acima de 90% do mercado de petróleo refinado. Ao julgar ilegal o truste, a Suprema Corte americana determinou sua dissolução, mediante distribuição das participações acionárias entre os sócios, em base *pro rata*.

A legislação europeia relativa a abusos de posições dominantes (cuja diferenciação do conceito estrito da legislação antitruste veremos adiante) constitui, enquanto regulamentação sistemática, fenômeno recente. Embora alguns países já tivessem inserido nos respectivos sistemas jurídicos disposições sobre a matéria (de que são exemplos, na França, os arts. 419 e 420 do Código Penal (1810) e os arts. 50 e 51 da "ordonnance" 45/1483, de 30 de junho de 1945; na Inglaterra, o "Monopolies and Restrictive Practices Act" (1948); na Noruega, a Lei dos Trustes (1926); na Dinamarca, a lei antitruste de 1931 (que não chegou a ser aplicada) e, na Alemanha, as leis aliadas anti-monopólio, notadamente a "U.S. Military Government Law" nº 56, de 2 de fevereiro de 1947 (cf. EDWARD H. CHAMBERLIN, apud *Monopoly and Competition and Their Regulation*), as quais influenciaram a promulgação da lei japonesa anti-monopólio (Lei nº 54, de 14 de abril de 1947), de fato (cf. ALFRED F. CROTTI, in *Trading under EEC and US Antitrust Laws*, p. 13), o primeiro diploma verdadeiramente europeu que tratou da matéria foi o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) (Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951), que foi seguido pela promulgação de

leis nacionais em países particulares como as da Alemanha, Holanda, Dinamarca, Bélgica e França. Contudo, não foi senão aos 25 de março de 1957 que, com o Tratado de Roma, criador do Mercado Comum Europeu, a matéria passou a merecer a devida atenção.

Não obstante recente a legislação, o conceito jurídico europeu de “abusos de posições dominantes” ou de abuso do poder econômico (mesmo por que a doutrina do “laissez-faire” é originária do Velho Mundo – cf. CROTTI, op. loc. cit.) teve larga influência na formação da nossa Lei nº 4.137, notadamente no que tange à rejeição da doutrina norte-americana dos delitos “per se”.

3 – Conceituação do abuso do poder econômico

A Lei nº 4.137, de 1962, teve confessada inspiração e fonte histórica na análoga legislação norte-americana, porém, no dizer do autor de seu projeto original, Agamemnon Magalhães, “com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas” (cf. *Abuso do Poder Econômico*, p. 18). Com efeito, e como primeira diferenciação conceitual, a legislação brasileira, antes de ser tipicamente um conjunto de normas “antitruste”, no sentido restrito da palavra, é um sistema jurídico, tal qual o europeu, repressivo dos “abusos do poder econômico” ou dos “abusos de posições dominantes”. Já observara CORWIN EDWARDS (in *Foreign Anti-Trust Laws in the 1960's*), citado por ALBERTO VENÂNCIO FILHO (apud *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, pp. 291/292), que “em alguns países o conceito de ação contrária ao interesse público é definido na frase “abuso do poder econômico”, que resume atitudes desenvolvidas durante vários séculos, pela inter-relação de instituições religiosas, políticas e econômicas. (...) Antes da Reforma, a atitude da Igreja era de não desafiar a existência do poder econômico temporal, nem preocupar-se com a sua concentração, mas, aceitando as hierarquias do poder, insistir para que tal fosse moralizado e que se tornasse religioso. Toda a conquista de poder trazia uma correspondente conquista de deveres. O fracasso em assumir seus deveres instituíra uma conduta imoral e irreligiosa. Essa concepção é claramente precursora do conceito legal atual de abuso do poder econômico, a qual sobreviveu à Reforma, não somente nos países católicos, mas também naqueles países nos quais o protestantismo adotou a concepção de que as atividades comerciais privadas têm deveres morais correspondentes à sua autoridade”.

Assim, atenta GUILHERME A. CANEDO DE MAGALHÃES (in *O Abuso do Poder Econômico*, p. 16) que o legítimo uso do poder econômico não sofre qualquer restrição, sendo certo que sua amplitude é até mesmo estimulada pelo Estado, uma vez que implica no desenvolvimento econômico do País.

Como resultado da simbiose, adotou o sistema brasileiro posição eclética, na medida em que, por exemplo, se, por um lado, como visto,

repeliu o rígido conceito de delitos "per se" do sistema norte-americano, em favor do mais flexível conceito europeu de abuso do poder econômico, por outro lado, autoritariamente desprezou o princípio do duplo grau de jurisdição (com evidente perigo para as garantias individuais, a tempo resguardadas pelo princípio maior da inafastabilidade do Poder Judiciário, constitucionalmente contemplado no art. 153, § 4º, da Carta Magna vigente), enquanto o sistema norte-americano, expressa e democraticamente, consagrou a recorribilidade das decisões administrativas da Comissão Federal de Comércio perante as Cortes de Apelação dos Estados Unidos (Justiça Federal) (cf. art. 5º, alínea c, da Lei da Comissão Federal de Comércio).

Na genealogia de nossa lei, o começo das dúvidas conceituais e hermenêuticas que até hoje dificultam a inteligência e a aplicação do diploma.

Com raízes em ordenamento jurídico alienígena (Common Law) substancialmente diverso da orientação romanística, foi a matéria introduzida no panorama jurídico nacional, em caráter pré-sistemático, através da legislação relativa aos crimes contra a economia popular. Assim, enquanto a Lei Sherman e os textos que a seguiram, no dizer do Juiz CHARLES E. HUGUES (apud JAIME VILLEGAS CAYON, ob. cit., p. 27), "apresentam generalidade e adaptabilidade comparáveis com as que se consideram desejáveis nos preceitos constitucionais", recomendando, portanto, a adoção de "normas maleáveis" ou *standards*, diante da impossibilidade de especificação taxativa das práticas consideradas abusivas do poder econômico, a legislação repressiva brasileira (em cujo contexto obviamente se incluem os diplomas atinentes às infrações contra a economia popular), está adstrita aos princípios fundamentais da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Exige-se do intérprete da lei antitruste a convivência com a ambigüidade e a flexibilidade de adaptação de conceitos tão díspares entre si, como os da *equity* do sistema anglo-saxão e o da tipicidade; entre o formalismo civilista e o pragmatismo da "regra da razão".

4 - Formação da legislação nacional. Embasamento constitucional

No Brasil, o princípio da livre concorrência tem raízes na própria cultura nacional, de que o direito é mera expressão. Como verdadeiro marco da manifestação dos Tribunais pátrios a respeito da matéria (e quiçá como primeiro grande precedente jurisprudencial relativo ao conceito moderno de liberdade de iniciativa), não se pode deixar de lembrar o processo que envolveu, de um lado, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, sob o patrocínio de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, e, de outro, o Conde Alvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniação, defendidos por RUI BARBOSA. Versava a questão sobre a cláusula de não-

restabelecimento, após a venda de um negócio industrial, posto ter-se o alienante, no caso, o *Conde Alvares Penteadado*, restabelecido com o mesmo negócio, no mesmo lugar e dentro do raio de ação do adquirente. Em primeira decisão, o Supremo Tribunal Federal, aos 30 de abril de 1913, por maioria de votos, firma que a cláusula de não restabelecimento estaria implícita na venda de um determinado negócio, tendo por fundamento legal os arts. 209, 214 e 215 do Código Comercial, reformando, assim, a decisão de primeira instância, que fora favorável aos réus (cf. *RT* 6/239 e *Revista do Supremo Tribunal*, 2/480). Posteriormente, aos 12 de agosto de 1914, em sede de embargos, a Suprema Corte reverteu o julgado, entendendo não só que “não estava, entretanto, Antonio Alvares Penteadado legalmente inibido do exercício de indústria similar, porque não se presume a renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria”, como também que “além de restrita no tempo, no espaço e no objeto, a renúncia deve ser expressa, ou pelo menos resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência” (cf. *RT* 12/180 e *Revista do Supremo Tribunal*, 3/187). Conseguiu-se, assim, o primado da livre iniciativa, permitindo-se sua restrição apenas quando expressa e justificadamente convencionalizada e, importante, desde que limitado o empecilho “no tempo, no espaço e no objeto”. Para os que desejarem aprofundar-se no exame deste rumoroso caso, lembramos a nota de rodapé de nº 9 inserida no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 2ª parte, p. 159 (2ª edição), de CARVALHO DE MENDONÇA, onde se informa a publicação por RUI BARBOSA de suas alegações forenses, sob o título *As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas Aliações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais* (1913), às quais CARVALHO DE MENDONÇA opôs seus memoriais em três volumes recomendando e solicitando “encarecidamente” o Mestre que “ninguém firme juízo sobre esta famosa causa sem apreciar as razões dos dois litigantes” (cf. nota citada, p. 160).

Historicamente, ainda, em seu art. 116, previu a Constituição federal de 1934 a possibilidade de, através de lei especial e com ressalvas, “por motivo de interesse público”, serem monopolizadas certas atividades econômicas. Obviamente, não era o texto auto-exequível; e, a seguir, não foi objeto de regulamentação. Não deixou, contudo, de ser o primeiro preceito constitucional pátrio a preocupar-se em retirar o Estado da posição de mero espectador de fenômenos econômicos que atingissem à coletividade, correlacionando a organização da ordem econômica a “princípios de justiça e às necessidades da vida social”, com o escopo de possibilitar “a todos existência digna”. Só atendidos esses parâmetros, garantia a Carta Magna a liberdade econômica.

Como ponderou PONTES DE MIRANDA (in *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, 2ª edição, p. 501), já vinha aí, implícito, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Segundo WALDEMAR MARTINS FERREIRA (in *História do Direito Constitucional Brasileiro*, pp. 184/185),

tornara-se “moeda corrente a teoria da intervenção do Estado na vida econômica”; mas, na prática, não foi imediata, entre nós, sua entrada em franca circulação.

Tão-só para o suprimento de “deficiências da iniciativa individual”, autorizada ainda a coordenação de fatores de produção, a Carta de 1937 admitiu intervenção estatal no domínio econômico “de forma mediata e imediata”, com vistas a se evitarem ou solucionarem seus conflitos (cf. art. 135 da Carta de 1937).

Deve-se ao Deputado Agamemnon Magalhães, como dito, quando Ministro da Justiça, a promulgação do draconiano Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido por “Lei Malaia”, dispondo sobre “os atos contrários à ordem moral e econômica” e que, entre outras inovações, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, predecessora do atual CADE, órgão com a específica destinação de velar pela fiel aplicação do diploma. O Decreto-Lei nº 7.666 tais reações provocou, de ordem política e jurídica, bem como ponderações de sua inconveniência, que, embora em vigor a partir de 1º de agosto de 1945, não chegou a efetivamente atuar, sendo laconicamente revogado pelo Ministro José Linhares, em novembro do mesmo ano, quando ocasional e provisoriamente se encontrou à testa da Nação, imediatamente após a derrubada do Estado Novo.

Na Constituição de 1946 cristalizou-se no art. 148 o seguinte preceito:

“A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Quanto à “economia, sua guarda e seu emprego”, já tínhamos o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, projeto da lavra de Nelson Hungria, que declaradamente se inspirara no Projeto de Código Penal argentino de J. COLL e EUSÉBIO GOMES, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americanas. Esse diploma foi mais do que uma lei antitruste, como se verifica da classificação das entidades criminais que define. Aos 26 de dezembro de 1951 sobrevieram a Lei nº 1.521 (alterando dispositivos atinentes aos Crimes contra a Economia Popular) e a Lei nº 1.522, autorizando o Governo federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Segundo o Professor Hermes Lima, em depoimento perante o Congresso Nacional em 23 de fevereiro de 1956, o conjunto desses diplomas dispensaria, até, a elaboração de uma lei especial sobre o abuso do poder econômico.

Dada a identidade de natureza penal da Lei nº 1.521 e de eventual texto específico que viesse a ser baixado sobre o assunto, identidade essa

ênfâtizada por PONTES DE MIRANDA (cf. *ob. cit.*, p. 504, 2ª edição), não era de todo extravagante o entendimento de Hermes Lima; mas o ilustre Professor não atentou para as diversidades, como regra, dos sujeitos ativo e passivo nas infrações e do objeto da proteção jurídica dispensada pela questionada lei e a que, sem infirmá-la, afinal acabou por sobrevir.

Ademais, como foi sublinhado por Hungria, em depoimento perante a Câmara dos Deputados (cf. "Suplemento A" ao DCN nº 123, de 28-7-61). "os abusos do poder econômico enumerados na Lei nº 1.521 estão muito aquém da realidade conforme tem demonstrado a experiência. Não fez mais do que repetir o Decreto nº 869, que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência, tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente", declara o saudoso penalista.

Aliás, sobre a necessidade de uma lei específica e abrangente para a apuração e repressão aos abusos do poder econômico, já se manifestara a sociedade industrial e comercial pátria, como se verifica da chamada "Carta-Econômica de Teresópolis", tão raramente lembrada e que propugnava pela intervenção do Estado no domínio econômico contra a atividade das organizações monopolísticas nocivas ao equilíbrio social.

Aos 15 de abril de 1948, versando sobre a matéria, Agamemnon Magalhães apresentou Projeto de Lei, que tomou o nº 122. A reação à tentativa de "regulamentação do art. 148 da Constituição" "tem sido sem tréguas", informou seu autor um ano depois; e, efetivamente, sua tramitação não percorreu longa estrada. Após pareceres das Comissões de Constituição e Justiça e de Indústria e Comércio, o assunto ficou paralisado, pelo que, anos mais tarde, o Deputado Jorge de Lima aludiu ao "sono da eternidade" em que dormitava, apesar do abuso do poder econômico ser "um dos fatores mais negativos nesta República das negociatas e maroteira" (cf. DCN, de 25-7-59, p. 4.505).

Falecido Agamemnon Magalhães, aos 8 de fevereiro de 1956, seu filho, o Deputado Paulo Magalhães, *ipsis litteris* reapresentou o trabalho paterno, agora sob o nº 3 (posteriormente, na Câmara Alta, o Projeto tomou o nº 144). A matéria passou, então, a ser amplamente esmiuçada, sendo a redação várias vezes refundida e objeto de diversos substitutivos até final aprovação na Câmara dos Deputados após longos e espaçados trâmites a que não foram alheios "embaraços políticos" (cf. Lincoln Feliciano, DCN, de 24-8-61, p. 6.453). Remetido o expediente ao Senado, ali chegou no dia 6 de novembro de 1961, onde, graças a um passe de mágica de Paulo Fender, que tornou prejudicados laboriosos substitutivos e as emendas a ele apresentados, foi o Projeto aprovado por 30 votos contra 8, subindo à sanção presidencial. Aos 18 de setembro de 1962, foi recebido pelo Congresso o texto de Lei sancionado pelo Presidente João Goulart, mas com veto parcial a alguns dispositivos (cf. Mensagem nº 184/62, DCN, de 19-9-62, pp. 2.065/2.066). Convocado o

Congresso para o dia 14 de novembro, em sessão noturna conjunta, foram discutidos em bloco e votados os vetos, dos quais 7 foram mantidos e 6 rejeitados (cf. *DOU*, 27-11-62, retificado em 30-11-62 e 20-3-63). Oultrossim, por força do art. 1º da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, a multa prevista no art. 43 da Lei nº 4.137, passou a ser calculada com base no denominado salário-referência.

Aos 20 de maio de 1963, foi a Lei nº 4.137 regulamentada pelo Decreto nº 52.025, recentemente revogado pelo Decreto nº 42.323, de 23 de janeiro de 1986, ora em vigor.

Pelo Decreto nº 53.670, de 9 de março de 1964, foi aprovado o Regimento Interno do CADE, reformulado pela Portaria nº 677, de 1º de setembro de 1978, do Ministério da Justiça. Tais diplomas encontram-se revogados, estando atualmente em vigor o Regulamento aprovado pela Portaria nº 37, de 28 de janeiro de 1986, do Ministério da Justiça.

A Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, abandonou a exposição genérico-exemplificativa do art. 148 da Constituição de 1946, sob cujo império fora promulgada a Lei Antitruste, optando pela seguinte redação:

“Art. 160 – A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Quando da elaboração da Constituição de 1967, o Deputado Oswaldo Lima Filho, pela Emenda nº 508, subscrita por 110 Deputados, tentou ver pura e simplesmente restabelecida a redação do art. 148 da Constituição de 1946, sob a justificação de que “o texto de 1946, acima renovado, é mais perfeito”. A emenda, embora inicialmente acolhida na Câmara e no Senado, não integrou o texto definitivo, após ser-lhe contrário o parecer da Comissão Mista (cf. *Anais da Constituição de 1967*, 6º volume, t. 2, pp. 529/530).

Perante a redação que prevaleceu, vem tomando corpo uma corrente segundo a qual, com a reformulação da Carta Magna, derogadas estariam as disposições coativas atinentes à matéria que estritamente não se enquadrem num dos termos do trinômio: dominação de mercados nacionais – eliminação de concorrência – aumento arbitrário de lucros. Mais especificamente, teriam deixado de vigorar os incisos IV e V do art. 2º da Lei nº 4.137/62. Essa inteligência, contudo, ainda permanece no campo doutrinário, não tendo enfrentado os crivos administrativo e judicial.

De lege ferenda, tramita no Congresso Nacional, já acolhido pela Câmara dos Deputados, projeto de lei que institui um Código de Ética

das Multinacionais, exigindo das empresas transnacionais abstenção de práticas abusivas do poder econômico, além de outras contrárias aos interesses políticos do País (cf. Projeto nº 2.248, de 1976, da Câmara dos Deputados, e nº 68, de 1979, no Senado).

Menção merece o anteprojeto de lei que altera a Parte Especial do Código Penal (cf. Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, do Ministério da Justiça, in *DOU*, de 19 de julho de 1984, Seção I, pp. 10.522 e ss.) para, *inter alia*, incluir naquele diploma básico os delitos contra a ordem econômica (arts. 375 e 384).

5 – Natureza jurídica da Lei Antitruste. Objeto jurídico protegido

O sumário histórico acima apresentado já faz pespontar questões de intrincada solução. Assim, por exemplo, o problema da natureza jurídica da Lei Antitruste. De fato, regulamentando dispositivo da Lei Maior, a Lei nº 4.137 encontra-se inserida no contexto dos objetivos da ordem econômica e social constitucionalmente almejados. Portanto, teleologicamente, o diploma tem por fim colaborar com a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, conforme entendidos à época de sua aplicação. Não tem o estatuto, como objeto jurídico de sua proteção, a política econômica do Estado, pois tutela, antes, a liberdade econômica e a livre concorrência.

Com efeito, a lei antitruste nacional não é, como chegou a ser sustentado, tema aderente ao poder de polícia, ou seja, vinculado ao direito administrativo, mas, sim, um diploma penal, enquadrado no novíssimo ramo do direito penal econômico. Impõe-se o entendimento, embora por alguns contestado, não só pelas já referidas origens históricas do diploma, tanto indígena como estrangeira, como, também, por lhe serem estranhos e inaplicáveis os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado poder de polícia:

- a) a discricionariedade;
- b) a auto-executoriedade; e
- c) a coercibilidade.

Laivos do primeiro desses atributos despontam, tão-só, em iniciativas investigatórias quando *ex officio* providenciadas pelo CADE (cf. Resoluções n.ºs 4/67 e 1/80, do CADE).

Assim, enquanto a “discricionariedade” se traduz, segundo HELY LOPES MEIRELLES (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª edição, pp. 114/117), na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, de aplicar as sanções e de empregar

os meios conducentes a atingir o fim colimado, o CADE, na aplicação do diploma que o rege, não pode afastar-se das indicações legais e regulamentares, atuando através de atos administrativos "vinculados" ou "regrados" (cf. NELSON DE AZEVEDO BRANCO e CELSO DE ALBUQUERQUE BARRETO, *Repressão ao Abuso do Poder Econômico*, p. 118). Enquanto a "auto-executoriedade" do poder de polícia faculta à Administração decidir e executar diretamente, por seus próprios meios, suas deliberações, sem intervenção do Judiciário, as decisões do CADE coisa julgada não geram; e, sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, somente através de processo judicial podem ser executadas (arts. 48 e segs. da Lei nº 4.137). Esse, aliás, o exposto intuito de Agamemnon Magalhães em seu projeto de lei: "a repressão aos abusos do poder econômico será feita pelo Poder Judiciário" (cf. Justificação do Projeto de Lei nº 122/48). Por fim, enquanto a "coercibilidade", como característica do poder de polícia, leva à imposição coativa das medidas emanadas da Administração, e isso até mediante recurso à Força Pública, o atributo é incompatível com a solução obrigatoriamente judicial, para fins executórios, das decisões do CADE, sujeitas, insista-se, a amplo controle jurisdicional, não só quanto às questões de formalidade extrínseca como também em relação à legalidade intrínseca, aos motivos determinantes do ato administrativo.

A legislação antitruste, não só por seu já apontado fundamento histórico, oriundo do ordenamento jurídico congênera norte-americano, mas também por força de sua própria natureza intrínseca (haja vista encontrar-se, desde seu surgimento, mesclada à legislação protetora da economia popular) é de natureza penal.

Quanto à primeira remissão (origem histórica), basta lembrar com SULLIVAN (ob. cit., p. 148), que "toda violação das leis antitruste (norte-americanas) é um crime punível com prisão de até um ano e multa no valor máximo de US\$ 1 milhão, caso o réu seja uma pessoa jurídica, ou US\$ 100,000.00, caso seja uma pessoa física".

Da mesma forma, relembrem-se, em reforço do entendimento, as antigas disposições criminais cominadas às restrições ao livre comércio dos já citados arts. 419 e 420 do Código Penal francês (1810) e do art. 498 do Código Criminal canadense (1889), este introduzido "provavelmente e de certa maneira como resultado da agitação nos Estados Unidos que levou, um ano mais tarde, à promulgação da Lei Antitruste Sherman" (cf. CHAMBERLIN, ob. cit., p. 14). Mais recentemente, vejam-se os preceitos penais dos arts. 89 a 97 da Lei japonesa antimonopólio, de 1947.

Não se olvide, ainda, que o supra-referido Anteprojeto de Lei que pretende alterar a Parte Especial do Código Penal brasileiro propõe a inclusão dos chamados crimes contra a ordem econômica (arrolando diversos dos tipos previstos na Lei antitruste) no próprio estatuto criminal básico.

Em relação à natureza intrínseca, cumpre iniciar o exame pela definição de direito penal, o qual, como muito bem assinala o emérito Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL (in *Legislação Penal Especial*, p. 3), deve ser conceituado sempre com referência expressa ao seu conteúdo substancial, fugindo, assim, de uma definição meramente formal. Por isso, acompanhando referido mestre, adotamos a definição de STAMPA BRAUN (in *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 19, apud MANOEL PEDRO PIMENTEL, *op. loc. cit.*), a saber:

“Direito Penal é o ordenamento jurídico autônomo, pertencente ao direito público, que tutela determinados interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança às condutas que contra aqueles interesses atentem (delitos).”

Quanto à natureza pública da lei antitruste, o entendimento é inquestionável, posto não servir aquele diploma para dirimir ou regular quesilhas ou interesses particulares ou entre particulares, matéria esta afeita aos direitos civil e comercial, cujo foro competente é a Justiça Comum e não o CADE. Assim, no meridiano dizer do saudoso Professor OSCAR BARRETO FILHO (cf. *Limites Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia Privada*, in *RT* 291/13), “assentado está, pois, que a intervenção, seja qual for a forma de que se revista, deverá fundar-se no interesse da coletividade (e não no interesse restrito de classes ou grupos), visando a promoção do bem comum, bem como será demarcada pelos direitos fundamentais proclamados pela mesma Constituição”.

No que diz ao objeto jurídico protegido, já salientamos não ser este a política econômica do Estado, mas, antes, e muito antes, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, constitucionalmente garantidas. De fato, no dizer de ENRIQUE R. AFTALIÓN (in *Tratado de Direito Penal Especial*, t. I, pp. 109/110), nos delitos econômicos, transparece, acima da eventual lesão a particulares ou a organismos ou a regulamentos administrativos, o dano efetivo ou potencial à economia nacional considerada em seu conjunto, ou ao menos, contra instituições desse conjunto funcionalmente importantes.

6 – Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Assentada a natureza do diploma, abordemos, ainda que sucintamente, a correspondente questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Assim, e como é de conhecimento generalizado, duas são as correntes fundamentais que tratam da matéria, a saber, a dos tradicionalistas, apegados ao princípio do direito romano *societas delinquere non potest*, e a dos realistas, cujos maiores representantes são GIERKE e MESTRE. Segundo aqueles, que foram apoiados por SAVIGNY, às pessoas jurídicas faltaria imputabilidade e culpabilidade, posto que, em verdade, são dirigidas por

peças físicas, seres humanos. Ademais, alega-se serem inadequadas as cominações de direito penal para reprimir a conduta ilícita a elas atribuível. Por outro lado, de acordo com a teoria realista, as peças morais têm poder de deliberação e vontade e vivem vida verdadeira e própria, desenvolvendo atividade pessoal que poderá ser de natureza criminosa. Lembram CESARE PEDRAZZI e PAULO JOSÉ DA COSTA (in *Tratado de Direito Penal Económico*, vol. I, p. 27) que a responsabilidade penal das peças jurídicas constitui princípio adotado de há muito pelos ordenamentos jurídicos anglo-saxões (cf. LEIGH, in *The Criminal Liability of Corporations*), observando-se, no mesmo sentido, tendências na doutrina francesa (cf. DONNEDIEU DE VABRES, "Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales", in *Révue Internationale de Droit Pénal*, 1950, p. 339; e LAVASSEUR, "Les personnes morales victimes, auteurs ou complices d'infractions", in *Révue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1954-1955, p. 840). Veja-se, igualmente, AFTALIÓN, *Derecho Penal Económico*, p. 91.

A crítica que se faz à teoria realista fundamenta-se, a este respeito, na alegação de que a pessoa moral, embora sendo uma realidade, o é apenas jurídica, criada pela lei. Porém, não obstante os perigos decorrentes do emprego da analogia, não se pode deixar de lembrar o pensamento do sociólogo Émile Durkheim expressado por ocasião da formulação da chamada teoria do organicismo biológico, a qual pode, de certa forma, demonstrar que a realidade das peças jurídicas não se restringe a uma simples ficção. Em resumo, elaborado pelo Professor GOFREDO TELLES JR. (in *Filosofia do Direito*, 2º tomo), para o pensador, as sociedades são seres vivos, com existência própria e distinta dos indivíduos humanos que as compõem. Os fenômenos sociais e os fenômenos da consciência individual são heterogêneos, mesmo porque aqueles se situam, não nos elementos, mas, antes, no todo formado por sua união. Em outras palavras, toda sociedade é uma síntese "sui generis" que origina fenômenos novos e diversos dos verificados nas consciências solitárias. É indiscutível que a sociedade é composta de indivíduos, porém não pode ser simplisticamente considerada mera soma de peças. Resulta ela da consciência ajustada, engrenada, e dessa combinação surge a vida social. Tal ensinamento, embora não tendo sido obviamente dirigido às peças jurídicas, poderia explicar, por sua similitude, a própria culpabilidade destas.

Quanto à inadequação das cominações penais às peças jurídicas, é óbvio ser a reprimenda privativa de liberdade inaplicável àquelas, não o sendo, porém, as penas de multa e as medidas de segurança. Observam os tradicionalistas que apenas as cominações privativas da liberdade ou as pecuniárias conversíveis em prisão seriam *penais*, não tendo esta característica as pecuniárias não conversíveis e as medidas de segurança. Assim sendo, não seria penal o diploma que inflingisse, tão-somente, castigos pecuniários, a exemplo da Lei nº 4.137, de 1962. Ora, com o devido respeito, não se pode simplesmente esconder a realidade e a vitalidade econômica do mundo moderno por amor à tradição teórica, mesmo porque, não há esquecer, as peças jurídicas são sujeitos que, não obstante a

mutabilidade do elemento humano que lhes enseja alento e movimento, apresentam-se absolutamente inalterados perante a lei e especialmente diante do mundo econômico. De fato, no dizer de STAMPA BRAUN, acima citado, a norma é penal desde que tutele “determinados interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade” (através de preceito primário, descritivo da conduta típica), “mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança” (preceito secundário indistinto, ou seja, pena — privativa de liberdade ou pecuniária — ou medida de segurança). Ora, a tais requisitos atende plenamente a Lei nº 4.137, de 1962, posto tratar-se de diploma indubitavelmente de direito público (com prevalência flagrante do interesse coletivo ao particular), que tutela determinados interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade (a saber, a livre iniciativa, a livre concorrência e correspondentes garantias individuais, constitucionalmente protegidas), mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança às condutas que lhe forem ofensivas (no caso, a multa prevista no art. 43, a intervenção de que tratam os arts. 48 e segs. e a liquidação judicial e desapropriação da empresa faltosa, na forma do art. 61, todos da lei antitruste). Entendimento contrário seria tornar possível, por exemplo, considerar-se meramente administrativa a norma do art. 121 do Código Penal (matar alguém) caso, somente *ad argumentandum* é óbvio, sua pena fosse reduzida a elevada sanção pecuniária ou a uma ressocializadora medida de segurança. Em resumo, a norma é penal não em função da natureza da sanção, mas, antes, da sua substância intrínseca. Ademais, não se verifica qualquer heresia jurídica na equiparação conceitual das reprimendas pecuniárias e das medidas de segurança às penas privativas de liberdade. O fato de não serem aquelas eventualmente conversíveis em prisão não impede seu nivelamento conceitual, mas apenas formal. E para concluir, é interessante notar que a pena privativa da liberdade não foi cogitada no Projeto Agamemnon Magalhães, mais por sua ineficácia em tema de abusos do poder econômico do que pela análise da natureza jurídica da lei então sob exame. É o que nos diz o parecer de Hermes Lima, como relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara: “Assim, consagra o projeto a intervenção como medida adequada aos fins que colima. Toda a experiência das leis repressoras dos abusos do poder econômico confirma o restrito e medíocre alcance das medidas que se limitam a impor multas e penas de prisão” (apud AGAMEMNON MAGALHÃES, *Abuso do Poder Econômico*, p. 64).

7 — *Hermenêutica da lei antitruste*

De qualquer modo, em relação à legislação brasileira antitruste, tendo ela por confessada fonte e embasamento a legislação norte-americana (sendo mesmo impressionantes as semelhanças), não poderia o transplante ser efetivado apenas em sua forma, independentemente de todo o fundamento e o substrato jurídico e econômico que deu origem ao ordenamento alienígena, bem como de sua natureza criminal. Verifica-se, por exemplo,

que o projeto substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara federal, em 30 de fevereiro de 1955, consignava no *caput* do art. 2º a seguinte redação: "Consideram-se *crimes* de abuso do poder econômico..." (grifamos); sendo certo que a mesma afinal não foi acolhida, basicamente, pelo temor de que a nova lei revogasse as disposições similares da Lei nº 1.521, de 1951 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular) (cf. Suplemento A ao DCN nº 123, de 28-7-61, Seção I, pp. 23/33).

Cumpre, portanto, na exegese dos dispositivos legais antitruste, examiná-los sob o prisma da hermenêutica das normas penais, caracterizada pela rigidez de interpretação do tipo e pela inadmissibilidade da aplicação analógica, sem que tal implique em interpretações canhestras e literais, notadamente ante os fins econômicos da legislação especial representados pelo binômio constitucional "desenvolvimento nacional" e "justiça social" (cf. art. 160 da Carta Magna).

8 - Controle judicial das decisões do CADE

Como conseqüência de sua estreita vinculação às garantias e liberdades individuais, as decisões do CADE não podem, em hipótese alguma, ser consideradas "atos discricionários" (emanados tão-somente sob a égide da oportunidade e conveniência administrativas), mas, sempre, "atos vinculados" (cf. NELSON BRANCO e CELSO BARRETO, *ob. cit.*, p. 118), sujeitos a amplo controle judicial. Impõe-se o entendimento, máxime quando se verifica que das decisões do CADE não cabe qualquer recurso hierárquico, fazendo periclitar o princípio jurídico de toda nação civilizada, consagrado no duplo grau de jurisdição. As decisões administrativas do CADE não podem ser soberanas e definitivas, como que emanadas de senhor feudal, mesmo porque constitui princípio cediço entre os Estados de direito, que a Administração não há de exercer função formalmente jurisdicional, cumprindo ao Poder Judiciário, por mandamento constitucional, a ampla revisão da legalidade dos atos administrativos. De fato, o primado do Poder Judiciário, em realidade, é, na espécie, irrestrito, de sorte que, perante o mesmo, sem qualquer vinculação à etapa administrativa, poderá ser reaberta a discussão sobre toda a matéria ali deduzida.

O controle judiciário não se limita aos aspectos extrínsecos da legalidade, descendo ao exame da motivação e da finalidade da decisão proferida pelo CADE. Isto porque não tem o órgão poder para manifestar-se livremente, traduzindo sua atuação em atos desvinculados de qualquer prévia regra de direito; antes, concretiza sua vontade positiva ou negativamente, desde que preenchidos ou não, no caso concreto, determinados requisitos vinculatórios fixados "a priori" pela lei. Como ensina HELY LOPES MEIRELLES (*ob. cit.*, p. 89, 5ª ed.), "o princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos por lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar com todas as

minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido, e assim pode ser reconhecido pela própria Administração ou pelo Judiciário, se o requerer o interessado”.

Comum é o argumento de que, no exame da legalidade das decisões do CADE, não poderia o Poder Judiciário apreciar o “mérito” da decisão. A verdade é que tal argumentação confunde a noção de “mérito administrativo” com os conceitos de “mérito processual” e de “motivos determinantes”. Como corretamente observa HELY LOPES MEIRELLES (cf. ob. cit., p. 666), “não há confundir, entretanto, o “mérito administrativo” do ato, infenso à revisão judicial, com o exame de seus “motivos determinantes”, sempre passíveis de verificação em juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar o seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição”. E mais (ob. cit., p. 123): “Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato e que condicionam o *processus* administrativo, não há falar em “mérito”, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais”.

Portanto, a apuração do motivo da eventual condenação pelo CADE, pelo estudo das provas, pelo Poder Judiciário, não é mérito, e quando um ato administrativo do CADE se funde em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, o ato, em realidade, inexistente. CAIO TÁCITO (in *Direito Administrativo*, p. 105) arremata a questão com sua costumeira acuidade ao dizer que “é necessário insistir, porém, na tecla a que tanta vez aludimos de que a “existência” e o “valor jurídico” dos motivos são condições de legalidade do ato administrativo e somente poderão ser aferidas mediante o contato prudente mas indispensável com as questões de fato”. “Se o Judiciário se detiver, sob um errôneo respeito ao poder discricionário, no exame puramente externo da conduta administrativa, não poderá surpreender, na maioria dos casos, as violações subreptícias (e por isso mesmo socialmente perigosas) com que se acoberta a arbitrariedade ou o favoritismo” (ob. cit., p. 103).

No âmbito específico do CADE, não há deixar de mencionar o que consignou o emérito Consultor-Geral da República, Luiz Rafael Mayer, no Parecer nº L-84, de 12 de novembro de 1975, aprovado pelo Presidente da República (cf. *DOU*, de 2-12-75), ao cuidar da inexistência de recurso administrativo e do controle judicial das decisões proferidas pelo órgão. Disse-o: “Resta acentuar que, no caso concreto, admitida a probabilidade recursal, *ad argumentandum*, nenhum efeito produziria a medida, a esta altura, porquanto já ajuizada a cobrança da multa, proporcionando, assim, a manifestação do Poder Judiciário que, por certo, apreciará o mérito, dizendo de sua legalidade e procedência” (grifamos). É claro, e tal enten-

dimento vem sendo inequivocamente comprovado na prática dos Tribunais, não está o condenado pelo CADE adstrito a aguardar a execução da multa para somente então debater da legalidade da decisão do órgão, podendo fazê-lo por iniciativa antecipada, através da competente ação ordinária anulatória, no pleno exercício de seu direito de ação.

Na sistemática da Lei nº 4.137, pode-se inferir que, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Marítimo, o CADE é daquelas instituições que refletem a tendência do Estado moderno de atribuir o exercício de funções quase-jurisdicionais a órgãos da Administração. Porém, tal como o Tribunal Marítimo, o CADE é instituição, ainda que autônoma, auxiliar do Poder Judiciário, sendo certo que suas decisões não fazem coisa julgada, constituindo, não propriamente julgamento, mas perícia, prova, a ser apreciada pelo Poder Judiciário (e reformada se contrária à evidência, no sentido anglo-americano da expressão). Sob pena de invasão do Poder Judiciário pelo Poder Executivo, não poderia a lei marginalizar a competência natural do Poder Judiciário para atribuir procedência forçada de manifestação ao CADE.

9 – Competência extraterritorial do CADE

Conseqüência outra da taxinomia da Lei nº 4.137 é a competência extraterritorial do CADE.

A extraterritorialidade da Lei norte-americana Sherman está claramente prevista em suas disposições, de tal forma a abranger as atividades empresariais tanto domésticas quanto estrangeiras, mas que afetem o comércio exterior americano. Em outras palavras, segundo SULLIVAN (ob. cit., p. 715), todo e qualquer contrato, combinação ou acordo, mesmo aqueles que envolvam apenas empresas estrangeiras, pode violar a Lei Sherman, caso afetem a concorrência no mercado externo americano ou o próprio comércio exterior americano. Ao reconhecimento de ofensa à lei não é necessário demonstrar uma redução no fluxo da mercancia exterior, mas, tão-somente, uma violação que afete substancialmente tal comércio.

No plano europeu (cf. CORNELIS CANENBLEY, in *Enforcing Antitrust Against Foreign Enterprises*, p. 2), sem prejuízo das legislações antitruste nacionais, a matéria é objeto dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma. Referidos dispositivos alcançam os “acordos entre empresas, as decisões por associações de empresas e as práticas conjuntas (desde que anticoncorrenciais) que possam afetar o comércio entre Estados-Membros” bem como os abusos de posições dominantes no Mercado Comum ou em parcela substancial do mesmo, “desde que possam afetar o comércio entre Estados-Membros”. Em outras palavras, o principal critério para aplicação das disposições antitruste comunitárias é o efeito no mercado entre Estados-Membros, através da conduta, seja de empresas localizadas fora

da jurisdição geográfica da Comunidade Econômica Européia, seja de empreendimentos situados na própria Comunidade (cf. CANENBLEY, ob. cit., p. 9).

No caso brasileiro, a Lei nº 4.137 é inteiramente omissa a respeito, permitindo, até mesmo, interpretação contrária, posto seu primeiro tipo considerar como forma de abuso do poder econômico a dominação dos "mercados nacionais" (art. 2º, inciso I, da Lei nº 4.137). Aliás, pela territorialidade estrita da Lei Antitruste (embora reconhecida como lei penal) no Processo de Averiguações Preliminares nº 55 (cf. *DOU*, de 19-11-75, Seção I, Parte I, pp. 15.468 e ss.) já se manifestara por maioria o próprio CADE. Outrossim, entendida a lei antitruste como manifestação do poder de polícia e, portanto, localizando-a na seara do direito administrativo, estariam impunes os atos anticoncorrenciais praticados fora do território nacional, ainda que aqui produzissem graves efeitos, diante do caráter nítida e absolutamente territorial das normas do direito administrativo.

Todavia, em face de sua natureza penal, produz a Lei nº 4.137, de 1962, efeitos ultraterritoriais por força do art. 6º do Código Penal que assim dispõe: "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". Portanto, todas aquelas condutas anticoncorrenciais tipificadas na Lei Antitruste, tanto as praticadas no país, ainda que apenas parcialmente, como as inteiramente consumadas no exterior, desde que produzam ou devam produzir resultados no Brasil, são consideradas como tendo sido aqui praticadas, sujeitas, portanto, às nossas penalidades. A expressão "mercados nacionais", interpretada em toda sua extensão e plenitude, abrange, assim, e sem qualquer percalço, não só os mercados "internos" como também os "externos". Aliás, sintomático desse entendimento é o disposto no art. 3º do Decreto nº 55.282, de 22 de dezembro de 1964, que dispõe sobre as medidas destinadas a incrementar a exploração e exportação de minério de ferro, que atribui ao CADE, juntamente com o DNPM e as demais autoridades responsáveis pelo comércio exterior, competência para coibir, no exercício de suas atribuições legais, formas de concorrência contrárias ao interesse geral da expansão das receitas cambiais do país ou tendentes à criação de monopólios. Assim, também a Portaria nº 251, de 1976, do Ministério da Fazenda, alterada pela Portaria nº 374, do mesmo ano, que prevê a suspensão e o cancelamento do registro cadastral de importador na CACEX, da empresa acusada de abuso do poder econômico, ou condenada pela prática de delito.

Ademais, como salientado pelo ilustre causidico JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, em interessante artigo sobre o assunto publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* (edição de 3-10-82, p. 58), por força do art. 74 da Lei nº 4.137, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a

tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito: a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) padronizar a produção; d) estabilizar os preços; e) especializar a produção ou distribuição; ou f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas, praticados ou celebrados no exterior ou parcialmente no Brasil, mas que produzam ou devam produzir tais resultados no país, não terão validade no território nacional senão depois de examinados e registrados pelo CADE. Trata-se, a aprovação e registro, de formalidades essenciais, de ordem pública, cuja observância é compulsória na forma do art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, sem prejuízo das peculiaridades formais externas exigidas pela lei estrangeira (*locus regit actum*). Reza o preceito conflitual:

“Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será essa observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto a requisitos extrínsecos do ato.”

10 – Formas de abuso do poder econômico

Mas quais seriam as formas de abuso do poder econômico? A Lei nº 4.137 prevê seis tipos, sendo cinco no art. 2º e um no art. 5º, parágrafo único, a saber:

a) dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência pelos meios descritos nas alíneas a a g;

b) elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção;

c) provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços pelos meios descritos nas alíneas a a d;

d) formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, pelos meios previstos nas alíneas a e b;

e) exercer concorrência desleal pelos meios previstos nas alíneas a e b; c

f) interromper, em grande escala, ou reduzir sua produção (a empresa que operar em condições monopolísticas) sem justa causa comprovada, perante o CADE, para provocar alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam.

Como se vê, a Lei nº 4.137 reprime *como* abuso do poder econômico determinados “status” e não os *meios* utilizados para alcançá-los ou mantê-los. Freqüentes são as representações formuladas junto ao CADE (ou até mesmo condenações) tendo por fundamento apenas o nexo causal, tais como o “ajuste ou acordo entre empresas” (alínea *a* do inciso I do art. 2º), a “criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa” (alínea *g* do inciso I do art. 2º), a “utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas” (alínea *d* do inciso III do art. 2º), a “subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outra utilidade ou à utilização de determinado serviço; ou à subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem” (alínea *b* do inciso IV do art. 2º) etc. Todavia, como é cediço, o tipo há de ser examinado em sua inteireza, tanto sob os prismas objetivo como subjetivo (*dolo*, elemento subjetivo do injusto, elemento normativo etc.), não bastando ao reconhecimento da infração a prática dos meios, senão quando alcançados os fins previstos na lei. Assim, por exemplo, a criação de dificuldades ao desenvolvimento de empresa não é suficiente à condenação, a menos que por ela se alcance ou se mantenha o domínio dos mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência. O percurso do *iter criminis* pode, tão-somente, e desde que verificado o *dolo*, permitir o acolhimento da figura da tentativa. Não é menos certo, porém, que sua verificação, *prima facie*, basta à instauração de processo de averiguações preliminares e ao próprio reconhecimento do “real motivo” (ou justa causa de procedimento administrativo) de que trata o art. 27 da Lei nº 4.137, ensejando, assim, o processo administrativo destinado à apuração do eventual abuso do poder econômico.

11 — Elemento subjetivo do abuso do poder econômico. Paralelismo consciente

No tocante, porém, ao elemento subjetivo, é cediço e já reiterado na própria jurisprudência do CADE, que os tipos da Lei nº 4.137, de 1962, são de natureza dolosa. De fato, exigindo o art. 148 da Constituição federal de 1946 que as formas de abuso do poder econômico seriam reprimidas desde que (elemento teleológico) tivessem “por fim” dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, perderia sentido o art. 1º da Lei nº 4.137, que faz expressa menção ao preceito constitucional, a menos como elemento consagrador da necessidade de averiguação da existência de *dolo* por parte do agente do abuso do poder econômico. A respeito, veja BENJAMIN M. SHIEBER (in *Abusos do Poder Econômico*, p. 35). Porém, diante das dificuldades da verificação de tal elemento subjetivo, máxime em se tratando de pessoas jurídicas, pode ele ser inferido dos próprios fatos ou condutas, não havendo necessidade de comprovação formal. Entre tais elementos, de interesse particular ao campo da legislação antitruste, é a figura do

“paralelismo consciente”. De fato, considerando que evidências circunstanciais podem ser utilizadas para comprovar conduta ofensiva à Lei Antitruste, a demonstração de que pluralidade de empresas concorrentes agiram da mesma forma, cada qual ciente daquilo que a outra fazia, pode evidenciar um acordo ou ajuste tácito de natureza anticompetitiva (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 315 e ss.). A tal desiderato, porém, não basta a mera constatação fática de condutas paralelas, sendo indispensável a existência de, ao menos, um fator adicional (*plus factor*), a saber, a existência de:

- a) proposta para ação conjunta;
- b) conjunto de respostas idênticas embora complexas;
- c) comunicação direta ou oportunidade para tal;
- d) recusa ou omissão em desmentir o acordo; ou
- e) conjunto de circunstâncias que façam cada partícipe ciente de que haveria vantagem geral na participação de todos e desvantagem se houvesse concorrentes não-partícipes (cf. SULLIVAN, ob. cit., p. 317).

12 – Principais condutas restritivas da concorrência (*horizontais e verticais*)

As principais condutas monopolizadoras são as fusões, os acordos para atuação conjunta visando a constituição de monopólio, as práticas predatórias, os aumentos de barreiras ao ingresso de novos concorrentes no mercado, certas políticas de preços (*e.g.* de maximização de preços, delimitação de lucros monopolísticos, discriminação de preços etc.), a discriminação de clientes etc.

Outrossim, em termos de co-participação de mais de um nível de produção (por exemplo), acordos envolvendo produtores de matérias-primas e/ou fabricantes e/ou comerciantes, as restrições ao livre comércio podem ser tanto horizontais como verticais.

Entre as principais restrições horizontais, temos a fixação de preços, ou seja, todo acordo cujo propósito ou efeito é de elevar, dirimir, fixar ou estabilizar preços, a divisão de mercado, as restrições à livre oscilação de preços (notadamente pela formação de cartéis), os boicotes (sejam implícitos ou explícitos), a disseminação de informações em associações de classe, os programas de standardização (seja de produtos, preços, contratos, horários, instalações ou estilos de comercialização), as decisões conjuntas, as negociações em bloco com fornecedores, clientes e sindicatos, as agências conjuntas de compras ou vendas, as pesquisas conjuntas, a construção conjunta de mercados, a propaganda associada etc. Já entre as principais restrições verticais, temos a fixação de preços de revenda

(inclusive de preços máximos ou mínimos), as restrições geralmente impostas em contratos de distribuição (e.g. as limitações territoriais, as restrições à localização de lojas, as cláusulas de exclusividade, as rescisões contratuais a pedido de outro distribuidor etc.), os contratos vinculados (destacando-se as “vendas casadas”), as cláusulas de proibição de venda de produtos concorrentes, a fixação de preço único para mais de um produto, conhecida por *package pricing*, a obrigatoriedade imposta de compra ou venda de toda uma linha de produtos, conhecida como *full line requirement*, o licenciamento plúrimo, inclusive o licenciamento recíproco ou exigente de *royalties* pós-patente, técnicas promocionais instituídas por fabricantes para incentivo de distribuidores ou vendedores, técnicas destinadas a vincular o consumidor a um determinado vendedor, os contratos de exclusividade, os contratos de fornecimento da total necessidade do comprador conhecidos como *requirement arrangements*, os contratos de reciprocidade, notadamente entre conglomerados etc.

13 – Regra da razão. Justificação de abusos restritivos à concorrência

É importante, todavia, lembrar que a legislação brasileira não adotou o sistema norte-americano da *per se condemnation*, isto é, da condenação por si, mesmo porque arrepia ao sistema jurídico pátrio a chamada responsabilidade objetiva. Preferiu o sistema europeu (também adotado pelo Japão) que permite a justificativa das condutas pela aplicação geral da doutrina da regra da razão (ou *rule of reason*) desenvolvida pelos juízes norte-americanos Holmes e White. Com efeito, conforme já alertava o Deputado Alde Sampaio (cf. Abuso do Poder Econômico – Regulação do art. 148 da Constituição, in *RF* 122/591), “a legislação repressiva dos cartéis não poderá abster-se de ter em conta as condições em que são formados e o objeto que pretendem alcançar, para assim distingui-los entre os que vêm simplesmente disciplinar ou ordenar a concorrência e os que se constituem com o fim de eliminá-la, preservando para um grupo a exclusividade de utilização de um campo de negócios. Assim não fora, as próprias cooperativas não poderiam subsistir”. A adoção da regra da razão já é pacífica na doutrina e jurisprudência do CADE, máxime diante do art. 74 da Lei nº 4.137, que trata da aprovação e registro, pelo CADE, de atos, ajustes, acordos ou convenções em princípio contrários à livre concorrência, mas por alguma forma justificáveis, sob o aspecto, por exemplo, social, econômico ou político (no bom sentido, é claro). A própria existência da COFIE é clara demonstração da adoção, pela legislação brasileira, da doutrina que permite a justificativa de, entre outras, concentração de empresas mediante fusões e incorporações. No dizer de BENJAMIN M. SHIEBER (ob. cit., p. 109), o poder do CADE de legitimar acordos em restrição da concorrência, consagrado no mencionado art. 74, provém do Projeto Agamemnon Magalhães e representa uma consciente escolha pelo legislador de permitir tais acordos, desde que justificados, como comprova a rejeição de nada menos de três emen-

das que objetivaram suprimi-lo. Fundamenta-se o dispositivo legal no entendimento político-econômico da possibilidade da existência de bons trustes, tal como foi exposto por Nelson Hungria em depoimento de 3 de fevereiro de 1956 perante o Congresso Nacional, quando afirmou que "os trustes, os consórcios e os cartéis, muitas vezes, são necessários para manter o equilíbrio entre a produção e o consumo ou mesmo para defender a indústria nacional. Ainda: somente tais consórcios podem fazer face à produção em massa e esta proporciona o barateamento de custos. É preciso não confundir ações beneméritas com as criminosas" (cf. *op. cit.*, p. 110).

Segundo a regra da razão, toda ação conjunta cujo propósito ou efeito é de restringir *substancialmente* a concorrência, viola a lei. Em outras palavras, só deve haver uma repressão quando haja uma limitação à concorrência de *caráter desarrazoado*, injustificado. Objetiva a regra examinar a licitude do acordo como forma de se regular o mercado sem limitação substancial à concorrência, inclusive, porém sem limitações, sob o prisma dos eventuais benefícios sociais alcançados pelo ajuste.

Na sua aplicação, devem ser considerados os seguintes pontos:

- a) o estabelecimento dos fatos, mediante exame das peculiaridades do mercado específico;
- b) as condições do mercado antes e após a restrição;
- c) o histórico da restrição;
- d) o motivo da ação restritiva;
- e) o propósito e efeito da restrição;
- f) a intenção das partes; e
- g) a análise do poder de mercado dos partícipes (cf. SULLIVAN, *ob. cit.*, pp. 165 e ss.).

De posse de tais respostas, e somente então, é que poder-se-á estabelecer os prós e contras da restrição e o grau de influência anticoncorrencial no mercado relevante, com base nos quais se chegará a um juízo de convencimento sobre a existência ou não de abuso do poder econômico.

De fato, como lembram os Professores HENRY I. STEINER e DETLEV F. VACTS (in *Transnational Legal Problems*, 2ª ed., p. 997), a viabilidade de justificativa de acordos em restrição da concorrência pode possibilitar e estimular novas pesquisas, prevenir flutuações de preços, diminuir custos de produção em benefício do consumidor, além de outras vantagens econômicas.

14 – Assistência. Participação processual da vítima de abuso do poder econômico

Questão de interesse é também saber se, no decurso do processo administrativo instaurado pelo CADE, pode a pretensa vítima de abuso do poder econômico intervir no feito como assistente. E mais, se poderia haver tal assistência durante o processo judicial, notadamente na ação ordinária anulatória de eventual decisão adversa. A resposta é negativa, especialmente diante da expressa rejeição da figura quando da elaboração legislativa da Lei nº 4.137, de 1962, por ocasião da tentativa de sua inclusão no diploma repressivo do abuso do poder econômico.

De fato, de tal sorte pública é a natureza da lei antitruste (o que faz esmaecer o interesse do particular em favor do interesse maior da coletividade), que Gratuliano da Costa Brito, quando Presidente do CADE, chegou a afirmar que o CADE não defendia sequer os interesses da União federal, como pessoa jurídica de direito público, mas, sim, a coletividade, ou seja, o interesse social organizadamente mobilizado na repressão ao abuso do poder econômico (in *Revista de Direito Econômico*, 1/42).

Em sede do processo administrativo, perante o CADE, já se manifestou o Conselho pela mesma voz, no voto de Gratuliano Brito no Processo Administrativo nº 10/72 (apud fls. do processo), no sentido de que “a Lei nº 4.137/62, no seu Capítulo VI, do Título I, quando regula o processo administrativo, não prevê a figura do assistente como eventual integrante da relação processual. Também não a prevêem o Regulamento (Decreto nº 52.025, de 20-5-63, arts. 47/68) e o Regimento (Decreto nº 53.670, de 9-3-64, arts. 57/76). Dada a amplitude de atuação que pode ter o assistente na relação processual, resulta evidente que a sua existência, para ser admitida em determinada sistemática processual, há de estar expressamente prevista. Como, em nenhum momento, a legislação do CADE refere o assistente, entendo inexistente tal figura em nosso processo, que é específico”.

No plano judicial, a assistência exige à sua admissão a verificação de *interesse jurídico*, não bastando a tal desiderato o mero interesse de fato, econômico ou moral, como, entre outros, bem salientam JOSÉ FREDERICO MARQUES (in *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª ed., p. 269) e PONTES DE MIRANDA (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, ed. 1974, p. 56). A jurisprudência brasileira, adotando orientação de Liebman, esclarece que o interesse que autoriza a intervenção é o jurídico, significando que a eficácia da sentença prolatar-se possa refletir-se a benefício ou em prejuízo do terceiro com influência sobre a existência ou sobre as modalidades de suas próprias relações jurídicas (cf. RT 284/588).

No dizer de Celso Neves em parecer oferecido na fase judicial da chamada “Guerra dos Pneus” (apud fls. do processo), “pressuposto da

intervenção é, pois, no caso da *assistência simples*, a existência efetiva de algum *interesse jurídico* do assistente, suscetível de ser alcançado pelos efeitos *constitutivos* ou *condenatórios* da sentença, vale dizer, pela sua *executividade*, ou interior à própria sentença, ou exterior e complementar dessa (CPC, art. 50). No caso de *assistência* litisconsorcial, a viabilidade da intervenção há de decorrer de *relação jurídica já configurada* entre o assistente e o adversário do assistido (CPC, art. 54). E, versando especificamente sobre o tema, conclui que, "no caso (...) nenhuma dessas hipóteses ocorre, porque o *thema decidendum* (...) da *ação anulatória* (...) concerne (m) a uma relação de *direito público*, plano em que não se podem subjetivar interesses jurídicos de natureza privada. Quanto àquela, *a fortiori*, porque conceitualmente, só tende a assegurar a efetividade futura da pretensão anulatória. Quanto à última, porque de se anular, ou não, a decisão do CADE proferida no Processo Administrativo nº 10/72, no plano do direito público, nenhuma afetação pode ocorrer para as firmas denunciantes, no plano do direito privado, mormente quando, neste, nenhuma *relação jurídica* as vincula, seja às autoras, seja à ré União federal".

Mesmo tomando-se por base a legislação procedimental penal, observa E. MAGALHÃES NORONHA (in *Curso de Direito Processual Penal*, p. 137, edição de 1971) que assistente é o titular do bem jurídico lesado pelo delito. No caso da lei antitruste, como visto, ofendido não é o particular, pessoa natural ou jurídica, individualmente considerado, mas, sim, a coletividade, na qualidade de única titular do bem jurídico protegido pela lei antitruste vigente. Anota mais, MANOEL PEDRO PIMENTEL (in *Revista Interamericana de Direito Processual Penal*, vols. 1/2, p. 24), em seu trabalho intitulado *A Figura do Assistente do Ministério Público no Direito Processual Brasileiro*, que "o prejudicado pelo delito nem sempre é sujeito passivo da infração, e que esta deve ser analisada em seus dados objetivos, quem é o ofendido no sentido legal e, portanto, quem tem o direito de ação privada — se se tratar de crime reservado à perseguição particular — ou quem tem o direito de se habilitar como Assistente do Ministério Público se se tratar de crime de ação pública". E continua (ob. cit., p. 27): "os crimes contra a *incolumidade pública* não se integram com um evento lesivo, ou de modo mais completo, o *dano* resultante desses crimes é de todo indiferente para a existência mesma do crime. O resultado de dano é estranho ao conceito jurídico de tais infrações, considerando-se *ofensa* a simples colocação em perigo de um bem ou interesse da coletividade. O *dano* efetivamente causado por esses delitos é um *plus*, levado em conta *quoad poenam*, funcionando como circunstância agravante. Vale dizer, portanto, que nos crimes de perigo comum o *ofendido* não é aquele que sofreu o *dano* material eventualmente ocorrido, mas o Estado, titular do bem jurídico *incolumidade pública*, pela simples exposição a perigo de tal bem". E conclui, com precisão (ob. cit., p. 29): "não se confundem,

também, as figuras do *ofendido* e do *prejudicado* pelo delito, sendo certo que somente o primeiro tem *legítimo interesse* para habilitar-se como Assistente do Ministério Público”. No caso da legislação antitruste, como visto, *mutatis mutandis*, o ofendido é a própria coletividade (sequer o Estado representado pela União federal), e não o prejudicado direto (em geral, o representante perante o CADE) pelo eventual abuso do poder econômico.

Admitida a figura do *prejudicado* como assistente, e, em atingindo a infração, toda a coletividade, o número de assistentes em potencial seria incomensurável, tornando o processo tanto administrativo como judicial verdadeiramente amazônico. Arremata, a respeito, Celso Neves no citado parecer que “o *interesse difuso* por toda uma coletividade não pode, jamais, constituir supedâneo de pretensão de intervir, como assistente, em processo alheio, porque essa *pressupõe, de lege data, interesse jurídico próprio* ou *relação jurídica* definida e, conceitualmente, subjetivada”.

A conclusão, porém, em nada impede a convocação do prejudicado como testemunha de acusação, em qualquer das fases, o que, aliás, é até recomendável. Da mesma forma, não impede, como é óbvio, que, reconhecido o abuso do poder econômico em caráter definitivo, promova o prejudicado a competente ação indenizatória para ressarcir-se das perdas e danos sofridos. Referida ação judicial poderá envolver não só a empresa que porventura tenha violado a lei antitruste, como também, eventualmente, as pessoas físicas acionistas ou quotistas controladores daquela pessoa jurídica, bem como seus diretores e gerentes (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 4.137), desde que, é claro, tenham eles praticado ou co-participado de atos abusivos do poder econômico. Por outro lado, atente-se, a decisão administrativa do CADE ou judicial que reconhecer a improcedência da representação não impede, é claro, o acolhimento de eventual ilícito civil pela Justiça comum.

15 – Dificuldades na aplicação da lei antitruste

Para concluir, observamos que a grande complexidade, as dificuldades e a delicadeza da aplicação da Lei nº 4.137, levaram o legislador a limitar a escolha dos *Conselheiros* do CADE entre *personalidades* que, além de ostentar o galardão da “reputação ilibada” (sinete que deveria ser indeclinável a todo e qualquer homem público), façam jus à designação de egrégias pelo “notório saber jurídico ou econômico” (cf. art. 9º da lei). E mais, para impossibilitar eventuais tentativas de ingerência do próprio abuso do poder econômico que se procura coibir, concedeu a lei antitruste aos membros do CADE, durante o período dos respectivos mandatos, as garantias atribuídas aos membros do Poder Judiciário (art. 9º,

§ 3º — dispositivo vetado pelo Presidente da República e mantido pelo Congresso Nacional).

De fato, tais requisitos são indispensáveis à satisfatória aplicação da legislação antitruste, em face da enorme elasticidade dos conceitos legais e a mutabilidade inerente aos fatos sociais. Como muito bem observa CROTTI (ob. cit., pp. 1 e 9), seria bastante conveniente, se uma pessoa pudesse pesquisar junto a um índice e encontrar uma página que lhe dissesse o que os tribunais decidiram ou decidiriam a respeito da legalidade daquilo que, exatamente, sua diretoria ou seu gerente de vendas quisesse fazer. Porém, a menor variação dos fatos iria alterar, no caso concreto, o conselho assim obtido. Poder-se-ia esperar que, se os mesmos fatos fossem submetidos a outro tribunal, o resultado seria o mesmo. Esta, contudo, não seria uma presunção segura. Os tribunais freqüentemente decidem um caso com base em motivos completamente diversos da hipótese anterior, não obstante a semelhança dos fatos, ou então encontram fatos particulares ao caso sob exame e, assim, chega a um resultado diferente. Deve ser observado, contudo, que embora um tribunal possa chegar a uma conclusão diversa daquela a que chegou no caso anterior, os princípios legais permanecem íntegros.

As supra-referidas contingências menos favoráveis à desembaraçada aplicação da lei antitruste são também detectadas pelos que, em atuação profissional, têm necessidade de haver-se com a matéria no desempenho de funções consultoriais ou na defesa de interesses tanto de vítimas de abusos do poder econômico, como de empresas e organizações da mais escorreita correção que se vêem injusta e, por vezes, até caluniosamente atingidas por inescrupulosos que a esse meio recorrem para tentar lograr vantagens indevidas ou para justificar suas próprias angústias econômicas, imputando seus fracassos à responsabilidade alheia. Efetivamente, bem mais freqüentes do que se imagina, denúncias fantasiosas, com laivos de escândalo, apontam à pública execração concorrentes ou fornecedores melhor sucedidos, recomendando, *de lege ferenda*, a adoção do princípio da sucumbência, com todas as suas seqüelas. "De qualquer modo, em se tratando de acusação objetivamente falsa, isto é, referindo-se a fato inexistente ou que não foi praticado pela pessoa (física ou jurídica) acusada (cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, in *Lições de Direito Penal*, 4º volume, p. 1.204, 2ª ed.), sujeita-se o ímprobo representante, *ex vi legis*, às penalidades do art. 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa), desde que determinados o fato e a pessoa objeto do libelo, ou do art. 340 do mesmo estatuto criminal básico (comunicação falsa de crime), quando não se atribua a pessoa determinada a autoria (cf. FRAGOSO, ob. cit., p. 1.209) do pretense abuso do poder econômico, tudo sem prejuízo, é claro, da correspondente responsabilidade civil (art. 1.525 do Código Civil brasileiro).

A nova lei das concordatas

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Comercial

No dia 11 de dezembro de 1984, o **Diário Oficial** da União publicou o teor da Lei nº 7.274, de 10 de dezembro de 1984, e que entrou em vigor na data de sua publicação.

Trata-se da edição, parcial, da esperada e imperiosa “reforma da legislação falitária brasileira”, que, afinal, ficou limitada a algumas modificações, nem sempre coerentes e lógicas, no capítulo das “concordatas preventivas”.

Muito mais se esperava desta Comissão de Juristas que se reuniu em Brasília, durante certo tempo, como “Grupo de Trabalho”, instituído pela Portaria nº 115/83, modificada pela de nº 174/83, com a finalidade de “realizar estudos, oferecer sugestões e elaborar propostas de documento legislativo disciplinador de falências e concordatas”, e do qual faziam parte nomes respeitáveis na área do direito falimentar brasileiro, dentre os quais cumpre nomear RUBENS REQUIÃO e CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA.

Pondere-se que circunstâncias menos felizes, tais como o desejado crepúsculo de um regime autoritário, a tão propalada injunção dos “Tecnocratas de Brasília”, ou deficiências na área do Ministério da Justiça de então, talvez tivessem obstado ao “Grupo de Trabalho” realizar um anteprojeto um pouco mais abrangente e satisfatório.

Afinal, como a tarefa inicialmente proposta se revelava por demais ambiciosa, devido à exigüidade do tempo, restringiu-se a Comissão a pretender **“adequar o instituto da concordata preventiva, que é, no direito brasileiro, o único instrumento processual existente capaz de possibilitar a conservação da empresa, — à realidade”**.

E para tanto,

“para evitar que a concordata seja utilizada com propósitos fraudulentos e deixe de ser verdadeiro predecessor das falências, torna-se necessário aperfeiçoar o instituto de celeridade, e ao mesmo tempo, de austeridade, sem que esta se torne o “remedium iuris inatingível” (afirmações textuais). Ou, traduzindo, “austeridade... com o jeitinho brasileiro”... será que tão nobres propósitos foram realmente atingidos? É o que veremos.”

Inobstante, no “Relatório Parcial do Grupo de Trabalho” (encaminhado a 16 de junho de 1983 ao Sr. Ministro da Justiça) se acene com a indagação “se deve ser adotada no Brasil lei que possibilite, especificamente, a recuperação e reorganização das empresas, a exemplo do que ocorre na França (“Ordonnance n^o 67.820, du 23 septembre 1967 — “Suspension provisoire des poursuites”), e nos Estados Unidos da América (“bankruptcy code”, chapter 11 — “Reorganization”), com suspensão dos processos contra o devedor”, todavia, nem o Anteprojeto, nem mesmo o Projeto enviado ao Congresso Nacional justificaram a não adoção desses modernos procedimentos.

Já escrevemos alhures:

“A semelhança de experiências válidas e já vitoriosas em outros países, nossa legislação específica em tema de concursos, tem que evoluir e encontrar soluções próprias, mais consentâneas com as modernas exigências da vida atual.”

Dentre as modernas e aventadas formas de procedimento concursais, que cumpre sejam pesquisadas e adaptadas a nossa realidade, e a seguir unificadas numa única lei ou código de leis (a futura “lei de concursos”, inclusive quanto aos devedores civis), podemos citar: as diversas técnicas de reorganização de empresas; as técnicas de “suspensão de pagamentos” — moratórias; o chamado “Regulamento Judicial”; os concursos preventivos ou concordatas; o concurso de devedores civis; as diversificadas técnicas de intervenção do Poder público no domínio econômico; as liquidações judiciais e extra-judiciais; as falências propriamente ditas.

Tais técnicas ou procedimentos poderiam, ou coexistir entre si, como opções válidas para uma empresa em dificuldades econômico-financeiras, ou poderiam advir como sucedâneo umas das outras, para os casos em que os procedimentos menos traumatizantes se revelem ineficazes (a falência como sucedâneo de um “regulamento judicial”, por exemplo).

As modificações agora introduzidas irão acarretar a **austeridade** (mas não tão rigorosa, que possa vir a tornar inatingível o **remedium juris** . . .), ou a **celeridade** no procedimento?

As mais das vezes a pretendida “celeridade” vem a prejudicar a indispensável “segurança”, e faz ruir por terra o ideal de “austeridade” . . .

Antes de adentrarmo-nos nos comentários sobre algumas das modificações havidas na nova lei, cumpre formular a seguinte indagação:

— Quais, na realidade conjuntural brasileira, os fatores, as causas de natureza sócio-econômica que mais oneram, mais sufocam, mais agridem a empresa nacional?

Sem maior esforço podemos enumerar desde logo três, consideradas as principais: a “escalada fiscalista”, os elevados “custos financeiros”, e a “desenfreada inflação”.

A inflação, este terrível flagelo com o qual nos deparamos há bastante tempo, fora outras increpações, é até apontada como a culpada pelos intoleráveis índices dos “custos financeiros”, ou pelo avanço da “escalada fiscalista”.

Por outro lado, enquanto não suficientemente debelada, ainda provoca reajustes sucessivos nas folhas de pagamento das empresas, que se vêem obrigadas a repassar estes custos (se o puderem) aos consumidores, provocando a alta dos preços.

E para atenuar os efeitos deste mal, o legislador do “período revolucionário” pós-64 criou a técnica da correção monetária, que, se por um lado possibilita a convivência com o mesmo, por outro torna-se autêntico realimentador de maior inflação e é, por isto mesmo, imprestável.

Sem a pretensão de análise dos complexos componentes que provocam e estimulam a inflação, ressalta desde logo que um dos principais é de natureza tipicamente subjetiva, qual seja a “credibilidade ou confiabilidade na ação do Governo”. Sem a confiança da opinião

pública na ação de um Governo honesto, parece-nos, a inflação jamais será detida.

Portanto, conclui-se, uma lei elaborada numa época em que os presságios para o futuro eram os mais negros possíveis, em que os albores da "Nova República" ainda não se tinham sequer delineado, em que se cogitava tão-somente de desesperançados paliativos e não de eficiente cirurgia, tal lei não poderia servir aos fins a que teoricamente era destinada.

Não poderia atender à realidade atual, e muito menos à futura.

A incidência da correção monetária foi o único paliativo alvitado pela nova "lei das concordatas", mas ainda não se cogitou de dar corretivo às demais causas que determinam o empobrecimento, o depauperamento, a enfermidade, e o aniquilamento total das pequenas e médias empresas nacionais!

A concordata, do modelo clássico da "Velha República", copiada e remendada pela nova lei, não é mais o remédio adequado...

Com a "Nova República" está a se impor, de futuro, uma rigorosa e satisfatória **reforma bancária** visando a estabelecer, em limites compatíveis e toleráveis, os custos das operações financeiras, principalmente para empréstimos a empresas de pequeno e médio portes, e conseqüente redução dos lucros obtidos atualmente pelas instituições financeiras.

No que diz respeito às concordatas, é nosso entendimento que não mais deve existir, nos dias que correm, a odiosa diferenciação entre créditos quirografários e créditos privilegiados ou garantidos, devendo todos os créditos tanto quirografários, como privilegiados ou garantidos, se sujeitar aos efeitos da concordata.

Atualmente, os créditos privilegiados e garantidos constituem um "mero privilégio dos bancos"...

Se é entendimento cristalizado, inclusive no Pretório Excelso, que, quando a lei falimentar fala, no § 2º, I, do art. 24, em "títulos não sujeitos a rateio", não inclui mais aí os créditos hipotecários e outros privilegiados, então por que não se estender as normas da concordata, os efeitos da concordata, aos créditos não quirografários?

Pois se são justamente os créditos privilegiados e garantidos dos bancos que debilitam as empresas, pelo intolerável custo que representam!...

Mesmo quanto aos **créditos fiscais**, o momento está a exigir, para as empresas, em determinadas circunstâncias, uma espécie de **mora-**

tória — a moratória fiscal —, que seria de bom alvitre fosse concedida, paralela ou concomitantemente, com a moratória creditícia da concordata.

E não se venha a falar em “parcelamento de débitos fiscais”, nos termos em que existem atualmente, pois tais parcelamentos, para quem conhece sua realidade, são excessivamente onerosos e verdadeiramente incumpríveis, por uma empresa em dificuldades.

Ressalta-se, finalmente, que não se advoga o estabelecimento de uma “moratória fiscal” pura e simples, mas que atenda, ao mesmo tempo, tanto ao interesse da coletividade, representada pela Fazenda Pública, como aos interesses de uma empresa honesta, em dificuldade momentânea e insuperável de saldar, pela forma normal, seus compromissos fiscais.

Passemos a breve análise das modificações introduzidas pela nova lei das concordatas, na seriação em que ocorreram:

O art. 1º da Lei nº 7.274, de 10-12-84, modificou o **caput** do art. 153, o art. 159, o **caput** e os incisos I e III do § 1º do art. 161, o inciso II do art. 169, e os arts. 173 e 175 da Lei de Falências.

Todos estes dispositivos (a não ser o art. 153, que se situa nas “Disposições Gerais sobre as Concordatas”), se referem à chamada “concordata preventiva” (Seção Segunda do Título X — Das Concordatas — da Lei de Falências).

O art. 159 teve alterado o seu inciso V, e acrescentado o inciso VI, obrigando a que o requerente da concordata apresente com a petição inicial:

“V — lista nominativa de **todos os credores não sujeitos à concordata**, com o domicílio e a residência de cada um, a natureza e a importância dos respectivos créditos.”

Inovação sim, mas que ficou a meio caminho, pois distinguiu entre “credores não sujeitos à concordata”, e “credores sujeitos à concordata”.

O inciso VI faz referência à lista nominativa de todos os “credores sujeitos à concordata”, exigindo, como novidade, a “indicação do registro contábil da operação creditícia, assinada também pelo encarregado da contabilidade do devedor”.

Tais listas, se o pedido estiver em ordem, e não estiver “inequivocamente caracterizada a fraude”, serão publicadas no órgão oficial,

por edital, ficando também "mantidas em Cartório, à disposição dos interessados" (art. 181, § 1º, inciso I, na nova redação da lei).

Calcule-se o custo da publicação destas "listas", para um empresário já em dificuldades financeiras. . .

Ao mesmo tempo, o MM. Juiz deverá marcar prazo de dez a vinte dias para que os credores sujeitos aos efeitos da concordata que não constarem, por qualquer motivo, na lista, apresentem suas declarações de crédito (art. 181, § 1º, III, na nova redação da lei).

A inovação maior é a de que, doravante, os credores "sujeitos aos efeitos da concordata" não mais precisarão apresentar suas "declarações de crédito" se os nomes e os respectivos créditos se encontrarem relacionados na "lista" a ser publicada e mantida em Cartório.

Esta teria sido a "celeridade" pretendida. Qual a contrapartida?

Doravante, não havendo mais "autos formais de habilitações de crédito", com os respectivos documentos comprobatórios, ficou mais fácil a fraude, a ser praticada pelo devedor concordatário, podendo acrescer seu passivo com créditos "fabricados", em nome de amigos e parentes, diminuindo assim o percentual de rateio em caso de falência ou de futura concordata suspensiva, e ensejando seja indicado "comissário" de sua confiança (e não da confiança do Juízo).

Dir-se-á que o perito-contador do comissário irá fiscalizar tais créditos, mas, segundo o que normalmente tem acontecido, o comissário trabalha de comum acordo com o concordatário. . .

Por outro lado, a modificação que se entendeu relevante, feita no caput do art. 181, é da possibilidade de, "quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude", o Juiz deva declarar, dentro de 24 horas, a falência.

Como se o Juiz, já pela lei atual, não estivesse obrigado a decretar a falência, imediatamente, em tal hipótese!

Aquele Juiz que se atém ao **exame dos meros aspectos formais**, ao deferir o processamento de uma concordata, atualmente, por mero comodismo, estará praticando denegação de justiça, dando cobertura a uma fraude, sob capa de um "remedium iuris", e sendo inadmissivelmente imprudente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em inúmeros casos de que temos participado, reiteradas vezes tem afirmado que o Juiz não deve se ater "ao exame dos meros aspectos formais do processo", ao despa-

char o pedido de concordata. A jurisprudência caminhando adiante da lei, ainda uma vez mais!

Por outro lado, o termo “inequivocamente” parece ter sido sugerido pelo diabo, pois irá ser difícil, senão impossível, ao Juiz, apresentada a inicial, com o calhamaço da documentação contábil, “caracterizar de imediato, inequivocamente, a fraude”...

O que realmente faltou foi, para a garantia e segurança da pretendida “austeridade”, um dispositivo que exigisse **vista obrigatória** de um pedido de concordata preventiva ao **Ministério Público**, que Juizes mais cautelosos *não hesitem em fazê-lo, com inteira aprovação dos Tribunais*. Mais uma vez o aplicador da lei propicia aquilo que o tíbio legislador sonega...

O inciso II do art. 169 institui a obrigação de o Comissário **comunicar**, inclusive aos “credores **não** sujeitos à concordata” (inciso V do art. 159), a data do ajuizamento da concordata, a natureza e o valor do crédito.

Tal “comunicação”, aos “credores não sujeitos à concordata”, não estava no anteprojeto apresentado, e resultou de possível erro de redação.

O art. 173, com nova roupagem, **introduz** despautério ainda maior, pois estabelece que os créditos dos “credores não sujeitos aos efeitos da concordata”... “não sendo impugnados, consideram-se **incluídos no quadro geral de credores**”.

Logo, o quadro geral de credores deverá igualmente trazer a relação dos “créditos não sujeitos aos efeitos da concordata”...

Mas, adiante, o § 4º do mesmo artigo determinou taxativamente que “o quadro geral será elaborado pelo comissário e homologado pelo Juiz, **com base na lista nominativa prevista no inciso VI do parágrafo único do art. 159 desta lei** e nas sentenças proferidas em impugnações de créditos ou em declarações tempestivamente oferecidas”. (Inciso VI, citado, se refere tão-somente aos “credores sujeitos aos efeitos da concordata”).

Então, como ficamos? — A contradição é flagrante.

Publicado o **edital** do art. 161, § 1º, I, já referido, tanto o comissário, como o Ministério Público, os credores, os sócios ou os acionistas da concordatária... “podem **impugnar** crédito constante da lista mencionada no inciso VI do parágrafo único do art. 159, no prazo de

vinte dias. Mas, não podem impugnar créditos não sujeitos aos efeitos da concordata.

O § 5º do art. 173, com a nova redação, estabeleceu que “não havendo declaração tempestiva ou impugnação, o juiz homologará a lista mencionada no inciso VI do parágrafo único do art. 159 desta lei, e determinará sua publicação como quadro geral, no prazo de noventa dias, contados da publicação do edital referido no inciso I do § 1º do art. 161”.

Pretendeu-se, com isto, que o quadro geral seja publicado no prazo máximo de noventa dias, a contar do edital com as listas nominativas do art. 161, § 1º, I, da lei.

Mas somente se não houver “declarações tempestivas ou impugnações”... Se houver, vamos para as calendas...

O concordatário, para retardar a publicação do quadro, irá fabricar “impugnações” e “declarações tempestivas”...

Porque, publicado o quadro, o comissário deverá apresentar, em cinco dias, o “Relatório do art. 169, X, da Lei de Falências”, e em seguida, em vinte e quatro horas, o devedor concordatário deverá exibir “prova do pagamento dos impostos relativos à profissão, federais, estaduais e municipais, e das contribuições do IAPAS”, pois que, se assim não for feito, o Juiz decretará de imediato a falência (art. 174, I, da lei). Destarte, em pouco mais de três meses, com a comprovação de estar o concordatário quites com seus débitos fiscais, a concordata estará em condições de ser julgada... Mera utopia.

Por fim, a última modificação é relativamente ao art. 175 da Lei de Falências, com os parágrafos (nove) que foram instituídos.

O inciso I do § 1º do art. 175 passou a exigir

“depósito, em dinheiro, das quantias que se vencerem antes da sentença que conceder a concordata, até o dia imediato ao dos respectivos vencimentos, se a concordata for a prazo; se à vista, efetuar igual depósito das quantias correspondentes à percentagem devida aos credores quirografários dentro de trinta dias seguintes à data do ingresso do pedido em Juízo”.

A exigência do depósito em dinheiro... das quantias configura inequívoco vício de linguagem — pleonasma —, que o legislador julgou necessário impor para afastar por vez os malefícios de determinada jurisprudência (hoje superada no Tribunal de Justiça de São

Paulo, após o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 44.060-1, publicado no **DOE**, de 9-10-84, bem como no Supremo Tribunal Federal, pelo julgado no RE nº 92.963, de 24-3-81, 2ª Turma, rel. Moreira Alves).

Outra exigência que configura mero reforço de linguagem é a do § 2.º do art. 175, de que tal “depósito” independe do quadro geral de credores e do cálculo do contador do Juízo.

Mais uma vez o legislador não acredita muito nos prazos que estipulou, pois que pretendeu que o quadro fosse publicado no prazo máximo de noventa dias, ao mesmo tempo que acrescentou que o “depósito em dinheiro” (somente exigível após um ano do ingresso do pedido), independia da publicação desse quadro...

Defeito maior se encontra no inciso I do § 2º do art. 175, determinando que o depósito seja feito pela **soma das parcelas** dos “créditos não sujeitos aos efeitos da concordata” (inciso V do parágrafo único do art. 159) com as parcelas dos “créditos sujeitos aos efeitos da concordata” (inciso VI do parágrafo único do art. 159)!

Tal dispositivo, tão assustador, não constava do anteprojeto. Significa, **ipsis litteris**, que o concordatário deverá depositar, no vencimento, também os créditos não sujeitos aos efeitos da concordata!

Os créditos admitidos por sentença, ainda que sujeitos a recurso, também deverão ter os respectivos valores depositados (inciso II do § 2º do art. 175).

O § 3º do art. 175 apresenta defeito de redação legislativa quando se refere à hipótese do “§ 1º deste artigo”, onde deveria referir-se à hipótese do “**inciso I** do § 1º deste artigo”. É que o “inciso II, também do § 1º, diz respeito ao pagamento das custas do processo e remuneração do comissário.

Este citado § 3º estipulou que “a **correção monetária** não incidirá sobre período anterior às datas dos depósitos”.

Conjugado tal dispositivo com aquele do § 6º, ficamos sabendo que a **correção monetária**, doravante, se aplica aos processos de concordatas preventivas, e que “será contada a partir do dia imediato ao do vencimento da prestação, se for a prazo; se for à vista, a partir do 31º dia subsequente ao do ingresso do pedido em Juízo”.

Assim, no respeitante à correção monetária nas concordatas restou acolhida a tese daqueles que admitiam que a mesma somente deverá ser contada a partir do vencimento dos prazos estabelecidos

pelo legislador para o pagamento aos credores: dois quintos no primeiro ano, e os restantes três quintos no término do segundo ano.

Mas, se o legislador expressamente inadmitiu o **depósito-caução** com relação às parcelas vencidas no primeiro ano, mais uma vez foi incongruente e ilógico.

Como pretender que, se não for feito o depósito em dinheiro, a falência deva ser imediatamente decretada, e admitir, ao mesmo tempo, a contagem da correção monetária a partir do término do primeiro ano?

Decretada a falência, por não ter havido o depósito, ou por ser o mesmo considerado insuficiente, admitiu o legislador que, se, **até o julgamento do agravo**, completar o concordatário, com juros e correção monetária, a quantia depositada, este ato, ainda que tardio, "poderá ser considerado, para efeito da **reforma da decisão**" (§ 9º do art. 175).

Trata-se de precedente extremamente perigoso e inconveniente. Basta que se atente para o fato de que, em nosso sistema judiciário, é muito possível que o interessado retarde por certo tempo a formação e processamento do agravo de instrumento... Com isso, às vésperas do julgamento, simplesmente vem ao Tribunal e apresenta comprovante do recolhimento, com os "acréscimos" exigidos.

E se o depósito que efetuou não estiver completo? Irá o Tribunal determinar a "conversão em diligência" para constatar se foi integral, adiando por mais tempo ainda o julgamento!...

O maior defeito, a nosso ver, no tocante ao item **correção monetária**, foi a deliberada omissão do legislador com relação à aplicação desta **às falências** propriamente ditas.

Assim se dissertou, na "Exposição de Motivos":

"A abrangência específica do Projeto, limitada ao âmbito da concordata preventiva, desaconselha, por ora, seja dada disciplina ao problema da incidência da correção monetária na falência."

Enquanto que, a jurisprudência dos Tribunais, na função de adaptar os dizeres da lei à realidade da vida, segue firme na admissão dessa incidência!...

Estas, as sucintas considerações que nos ocorrem sobre a interpretação da Lei nº 7.274, que modificou parcialmente o instituto das concordatas preventivas.

De nuevo sobre la prisión provisional en España.

ANTONIO M^º LORCA NAVARRETE

Professor Titular Numerario de Derecho Procesal. San Sebastián. España.

Ya había puesto de manifiesto (*La prisión provisional en España y la crisis de una ley socialista*, en *Revista de Informação Legislativa*, n^º 85, de 1985), como la prisión provisional debe regirse por el principio de excepcionalidad y no ha de producirse sino en los supuestos de procesos penales en curso y siempre mediante resolución fundada, porque el encarcelamiento del simple imputado durante el proceso equivale, sin previa imposición de una pena, a un *castigo anticipado* sobre la condena, ya que en definitiva hay que atender a la presunción de inocencia del simple imputado hasta tanto no se dicte sentencia firme de condena. Postulado que impregna la ya centenaria *Ley Española de Enjuiciamiento Criminal*, de 1982 y que se consagra como derecho en la actual Constitución Española.

Los requisitos para decretar la prisión provisional vienen establecidos en los arts. 503 y 504 L.E.Crim. según la redacción que de nuevo les da la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre. Como ya he señalado antes, la prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena, ni tener carácter *obligatorio*, según se desprende de la Recomendación del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980, y que ha encontrado reflejo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia 41, de 2 de julio de 1982. En efecto la S.T.C. 41/1982, de 2 de julio (*Sala Primera*), en recurso de amparo n^º 196/1981, siendo ponente el magistrado Manuel Díez de Velasco Vallejo (en BJC 1982 — 16/17, págs. 262 y ss.) indica que la insti-

tución de la *prisión provisional* situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en:

a) el artículo 1, número 1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”;

b) el artículo 17, número 1, en que se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”, y

c) el artículo 24, número 2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas y a la presunción de inocencia”.

Todos los textos — internos e internacionales — valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad; al consistir la *prisión provisional* en una privación de libertad debe regirse por el principio de *excepcionalidad*.

En apoyo de esta tesis, la Resolución 11 del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la *prisión provisional* se inspire en los siguientes principios:

a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso;

b) debe considerarse como medida excepcional, y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso aplicarse con fines punitivos.

En cuanto a la duración de la *prisión provisional*, el TC acoge el artículo 5.3 del Convenio Europeo, según el cual el plazo de detención debe situarse en los límites de lo *razonable*, según las circunstancias de la causa, como señaló el TEDH en las sentencias sobre los casos Neumeister (BJC núm. 15, págs. 580 ss) y Wemhoff (BJC núm. 7, págs. 536 ss).

En el caso objeto de recurso de amparo, aplicando tales argumentos el TC deduce que no ha habido vulneración por el Tribunal de los artículos 17 y 24.2 C., ni del art. 5.3 del Convenio Europeo.

Pues bien, y frente al cómputo que establece ahora el reformado art. 503 L.E.Crim., la L.O. 7/1983 (ahora derogada) pretendía con mejor criterio sustituir el sistema que limitaba el arbitrio judicial, introducido por la Ley 16/1980, de 22 de abril, en materia de *prisión provisional* y establecía un sistema de fijación de límites

para la duración de la prisión provisional, consistente en *seis meses* cuando el delito imputado lleve aparejado penal igual o inferior a prisión menor, y de *dieciocho meses* en los demás casos. A tales límites se establecen dos excepciones, la prolongación del límite a los *treinta meses*, cuando el delito imputado afecte gravemente a los intereses colectivos, tenga consecuencias de ámbito nacional, se cometa fuera de éste o la instrucción de la causa padezca de una gran complejidad. Sensiblemente, los plazos han cambiado y ello ¿por qué?. Ello sólo es imputable a la insuficiencia del aparato judicial español, anquilosado y arcaico, incapaz de celebrar juicios hasta dos años después de cometidos los delitos y el fracaso de la racionalización y modernización de la Policía, que han hecho naufragar una de las reformas progresistas del Gobierno: la garantía de que ningún ciudadano esté en la cárcel a la espera de juicio más de la mitad del tiempo que corresponde a la pena que se le imputa y la regulación de la libertad provisional. El espectacular incremento de delitos desde la reforma de la L.E.Crim. 7/83, de 23 abril, que puso en la calle a multitud de presos preventivos, hizo dar marcha atrás a los socialistas ante la psicosis generalizada de inseguridad ciudadana. En consecuencia, el Gobierno decidió reformar la ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 503 y 504 con el fin de que no puedan gozar de libertad aquellas personas que aparecen como responsables criminalmente de hechos delictivos cualificados por su gravedad (la llamada "contrareforma" de la L.E.Crim.). Se han modificado, por tanto, las circunstancias que se requieren para que sea decretada la prisión provisional, con lo que en un espacio de tiempo inferior a cuatro años los citados artículos habrán sufrido tres reformas, otorgándose de ese modo un escaso servicio al principio de seguridad jurídica y estabilidad de las normas legales que requiere un sistema de Derecho.

En efecto, la ley de 22 de abril de 1980 reformó dichos artículos estableciendo la prisión provisional incluso para supuestos de delitos sancionados con arresto mayor (de un mes y un día a seis meses).

Posteriormente, la ley orgánica de 23 de abril de 1983 modificó de nuevo los mencionados preceptos, recogiendo el principio de que la "situación de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena ni tener carácter obligatorio" y estableciendo, de acuerdo con el mismo, la regulación de la prisión provisional de tal manera que aquellos a quienes se les imputaba pena superior a la de prisión menor, en ciertos casos podían ser puestos en libertad mediante el depósito de la fianza señalada. Y sin necesidad de fianza cuando el delito tuviere señalada pena de prisión menor y el juez no con-

siderara necesaria la prisión provisional o, aun considerándola necesaria, el imputado depositara la oportuna fianza.

La reforma que ahora se ha hecho vuelve en cierto modo a la tesis de la ley de 1980 para imponer, en ciertos casos, la prisión provisional, hasta un límite de tres meses, en los delitos sancionados con arresto mayor.

Otros aspectos que han sido objeto de reforma es la prolongación de la duración máxima de la prisión provisional hasta un año, como término normal, cuando el delito sea sancionado con prisión menor (seis meses y un día a seis años), y dos años cuando lo sea con prisión mayor (seis años y un día a doce años). En estos dos últimos casos la prisión provisional podrá prolongarse, fíjese bien el lector, hasta dos y cuatro años respectivamente.

Sinceramente, el establecimiento de esos plazos revela una deficiente organización de la Administración de Justicia. No se puede, en efecto, tener a una persona encarcelada "provisionalmente", conviviendo con ya penados, cuando todavía no hay una sentencia firme, durante un año, para que después sea declarada inocente, o se le condene únicamente a una pena de seis meses.

Seis meses, tiempo máximo que duraba antes la prisión provisional para los supuestos de prisión menor, es tiempo más que suficiente, fíjese el lector, para que los órganos judiciales puedan resolver, al menos en primera instancia, la imputabilidad del sujeto.

No parece, pues, acorde con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia, ampliar el tiempo de la prisión provisional. Lo que parece más oportuno, más razonable y necesario es que los procesos judiciales sean mucho más rápidos de cómo lo son hasta ahora. Esto se puede conseguir dotando de medios a los Juzgados y Tribunales, incrementando su número, retribuyendo debidamente a quienes se dedican a la tarea de impartir y auxiliar a la Justicia, preparándolos debidamente, eliminando las formalidades que en numerosos casos obstaculizan y dificultan la rapidez de los procesos, instaurando procedimientos orales en los que los principios de prueba libre, inmediación, oralidad y concentración sean elementos esenciales; dotando a los jueces de una Policía Judicial que les permita impulsar con rapidez la labor de determinar la culpabilidad del detenido; dando contenido a la actuación fiscal, de tal forma que pueda indagar contando para ello con la propia Policía Judicial, las pruebas que permitan fundamentar su acusación pública; en fin, evitando que haya Juzgados que en un exceso de pundonor y responsabilidad tengan cincuenta vistas de juicios de faltas en una sola mañana y jueces que tengan que llevarse numerosos procedimientos a su casa para redactar las sentencias.

A prevenção da reincidência

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Penitenciário —
Universidade Federal de Goiás, Mem-
bro do Instituto de Direito Compara-
do Luso-Brasileiro.

A prevenção da reincidência não dispensa as medidas gerais de controle da criminalidade, mas a elas se adiciona, com destinatários certos, que são, pessoalmente, todos os delinquentes condenados.

Se pensarmos que, segundo declarações de Secretários de Justiça, difundidas pelos meios de comunicação, dentre os condenados presos em determinados estabelecimentos de grande porte, 60%, 70% e até 80% são reincidentes, não teremos dúvida de que a prevenção da reincidência demanda especial atenção.

Não é de, agora, fazer considerações a respeito da natureza, das funções e das finalidades da pena. Basta lembrar que a sua função ético-jurídica de emenda e a sua função-finalidade de reintegração do condenado no convívio social se traduzem, em termos utilitários, em não reincidência.

Se essas funções não são exercidas e essa finalidade não é alcançada, a pena, para o condenado, não terá passado de um cruel sofrimento inútil. Para o Estado, terá sido uma despesa inútil, nela se

Alocução proferida no painel dedicado ao tema "O controle social sob o ponto de vista criminológico", integrando o VII Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro (Rio de Janeiro, 24-8-1985), realizado pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

incluindo os gastos com todo o aparato policial, judiciário e penitenciário, e respectivas atividades, e significa ter de fazer novamente os mesmos gastos.

As conseqüências dessa dúplice inutilidade caem sobre a sociedade. A inutilidade da pena significará, para a sociedade, novos crimes, novas vítimas; a inutilidade das despesas feitas significará, para a sociedade, que somos todos nós, um prejuízo econômico, pois — não esqueçamos! — somos nós que, pagando impostos, contribuímos para prover os cofres públicos, cujo dinheiro é gasto em dobro, em triplo, às vezes em maior multiplicidade, pelo fato de não ter, a pena, funcionado como devia. No prejuízo econômico da sociedade, estão também os prejuízos das vítimas, a danificação e a destruição de bens causada pelos crimes, a perturbação ou cessação de atividades produtivas dos delinqüentes (condenados), das vítimas e de outras pessoas.

A reincidência tem aspectos ético-jurídicos, sociais e econômicos. Uma vez que as conseqüências dele se abatem, em última análise, sobre a sociedade, tem ela — deve ter! — interesse em fazer a sua parte para evitar que haja reincidências.

Em que há de consistir a parte que cabe à sociedade? Em que há de consistir a sua cooperação para evitar que haja reincidências?

Preliminarmente uma observação.

A execução da pena não é um compartimento estanque. Ela é a terceira fase do direito de punir; a primeira é a cominação, na norma legal, sendo a segunda a aplicação, na sentença. São as três fases de um direito subjetivo público; portanto, não faculdade de agir, mas poder-dever de agir. É direito subjetivo privativo do Estado — indelegável e intransferível — exercido pelos seus órgãos competentes: na fase da cominação, por órgãos do Poder Legislativo; na da aplicação, do Poder Judiciário; na da execução, coordenadamente, por órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Tal é o princípio.

Há quem, seja em nome desse princípio, seja empiricamente, entenda que se exclui toda participação da sociedade — da comunidade — admitindo, quando muito, meras visitas aos presos e prisões, possivelmente aceitando a prestação de simples assistência aos libe-

rados e egressos, podendo ser extensiva àqueles que, condenados a alguma forma de pena sem prisão, a cumprem na comunidade.

Em contraste, deliberadamente ou não, há quem preconize a entrega dos serviços de execução penal a pessoas ou entidades privadas ou, pelo menos, autarquias.

Ambas são posições extremas.

Quando a participação da comunidade é excluída, o condenado preso não tem suficientes e adequados contatos com a comunidade, vindo a sofrer de desajustamento social, chegando a ficar desvinculado da família. A administração da prisão tende, ainda que inadvertidamente, a exercer suas atividades com prepotência. Isso tolhe o condenado de fazer seu próprio esforço para se emendar e anula o senso de responsabilidade que ele tenha. Quando recupera a liberdade, condicional ou definitiva, está despreparado para fazer uso dela; a sociedade, a comunidade e a própria família, a seu turno despreparadas para recebê-lo, repelem-no, hostilizam-no, marginalizam-no. A reincidência é quase inevitável.

Nas penitenciárias de grande porte, geralmente situadas na região da capital, para onde convergem todos os condenados da respectiva *Unidade da Federação*, lotando-as e superlotando-as, as circunstâncias fazem com que a situação seja essa, ainda que a administração entenda que deva ser diferente e deseje que possa sê-lo. Sem falar no que ademais costuma acontecer numa penitenciária de grande porte, provavelmente superlotada, aí está uma relevante explicação para o tão grande número de reincidentes entre os seus egressos.

A outra posição extrema desejaria até mesmo transformar os estabelecimentos penitenciários em empresas de indústria e comércio. Seus adeptos argumentam que, só assim, as prisões deixariam de custar tão caro, de ser um sorvedouro dos cofres públicos, mas se tornariam auto-suficientes, podendo, inclusive, ter bons lucros.

Esquecem-se de que os estabelecimentos penitenciários não se destinam a ser auto-suficientes e, muito menos, a ter bons lucros, mas a ser neles cumprida a pena, em tais circunstâncias e condições, que o condenado possa se dispor a não tornar a delinquir. Para quem não aceita ou não entende os argumentos ético-jurídicos nem os de lógica jurídica, podendo, no entanto, bem compreender a lição da

realidade, valha a informação de que as experiências promovidas com esse esquecimento, têm sido sempre desastrosas (1).

A terceira posição é a do justo meio termo, que tem presente que o titular do direito de punir, nas suas três fases, é e só pode ser o Estado, mas vê a participação da comunidade como indispensável, embora e tão-somente sempre acessória. O acessório segue o principal e a ele se subordina.

Essa participação da comunidade consiste em colaborar com os órgãos da execução penal — Juiz das execuções, administração penitenciária (abrangendo a administração das casas de prisão provisória) e Conselho Penitenciário — em tudo que, sem interferir no exercício do direito de punir, se faça mister para que as circunstâncias e condições prisionais sejam boas e, quanto aos condenados pessoalmente, “ajudando-os a se ajudarem a si mesmos”, a fim de não virem a reincidir, mas possam vir a viver honestamente, integrados no convívio social.

Essa colaboração de representantes da comunidade (pessoas ou entidades prévia e devidamente credenciadas) prestada dentro das prisões, em contato direto com a administração e o pessoal, e com os presos, continuando fora do recinto prisional, tem-se mostrado mais eficaz se concorrerem alguns fatores. Dois deles são particularmente importantes: que a prisão seja de menor porte, tendo, correspondentemente, menor número de presos, e que sejam eles provenientes da mesma comarca sede da prisão ou, pelo menos, das circunvizinhanças.

Por todos os motivos, essas prisões costumam ser de segurança média, onde — à parte a seção destinada aos presos provisórios — podem estar recolhidos condenados em regime semi-aberto e em

(1) O trabalho dos condenados dentro da prisão, ou fora dela como concessão de trabalho externo, deve fazer parte das circunstâncias e condições que concorrem para que tenham a devida disposição de fazer o seu próprio esforço, a sua própria parte, visando a não tornar a delinquir, mas viver honestamente, integrados no convívio social. Não se exclui que desse trabalho resulte benefício econômico para a prisão, mas, embora bem saudado, não é nem pode ser a finalidade buscada; há de ser, sempre, um acréscimo, à margem da finalidade específica do trabalho penitenciário, e só indiretamente dele resultante. Outros podem e devem ser os meios empregados para baixar o custo das prisões, nas suas edificações e aparelhagens, e no seu funcionamento.

regime aberto. Quando numa comarca possa ou deva haver mais de uma prisão, é razoável que a outra (ou uma das outras) seja de segurança mínima, destinada a condenados em regime aberto. Para cumprir a pena, desde o início, em semelhantes prisões, os condenados devem ter requisitos objetivos (crime cometido, pena aplicada) e requisitos subjetivos (personalidade revelada na conduta do dia-a-dia e senso de responsabilidade).

Segundo estimativas merecedoras de confiança, cerca de 55% de todos os condenados podem ter requisitos para cumprir a pena inteiramente na prisão da comarca (onde foram condenados ou onde moram). Em relação a esses condenados, a colaboração da comunidade, com diversas facetas, tem-se patenteado verdadeiramente preciosa (2).

Dentro da prisão, coopera com a administração, não só trocando idéias a respeito do tratamento dos presos e dos problemas pessoais deles, como também ajudando a mesma administração quanto a uns ou outros problemas materiais, inclusive atinentes a dinheiro. Aliás, a simples presença de representante da comunidade, dentro das prisões, tem-se revelado salutar.

Fora da prisão, a comunidade coopera recebendo com naturalidade, boa vontade e atitude de amor ao próximo, os presos que, com a devida licença judicial, saem para visitar a família, freqüentar a sua igreja, ou para trabalhar, dando igualmente assistência aos liberados e aos egressos, bem como aos que cumprem toda a pena inteiramente sem prisão.

O condenado que permanece no seu ambiente, apoiado e ajudado pela comunidade, não se desajusta, continua vinculado à sua família e integrado no convívio social, tudo o que é do maior alcance para

(2) O cumprimento da pena inteiramente na comunidade pode se dar em caso da chamada "suspensão condicional da pena", que, em realidade, é suspensão do recolhimento à prisão, passando a pena a consistir nas condições, normas de conduta e obrigações que o condenado deve observar e cumprir, ou no caso de ser uma forma de pena sem prisão, como tal prevista e cominada, consistente em condições, normas de conduta e obrigações. Em qualquer dos dois casos, há restrições do exercício de certos direitos e restrições de liberdade, e é nessas restrições que consiste a pena. A colaboração da comunidade em relação aos condenados na situação de qualquer dos dois casos, cujo total se estima seja de cerca de 12% de todos os condenados, é análoga à prestada em relação aos liberados condicionalmente.

que ele, assumindo a responsabilidade da própria conduta, se disponha a fazer a sua parte para não tornar a delinqüir.

No que diz respeito à prisão, essa dinâmica é favorecida pela vivência própria de um estabelecimento de porte pequeno ou, quando muito, médio, com a correspondente população contada no máximo em umas poucas centenas, mas freqüentemente em não mais de duas. Quando o número de presos é menor, a ordem interna e a disciplina podem ser mantidas mais facilmente, sem grandes alardes e sem atritos, por um reduzido número de funcionários idôneos, de boa formação e de tino. Menor número de pessoas vivendo num mesmo recinto significa menor número de problemas e menos tensões, que, ademais, propendem a diminuir, resolvendo-se ou se canalizando, quando os presos podem ter saídas para a comunidade, que os acolhe com naturalidade, como "um dos nossos". Esse acolhimento, é bem de ver, só é verdadeiramente possível se o condenado a pena privativa da liberdade a cumpre no seu ambiente, cuja comunidade é a sua própria.

A redução da reincidência a menos de 30%, a menos de 20%, a menos de 10% e, em uma comarca, ao redor de 5%, indica nitidamente a eficácia da experiência feita durante anos no País. Com as devidas adaptações, ela há de ser valiosa também quanto aos presos que, em estabelecimento de segurança média, cumprem pena em regime fechado atenuado, como, inclusive, quanto aos que estão em segurança máxima, com regime fechado rígido. Para isso é preliminarmente indispensável que os estabelecimentos sejam, por sua vez, de porte não mais que médio, com capacidade para não mais de quinhentos presos, condenados da mesma comarca e de umas poucas vizinhas. Não serão, pois, penitenciárias centrais, para elas convergindo condenados de toda a Unidade da Federação, mas serão regionais, para elas se encaminhando os condenados de uma microrregião, só eventualmente e em determinados casos admitindo-se que nelas tenham de cumprir pena condenados de comarcas mais distantes.

* * *

A prevenção da reincidência é, do ponto de vista ético-jurídico, mas também do econômico, um capítulo importante do controle da criminalidade. Os órgãos do Governo, a começar pelo Legislativo e não olvidando o do Planejamento, não lhe podem ficar alheios. A sociedade tampouco.

Medida cautelar de separação de corpos

DES. DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA (*)
(12-9-1928 — 27-12-1985)

1. *Etimologia e conceito*
2. *Sua inexistência no direito romano*
3. *Origens canônicas do instituto*
4. *Surgimento em nosso direito*
5. *Impossibilidade de sua decretação sob o mesmo teto*
6. *Poderá o magistrado indeferi-la?*
 - 6.1 *Documentos exigidos*
 - 6.2 *Manifestação da intenção da separação judicial*
7. *Qual o cônjuge que deverá sair do lar?*
8. *A separação prévia faz cessar a coabitação?*
9. *Conclusões*

1. Nosso Código Civil faz preceder a ação de separação judicial do pedido preparatório de separação de corpos, possibilitando ao casal em conflito a suspensão prévia do dever recíproco de coabitação ou da necessidade jurídica da convivência, através de procedimento cautelar específico:

A *separatio corporum*, integrada por dois vocábulos latinos — *separatio* — *onis*, de *separare* (separar, dividir, desunir, distinguir, desligar, disseminar, colocar à parte, retirar, deixar solitário, afastar, apartar, desapegar-se, interromper, romper os laços, impedir a união, fazer cessar a aproximação de, decretar ou permitir a ruptura da vida conjugal entre) e *corpus* — *oris* = corpo, carne, indivíduo, pessoa, ajuntamento — quer dizer sempre a separação de corpos, a desunião das pessoas, o desfazimento do ajuntamento, o afastamento do casal, a interrupção da convivência.

Na conceituação objetiva de RUBENS LIMONGI FRANÇA (1) é “o instituto por meio do qual, como medida preventiva, autorizada pelo magistrado, os cônjuges ficam desligados da obrigação da vida em comum no domicílio conjugal”.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (2) prefere distingui-la da separação de fato, afirmando que esta se verifica “quando os cônjuges se apartam, um

(*) *Obra póstuma.*

(1) LIMONGI FRANÇA, R. *Manual de Direito Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, vol. 2, tomo I/262.

(2) AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Dever de Coabitação — Inadimplemento*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 225.

do outro, sem a intervenção do Poder Judiciário, no processo competente, sendo de direito quando se realiza sob a égide do Judiciário”.

2. Os romanos, segundo o seu conceito e objetivos do matrimônio, jamais conheceram a separação de corpos, que pretendemos estudar como medida cautelar da separação judicial.

“Para os romanos, — afirmamos anteriormente (3) — o matrimônio constitui a união do homem e da mulher, reconhecida pela lei, pelos costumes e pela opinião pública, supondo uma comunhão de vida, alicerçada na *affectio maritalis*, isto é, pela intenção de ser marido e mulher, pela consciência em ambos os cônjuges de que a comunidade que integram é um matrimônio.

Diversamente do matrimônio moderno, influenciado pela Igreja, o romano não surge do consentimento inicial, requer antes a sua contínua renovação. Faltando esta intenção ou consciência da união, cessa o matrimônio por ausência de sustentáculo, por inexistência de motivação e objetividade. Não basta consentir, é preciso revigorar esse consentimento quotidianamente.

O matrimônio romano era uma instituição viva, com plena consciência de sua vitalidade. Nutria-se não na letra morta de um contrato impossível de aglutinar e perpetuar a união de um homem e de uma mulher, mas no renascer constante desse sentimento de união, no dimensionamento quotidiano da necessidade da conservação dessa união, no reconhecimento diário de que um precisa do outro.”

Consustanciava uma situação jurídica fundada na convivência conjugal e na *affectio maritalis*. Por isso, essa convivência conjugal nunca implicou, necessariamente, em convivência efetiva, em seu sentido material, como união de fato, senão em sua significação ética. O matrimônio existe ainda que os cônjuges não habitem a mesma casa (*Dig.* 24, 1, 32, 13). Não é a coabitação que faz o matrimônio, mas o consentimento (*Dig.* 50, 17, 30). Por isso, podia contrair-se na ausência do marido, iniciando a vida em comum, apenas com o ingresso da mulher na casa deste (*deductio in domum maritalis*). Não havia matrimônio se a mulher estivesse ausente.

Convivência (ato ou efeito de conviver = viver com, ou no mesmo tempo, ser companheiro de mesa; conviva = companheiro de mesa, comensal, esposa) possui dois elementos: o objetivo, a presença e o subjetivo, a intenção, a *affectio maritalis*, que prevalece sobre o primeiro (4). O casamento se dissolvia pela falta de intenção de ser marido e mulher, nunca pela falta de convivência material. Bastava que guardassem — um e outro — a consideração e o respeito devidos — a *honor matrimonii*.

(3) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A Nova Lei do Divórcio Comentada*. São Joaquim da Barra. O. Dip. Editores, 1978, p. 10.

(4) IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1968, p. 507 — § 130.

Sua fonte remota encontra-se no direito canônico e a próxima no art. 77 do Decreto nº 181, de 1890.

3. Para obtermos uma explicação plausível da obrigatoriedade desse processo preliminar de separação de corpos, há muito diluído em sua necessidade pelas naturais dificuldades processuais, pela liberalidade jurisprudencial e doutrinária em não considerar essencial o alvará de separação de corpos, tornado facultativo pelo art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.515, de 26-12-77, a Lei do Divórcio, que lhe imprimiu uma importância indispensável ao seu ressurgimento, torna-se imperioso remontar à sua origem no direito canônico.

Pelo teor do cânon nº 1.128 do antigo Código Canônico, atualmente, cânon nº 1.151 do Código que entrou em vigor em 27-11-1983, a vida dos cônjuges implica uma comunidade de leito, mesa e habitação, devendo fazer em comum vida conjugal, a não ser que justa causa os excuse disso, originando-se, daí, a separação de fato e o estado jurídico de separação.

A separação de fato materializa a dispersão da vida conjugal, estabelecida em forma unilateral, pelo abandono não acidental ou transitório, que pode ser por acordo comum ou ruptura permanente da coabitação. Não constitui uma modificação ou alteração das relações matrimoniais, mas, ao contrário, a violação de uma obrigação, sobre a qual não lhe é possível dispor ou pactuar por ser assunto de caráter social. Os cônjuges, sem prévio ou formal processo, sem mandato jurisdicional e sem que as circunstâncias imponham, adotam arbitrariamente essa conduta.

Contrariamente, o estado jurídico de separação presume a modificação das relações jurídicas interconjugais e não a simples ruptura material da convivência e se fundamenta em autêntico direito subjetivo da separação que pode emergir em favor de um dos cônjuges por causas legalmente determinadas.

A separação de fato ou mera separação de corpos não possui relevância jurídica. A problemática de sua licitude ou ilicitude pertence ao domínio da teologia moral. Os canonistas só consideram a licitude da separação convencional, privada, por pequeno espaço de tempo, por motivos sobrenaturais (desejo de uma vida mais perfeita ou consagrar-se à oração) ou materiais (necessidade de buscar recursos econômicos, fazer cursos noutra localidade ou noutro país). Apenas em dois casos a separação por consentimento mútuo dos cônjuges com caráter perpétuo é admissível: ingresso na religião de um ou de ambos os cônjuges ou a promoção do varão às ordens sagradas.

Fora dessas hipóteses, a separação só encontra relevância jurídica se existir uma justa causa e houver a intervenção da autoridade eclesial. O primeiro requisito exclui a relevância jurídica da separação convencional sem causa, embora consentida por ambas as partes, ou arbi-

trária e unilateral. O último requisito elimina a separação meramente privada, conforme nos ensina CANTON (5).

Segundo nos explicam DOMINGUEZ, MÓRAN e de ANTA (6), a separação de leito é coisa privada, na qual não intervém a Igreja no foro externo, deixando-a à consideração e iniciativa dos esposos. Idêntica afirmação cabe à separação apenas de mesa ou de leito e mesa simultaneamente. Mas, no que se refere à separação de casa, que é total por acarretar consigo a de leito e mesa, esta não pode ser atribuída aos cônjuges.

Portanto, o direito canônico não permite que os casados se separem, sob pretexto algum, sem causa e sem autoridade do juízo eclesiástico. Em caso de estarem separados de fato ou por decisão própria, convencional ou unilateral, ou de nunca se terem unido, os cônjuges terão sempre de solicitar a separação prévia, como medida preparatória da separação permanente.

Se a mulher casada pretende separar-se de seu marido por sevícias, deveria previamente requerer ao juiz eclesiástico que a mandasse tirar do poder marital e depositá-la em casa conveniente. Era o que se chamava *sequestratio*. Após a justificação, mediante processo sumário e sem citação do marido, ordenava o juiz eclesiástico o depósito da mulher, dando licença para citar o marido e fixando prazo dentro do qual deveria vir com sua ação de divórcio.

Entretanto, se a urgência e a gravidade do caso recomendasse, ou se as sevícias atestassem o perigo de vida que a paciente corria, o juiz, tendo ciência verbal dessa ocorrência, determinava o depósito imediato, para depois se verificar a justificação (Cf. *Const. Reg. do Auditor Eclesiástico* – Tit. 2º, § 1º n. 78).

Posteriormente, com a própria evolução social e religiosa, o direito canônico passou a considerar desnecessária a separação prévia e o depósito da mulher, quando os cônjuges já estivessem separados de fato, mesmo por autoridade própria, vivendo sob tetos diferentes, uma vez que os valores fundamentais da pessoa humana – conservação da saúde e da vida – não mais estavam ameaçados pela convivência matrimonial.

4. Em nosso direito a persistência da doutrina da Igreja sobre a união ou aliança matrimonial, solidificada no direito português e no luso-brasileiro, transplantou-se para o Decreto nº 181, de 24-1-1890, sem nenhuma razão de ser, alojando-se, agora, no art. 1.562 do Projeto, em andamento no Congresso Nacional (PLC nº 118/84).

(5) CANTON, A. Bernardez. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*. Madrid, Editorial Tecnos, 1971, pp. 372-3.

(6) DOMINGUEZ, Loreno Miguelez; MÓRAN, Sabino Alonso; ORTIZ, José Lopez. *Código de Derecho Canónico*. Madrid, Ed. Católica, 1949, p. 420, nota 1.128.

Sua melhor justificativa residia na cessação do poder marital e na possibilidade de litigarem os cônjuges com maior desembaraço. Ora, o argumento se desmoronava ao primeiro impulso: se a mulher era impedida pelo poder marital de agir contra o marido para requerer a separação judicial, também o seria para a separação provisória. Agora, o art. 248, inciso VIII, do Código Civil, após a nova redação que lhe imprimiu o art. 5^ª da Lei do Divórcio, propiciou à mulher casada poder livremente propor a separação judicial e o divórcio, o que há muito vinha sendo defendido em nossa doutrina e aceito pela nossa jurisprudência mais evoluída.

CLÓVIS BEVILÁQUA (7) justificou esta cautelar, com o seguinte comentário:

“A separação dos cônjuges, como preliminar de ação, que tem por fim a separação definitiva, pela dissolução da sociedade conjugal, é uma providência, que a razão aconselha, pela inconveniência e até perigo de continuarem sob o mesmo teto os dois contendores no pleito judiciário. Para que os cônjuges tenham liberdade de ação, para tirá-los da situação de constrangimento, em que se achariam, e, ainda, para que a irritação não tenha, nos encontros inevitáveis de quem habita a mesma casa, motivo para recrudescer e desmandar-se, é de razão que se separem provisoriamente. E, para que se não veja, nesse momento, um ato de rebeldia contra a prescrição legal e as exigências da sociedade, que impõem a vida em comum aos que se uniram para a vida, o autor da ação de desquite, nulidade ou anulação de casamento deve pedir que se lhe permita deixar a habitação comum. Claro é que, se os cônjuges não mais residem no mesmo lar, esta providência perde a razão de ser. Ela vem, naturalmente, em socorro do cônjuge inocente, a cuja consciência se apresenta uma razão imperiosa para desfazer a união em que se acha, e cuja persistência se lhe torna impossível. Não tem por fim homologar a separação de fato.”

CARVALHO SANTOS (8), secundando o pensamento de Clóvis Beviláqua, também acha desnecessária a separação prévia “quando os cônjuges não residam no mesmo prédio, estando separados de fato”. AMARAL GURGEL (9) entende que isso seria um contra-senso. BARROS MONTEIRO (10) e ANTÔNIO CHAVES (11) também concordam com esta opinião.

(7) BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio, Liv. Francisco Alves, 1956, II/77.

(8) CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio, Freitas Bastos, 1953, IV/263.

(9) AMARAL GURGEL, J. do. *Desquite*. São Paulo, Ed. Saraiva, I/125, nota 83.

(10) BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil — Direito de Família*. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 202.

(11) CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil — Direito de Família*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1975, 3/168.

Este posicionamento doutrinário, baseado na própria evolução canônica, que considerava a separação de corpos apenas sob o aspecto do *periculum vitae*, destituído de quaisquer implicações jurídicas, fecundou em nossa jurisprudência duas vigorosas correntes, tendentes a reconhecer que “o alvará de separação de corpos, como preparatória do desquite, perde a sua razão de ser quando os cônjuges não mais residem no mesmo lar” (RT-438/141 – Des. Torres de Carvalho). Convém destacar ainda os acórdãos constantes das RT-530/81 – 446/80 – 163/710 – 162/263 – 158/157.

“É sabido que a separação de corpos não tem só o efeito de dar liberdade aos cônjuges para instaurar o processo de desquite ou anulação de casamento. Objetiva, também, legalizar a separação, antes da decretação da dissolução da sociedade conjugal. O alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo direito de família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges. Entretanto, tal medida não é indispensável para se intentar o desquite ou anulação do casamento” (in RT-460/145 – Des. Penido Burnier). “O alvará virá atestar a separação jurídica, mesmo porque a separação dos cônjuges por fato próprio, é falta a dever matrimonial e produz efeitos que podem ser danosos a algum deles” (RT-185/846). Tudo, porque “a separação de corpos não visa apenas ao ato material do afastamento de um cônjuge do outro, e, portanto, não perde sua razão de ser com a separação de fato” (RT-432/126).

5. A separação de corpos, que precede à ação de separação judicial, a de nulidade ou a de anulação do casamento ou na pendência da ação principal, constitui providência que objetiva a separação dos cônjuges e da morada do casal.

Dar-se-á, excepcionalmente, a separação de corpos dentro do próprio casamento, sem qualquer caráter preparatório dessas ações, no caso de serem menores os cônjuges “para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal” (CC, art. 214, parágrafo único).

Alguns autores, a exemplo de PONTES DE MIRANDA⁽¹²⁾ com a sua ponderável autoridade, endossam a decretação da separação de corpos “sob o mesmo teto”.

Discordamos inteiramente dessa opinião pela sua origem canônica e pela justificativa da providência solicitada.

O texto canônico, antecedente e inspirador do atual artigo, refere-se, no título do capítulo, a *de separatione tori, mensae et habitationis* (a respeito da separação de leito, mesa e habitação), a trilogia onde se assenta o casamento. Para os canonistas existem dois tipos de separa-

(12) PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1976, tomo XII/468.

ção: a separação parcial (suspensão da comunidade de leito e mesa, isolada ou conjuntamente) e a separação total (ruptura da comunidade de habitação, que acarreta o desaparecimento das duas anteriores). O *Codex Juris Canonici* se preocupa apenas com a última, por supor uma infração à conduta social e regras morais, relegando os dois outros aspectos à consideração e iniciativa privada dos cônjuges.

Por isso, mesmo separados de fato, os cônjuges teriam de pedir a separação preparatória, pois, além de condenada, a separação de fato poderia ser coibida com a excomunhão, pena de gravidade máxima e capaz de atemorizar qualquer católico que almeja uma vida eterna.

A palavra *teto* (*tectum* — *i*, de *tegere* = *teto*, cobertura da casa, telhado, casa, morada, habitação, aposento), tanto no latim como em nosso vernáculo, sempre foi dicionarizada como *casa*, habitação, alcova, lar. A separação de corpos “sob o mesmo teto” atingiria tão-só a coabitação, a cessação das relações sexuais, o que, diante da animosidade reinante, dos ódios e recalques acumulados, seria um contra-senso, uma verdadeira aberração, contrariando toda a índole e argumentação favorável à necessidade dessa medida preparatória, cuja finalidade precípua era determinar o afastamento temporário do cônjuge até a sua efetivação, suprindo a obsoleta *sequestratio* do direito canônico, transferida ao direito reinol, ao luso-brasileiro e ao atual.

Além do mais, desde a gênese canônica e do art. 77 do Dec. nº 181, de 1890, fonte do atual art. 223 do CC, verificamos pela legislação contemporânea de nosso Código Civil, os antigos Códigos Civis da Itália (art. 155), Suíça (art. 170), Portugal (art. 1.206, § 4º), Uruguai (art. 154), Venezuela (art. 202) e México, de 1928 (art. 282), pelo nosso direito anterior — Carlos de Carvalho (art. 1.444) e pelos Projetos anteriores de Teixeira de Freitas (art. 1.446) e de Coelho Rodrigues (art. 1.919) que a separação de corpos implicava no afastamento da morada do casal, nunca na separação “sob o mesmo teto”, dentro da mesma alcova.

Separadas as residências, cada uma delas será exclusiva de cada cônjuge, vedando-se ao outro a entrada ou permanência nela contra a vontade do morador, sob as penas do art. 150 do Código Penal.

E, em conseqüência, segundo o art. 100, nº I, do CPC, o foro competente para a ação de separação judicial e sua conversão em divórcio passa a ser o da residência da mulher. Não sendo competente o da última residência do casal (RJTJESP — 44/22). Prevalece, ainda, a regra da residência da mulher mesmo que seja recente e tenha anteriormente ajuizado noutro foro ação de alimentos contra o marido (RP-1/198), ou, quando não haja coincidência residencial entre o foro onde fluiu a separação judicial e a sua conversão em divórcio, será adotado este último (RT-542/90).

Entretanto, tomando para argumentar as próprias expressões de PONTES DE MIRANDA (ob. cit.), se “a declaração judicial não obriga à

separação de corpos materialmente, e sim, apenas juridicamente" (p. 467), se "essa separação é apenas *quoad thorum*; talvez, e.g., se os cônjuges quiserem, não *quoad habitationem*" (p. 469), se "não é essencial" (p. 470), se "não tem eicitos além daqueles que se ligam ao afastamento temporário do *debitum conjugale*" (p. 470), de que adiantaria requerê-la? ... Se uma separação de fato é mais fácil, mais barata, mais simples e rápida e socialmente aceita?...

Afastamento, afastar (desviar, apartar, tirar para longe, separar, distanciar, retirar, arredar, pôr distante) e separação, separar (desligar, desunir, afastar, interromper, pôr de lado, extremar, dividir, distanciar, isolar, desagregar, apartar, desapegar-se, romper os laços, fazer cessar a aproximação de, soltar-se, permitir ou decretar a ruptura da vida conjugal entre, impedir a união de, divorciar) são sinônimos em nosso linguajar jurídico e popular, pela sua etimologia como pela sua atualidade.

O autor, como o réu, pode requerer a separação de corpos, segundo a "pretensão e a regra jurídica cogente objetiva" (p. 467) do art. 223 do CC, e o Juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, "o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal" (CPC, art. 888, nº VI), se a separação de corpos "vem de socorro do cônjuge inocente, a cuja consciência se apresenta uma razão para desfazer a união, cuja persistência se torna intolerável" (Des. Gonçalves Santana - *RJTJESP-3/179*), se é permitido pedir alimentos provisionais nas ações de separação judicial, "desde que os cônjuges estejam separados" (CPC, art. 852, nº I), se a separação judicial importará na separação de corpos e esta poderá ser decretada como medida cautelar (LD, art. 7º e § 1º), se a sentença que julgar a separação judicial retroage à decisão que tiver concedido a separação cautelar (LD, arts. 8º, 25 e 44), por que requerê-la? ... Apenas, para sua juridicização? Apenas para afastar o cônjuge do dever sexual, deixando-o entregue à sanha e desmandos do outro cônjuge, à insuportabilidade da vida em comum? ... O brasileiro, quando separa a cama, separa também a mesa e a casa...

Logo, a separação prévia de corpos, como medida cautelar ou incidental de ação de separação judicial, sob o mesmo teto, nunca foi nem será a de que tratam os arts. 223/224 do CC, o art. 7º e seu § 1º da Lei do Divórcio, nem a do art. 888, nº VI, do CPC que, explicitamente, alude a "afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal". Tampouco destinar-se-á a autorizar alimentos provisionais, nos termos do art. 852, nº I, do CPC, desde que estejam separados os cônjuges. Admitiu-se até o afastamento do concubinatário, através de medida cautelar inominada (*RT-537/105*).

6. Requerida a providência, resta saber se o magistrado poderá indeferir-la.

Embora nos termos do art. 223 do CC sejam imperativos, exprimindo uma indicação obrigatória - requererá o autor - será concedida

pelo juiz com a possível brevidade — assim não deverá ser entendida ou interpretada. A doutrina, a jurisprudência e, agora, a lei, concederam facultatividade àquela imposição. “Apesar do tom imperativo do texto, cnelui LOPES DA COSTA (13), a jurisprudência e a doutrina sempre entenderam, com insignificante discordância, que a separação não é pressuposto da ação, podendo os cônjuges dispensá-la ou já haver a ela recorrido, estando separados de fato”.

O juiz nunca esteve nem estará obrigado a deferir a medida, se achar que não deverá fazê-lo. Este posicionamento legal, ranço de imposições de outrora, não se coaduna com as suas prerrogativas constitucionais e morais, nem lhe reduz a independência ou macula a possibilidade de proferir sentenças justas e bem estudadas. Cabe-lhe “sopesar os elementos probatórios fornecidos pelos litigantes para conceder ou não a medida preparatória” (RT-518/129 — Des. Pinheiro Franco). “O juiz pode julgar mal — escreveu J. PINTO LOUREIRO (14) —, mas se chega a convencer de que procurou julgar bem, e se a sua atitude em tudo foi a de pessoa que se esmerou por verificar os fatos e encontrar a lei para decidir corretamente, pode-se discordar da decisão, mas salva-se, em toda a sua plenitude, o respeito pelo julgado e pelo julgador”.

6.1 Documentos exigidos:

“Dispõe o Código Civil que seja requerida com os documentos que a autorizam. O documento essencial é a certidão de casamento, parecendo dispensável todo e qualquer outro, o qual poderá ser oferecido com a petição inicial da ação, pois basta a intenção de anular o casamento ou de desquitar-se, acompanhada da prova de que houve casamento, para que o alvará seja concedido” (15).

“No processo preparatório de separação de corpos, a única prova a examinar é a do casamento, sendo impertinente a discussão dos fatos que devem ser apreciados e julgados na ação de desquite” (*Jur. Mineira* — 32/274 — Des. Abreu e Silva).

Como o deferimento se verificará, geralmente, em despacho liminar, como recomenda o art. 223, justifica-se assim o imperativo do mesmo dispositivo legal. Entretanto, o último requisito é que pode autorizar o seu indeferimento.

6.2 Manifestação da intenção da separação judicial:

O requerente não terá de provar que sua intenção tem fundamento. Far-se-á esta prova, apenas no âmbito da ação de separação judicial,

(13) LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo. *Medidas Preventivas*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1966, p. 106.

(14) Apud BOUCHARDON, Pierre. *O Magistrado*. São Paulo, Acadêmica, 1937, p. LXXXVI.

(15) AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1960, 3/30.

jamais no pedido de alvará. Realmente, "o processo cautelar preparatório não é, necessariamente, uma antevisão perfeita ou fiel do que será o desquite ou anulação do casamento. Tanto que seja demonstrada a divergência e o desamor, o juiz concederá a separação de corpos" (RT-489/101 — Des. Vieira de Moraes).

Para DE PLÁCIDO E SILVA (16) "quando, porém, é a própria parte que a pede, dando razões de sua necessidade, não a deve negar o juiz, bem ao contrário lhe cumpre determinar a separação".

Na realidade, o que não pode é o juiz indeferir o pedido de separação de corpos, sob o fundamento de que os cônjuges já estão separados, pois "o alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo direito de família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges (RT-460/145 — Des. Penido Burnier).

Não há incompatibilidade em que, com a separação de corpos, se peçam alimentos provisionais e se disponha sobre a guarda dos filhos do casal (RT-454/112 — Des. Oliveira de Andrade — *Idem* RT-432/127 — RT-421/165).

O que não se pode permitir é que, em processo de alimentos provisionais (CC, art. 224), haja investigação se a mulher é culpada, se deu ou não motivos para a separação, sendo irrelevante o argumento do abandono voluntário do lar conjugal, cabível apenas no pedido de alimentos definitivos (CC, art. 234) (RT-496/163 — Des. Silva Wolff).

7. Concedida a separação de corpos, qual o cônjuge que deve sair?

A separação de corpos é para o afastamento de um dos cônjuges da moradia do casal, sendo indiferente seja marido ou mulher. Não é certo nem há disposição legal a respeito, que seja o cônjuge requerente do alvará o obrigado a deixar o lar. Ou que a separação, opondo-se um dos cônjuges, deva ser feita apenas *quoad thorum*, permanecendo *quoad habitationem* (RT-470/111 — Des. Batalho de Camargo).

Embora exista a igualdade jurídica dos cônjuges, a situação criada com o pedido de separação prévia deve ser solucionada segundo as particularidades e conveniências de cada caso.

Para LOPES DA COSTA (ob. cit.), "a decisão, como a de todas as medidas preventivas, depende das circunstâncias particulares, extremamente variáveis em cada caso. A mulher, por exemplo, é a proprietária do prédio. Sai o marido. Um dos cônjuges tem ali um estabelecimento comercial, um hotel, uma oficina, um atelier de costura. O outro é que deve sair. Em falta de outro critério: será afastado o cônjuge culpado". Difícil será localizá-lo.

(16) DE PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1956, 4/202, n. 1.624.

uma vez que, nesta medida cautelar, não se indagam as razões para um julgamento do culpado ou inocente.

Preferimos ficar com HUMBERTO TEODORO JÚNIOR⁽¹⁷⁾: “determinar-se, coercitivamente, o afastamento do cônjuge que criou a situação insustentável na morada comum”. Lembrando, ainda, “o que se há, porém, de ter sempre presente é que a retirada forçada de um dos cônjuges do lar comum é medida excepcional e violenta, que deve ser aplicada com muita prudência, a fim de evitar qualquer consequência supérflua ou desnecessária”.

Ou como pretende JORGE AMERICANO (ob. cit.): “para alcançar-se, portanto, com o alvará de separação, o mandado de afastamento, devem alegar-se e provar-se circunstâncias que tornam necessária alguma das modalidades acima referidas, seja em relação aos cônjuges, seja em relação aos filhos. Em caso contrário, dar-se-á o simples alvará, e nesta hipótese o único efeito será o de legitimar o afastamento do cônjuge requerente”.

A separação de corpos que tanto pode ser concedida com o afastamento da esposa como do marido, conforme as circunstâncias apresentadas, “deverá ser o do cônjuge cuja saída melhor atender à conveniência e à comodidade do casal e dos filhos” (RT-548/177 – Des. Nunes do Nascimento), caso não haja acordo entre eles sobre quem deverá deixar o lar conjugal.

O que não se entende nem se permite, como descreve PEDRO SAMPAIO, é que, excepcionalmente, continuem os cônjuges separados sob o mesmo teto, porque “pode ocorrer que o consorte que requereu a separação de corpos não tenha meios econômicos para passar a residir alhures, ou, ainda, que a residência do cônjuge acarreta prejuízo para a prole comum, ou, ainda, que as suas condições de saúde não permitam ou aconselhem a troca de habitação. Desde que justificado o motivo da permanência sob o mesmo teto, os casados passarão a ter habitação comum, mas sem manter relações sexuais”.

Infelizmente, ousamos discordar do ilustre mestre baiano e de seus motivos: falta de recursos, prejuízo à prole com a mudança, condições de saúde – motivos esses que também existirão na separação definitiva e jamais poderão impedi-la. Além do mais, inexistente qualquer disposição legal vigente que imponha ao cônjuge requerente do alvará sua obrigatoriedade em deixar o lar, nem mesmo outro dispositivo que determine a separação sob o mesmo teto, se com a *quoad habitationem* não concordar o outro cônjuge ou justificar suas razões. Compete ao juiz assinalar, no mandado de afastamento, um prazo máximo de trinta dias, ao cônjuge varão para que providencie a efetivação das condições necessárias. Vencido o prazo, sem o seu cumprimento, deverá ser ele afastado do lar conjugal e nunca ser premiado com a mesma morada.

(17) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1978, vol. 406, n. 318.

8. A separação prévia cessa a coabitação? Perfeitamente, por ser uma antecipação da separação definitiva, que virá com o processo principal, favorável ou não ao requerente. Concedida esta, suspende-se, interrompe-se, impede-se, susta-se o dever da fidelidade recíproca e o da vida em comum.

PEDRO SAMPAIO⁽¹⁸⁾, em entendimento que CAHALI⁽¹⁹⁾ considerou correto, admite que “durante o período de vigência da separação de corpos, conquanto liberado de coabitar, o cônjuge terá que abster-se sexualmente, pois, ao revés, violará o dever de fidelidade”.

O ilustre Desembargador YUSSEF SAID CAHALI, em sua notável obra (p. 297) — nota 484), transcreveu a sugestão nº 60 que o Ministério Público de São Paulo apresentou ao Projeto do Código Civil, onde se lê, como justificativa: “os alvarás de separação de corpos vêm sendo protelados, sistematicamente, nas varas competentes sob desculpas de diligências dispensáveis. Dificilmente são eles concedidos com a rapidez necessária, conforme a própria doutrina unanimemente preconiza. Há processos de alvarás, nos quais funcionamos, que se tornam verdadeiros processos de desquite ou de anulação de casamento, com a facultações de provas, as mais variadas, contestações, etc., arrastando-se nos julgos de família durante anos, quando se tem entendimento que deve ser concedido de plano”⁽²⁰⁾.

Basta colocar-nos no lugar dos requerentes para sabermos que a providência suscitada só poderá ser considerada injusta, incabível e impossível para uma pessoa sábia em tão longo período de abstinência sexual.

Alguns autores ainda se conservam impregnados dos efeitos do antigo desquite brasileiro e da influência de seu equivalente francês — a separação de corpos.

Com a decretação ou homologação do desquite, do elenco dos deveres recíprocos do casamento cessava a coabitação, e a assistência mútua se transforma em dever de socorro. A fidelidade — o que sempre reputei inconcebível — permanecia face ao não rompimento do vínculo matrimonial, embora jamais existisse sanção legal para sua transgressão, ao contrário da francesa que possuía uma sanção penal atenuada. Por isso, advogou-se — em absoluta incoerência às razões básicas da existência do gênero humano — que, na prévia separação de corpos, os cônjuges deverão abster-se sexualmente. Maior absurdo do que esse cometeram os que defendiam a subsistência do dever da fidelidade, após o nosso desquite ou a separação de corpos francesa (ROUAST, BAUDRY-LACANTINIERE, AUBRY e RAU, GIANTURCO).

(18) SAMPAIO PEDRO. *Divórcio e Separação Judicial*. Rio, Forense, 1983, p. 100, n. 64.

(19) CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1983, p. 299.

(20) Sugestões para o Projeto do Código Civil — in *Justitia*. São Paulo, Serviço de Documentação Jurídica do Ministério Público, 1975, vol. 90/375-8.

Sempre defendemos e sustentamos que, mesmo com a permanência do vínculo conjugal, jamais lei alguma teria a pujança de coagir os ex-cônjuges a fazerem voto de castidade sem qualquer vocação eclesiástica. Lei alguma, divina ou humana, norma moral ou religiosa, compromisso social ou familiar, poderá impingir a uma mulher ou a um homem, em toda a plenitude de seu vigor sexual, na etapa incandescente em que a vida fugaz lhe oferta todo o esplendor e magnificência que o amor lhe desperta e insinua, que se torne uma intocável vestal romana ou um virtuoso eremita, imolando na frieza do insulamento a seiva estuante que se agita e se vivifica em seu organismo e o impulsiona a viver, só porque teve a infelicidade de sentir na própria carne o estigma da frustração de sua vida conjugal. Injusto e desumano seria se tudo isso fenecesse na aridez daqueles seres, onde não se conseguiu medrar a maravilhosa semente do amor. Criminoso e injurídico seria condená-los à reclusão sexual, pena que nenhum código até hoje previu. Humano e divino incentivar-lhes um novo vôo, sondar outras plagas, plantar novas amizades, desejar o desejado, irmanar-se na outra metade, entremostrarem-se na mesma afinidade, na mesma disposição de caminhar mais uma vez iluminados, deslumbrados pela ventura de amar, pois, sentenciara Platão: "aquele que não ama, caminha no escuro".

O que sempre combatemos e repudiamos, com escólio em sólida jurisprudência, é o fato de estar o cônjuge percebendo alimentos provisionais, na hipótese, ou definitivos após a decretação ou homologação da separação judicial, e exibir uma vida de absoluta liberdade sexual ou de mancebia⁽²¹⁾. Separado, cautelar ou definitivamente, o cônjuge torna-se livre, emocional e sexualmente, para assumir o risco e o sabor de suas aventuras. A lei e o direito não devem permitir que o ex-cônjuge seja escolhido o financiador ou segurador dos fracassos sentimentais do outro. Mesmo assim, diante das necessidades humanas e das condições de nossa sociedade fingida, defendemos um relacionamento discreto e hipócrita à altura dos que pensam que a separação judicial acarreta o término do apetite sexual dessas vítimas do desamor e da incompreensão, pois, "não havendo mais o casamento, impossível a conservação da fidelidade recíproca, desumana a sua exigência. Incongruente seria o nivelamento dos direitos do marido ao do desquitado e vice-versa"⁽²²⁾.

Por isso concordo expressamente, com ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO⁽²³⁾, ainda no regime anterior ao divórcio: "se o juiz declarar, judicialmente, a separação de corpos dos cônjuges, a partir desse decreto não se pode ver, principalmente, quebra do dever de fidelidade, de coabitação e de

(21) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Alimentos do Cônjuge na Separação Judicial e no Divórcio*. Cuiabá, Imprensa Universitária Proedi, 1983, p. 98.

(22) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Adulterio, a mais Infamante Causa do Divórcio*. SP, L. Oren Editora, 1986, p. 73, n. 5.5.1.

(23) AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Dever de Coabitação. Inadimplemento*. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 232.

mútua assistência”, concluindo, mais abaixo (p. 234): “vida em comum, aí, significa não só a habitação sob o mesmo teto, como a satisfação sexual”.

Agora, com a Lei do Divórcio, a questão assume outro aspecto, dissipando as dúvidas de antigos doutrinadores. Estabelece o art. 3º que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”. E a sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data da decisão que tiver concedido a separação cautelar (arts. 8º, 25, 44). Logo, decretada ou homologada a separação judicial, esta retroagirá à data da decisão que concedeu a separação cautelar, ou seja, em simples raciocínio, põe termo ao dever de fidelidade recíproca desde a separação de corpos, não se podendo mais dizer que naquele período a fidelidade subsistiu.

A preocupação marcante dos que apregoam a subsistência da fidelidade durante a separação prévia objetivava a problemática dos filhos, naturais ou adulterinos. Não mais existe o vetusto e rumoroso dissídio doutrinário e jurisprudencial a respeito, onde se digladiavam conservadores e liberais. Desde 1947, que CAIO MÁRIO⁽²⁴⁾ diagnosticava: “o que se pode, sem dúvida, acentuar, é que os adeptos da doutrina liberal se tornaram cada vez mais numerosos, notando-se, ainda, que a tendência de nossos tribunais é marcadamente neste último sentido, de uns tempos a esta parte”.

A mácula da ilegitimidade a estigmatizar a vida dos que jamais tiveram qualquer parcela de culpa no procedimento dos pais já desapareceu de nossos registros públicos, desde o art. 7º da Lei nº 883, de 21-10-1949, e o seu reconhecimento depois do desquite, a partir do Dec.-Lei nº 4.737, de 24-9-1942.

Na jurisprudência, pontificou o Supremo Tribunal Federal que “é natural, e não adulterino, o filho de pessoa já desquitada, porque, com o desquite, cessou o dever de fidelidade conjugal” (RE-69.253-MG – Rel. Miu. Luiz Gallotti – em 17 de agosto de 1971 – in RTJ-58/656), além de inúmeras decisões desse e de muitos outros tribunais brasileiros.

9. Acreditamos que, se considerarmos a separação de fato e a separação prévia autorizada em Juízo, apenas, como preliminares da dissolução da sociedade conjugal, não divisaremos grandes vantagens, inclusive para efeitos de alimentos provisionais, que podem ser requeridos independentemente nos termos da Lei nº 5.478, de 25-7-1968.

A Lei do Divórcio veio imprimir-lhe uma nova feição, atribuindo-lhe relevantes efeitos jurídicos inusitados, tendentes à desconstituição definitiva do casamento (arts. 7º, § 1º; 8º, 25 e 44).

Não obstante, a prévia separação de corpos, como decorrência muito natural das divergências e do desamor, não tem por finalidade exclusiva

(24) SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Negítima*. Rio, Forense, 1947, p. 35.

tão-só o ato material do afastamento de um dos cônjuges da morada conjugal e não perde sua razão de existir diante da separação de fato. É um desdobramento natural de uma profunda e insanável crise matrimonial. De regra geral, a separação é sempre de fato. A medida judicial nada mais representa senão a comprovação diagnosticada do estado patológico do casamento, ou quando dessa separação, transformando a separação de corpos de fato em separação autorizada judicialmente. Procura legitimar a separação, concedendo ao outro cônjuge o direito de permanecer no lar conjugal, onde receberá alimentos provisionais, se assim o necessitar, sem a presença constrangedora do outro, além das despesas indispensáveis à demanda judiciária. Poderá, ainda, ser cumulada com o deferimento cautelar da guarda dos filhos (RT-454/112 — 432/127 — 421/165). Contudo, esse alvará nunca será pressuposto indispensável às ações pertinentes.

Jurisprudência tranqüila do próprio Tribunal paulista torna consagrada a maioria que admite a concessão do alvará de separação de corpos, mesmo precedida da separação de fato.

“É sabido que a separação de corpos não tem só o efeito de dar liberdade aos cônjuges para instaurar o processo de desquite ou anulação de casamento. Objetiva, também, legalizar a separação, antes da decretação da dissolução da sociedade conjugal.”

“O alvará de separação de corpos, achando-se os cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo direito de família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges. Entretanto, tal medida não é indispensável para se intentar o desquite ou anulação do casamento” (AI-224.271 — 5º CC TJSP — em 20-9-73 — Des. Penido Burnier — in RT-460/145).

Entre outras inúmeras decisões podemos destacar: RT-541/97 — 525/66 — 515/83 — 499/101 — 454/112 — 432/126 — 421/165 — 185/846 — RJTJESP — 55/129 — 47/192 — 42/148 — 41/175.

Por outro lado, a separação de corpos quer dizer separação de fato, de leito, mesa e habitação, ruptura da convivência conjugal. Constitui uma violação dos deveres de ambos os cônjuges (CC, art. 231, nº II), dos deveres do marido (CC, art. 233, nº IV, e 234). A lei não permite interromper a sociedade conjugal senão por efeito de sentença, para evitar que o casamento e seus mais caros interesses sejam confiados aos caprichos e flutuações do humor dos cônjuges desavindos ou saturados daquela união. A obrigação da vida em comum imposta aos casados, antes de ser apanágio dos direitos individuais, é princípio de moralidade e de ordem pública.

Sustentamos um entendimento mais amplo e liberalizante para o deferimento do alvará de separação de corpos e, na hipótese de inexistir acordo entre eles, passando a solução ao prudente arbítrio do juiz, um mandado

de afastamento com a rigidez que o caso requer. Sempre que requerido por qualquer dos cônjuges com "a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão" (CPC, art. 801, nº IV) e a demonstração da "divergência e desamor" (RT-489/101) ou outras condições especiais de admissibilidade da ação, o juiz terá de concedê-la, sem procrastinação, mesmo diante da faculdade do art. 810 do CPC, face à imperatividade do art. 223 do CC. A única e exclusiva prova a examinar será a do casamento. É impertinente a discussão dos fatos que deverão ser apreciados e julgados na ação principal (*Jur. Mineira* 40/179), evitando-se a dualidade de procedimentos com o mesmo objetivo (RT-553/81).

Essa medida preparatória "é de ser antes concedida que negada" (RT-489/101 - *RJT/ESP*-13/177 - RT-432/126), nem "haverá de ser, necessariamente, uma antevisão perfeita ou fiel do que será a separação judicial", e seu indeferimento só se permite quando for omissa a inicial no tocante ao direito ameaçado e ao receio de lesão (RT-515/83).

Podemos resumir que a separação prévia de corpos se presta, atualmente, aos seguintes efeitos jurídicos:

a) resguardar o cônjuge dos possíveis exageros e desabaços, conforme as circunstâncias, do outro cônjuge;

b) proporcionar maior liberdade de ação aos separandos para a instauração do processo principal de separação judicial;

c) legalizar a separação de fato, se houver, antes de decretação da dissolução da sociedade conjugal;

d) autorizar a requerer alimentos provisionais, a dispor sobre a guarda dos filhos do casal, durante o processo, a receber numerário para custas e honorários advocatícios, indispensáveis ao processamento da causa principal;

e) antecipar o termo dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (LD, arts. 3º e 7º), impossibilitando o outro cônjuge de ingressar no domicílio e até no leito conjugal para, diante da recusa, caracterizar "o ato que importe em grave violação dos deveres do casamento", ou lhe possa ser imputada "conduta desonrosa", noutras hipóteses, invertendo a responsabilidade da separação judicial;

f) produzir seus jurídicos efeitos à data da sentença que a outorgou e não da execução da medida liminar, se houver, servindo o alvará para provar, cabalmente, o prazo inicial: 1) da ruptura da vida em comum (LD, art. 5º, § 1º); 2) da conversão em divórcio da separação judicial (art. 25); 3) do divórcio direto, especial ou extraordinário (art. 44);

g) prevenir sua legitimação ativa para a contestação da legitimidade do filho, havido pela mulher, após a separação (CC, art. 340, nº II);

h) propiciar, no prazo de trinta dias, o ingresso em Juízo da ação principal, embora inexista qualquer sanção para o seu descumprimento.

A edição no Brasil

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Professor-Adjunto do Departamento
de Direito Civil da Faculdade de Di-
reito da Universidade de São Paulo

SUMARIO

- 1) *Introdução*
- 2) *Institutos jurídicos através dos quais a obra intelectual escrita é comunicada ao público*
- 3) *Valor subsidiário das normas do contrato de edição*
- 4) *Direitos do Autor:*
 - A) *de natureza patrimonial e*
 - B) *de natureza moral*
- 5) *Direitos do Editor:*
 - A) *de natureza patrimonial e*
 - B) *de natureza moral*
- 6) *Perspectivas para um equilíbrio no relacionamento entre o autor e o editor. Os contratos-tipo, as negociações coletivas e as normas de ordem pública*

1) Introdução

O tema desta palestra insere-se no capítulo destinado aos EDITORES onde são abordados os assuntos: a importância dos editores na América Latina; a edição no Brasil; os editores-membros ou não

Palestra proferida no "Curso Especializado de Formação em Direito de Autor e Direitos Conexos", em Brasília, aos 23 de abril de 1985, organizado pela OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), SUISA (Sociedade Suíça do Direitos dos Autores de Obras Musicais), pelos Ministério das Relações Exteriores e Ministério da Cultura através do CNDA — Conselho Nacional de Direito Autoral.

das sociedades de direitos de autor e dos direitos conexos; e as experiências européias de cooperação com os editores.

A despeito do conceito amplo da palavra EDIÇÃO, circunscrevemo-nos à análise da obra gráfica dita literária ou escrita diferenciada da edição de partitura musical, da edição fonográfica, da edição de películas cinematográficas, da edição fotográfica, etc.

O desenvolvimento do tema se dará com a análise do sistema positivo e a indicação de complementações ou de inovações necessárias à atualização da legislação e para manter equilíbrio nas relações contratuais entre autor e editor.

2) **Institutos jurídicos através dos quais a obra intelectual escrita é comunicada ao público — diferença entre o direito de edição e o contrato de edição.**

São três os institutos jurídicos à disposição dos autores e editores: o contrato de edição, o contrato de licença e a cessão do direito patrimonial de autor. Existe a exceção da licença obrigatória ou legal.

O contrato de edição pressupõe a transferência do direito de utilização do direito patrimonial ao editor e tem como característica constante a **exclusividade** com que é investido o editor nesta utilização. O editor investe-se do "ius prohibitionis" pertencente ao autor.

O contrato de licença diferencia-se do contrato de edição pela ausência do caráter de exclusividade, o direito exclusivo é sempre do autor, autorizadas utilizações coexistentes da própria obra, mas limitadas no tempo e pelas finalidades do contrato.

O contrato de edição é regulado nos artigos 57 a 72 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, nenhuma referência existindo com relação ao contrato de licença que contudo se rege pelas normas aplicáveis ao contrato de edição naquilo que for com este compatível.

O contrato de cessão do direito patrimonial de autor consiste na transferência do direito patrimonial de autor ao editor, que, transformando-se em cessionário, impede que aquele possa se utilizar economicamente da obra.

A cessão não impede que o autor receba direitos autorais, mas não terá mais prerrogativas de disposição sobre a obra, que terá o cessionário como titular, tanto do direito de dispor da obra, como de utilizá-la com fins econômicos.

A cessão é regulada na Lei nº 5.988 nos artigos 52 a 56.

Há uma tendência que parece predominante entre os especialistas brasileiros a favor da supressão do instituto da **Cessão** e sua substituição pela **Concessão** nos termos da legislação autoral alemã, segundo

a qual o titular só pode autorizar a utilização da obra, sem se desfazer da titularidade desse direito. Tal posição de política legislativa protege o titular contra as cessões anti-econômicas, os negócios jurídicos aperfeiçoados antes de a obra adquirir sucesso, quando o titular estaria despojado de condições para apurar o verdadeiro preço de seu direito.

Precedentes contra a cessão de direito patrimonial de autor e direitos conexos encontramos na legislação que regula a profissão de artista e de técnico em espetáculos de diversões, artigo 13 da Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, e na que regula a profissão de radialista, artigo 17 da Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978.

É necessário também ressaltar a possibilidade de a obra vir a ser colocada à disposição do público, sem que se configure contratação entre autor e editor, na eventualidade da licença legal ou obrigatória, cujo regime está em plena evolução. A esse respeito as disposições da Convenção de Berna e da Convenção Universal de Direito de Autor com as disposições introduzidas pela Revisão de Paris, destinadas a permitir traduções quando se impuserem necessidades de ordem didática, científica, de pesquisa.

A Lei nº 5.988 atribui ao CNDA — Conselho Nacional de Direito Autoral competência para manifestar-se sobre os pedidos de licenças compulsórias previstas em Tratados e Convenções Internacionais (artigo 117, inciso VIII). Ao CNDA jamais foi submetido qualquer pedido.

Para terminar este tópico é conveniente distinguir o direito de edição do contrato de edição.

Com o negócio jurídico que autoriza terceiro a reproduzir a obra investe-se este do direito de edição cujo conteúdo limita o uso que o autor pode fazer de sua obra (contrato de edição) ou garante ao editor a prerrogativa de também reproduzir a obra (contrato de licença).

3) Valor subsidiário das normas do contrato de edição

As normas do contrato de edição aplicam-se a outros meios através dos quais os direitos de autor são objeto de comércio jurídico. Assim, as normas encontráveis no capítulo do contrato de edição na lei italiana são aplicáveis, também, a todos os contratos de cessão dos direitos de utilização econômica, por exemplo: conteúdo e duração do contrato; a respeito de direitos futuros eventualmente atribuídos por leis posteriores, exclusão dos direitos derivados de possíveis elaborações e transformações.

No direito brasileiro, também, as normas do contrato de edição são utilizadas em outros negócios jurídicos ou no chamado contrato de edição tendo como objeto outras obras protegidas pela Lei de Direito de Autor.

4) **Direitos do autor: De natureza patrimonial e de natureza moral**

A) **Direitos do autor de natureza patrimonial**

Tal enunciado se circunscreve à retribuição econômica do autor que pode ser examinada sob três aspectos:

- 1) modalidades de retribuição econômica;
- 2) prestação de contas;
- 3) pagamento dos direitos de autor.

Na análise das modalidades de retribuição econômica, deve ser esclarecido, quanto ao cálculo da remuneração, que o autor é remunerado quer através de uma quantia única, quer pelo pagamento de porcentagens. Esses dois modos de remuneração são, naturalmente, suscetíveis de modalidades. Convencionou-se, quase sempre, uma porcentagem sobre o preço de venda de cada exemplar a favor do autor, mediante acertos periódicos. Nada impede o pagamento antecipado do total dos direitos autorais, no sistema à *forfait*. Quanto a este sistema, é conveniente disposição legislativa autorizando que se circunscreva a uma edição ou a número limitado de tiragens a fim de se evitar que o autor se prejudique ao fixar a remuneração com antecedência antes do sucesso da obra. Este é um aspecto que merece melhor regulação legislativa entre nós.

Se, por acaso, o contrato de edição for omissivo quanto à remuneração a ser paga pelo editor, o art. 60 da Lei n.º 5.988 determina que esta será arbitrada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

Lacuna existente no direito brasileiro está na falta de regra determinando remuneração mínima nos termos do art. 1.355 do Código de Comércio da Colômbia ao dispor que o contrato de edição deve estipular a remuneração do autor que, contudo, não pode ser inferior a 10% do preço de venda ao público. Na falta de estipulação, esta porcentagem prevalecerá (*).

Sob o aspecto das modalidades da retribuição econômica são abordados os seguintes assuntos: porcentagem sobre o preço de venda, quantia previamente fixada e paga, o pagamento de direito de autor como elemento essencial do contrato, desconto do preço da encader-

(*) O artigo 106 da Lei de Direito de Autor da Colômbia, de nº 23, de 28 de janeiro de 1982, não manteve o critério de ordem pública, não estipulou remuneração mínima, mas, no silêncio do contrato, a lei presume a estipulação de 20% (vinte por cento).

nação, ação de revisão do valor pago a título de direito de autor, sobre quais exemplares incide a remuneração do autor quando fixada com base em porcentagem sobre cada exemplar vendido; modificações no cálculo da remuneração do autor, melhoria da porcentagem do autor e adiantamento de pagamentos de direito de autor.

Destes itens devemos destacar um pela sua importância e pelos efeitos: ação de revisão do valor pago a título de direito de autor. É matéria ausente da legislação brasileira e não pode ser esquecida na sua atualização. Será uma maneira de reequilibrar a posição do titular do direito em relação ao editor.

Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão.

É lamentável que o direito positivo brasileiro não adote a teoria da onerosidade excessiva com o objetivo de repor as partes contratantes em equilíbrio.

Verificamos a importância da matéria para com o contrato de edição de acordo com o seu tratamento na lei francesa e a aplicação do instituto na Itália.

A situação, no Brasil, modificar-se-á uma vez aprovado o capítulo da onerosidade excessiva como está desenvolvido no Projeto de Código Civil.

O autor, muitas vezes, assina um contrato de edição com uma retribuição econômica irrisória. No futuro, quando forem efetuadas novas edições, se o contrato assim o estipular, a obra for aceita com sucesso pelo público, o autor arrepender-se-á do **quantum** pactuado.

Dai ser necessário estipular uma norma de ordem pública determinando, por exemplo, uma porcentagem mínima a ser paga ao autor nos moldes do artigo 1.355 do Código de Comércio da Colômbia, norma cogente, que estipula uma porcentagem mínima de dez por cento sobre o preço de venda ao público e, se o contrato previr duas ou mais edições, então a porcentagem mínima será de 15%.

Subsídios podem ser obtidos na legislação francesa e italiana.

Na França a matriz é o artigo 37 da Lei de 1957 que sanciona um direito à revisão das condições do contrato quando a retribuição é feita no sistema de porcentagem e o autor sofre uma lesão de 7/12, em decorrência de uma previsão insuficiente dos benefícios da obra. O pedido de revisão só poderá ser formulado nos casos de obra cedida por meio de uma remuneração efetuada de uma única vez. A lesão será apreciada em consideração à exploração pelo cessionário do conjunto das obras do autor que se pretende lesado.

O artigo 37 da Lei de 1957 desejou outorgar aos juizes a possibilidade, em caso de lesão de mais de 7/12, de rever as condições dos

contratos. Encontra-se, numa certa medida, nesse assunto, o poder disciplinar dos tribunais sobre certas profissões.

O defeito da lei francesa é permitir a revisão levando-se em conta o conjunto da obra do autor e não quando tiver publicado apenas uma obra.

No direito italiano também se pode cogitar de uma ação de revisão da retribuição devida ao autor pela utilização econômica de sua obra intelectual, como se depara no artigo 124 da Lei nº 633 combinado com o artigo 1.467 do Código Civil italiano. A ação de revisão só é possível no caso de cessão através de remuneração **forfaitaire**.

Importante a regulação dos seguintes aspectos:

Prestação de contas (a obrigação de prestar contas e o equilíbrio na prestação de contas)

Pagamento dos direitos de autor (época do pagamento, as garantias fornecidas ao autor com relação ao pagamento do preço, o pagamento dos direitos de autor mesmo na eventualidade de não publicação por inadimplemento por parte do editor e sanção pelo não pagamento dos direitos de autor).

Para se aumentar a proteção necessária ao autor da obra intelectual ainda se impõem, numa reforma legislativa, as seguintes disposições legais:

a) regra prevendo prazo máximo de autorização para a reprodução das obras intelectuais nos contratos de edição e licença;

b) modificação a ser introduzida no artigo 64 da Lei nº 5.988 explicitando tratar-se de norma cogente a que determina a numeração dos exemplares da obra reproduzida;

c) inserir na legislação norma instituindo critério para se considerar a edição ou tiragem como esgotada;

d) inserir na legislação norma regulando o modo de se liquidar o resíduo da tiragem ou edição.

Quanto ao item c, sugestão adequada é disposição legal nos moldes do art. 1.358, alínea 2ª do Código de Comércio da Colômbia: quando o número disponível de exemplares para a venda for inferior a dez por cento do total dos exemplares impressos na respectiva edição ou quando se configurar escassez da obra por retenção injustificada da mesma em poder do editor ou dos distribuidores.

Quanto ao item d, pelo artigo 69 da Lei nº 5.988, "enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra". Numa reforma legislativa é conveniente permitir duas orientações: a faculdade do autor ou do novo editor de

adquirir os exemplares configuradores do resíduo da tiragem ou autorizar o autor a negociar nova edição com outro editor permitindo-se ao editor anterior continuar comercializando o resíduo. Como modelo são indicados os artigos 120 e 135 da Lei de Direitos de Autor da Colômbia, Lei nº 23, de 28 de janeiro de 1982.

Tal regulação é necessária em face do argumento de que o autor não recupera sua liberdade de ação até o momento em que o último exemplar tenha sido alienado.

Em sendo dada a opção de compra, é necessário criar um mecanismo obrigando o editor a fornecer o número de exemplares em estoque para se evitar recusa no fornecimento por parte do editor com o objetivo de se beneficiar economicamente com o impasse criado.

B) Direitos de autor de natureza moral

Muitas são as prerrogativas previstas no artigo 25 e que se encontram presentes quando o titular autoriza terceiro a publicar a obra. Entre elas: quanto ao direito de divulgação, ao direito de respeito à obra, ao direito à paternidade, quanto às relações entre o autor da obra anônima ou pseudônima e seu editor, mas, principalmente quanto ao direito de arrependimento.

Entendemos como prerrogativa de direito moral do autor a de ter preferência para aquisição dos exemplares invendáveis.

É outra lacuna existente no direito brasileiro que poderia ser sanada com o modelo constante do artigo 56 da Lei francesa de 1957 e artigos 133 e 134, nº 5 da Lei italiana de 1941: ambas traçam regra para a venda abaixo do preço, com outorga de preferência na compra pelo autor e possibilidade de destruição dos exemplares. O editor só poderia vender os exemplares a preço abaixo do custo quando o autor tiver rejeitado a proposta do editor para adquiri-los pelo novo preço reduzido.

O artigo 103 da Lei peruana dá um parâmetro para tal exercício: reconhece que tanto o autor como o editor têm o direito de rescindir o contrato, se após três anos de publicada a edição não se tiverem vendido mais de dez por cento dos exemplares.

Quanto ao direito de arrependimento, não é regulado na nossa lei, mas apenas indicado no artigo 25, inciso VI e parágrafo 3º

Tal direito moral de autor pode ser exercitado, inclusive quando a obra for cedida e consiste na prerrogativa de retirá-la de circulação ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada.

Para tanto deverá o autor indenizar o editor.

A álea dos cálculos seria evitada se os contratantes inserissem, em previsão do arrependimento, cláusula penal não pura com a pré-avaliação das perdas e danos.

Urge regular tal instituto no direito de autor pátrio e como modelo podem ser utilizados os artigos 142 e 143 da Lei italiana de 1941 e 32 da Lei francesa.

Para se evitar abusos por parte do autor que, invocando o direito ao arrependimento, negocie a reprodução da obra com outro editor, impõe-se regra similar ao § 2º do artigo 32 da Lei francesa que investe o co-contratante, que sofreu a incidência do arrependimento, num direito de prioridade em virtude do qual ele poderá encarregar-se da publicação nas mesmas condições pactuadas para publicação abortada.

O direito de arrependimento pode ser exercitado tanto quando dos preparativos de uma edição, como quando os volumes já foram colocados à disposição do público, sem, todavia, poder forçar a entrada na residência dos compradores de exemplares ou revistar as bibliotecas para retirar os livros.

É possível a configuração do direito de arrependimento nas obras em colaboração, pois a faculdade unilateral de arrependimento prevalece sobre a *affectio societatis* e o espírito de equipe que preside toda tarefa levada a efeito em comum.

5) Direitos do editor de natureza patrimonial e de natureza moral

A) Direitos do editor de natureza patrimonial

A matéria pode ser desenvolvida sob três aspectos:

1) o pacto de preferência a favor do editor com relação às obras futuras do autor;

2) a Convenção de Viena de 12 de junho de 1973 e a proteção dos caracteres tipográficos e seu depósito internacional quanto à duração da proteção;

3) direito de tradução.

Quanto ao item 2, a regulamentação da tutela aos caracteres tipográficos tornou-se uma exigência inadiável, porque aumentou o número de plágios de criações tipográficas em decorrência da utilização de algumas invenções sensacionais no domínio da técnica, e mais, particularmente, da reprodução fotográfica dos sinais tipográficos.

Poderia ser impresso um livro com o seguinte comportamento da editora: reproduzir, fotograficamente, as páginas de um exemplar publicado por uma outra editora, no próprio país, ou no exterior, e com base nas cópias assim obtidas reimprimir o livro? No plano de direito de autor, não se hesitaria em responder pela negativa.

Quanto ao pacto de preferência a favor do editor, falta inserir no direito brasileiro de autor um conjunto de normas que regule este instituto. A experiência da excelente disciplina do direito francês, a respeito, não deixou de criar impasses, razão pela qual, com base no ponto de maturidade atingido no direito francês, será possível regular adequadamente o assunto, entre nós, evitando os pontos críticos surgidos com a prática.

O editor pode pactuar com o autor a inserção de cláusula no contrato de edição segundo a qual terá preferência na edição de obras futuras do autor.

O direito brasileiro, pelo artigo 54 da Lei nº 5.988, cuida em limitar o prazo, dentro do qual valem as cessões de obras futuras, a cinco anos, mas é lamentável que o dispositivo não obste a cessão de mais de cinco obras.

Importante a regra do artigo 34, alíneas 3ª e 4ª da Lei francesa, estatuidando que o editor deve utilizar a preferência dentro do prazo legal, permitindo, alínea 4ª, que o autor possa rescindir o pacto de preferência quando o editor tiver recusado, sucessivamente, duas obras.

B) Direitos do editor de natureza moral

Deve-se a ADRIANO DE CUPIS o desenvolvimento dos direitos do editor sob o aspecto de direito moral, alinhavando-se entre outros:

- 1) o direito à paternidade do editor;
- 2) o direito moral do editor originário e derivado; e
- 3) o direito do editor protegido contra a concorrência ilícita.

Quanto ao primeiro item, o editor tem o direito de fazer-se reconhecer por todos pelo que é, ou seja, editor, empreendedor da publicação e utilização da obra. A sua qualidade de editor não pode ser desconhecida por ninguém. Ele tem direito à sua verdade pessoal, ao lado de qualquer outro, a par com o autor.

O direito à paternidade intelectual, no qual encontramos o direito moral do autor, não é senão um aspecto do direito, mais geral, à paternidade dos próprios atos, ao reconhecimento e respeito externo de tal paternidade, ao não-comprometimento da própria verdade pessoal.

Ao autor pertence a paternidade da obra intelectual e ao editor a paternidade do livro que é, simplesmente, o meio de difusão da obra intelectual.

O editor é, sempre, protegido contra o desconhecimento da sua qualidade de editor da obra, por exemplo, contra a compilação de um catálogo livreiro compreendendo algumas obras por ele editadas, sem a indicação ou com alteração do seu nome.

Quanto ao **segundo item**, em alguma hipótese excepcional, o editor adquire, originariamente, a qualidade de autor, com base em um seu pessoal fato criativo, mas, ao invés, em regra, adquire derivativamente dita qualidade.

Quando a obra cai em domínio público, o direito do editor é originário e não deriva daquele que se extinguiu do autor ou, então, dos seus sucessores.

Quanto ao **terceiro item**, direito do editor protegido contra a concorrência ilícita, ocorre quando a forma ideada pelo editor é utilizada por um concorrente, desrespeita-se a proteção do direito à paternidade sobre a forma do livro.

Com isso a tutela do interesse do editor apresenta-se, em relação ao comportamento de terceiro que publica, sob a própria sigla editorial, uma ou mais obras com iguais características, quanto aos caracteres tipográficos, frontispício, papel, formato do livro, paginação e encadernação.

Se outro editor concorrente reproduz ou imita tal forma exterior do livro, mesmo que não crie confusão entre as obras, entre os respectivos autores, pode, todavia, criar confusão, no público adquirente, a respeito das atividades editoriais, sobre a procedência das obras, etc.

6) **Perspectivas para um equilíbrio no relacionamento entre o autor e o editor: as normas de ordem pública, os contratos-tipo e as negociações coletivas**

Foram alinhavadas propostas de reformulação legislativa para fortalecer os direitos do autor, evitar os conflitos configuráveis entre autor e editor, pois o equilíbrio entre o autor e o editor depende da adequada regulamentação legislativa da matéria, com o que se procura neutralizar a normal superioridade exercida pelo editor.

Dá a necessidade de o contrato de edição ser regulado com normas inderrogáveis, com o que se protegerá a parte economicamente mais fraca. Essas normas cogentes em matéria de contrato de edição justificam-se pelo interesse público. A lição de VAUNOIS é adequada: "la loi doit être impérative, autrement, elle est superflue".

O recurso para manter o equilíbrio nas relações contratuais entre o autor e o editor tem sido a utilização de contratos-tipo, quer a nível de esforço nacional, quer a nível internacional, impondo-se a necessidade de um trabalho de dimensões ilimitadas a favor da aceitação de contratos-tipo.

Os contratos-tipo a nível nacional devem ser o resultado de negociações coletivas com os interessados lutando pela consolidação de seus direitos.

O aprimoramento da proteção aos direitos de autor na reprografia e a necessidade de retorno do domínio público remunerado

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela USP. Professor Livre Docente na Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

- 1) *Inserção da temática*
- 2) *Os direitos autorais e sua significação*
- 3) *Limitações a esses direitos: a questão do domínio público*
- 4) *A autorização autoral para a utilização econômica da obra*
- 5) *A reprodução indiscriminada de obras na reprografia e suas conseqüências*
- 6) *A cobrança de remuneração autoral na queda da obra em domínio público e suas conseqüências*
- 7) *Sanções aos infratores por utilizações indevidas*
- 8) *O domínio público remunerado entre nós e sua revogação*
- 9) *A inexistência de sistema de controle para a reprografia: o denominado "Projeto Bittar"*
- 10) *A necessidade de providências para os problemas expostos*
- 11) *Sugestões que oferecemos*

1. De há muito se reclama a necessidade de aperfeiçoamento da proteção conferida aos autores de obras intelectuais, em diferentes relações decorrentes da comunicação pública de suas criações, em razão da crescente evolução tecnológica, que, cada vez mais, alarga o já amplo espectro de utilizações possíveis.

De outra parte, cogita-se, nesse campo, de medidas tendentes a colaborar para a estimulação da produção de novas obras de

Trabalho apresentado no Seminário "O Estado e a Cultura", promovido pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e outras entidades — março de 1985.

engenho, para efeito de promover-se o próprio desenvolvimento da cultura do país, em que avulta a instituição de mecanismos de arrecadação de direitos compatíveis.

Nesse contexto, vêm à baila os problemas da "reprografia" (reprodução mecânica de obras intelectuais, pelos diferentes mecanismos existentes) e do "domínio público remunerado" (cobrança de determinado valor para efeito de autorização de edição de obra caída no domínio comum), de que nos ocuparemos no presente trabalho.

Para tanto, traçaremos, previamente, noções básicas sobre o direito de autor, necessárias para a compreensão da temática em debate; evidenciaremos as questões suscitadas nos campos acima especificados e, finalmente, ofereceremos as sugestões que nos parecem pertinentes para o respectivo equacionamento, à luz da experiência haurida no trato diuturno da matéria.

2. Assim, de início, temos que por "direitos de autor" se entendem certas prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, reconhecidas universalmente aos criadores de obras estéticas de cunho literário, artístico e científico, por meio das quais se realiza, no âmbito jurídico, a proteção do criador (e de outros titulares de direitos), quanto aos vínculos pessoais que o ligam à obra e quanto aos efeitos econômicos derivados de sua comunicação ao público.

Garantidos em convenções internacionais e em leis internas de todos os países, têm esses direitos, entre nós, base constitucional (art. 153, § 25) e extensa legislação ordinária e regulamentar, centrada, principalmente, na Lei nº 5.988/73, alcançando, em seu manto protetor, os autores (e seus sucessores ou cessionários de direitos), bem como aqueles que, contemplados em leis expressas e em textos próprios do diploma citado, contribuem para a realização prática da obra (artistas, intérpretes e executantes) ou para a sua difusão (empresas de produção de fonogramas, organismos de radiodifusão, incluindo-se televisão e cinema). Daí por que se diz que a expressão "direitos autorais" compreende "direitos de autor" e "direitos conexos".

Consistem esses direitos em uma exclusividade, que se confere ao titular, para a exploração econômica da obra, pelo prazo definido na lei (sob o aspecto patrimonial) e em um complexo de liames de caráter pessoal que unem o criador à obra, na defesa de seu nome e da integridade de sua criação (sob o aspecto moral).

3. Sofrem esses direitos, no entanto, face ao interesse da coletividade (exatamente de fruir a obra criada e posta em circulação), algumas limitações, expressamente previstas na legislação citada, seja quanto à fixação de prazo para a exclusividade (limitação institucional), seja quanto a hipóteses de livre utilização da obra (limitações legais), ditadas para a consecução de um equilíbrio entre os interesses da sociedade (em conhecer e aproveitar a obra comunicada) e os do titular de direitos (em preservar os liames pessoais com a obra e em auferir os proventos econômicos oriundos de sua utilização pública).

Frente a esse compromisso, esgotados os prazos de proteção, a obra cai no domínio público, podendo, então, ser utilizada por qualquer interessado, livremente, mas sob o aspecto econômico, eis que os direitos chamados "morais" são perpétuos e inatingíveis.

4. Mas, dentro dos prazos referidos e como decorrência da exclusividade reconhecida ao titular, o princípio fundamental, no plano da utilização da obra por terceiro, é o da necessidade de autorização autoral para qualquer forma de comunicação ao público, como meio de assegurar-se ao criador o controle de suas prerrogativas morais e a participação no resultado da exploração econômica de sua criação.

Com isso, fica o autor com o direito de escolher os modos de comunicação e o respectivo alcance, acompanhando toda a trajetória de sua obra junto ao público e recebendo também a remuneração ajustada para cada processo autônomo e distinto de utilização.

Dada por si, ou por meio de associação a que pertença o autor, essa autorização é o ponto de partida natural e legal para a comunicação pública da obra por terceiro e, levando-se em

conta que esta se constitui na via normal de acesso ao mercado, pode-se aquilatar de sua extraordinária importância na prática, a fim de assegurar-se, de modo efetivo, ao criador, os direitos em tela.

5. Todavia, a contínua introdução de aparelhos e de máquinas de representação e de reprodução de obras intelectuais tem modificado, sensivelmente, o panorama fático de circulação da obra, surgindo, com frequência perturbadora, utilizações não autorizadas de criações intelectuais — e, muitas vezes, sequer conhecidas do autor — com prejuízos infinitos para o criador, para o empresário autorizado a divulgá-la, e para os cofres públicos, em evasão de receitas que tem preocupado a todos aqueles que se interessam pela matéria.

É a denominada “reprografia indiscriminada” de obras, que tem prejudicado todos os diferentes segmentos da arte e da literatura e da ciência, desde o criador intelectual ao organismo arrecadador de tributos, com a defasagem de entradas que da utilização regular defluem para o autor e para aqueles que integram o círculo normal de comunicação pública da obra.

6. De outro lado, caída em domínio público a obra, abre-se, para qualquer interessado, a possibilidade de livre utilização; mas, em diversos países, para efeito de preservar-se o controle quanto aos aspectos morais da obra e, de outra parte, obter-se numerário para programas de ordem cultural e de estímulo à arte e à literatura, tem-se instituído sistema de cobrança de um percentual sobre o valor respectivo, arrecadado pelos organismos próprios, definidos na legislação.

É o chamado “domínio público remunerado”, cujas verbas têm servido para a difusão da cultura.

Com isso, o órgão específico exerce vigilância sobre os aspectos morais da obra, conferindo a prévia autorização, ou não, bem como endereça o produto da arrecadação correspondente, para os fins previstos na lei de regência, a projetos de estimulação de criações estéticas, ou de sua difusão, contribuindo para o desenvolvimento cultural do País.

A remuneração autoral, no caso, realiza objetivos consentâneos com as próprias finalidades do direito de autor.

7. Frente ao exposto, utilizações da obra efetivadas sem a referida autorização ferem a legislação protetiva, configurando-se ilícitos civis, ou penais, conforme a respectiva nuance e gerando, para o violador, sanções específicas, definidas, em cada caso, pelo legislador.

Vale dizer: ninguém pode, sem que esteja autorizado pelo titular (ou quem de direito), utilizar-se economicamente de obra intelectual, sob pena de sujeitar-se aos efeitos correspondentes, isso porque um tal posicionamento viola a exclusividade deferida ao criador, retirando-lhe a possibilidade de participar, na defesa dos direitos já mencionados, em sua comunicação ao público.

8. Outrossim, voltando à cobrança de direitos para obras caídas no domínio público, a Lei nº 5.988/73 foi expressa, determinando, em seu art. 93, os respectivos contornos, com a fixação de percentual sobre o preço e a prévia submissão ao Conselho Nacional de Direito Autoral, para aprovação e recebimento da remuneração autoral, que, depois, era destinada ao Fundo de Direito Autoral (art. 120), na consecução dos respectivos objetivos, nela expressamente designados (art. 119) e sempre sob as premissas retromencionadas.

Essa regra — que teve contra si a intransigente oposição de editoras literárias, sob diferentes argumentações, mas que, no fundo, se reduziam à questão do valor cobrado — foi, no entanto, depois de atribulada vigência, revogada pela Lei nº 7.123, de 12-9-83, que, como consequência, restaurou o regime de livre utilização quando no domínio público a obra.

9. Em contraponto, quanto a obras protegidas, ainda não se chegou, inobstante seguidos e fundamentados apelos, a uma disciplinação para a reprografia, aumentando-se, ao revés, à medida que o tempo se escoava e os aparatos reprodutores se multiplicavam, a enorme evasão de receitas no setor, que tem desestimulado

a criação e, mesmo, a edição de obras intelectuais, com prejuízos para o próprio desenvolvimento cultural do país.

Soluções existem para a regulamentação da reprografia — e algumas já postas em prática, em outras nações — podendo-se apontar, como principais, as da cobrança de direitos por cópia extraída — para a qual apresentamos um sistema, aprovado em 1977, na I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor — e da cobrança de um *plus* sobre o preço de venda do suporte (papel, fita, disco etc.).

No primeiro regime, mecanismo de cobrança seria instituído desde a extração da cópia, recolhendo-se o produto a entidade determinada, para distribuição aos titulares. No segundo, proposto para fitas cassetes, seria cobrado um adicional sobre o preço do produto, arrebanhando-se o valor arrecadado para um fundo específico.

A par disso, medidas práticas têm sido engendradas para obviar-se os efeitos da reprografia indiscriminada — mas cuja aplicação nem sempre tem sido efetivada — como a de papel imune a cópia (fabricado nos EUA, desde 1974, patenteado pela empresa “Xerox”); a de papel comum, com pulverizador que evita a cópia; a de utilização de tinta azul clara, que evita a cópiagem (possível com a máquina “xerox 9700”, que estará no Brasil neste ano, podendo, inclusive, numerar cópias extraídas); a de utilização de linha diagonal na própria máquina (sistema usado na França).

Entre nós, por proposta que oferecemos, o denominado “Projeto Bittar” — instituição do regime de extração de cópia com pagamento de direitos, com o aproveitamento do mecanismo já utilizado pelo COMUT (cobrança por selo) — encontra-se em estudos por Comissão integrada por membros do CNDA e do citado programa.

Consiste essa proposta em cobrar-se direitos por cópia extraída, adicionando-se ao valor dos selos um *plus*, como “direitos autorais” e recolhendo-se o produto ao CNDA, para distribuição aos titulares.

10. Assim sendo, e tendo em vista o pleno convencimento de que se coadunam aos objetivos maiores do direito de autor, temos que, com respeito aos dois problemas versados:

a) é necessária a imediata tomada de providências regulamentares para o controle da reprografia;

b) deve ser restabelecido o regime de “domínio público remunerado”.

11. Para tanto, sugerimos:

a) a implantação do sistema de cobrança por cópias, para a regulamentação da reprografia, aproveitando-se os elementos existentes do regime de comutação bibliográfica (em anexo, a nossa proposta na íntegra);

b) o restabelecimento da remuneração autoral para a obra caída no domínio público, pela simples revigoração dos artigos 93 e 120, inciso I, da Lei nº 5.988/73, por nova lei.

Com isso, estaremos contribuindo para o aprimoramento da legislação sobre direitos autorais entre nós e para o próprio desenvolvimento de nossa cultura, como base para o progresso geral da nação.

12. Oferecemos, a seguir, para análise e apreciação dos interessados, anteprojeto de regulamentação da reprografia, que se poderia efetivar por meio do CNDA, dando-se prazo para a necessária adaptação, em caso de aprovação, às diferentes entidades que atuam no setor. Trata-se, aliás, de mero esforço de ordenação da matéria que, com as contribuições dos interessados, poderá servir de base à finalidade proposta.

Anteprojeto de regulamentação da reprografia

Art. 1º — Depende de autorização expressa do autor, ou de quem o represente, qualquer reprodução, ou representação, de obra intelectual, ou de respectiva cópia, impressa ou gravada.

Art. 2º — Não sendo possível obter-se a referida autorização fica facultada ao interessado a extração de uma só cópia da obra, para uso pessoal, desde que inexista fim econômico em sua utilização.

Parágrafo único — Considera-se de fim econômico a extração de cópia realizada por meio de máquina ou de aparelho de terceiro, mediante cobrança de preço por unidade, ou por qualquer outra forma de remuneração, bem como a extração múltipla de cópias da mesma obra, qualquer que seja a posterior utilização.

Art. 3º — Na extração de cópia de obra intelectual por terceiro, empresa ou instituição prestadora de serviços, deve, no ato, ser preenchido formulário próprio, contendo nome do autor; da obra; do editor, quando for o caso; e do número de exemplares, ou de folhas copiadas, cobrando-se ao usuário o valor equivalente a 10% do preço do serviço, a título de remuneração autoral.

Art. 4º — O produto total arrecadado deverá, junto com a documentação correspondente, ser recolhido, mensalmente, às agências, em favor do CNDA, conta, que as repassará aos respectivos titulares, por meio de crédito em conta.

Parágrafo único — Sendo desconhecido o autor, ou do domínio público a obra, as quantias respectivas serão recolhidas ao F.D.A., para aplicação em programas de estímulo à cultura.

Art. 5º — Ficam excluídas da incidência as cópias extraídas em universidades e em bibliotecas públicas, desde que se destinem a estudo e a pesquisa e não haja cobrança de qualquer remuneração pela extração, mesmo a título de custo.

Art. 6º — As infrações serão punidas com multas, que corresponderão a ORTN por folha ou cópia extraída, aplicáveis ao usuário e à entidade extratora pelo CNDA, através de seu sistema de fiscalização, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 7º — A presente resolução entra em vigor em dias da data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 87.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição — 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 — Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

"CÓDIGO DE MENORES" (2ª edição - 1984)

Lei nº 6.967/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

"SEGURANÇA NACIONAL" (2ª edição - 1982)

- Lei nº 6.620/78 - texto, índices sistemático e temático
- Textos constitucionais e legislação ordinária
- A lei de 1978 comparada à legislação anterior
- Anotações (opiniões e legislação correlata)
- Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

"SEGURANÇA NACIONAL" (edição - 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 - texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"

(edição 1984) 4 volumes

Constituição da República Federativa do Brasil - texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

"PROCESSO LEGISLATIVO" (4ª ed. atualizada e ampliada - 1985)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos.

Resoluções.

- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar de Inquérito.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.
- Impedimento de parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).
- Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985)

3 volumes

Leis Complementares nºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-1984 — Texto anotado e indexado

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU)

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato de bolso) (10ª edição — 1986)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 27/85.

Índice temático.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

Quadro Comparativo

(5ª edição – 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado – Emendas 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL”

(edição 1986) 2 volumes

1º volume – Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado – Emendas 1/69 a 27/85).

2º volume – Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da *Revista de Informação Legislativa*.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 89 (janeiro/março de 1986) a 92 (outubro/dezembro de 1986).

Preço: Cr\$ 160,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria Geral da República
Consultoria Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito