

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



**SENADO FEDERAL**  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS  
(ANTIGA DIRETORIA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA)

JANEIRO A MARÇO 1973 - ANO X - NUMERO **37**

# EXEMPLO SUMÁRIO

## COLABORAÇÃO

"Filosofia do Direito e colonialismo cultural" — (Senador <i>Franco Montoro</i> ) .....	3
"O Federalismo e a revisão da forma de Estado" — (Professor <i>Paulo Bonavides</i> ) .....	21
"Notas à margem do Anteprojeto do Código Civil Brasileiro" — (Professor <i>Rubem Nogueira</i> ) .....	43
"Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da Assembléia-Geral" — (Professor <i>Arnoldo Wald</i> ) .....	49
"Origem, importância e competência do Tribunal de Contas" — (Professor <i>Jarbas Maranhão</i> ) .....	59
"As sociedades <i>holdings</i> ; os <i>trusts</i> e os conglomerados face à lei de represão ao abuso do poder econômico" — (Professor <i>Otto Güll</i> ) .....	65
"Aspectos do mercado de capitais brasileiro" — (Professor <i>Márcio Antônio Inacarato</i> ) .....	75
"Bases da preparação do pessoal penitenciário" — (Professora <i>Armida Bergamini Miotto</i> ) .....	89
"Estado estrangeiro e contrato de trabalho" — (Professor <i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i> ) .....	101
"Funcionário público — Aposentadoria — Direito adquirido" — (Professor <i>Carlos Mário da Silva Veloso</i> ) .....	109
"A situação jurídica do notariado brasileiro" — (Professor <i>A. B. Cotrim Neto</i> ) .....	117
"Pedro Lessa e o Supremo Tribunal" — (Professor <i>Roberto Rosas</i> ) .....	133
"A comunicação de massa e o direito à informação" — (Professor <i>R. A. Amaral Vieira</i> ) .....	159
"Legítima defesa da pátria" — (Professor <i>Délio Magalhães</i> ) .....	167

## PESQUISA

"Explosão demográfica: controle da natalidade e planejamento familiar" — ( <i>Ana Valderez A. N. de Alencar</i> ) .....	175
---	-----

## DOCUMENTAÇÃO

"Salário" — ( <i>Caio Torres</i> ) .....	237
--	-----

## PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	267
---	-----

EDITADA PELO

SENADO FEDERAL

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

(antiga Diretoria de Informação Legislativa)

FUNDADORES:

SENADOR AURO MOURA ANDRADE  
Presidente do Senado Federal  
(1961-1967)

E

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

DIREÇÃO

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

CHEFE DE REDAÇÃO

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Composta e impressa no  
Centro Gráfico do Senado Federal  
Brasília — DF

## SENADO FEDERAL

### MESA

#### Presidente:

Filinto Müller (ARENA — MT)

#### 1.º-Vice-Presidente:

Paulo Tórres (ARENA — RJ)

#### 2.º-Vice-Presidente:

Adalberto Sena (MDB-AC)

#### 1.º-Secretário:

Ruy Santos (ARENA — BA)

#### 2.º-Secretário:

Augusto Franco (ARENA — SE)

#### 3.º-Secretário:

Milton Cabral (ARENA — PB)

#### 4.º-Secretário:

Benedito Ferreira (ARENA — GO)

#### 1.º-Suplente:

Geraldo Mesquita (ARENA — AC)

#### 2.º-Suplente:

José Augusto (ARENA — MG)

#### 3.º-Suplente:

Antônio Fernandes (ARENA — BA)

#### 4.º-Suplente:

Ruy Carneiro (MDB — PB)

**PAPEL  
DA FILOSOFIA  
NA LUTA PELO  
DESENVOLVIMENTO**

Como reflexão em profundidade sobre os problemas do homem e sua circunstância, a Filosofia tem um papel a desempenhar na atual luta pelo desenvolvimento, que é a questão fundamental em que se empenham hoje os homens e as nações.

No desempenho desse papel, cabe à reflexão filosófica, entre outras tarefas:

- 1) o estudo dos pressupostos filosóficos do desenvolvimento;
- 2) a conceituação do processo de desenvolvimento, em seu sentido mais amplo;
- 3) a caracterização e análise de aspectos fundamentais do desenvolvimento e do subdesenvolvimento, nos diferentes campos da cultura.

**DESENVOLVIMENTO  
NAO É RECEPÇÃO  
PASSIVA  
DE BENEFÍCIOS**

Tivemos oportunidade de analisar essas tarefas em estudo dedicado ao "Papel da Filosofia na luta pelo desenvolvimento" (1). Vimos, nesse trabalho, que, ampliando o conceito econômico e sociológico de desenvolvimento, uma filosofia humanista o conceitua como a passagem de níveis menos humanos para níveis mais humanos de vida, abrangendo o "homem todo" e "todos os homens". Dentro desse conceito destaca-se a exigência de "participação ativa" de cada povo no processo de seu desenvolvimento, em oposição à mera recepção passiva de benefícios. Não se descobriu até hoje qualquer processo de vasos comunicantes, que permita a uma nação desenvolver outra.



**DEPENDE  
DA CAPACIDADE  
DE TOMAR  
DECISÕES  
PRÓPRIAS**

Podemos, por isso, dizer que o desenvolvimento de uma nação depende de sua capacidade para tomar decisões que sua situação requer, o que exige a superação da condição de dependência ou subordinação de tipo colonial, notadamente no campo da cultura intelectual e técnica. O desenvolvimento depende, fundamentalmente, da capacidade ou competência do país para desenvolver-se.

**E DA SUPERAÇÃO  
DO COLONIALISMO  
CULTURAL**

Nesse sentido, as manifestações de "colonialismo ou dependência cultural", de que são exemplos os transplantes inadequados de doutrinas, instituições e técnicas estrangeiras, representam aspectos negativos e impeditivos de um autêntico desenvolvimento.

**IMPORTANTE  
REFLETIR  
SOBRE CULTURA  
E DEPENDÊNCIA**

Recomenda-se, por isso, vincular o estudo de Filosofia a pesquisas e reflexões sobre aspectos fundamentais de nosso desenvolvimento ou subdesenvolvimento no plano cultural. Com essa tomada de consciência, a Filosofia poderá desempenhar importantíssimo papel na superação do colonialismo cultural e conseqüente libertação intelectual do País.

Dentro dessa perspectiva e com o objetivo de incentivar uma reflexão crítica sobre o Direito brasileiro, no tocante à sua correspondência a nossos problemas e necessidades reais, promovemos, entre nossos alunos de Filosofia do Direito, uma pesquisa sobre casos de transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade nacional.

**ASPECTOS DESSA  
DEPENDÊNCIA  
NO CAMPO  
DO DIREITO**

É nosso pensamento publicar, futuramente, os resultados completos dessa pesquisa, reveladores de que, sob muitos aspectos, nossa vida jurídica não fugiu à regra do colonialismo cultural. Mas podemos antecipar alguns aspectos do problema, percorrendo diferentes setores de nosso Direito público e privado. É inegável que a marcha de nossa legislação acompanha, em suas linhas gerais, a evolução do Direito estrangeiro. Nesse processo, muitas vezes, introduzimos em nossas leis institutos que não correspondem à nossa realidade e a nossos verdadeiros interesses. Como diz ODILON DA COSTA MANSO: "Esse equívoco de acertarmos os ponteiros do nosso relógio político aos mostradores de Londres, Paris ou Washington, sem atentar para a grande diferença de horário dos respectivos meridianos sociais, tem-nos conduzido a graves crises, abalos e retrocessos (...). Esta ânsia de copiar o que é alheio, levando-nos à instabilidade, à ilusão, ao artificialismo, tem sido severamente criticada pelos nossos sociólogos." (2)

Esse fato é denunciado também por SILVIO ROMERO, ALBERTO TORRES, OLIVEIRA VIANA, PONTES DE MIRANDA, PLÍNIO BARRETO, GILBERTO AMADO, JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES e muitos outros<sup>(3)</sup>, e pode ser localizado em diversos setores de nossa vida jurídica.

#### CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Brasileira de 1824 é um primeiro exemplo. Elaborada por um Conselho de Estado composto de juristas e estadistas ilustres, retrata a profunda influência das idéias e instituições liberais defendidas pela Revolução Francesa, e no caso brasileiro, particularmente, pelo publicista francês BENJAMIN CONSTANT. Constituição sem dúvida admirável, mas reconhecidamente inadequada às condições do Brasil.

“Destinada a regular um núcleo social que ainda não existia como coletividade consciente e autônoma — observa GILBERTO AMADO —, a Constituição ficou pairando no ar, como uma cúpula, sem conexão com a terra.”<sup>(4)</sup>

#### CONSTITUIÇÃO DE 1891

Proclamada a República, a Constituição de 1891 trouxe para o Brasil o modelo do Federalismo Presidencialista norte-americano. Mas este transplante, desde a inadequada cópia na própria denominação do País — “Estados Unidos” do Brasil — até o artificialismo de outorgar competência aos Estados para elaborar seu próprio Código de Processo, não correspondia à nossa realidade histórica.

Durante mais de meio século, no Império — queixa-se OLIVEIRA VIANA — levamos a procurar “fazer como os ingleses”. Há cerca de quarenta anos, na República, estamos a procurar “fazer como os americanos”<sup>(5)</sup>.

“Quando já não podíamos suportar o burlesco do constitucionalismo monárquico — diz PONTES DE MIRANDA — improvisamos a República, que armou na praça pública da nossa civilização incipiente e heterogênea o vasto coreto das instituições norte-americanas. enlaivadas de utopia francesa.”<sup>(6)</sup>

O próprio RUI, um dos autores da Carta de 1891, reconhece que “certamente há criações, que não se imitam, que se não transportam. Não bastam a vontade e a ciência para obter, noutra país, a reprodução de um Senado como o americano. Não vale a inteligência do modelo, sem a arte da adaptação, para transplantar dos Estados Unidos o seu Supremo Tribunal Federal. Instituições destas não se alcançam pela habilidade

plástica dos legisladores" (7). E, referindo-se aos problemas do novo regime, denuncia dois da maior gravidade, relativos ao autogoverno dos Estados e à existência da União. "Em vez do Governo dos Estados por si mesmos, ganhamos a tiranização dos Estados pelos Governadores." (8) E, quanto à existência da União: "Nesta parte, o artefato da Assembléia de 1890 se mostra deplorável. Não se tratou de constituir a União, e preservá-la, mas de a extenuar, de a inanir, de a impossibilitar. Imaginou-se que uma aliança ostensiva de interesses centrífugos, sem uma poderosa lei centrípeta, que os domine, poderia representar e manter a nacionalidade. Os frutos aí estão, rápidos e mortais, na impotência governativa e na miséria orgânica da federação." (9)

Em suma, a Constituição de 1891, apesar da perfeição do modelo seguido — "a Constituição mais perfeita de quantas se têm redigido para o governo das nações" (10) —, apesar de sua técnica rigorosa e do vernáculo impecável, não impediu que "a soberania das urnas fosse um mito" (11), que o autogoverno dos Estados fosse substituído pela "tiranização dos Estados pelos governadores", que a própria soberania da União fosse sacrificada, como reconhece RUI BARBOSA.

Com razão, conclui ODILON DA COSTA MANSO: "Para imitar a América do Norte, principiamos com a Carta de 1891, que é um ideal a ser atingido em futuro longínquo. . . E foi ao preço da completa deformação do sistema federativo, de contínuas agitações políticas, de guerras civis que, enfim, retrocedemos à Constituição de 34, ou à de 46, menos brilhantes, menos técnicas, menos perfeitas, que estão longe de ser "a última palavra", mas que, indubitavelmente, são mais nossas, mais objetivas, mais conformes à realidade nacional, embora menos avançadas." (12)

#### CONSTITUIÇÃO DE 1937

Conhecida vulgarmente como "polaquinha", por sua semelhança com a Constituição da Polônia, de 23 de abril de 1935, a Carta Constitucional de 1937 foi imposta ao País por um golpe, desfechado pelo Presidente da República, e destinava-se a instaurar o Estado Novo.

Seu modelo, inspiração e métodos foram importados.

A inspiração do Estado Novo e da Carta de 1937 ligava-se ao sucesso que vinham obtendo, na Europa,

os movimentos autoritários de tipo nazista e fascista, em que líderes carismáticos, poderosamente apoiados em modernos métodos de propaganda, fascinavam multidões e surgiam como chefes incontestes, eficientes e providenciais.

De fora, também, veio o modelo, representado pela recente Constituição Polonesa, de PILSUDSKY, que na expressão de MIRKINI-GUETZEVITCH “ressuscitou o antigo princípio monárquico e se aproximou da concepção do poder pessoal do Chefe do Governo do Estado Fascista” (...). Para o **pilsudskismo** o essencial é o bem da nação, mas o desejo de reforçar o Executivo levou os autores do projeto a uma construção específica do poder pessoal do Presidente” (1<sup>o</sup>), tal como na Carta de 1937.

De fora vieram, ainda, os métodos. Desde a forma de implantação do regime, através de um golpe de Estado, até a utilização dos poderosos instrumentos da censura à imprensa, supressão das garantias individuais, fechamento do Congresso, cerceamento da justiça, extinção dos partidos, proibição de reuniões políticas, prisões, torturas e, sobretudo, intensiva utilização de todos os meios de propaganda e comunicação de massa, em que se notabilizara na Alemanha o gênio de Göebels.

De fora veio, também e finalmente, a morte do Estado Novo e a queda da ditadura, com a fragorosa derrota do nazi-fascismo nos campos da Europa, em 1945.

Tão grande era o divórcio da Carta de 1937 com a realidade brasileira que seus principais dispositivos nunca foram aplicados.

#### PARLAMENTARISMO NO BRASIL

No Brasil, em duas oportunidades, o parlamentarismo foi estabelecido por preceito constitucional.

A primeira, no tempo do Império, em 1826, com vigência até a proclamação da República, em 1889.

A segunda, em 1961, através da Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 4, promulgada pelo Congresso, após a renúncia do Presidente Jânio Quadros, com a breve duração de pouco mais de dois anos.

Após a análise dessas duas experiências e apesar da letra expressa da lei, muitos publicistas sustentam que, na realidade, o parlamentarismo não foi praticado no Brasil, em nenhum momento.

No Império, a importação de modelos e a cópia de leis vindas, principalmente, da Inglaterra, repre-

sentaram simples aparência de efeito externo, para a Europa ver.

“Viveram-se quase três quartos de século dentro disto, a levar à cena, no trópico, a peça grave e superficialmente educadora do parlamentarismo inglês: gastamos no aprendizado de tal mentira os homens que conseguimos formar durante a vida menos hipócrita da colônia”, escreve PONTES DE MIRANDA <sup>(14)</sup>.

E OLIVEIRA VIANA denuncia a inautenticidade desse parlamentarismo de estilo inglês, totalmente divorciado de nossa realidade e sem a menor participação do povo-massa <sup>(15)</sup>.

No Império, com o Poder Moderador exercido pelo Monarca, o parlamentarismo, na verdade, serviu apenas de capa para encobrir a poderosa vontade do Imperador. É essa a interpretação autorizada do constitucionalista MIGUEL FERREIRA FILHO: “O parlamentarismo imperial foi mais aparente que real. No fundo a força dos gabinetes imperiais provinha exclusivamente da boa vontade do Imperador, já que as eleições sempre fraudadas nada significavam. A verdade sobre o parlamentarismo imperial é revelada pelo famoso sorites de NABUCO DE ARAUJO: o Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios: esta pessoa faz a eleição porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria. Assim não era o gabinete que se apoiava na maioria parlamentar: a criatura do Imperador é que a criava nas eleições.” <sup>(16)</sup>

Na fase republicana, a experiência parlamentarista foi igualmente artificial e aparente. “O que se tem representado até agora é a farsa do Parlamentarismo”, afirma RAUL PILLA. Nascida da crise que se seguiu à renúncia do Presidente da República, a Emenda Constitucional nº 4 serviu para a superação dessa crise, mas teve na vida pública brasileira a duração de um meteoro. Após a realização de um plebiscito, a Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963, revoga a Emenda Parlamentarista e restabelece o sistema presidencial de governo.

#### SISTEMA PARTIDÁRIO

Por força do Ato Complementar nº 4, foi praticamente instituído no País, em 1965, o regime bipartidário.

Extintos os antigos partidos, esse ato estabeleceu que aos membros efetivos do Congresso Nacional, “em número não inferior a 120 deputados e 20 senadores, caberá a iniciativa de promover, dentro do prazo de

45 dias”, a criação de organizações partidárias. Nascia, assim, no Brasil, em substituição à antiga pluralidade de partidos, o sistema bipartidário, visivelmente inspirado nos modelos americano e inglês.

Qual a validade dessa transposição?

O Professor MIGUEL FERREIRA FILHO, titular de Direito Constitucional, analisou o problema, em aula inaugural na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Na Grã-Bretanha, dois partidos apenas, razoavelmente disciplinados e dotados de programas mais ou menos definidos, é que verdadeiramente disputam as eleições. Daí decorre que a eleição popular importa numa opção entre dois programas e duas equipes governamentais. Lá, porém, a disputa que noutros países se radicalizaria, em virtude do espírito peculiar ao povo inglês, se amortece, perdendo as arestas mais agudas. Basta salientar dois aspectos desses espíritos: a tolerância e o **fair-play**, termo que de tão britânico não tolera tradução. Tolerância. Só um povo tolerante aceita, tranqüilamente, que ora prevaleça uma orientação política, ora outra, sem se entredevorar numa luta fratricida. Para aceitar essa tolerância, apenas um povo cujos membros admitem, sem passionalismo, que possam estar errados, estando certos os seus opositores. **Fair-play**. Essa alternância de partidos monolíticos só é possível, sem prejuízos seriíssimos para a administração pública, se cada um for capaz de respeitar a obra do outro, se cada um não quiser fazer tábua rasa de todo o barulho anterior. Bastaria a ausência dessas duas qualidades para desaconselhar para um povo qualquer fórmula britânica de Democracia. A análise da Democracia pelos partidos revela a delicadeza de seu mecanismo e, conseqüentemente, a improbabilidade de seu transplante” (1).

E conclui demonstrando a inadequação do transplante: “O projeto constitucional brasileiro desconheceu a realidade pátria, não levou em conta o caráter do povo que há de vivificar as instituições, nem como não seria difícil demonstrar as suas condições sociais e econômicas.” (18)

#### REGIME DOTAL NO CASAMENTO

No campo do Direito Civil, o regime dotal de bens no casamento é outro exemplo de transplante de instituto jurídico inadequado à realidade brasileira.

A minúcia com que o Código Civil trata do regime dotal poderia levar o observador a crer que este regi-

me é extremamente praticado entre nós. Mas a realidade é outra. "Não conheço nenhum caso de casamento levado a efeito no Brasil pelo regime dotal — afirma o professor, advogado e civilista SILVIO RODRIGUES —, como também não conheço nenhum profissional, advogado, tabelião ou juiz de paz, que haja encontrado algum caso de adoção de tal regime." (19)

"O regime dotal — observa outro ilustre civilista, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — constitui em nosso direito positivo verdadeira superfetação, porque não entrou absolutamente em nossos hábitos e costumes. . . Sem nenhum inconveniente, poderia tal capítulo ser cancelado do Código, que se despojaria de excrecência inteiramente inútil." (20)

Como explicar o fato de o Código Civil dedicar a esse instituto mais de trinta artigos, reconhecidamente inúteis e estranhos à nossa realidade?

Estamos, mais uma vez, com os olhos voltados para fora, contemplando situações que na Europa constituem a regra e são, por isso, amplamente consideradas nos Códigos e Tratados europeus. Numa atitude de subdesenvolvimento e dependência cultural, atendemos a situações que não são nossas e nos falta o senso de nossas próprias realidades.

#### INSTITUTO DA HABITAÇÃO

O instituto da habitação é outro exemplo de mera transposição, para nosso Direito, de normas vigentes em legislações alienígenas, mas divorciadas de nossa realidade. O direito de habitação consiste na faculdade de utilizar gratuitamente imóvel alheio com fim de moradia.

A habitação — escreve DIONÍSIO DA GAMA — "é um instituto de quase nenhuma aplicação entre nós, sendo-lhe aplicável tudo quanto se refere ao direito de "uso" (21). É, como observa CARVALHO DE MENDONÇA, um instituto decaído diante de nossos hábitos e com o qual muito raramente se encontra o legista na prática. Constitui uma dessas irrelevantes persistências que fazemos entrar em nossas leis e a que nenhum efeito jurídico ligamos". (22)

Trata-se, como diz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de um instituto jurídico que não tem significação em nosso País. Para aqui foi trazido por mero espírito de imitação das legislações mais avançadas.

**PRINCÍPIO DE  
NACIONALIDADE  
OU DOMICÍLIO**

No campo do Direito Internacional Privado, o princípio da nacionalidade, sustentado por MANCINI e adotado pela generalidade das legislações européias, foi também seguido pelo Código Civil Brasileiro, que o consagrou no art. 8º da Introdução: "A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime de bens no casamento."

Tal princípio correspondia ao interesse das nações colonizadoras, mas contrariava o das nações que recebiam as correntes migratórias, como no Brasil. Verificaram-se, nesse regime, inúmeros casos em que os bens de cidadão europeu, que fizera fortuna no Brasil, e aqui deixara viúva, deviam ser remetidos para o exterior, onde estavam os sucessores nos termos da lei nacional. RODRIGO OTÁVIO propôs ao Governo que se substituísse o princípio da nacionalidade pelo do domicílio, porque "o critério que deve guiar a ação do legislador, nesta altura da vida internacional, não pode ser senão o da conveniência nacional". Acentuou que, "sendo o Brasil país de imigração, é do seu interesse subordinar desde logo o estrangeiro domiciliado ao sistema da nossa nacionalidade, como começo de integração à vida nacional, independentemente de sua subordinação política." (23)

Mas o critério da "nacionalidade" continuou a vigorar no Brasil até 1942, quando a nova Lei de Introdução ao Código Civil adotou, finalmente, o princípio do "domicílio".

Como explicar a longa persistência em nossa legislação de um instituto jurídico tão contrário aos interesses nacionais, senão pela mentalidade de dependência cultural e deslumbramento pelos grandes mestres estrangeiros?

**A INSTITUIÇÃO  
DO JÚRI**

A Constituição do Império, promulgada a 25 de março de 1824, instituiu o Júri "assim no cível como no crime" (art. 151). E o Código de Processo Criminal, imitando, como a Constituição, o tradicional instituto florescente na Inglaterra, deu ao Júri atribuições amplíssimas.

CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO denuncia aí novo transplante inadequado. Tais atribuições, "superiores ao grau de desenvolvimento da nação que se constituía", revelam haver o legislador esquecido "que as instituições judiciárias, segundo observa MITTER-



MAIER, para que tenham êxito, exigem cultura, terreno e clima apropriados." (24)

No mesmo sentido é o depoimento de ODILON DA COSTA MANSO, que acentua a inadequação do instituto, com tais atribuições amplas, a "um país em que as instituições sociais, talvez até hoje, a muitos respeito, apresentam-se como simples aspirações doutrinárias, sem realidade prática na psicologia do povo. E o júri, entretanto, pressupõe um alto grau de sedimentação cívica." (25)

O resultado dessa transposição foram problemas dolosos e retrocessos contínuos. No cível, o Júri nunca chegou a se instalar; permaneceu como letra morta. No crime, em que julgava, a princípio, soberanamente, a quase totalidade dos delitos — lembra o mesmo autor —, veio sendo podado, através do Império e da República, até que hoje, passado mais de um século, se limita a decidir apenas dos crimes dolosos contra a vida e sob correção da segunda instância.

#### ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A cópia de modelos estrangeiros marca a história de nossa organização administrativa.

Inicialmente, Portugal estabeleceu no Brasil uma organização semelhante à dos seus Conselhos de além-mar, sem compreender — observa GALVÃO DE SOUZA — a "necessidade de uma adaptação à terra virgem, inculta e extensíssima." (26)

A experiência do sistema de capitânias hereditárias, "instituição imperfeita e artificialmente implantada no novo mundo" (27), foi desastrosa. Seu resultado foi o aparecimento de um certo número de "pequenos senhores absolutos e despóticos, independentes entre si, vassallos de uma coroa longínqua, e detentores de um formidável poder de administrar e julgar, só limitado pelo arbítrio individual e próprio" (28). Tão artificial era o transplante e tais os abusos e excessos com sua implantação que o sistema não poderia vingar. Durou apenas 14 anos, "que tantos foram os que mediarão entre as primeiras doações e a instituição de um Governo-Geral na Bahia." (29)

A instituição dos Governadores Gerais foi decidida pela Metrópole, para pôr fim aos males do sistema de Capitânias e "pô-lo de acordo com a situação política da Europa, caracterizada, no momento, pela reação centralizadora unitária e absolutista da Realeza, contra a dispersão federativa do Feudalismo." (30)

A vinda de D. João VI trouxe grande modificação em nosso sistema administrativo, político e jurídico, afeiçoando inteiramente o Brasil aos moldes da ex-Corte de Lisboa. “Minguado de faculdades criadoras, para sacar da própria mente as providências que as necessidades do país fossem ditando, o Marquês de Aguiar parece ter começado por consultar o **Almanak** de Lisboa, transplantando para o Brasil, com seus próprios nomes e empregados, todas as instituições que lá havia que mais serviam de peias que de auxílio à administração... Foram criados o **Conselho de Estado**, a **Mesa da Consciência e Ordens**, o **Conselho da Fazenda**, a **Junta de Comércio** e até a **Intendência Geral da Polícia**, como se o Brasil fosse do tamanho de Portugal, onde uma repartição análoga podia estender seu influo a todo o reino...”<sup>(31)</sup>

Até mesmo depois da Independência, nossos estadistas, preocupados com o problema das liberdades públicas, procuraram soluções, “primeiro, no municipalismo inglês, com o Código de Processo Criminal de 1832, e, depois, no provincialismo, imitado ao federalismo norte-americano, com o Ato Adicional de 1834”, lembra CIRNE LIMA<sup>(32)</sup>. Mas os publicistas reconhecem francamente o malogro dessas experiências.

Com a República, transplanta-se para nossa organização administrativa o modelo federalista norte-americano.

Quais os resultados dessa experiência?

O federalismo brasileiro — diz MOREIRA NETO<sup>(33)</sup> —, trazido para descentralizar os Poderes do Estado num território de grandes proporções e manter as peculiaridades regionais, não surtiu o efeito esperado. O diferente ritmo de desenvolvimento de cada unidade geral imensas distâncias econômicas e sociais que ameaçam abalar a segurança nacional. Por isso, as últimas Constituições têm procurado adaptar o conceito de federação a essa realidade, atribuindo à União poderes de planejamento e execução de políticas de desenvolvimento regionais, que atendam às características geográficas e não à divisão política. É esse o sentido que têm os grandes organismos regionais, como a SUDENE, SUDAM e outros e, mais recentemente, a criação de Regiões Metropolitanas e a celebração de Consórcios e Convênios Administrativos, introduzidos pela Constituição de 1967.

**ESTABILIDADE  
E FUNDO  
DE GARANTIA**

No campo do Direito do Trabalho, a instituição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em substituição à antiga "estabilidade", foi denunciada por juristas, órgãos da imprensa, parlamentares e organizações sindicais, como exigência ou reivindicação de investidores estrangeiros. Sua introdução no Brasil teria atendido a interesses externos e representado mais um caso de transplante de modelo alienígena em nossa legislação. <sup>(34)</sup>

Os mais autorizados juristas brasileiros, especializados em Direito do Trabalho, manifestaram-se contra a substituição da estabilidade pelo F.G.T.S.: EVARISTO DE MORAIS FILHO, CESARINO JR., MOZART VICTOR RUSSOMANO, JOSÉ GOMES CATHARINO <sup>(35)</sup> e outros. O primeiro denunciou pressões econômicas internacionais, com o objetivo de suprimir a estabilidade para atender a seus interesses no Brasil. E nomeou expressamente a Missão Americana Abbink, que visitou o Brasil em 1948, ocasião em que sugeriu a supressão da estabilidade, como ponto de partida de suas conversações. E MOZART RUSSOMANO fala em "idéia insuflada por grupos econômicos nacionais e estrangeiros, que formavam os redutos mais poderosos contra a estabilidade, por nela verem os empecilhos aos seus investimentos." <sup>(36)</sup>

Na imprensa, o **Diário de Notícias**, de 19 de julho de 1966, entre outros, noticiava a chegada ao Brasil de Mr. Gross, representante de grupos financeiros, para examinar a possibilidade de compra de empresas brasileiras por aqueles grupos. Como condição, impunha-se a eliminação do instituto da estabilidade trabalhista. Refere-se, ainda, a telegrama em que foram relacionadas as empresas que estariam dispostas a fazer investimentos no Brasil, desde que fosse eliminada a estabilidade. E a revista norte-americana "Latin American and World", em seu nº 18, de 1965, noticiava: "Empresas estrangeiras têm feito gestões junto ao Governo Brasileiro para suprimir a estabilidade da legislação social do país."

No Congresso Nacional, os Senadores AURELIO VIANA, BEZERRA NETO, JOSAFÁ MARINHO e os Deputados ROBERTO SATURNINO, FRANCO MONTORO, JOÃO HERCULINO, FRANCISCO AMARAL e outros denunciaram igualmente as origens estrangeiras do projeto <sup>(37)</sup>, estranhando sua elaboração no Ministério do Planejamento, ocupado pelo Embaixador Roberto Campos, e não no Ministério do Trabalho.

Apesar de combatido intensamente pela oposição e pelas organizações sindicais do País, o projeto foi aprovado pela maioria governamental, com a justificativa de que não se tratava de eliminar a estabilidade, mas de permitir aos empregados uma opção entre dois sistemas.

Quais os resultados da inovação?

Na realidade, a estabilidade foi praticamente extinta. A opção pelo Fundo de Grantia foi indiretamente imposta pelas empresas, que passaram a só admitir novos empregados optantes pelo F.G.T.S. e a pressionar os antigos a fazerem o mesmo. "Se a doutrina houvesse sido mais enérgica e (...) pressionasse, culturalmente, o legislador nacional, lamenta MOZART RUS-SOMANO, este não teria permitido que a Nação perdesse a posição histórica de vanguarda que, sobre a estabilidade, inegavelmente ocupou. A relevância dessa afirmativa cresce porque a estabilidade constitui, em nossa opinião, no domínio do Direito Individual do Trabalho, a questão nevrálgica: a estabilidade altera a estrutura tradicional da relação emprego e, mais objetivamente, contribui para a formação ou democratização da empresa capitalista. Ela coloca o trabalhador, na empresa, como um participante integral das realidades, do destino e dos resultados da produção econômica." (36)

A eliminação da estabilidade, além de significar grave retrocesso em nosso Direito do Trabalho, trouxe duas conseqüências da maior gravidade: provocou o desemprego maciço dos trabalhadores de maior idade e facilitou a passagem de empresas nacionais para mãos de compradores estrangeiros.

Com o F.G.T.S. o empregado passou a ser, na empresa, peça substituível a qualquer tempo, segundo a vontade do empregador. Este, depois de ter utilizado a força e energia dos empregados em sua melhor idade, pôde facilmente substituí-los por outros mais moços. O fato é que o desemprego de pessoas com mais de 35 anos de idade é, hoje, problema que preocupa todo o País. Tentando solucioná-lo, vários projetos foram apresentados recentemente ao Congresso Nacional. E o Ministério do Trabalho constituiu uma Comissão Especial, para estudo do mesmo e suas possíveis soluções.

De outra parte, o problema da desnacionalização das empresas, evidentemente facilitado com a nova le-

gislação, tem sido objeto de denúncias e protestos de entidades representativas da indústria e do comércio. A gravidade do problema levou o Congresso Nacional a constituir uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigá-lo. E uma de suas conclusões, aprovada pela Resolução nº 99, de 1970, é do seguinte teor: "No Brasil, o fenômeno da desnacionalização pode ser compreendido estatisticamente, tendo sido inclusive agravado por uma série de medidas que conferiram aos grupos estrangeiros condições de superioridade sobre os nacionais."

**O CÓDIGO  
COMERCIAL  
DE 1850**

O Código Comercial Brasileiro, promulgado pela Lei nº 566, de 25 de junho de 1850, é apontado, muitas vezes, como imitação ou cópia do Código Francês de 1807 <sup>(38)</sup>.

Sem dúvida, essa foi sua fonte principal. Entretanto, longe de ser uma simples cópia, o Código de 1850 é um exemplo de elaboração legislativa que, servindo-se da melhor contribuição alienígena, soube adaptá-lo à realidade nacional. Na exposição de motivos, datada de 9 de agosto de 1834, os autores do projeto declararam expressamente: "Duas idéias capitais ocorrem à Comissão ao encetar os seus trabalhos:

- 1ª — que um código de comércio deve ser redigido sobre princípios adotados por todas as nações comerciantes (. . .)
- 2ª — que um código de comércio deve ser ao mesmo tempo acomodado às circunstâncias especiais do povo para quem é feito."

Concluído o projeto e enviado ao Parlamento, foi o mesmo amplamente examinado, discutido e aperfeiçoado <sup>(40)</sup> no Plenário e nas Comissões, que destacaram sua "adaptação às circunstâncias especiais do País".

O resultado foi uma obra de notável validade para o País, reconhecida pela generalidade de nossos comercialistas. Referindo-se a esse Código, escreveu CANDIDO MENDES: "É uma legislação firmada com o cunho

brasileiro, revelando entre outros dotes, no espírito e na redação, o labor e o colorido pátrio” (41). “O código brasileiro — disse CARVALHO DE MENDONÇA — foi o primeiro trabalho original que, com feição nossa, apareceu na América (...), não era cópia servil de nenhum deles. Apresentava cunho singular, respeitando a tradição jurídica e mostrando adiantamento notável sobre os seus modelos (...) Nunca embarçou o progresso do nosso direito comercial” (...) “... tem a seu favor a tradição e o ajustamento à nossa realidade.” (42)

Essa adaptação do Código às condições reais de nosso meio constitui, seguramente, um dos motivos que explicam sua longa e frutífera duração. Promulgado em 1850, ao tempo da Monarquia, continua até hoje em vigor, em suas partes essenciais.

#### CONCLUSÕES

Uma reflexão sobre o conjunto dos casos apresentados nos permite chegar a algumas conclusões.

#### DEPENDÊNCIA CULTURAL

Os casos examinados — e eles constituem apenas uma amostra no setor particular do Direito — evidenciam uma antiga tendência em nossa cultura: podemos denominá-la atitude de dependência ou colonialismo cultural, de alienação ou imigração intelectual, ou, ainda, de mimetismo ou vezo de imitação de figurinos estrangeiros.

#### MANIFESTADA NOS TRANSPLANTES

No campo do Direito, essa tendência se manifesta notadamente nos casos de transplante de doutrinas ou institutos jurídicos inadequados à nossa realidade, como verificamos no desenvolvimento do presente estudo.

#### LEIS SEM APLICAÇÃO

Uma primeira consequência dessa inadequação é — em muitos casos — a ineficácia do Direito transplantado, que permanece apenas como letra morta. É o que ocorre com alguns dos institutos examinados, como certas formas de organização política e administrativa, o júri soberano “assim no cível como no crime”, o regime dotal de bens no casamento etc. São instituições que podem ter “vigência” legal, mas não têm “eficácia” real, porque esta depende do comportamento dos membros da sociedade. Infelizmente é

grande entre nós o quadro dessas leis sem aplicação, porque transplantadas por imitação de modelos estrangeiros, sem adequação às nossas condições. Numa caricatura desse quadro atribui-se a CAPISTRANO DE ABREU a afirmação de que nosso País possui uma legislação quase perfeita; só nos falta uma lei: a que mande pôr em vigor todas as outras.

**"SENTIDO"  
OU "FIM"  
QUE NÃO SÃO  
NOSSOS**

Mas a ineficácia da lei, observada em muitos casos, é apenas uma das conseqüências do transplante. E não a mais grave. Uma reflexão mais aprofundada nos revela outro aspecto mais sério do problema. O direito é um fenômeno cultural e, como tal, constituído de "substrato" e "sentido" (intencionalidade ou fim) (43). Ora, o sentido, intenção ou finalidade a que estão voltados os institutos ou doutrinas alienígenas podem não coincidir e, na realidade, em regra, não coincidem com os nossos interesses, porque as situações são distintas: as grandes nações procuram "conservar" e as subdesenvolvidas "superar" ou "transformar" sua condição. Por isso, com freqüência, transplantar um instituto significa introduzir com ele, em nosso meio, um elemento cultural cujo "sentido" ou "finalidade" não corresponde à nossa situação e a nossos interesses (44). É o que se deu, até 1942, com o princípio da nacionalidade no Direito Internacional Privado, e com muitas leis relativas a capitais e tecnologia estrangeiros.

**FALSO CONCEITO DE  
DESENVOLVIMENTO**

A aceitação de tais medidas de imitação explica-se, quase sempre, por um falso conceito de desenvolvimento e progresso. Confunde-se, nesse caso, o desenvolvimento do País com o grau de semelhança ao adiamento das grandes nações. Desenvolver-se é aproximar-se dos grandes. A esse conceito de desenvolvimento "para fora" é preciso opor o de "desenvolvimento interno", que consiste fundamentalmente na elevação do nível de vida da população. Nem tudo que dá prestígio externo representa efetivo desenvolvimento do País.

É oportuno lembrar as palavras de ALBERTO ZUM, com que HÉLIO JAGUARIBE abre sua *Filosofia no Brasil*: "Nosso problema agora é outro. Trata-se de

superar as condições de colonialismo cultural, em que temos vivido, para assumir a autonomia e a responsabilidade de uma elaboração própria.”

**IMPORTANCIA  
BÁSICA  
DE UMA CULTURA  
NACIONAL**

Para esse crescimento interno é indispensável e preliminar o conhecimento objetivo de nossa realidade e a elaboração de soluções próprias, adequadas às condições reais dessa realidade. Só essas soluções têm condições de viabilidade e eficácia, como pudemos verificar historicamente, com a elaboração do Código Comercial de 1850, ainda hoje parcialmente em vigor. Sem desprezar as contribuições culturais e técnicas de qualquer origem, devemos recebê-las com espírito crítico e integrá-las dentro da perspectiva de nosso desenvolvimento. Isso supõe a elaboração de um autêntico pensamento brasileiro, não apenas no setor do Direito mas nos múltiplos campos da cultura. Esse esforço — que é o grande desafio à inteligência brasileira — já vem sendo feito em algumas gerações com resultados positivos. Mas, no ano em que o Brasil comemora o sesquicentenário de sua independência política, é oportuno salientar a importância fundamental de um pensamento autenticamente brasileiro na obra urgente de nosso desenvolvimento.

**N O T A S**

1. Trabalho apresentado ao Congresso Interamericano de Filosofia, Brasília, 1972, publicado na Revista de Informação Legislativa n.º 36 (dez./72).
2. Formação nacional e cultura jurídica, São Paulo, 1949.
3. V. SÍLVIO ROMERO, *A Filosofia no Brasil, 1878*. "O Direito Brasileiro no Século XVI", in *Ensaio de Sociologia e Literatura*, 1901; *Ensaio de Filosofia no Direito, 1895*; OLIVEIRA VIANA, *Instituições políticas brasileiras*, ed. José Olímpio, 1955, 2 vols. e *Problemas de política objetiva*; PLÍNIO BARRETO, *A cultura jurídica no Brasil*; PONTES DE MIRANDA, *Preliminares para a revisão constitucional*; JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, *Aspirações nacionais*, ed. Fulgor, 2.ª ed., 1965; GILBERTO AMADO, *As instituições políticas e o meio social no Brasil*.
4. *As instituições políticas e o meio social no Brasil* (in *A margem da história da República*, p. 69.)
5. *Problemas de Política Objetiva*, p. 61.
6. *Preliminares para a revisão constitucional*.
7. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, ed. Saralva, 1932, v. 1, p. 30.
8. Obra citada, p. 30.
9. Obra citada, p. 31.
10. BARBALHO, João, *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, Rio, 1902, p. 6: "A Constituição (...) tomou por paradigma a dos Estados Unidos da América (...) que, entre publicistas muito competentes, passa por ser a mais perfeita de quantas se têm redigido para o governo das nações (SEAMAN) e por força da qual cada indivíduo, ainda o mais pobre, tem a plenitude de seu ser; cada lar é sacratíssimo; o júri e o Município são pequenas escolas políticas; e os Estados uma grande escola; sendo franqueadas as alturas do poder a um alfaiate que



se chama Johnson, a um lenhador que se chama Lincoln, a um general que se chama Grant, por efeito da qual tudo cresce ao calor da liberdade, porque se um é eleito dos ricos, esse protege aos pobres, se outro é escolhido pelos pobres, esse vai, no meio de sua grandeza, viver com sobriedade, dando exemplos práticos naquele corpo Legislativo, naquele Senado, que é mais augusto que o Senado romano, dando exemplos cuja luz se reflete hoje na frente de todos os pensadores da Europa (Castellar); constituição que o célebre Gladston, por ocasião do centenário em 1887 em Philadelphia, proclamou a obra mais maravilhosa que jamais de um só esforço subiu do cérebro humano".

11. ROSA, Alcides, Manual de Direito Constitucional, ed. Aurora, Rio, 1951, p. 29.
12. Obra citada, p. 16.
13. Obra citada, p. 86.
14. Preliminares para a revisão constitucional, p. 170.
15. Instituições políticas brasileiras, 1.º vol., p. 178.
16. Curso de Direito Constitucional, p. 213.
17. Democracia possível.
18. Obra citada.
19. Direito Civil, ed. M. Limonad, S. Paulo, n.º 83.
20. Curso de Direito Civil, vol. II, Direito de Família, p. 183.
21. Tratado teórico e prático de direito civil brasileiro, Porto Alegre, ed. Globo, 1931, vol. 4, p. 149.
22. Do usufruto, do uso e da habitação, p. 251.
23. In OSCAR TENÓRIO, Direito Internacional Privado, vol. I, p. 424 e 427.
24. CANDIDO OLIVEIRA FILHO, obra citada, p. 315.
25. Formação Nacional e Cultura Jurídica, p. 16.
26. Política e Teoria do Estado, p. 26.
27. MARTINS JUNIOR, História do Direito Nacional, Coop. edit. e de cultura intelectual, de Pernambuco, 1941, p. 161.
28. Obra citada, p. 163.
29. Obra citada, p. 163.
30. Obra citada, p. 165.
31. Obra citada, p. 223.
32. Princípios de Direito Administração, ed. Saraiva, Porto Alegre, 1954, p. 31-32. V. MAX FLEITUSS, História Administrativa do Brasil, 1925.
33. Curso de Direito Administrativo, ed. Borsot, Rio, 1970, p. 49.
34. "O sistema estabelecido na Lei n.º 5.107, de 1966 (FGTS) representa cópia mal adaptada do figurino chileno", CESARINO JR., Estabilidade e Fundo de Garantia, ed. Forense, 1968, p. 63.
35. V. CESARINO JR., obra citada; RUSSOMANO, Mozart Victor, A estabilidade do trabalhador na empresa, ed. Konfino, Rio, 1970, p. 96; CATHARINO, José Martins, Em defesa da estabilidade, ed. L.T.R., São Paulo, 1968.
36. Obra citada, p. 96.
37. V. Diário do Congresso Nacional (Seção II), 13/agosto/1966, p. 2.171 s., FRANCO MONTORO, Em defesa da estabilidade na empresa (discurso de 1.º de abril de 1966), Departamento de Imprensa Nacional, Brasília, 1966.
38. Obra citada, p. 53. Se a legislação sobre a estabilidade possui defeitos, a solução seria corrigir os defeitos e não eliminar a estabilidade. "Os aperfeiçoamentos convenientes estavam ao alcance dos olhos e da mão do legislador", lembra RUSSOMANO, à p. 97 do mesmo estudo.
39. V. COSTA, Philomeno J. da, Autonomia do direito comercial, Rev. Trib., 1956, p. 53 s.
40. O Senado, bem mais do que a Câmara dos Deputados, submeteu o projeto a uma análise e revisão cuidadosas, oferecendo-lhe 422 emendas. (BRASILIO MACHADO, Código Comercial do Brasil — Subsídios históricos da sua formação, in Rev. Fac. Direito de São Paulo, vol. CVII, 1909, p. 13.)
41. Princípios de direito mercantil, pelo VISCONDE DE CAYRÚ, Introd., p. DCXLVIII, 1.º vol.
42. Tratado de direito comercial brasileiro, ed. Jornal do Comércio, Rio, 1930, vol. 1.º, p. 102 e 122.
43. V. FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito, ed. Martins, 1971, 1.º vol., p. 103 segs.
44. "É natural que em países plenamente desenvolvidos, mais estabilizados e organizados, prevaleça a função conservadora do direito. Mas, principalmente nos países em desenvolvimento e transformações profundas, o erro dessa posição é patente. Reduzir o direito a uma força conservadora e perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso..." FRANCO MONTORO, obra citada, 2.º vol., p. 462 e 463.

- SUMÁRIO: 1) O Império, um Estado unitário. 2) O pseudocaráter federativo das instituições monárquicas. 3) O Executivo forte, uma constante do Estado brasileiro. 4) A natureza *política* do federalismo da Primeira República e a ilusão recente de um "federalismo cooperativo". 5) Necessidade de revisão da forma de Estado. 6) Um mandato que não está na Constituição: o dos representantes das Regiões. 7) Tensões regionais e intrarregionais alteram a índole do sistema federativo no Brasil. 8) A luta no Congresso contra as disparidades regionais. 9) A institucionalização política das Regiões mediante a criação de um quarto nível de governo.

## 1) O IMPÉRIO – UM ESTADO UNITÁRIO

O estudo histórico das nossas origens federativas é o primeiro requisito para uma análise compreensiva das mudanças por que há passado a forma de organização do Estado brasileiro desde a Constituição Imperial até aos dias em curso. Fomos Estado unitário com o Império e Federação com a República. As nascentes federativas a que nos vamos reportar de imediato pertencem, sem dúvida, à fase imperial, bastante rica de importantes dados com que estimar o quadro subsequente de implantação do sistema federativo, desde o advento da República aos nossos dias.

Afigura-se-nos errôneo supor que a federação no Brasil foi produzida unicamente pelo Decreto nº 1 do Governo Provisório de 1889. Se o presidencialismo colheu de surpresa o País (1), desconhecido que era a todas as tradições de embate doutrinário em que nos havíamos empenhado durante a fase anterior à República, tal não se deu porém com a federação que ou já se desejava, no sentir de monarquistas abalizados da índole liberal de Nabuco e Rui, ou já se aguardava, por solução lógica e idônea aos antagonismos e crises que desde muito dilaceravam o corpo político da monarquia. O Decreto nº 1 foi apenas o coroamento vitorioso de velhas aspirações autonomistas que, não se podendo fazer nos quadros institucionais do Império por um ato reformista, se fizeram pela via imprevista da ação revolucionária de 15 de novembro de 1889, resultando assim na implantação do sistema republicano.

Cabe agora determinar se o princípio federativo durante o Império foi tão-somente uma palavra que fazia adeptos e se convertia afinal num movimento de opinião com eficácia política ou se foi algo mais, isto é, um modelo que se introduziu nas instituições monárquicas a ponto de alterar-lhe substancialmente a natureza de Estado unitário, e apagar assim a linha divisória com que sempre se estabeleceu um dos mais visíveis contrastes institucionais entre o Império e a República.

Temos que a presença de correntes federalistas na monarquia jamais logrou ir além da proclamação teórica de seus pontos de vista e de um ocasional influxo descentralizador na órbita das instituições, sem alcançar nunca um efeito que pusesse em dúvida aos olhos do historiador e do cientista político o reconhecimento da estrutura unitária do Império. Tal estrutura permaneceu sempre como o traço mais significativo da organização monárquica. O Brasil, portanto, foi inquestionavelmente Estado unitário durante todo o Império, apenas com um certo grau de descentralização de que resultou a órbita do legislativo provincial, sendo esta, aliás, uma das poucas conseqüências palpáveis da pregação federalista. Tendo os monarquistas liberais estendido por mais de meio século essa pregação, coadjuvada depois pela propaganda republicana, não lograram todavia implantar a monarquia federativa, fórmula diante da qual esbarrou Rui Barbosa, monarquista ainda, mas que invocava já com incongruência uma dúvida sobre a possibilidade dessa monarquia, ao emitir o célebre voto em separado ao Programa de Reforma do Partido Liberal.

## 2) O PSEUDOCARÁTER FEDERATIVO DAS INSTITUIÇÕES MONÁRQUICAS

Durante a Constituinte de 1823, a idéia federativa fora objeto de debates, o que de certo modo não constituía surpresa diante da índole e da crônica do movimento da Independência. A fixação do ato de emancipação em 7 de setembro é de teor simbólico, porquanto a Independência, ao contrário da República, não se fez por decreto, nem foi fruto de um golpe de Estado; representou um processo com os riscos inerentes a toda espécie de caminhada revolucionária.

Desdobrou-se em vários episódios de distintos matizes no decurso dos anos críticos de 1821 a 1822, com antecedências não raro relevantes, tais como a abertura dos portos e a elevação do Brasil à categoria de Reino, e sobretudo com as subseqüências políticas e militares que consolidariam o fato emancipador, comunicando-lhe a feição definitiva de uma separação consumada. Mas separação feita afinal com sacrifício da união luso-brasileira — o que não estava no programa nem no ânimo dos que, lançando representações de apoio a D. Pedro, cuidavam menos em desfazer os laços com Portugal do que em preservar um "status" de liberdade já parcialmente adquirido, ou em opugnar a política das Cortes de Lisboa, cujos decretos, se executados, dissolveriam os reiterados propósitos de união das províncias, implicando uma recaída no domínio colonial.

O movimento teve seu ponto de irrupção nas províncias do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas, donde se irradiou depois pelas demais, até formar uma cadeia de adesões, cuja ocorrência denota já o caráter agregativo e solidariante típico de toda a colaboração federativa. A tese federativa não seria por conseguinte peça estranha ou simples abstração para a ideologia liberal dos constituintes de 1823, se estes houvessem porventura tomado o compromisso de

estabelecer a forma de Estado federal uma vez sugerida pelos propósitos de união das províncias, cuja expressão de vontade, alentando o ânimo irresoluto do Príncipe Regente, foi decerto decisivo no fazer a Independência.

Os projetos de reforma da Constituição, apresentados durante a menoridade, renovaram o debate sobre a organização monárquica em moldes federativos, não sendo tampouco estranho a essa idéia o relatório de Alves Branco, em 1835. Desde o princípio da Regência, toda a obra reformista, desencadeada pelos movimentos de opinião, guardava certa inspiração federalista, que culminou com o ato adicional. Se a Federação deixou de implantar-se com a monarquia, tal não se deve a ausência de aspirações reformistas neste sentido. À medida que o Império entrava em declínio, o movimento federalista tomava corpo e avançava impetuosamente, de par com idéias tanto monarquistas como republicanas. O projeto de Nabuco, em 1885, e a campanha de imprensa desfechada por Rui Barbosa em prol de uma definição federativa para as instituições do Império denotam suficientemente que a tese chegara amadurecida tanto para a solução dada no Decreto nº 1 do Governo Provisório como para sua consagração irretirável pelos constituintes de 1890.

Cumprir, todavia, analisar o grau político de descentralização a que se eleveu o Império, com a consagração e o influxo das teses federalistas, cujos efeitos redmndaram em importantes alterações institucionais consubstanciadas no ato adicional.

Ao nosso ver, o enxerto federativo mais considerável do ato adicional se deu com a criação das assembléias legislativas provinciais. O poder legislativo das províncias foi o que mais aproximou o Império de uma versão incipiente de organização federativa e o que conduziu mais longe a descentralização institucional na monarquia.

As assembléias tinham uma faculdade constitucional, estabelecida por aquele Ato, que lhes consentia exercer ampla autonomia em matéria de legislação ordinária de peculiar interesse das províncias — o que já era deveras surpreendente. E tanto mais surpreendente quanto ditas assembléias foram dotadas de um poder de rejeição do veto acaso fulminado pelo Presidente da Província aos seus atos legislativos. A posição do Presidente da Província como delegado do Poder Central, que o nomeava e demitia a seu talante, era menos invejável que a das assembléias, do ponto de vista federativo. Agentes da confiança do Ministério, atuando em matéria executiva em nome do interesse geral e do interesse local, representavam os presidentes provinciais o braço político de uma administração rigidamente unitária, que espancava todas as sombras de veicidade federativa sobre as bases de um sistema com indole manifestamente centralizadora, qual o do Império.

Dilatória poria aquela autonomia das assembléias provinciais, autonomia que não bastava a configurar a presença de um poder legislativo em bases federativas. Haja vista o que acontecia com a possibilidade constitucional de rejeição do veto pela assembléia, mediante o voto de dois terços dos membros da casa. Numa assembléia autônoma, ocorrendo a rejeição do veto, aí findaria a sorte do projeto rejeitado. Assim, porém, não ocorria nas assembléias provinciais do Império. O projeto, depois de a assembléia provincial haver derribado o veto, era então levado, juntamente com as razões alegadas pelo Presidente da

Província ao exarar seu veto, ao conhecimento do governo e assembléia-geral, para que esta definitivamente decidisse se ele devia ser ou não sancionado. Um poder legislativo provincial, debaixo dessa sujeição, possuía, sem dúvida, autonomia deveras discutível, sendo em última análise um prolongamento descentralizado da assembléia-geral, nunca um poder político autônomo com natureza de poder estatal. Via-se ele atado nas circunstâncias críticas do veto não somente à vontade do poder legislativo central como do próprio governo geral, de quem o Presidente da Província — autor do veto — era também mero instrumento. Com efeito, não passava este de um delegado do Poder Central, demissível *ad nutum* desse mesmo poder. Achava-se à testa de um Executivo cujos laços de subordinação e obediência à autoridade imperial, nomeadamente ao Ministério, afastavam toda veleidade autonomista de teor político.

Demais, o exercício da competência das assembléias provinciais, ainda em matéria de seu peculiar interesse, poderia ser alterado por lei ordinária, à vista do que dispunha a Constituição Política do Império no artigo 178. Efetivamente, aí se declarava que era “só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. Quais eram, porém, os poderes políticos? A Constituição Imperial respondia no artigo dez, ao dizer que “os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”. E depois de asseverar que os representantes da nação brasileira são o Imperador e a Assembléia-Geral, acrescentava que todos estes poderes no Império do Brasil são delegações da nação.

Um dos poderes políticos a que se referia o artigo 178 era, portanto, o Poder Legislativo da assembléia-geral. A competência estabelecida pela reforma constitucional e exercida por meio das assembléias provinciais implicitamente pertencia ao Poder Legislativo central, sendo por este tão-somente delegada aos órgãos provinciais. Como não se tratava em seu exercício de matéria constitucional, mas, somente, de matéria da Constituição, nos termos mesmos da distinção assentada pela carta outorgada, a que já nos reportamos, é óbvio que o Poder Legislativo central poderia, mediante lei ordinária, revogar a delegação feita às assembléias provinciais de algumas matérias contidas no permissivo constitucional, e entrar a exercê-las, se assim pretendesse, sem maiores embaraços e sem ferir a Constituição, porquanto não teria havido extinção de competência, mas unicamente transferência — constitucionalmente possível — de seu exercício. Bastaria aos juristas do Império um entendimento interpretativo nos moldes do que se fez com a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, para obter-se esse resultado.

Demais, é de ressaltar o estado de inferioridade e dependência do legislativo provincial do Império pela carência de autonomia constitucional, ou seja, pela falta do elemento interno da soberania, esse poder de autodeterminação sem o qual inexistente o Estado-membro de uma Federação. Falecia às províncias, por conseguinte, a face mais importante com que na doutrina se identificam as características políticas da autonomia, a saber, a capacidade autodeterminativa cuja presença empresta ao poder o caráter de estatalidade.

Ora, à margem do modesto quadro de competência, cujo exercício fora constitucionalmente deferido às assembleias provinciais, pouco ou nada mais resta que possa com seriedade *induzir o reconhecimento* de natureza federativa nas instituições políticas do Império.

### 3) O EXECUTIVO FORTE, UMA CONSTANTE DO ESTADO BRASILEIRO

Com a instauração formal do sistema federativo pela nova ordem republicana no País, presenciámos mais uma vez durante o fim do século passado, e por todo o decurso deste século, uma realidade incômoda, que avulta em toda a nossa história: a trajetória do executivo forte, menos com a força da lei, talvez — porquanto esta sempre esteve em crise — do que com o arbítrio, servido de avultada massa de poderes materiais, com que fazer a decisão e impor o estilo de obediência social a classes raramente auscultadas e ordinariamente intimidadas pelo emprego de meios coercivos. Não é à-toa que se tem observado a ausência do empenho sério por parte dos nossos federalistas do Império e da República em fortalecer a órbita federativa do legislativo, relegada a plano injustamente secundário, como se a Federação, para ser pura ou legítima, consistisse somente numa equilibrada e formal repartição de competência — que aliás nunca tivemos — entre o poder federal e os poderes federados.

Constitui indubitavelmente um dado valioso para a compreensão de nossas instituições políticas o vício do executivo forte. A imagem desse executivo lavrou sulcos profundos na consciência brasileira, por motivos que decerto se prendem à natureza de nossa formação histórica e ao sentido em que evoluímos como organização política, na qual fez-se o Estado predecessor da Nação e bem cedo se converteu no centro capital de unidade e promoção de nossa existência como povo.

Tivemos, assim, Executivo forte para fazer a Independência, forte também para consolidá-la, não menos forte para golpear a Constituinte, em 1823, e de vocação sempre forte, quando objeto de contestação no decurso das crises que traumatizaram a comunhão política do País. Aí sua fraqueza ocasional foi sempre pretexto para levantá-lo depois copioso de forças e carregado de onímodas prerrogativas, conforme tem acontecido até aos nossos dias. Assim na Abdicação, na Maioridade, na República, na Revolução Liberal, no Estado Novo, na Redemocratização, no suicídio de Vargas, na renúncia de Jânio Quadros, na deposição de Goulart, servindo todos esses momentos históricos de marcos com que assinalar uma inclinação pendular do País para o advento do executivo forte. Aqueles episódios ou antecederam ou sucederam a estados passageiros de fraqueza e abatimento e desorganização política, logo ultrapassados pelo estabelecimento da autoridade, dotada de instrumentos fortes de ação executiva.

Tudo isto vem em abono da tese de que nunca tivemos autêntico e genuíno federalismo, nem na doutrina nem nas instituições, e sempre nos voltamos para o alargamento progressivo das atribuições cometidas às autoridades depositárias do poder central. Quando se deu o ato republicano de instituição do sistema federativo, as províncias foram declaradas "soberanas" por decreto tecnicamente errôneo dos federalistas da Proclamação da República, menos ver-sados talvez em teoria federativa do que os da Constituição de 1890-1891 e,

portanto, sem nenhuma lição teórica daqueles fatos desenrolados na guerra civil dos Estados Unidos, país que, por um paradoxo, lhes serviu de modelo ao projeto federativo e onde os adeptos da causa vitoriosa foram às armas justamente para provar que não há nem é possível haver Federação de Estados soberanos e, portanto, aptos à secessão (2).

Os acontecimentos cedo se incumbiram de cortar os excessos da abstração federativa, fazendo as águas volver ao leito por onde sempre correram: o dos executivos fortes e prestigiados. Com efeito, a autonomia outorgada aos Estados aproveitou apenas, como já era de esperar, aos executivos estaduais, expressão oligárquica de um poder aparentemente constitucional, mas em verdade baseado na força do coronelato. Os mais poderosos dentre esses executivos se coligaram de modo instintivo para fazer face à fraqueza constitucional e federativa de cima, inaugurando a célebre política dos governadores, a fórmula "café com leite", do eixo Minas-São Paulo, e que dominou boa parte da Primeira República, forçando a eleição dos nossos Presidentes, numa escolha fechada, produto das transações de cúpula. Ao invés de um Congresso forte, em substituição de um Executivo federal passageiramente obnubilado, tivemos a base da liderança política deslocada para os governadores. Ficavam estes em órbita federativa inferior, mas ainda assim de natureza executiva, em coerência, pois, com a nossa História, consoante intentamos demonstrar.

Demais, federalismo não quer dizer unicamente feixe de relações verticais entre a União e o Estado, entre a política de baixo, das entidades autônomas, e a política de cima, da entidade federal, senão também sistema horizontal e harmonioso de relações recíprocas e de coordenação de competência entre poderes políticos independentes em suas respectivas esferas de ação. Fora daí não há que falar de federalismo verdadeiro, mas de uma deformação que perverte o caráter das instituições. O executivo forte, preparando o Estado Leviatã, constituiu sempre em nossa história um desafio angustiante à ação dos constitucionalistas, que o queriam amoldado às exigências mais abstratas do liberalismo brasileiro. Não souberam estes porém usar da imaginação política para conceber nova estrutura federalista acomodada aos imperativos indeclináveis do Estado de direito. Se a consciência dessa verdade fosse presente, não teríamos apenas nos cingido a avolumar a competência da União e a dilatar as atribuições presidenciais. Houve em consequência uma obesidade constitucional em proveito do executivo e em detrimento das unidades federadas e dos demais poderes constitucionais da Federação, nomeadamente o legislativo.

#### 4) A NATUREZA POLÍTICA DO FEDERALISMO DA PRIMEIRA REPÚBLICA E A ILUSÃO RECENTE DE UM "FEDERALISMO COOPERATIVO"

Um dos traços mais curiosos do federalismo da Primeira República foi seu caráter preponderantemente político, quase sem mescla de ingredientes econômicos e financeiros, desses que estorvam a repartição de rendas ou o exercício da competência tributária e abalam as bases do sistema, dificultando a convivência das unidades federadas. A guerra interna das tarifas, que decerto houve, foi antes uma controvérsia jurídica à face de uma correta aplicação do texto constitucional do que propriamente um conflito econômico de vasta potencialidade política, como o que de último estala no federalismo contemporâneo, com

o País se repartindo economicamente em Regiões. Nestas, a identificação de interesses produz uma solidariedade nova, de teor regional, prestes a demandar contornos políticos, fora do que a Constituição desatualizada prevê ou consente. São interesses que se agrupam ao redor de uma expectativa de favores, concessões e ajudas. De 1946 a 1964, tomaram eles a forma de paternalismo assistencial com programas de ajuda da União às Regiões, inclusive pelo emprego de recursos provenientes de receitas orçamentárias vinculadas (os percentuais da Constituição de 1946). Esse paternalismo, tão manifesto e agudo na Terceira República, já se fez todavia declinante, desde a SUDENE e a intensificação recente das fórmulas econômicas de planejamento em esfera global e regional.

Sendo realidade nova a comunhão regional de interesses — hoje ainda numa fase mais econômica do que política — cedo ou tarde demandará, conforme já se vislumbra, o reconhecimento institucional no corpo da Federação.

Vamos, porém, ao passado para receber as lições que o magistério da História nos oferece. O federalismo político do Império, que malogrou, batia-se em mais larga escala pelo princípio de eletividade dos presidentes provinciais (sempre a advocacia e a urgência de instrumentos de ação executiva), perdendo de vista o princípio da autonomia legislativa plena para as assembleias provinciais.

Quanto ao federalismo político da Primeira República, mesmo institucionalizado, não se apartou do combate pela domesticidade do Poder Executivo, acoimado então de ingerências perturbadoras e ruinosas ao invadir a órbita de autonomia dos Estados. As intervenções federais, num sistema de representação que se conservava falseado, a despeito das promessas republicanas de higienização da vida eleitoral do País, constituíam o flagelo daquele amplo período de inautenticidade constitucional, com a verdade do compromisso federativo frontalmente desvirtuada.

A intervenção do poder forte — o poder executivo federal — há sido uma constante histórica, assim no Império como na República, e algo que se tinha imposto ao País como fatalidade, ditada aparentemente pela natureza das coisas. Ontem eram as exigências da unidade nacional por fazer, hoje as exigências dessa mesma unidade por preservar<sup>(3)</sup>. Faz-se mister notar que tal intervenção, sem diminuir ou quebrantar-se, variou de caráter, mas não desapareceu, nem vemos sequer na sociedade contemporânea como fazê-la desaparecer, como extingui-la, vivendo, como temos vivido, época de compromisso governativo volvido para a edificação de uma sociedade cujo malogro ou feliz êxito se medirá em termos quantitativos (volume físico) e qualitativos (índices tecnológicos) de produção da riqueza e sua respectiva distribuição social.

Outrora, quando revestiam ostensivo matiz político, as intervenções federais eram malsinadas, reputando-se uma calamidade, que punha de pé as resistências autonomistas dos Estados-membros. Hoje, as intervenções federais, de ocorrência cada vez mais freqüente, porém de natureza diversa, sobretudo de teor econômico, recebem o endosso das Constituições e como instrumentos legítimos de ação administrativa do poder central, passam a ser aclamadas pelos Estados-membros e até sofregamente desejadas em nome do desenvolvimento regional, do desafogo financeiro e das promessas materiais de riqueza que poderão trazer às economias estaduais.



O trânsito da velha e combatida mentalidade federativa para os novos rumos da ordenação política nacional já fora assinalado e pressentido, há cerca de dez anos, pelo publicista Oswaldo Trigueiro. Concluindo um trabalho sobre o federalismo, escreveu ele: "Os Estados aos poucos vão deixando de ser coletividades públicas dotadas de efetiva autonomia para transformar-se em entidades autárquicas de governo regional amplamente descentralizadas sob o aspecto administrativo, mas estritamente subordinadas à hegemonia política, à supremacia legislativa e ao imperialismo econômico da União" (4).

De último, o conceito de federalismo, se o traduzirmos na linguagem clássica da sociedade liberal, tende a desvanecer-se. Os fatos fizeram ontem a teoria federativa (sociedade do "laissez-faire"), os fatos estão hoje a desmanchar essa teoria (sociedade do intervencionismo estatal). Breve, ou a palavra federação estará riscada do vocabulário político ou nos chamados países federalistas uma Constituição ousada já não terá necessidade de empregá-la, a menos que saiba utilizar aquele termo com respeito a uma estrutura organizada de Estado que nada tenha que ver com a doutrina dos compêndios nos quais leram outras gerações, atormentadas de problemas diferentes e movidas de distintas preocupações políticas.

O chamado "federalismo cooperativo" tem sido uma palavra amena e esperançosa, de emprego habitual pelos publicistas que ainda acreditam comodamente na sobrevivência do velho federalismo dualista, batizado com outro nome, posto que esteja a encobrir realidade nova. Mas não se trata de dar nome novo a realidades extintas. Urge reconhecer o desaparecimento da velha ordem federativa, esteada no binômio Estado autônomo e poder federal. Com efeito, a intervenção econômica da União, já institucionalizada, cassou praticamente a autonomia dos Estados, desfazendo a ilusão que publicistas de boa-fé e inocência vêm desde muito acalentando, mercê de um eufemismo corrente — "o federalismo cooperativo" — expressão confortável, mas ingênua e nem sempre bem arrazoada com que se busca dissimular a verdade rude da morte do federalismo das autonomias estaduais.

A esse federalismo há de suceder decerto um federalismo sobre novos pressupostos ontológicos, alternativa que cuidamos plenamente exequível com o federalismo das Regiões. A não ser assim, descambaremos, debaixo da capa do "federalismo cooperativo", no Estado unitário monolítico, desenvolvimentista, tecnocrático, autoritário, superintendente dos objetivos econômicos permanentes, que nada deixaria ocioso ou autônomo às esferas intermediárias.

Examinem-se os reflexos da política unificada de promoção do desenvolvimento, de que resulta um impiedoso Estado centralizador. Tudo aí paten-teará como estamos vivendo uma idade antifederativa, que já se não deixa prender aos moldes das autonomias estaduais. Se não cogitarmos desde já de reformular o federalismo com alternativas democráticas e abertas, que não sejam simplesmente a conservação rebuçada do modelo federativo do passado, ainda hoje de vigência formal, a saber, Estado autônomo e União, acabaremos inevitavelmente, com o gigantismo descomunal deste último, por institucionalizar o Estado Leviatã, cujos braços já nos apertam e cuja sobrevivência não seria a resposta que as gerações de amanhã aguardam das promessas generosas e recentes de quantos hoje se empenham na modernização política e social do Estado brasileiro.

## 5. NECESSIDADE DE REVISÃO DA FORMA DE ESTADO

A saída para um federalismo das Regiões é o que preconizamos, não porque o vejamos já desenhado sociologicamente nos traços mais recentes de nossa evolução, mas por afigurar-se-nos a única alternativa ao Estado unitário de asfixiante centralização.

Faz-se mister, por conseguinte, ver se é possível concretizar essa fórmula de modo racional, incorporando-a aos quadros jurídicos da Nação, à sua moldura constitucional. Decerto que haveríamos, primeiro, de tropeçar em obstáculos políticos e jurídicos — os preconceitos de ontem, o medo de inovar de hoje.

As cinco Constituições republicanas que reproduzem o surrado chavão segundo o qual em nosso texto magno tudo pode ser objeto de emenda, menos o regime republicano e a federação, oferecem ironicamente, ao cabo de oitenta anos de existência republicana, essa dolorosa e paradoxal verdade política, escoltada do irrefutável argumento dos fatos: nada com efeito padeceu maiores mudanças na Constituição do que precisamente o sistema federativo. A erosão tem sido tamanha que não sabemos se ele ainda existe. Cremos que não, em congruência com as razões antecedentes expostas. Mas sabemos que não há juiz que declare essa inconstitucionalidade produzida em nossa história pelo próprio costume constitucional, auxiliado das contradições acumuladas nos últimos textos constitucionais, decorrentes da ampliação das prerrogativas presidenciais e unionistas, que sepultaram na prática as instituições federativas.

A história e a vida, zombando, pois, da vedação contida no dispositivo inalterado mas írrito, fizeram da Federação coisa inteiramente oposta aos termos e às bases sobre as quais o ânimo programático dos nossos constituintes lhes havia decretado a perpetuidade. Seria tolice querer debruçar-se agora com respeito sobre aquele artigo. Foi-nos legislado por uma geração sem os nossos problemas. Não há conseqüentemente como procrastinar uma reforma necessária, por mero aferro e veneração a um axioma constitucional duvidoso, baldo de todo o sentido histórico, político e doutrinário, porquanto gerado nas reflexões racionalistas de constituintes republicanos, atados em 1891 ao influxo da ideologia do liberalismo. Não há Federação intocável. Demais, o que o texto imutável literalmente proíbe é abolir o regime republicano-federativo, coisa completamente distinta de transformá-lo ou alterá-lo para ditar-lhe aperfeiçoamento e acomodação a circunstâncias novas advenientes dos imperativos sociais e econômicos de nossa época. São essas circunstâncias que reclamam não raro uma politização oposta aos moldes tradicionais daquele federalismo contido na região teórica e dotado de rigidez incompatível com a flexibilidade de ação inerente ao Estado moderno, e que uma vez ausente paralisaria o Executivo, gerando em conseqüência crises constitucionais ruins à Federação.

O que nos estarrece numa hora de mudança e desafio do esquema federativo em crise é a nenhuma preocupação com a revisão da forma de Estado. Tem havido no País louvável empenho reformista cujos frutos na órbita financeira e econômica já entramos a apanhar numa colheita próspera e rendosa. Tem-se manifestado por igual uma ansia de abertura para o Estado de direito e para o retorno à normalidade constitucional, mediante a consagração de uma forma

política que ainda se busca. Uma forma genuinamente brasileira e democrática, que permita o reenquadramento da vida pública em moldes que não sejam os de uma simples restauração do passado. Mas quantos forcejam por abrir essa nova estrada às instituições políticas parecem supor que basta animar de um sopro de plena liberdade as duas tribunas reprimidas — imprensa e Congresso —, para que subitamente ocorra a pronta e eficaz restauração democrática. Há vozes políticas ardorosamente entregues ao debate, com apresentação de esquemas e projetos de reabertura, sem tocarem, todavia, num ponto que merece aprofundados estudos: o da reformulação do sistema federativa, que a nosso ver é de capital importância. Com efeito, a crise desse sistema, enquanto perdurar, afetará a normalidade das instituições. Não há razão, portanto, para que esse ponto subsista deslembrado e ausente das reflexões mais usuais feitas ao redor da eventual reforma política.

É inexplicável essa indiferença à questão federativa, naquilo que entende com a necessidade de um remédio eficaz, de natureza institucional, e não simplesmente paliativa, aos problemas federativos já presentes e em debate, e que, conforme veremos, não poderão nunca ser resolvidos nas dimensões de um federalismo clássico do modelo liberal. Não se deve redemocratizar o País sem cogitar por igual na modalidade de federalismo que se perfilhar. Os vícios que mataram o federalismo das autonomias não poderão conviver com uma estrutura legitimamente democrática. Cedo a massa de atribuições e prerrogativas concentradas nas esferas executivas e presidenciais da União por decorrência do rompimento do antigo equilíbrio federativo se abateriam sobre o novo organismo jurídico-democrático, destroçando-o por inteiro. A presente forma de federalismo se apresenta mais extinta que a democracia mesma; esta respira nos partidos do sistema único, ao passo que o federalismo padeceu graves golpes a que já sucumbiu tanto na letra da Constituição como nas práticas políticas vigentes.

Urge, por conseguinte, um novo quadro federativo para o Brasil. Não basta pleitear a consagração de novo modelo político de relações de governo no âmbito de um retorno democrático. A desatualização constitucional do presente federalismo brasileiro nos assombra. Seu teor de profundo irrealismo e inveracidade configura uma hipocrisia que se confirma numa superstição. O preconceito das palavras na linguagem constitucional fez da separação de poderes e do federalismo um dogma. Em verdade, o mais desacatado e desobedecido de todos os dogmas da doutrina constitucional. É, enfim, o culto de formas peremptas. Em verdade, não possuímos nem uma coisa nem outra, nem separação com representatividade genuína, nem federalismo com autonomias autênticas. E o pior é que o texto da Constituição veda, conforme já acentuamos, que se toque naqueles princípios; um, escorado pelo regime representativo intangível; o outro, por idêntica proibição exarada no texto sonolento, repetido sem crítica e sem acuidade lógica e que, à força de inércia, subsiste desde a Constituição de 1891. Nunca se fez um exame profundo e atento dos novos imperativos institucionais em matéria federativa que a realidade nacional parece estar levantando a cada passo. A despolitização da classe jurídica brasileira e o despreparo jurídico das lideranças políticas talvez respondam pela presente omissão. É chegada, pois, a hora de fazer essa indagação e suscitar esse problema, colocando-o em debate. Não queremos abolir a Federação, mas apenas revitalizá-la.

## 6) MANDATO QUE NÃO ESTÁ NA CONSTITUIÇÃO: O DOS REPRESENTANTES DAS REGIÕES

A princípio teve-se a impressão de que o desenvolvimento *despolitizara* o problema federativo no Brasil desde que as relações entre a União e os Estados entraram normalmente num quadro de flagrante supremacia do poder federal, justificando-se esse grau de ascendência tanto em tese como na prática pela possibilidade que só aquele poder possuía de levar a cabo a revolução industrial do País. E com tanto mais razão visto que em suas mãos concentrava a massa de recursos indispensáveis à implementação de tal objetivo, bem como o poder decisório necessário.

O declínio do federalismo dualista no Brasil coincide pois com a ascensão dos problemas desenvolvimentistas, medindo-se a queda do antigo desenho de organização política pelo grau de intensidade que os ditos problemas tomaram na consciência do País, em ordem a arredar das preocupações primárias de governo a simples relação política União-Estados, tão preponderante ainda durante a Primeira República. Desde a Revolução de 1930 que se opera o abalo das autonomias estaduais. Em algumas fases de modo quase imperceptível, como ao início da vigência da Constituição de 1946, noutras com mais estrondo, como depois da Revolução de 1964. A verdade porém é que o federalismo dualista chega ao seu termo.

Mas uma nova politização se esboça no horizonte federativo; se não nos enganamos ela deriva das Regiões como um processo em que tal resultado virá suceder a um extremado e sufocante centralismo operado pelos poderes federais. Os Estados se aglutinam hoje numa dimensão regional, desconhecida ao federalismo de cunho clássico. Fortalecidos por esse laço entram eles a requerer. E o fazem com a plena força que lhes confere a comunhão de interesses disciplinados ao redor de uma política econômica projetada em âmbito regional (<sup>5</sup>).

Alcançamos, por conseguinte, um ponto em que o País, dando impulso à planificação econômica e social, já não pode desprezar e ignorar os novos aspectos políticos da questão federativa, a menos que incorra em inteiro irrealismo constitucional, ou nesta conjunção seja cego à formulação de seu desenvolvimento político.

As disparidades regionais aí estão como um grito agudo de crise, que fez estalar a medula do velho federalismo. O combate a essas disparidades tem, mais que qualquer outra causa, predisposto o parlamento brasileiro a exercer uma função modificadora da natureza do sistema federativo, pela formação de uma consciência regional que já se elabora, posto que formalmente ignorada do texto da Constituição. O grupo de pressão parlamentar mais atuante em termos de política regional, fiscalização e combate pelos interesses da Região é sem dúvida o dos deputados e senadores do Nordeste, a chamada Bancada da SUDENE. Vozes de outras Regiões, por sua vez, já têm ecoado uníssonas e organizadas na tribuna parlamentar, tendendo aliás a um eventual concerto de atitudes, que se cristalizariam em torno dos respectivos interesses regionais.

Debates havidos no Congresso Nacional mostram, com clareza, o fenômeno político diferente que estamos presenciando e cujos efeitos já afetam o federalismo vivo, pai do centralismo unitário do Poder Federal e da inanição e inibição das autonomias estaduais. Franco Montoro, num aparte ao Senador João

Cleofas, quando este se ocupava do problema das desigualdades regionais, assim se exprimiu em agosto de 1971: "Isto precisa ser dito aqui com frequência para que exerçamos a função de fiscalização e de representante das diversas regiões. Estas para aqui nos enviaram a fim de, em seu nome, trazer ao conhecimento da Nação seus problemas" (6).

Aí o representante paulista punha de manifesto a natureza de um novo mandato que a Constituição escrita não prevê — o mandato regional — mas a que ele, como tantos outros, se tem antecipado, sobraçando a Constituição viva, aquela que um dia acaba por impor-se aos textos sempre defectivos e sempre necessitados da complementação valiosa e fecunda do costume constitucional, a cuja sombra as Constituições rígidas prosperam em termos de estabilidade e sobrevivência, ultrapassando crises que sua inadequação não suportaria.

Não menos características de uma conscientização progressiva da mentalidade regional de nossos parlamentares são as palavras proferidas pelo Senador Paulo Guerra, em maio de 1972, num aparte ao Senador Arnon de Mello: "Mas é tão palpitante o assunto e tão atualizado que nós que integramos a representação nordestina não temos força para conter o nosso desejo de participar também da brilhante peça oratória, do brilhante trabalho que V. Ex<sup>a</sup> faz nesta tarde" (7).

Do mesmo senador, quando aparteava o seu colega João Cleofas: "A SUDENE também não tem culpa, pelo contrário, ela incorporou o Piauí ao Nordeste. Criou no Nordeste a mentalidade regional. Erradicou a mentalidade de cada Estado lutar individualmente" (8).

De idêntico teor as palavras do Senador Dinarte Mariz, quando exprimia a nova representatividade de cunho regional: "Estou certo de que o Nordeste vai não só se enriquecer, mas também ficar realmente tranqüilo quanto aos serviços que nós nordestinos estamos prestando e à capacidade que teremos, realmente, não só hoje como no futuro, de continuar a defender os interesses da nossa Região" (9).

A tônica verbal da representatividade regional se acha também presente nas palavras do Senador Eurico Rezende, Líder da Maioria no Senado, quando assim se exprime: "O que nós, do Sul, perdemos, para os eminentes representantes do Nordeste, é quanto ao conhecimento dos seus problemas, assim mesmo de alguns problemas" (10).

Esse senador, que principiara seu discurso sobre a ação dos representantes nordestinos, declarando que "o quorum daquela Região hoje, é aqui majoritário" acrescenta com forte teor regionalista: "Estou procurando levar o debate até dizendo que, num pronunciamento básico, detalhado, inclusive de representante do Nordeste, há necessidade de auscultar as estatísticas. Não tem o Congresso Nacional um representante do Nordeste capaz de, num discurso de improviso, oferecer detalhes" (11).

O Senador José Sarney não mede expressões quando se reporta a "nossa dedicação" e "nossa fidelidade àquela Região à qual servimos e da qual somos intérpretes" (12).

Só os constitucionalistas infensos à mudança que se opera na estrutura federativa do País poderão ignorar a nova linguagem política empregada no rosto parlamentar, bastante para corroborar o teor novo que o mandato representativo vai espontaneamente alcançando, a ponto de tornar-se cada vez mais um mandato regional e cada vez menos um mandato estadual.

Com efeito, hoje a realidade nova é a presença política da Região, combatendo politicamente no legislativo federal. A matéria de que se alimenta o debate que ora enseja o amadurecimento de uma consciência regional é sem dúvida de elevado cunho federativo, conforme vemos, porquanto entende com as desigualdades regionais. Os debates mais fortes se travaram a propósito da legislação tributária, concentrando-se ao redor da injustiça que o ICM representa para os Estados consumidores, nomeadamente os da região nordestina. A questão regional foi aí levantada em toda a sua plenitude, politizada em termos surpreendentes, que denotam a necessidade de uma revisão federativa profunda e não apenas adstrita a uma passageira acomodação de interesses antagônicos. Parece que os nossos parlamentares, presos apenas aos aspectos aparentes da questão, não perceberam o feixe de conseqüências que se poderiam extrair dos problemas analisados.

#### 7) TENSÕES REGIONAIS E INTRA-REGIONAIS ALTERAM A NATUREZA DO SISTEMA FEDERATIVO NO BRASIL.

Vejamos a seguir se as tensões regionais e intra-regionais existem e se o remédio a esses males não se acharia talvez numa representatividade regional claramente formulada e estabelecida. O ponto de fricção mais ostensivo no desequilíbrio dos interesses econômicos inter-regionais ocorre entre a Região Nordeste e a Região Centro-Sul do Brasil. A recapitulação sumária das queixas que têm encontrado eco nas duas Casas do Congresso Nacional faz transparecer a importância política do problema no âmbito da Federação brasileira. Os representantes nordestinos mais obstinados em sufragar a tese da redenção regional do Nordeste como um fator dominante para a integração nacional têm sido os Senadores José Arnon de Mello e João Cleofas, sobretudo o primeiro.

Cumpra investigar, por conseguinte, como deveras esclarecedor da questão federativa brasileira, em nossos dias, naquilo que ela oferece de mais surpreendente em seus novos aspectos, o comportamento da "bancada da SUDENE" no Congresso Nacional. Os temas essenciais que tem levado ao Plenário, colocando-os na pauta dos debates, são quase todos relativos a correção imediata dos largos desníveis regionais, cuja continuidade — perceberam com sutil engenho — pode comprometer a unidade nacional, fazendo estalar os cimentos da comunhão federativa ou anular de modo não menos funesto as possibilidades de um poder central limitado, cujo pêndulo já se move violento e rapidamente para as instituições de competência altamente concentrada, típicas da organização do Estado Leviatã.

Observa-se toda uma série de interesses regionais e até intra-regionais defendidos com extrema tenacidade fora da "área autônoma" dos Estados, que a planificação, toda ela orientada em âmbito regional plenamente unitário, reduziu a nada. Há doravante um contexto econômico maior — a Região — em que aquela área estadual foi absorvida por superiores razões técnicas que o desenvolvimento de maneira irrevogável trouxe. A repercussão política tem

sido imediata com o novo elo regional que já se observa, alterando o caráter do mandato e da representatividade parlamentar, conforme anotamos.

Por outra parte, verifica-se não ser apenas a Região nordestina que movimenta seus interesses econômicos, organizando-se para tanto numa cruzada reivindicatória, que busca a audiência da Nação e por essa via favorável disposição dos centros decisórios supremos com assento na esfera do governo federal. Também outras Regiões despertaram para a participação no distributivismo do poder central cuja política assume sem dúvida o interesse nacional, mas que na consecução desse mesmo interesse não poderá nem deverá nunca dispensar o valioso concurso de opiniões e interesses regionais competitivos. De saudável efeito, redundaram já numa compreensão mais exata e mais perfeita dos problemas e das necessidades de cada Região, em termos federativos.

A batalha pelos incentivos fiscais demonstra que outras Regiões entraram na mesma arena, disputando também os favores do Fisco, até há pouco quase um monopólio da política desenvolvimentista do Nordeste. A luta das Regiões é uma espécie de luta de classes noutra esfera política — a federativa. A pulverização dos incentivos (artigos 34 e 18) patenteia que essa luta já se vem travando com algumas conseqüências de todo desfavoráveis à Região nordestina, cujas queixas a esse respeito têm eco na tribuna parlamentar.

Em agosto de 1971, o Senador João Cleofas apresentava no Senado um quadro dos incentivos fiscais por opções, ponderando a seguir: "Esse quadro evidencia que até 1965 a SUDENE absorvia 90% do montante dos incentivos, passando a 80% em 1966, decrescendo para 75% em 1967, caindo para 62,5% em 1968, declinando para 59,8% em 1969 e reduzindo-se de modo sensível para 52,5% sobre o montante dos incentivos captados em 1970. Enquanto isto está crescendo, no mesmo período, a parcela dos incentivos para reflorestamento, turismo e SUDEPE". Um aparte doutro senador elucidava que em 1971 haviam eles caído para 47% (13).

O desvio dos incentivos fiscais da área nordestina tem produzido amargas reflexões dos parlamentares daquela Região, não faltando vezes que insinuem haver partido das Regiões mais desenvolvidas do País resistências à política de industrialização a todo vapor do Nordeste, sobre a qual parecia haver fixado a SUDENE seus objetivos de redenção econômica da área. O Senador João Cleofas chegou a queixar-se dos efeitos danosos de "uma publicidade excessiva no sentido de que o problema do Nordeste era rivalizar com São Paulo", por tratar-se sem dúvida duma distorção que abria espaço a conjecturas sobre um eventual e futuro confronto de economias rivais (14).

Esse temido confronto, aliás, já teria ocorrido, conforme se deduz das palavras do Senador José Sarney ouvidas no Senado. Mas com a diferença de que não se há travado entre economias de forças iguais, senão entre uma economia fraca e incipiente, a do Nordeste, e outra economia satisfatoriamente desenvolvida, qual a do Centro-Sul. O desfecho tem sido a inevitável absorção e desintegração da primeira pela segunda, ou, em outros termos, como no apólogo, a panela de ferro quebrou a panela de barro na descida da correnteza.

Ilustrativos desse estado de competição entre as duas Regiões são os clamores do Senador José Sarney em 1971: "Tenho a impressão de que é aquilo

que podemos ver atualmente caracterizado como fenômeno que enfrenta o Nordeste: é o confronto da poderosa economia do Centro-Sul, construída com o apoio, com os dólares, com o trabalho do Nordeste, Nordeste que se preparou e, quando descoberto para o Brasil, essa economia nos encontrou desarmado para enfrentar essa concorrência. Este o fenômeno que presenciamos no momento: o Nordeste desarmado, o Nordeste despreparado, o Nordeste descalço diante de uma confrontação, não para enfrentá-lo, mas para liquidá-lo de qualquer maneira". E a seguir com insopitável pessimismo: "Temos de começar tudo de novo, para poder mostrar que o problema do Nordeste ainda não começou a ser resolvido" (15).

A "luta das Regiões", projeção geográfica da luta social, provoca no ânimo de alguns senadores fortes ressentimentos regionais. Haja vista esse lugar de um aparte do Senador Dinarte Mariz ao seu colega João Cleofas: "Começarei citando apenas três produtos do Nordeste: o petróleo. Onde está sendo produzido o petróleo brasileiro? No Nordeste. Onde ele está sendo refinado? Na Região Centro-Sul do País. Quanto valerá ele em dólares para promover o desenvolvimento do País e quem é o maior beneficiado, senão a Região mais desenvolvida? Outro produto — o algodão de fibra longa. Quem o produz? Exclusivamente o Nordeste. Onde estão as fábricas de fios finos e de tecidos finos? Na Região Centro-Sul do País. Quanto valerá isto em dólares para o nosso País, promovendo o desenvolvimento? Quem aproveita esse desenvolvimento? Exatamente a faixa mais desenvolvida. O sal, onde se produz o sal? No Nordeste. Onde ele é consumido em mais de 2/3? Na Região Centro-Sul. Tivéssemos capacidade ou tempo para fazer uma avaliação, e o País ficaria estarrecido. O Nordeste não seria mais este Nordeste empobrecido e tão malsinado, como se nós estivéssemos a vida toda de mãos estiradas a pedir favores a outras Regiões. E teríamos, de volta, a compensação das nossas riquezas que estão servindo exatamente para desenvolver a Região mais enriquecida de nossa Pátria" (16).

Pondo ênfase no desnível das Regiões, o Senador Arnon de Mello traça um quadro desalentador: "A situação é grave. Hoje, o Nordeste está mais pobre em relação ao Centro-Sul do que antes da SUDENE. A SUDENE, que foi fundada para reduzir ou acabar com a disparidade entre o Norte-Nordeste e o Centro-Sul não conseguiu atingir aquele objetivo e hoje estamos mais distantes do Centro-Sul do que estávamos há 12 anos" (17).

A injustiça de uma política econômica que poderá perpetuar a disparidade inter-regional no País, abalando o equilíbrio federativo, tem sido assinalada, como se vê, com toda a energia pelos representantes nordestinos. O Senador Dinarte Mariz, por exemplo, invocando um texto do Professor Eugênio Gudin, em que este declara que "o Nordeste é uma Região que tudo que exporta é dentro da concorrência internacional e tudo que consome é subsidiado pelo próprio País aos Estados do Sul, aos Estados industrializados", assevera que "muitos artigos que necessitamos comprar para o nosso desenvolvimento nos chegam com o aumento de talvez 20% em relação ao preço internacional e, seguramente, nunca menos de 100% em cada um dos produtos. Então, não é possível uma região progredir, desenvolver-se dentro de uma nação, quando produz e exporta no preço da concorrência internacional e tudo que recebe é subsidiado a outros Estados por um aumento, nesse nível, de 100%" (18).



## 8) A LUTA NO CONGRESSO CONTRA AS DISPARIDADES REGIONAIS

Tem sido constante o empenho da Bancada do Nordeste no Congresso Nacional em levar a cabo um exame completo das causas que mais contribuem a debilitar a economia nordestina e aprofundar as disparidades regionais.

Uma dessas causas é o volume de transferência de dinheiro do Nordeste para o Centro-Sul, por via bancária, numa sangria impressionante, que decorre principalmente do ICM e da ação de empresas financeiras, entregues à tarefa de captar recursos regionais de poupança e deslocá-los para as matrizes instaladas na Região Centro-Sul.

Os dados estatísticos do Sr. Arnon de Mello, de procedência bancária, são de uma eloquência sem par, mostrando nesse tocante a injustiça tributária de que é vítima a Região nordestina, com a adoção do ICM nos moldes presentes. O desfalque de recursos que esse tributo acarreta ao Nordeste mede-se pelos seguintes números: "em 1968, o Nordeste exportou para São Paulo, Guanabara e Estado do Rio Cr\$ 373.622.000,00 e importou Cr\$ 2.553.376.000,00, o que quer dizer que pagou de ICM àqueles Estados Cr\$ 333.006.400,00, e deles recebeu, em ICM, Cr\$ 56.043.300,00. Houve portanto uma diferença contra o Nordeste, em valores de 1968, de Cr\$ 326.963.100,00" (19).

O Senador José Sarney, por sua vez, dá conta de uma pesquisa a que procedeu e cujos resultados entregou ao Ministério do Planejamento. Esse estudo técnico apresentava a conclusão de que o Nordeste pagava mais impostos que todo o Estado de São Paulo. Aliás, não ficava nisso o ônus tributário da Região sacrificada, o qual vinha mais à tona com a revelação feita pelo mesmo Senador de que no seu Estado — Maranhão — pagavam-se mais impostos ao Centro-Sul do que ao próprio Estado do Maranhão! (20)

Argumentando contra a injustiça do ICM, o Senador Arnon de Mello, escorado outra vez em dados estatísticos, apresentou considerações deste teor: "O eminente Senador João Cleofas, em discurso aqui pronunciado, demonstrou que em 1968 coube ao Nordeste, de incentivos fiscais provenientes de outros Estados e da Região, Cr\$ 456.682.000,00. Calcula-se que, retirados os incentivos fiscais originados do próprio Nordeste, tal quantia desce a cerca de Cr\$ 338.000.000,00, o que equivale a quase o total do que pagou o Nordeste em ICM, naquele ano. E a situação piorou depois de 1968, pois a 30 de dezembro desse ano o Fundo de Participação foi diminuído de 50% — recordam as classes produtoras — de 20% passou para 10%, sendo 5% para o Estado e 5% para os Municípios. E reduzidos também foram de 30%, no decorrer de três anos, os incentivos fiscais da SUDENE: em 1968, a sua percentagem era de 65% e hoje é de 47,3%, destinado o restante ao IBDF (reflorestamento), SUDEPE (pesca), EMBRATUR (turismo) e SUDAM (Amazônia). A redução dos incentivos para o Nordeste baixa a 40% se considerarmos que 50% das deduções totais correspondem a São Paulo (21).

Numa veemente defesa dos interesses regionais em reação organizada contra a espoliação tributária do ICM, a palavra parlamentar dos representantes nordestinos fez frontal advertência sobre as implicações federativas das disparidades regionais, não se cansando de recorrer a análises oriundas das esferas tecnocráticas, em abono de seus pontos de vista. Eugênio Gudín, Otávio Gouvêa de Bulhões, Rubens Vaz da Costa e os autores da Carta Econômica da Guanaba-

ra são as vozes mais freqüentemente invocadas, pela insuspeição que seus pronunciamentos revestem. Todos bradam contra o profundo agravamento das desigualdades regionais, da injustiça distributiva que o ICM produziu, do fosso aberto e crescente que se alarga entre irmãos ricos e irmãos pobres, entre Estados produtores e Estados consumidores, entre Regiões fracas e Regiões fortes. E se referem à possibilidade de um conflito nocivo à causa da unidade nacional, conforme inculcou a Carta Econômica da Guanabara.

Aprovado pela III Conferência Nacional das Classes Produtoras, esse documento não se arreda das conclusões da Bancada parlamentar do Nordeste. Vem reforçá-las poderosamente com essas conclusões: "O imposto de circulação de mercadorias, que substituiu, com vantagem, o imposto de vendas e consignações, vem enfrentando dificuldades na sua aplicação, num país de regime federativo como o Brasil, provocando grandes dissensões entre os Estados, cada um buscando o aumento da sua arrecadação.

Para evitar a permanência desse conflito nocivo à causa da unidade nacional é recomendável a federalização do imposto de circulação de mercadorias, cabendo à União a competência exclusiva para legislar sobre o tributo, deixando-se aos Estados a tarefa de sua arrecadação. Dentro dessa linha, poder-se-á cogitar de unificação do sistema IPI-ICM.

A sistemática atual do ICM acentua o desnível econômico entre os Estados produtores e os Estados consumidores pela transferência de uma maior soma de recursos dos últimos para os primeiros, representada pela agregação do tributo ao preço de mercadoria" (22).

Dessa análise persuasiva passaram as Classes Produtoras a recomendações concretas, contidas na Carta Econômica:

- a) distribuição igualitária da alíquota do ICM, cabendo 50% ao Estado produtor e 50% ao Estado consumidor;
- b) exclusão, na base de cálculo do ICM, do imposto pago na operação anterior, com o que se respeita o princípio da não-cumulatividade do tributo;
- c) proibição a qualquer Estado de conceder isenções do ICM;
- d) não-incidência do tributo sobre os encargos financeiros em quaisquer vendas a prazo, a exemplo do que ocorre quando a operação é praticada através de instituições financeiras" (23).

A Carta se reporta a "grandes dissensões entre os Estados, cada um buscando o aumento da sua arrecadação". Se os Estados, porém, procedem ainda insuladamente na adoção unilateral de medidas próprias de defesa, buscando aumento de arrecadação, a verdade é que se trata de um expediente transitório, porquanto os mais atingidos da injustiça já atuam no campo parlamentar em congregação de vistas, com propósitos claros e definidos, buscando a consecução de uma política de conjunto que, antes de aproveitar a este ou àquele Estado, há de aproveitar a toda uma Região, em cujo nome se fazem as súplicas de governo. Não é Alagoas, Maranhão, Sergipe, não são os Estados "autônomos" da Federação que se batem cada qual contra aquilo que lhes fere o interesse econômico, mas o grupo, a Região, conforme vimos.

Quando a Região Norte-Nordeste opõe à Região Centro-Sul um protesto com argumentos decisivos acerca de danos causados, menos a este ou àquele Estado de per si, do que a toda uma Região, a todas as suas populações, não padece dúvida que ela fala e reclama e brada como órgão de um alto interesse regional, condensado na voz de seus parlamentares. Acham-se eles dotados, aliás, de um novo título de representatividade que, embora ignorado do texto constitucional, tem curso na oratória política do Congresso.

O Senador Arnon de Mello, expondo a dependência amarga da economia nordestina bem como a pressão econômica adveniente do desequilíbrio que colocou a Região Centro-Sul e os Estados produtores numa posição privilegiada, derivada da injustiça tributária, assim comenta a anomalia que fez o consumidor nordestino ser tributado fora de sua Região: "Lembro, Senhores Senadores, que nenhum país colonial, por mais cruel que fosse seu colonialismo, jamais, em nenhuma época da História, cobrou Imposto de Consumo das suas colônias" (24). A isto segue-se o desabafo contido noutro discurso: "O que defendemos é que o imposto de consumo deve ser pago ao Governo de cada Estado consumidor, o que é de inteira justiça, além de toda conveniência. Não seria melhor para os Estados pobres viverem da sua própria receita tributária do que destinarem parte substancial dela aos Estados desenvolvidos e ficarem a ver navios, na condição de pedintes e dependentes da assistência financeira da União?" (25).

Todo esse doloroso quadro atesta que o problema federativo em âmbito econômico se deslocou por inteiro do velho dualismo União-Estados para esfera nova e mais elevada, a saber, União-Região, cabendo ao poder federal a tarefa básica de operar a *composição política* dos interesses discrepantes. A *composição econômica*, esta já se alcançou teoricamente desde o advento do planejamento econômico, concebido em bases regionais, ao passo que a *composição política* com participação regional só se alcançará mediante uma reforma profunda da carta constitucional, que coloque o País em dia com as suas novas dimensões e realidades no campo federativo.

Mas não foram unicamente as tensões resultantes das disparidades inter-regionais que demoliram o federalismo dos Estados autônomos, determinando a perda de significado dessas unidades que já deixaram de ser encaradas politicamente como expressões ou categorias econômicas insuladas. Também as tensões intra-regionais estadeiam a importância e complexidade da concepção regional, bem como a necessidade urgente de politizá-la em âmbito federativo, para que se chegue a uma solução mais segura e estável de problemas que já não são deste ou daquele Estado, mas antes desta ou daquela Região.

As lutas intra-regionais tiveram, por igual, eco no Congresso. Seu palco tem sido a Região-problema mais sensível do Brasil, que é o Nordeste.

Com efeito, ainda há algum tempo levantava-se no Senado um representante piauiense — o Senador Helvídio Nunes — com a assertiva de que não existe apenas um Nordeste, mas vários Nordestes. Referia ele então que 76% dos incentivos fiscais cabiam à Bahia e Pernambuco, ficando o Piauí apenas com a fatia de 0,3%, o Piauí que, segundo outro Senador, produzia em um mês o que São Paulo produz em quatro horas!

Outra queixa intra-regional contra a SUDENE procede do Deputado Manoel Novaes. Alega ele que os 893 projetos industriais aprovados pelo sobredito

órgão ficaram quase todos localizados na faixa litorânea do Nordeste, provocando, em conseqüência, uma nova e inesperada desigualdade entre os habitantes do litoral daquela Região e os do Sertão e do São Francisco. Acrescentou Novaes a esse respeito: "E se assim continuarmos, fácil será admitir que a renda *per capita* do setor rural do Nordeste, que envolve o médio São Francisco, de US\$ 136 em 1970, conservar-se-á, dentro ou pouco além deste índice, se qualquer empreendimento de envergadura não for demarrado imediatamente pelo Governo Federal para impedir que até 1980 o contraste do desenvolvimento entre o São Francisco e o litoral Nordeste seja mais chocante que o vigente entre o Centro-Sul e o Norte-Nordeste e combatido pelo Presidente Médici" (26).

Mostrando-se ainda melindrado com o órgão precursor do planejamento econômico no Brasil, que é a SUDENE, por haver perdido de vistas a Região do São Francisco, o mesmo Deputado Novaes, depois de fazer o elogio do PROVALE, declara que daí resultou o fim do "falso conceito de que o Nordeste carregava o São Francisco na garupa de seu cavalo magro, quando em verdade era o São Francisco, desde 1954, com a inauguração da USINA I de Paulo Afonso, quem injetava sangue fresco no organismo combatido e quase inanido do Nordeste" (27).

#### 9) A INSTITUCIONALIZAÇÃO POLÍTICA DAS REGIÕES MEDIANTE A CRIAÇÃO DE UM QUARTO NÍVEL DE GOVERNO

De tudo quanto vimos infere-se que é vã a pretensão de estudar os problemas do federalismo no Brasil fora do quadro político-econômico das tensões regionais e intra-regionais. A nova moldura se apresenta com aspectos completamente desconhecidos a outras épocas federativas de nossa história, nada ficando, no espaço observado, para o velho federalismo das autonomias estaduais. A teoria federativa clássica é estrondosamente refutada pelos fatos novos surgidos depois que ingressamos na idade do planejamento econômico e da racionalização científica das medidas de governo. É óbvio que todo federalismo importa em equilíbrio, coordenação, harmonia, consentimento, pluralismo, em suma, representa sempre uma fórmula desejada de compatibilidades. Mas nunca devemos, por outro lado, perder de memória que o ponto de partida para essa fórmula é justamente o desencontro, a disputa, a confrontação dialética, a diferenciação, a multiplicidade que compõem o volume inicial das forças centrífugas.

A verdade federativa no Brasil como possibilidade de renovação está hoje posta toda em âmbito regional, sendo as Regiões do ponto de vista tributário, financeiro, político e econômico uma palpável realidade do período que atravessamos. Por se achar o seu processo de autonomia numa fase ainda postulante, de mera iniciação, é de todo ponto desejável que essa autonomia seja estipulada e depois consolidada, de modo que a Região não fique sendo tão-somente repartição econômica e administrativa, a saber, circunscrição meramente descentralizada de um Estado onde o poder central possui monopólio tanto de ação como de decisão sobre as esferas regionais.

A esse respeito a analogia histórica é tentadora. Assim como o federalismo das autonomias estaduais partiu do centro para a periferia, foi na sua feição institucional primitiva obra do poder unitário, ato da vontade central, numa ocasião de crise das instituições, quando passávamos do sistema monárquico ao

sistema republicano e fizemos então a opção federativa, nada obsta a que se faça o mesmo com o federalismo das Regiões e que este provenha também da iniciativa do poder central, e seja por igual um federalismo "criado", elaborado, desenvolvido e sancionado pelo consentimento oficial, mediante reforma concebida no último andaime da Federação, por obra do próprio Poder Executivo Federal.

A sociologia política do presente federalismo brasileiro reconhece nesse Poder a sede das forças supremas aptas a traçar e aplicar um projeto cuja concretização fora o advento de novo federalismo. Um federalismo de bases regionais, com adoção de um quarto nível do governo, que se moveria dentro do sistema federativo no mais alto grau de autonomia, superior ao dos correntes níveis estaduais e municipais.

Perpetuar, porém, o intervencionismo e a capacidade decisória unilateral do Poder Central sobre as Regiões, como acontece ao presente, seria matar e sufocar desde o nascedouro as admiráveis virtualidades federativas das Regiões brasileiras. A politização destas deve ser estimulada como um passo largo no sentido da reforma federativa.

Institucionalizar politicamente as Regiões, complementando a institucionalização econômica, já em curso com os programas desenvolvimentistas de planejamento, afigura-se-nos a primeira das tarefas que o futuro, em nome da salvação federalista, reclama da presente geração.

Ficar desatento a esse problema significa, por outro lado, cerrar os olhos às possibilidades de ultrapassar uma crise cujo centro de incidência já se transferiu do âmbito estadual para o âmbito regional. O Estado autônomo deixou de lutar e postular. Hoje lutam e postulam as Regiões. Sociologicamente, já existe o mandato político regional. Nada mais forte, mais vivo, mais atuante — e por que não dizer também? — mais consciente e mais solidário do que a representação regional no Parlamento. Que bancada estadual atua perante o Congresso com a força, a inteireza, a disposição de ânimo da "bancada nordestina"? Que grupo parlamentar ostenta a massa de pressão facilmente avolumada no plenário quando os Deputados e Senadores da SUDENE e do São Francisco e, de último, os da SUDAM e da SUDECO se arregimentam para agitar um determinado interesse ou para bater-se pela melhoria e desenvolvimento das suas áreas? Não são esses Deputados ou Senadores que ocasionalmente fazem aquele "quorum" majoritário, a que se reportava, entre surpreso e irônico, um dos nossos Senadores? Acaso não existe já uma solidariedade regional conscientizando politicamente aquilo que poderíamos chamar, como se tem feito no Congresso, a representação parlamentar do Nordeste?

A representatividade regional é tão intensa que não conhece partidos, unindo ao redor da causa comum da Região o Deputado do MDB e o Senador da ARENA.

Em determinadas ocasiões a posição constitucional que estabeleceu rígida disciplina partidária é como se não existira, com a ARENA de Pernambuco se sentindo talvez mais à vontade ao lado do MDB de Sergipe e Bahia do que da ARENA do Rio Grande do Sul. A voz da representatividade regional se ergue com toda a força, de modo que "o partido da Região" parece tomar o lugar das legendas convencionais e formais — MDB e ARENA. Sociologicamente, é o que se há deduzido, de último, do comportamento das duas bancadas no Parlamento.

sistema republicano e fizemos então a opção federativa, nada obsta a que se faça o mesmo com o federalismo das Regiões e que este provenha também da iniciativa do poder central, e seja por igual um federalismo "criado", elaborado, desenvolvido e sancionado pelo consentimento oficial, mediante reforma concebida no último andaime da Federação, por obra do próprio Poder Executivo Federal.

A sociologia política do presente federalismo brasileiro reconhece nesse Poder a sede das forças supremas aptas a traçar e aplicar um projeto cuja concretização fora o advento de novo federalismo. Um federalismo de bases regionais, com adoção de um quarto nível do governo, que se moveria dentro do sistema federativo no mais alto grau de autonomia, superior ao dos correntes níveis estaduais e municipais.

Perpetuar, porém, o intervencionismo e a capacidade decisória unilateral do Poder Central sobre as Regiões, como acontece ao presente, seria matar e sufocar desde o nascedouro as admiráveis virtualidades federativas das Regiões brasileiras. A politização destas deve ser estimulada como um passo largo no sentido da reforma federativa.

Institucionalizar politicamente as Regiões, complementando a institucionalização econômica, já em curso com os programas desenvolvimentistas de planejamento, afigura-se-nos a primeira das tarefas que o futuro, em nome da salvação federalista, reclama da presente geração.

Ficar desatento a esse problema significa, por outro lado, cerrar os olhos às possibilidades de ultrapassar uma crise cujo centro de incidência já se transferiu do âmbito estadual para o âmbito regional. O Estado autônomo deixou de lutar e postular. Hoje lutam e postulam as Regiões. Sociologicamente, já existe o mandato político regional. Nada mais forte, mais vivo, mais atuante — e por que não dizer também? — mais consciente e mais solidário do que a representação regional no Parlamento. Que bancada estadual atua perante o Congresso com a força, a inteireza, a disposição de ânimo da "bancada nordestina"? Que grupo parlamentar ostenta a massa de pressão facilmente avolumada no plenário quando os Deputados e Senadores da SUDENE e do São Francisco e, de último, os da SUDAM e da SUDECO se arregimentam para agitar um determinado interesse ou para bater-se pela melhoria e desenvolvimento das suas áreas? Não são esses Deputados ou Senadores que ocasionalmente fazem aquele "quorum" majoritário, a que se reportava, entre surpreso e irônico, um dos nossos Senadores? Acaso não existe já uma solidariedade regional conscientizando politicamente aquilo que poderíamos chamar, como se tem feito no Congresso, a representação parlamentar do Nordeste?

A representatividade regional é tão intensa que não conhece partidos, unindo ao redor da causa comum da Região o Deputado do MDB e o Senador da ARENA.

Em determinadas ocasiões a posição constitucional que estabeleceu rígida disciplina partidária é como se não existira, com a ARENA de Pernambuco se sentindo talvez mais à vontade ao lado do MDB de Sergipe e Bahia do que da ARENA do Rio Grande do Sul. A voz da representatividade regional se ergue com toda a força, de modo que "o partido da Região" parece tomar o lugar das legendas convencionais e formais — MDB e ARENA. Sociologicamente, é o que se há deduzido, de último, do comportamento das duas bancadas no Parlamento.

Na conjunção atual, o remédio que o País emprega para curar os males das tensões e desequilíbrios regionais lhe é ministrado tão-somente pelo braço executivo federal, cujo poder centraliza todas as faculdades decisórias. As providências concretas de correção dos agravos econômicos contra os quais bradam as Regiões desfavorecidas e injuriadas partem unilateralmente daquele poder. Toda iniciativa e decisão lhe pertence. Posto numa elevação olímpica, dali contempla, dali dirige, dali inspeciona o quadro interno dos interesses em conflito e das súplicas regionais. Juiz supremo e onipotente, esse poder de cima tanto poderá ser dadivoso como avarento, sendo a incerteza a nota que sempre afligirá os pugnazos interesses regionais.

No caso concreto dos antagonismos regionais em nosso País, o Poder federal tem sido sensível ao emprego de alguns corretivos. Fazendo uma atenta e contínua corregedoria do planejamento aplicado ao País, tem ele não raro dado audiência às reclamações e críticas que partem da representação parlamentar contra as disparidades regionais. Há até um órgão ministerial a quem a reforma administrativa cometeu o encargo de programar a integração da economia nacional — o Ministério do Planejamento — uma espécie também de observador de plantão do Poder Executivo para ver e corrigir as deformidades econômicas mais ostensivas produzidas pelos desníveis regionais.

Mas se hoje algumas soluções são encaminhadas, segundo essa linha de procedimento, nada afiança, porém, que, de futuro, aconteça sempre assim, isto é, que amanhã, ao invés do racionalismo esclarecido ou do paternalismo demasiado benevolente de algumas ocasiões, tenhamos a contrapartida de um autoritarismo repressivo e contensor das aspirações regionais.

Precisam estes, portanto, de uma instância política própria, constitucionalmente definida, expressão da vontade regional, que lhe sirva de órgão e respiradouro. Urge criá-la mediante estudos que reformulem a organização federativa, que contemplem a possibilidade de levar a bom termo um ensaio de governo regional (executivo e legislativo) ou, pelo menos de início, em estilo ainda rudimentar, um centro superior de ação, coordenado em âmbito regional, que estaria para os Estados autônomos assim como os governos ou as prefeituras metropolitanas para os respectivos municípios autônomos. É de recomendar que se faça com as Regiões, numa esfera sem dúvida diferente e qualificada, o que já se intenta fazer com os pólos urbanos, que são as chamadas áreas metropolitanas: institucionalizá-las assim jurídica como politicamente.

A Região oferece ao País a saída exclusiva para a renovação de um federalismo cujas bases foram aliadas. O federalismo contemporâneo no Brasil é cada vez menos um problema de Estados e cada vez mais um problema de Regiões. Como a enfermidade política das autonomias estaduais, que sempre reputamos incurável no seio de uma organização do pluralismo liberal já ultrapassado, fez sucumbir por inteiro a autodeterminação dos Estados, é de esperar que a Federação possa ressurgir na legitimidade de seus traços mais característicos, mediante as linhas estruturais de um federalismo regional. Fora daí, a alternativa será o Estado unitário com nome de federação, esse contra-senso que repugna e fere a delicadeza do sentimento federalista, arraigado em cento e cinquenta anos de existência pátria e cuja trasladação à ordem constitucional, tendo sido já objeto de tantos litígios desde o Império à República, viria enfim perecer às mãos de um possível Estado Leviatã, erguido à sombra de esquemas centralizadores.

Não é isso, porém, o que a Nação política espera na ocasião em que houver a abertura do debate institucional. Aí o País decerto se capacitará de que há necessidade de fazer também a revisão do sistema federativo, como o primeiro de seus deveres para com o futuro. Do contrário, a raiz da centralização fará renascer o Estado unitário de vocação absolutista, que dificilmente se compadece com o Estado de direito.

## NOTAS

- (1) O fato de os três projetos da "Comissão dos Cinco" haver-se inclinado pela forma presidencial de governo (Projeto Brasiliense, art. 27, Projeto Magalhães Castro, art. 71, e Projeto Werneck-Pestana, art. 112), a verdade é que nem na "Comissão dos Cinco" nem depois, na Constituinte, esse ponto se converteu em tema central de debates, certamente por não perceberem os autores da nova Constituição o grau de importância que assumia para as instituições e para o futuro político do País o trânsito do regime parlamentar do Império ao regime presidencial da República.
- (2) É de pasmar que o Decreto nº 1 haja sido da lavra de Rui Barbosa no que toca ao emprego da expressão Estados soberanos, tão destoante do equilíbrio federativo que Rui sempre preconizou e que suas posteriores e manifestas tendências unionistas vieram corroborar. Aliás, o unionismo de Rui não se exteriorizando ali com clareza é, todavia, patente nos Decretos nº 7 e nº 12, de 20 e 23 de novembro de 1889, respectivamente. Sobretudo no primeiro, em que o centralismo político, vício acoimado ao Império, triunfa no artigo 3º do Decreto nº 7, que dispunha: "O Governo Federal Provisório reserva-se o direito de restringir, ampliar e suprimir quaisquer das atribuições que, pelo presente decreto, são conferidas ao Governo Provisório dos Estados, podendo, outrossim, substituí-las conforme melhor convenha".
- (3) Tudo isso sem falarmos dos novos imperativos do desenvolvimento que a promoção da revolução industrial retardada engendrou, em meio a preciosa tempestade de ideologias que tem abalado o século.
- (4) Oswaldo Trigueiro, "A Crise do Federalismo", RBEP, II, junho, 1961, pág. 56.
- (5) Num Seminário de Administração Municipal, celebrado em Vitória, em 1968, sob os auspícios da Associação Brasileira de Municípios, houve vozes que reiteradamente se manifestaram pela integração do Espírito Santo num órgão de planejamento regional, ressaltando em primeiro lugar as dificuldades que resultavam para aquele Estado em matéria de desenvolvimento, em razão da singular e solitária posição de corpo desgarrado de uma órbita regional e portanto desamparado do respaldo e das vantagens que só a Região, organizada politicamente como grupo de pressão — haja vista a Bancada da SUDENE — pode proporcionar. A um Estado pobre, fora dos organismos regionais de planejamento, como, por exemplo, a SUDENE, a SUDAM ou a SUDECO, de pouco ou nada lhe vale a autonomia federativa, pois o presente contexto político e econômico acentua a olhos vistos o novo binômio União-Região, o de mais futuro para os respectivos Estados participantes. Pobre autonomia fora dos vínculos regionais!
- (6) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de sexta-feira, 20 de agosto de 1971, pág. 4.112.
- (7) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de quinta-feira, 11 de maio de 1972, pág. 0653.
- (8) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de sexta-feira, 20 de agosto de 1971, pág. 4.117.
- (9) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 20 de agosto de 1971, pág. 4.022.
- (10) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de sábado, 19 de agosto de 1972, pág. 2.340.
- (11) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 19 de agosto de 1972, pág. 2.340.
- (12) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 19 de agosto de 1972, pág. 2.340.
- (13) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 20 de agosto de 1971, pág. 4.107.
- (14) Efetivamente, antes da seca de 1970, que pôs de manifesto a vulnerabilidade de certos aspectos da política de desenvolvimento da região nordestina, lavrava em alguns meios a impressão falsa, demasiado eufórica e por isso mesmo nociva, de que "a industrialização havia criado um novo São Paulo no Nordeste", conforme fez observar o Senador João Cleofas em alocução proferida sobre o assunto no Senado.
- (15) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 20 de agosto de 1971, pág. 4.121.
- (16) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 20 de agosto de 1971, pág. 4.022.
- (17) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 20 de agosto de 1971, pág. 4.123.
- (18) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0652.
- (19) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0652.
- (20) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0652.
- (21) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0653.
- (22) Carta Econômica da Guanabara, in *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0654.
- (23) Carta Econômica da Guanabara, in *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0654.
- (24) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 11 de maio de 1972, pág. 0655.
- (25) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), edição de 9 de junho de 1972, pág. 1.306.
- (26) *Diário do Congresso Nacional*, edição de 20 de junho de 1972, pág. 0791.
- (27) *Diário do Congresso Nacional*, edição de 20 de junho de 1972, 0789.



1. Sem embargo de suas concepções geniais, não prevaleceu, através dos tempos, a teoria que Friedrich Carl von SAVIGNY opôs, em 1814, à de THIBAUT (Anton Friedrich Justus) relativamente à utilidade das codificações, com mais precisão — acerca da necessidade da formulação de um direito civil comum para toda a Alemanha. O Professor de Heidelberg entendia não bastar restabelecer os antigos costumes dos alemães, como pretendia certa opinião corrente. **Eu opino, pelo contrário**, disse então, **que nosso direito civil (pelo qual sempre entenderei aqui o Direito privado e o penal, assim como o processual) necessita de uma rápida transformação e que os alemães não poderão ser felizes em suas relações civis senão quando todos os governos alemães cuidarem de pôr em vigor, unindo suas forças, um código promulgado para toda a Alemanha, subtraído ao arbítrio dos governos singulares.** (Anton Friedrich Justus Thibaut, "Ueber die Rothwendigkeit eines allgemeinen Rechts für Deutschland", "Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania", trad. de José Dias Garcia, Madrid, 1970, pág. 11.)

O triunfo, aliás, do movimento pela codificação, no mundo moderno, conforme demonstração feita por EDUARDO COUTURE em sua última conferência pública, pronunciada aqui no Brasil (Curitiba) pouco antes de morrer, cabe a JEREMIAS BENTHAM, que o processualista uruguaio chama **o realizador de sonhos e o sonhador de realidades mais admirável que o pensamento jurídico já teve.** (Eduardo Couture, **Los Tres Poetas del Derecho**, Divulgação nº 37, da Faculdade de Direito do Paraná, Reedição Comemorativa do 22º Aniversário de Fundação, Curitiba, 1972.)

Ainda ressoavam os aplausos colhidos pela obra de THIBAUT e já no mesmo ano de 1814 o seu insigne colega da Faculdade de Direito de Berlim lhe opunha formal contestação, em livro famoso.

Para SAVIGNY, o Direito tinha uma natureza histórica, de tal modo que sua formação não se dava nunca por causa da decisão de um legis-

lador, o que punha de manifesto a inviabilidade da codificação. **Todo direito** — sustentou ele então — **é primeiramente originado do costume e das crenças do povo, e, depois, da jurisprudência; portanto, em toda parte, em virtude de forças internas que atuam silenciosamente, e não em virtude do arbítrio de um legislador.** ("Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", "De la vocacion de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho", trad. de José Dias Garcia, Madrid, 1970, pág. 58.)

2. Mas a própria Alemanha promulgaria, em agosto de 1896, o seu famoso Código Civil (BGB), e o advento de vários outros se seguiu às doutrinas de SAVIGNY. Não só floresceu, no século passado e neste, a codificação dos diferentes ramos da ciência jurídica, como por igual se verificou uma **renovação** dela em muitos países. Entre estes o Brasil.

De três anos a esta parte temos alguns códigos novos que revelam uma ânsia de adequação das estruturas legais aos avanços e aquisições da ciência do direito (Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, ambos promulgados por Decretos-Leis de 21-10-69, e em vigor desde 1º de janeiro de 1970). O novo Código Penal, também promulgado por Decreto-Lei de 21-10-69, teve o começo de sua vigência prorrogado (Lei nº 5.573, de 1-12-69), visto como ainda pende de discussão e votação, pelo Congresso, o novo Código de Processo Penal, cujo Anteprojeto foi elaborado pelo professor paulista José Frederico Marques. Em situação idêntica se acham outros anteprojetos de Códigos formulados por especialistas que o governo revolucionário designou nos últimos cinco anos (do Código das Contravenções Penais, de autoria do Professor José Salgado Martins; do Código de Processo do Trabalho, feito pelo Professor Mozart Victor Russomano).

Em relação ao novo Código de Processo Civil, já é Lei recentemente promulgada (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). O Projeto era um meritório trabalho do Professor Alfredo Buzaid, atual Ministro da Justiça, e que reproduz, com algumas modificações, o anterior Anteprojeto elaborado por esse eminente catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, que o entregou ao Governo Castello Branco em 1964.

Coincidiu o começo de sua formulação parlamentar com a apresentação oficial do Anteprojeto de Código Civil, feito por uma Comissão, de que é Supervisor o Professor Miguel Reale.

3. Ainda bem que esta última tarefa, sem dúvida de todas a mais complexa, coube a um intelectual verdadeiramente à altura de suas dificuldades.

Como professor de Filosofia do Direito, disciplina de que é titular na Faculdade de Direito de São Paulo desde 1940 (data de seu concurso), Miguel Reale tem uma visão global da ciência jurídica, que é, segundo suas palavras, **a ciência da experiência social concreta.**

Nas razões de sua escolha para supervisionar esse trabalho, evidente que não figurou a de ser um **civilista**, tal como sucedeu a CLÓVIS BEVILACQUA, em 1899, que, justamente por lecionar, no Recife, Legislação Comparada, e ter já então editado notáveis livros de direito civil,

mereceu a honra de ser convocado pelo Ministro Epitácio Pessoa para fazer o projeto do nosso primeiro Código Civil, que o Presidente Campos Sales queria ter a glória de sancionar.

O vasto domínio do direito privado inspirou, por igual, o Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, no século passado, a escolher TEIXEIRA DE FREITAS para formular o projeto de Código Civil, prometido pela Constituição Imperial de 25 de março de 1824, nos seguintes termos: "Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade." (Art. 179, nº 18º)

Teixeira de Freitas era a maior cabeça jurídica de seu tempo, "aquele poço de sabedoria jurídica, aquela erudição assombrosa, que admirou os contemporâneos, que possuía no cérebro todo um sistema de direito civil em sua síntese, assim como nos seus elementos mais particulares e mais especiais", segundo a apreciação insuspeita de RUI BARBOSA. (Cfr. suas "Obras Completas", vol. XXIX, Tomo V, pág. 142.)

A visão do jurista-filósofo consegue, entretanto, abranger a própria ciência do direito em sua totalidade, penetrar o fenômeno jurídico global. Ocorre ainda que o Professor Miguel Reale exerce a advocacia forense e a função de juriconsulto, possuindo assim todas as condições pessoais para se aperceber dos segredos e dificuldades do Direito em sua experiência. Pela natureza de seus estudos e pesquisas, tem necessariamente a alta visão de todo o Direito, e não apenas do direito privado. (1)

Isso mesmo se deu com outro professor de Filosofia do Direito, faz poucos anos desaparecido: FRANCISCO CAMPOS. Com igual altitude exercia o magistério de parecerista, quer na esfera do Direito Privado, quer na do Direito Público, tendo-nos por isto legado obras do maior valor sobre Direito Administrativo, Constitucional, Civil e Comercial, sem falar nos vastos conhecimentos que demonstrou possuir sobre Direito Penal, Processo Penal, e Direito Processual Civil, quando da apresentação que fez dos respectivos códigos, elaborados sob sua supervisão e logo depois promulgados pelo Governo Vargas (1939 e 1940). Era ele — disse outro insigne contemporâneo de CAMPOS — era ele homem igualmente dotado para a mais alta especulação teórica e para a captação dos aspectos pragmáticos dos fatos e das normas. (Cfr. SAN TIAGO DANTAS, "Francisco Campos — Logos e Pragma", in **Figuras do Direito**, Rio, 1962, pág. 126.)

A densidade e extensão do pensamento jurídico do Professor Miguel Reale vem, queremos crê-lo, de sua intimidade com a essência, com o ser essencial do Direito, com todas as faces do fenômeno que, primordialmente, rege a coexistência humana. Isso é que, segundo me parece, o habilita, como de fato tem acontecido, a percorrer doutamente todos os **quadrantes do direito positivo** (título de um dos seus livros), sem as limitações tão freqüentes, ressalvados, é claro, os casos singulares, entre especialistas que pouco ou nada sabem fora dos limites dos seus estudos prediletos.

(1) Teixeira de Freitas não teve os vãos do pensamento que a visão filosófica inspira, conforme a observação de Clóvis Bevilacqua. "Compensou, todavia, pela profundidade, o que, acaso, lhe faltou em altitude.". (Clóvis Bevilacqua, "Linhas e Perfis Jurídicos", 1930, Rio, pág. 131.)

Essa compreensão unitária do Direito ou do Direito em sua unidade fundamental está presente em toda a obra do Professor Miguel Reale, a partir de sua já hoje clássica **Filosofia do Direito** (1953, S. Paulo, Edição Saraiva, 2 volumes; 4ª ed., revista e aumentada, Edição Saraiva, S. Paulo, 1965). Penso que aí está a razão principal de se achar ele legitimado a supervisionar a dificultosa codificação do nosso Direito Civil, que de modo elegante designa como **Direito comum dos preceitos relativos às estruturas gerais do ordenamento jurídico nacional**.

4. A percepção do fenômeno jurídico em sua universalidade, ao contrário do particularismo habitual dos especialistas, por mais dilatados que se revelem seus conhecimentos, mune o jurista, na elaboração de um projeto de código, como no caso, para sentir a necessidade de preservar o que represente, segundo suas palavras, **preceito fundamental**, mesmo aparentemente dispensável, **sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito**, mas na verdade sendo **essencial à adequação das normas particulares à concepção ética da experiência jurídica**.

A um **civilista** talvez não parecesse tão importante atentar para esse ângulo da problemática suscitada por uma codificação, mas o jurista contempla todo o **ser** do Direito, daí por que, na sua magistral Exposição de Motivos, o Professor Miguel Reale não perdeu de vista, por exemplo, **os valores primordiais da boa-fé e da probidade**. Antes, pelo contrário, tornou explícito este ponto fundamental: **que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato** ("princípio condicionador de todo o processo hermenêutico") — o que importa no reconhecimento daqueles **valores**.

Outros, tais como os de **equidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações**, atenderão, conforme a posição tomada pelo Professor Reale, aos apelos freqüentes dos juizes e doutores, desagradando possivelmente aos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, que todavia continuará "incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático". Quem assim medita sobre o Direito está plenamente capacitado para supervisionar a composição do que denomina **a Constituição do homem comum**, que é o Código Civil.

5. Mantendo um pensamento que vem, inicialmente, de TEIXEIRA DE FREITAS, o precursor verdadeiramente heróico da luta contra o que ele próprio chamava **calamitosa duplicação das leis civis** e hoje o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA denuncia como "a dicotomia incongruente do Direito Privado", o Anteprojeto, por isso mesmo que parte da compreensão de ser o Código Civil **a lei fundamental do Direito Privado**, não distingue entre obrigações civis e comerciais. Nesta parte, afasta-se do plano adotado pela anterior comissão, segundo o qual o Direito das Obrigações constituía um Código autônomo.

6. Ao lado disso teve o Professor Miguel Reale a sabedoria de, quanto possível, defender a linguagem do Código Civil vigente, tendo em vista sua qualidade rara. Esse cuidado nem sempre foi tido por outros projetistas da codificação de nossa legislação civil em recente época,

esquecidos talvez da dificuldade de igualar a elegância e correção com que se exprime o Código de 1916.

Sempre que possível, o Anteprojeto de agora conserva a forma da lei vigente, ou, como registra o seu Supervisor, procurou-se, pelo menos, não destoar desse estilo de excepcional perfeição no campo do direito escrito. A Comissão, no particular, assumiu uma atitude que muito a recomenda ao respeito geral da Nação: **Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude de variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.**

Nada de subestimar a correção vocabular e a limpeza de sintaxe, nem de reputá-las indiferentes ao rigorismo da técnica legislativa e à compreensão do direito formulado pelos que se empenham nas boas regras de suas soluções. Afinal de contas, uma lei bela, como bem reconhece o Professor Miguel Reale, **uma lei bela já é meio caminho andado para a comunicação da Justiça.**

7. Não raro, a tal respeito, um descuido (que talvez também reflita pouco caso para com o bom estilo literário) pode redundar na deficiência da norma, como, por exemplo, ocorreu com a redação do art. 11 do anterior Anteprojeto (Orlando Gomes). Ali se designava, como causa de cessação da incapacidade do menor de dezesseis anos, a emancipação concedida **pelo pai**, tão-somente. Essa mesma causa o Anteprojeto de agora define de modo melhor, mais compreensivo, dizendo que a incapacidade cessará, para os menores, **por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público** etc. (Art. 6º, Parágrafo único.)

Uma observação desse tipo não significa despreço pelo trabalho de autoria do Professor Orlando Gomes, indisputada autoridade em direito civil, cujas numerosas obras, nessa especialidade, além de geralmente bem escritas, não terão talvez superiores da literatura jurídica de língua portuguesa, embora uma ou outra vez possamos divergir de algumas de suas concepções. A propósito, e para citar um caso elucidativo, parece-me estranhável a definição do casamento como **a união sexual legalizada**, e no entanto é assim que o apresenta o eminente catedrático baiano, no seu excelente livro "Introdução ao Direito Civil". Tanto mais estranhável é essa definição quanto, noutra de suas obras, o próprio Professor Orlando Gomes dá a entender, salvo engano, coisa diversa, quando assim fala, em relação à sociedade conjugal: "Seres que se unem para uma vida em comum devem encontrar nessa sociedade não apenas a satisfação dos instintos carnis. Mais do que isso, a vida conjugal exige comunicação espiritual, harmonia, paz. Será isso precisamente que os nubentes esperarão do casamento." (Orlando Gomes, **Questões de Direito Civil** — Pareceres, 2ª ed., 1969, pág. 259.)

8. Ainda a propósito de correção de linguagem, é de lamentar tenha o Anteprojeto-REALE preferido manter **usucapião** como palavra do gênero masculino.

O modelo de boa linguagem que ele tanto admira e acata — RUI BARBOSA — sempre grafa, nos seus melhores escritos forenses, **a**

usucapião, repetidas vezes empregando-a como vocábulo do gênero feminino.

Nas razões finais que produziu em defesa do Estado do Amazonas, como patrono da ação por este endereçada à União Federal, em dezembro de 1905, a fim de reaver o Território do Acre — diz: **a usucaplão, a usucapio, a simples usucapio, da usucapião, pela usucapio, à usucapião, na usucapião**, não escrevendo a palavra senão no feminino (cfr. RUI BARBOSA, **O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional**, vol. II, Rio de Janeiro, Tipografia do Jornal do Comércio, de Rodrigues & C, 1910, pág. 517, onde o vocábulo aparece nada menos de quatro vezes precedido do artigo **a**; pág. 518, 519, duas vezes; 522, duas vezes; 526, 528, 530, 533, três vezes; 534, nota 1, duas vezes; 542, 557, 559, 561, 563, 564, duas vezes). (2)

Sabido que RUI redigia com igual perfeição literária e gramatical os seus trabalhos políticos e acadêmicos e os de sua vasta produção judiciária, notadamente os desse litígio famoso, que foi o maior, sob todos os aspectos, de sua vida de advogado, devemos admitir tenha ele adotado o gênero feminino do substantivo **usucapião** por considerá-lo o mais correto.

Também noutro arrazoado, que editou em livro, depois da polémica em torno da linguagem do Projeto-CLÓVIS, grafou **a usucapião**. (Cfr. "Supremo Tribunal Federal — LIMITES ENTRE O CEARÁ E O RIO GRANDE DO NORTE — Razões Finais de RUI BARBOSA", Companhia Tipográfica do Brasil, Rio de Janeiro, 1904, pág. 461, duas vezes; e "Obras Completas de RUI BARBOSA", vol. XXXI, Tomo IV, Rio, 1954, pág. 411.)

EDUARDO ESPINOLA, no seu **Sistema do Direito Civil Brasileiro** (vol. 1º, pág. 602, nota 7, Livraria Francisco Alves, Rio, 1917, **Introdução e Parte Geral**), escreve, igualmente, **a usucapião**.

Para o Professor Orlando Gomes a palavra é do gênero feminino. (Cfr. seu livro **Direitos Reais**, 1ª ed., nº 129.) E como tal a consignou no Anteprojeto de Código Civil de sua autoria. (Art. 412.)

Feminina ela é no novo Código Civil Português promulgado a 25 de novembro de 1966 — arts. 1288, 1289, 1290, 1291, 1292 e outros, onde o legislador emprega a palavra precedida do artigo **a**.

No Código Civil da Alemanha, **die Ersitzung** foi traduzida como **a usucapião**, nos arts. 937, 939, 940, 941 e 942. (Cfr. — ENNECCERUS, KIPP, WOLFF — **Tratado de Derecho Civil — Apêndice Código Civil Alemán (BGB)** — Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1955, pág. 199-200.) Por que, então, o Anteprojeto oficialmente recebido não adotou essa forma?

E assim deixo aqui uns ligeiros e despreziosos registros das primeiras impressões que me causou o trabalho da Comissão dirigida pelo Professor Miguel Reale, quer quanto ao seu contexto, quer no particular das palavras luminosas com que foi apresentado ao Ministro da Justiça.

(2) Desde a réplica (resposta à Contestação, que os estilos processuais da época permitiam, alongado interminavelmente os arrazoados dos litigantes) era como palavra do gênero feminino que o advogado da pretensão amazonense escrevia **usucapião**. Sempre antecedida do artigo **a**.

1. No momento em que o projeto de Código Civil pretende reformular e modernizar a estrutura da sociedade anônima, uma das questões que merecem ser discutidas e, talvez, até ensejar a elaboração de norma legislativa específica é o problema da responsabilidade da empresa pelas decisões da Assembléia-Geral. Trata-se, na realidade, de situação pouco comum até agora na prática forense, pois as sociedades fechadas desconheciam, praticamente, os conflitos entre maioria e minoria, como, também, não ensejavam a responsabilidade civil dos diretores e administradores em geral, pois as soluções eram sempre "domésticas" e familiares, não ocasionando pleitos judiciais.

2. A recente e progressiva democratização da empresa e a abertura das sociedades anônimas, que teve como catalizador a concessão de incentivos, estão transformando o quadro geral anteriormente existente e já agora interessa ao direito pátrio uma definição das conseqüências jurídicas dos eventuais abusos praticados pela maioria em assembléia-geral. A matéria tem ensejado algumas monografias no exterior, mas não despertou, até o momento, a atenção dos nossos estudiosos do Direito. Parece-nos que a responsabilidade extracontratual por decisões majoritárias da assembléia não deve recair sobre a empresa, mas sim sobre os próprios acionistas que deliberaram abusivamente.

3. A tese que ora sustentamos parte do fundamento legal de que inexistente qualquer texto legal que estabeleça a responsabilidade da empresa pelas decisões tomadas nas suas assembléias-gerais. Efetivamente, a empresa se responsabiliza, em virtude de textos legais específicos, pelos atos dos seus *representantes ou mandatários (diretores, administradores)* e dos seus *prepostos*. Mas, *inexistente qualquer norma que considere a empresa responsável pelas decisões da maioria dos seus acionistas.*

A própria lei das sociedades anônimas reconhece que é a DIRETORIA o órgão de ADMINISTRAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DA SOCIEDADE (art. 116), estabelecendo os casos de responsabilidade dos diretores (artigos 121 e 122) e não havendo qualquer referência à responsabilidade da empresa por atos da assembléia.

4. O princípio geral vigente no direito brasileiro é o da responsabilidade pessoal, de tal modo que a *responsabilidade pelo fato de outrem depende sempre de norma legal expressa*. Não existindo tal norma, não há como responsabilizar a empresa pelo ato de seus acionistas em assembléia-geral.

5. A lei, a jurisprudência e a doutrina reconhecem que, enquanto os administradores são mandatários ou representantes da sociedade (sujeitos às normas do mandato), ao contrário, a *Assembléia-Geral não deve ser considerada nem como mandatária, nem como preposto da empresa*. (V. RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, Librairie Générale, 1939, tomo I, pág. 258, nº 206.)

6. A tendência doutrinária é no sentido de atribuir à Assembléia-Geral poderes exclusivamente deliberativos e não executivos, considerando-a como sendo o órgão soberano da empresa, o Poder Legislativo cuja atuação depende, para concretizar-se, do Executivo (Diretoria). É o que já dizia em monografia clássica G. BOURCART:

“L’assemblée générale correspond au pouvoir législatif; la direction au pouvoir exécutif. Entre les deux, le pouvoir de contrôle ou de surveillance sert de trait d’union, de frein ou de guide.” (G. Bourcart, *De l’organisation et des pouvoirs des assemblées générale de droit et de jurisprudence*, 1905, pág. 8.)

7. A doutrina salienta a soberania da Assembléia-Geral e seu caráter democrático, como também o fato de que as suas decisões dependem, para a sua execução, da Diretoria, e daí se admitir a irresponsabilidade da empresa pelas decisões majoritárias dos acionistas, pelos mesmos motivos pelos quais se rejeita a responsabilidade do Estado pelos atos legislativos.

Em relação a estes últimos, esclarece AGUIAR DIAS que constituem uma exceção ao princípio da responsabilidade do Estado, pois:

“O ato legislativo, isto é, aquele que cria uma situação jurídica geral, objetiva, impessoal, abstrata, considera-se ao abrigo da responsabilidade.” (José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio, Forense, 3ª edição, 1954, vol. II, pág. 630.)

No mesmo sentido se manifestam ANTÔNIO GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Responsabilidade do Estado por ato legislativo*, parecer in *Revista Forense*, vol. 95, págs. 56 a 58) e THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*Tratado de direito administrativo*, 3ª edição, 1955, vol. I, pág. 437).

8. Na realidade, em todos os países, os autores e os tribunais rejeitam a responsabilidade civil da empresa por atos da Assembléia-Geral,



preferindo, conforme o caso, admitir, em tais hipóteses, a responsabilidade da diretoria que cumpriu a deliberação da maioria ou dos acionistas que votaram a favor da decisão ilegal ou irregular.

9. No Brasil, é essa a posição de MIRANDA VALVERDE e de PONTES DE MIRANDA. Enquanto o primeiro manda responsabilizar o culpado, o segundo entende que poderá caber ação de responsabilidade contra os diretores conforme as circunstâncias de cada caso. Ensina TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE que:

“A ação de responsabilidade civil é independente da ação anulatória do ato ou operação que causou o prejuízo. O ato ou a operação pode ser válido, e, no entanto, causar injustificado prejuízo ao acionista ou à sociedade. O ato ou operação pode ser ratificado, e, contudo, haver prejuízo dele decorrente e legalmente ressarcível. A assembléia-geral pode, com efeito, ratificar atos ou operações praticados pelo diretor, que causaram a um ou alguns acionistas prejuízos. Nada impede, entretanto, que os prejudicados reclamem do *autor do dano a respectiva indenização*.” (Trajano de Miranda Valverde, obra citada, 3ª edição, vol. III, pág. 115.)

PONTES DE MIRANDA considera, por sua vez, a responsabilidade do diretor, regulamentada no art. 157 da *Lei das sociedades anônimas*, como conseqüência eventual, mas não necessária, da anulação da assembléia-geral prevista no art. 156 do mesmo diploma, conforme se verifica pela citação seguinte do eminente mestre do direito pátrio:

“A ação por nulidade ou anulabilidade do ato da assembléia-geral é proposta contra a sociedade por ações.

A eficácia da sentença na ação de nulidade ou de anulação proposta por acionistas é desconstitutiva a favor de todos os interessados (4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de agosto de 1950, R. dos T., 190, 180).

A doação a fundações e outras vantagens que não sejam, por sua natureza, elemento constitutivo da sociedade por ações, podem ser *anuladas*, e a prescrição é conforme o art. 156 e parágrafo único. A responsabilidade civil, se há os pressupostos, é conforme o art. 157 e parágrafo único.” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo LI, Rio de Janeiro, Borsoli, 1966, pág. 118, § 5362.)

10. TULLIO ASCARELLI entende que a *Diretoria é responsável quando aplica deliberação ilegal ou irregular da Assembléia-Geral*, considerando que, em tal hipótese, o terceiro prejudicado

“pode contar com a responsabilidade pessoal dos administradores que executaram uma deliberação ilegal”. (Tullio Ascarelli, *Sociedades y asociaciones comerciales*, tradução em espanhol, Buenos Aires, Ediar S.A., 1947, pág. 322.)

11. Os tratadistas franceses JEAN ESCARRA e JEAN RAULT consideram que a inobservância de exigências legais no tocante à publicidade e, em particular, com referência às convocações das assembléias-

gerais envolvem responsabilidade da diretoria (Jean Escarra, Edouard Escarra e Jean Rault, *Les sociétés commerciales*, Paris, Sirey, tomo IV, Paris, 1959, nº 1573, pág. 313).

12. No mesmo sentido se manifesta L. RETAIL, quando expõe que:

*“La nullité d'une décision adoptée par l'assemblée dans des conditions irrégulières entraîne la responsabilité civile, soit du conseil d'administration, soit du bureau de l'assemblée selon que la cause de nullité incombe à l'un ou à l'autre de ceux-ci. Il appartient à l'intéressé de prouver que le fait dommageable résulte de la nullité alléguée. La réparation doit être proportionnelle au dommage, il appartient aux juges du fait d'en déterminer le montant. L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse d'être recevable lorsque la cause de nullité a cessé d'exister soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et en outre que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue”* (art. 8 et 42 de la loi de 1867). (*Le Retail. Administration et gestion des sociétés commerciales*, 2ª edição, Paris, Sirey, 1947, vol. I, pág. 315, nº 263.)

13. Em estudos monográficos, RENÉ DAVID, JEAN BERGIER e PIERRE COPPENS entendem que, na hipótese de decisão irregular ou ilegal da assembléia-geral, a responsabilidade cabe aos acionistas que deliberaram, devendo sobre eles incidir a respectiva indenização. O eminente comparatista francês já defendia essa tese no seu primeiro trabalho, publicado em 1928, afirmando que:

*“Sous cette condition de faute, CHAQUE ACTIONNAIRE SERA RESPONSABLE QUI AURA VOTÉ UNE DÉCISION PRÉJUDICIALE ET ILLICITE...”* (René David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*. Paris, 1928, pág. 168.)

14. Em tese intitulada *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes — étude de droit commercial comparé*, publicada na Suíça em 1933, JEAN BERGER também defende a responsabilidade individual ou pessoal do acionista pelas decisões tomadas em assembléia-geral, mostrando como seria injusto responsabilizar a sociedade por tais deliberações. Além de outros argumentos jurídicos, o jurista suíço invoca os princípios gerais da justiça e da economia processual, alegando que, se a sociedade fosse responsabilizada, ela deveria ter ação regressiva contra os verdadeiros culpados, que são os acionistas majoritários que votaram abusivamente na assembléia-geral, sendo mais lógico que se responsabilizem diretamente os verdadeiros causadores do prejuízo, tanto mais que inexistente qualquer norma jurídica impondo a responsabilidade da sociedade em tal hipótese. Acrescenta que os minoritários somente serão cabalmente indenizados se o ressarcimento for feito pelas pessoas que votaram na assembléia, pois o pagamento da indenização pela

sociedade importa realmente em empobrecê-la, diminuindo o valor do seu patrimônio e conseqüentemente o de todos os seus acionistas, inclusive o dos minoritários, que assim não terão a "restitutio in integrum" a fim de restabelecê-los no "statu quo ante", na situação em que estariam se o dano não tivesse ocorrido.

È o seguinte o raciocínio de JEAN BERGIER, que se fundamenta na lição dos direitos alemão, francês e suíço:

*"A la place de cette responsabilité sociale, nous verrions, quant à nous, une responsabilité individuelle des actionnaires de la majorité, les quels seraient appelés à réparer directement le dommage qu'ils ont causé en le payant sur leur patrimoine personnel et non sur leurs droits d'actionnaire. Et cette méthode a encore l'avantage de laisser parfaitement intacte la garantie des créanciers, qui ne peut alors pas se trouver affectée par la réparation du préjudice.*

Mais envers qui ces actionnaires da la majorité intéressée seraient-ils responsables? On peut penser à une responsabilité vis-à-vis des actionnaires de la minorité; ceux-ci feraient valoir leurs droits directement contre les actionnaires qui ont commis l'abus de pouvoir. La mise en oeuvre de cette responsabilité se ferait en dehors de la société, qui n'y prendrait aucune part. Mais on peut aussi penser à une responsabilité de la majorité fautive envers la société, pour le dommage que la dite société a subi du fait de l'abus de pouvoir; ainsi la société elle-même serait dédommagée et les actionnaires de la minorité n'auraient, en fin de compte, éprouvé aucun préjudice dans leurs intérêts d'actionnaires. Mais il faudra alors que cette responsabilité envers la société puisse être mise en oeuvre non seulement par la société elle-même, mais aussi par chaque actionnaire individuellement; sans quoi, il irait bien sans dire que la majorité coupable s'opposerait à ce que la société la poursuive, elle majorité; et même si, comme nous l'avons indiqué plus haut, l'on pouvait obtenir du juge une décision de poursuivre en responsabilité les actionnaires majoritaires, il serait difficile d'obtenir des organes chargés de l'exécution de cette décision un soin et un zèle convenable, car ces organes seront le plus souvent une émanation de cette majorité. On pourrait bien faire encore nommer par le juge un représentant de la société chargée de conduire le procès; mais en permettant à l'actionnaire d'intenter lui-même l'action, l'on simplifie et l'on évite des frais. — C'est là, au fond, un parallèle des solutions qui sont données à la question de la responsabilité des administrateurs, pour le dommage qu'ils causent à la société.

Nous ne pouvons nous attarder davantage à cette question de savoir à qui les dommages-intérêts doivent être dus par la majorité intéressée; nous ne pouvons, en particulier, éfundier les

ligères différences de détail qui distinguent les résultats des deux solutions d'une responsabilité en face des actionnaires directement ou d'une responsabilité en face de la société. De même, nous ne pouvons nous arrêter aux conséquences quelque peu différentes, pour les intérêts des uns et des autres, qui résultent de la responsabilité des actionnaires majoritaires ou de celle de la société pour le dommage indirect causé à la minorité. Il y a là effectivement des résultats quelque peu dissemblables, en particulier dans les cas d'insolvabilité; mais nous ne pouvons entrer dans ces détails.

*Ce qui importe, c'est l'idée à laquelle nous aboutissons, d'une responsabilité personnelle de l'actionnaire pour un vote donné contrairement à la bonne foi.*" (Jean Bergier, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes. Étude de droit commercial comparé*, tese apresentada à Faculdade de Direito de Lausanne, Vevey, Imprimerie Säuberlin & Pfeiffer S.A., 1933, págs. 253 a 255.)

15. Numa das melhores monografias sobre o assunto, o Professor PIERRE COPPENS, da Universidade de Louvain, baseando-se nas lições de JEAN RAULT e de JEAN PERCEROU, conclui que:

"L'indemnité sera dûe, en principe, par les membres de la majorité qui auront usé avec mauvaise foi de leur pouvoir de vote". (Pierre Coppens, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 2ª edição, Louvain, 1955, pág. 117.)

Entende o autor belga que, em tais hipóteses, a responsabilidade deve recair sobre os acionistas pessoalmente, ou solidariamente sobre, os acionistas e os diretores que permitiram ou facilitaram a prática do ato danoso. Chega a esta conclusão invocando as lições de Copper-Royer e acórdãos da jurisprudência francesa recente. Em seguida, indaga da possibilidade de responsabilizar também a sociedade pelos atos da maioria dos acionistas e responde, negativamente, a esta indagação, nos seguintes termos:

"Pourrait-on faire supporter l'indemnité dûe aux actionnaires lésés, par le patrimoine de la société plutôt que par celui des associés majoritaires et les cas échéant, celui des administrateurs complices ou négligents?"

Une réponse négative s'impose au premier abord. Elle est commandée par deux considérations fondamentales:

1) Le manquement à la bonne foi, le détournement de pouvoir sont des fautes personnelles aux votants et l'on voit mal comment ces errements pourraient être imputés à la personne morale.

2) Lorsque l'indemnité est mise à la charge de la société, elle diminue de son montant la valeur de l'actif social et pourtant celle de toutes les participations. Les dissidents et absents

payeraient donc, par la dépréciation partielle de leurs parts, une fraction de l'indemnité destinée à les dédommager." (Pierre Coppens, *obra citada*, págs. 118, *in fine*, e 119.)

16. COPPENS ainda invoca decisões da jurisprudência belga que se enquadram na tese, por ele defendida, da responsabilidade individual dos acionistas que compõem a maioria votante pelos prejuízos causados à minoria. Resumindo decisão do Tribunal de Bruxelas, esclarece o autor que:

"Un arrêt récent de la Cour de Bruxelles donne au problème de l'abus de majorité, une technique nouvelle de solution. La répression de l'abus de pouvoir de la majorité se base sur le concept de la fraude entendue dans son sens le plus large: la fraude n'est pas comprise comme synonyme de dol, mais comme une notion équipollente à celle de détournement de pouvoir. Cet arrêt consacre le droit pour un actionnaire, agissant individuellement, de s'en prendre en justice à d'autres actionnaires, lorsque ceux-ci ont abusé de leur droit de vote, et pris, dans leur intérêt particulier, des mesures contraires à l'intérêt social." (Pierre Coppens, *obra citada*, pág. 157.)

17. Na Alemanha, reconheceu-se que o princípio que deve dominar no tocante aos atos praticados em assembléia-geral é o da responsabilidade individual do acionista pelos danos decorrentes do seu voto, desde que tenha havido de sua parte culpa ou dolo. (V. SONNTAG, *Die Aktiengesellschaften in Kampfe zwischen Macht und Recht*, Berlim, 1918.)

18. No mesmo sentido, a lei húngara sobre sociedades, de 1930, esclarece que:

"La majorité engage sa responsabilité lorsque'elle prend des résolutions dont elle sait qu'elles préjudicient manifestement aux intérêts essentiels de la société."

19. ISAAC HALPERIN, no seu *Manual de sociedades anónimas* referente ao direito argentino, esclarece que, no caso de anulação de assembléia-geral, a responsabilidade pelos danos decorrentes recairá, conforme o caso, sobre os acionistas e os diretores, verificando-se a culpa de cada um deles e, na hipótese de não ser comprovada a existência de maior culpa de um ou de alguns deles, a indenização deverá ser paga por todos, na proporção das ações que possuírem. Efetivamente, ensina o mestre da Universidade de Buenos Aires que:

"Si se declara la nulidad de la decisión impugnada, la sentencia será eficaz *erga omnes*, incluso contra los terceros que trataron con la sociedad sobre la base de la decisión nula. Es un efecto reflejo de la sentencia, que afecta a estos terceros aun cuando no hayan sido partes en la causa. Tales terceros podrán perseguir en responsabilidad a quienes ejecutaron ese acto nulo, en resarcimiento de los daños."

.....

Los *accionistas o directores* condenados al resarcimiento de los daños podrán repetir contra los demás responsables, según la medida de la responsabilidad de cada uno en la adopción o ejecución de las decisiones impugnadas. Entre los accionistas, a falta de prueba de una mayor responsabilidad personal, la acción recursoria perseguirá la contribución en proporción al número de acciones de que cada uno es titular.

*Téngase en cuenta que el accionista será responsable si la decisión votada viola la ley o los estatutos, o la infracción ha sido expresamente aceptada por él. Los directores serán responsables por los vicios derivados de infracciones de la convocatoria y formalidades a cargo del directorio, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su calidad de accionistas o como autoridades de la asamblea.*" (Isaac Halperin, *Manual de sociedades anónimas*, 5ª edição, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1971, páginas 361 e 363.)

20. A recentíssima lei argentina das sociedades comerciais, que acaba de entrar em vigor em 3 de outubro de 1972, reconhece expressamente essa responsabilidade do acionista, consagrando de modo explícito, no seu art. 254, o princípio que a doutrina e a jurisprudência já sufragavam anteriormente. É o seguinte o texto do art. 254 da Lei argentina nº 19.550 sobre sociedades comerciais:

"Art. 254. Responsabilidad de los accionistas. — Los accionistas que votaram favorablemente las resoluciones que se declarem nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia."

21. Em conclusão, descabe, no caso, a responsabilidade da empresa por não existir lei que a torne responsável pelas deliberações da maioria dos acionistas, e, sem texto legal específico, não se admite, no direito pátrio, responsabilidade pelo fato de outrem. Assim, não sendo a assembléia-geral nem mandatária ou representante nem preposto da empresa, as decisões nela tomadas pela maioria não envolvem responsabilidade da sociedade, especialmente se da decisão não adveio qualquer lucro, benefício ou enriquecimento.

22 A matéria é pacífica no direito brasileiro, não havendo, a respeito, qualquer divergência nem na jurisprudência, nem na doutrina. É assim uníssono o entendimento de acordo com o qual, *sem mandamento legal expresso, não ocorre responsabilidade por fato alheio, não*

podendo, pois, a empresa responder pelo voto preponderante dos seus acionistas.

23. Para não nos alongarmos a respeito da matéria, que não provoca qualquer divergência, basta recordar a lição de AGUIAR DIAS que esclarece a posição do direito brasileiro nos seguintes termos:

*“No sistema de responsabilidade civil fundado na culpa, o dano só pode acarretar obrigação de reparar para aquele que o pratica. Cada um responde pessoalmente pelos seus atos. Para os partidários da doutrina objetiva, pois, o fato de reconhecerem os seus adversários que existe, ao lado da responsabilidade por fato próprio, uma responsabilidade por fato de outrem, significa a aceitação de casos de responsabilidade sem culpa. Postos em frente desse argumento, os subjetivistas alegam que se trata de um domínio de exceção, o que, do seu ponto de vista, não deixa de ter justificativa.*

*.....*

*Interessa-nos pouco, nesta altura, reabrir a discussão sobre os fundamentos da responsabilidade civil. Assim, até porque é indiscutível a filiação do Código Civil ao sistema de culpa, a questão deve ser estudada em função dos princípios subjetivos. Se, em consideração ao raciocínio de que, quem é chamado a responder por ato ilícito de outrem, muitas vezes permanece pessoalmente responsável, porque, de sua parte, faltou ao dever de vigilância sobre o autor do dano, ocorre que, em outros casos, essa responsabilidade representa de fato derrogação aos princípios subjetivos, razão pela qual a enumeração do art. 1.521 do Código Civil só se pode entender como limitativa e não simplesmente enunciativa, o que não importa, entretanto, em restringir o conteúdo do dispositivo.” (José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 3ª edição, Rio, Forense, 1954, págs. 519/21.)*

24. Não havendo texto legal que atribua responsabilidade à empresa pelo voto dos acionistas majoritários, descabe qualquer ação contra ela, em virtude da anulação de deliberação da assembléia-geral. Tal entendimento se impõe *a fortiori* quando se reconhece que na legislação brasileira a responsabilidade pelo fato de outrem depende de enumeração de caráter taxativo — e não exemplificativo — e que inexiste qualquer dever de vigilância da empresa sobre os seus acionistas ou qualquer possibilidade de escolha pela sociedade dos mesmos acionistas, o que exclui as hipóteses de culpa, provada ou presumida. *in vigilando* ou *in eligendo*.

Acresce que, como vimos, aplicando-se o princípio básico da responsabilidade civil, cada acionista deve responder pelo prejuízo causado pelo seu voto, como tem entendido a doutrina, a jurisprudência e a legislação de vários países. A ausência de texto legal neste sentido no Brasil não significa a irresponsabilidade do acionista, que decorre, ao contrário, da aplicação, ao caso, do princípio geral contido no art. 159 do Código Civil, segundo o qual:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

25. Parece-nos, todavia, oportuno incluir no Código Civil disposição expressa sobre a matéria, para sancionar mais eficientemente, no futuro, os eventuais abusos da maioria, determinando-se que:

“Responsabilidade dos acionistas: Os acionistas que votarem favoravelmente a resoluções nulas, anuláveis ou abusivas respondem ilimitada e solidariamente pelos prejuízos decorrentes, sem prejuízo da eventual responsabilidade dos diretores, administradores e membros do conselho fiscal.

Parágrafo único. A sociedade não responderá perante terceiros pelos danos causados por deliberação nula ou abusiva da assembléia-geral, salvo se, em virtude da mesma, tiver obtido qualquer lucro ou vantagem.”

26. Acresce que já existe, no nosso ordenamento jurídico, norma expressa que admite a responsabilidade do acionista pelo seu voto quando enseja prejuízo para a sociedade, devendo a referida regra ser aplicada por analogia ao presente caso. Trata-se do artigo 95 da Lei das Sociedades Anônimas, que tem a seguinte redação:

“Responderá por perdas e danos o acionista que, tendo em uma operação interesses contrários aos da sociedade, votar deliberação que determine com o seu voto a maioria necessária.”

A interpretação sistemática da lei nos leva a aplicar o mesmo princípio em todas as hipóteses nas quais, em virtude do voto do acionista, ocorra um prejuízo, seja para a empresa, seja em relação aos acionistas minoritários, não havendo por que nem como distinguir entre as várias hipóteses. Assim sendo, desde que o voto do acionista, em virtude de sua atitude culposa ou dolosa, causa prejuízo a alguém, impõe-se o dever de ressarcir o dano causado, pouco importando se houve ou não empate e se a culpa decorre do impedimento de votar ou de algum outro fato.



## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Não é de hoje que se discute a necessidade e importância dos Tribunais de Contas.

Já o saudoso professor da Faculdade de Direito do Recife, José Soriano de Souza, em seu livro "Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional", salientando que a importância do Tribunal de Contas resultava a um tempo do seu caráter constitucional e do fim a que o destinou a Constituição, e que a necessidade e o valor de Tribunais dessa natureza eram reconhecidos, desde longo tempo, em todos os países civili-

zados, acrescentava que alguns escritores descobrem até na legislação romana a origem desses órgãos, enxergando especialmente nos **Tabularii** e **Numerarii** um embrião dos mesmos.

Da mesma forma, lembra que, na França, desde 1256, os éditos de Luís IX fazem menção de uma instituição chamada **chambre de comptes**; que, na Inglaterra, desde os tempos dos reis normandos, existiu um Tribunal de Justiça em matéria de finanças chamado **Echiquier**, composto de um certo número de barões feudais (**barons of the Echiquier**); que, na Prússia, desde 1824, se organizou um Tribunal semelhante, que foi modificado em 1872, para se reorganizar em 1876, com o título de Tribunal de Contas do Império da Alemanha; e que, na Itália, desde 1807, existiu a Régia Corte de Conti, organismo que sucedera a outros e que veio, em 1849, a ser modelado pelo da Bélgica.

#### NO BRASIL: ORIGENS, CRIAÇÃO, CONCEITO

No Brasil, coube a Rui Barbosa, como Ministro da Fazenda, no Governo Provisório, a iniciativa do Decreto-Lei n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União, logo depois instituído, ou melhor, mantido na Constituição de 1891.

Rui foi um dos maiores propugnadores do Tribunal de Contas. Justificando e defendendo sua criação, ele escrevia: "Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providência, que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes. Refiro-me à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana... Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária. Mas em nenhuma também há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos... Cumpre acautelar e vencer esses excessos, quer se traduzam em atentados contra a lei, inspirados em aspirações opostas ao interesse geral, quer se originem (e estes são, porventura, os mais perigosos) em aspirações de utilidade pública, não contidas nas raias fixadas à despesa, pela sua delimitação parlamentar. Tal foi sempre, desde que os orçamentos deixaram de ser *l'état du Roi*, o empenho de todas as nações regularmente organizadas... É o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional... Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala, em vão, desde que neste país se inauguraram assembléias parlamentares".

No entanto, essa idéia de um Tribunal de Contas, entre nós, vem de longa data.

Em 1826, no Senado do Império, o Visconde de Barbacena e José Inácio Barges apresentavam projeto a esse respeito, o qual foi combatida por Manoel Jacinto Nogueira da Gama, Conde e logo depois Marquês de Baependi.

Alguns anos depois, em 1845, Manoel Alves Branco, então Ministro da Fazenda, de "grande competência e prestígio", propôs a organização de um Tribunal de Contas que, "sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem de prestar".

Diz Pontes de Miranda que, se bem a idéia volvesse com Pimenta Bueno, Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto e João Alfredo, o Império não possuiu o seu Tribunal de Contas.

Todavia, Pimenta Bueno, analisando nossas instituições monárquicas, em seu grande livro "Direito Público Brasileiro", insistia no aludido Tribunal, assim se expressando: "... é de suma necessidade a criação de um Tribunal de Contas, devidamente organizado, que examine e compare a fidelidade das despesas com os créditos votados, as receitas com as leis de imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos, em todos os seus movimentos, a aplicação e emprego dos valores do Estado e que, enfim, possa assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem esse poderoso auxiliar, nada conseguirão as Câmaras".

Também o Visconde do Uruguai, no seu meritoso livro "Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil", frisava que "não pode haver orçamento que mereça esse nome, sem contas", naturalmente tomadas com brevidade, periódica e regularmente.

Por sua vez, João Barbalho, comentando a Constituição de 1891, enfatizava que o Tribunal de Contas era uma das grandes e indeclináveis molas do mecanismo governamental. E parecendo muito desconfiado em relação ao poder administrativo, arrematava referindo-se àquele órgão: "Aconselha-o bem entendida previsão de abusos, dado o conhecido pendor que têm os governos para se alargar nas despesas. Exige-se a autonomia da instituição criada contra essa tendência fatal ao contribuinte e ruína das finanças do Estado".

Se esta é a opinião de antigos estudiosos e tratadistas, o é também de juristas da atualidade e da maior expressão intelectual, a exemplo do Professor Pinto Ferreira, catedrático da Universidade Federal de Pernambuco.

Ele assim define o Tribunal de Contas, uma instituição útil e proveitosa, órgão imparcial, acima das pulsações emotivas dos partidos políticos, auxiliando o governo no exame e prestação de contas, tendo assim uma viva importância no regime constitucional moderno.

## LUTA PELA PRIMAZIA DAS FINANÇAS PÚBLICAS. CONTROLE PARLAMENTAR DAS FINANÇAS. OUTRAS FORMAS DE CONTROLE

É o Tribunal de Contas um órgão da maior relevância para a administração e o melhor desempenho do sistema democrático.

As origens do regime, vamos encontrá-las, sem dúvida, na luta do povo para distinguir as finanças do Estado das finanças do Rei.

Essa causa financeira — e a luta que provocou — veio, com o tempo, a transferir a soberania nacional do absolutismo dos monarcas para a vontade do povo.

Seus marcos iniciais, podemos defrontá-los na antiga Magna Carta Inglesa, na "Petition of Rights" e "Bill of Rights". O princípio defendido nessas oportunidades era o da proibição de novos impostos a serem criados pelo monarca sem audiência e consentimento do povo, ou, ao menos de início, dos barões feudais.

A luta pela primazia e controle das finanças públicas entre o parlamento e os Reis conduziu dessa maneira ao Estado democrático. "O fundamento, pois, do controle parlamentar das finanças consiste numa manifestação da soberania popular expressa através dos poderes de fiscalização e controle de sua representação legislativa".

O controle orçamentário e financeiro, direto ou indireto, interno ou externo, de caráter administrativo, jurisdicional ou parlamentar, qualquer que seja a forma que ele revista, é, sempre, originariamente de índole política.

Sylvio Santos Faria, no ensaio intitulado de "Controle das Finanças Públicas", faz um estudo magnífico sobre a evolução das finanças clássicas do Estado até o orçamento, onde é possível, através do princípio da unidade, um controle mais efetivo das autorizações financeiras. Para ele, a impossibilidade de o Legislativo intervir diretamente nas atividades administrativas determinou o aparecimento de outras formas de controle financeiro que não parlamentar. Pode-se — acrescenta — num esforço de indução, dizer que todos os outros processos, sejam quais forem, representam formas subsidiárias do controle pelo parlamento, a quem compete originariamente a função eminentemente política de saber do destino dado pela Administração aos tributos arrecadados por autorização sua e a serem empregados em despesas fixadas também no orçamento. Em alguns países, anota ele ainda, como a Inglaterra e os Estados Unidos, verifica-se a consolidação do controle jurisdicional e político nos órgãos legislativos. Em outros, porém, o controle jurisdicional constitui-se através de um órgão próprio, considerado auxiliar importante do Legislativo.

## O TRIBUNAL DE CONTAS E O CONTROLE TÉCNICO. COMPETENCIA

Os Tribunais de Contas surgiram da necessidade de estabelecerem-se bases novas para a fiscalização da execução orçamentária. Surgiram dessa conveniência de em-

prestar um caráter técnico ao aludido controle, "seja ele preventivo, como na Bélgica, seja repressivo, ou, ainda, misto, como é o caso brasileiro".

É das suas atribuições atuar ora como órgão de fiscalização financeira, como no caso da figura do registro ou de sua recusa, ou de auditoria; ora como órgão julgante, quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos e em que suas decisões têm força de sentenças; como órgão normativo e de orientação, quando, por exemplo, elabora seu regimento interno e o de sua secretaria, ou mediante instruções expedidas a repartições e funcionários; e ainda como órgão consultivo e de informação, ao emitir parecer prévio, acompanhado de relatório, sobre as contas que o Executivo deve apresentar anualmente às Assembléias políticas, e informações e pareceres outros a respeito de consultas formuladas pelo Legislativo, pelo Executivo e entidades autárquicas.

#### NOVAS ATRIBUIÇÕES

A Constituição Brasileira de 1967 não mais se refere ao sistema de registro prévio para qualquer ato de administração pública, de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro, ou por conta deste. Talvez, pela circunstância de vir esse sistema merecendo críticas de estudiosos e de ministros dos Tribunais de Contas, ora porque, na prática, não se exercitasse senão sobre uma percentagem mínima das despesas, ora porque pudesse implicar numa diminuição do ritmo de trabalho da administração, sacrificando, por essa forma, um processo, porventura mais rápido, conforme as necessidades e interesses do serviço público.

Em compensação, receberam as Cortes de Contas atribuição nova, que lhes empresta uma grande força: o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, que será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a que caberá realizar as inspeções necessárias.

Outra inovação da Constituição de 1967 é a de que o julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões contemplará apenas as concessões iniciais, não dependendo da decisão dos Tribunais de Contas as melhorias posteriores.

Em relação aos Municípios, será motivo para intervenção neles o fato de a administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada, na forma da lei.

Com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, foi ampliada a competência dos Tribunais de Contas estaduais.

O controle externo da Câmara Municipal passa a ser exercido com o auxílio das mencionadas Cortes ou de órgão estadual a que for atribuída essa incumbência.

Ao Tribunal cabe, ainda, emitir um parecer prévio sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente e, somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal, deixará de prevalecer o aludido parecer.

Por outro lado, somente poderão instituir Tribunais de Contas os Municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos.

### POSIÇÃO ENTRE OS PODERES

Com essa soma de atribuições de vocação tão diversa, curioso é situá-lo no sistema dos poderes. Pontes de Miranda preocupa-se com o assunto, indagando e respondendo ao mesmo tempo: Órgão do Poder Executivo? Não. Fiscaliza o Poder Executivo. Se admitirmos que coopera com ele, será exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restringente. Órgão do Poder Judiciário? Sim, se bem que de modo especial, como função. Como Órgão, não, embora de semelhante composição. Órgão do Poder Legislativo? Em parte. Órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; Órgão também *sui generis* do Poder Legislativo; e conclui aquela autoridade: Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição.

De modo semelhante argumenta Agnello Uchôa Bittencourt:

"Poder-se-á, talvez, dar-lhe, também, a qualificação de *órgão auxiliar* do Poder Judiciário, uma vez que funciona, em matéria de contas, como instância necessária, cujas decisões se tornam indispensáveis, constituindo *prejudicial* para o início de certas ações... Não se integra, muito menos, no Poder Executivo, a que deve fiscalizar... Não é também Poder Legislativo, embora certa subordinação funcional, não hierárquica. Não o é materialmente, visto que não legisla; não o é formalmente, porque assim não o considerou a Constituição."

E diz Castro Nunes:

"Se o instituto está entre os poderes é que a nenhum deles pertence propriamente, nem ao Judiciário, nem à Administração como jurisdição subordinada, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém afinidades."

Talvez por isso é que a Constituição italiana o tenha qualificado como *órgão auxiliar da República* — da República, e não deste ou daquele de seus poderes; e a Constituição Brasileira de 1934 o haja definido como "*órgão de cooperação nas atividades governamentais*".

## SUMÁRIO

- I — As características do capitalismo moderno:
  - As Empresas precisam ser grandes.
- II — As "HOLDINGS COMPANIES".
- III — Os Consórcios (Lei do Mercado de Capitais).
- IV — As Fusões e os "Trusts".
- V — Os Conglomerados.

## TEMA I

### AS CARACTERÍSTICAS DO CAPITALISMO MODERNO

1. Uma das mais acentuadas características do capitalismo moderno é a **coalização de empresas**, entendido o vocábulo **coalização** como um **gênero** que compreende, desde as formas consideradas lícitas, dos "Holdings", dos "Consórcios" e dos "Conglomerados", até as que o Estado tem como contrárias à sua economia: os "Cartels"; os "Trusts"; o "Konzern"; o "Corner" etc. (1)

(\*) Conferência pronunciada no Instituto dos Advogados Brasileiros.

(1) As definições colhidas no Dicionário de Economia Política, de WOLFGANG HELLER:

**CARTEL** — é a organização de empresários de certo setor da produção, com o fim de dominar o mercado. São associações de empresários com o propósito de conseguir o monopólio.

**KONZERN** — É uma forma de cooperação econômica de empresas que permanecem, cada qual, com a sua própria personalidade jurídica. **Pode ser dos mais diferentes tipos.** Objetiva uma limitação da autonomia econômica das empresas que se reúnem, as quais ficam na dependência da direção do consórcio. Distingue-se do cartel, porque não tem objetivo monopolizador.

**TRUSTS** — São organizações monopolísticas semelhantes aos cartels europeus (U.S.A.). É uma adaptação norte-americana do Cartel.

**KARTELL** — CARTELL

Segundo PAUL PIC — es el "acuerdo más o menos estrecho pero durable entre industriales, fabricantes de un mismo producto, con el proposito de prevenir la super producción y el envilecimiento del tráfico, por combinaciones diversas, entre los cuales se mencionan como más usuales: la fijación de un precio común o mínimo, por lo menos para el mercado interno; la distribución de los mercados y de los pedidos; la reglamentación de la producción y, con frecuencia la creación de organismos comunes, destinados a facilitar y reglamentar la salida de los productos de las fabricas unidas". (Dicionário Jurídico "Forum", de Naymark y Adam Canadas).

2. Consideramos, por outro lado, como irreversíveis, as exigências que o progresso tecnológico impõe e tem como consequência as grandes inversões que objetivam manter a produção em níveis de competição, por preço e qualidade, assim como a luta pela **conquista de mercados**, luta que exige grandes capitais, não só para enfrentar as despesas de propaganda dos novos produtos que entram em concorrência, nos mercados, antigos e novos, como até pelo **ônus**, às vezes preconizado como necessário, do que se denomina "pool", ou seja, um instrumento de política de preços. (HALLER — Dic. Econ. Política, Trad. Esp., Ed. Labor, 1941, pág. 258.)

3. O que se verifica, no momento, é que não somente as Nações novas, em busca do aceleração de seu próprio desenvolvimento econômico, estão lançando mãos de novas formas de utilização de capitais, públicos e privados, mas até mesmo os mais antigos, que se digladiam na luta pelo Mercado Comum Europeu, hoje com legislação própria e, até mesmo, com altos Tribunais para julgar os litígios que surgem a cada momento, originários dessa luta pela conquista de mercados e pela colocação de cada produto nesse **Mercado Comum**.

4. Destarte, a concentração de capitais reputada, hoje, mais necessária do que nunca, para o desenvolvimento industrial e para a comercialização nos produtos que esse desenvolvimento está criando, torna uma necessidade inelutável à **disciplina legal** dessas concentrações, que o Estado aceita, e que ele mesmo utiliza, como se está vendo no Brasil contemporâneo, no concernente à exploração das suas **riquezas minerais; da siderúrgica; da produção de energia elétrica** (pelas grandes Centrais Elétricas); dos serviços de comunicação interna e com o exterior (pelo telégrafo e pelo rádio) etc.

5. Mas, ao mesmo passo que o **Estado** reconhece, proclama e ele próprio utiliza essa nova forma capitalística, resultando dos grandes conglomerados, está na obrigação de controlar a formação e o uso legítimo dessas concentrações (o que vem fazendo pela legislação moderna e constantemente atualizada do que se denomina — Mercado de Capitais), e de reprimir o **abuso**.

6. Com o primeiro objetivo, o Estado incentiva a incorporação; a fusão de empresas e os conglomerados. E, para impedir o abuso, inscreve, como preceito constitucional, de relevantíssima influência na vida econômica, o preceito do art. 160, nº V, da Emenda Constitucional nº 1, nestes termos:

"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 de lucros."



6-A. **PONTES DE MIRANDA**, ao comentar o dispositivo constitucional sobre a repressão ao abuso econômico, declara que, a seu ver, são suscetíveis de repressão **os abusos** do poder econômico em que há **um, pelo menos**, dos três pressupostos (domínio dos mercados; eliminação da concorrência; aumento arbitrário de lucros). Não é necessário que coexistam os três pressupostos. (Comentários à Constituição de 1967: art. 157, nº VI).

7. Vamos examinar, a seguir, as principais formas de concentração de capitais, lícitas umas; de duvidosa conveniência outras; de total desaprovação algumas delas, mas, todas, em plena utilização, não obstante todas as leis com que o Estado se quer preservar dos malefícios da trusteização, sejam as conhecidas leis americanas denominadas Anti-Trust Act, como a Lei Sherman, de 1890; a Clayton Act, de outubro de 1914 (2), e a nossa primeira lei de repressão ao abuso do poder econômico (Decreto-Lei nº 7.666, de 22-6-1945), cognominada a **lei maiaia**, pelo grande jornalista que foi **ASSIS CHATEAUBRIAND**, lei que o Governo Linhares aboliu, mas que foi restabelecida, pelo Congresso Nacional, em 1962, na Presidência João Goulart.

8. A repressão ao abuso do poder econômico, entre nós, data, em verdade, da **época mais remota**, ou seja, desde quando **NELSON HUNGRIA**, por incumbência do Governo Getúlio Vargas, redigiu as leis de repressão aos crimes contra a economia popular (Leis nºs 1.521 e 1.522, de 26-12-51) que ainda vigoram no País, com algumas modificações. Mas, devemos ao esforço extraordinário de **AGAMEMNON MAGALHÃES** o reconhecimento, como matéria da maior relevância, da necessidade de reprimir as concentrações capitalísticas nocivas aos interesses nacionais, por objetivarem dominar os meios de produção. (Constituição Federal de 1946 — art. 148). (3)

## TEMA II

### AS "HOLDINGS COMPANIES"

1. Sempre oportuno recordar uma passagem de **CICERO**, em que ele nos advertia da conveniência de sabermos, com rigorosa exatidão, o significado das palavras de que nos utilizamos, para o bom entendimento do seu uso, nas leis. Essa velha advertência sobe de vulto quando se trata de definição de termos de Direito ou de Economia, bastando, para mostrar a relevância do significado dos termos de que se utiliza o legisla-

(2) A Clayton Act estabeleceu, entre outras, as seguintes medidas contra a ação das "Holdings Companies": a) — nenhuma corporação dedicada ao comércio poderá adquirir, direta ou indiretamente, no todo ou em parte, o capital ou ações de qualquer outra corporação que se dedique ao mesmo objeto, quando tal compra importe restrição da concorrência ou vise à criação do monopólio em qualquer ramo do comércio; b) — nenhuma pessoa poderá ser ao mesmo tempo diretor, funcionário ou empregado de mais de um banco, associação bancária, ou companhia de trust, organizada ou em operação sob as leis dos Estados Unidos, desde que essas corporações possuam depósitos, capital excedente, lucros não divididos, que montem a mais de cinco milhões de dólares. (Apud: **ROBERTO LYRA** — "Proteção Penal da Economia, no Brasil" — Rev. da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara — Vol. 25 pág. 155).

(3) Além dessas leis, devem ser mencionadas: A Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo; a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias; o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que disciplina o sistema nacional de seguros privados; e o Decreto-Lei nº 685, de 17 de julho de 1969, que estabelece normas complementares para resguardo da economia pública, poupança privada e segurança nacional, no âmbito econômico-financeiro.

dor ao elaborar a regra de direito positivo, as valiosíssimas monografias de **SEBASTIAN SOLER** — "Las palabras de la Ley" e de **PIERO ADDEO** — "Grammatica Forense" — (Roma, 1938).

2. Começaremos, pois, recordando que a "Holding Company" é uma sociedade de controle, que **BLACK**, na 4ª Edição do seu festejado Dicionário de Termos Jurídicos, assim define:

**"Holding Company" is:**

"A super-corporation which owns or at least controls such a cominant interest in one or more other corporations that it is enabled to dictate their policies through voting power; **"a corporation organized to hold the stock of other corporations"**."

3. As **Holdings** são empresas que possuem, como **ativo, ações de outras sociedades** e se dedicam, via de regra, a realizar operações de interesse das empresas que controlam ou dirigem. (**PERROUX** — "Écon. Politique", III — pág. 510, e **W. HELLER** — Dic. Econ. Pol. — vb "**Holding**".)

4. Não se pode dizer que sejam de origem moderna. Existem, aqui e alhures, desde muito tempo. Mas, no Brasil, o seu aparecimento é mais ou menos recente. E a sua implantação e o crescente número de "**Holdings**", entre nós, se deve, como se sabe, ao próprio Governo da República.

5. E, como? A nossa legislação do Imposto de Renda, até recente reformulação pelo Governo Revolucionário, mantinha um dispositivo que declarava, de forma clara e inequívoca, que não se adicionavam ao lucro real, para efeito da tributação das pessoas jurídicas, "os lucros e dividendos que já houvessem sofrido a taxaçoão proporcional em poder das sociedades que os distribuíram, desde que comprovado o pagamento (art. 43, § 2º, letra "c", do Decreto nº 24.239, de 22-12-1947).

6. Essa isenção incentivou a criação das "holdings", que controlavam várias empresas, delas recebendo participação nos respectivos lucros e dividendos, sem que os mesmos fossem incluídos nos seus próprios lucros.

7. As "Holdings", em seu funcionamento normal e dentro dos objetivos que norteiam a sua criação, não se caracterizam como empresas cujo funcionamento possa ser considerado contrário à economia nacional.

8. Note-se que a elas se refere a nossa Lei de Mercado de Capitais, concedendo-lhes acesso ao mercado financeiro e de capitais, interno (art. 16, § 1º, "c") e internacional: art. 22, § 1º, "c", da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e, especialmente, o § 2º desse art. 22, que declara: "considera-se empresa controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, quando estas detenham direta ou indiretamente a maioria do capital com direito a voto".

9. As "Holdings", se refere **CLAUDIO NAPOLEONI**, ao tratar do controle das empresas, sob o regime de coalização, dizendo que as "Holdings", de regra, não exercitam atividades industriais próprias. São simples **sociedades financeiras**, cujo patrimônio é constituído pela participa-

ção nas empresas controladas; no conferimento de crédito a essas empresas, e outras eventuais atividades financeiras.

Dai, diz CLAUDIO NAPOLEONI, a denominada "Struttura a piramide", mediante a qual, com quotas de capital relativamente exíguas, é possível **controlar** grandes massas de capital. (in Dizz. di Economia Política, Milano, 1956, págs. 33-35).

10. Entre nós, a não ser a reação do Fisco, cancelando, a principio, a isenção ampla de que gozavam os lucros e dividendos incorporados ao seu ativo pelas "Holdings", e, ao depois, minorando a tributação (que se veio a considerar muito pesada), não há, contra a criação, a manutenção e possível proliferação das "Holdings", nenhuma medida restritiva. Não há, porém, que confundi-las com o **Holding Trust**.

11. Anuncia-se, mesmo, a intenção do Governo de criar a sua própria "**Holding**" no setor da Siderurgia. E, a idéia inicial, embora aqui e ali criticada, não se pode considerar totalmente afastada. Mas essa **Holding Co.** visaria ao fortalecimento das coligadas, através de unidade de direção e de unificação dos programas de exploração das siderúrgicas estatais (Sociedades de Economia Mista).

12. Como as maiores do mundo econômico contemporâneo, citam-se: J.P. MORGAN — FIRST NATIONAL PLANING; ROCKEFELLER; KUHN-LOEB; MELLON, DU PON e as três comunidades financeiras de Chicago, Cleveland e Boston.

#### BIBLIOGRAFIA sobre as "Holdings":

- A. A. BERLE E MEANS — The modern corporation & Private Propriety. New York, 1934.  
 ROBINSON — Monopoly — Londres, 1941.  
 GORDON — Business Leadership in the Corporation — Washington, 1945.  
 Prof. FRANCESCO MESSINEO — La società di commercio "collegale". Padova, 1932.  
 VIVANTE — Le società a catena, in Revista Bancaria, 1931.  
 VITO — Cartelli i Gruppi — Milano, 1930.  
 LIEFMANN — Kartell, Konzern un Trusts — Stuttgart, 1927. (Há tradução em italiano).

### TEMA III

#### OS CONSÓRCIOS (Lei do Mercado de Capitais)

1. Dentro do **gênero coalizão**, e como coalizão, aceita e regulada pelos Poderes Públicos, estão os **Consórcios**, que as instituições financeiras autorizadas a operar no mercado financeiro e de capitais podem formar, por contrato registrado no Banco Central, para o fim especial de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado.

2. Esses são os Consórcios de existência legal e de finalidades lícitas. Não há como confundi-los com outras organizações que, sob essa mesma denominação — Consórcios —, exercem certas atividades que, no mais das vezes, são casos de polícia. São os tais Consórcios que se formam para proporcionar a aquisição de bens móveis (veículos, principalmente), num regime especial de licitações, de prestações de dinheiro... e boa sorte!

3. A estes últimos se referem o art. 7º, nº 1, da Lei nº 5.768, de 20-12-71, e a Instrução nº 008, de 25-2-72, do Ministro da Fazenda, que subordina a constituição e o funcionamento desse tipo de "Consórcio" à prévia autorização do Ministério da Fazenda (**Jornal do Brasil**, de 25-2-72).

#### TEMA IV AS FUSÕES E OS "TRUSTS"

com finalidades que contrariam a política governamental de defesa da produção; da liberdade da iniciativa privada e de incentivo à grande empresa.

1. **A reestruturação dimensional das empresas** — que hoje se apresenta como uma necessidade insubstituível e é aceita pelo empregado e pelo Governo — nem sempre é feita com a finalidade de assegurar uma organização útil à economia nacional.

2. Os desvios são desconcertantes. E o **abuso do poder econômico como meta desiderata** — tem que ser impedido, a todo transe, pelo Poder Público. É o que se fez, entre nós, pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, e pelo Regulamento que baixou com o Decreto nº 52.025, de 20-5-1963, ainda vigente, com as pequenas alterações do Decreto 53.647, de 28-2-1964.

3. São formas de abuso do poder econômico, segundo a nossa Lei, as compendiadas no seu art. 2º, sob diferentes rubricas:

- a) domínio dos mercados nacionais;
- b) eliminação da concorrência;
- c) elevação de preços, em caso de monopólio natural, com o objetivo de aumentar lucros, sem aumentar a produção;
- d) provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva como fim de elevar preços. (Note-se que a sustentação de preços, em princípio, é ato lícito: Lei de Mercado de Capitais — art. 7º, nº V);
- e) formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores.

4. Dessas formas interessam, particularmente, ao nosso exame, as referentes ao domínio de mercados, por meio de:

- a) ajuste ou acordo entre empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) **coalização, incorporação, fusão, integração** ou qualquer forma de concentração de empresas.

5. Se a coalização de empresas se efetivar com abuso do poder econômico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem poderes para requerer, judicialmente, a intervenção, que se processará nos termos dos artigos 48 e seguintes da Lei nº 4.137, de 1962.

6. Muito mais valiosa do que essa faculdade, quer parecer-nos o veto que o art. 74 da referida Lei estabelece, ao declarar, de forma desengañada, que:

**"Art. 74** — Não terão validade, senão depois de **aprovados e registrados** pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos 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 a distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

7. Com essa faculdade assegura a lei, ao CADE, a fiscalização prévia, capaz de impedir a legalização dos chamados "Trusts", em qualquer de suas formas, igualmente nocivas à economia nacional: os "Cartéis"; a "Konzern"; o "Corner" etc.

8. Destarte, mal se compreende possa ter o CADE decidido, recentemente, como acaba de decidir (a nosso ver contrariando o texto expresso da Lei, acima referido) que

"...A só fusão ou incorporação de empresas são negócios jurídicos que independem, para a sua eficácia, de aprovação ou registro pelo CADE." ... "O sistema de controle das fusões e incorporações de empresas se realiza a **posteriori**, sempre que o CADE julgar necessário."

(Diário Oficial — Seção I — Parte I, de 18 de abril de 1972).

9. É verdade que, tanto a Constituição Federal (Emenda nº 1), no seu art. 160, nº V, como a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, se referem à **repressão ao abuso** do poder econômico, e, reprimir, quer dizer coibir, reírear, punir, o que **pressupõe o ato já praticado**. Mas, reprimir também pode ser **sustar o ato ou o movimento** e quer nos parecer que essa **função preventiva**, atribuída ao CADE, é a que melhor se coaduna com objetivo de **impedir a ação nociva do "trust"**, vale dizer, de não permitir nenhuma forma de abuso do poder econômico.

10. Há que considerar que a **fusão de empresa** é uma operação que pode conduzir ao "trust", da mesma forma que o "trust", chamado vertical, pode se apresentar sob a forma de **Holding Trust**.

11. O que há que pesquisar, em cada caso, é o **objetivo da coalização**, para enquadrar, como forma de abuso do poder econômico, todo aquele que, seja qual for a forma operacional ou jurídica que adotar, vise:

**"o domínio dos mercados,  
a eliminação da concorrência e  
o aumento arbitrário dos lucros"**  
(Emenda Constitucional nº 1, art. 160, V.)

12. Não esquecer que

"os sinais característicos do **trust** são a extensão do grupo econômico, a ligação financeira ou administrativa entre suas diversas

partes; sua tendência à expansão. É a união de empresas industriais ou comerciais que visam obter, pela formação de unidades financeiras ou administrativas mais importantes, lucros mais altos e uma posição mais poderosa na vida econômica". (BENJAMIN SHIEBER — "Abusos do Poder Econômico" — São Paulo — págs. 161-163.)

13. Havemos de convir que, com as facilidades com que o Governo está estimulando a incorporação e a fusão de empresas, se dilarga o caminho para a formação dos trusts, cujos malefícios é preciso impedir e, não somente reprimir, por ação platônica, a posteriori, como é, hoje, a declarada posição do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE).<sup>(4)</sup>

14. É verdade que a fusão e a incorporação de empresas, no regime do Decreto-Lei nº 1.182, de 1971 (enquanto vigorar esse Decreto-Lei), estão submetidas à **prévia aprovação** da Comissão de Incorporação e Fusão de Sociedades (COFIE), à qual compete zelar para que a aplicação do referido Decreto-Lei **não resulte em concentração empresarial** que possa vir a afetar o equilíbrio do mercado (Instrução nº 1/71, item 11).

NOTAS a propósito dos "Trusts":

I. A opinião pública identifica o Trust como uma sociedade gigantesca, dispendo de capitais ilimitados, em constante conflito com o Estado, com os operários e com a pequena e média empresa. HENRY PEYRET — "La bataille des trusts." Pág. 5.)

II. Os principais adversários dos Trusts não foram os operários, mas os representantes da classe média. (Op. cit., pág. 53 *in fine*.)

III. Os Trusts foram, a princípio, submetidos à legislação comum (que se mostrou inoperante) (Op. cit., pág. 54).

IV. Mesmo com o advento das leis específicas, notadamente da **Sherman Act**, o que se sabe é que essa lei não foi aplicada nos U.S.A., pelo menos nos seus dez primeiros anos de vigência. (Op. cit., pág. 55.)

V. O comportamento dos homens dos Trusts, face aos Tribunais, é referido por HENRY PEYRET como de extrema habilidade, ameaças e ironias, citando o que ocorreu

(4) Ao propósito do arquivamento de Ata de Assembleia-Geral de Sociedade Anônima, levantou-se, em data recente, séria polémica na JUCEG (Junta Comercial do Estado da Guanabara). O Procurador-Geral da JUCEG recorreu de decisão da Junta (que determinara o arquivamento de Ata). Fê-lo, sustentando que, nos termos da Lei nº 4.137, de 1962, é considerado abuso do poder econômico a eliminação total ou parcial da concorrência, "por meio de ato de concentração de empresas". A JUCEG manteve o ato de arquivamento em decisão que está publicada na Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara (Volume 25, págs. 443/453), com a seguinte ementa:

JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DA GUANABARA

RECURSO N.º 4/71 DA PROCURADORIA REGIONAL

Gelgy do Brasil S.A. — Produtos Químicos  
Vogal Relator: ELIÉZER MAGALHÃES FILHO  
Vogal Revisor: MARCO AURÉLIUS SAYXO PARENTE

Incorporação de sociedades. Registro do ato relativo.

A comprovação da formação do truste não pode ser feita pelas Juntas do Comércio, que para tanto não estão aparelhadas. A tarefa, com toda a série de exame de prova e indícios, cabe ao CADE, único órgão em condições de realizá-la.

D E C I S Ã O

Vistos e relatados os autos do Processo n.º 16.582/71, decidiu o Plenário, por maioria, negar provimento ao recurso interposto pela Procuradoria para manter o arquivamento deferido pela 1.ª Turma. — Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1971. José Braz Pereira Gomes, Presidente da JUCEG. Eliézer Magalhães Filho, Vogal Relator.

na Corte Suprema, quando esta chamou à sua presença, para explicar as suas atividades, um dos homens do **trust** do Aço (Schwab).

## TEMA V

### “OS CONGLOMERADOS”

1. Os **Conglomerados**, que são a forma mais em voga de coalização de interesses empresariais, surgiram com as características, que nunca deviam ter sido abandonadas, da velha forma associativa, denominada “Sociedade em conta de participação” (Código Comercial — art. 325), que consistia numa reunião momentânea de pessoas jurídicas, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio.

2. Assim é que se reuniam empresários constituídos com objetivos os mais diversos, objetivando a realização acidental de um negócio que a todos podia interessar: era o fabricante de máquinas, em grande escala, a que se associavam o banqueiro, a seguradora e a transportadora, para fornecer e entregar a uma sociedade em formação, ou já formada, a maquinaria fabricada por um dos participantes desse Conglomerado.

3 Mas, dessa forma primitiva, caminhou-se, rapidamente, para o agrupamento de empresas economicamente fortes ( com objetivos diversificados), visando à realização de grandes empreendimentos, pela operação, mais usual, da fusão de empresas.

4. Os escritores italianos se referem aos Conglomerados, denominando-os “fuzioni conglomerali”, e os definem como “fuzioni di società le quali nella propria attività non sono tra di loro in concorrenza diretta e neppure sono in relazione da acquirente a venditore”. (**BRUNO CALABI** — Orientamenti della prima giurisprudenza americana sulle fuzioni conglomerali di società.)

5. O autorizado economista **MARIO SIMONSEN** a eles se refere, nestes termos: “Um dos projetos que mais têm sido animados pelo Governo, é o de formação dos **grandes conglomerados de empresas**, nos campos financeiro, industrial e comercial. De alguma forma — prossegue **MARIO SIMONSEN** — se trata da adaptação de um **modelo** que produziu excelentes resultados em vários países, como no Japão, na Alemanha e na França. De outro lado, se trata do reconhecimento de que as empresas brasileiras precisam melhorar, em termos de economia de escala, a fim de incrementar a sua produtividade e reduzir seus custos”. (N.B.: Entende-se por economia de mercado o aumento da produção com redução dos custos operacionais.)

6. Esse economista se mostra favorável aos Conglomerados como meio de se caminhar para a sociedade de capital aberto e preconiza o funcionamento do Conglomerado através de uma “holding”.

7. Note-se que, através dos Conglomerados, se pode atingir a mesma finalidade do “trust”. Daí a preocupação do Departamento de Justiça dos U.S.A. de fazer acionar os dispositivos do “**Anti-Trust-Act**”, para impedir que os grupos poderosos, lá denominados — “**Multimarket Corporations**”, infringam as **normas de defesa econômica**.

Existe, no momento, grande prevenção, nos U.S.A., com relação aos Conglomerados. Mas, lá se confia na observância do **Anti-Trust-Act**, a

modo de impedir que as formidáveis concentrações de capital, que são os Conglomerados, possam redundar em prejuízo ao País, pelo abuso do poder econômico!

#### A N E X O

BOLETIM DO BANCO BOZANO SIMONSEN

Nº 4 — ANO 4 — OUTUBRO DE 1971

#### "Conglomerados e Imposto de Renda"

Um dos projetos que mais têm sido animados pelo Governo é o da formação dos grandes **conglomerados de empresas**, nos campos financeiro, industrial e comercial. De alguma forma se trata da adaptação de um modelo que produziu excelentes resultados em vários países, como no Japão, na Alemanha e na França. De outro lado se trata do reconhecimento de que as empresas brasileiras, geralmente constituídas na tradição da sociedade anônima fechada, precisam melhorar em termos de economias de escala, a fim de incrementar sua produtividade e reduzir seus custos. É de assinalar, aliás, que em muitos casos a pulverização das empresas chegou a ser forçada por motivos legais. Isso ocorreu particularmente no campo financeiro, devido a legislação promulgada em 1964/1965. A lei da reforma bancária (Lei 4.595/64) virtualmente proibiu qualquer empréstimo de instituições financeiras a **empresas coligadas**, provocando na prática o conhecido artifício do "chumbo cruzado". A lei do mercado de capitais (Lei 4.728/65) multiplicou as modalidades de tais instituições financeiras, confinando-as em compartimentos mais ou menos estanques. Tratava-se da imitação do modelo americano, onde o mercado de fato é suficientemente extenso para comportar tal grau de especialização. Na adaptação, todavia, foi esquecido o velho princípio de Adam Smith: "o grau da divisão do trabalho depende da extensão do mercado."

A idéia de um conglomerado dificilmente se pode dissociar da de sociedade anônima aberta. Primeiro porque um conglomerado costuma resultar da fusão de empresas de diferentes proprietários — e a única proteção realmente eficaz para o acionista minoritário de uma sociedade anônima é a liquidez das suas ações em Bolsa. Segundo porque um conglomerado precisa dispor de flexibilidade financeira, e não há melhor válvula de escape nesse sentido do que a possibilidade do lançamento público de ações à subscrição de tempos em tempos.

É claro que um conglomerado dificilmente se organizará como uma única empresa — mas como um **conjunto de firmas controladas por uma "holding" de grande porte**. É natural que em prazos médios as unidades operacionais se comportem diversamente em termos de lucros, liquidez etc. Todavia, o que definirá a situação do conglomerado será o seu balanço consolidado. Isso sugere, de um lado, a necessidade de ampla flexibilidade de transferência dos lucros entre as empresas do conglomerado — já que aquelas capazes de gerar maiores lucros não necessariamente coincidirão com as que mais recursos precisarão para investir. E, de outro lado, que a empresa de capital aberto seja a sociedade "holding" e não as unidades operacionais.

Infelizmente a atual legislação do Imposto de Renda, concebida numa época em que se manifestava evidente ojeriza às companhias "holding", não favorece esse tipo de estruturação. Os dividendos **distribuídos de uma empresa a outra focam sujeitos a um imposto na fonte de 15%**, a menos que a companhia distribuidora seja de capital aberto. Do mesmo modo, a distribuição de lucros (à pessoa física ou jurídica) **gera um imposto adicional sobre a empresa que os distribui de 5%**, a menos que se trate igualmente de **sociedade anônima aberta**. Essas disposições incentivam a abertura do capital das unidades operacionais de um conglomerado. Mas impedem a flexibilidade de transferências entre essas unidades e, em particular, desestimulam a abertura do capital no nível em que ela se mostraria mais adequada — o das empresas "holding", e não o das unidades operacionais.

É fácil, no entanto, corrigir as distorções acima assinaladas. A atual legislação estabelece a isenção do imposto de 5% sobre a distribuição em geral, e do desconto de 15% sobre os lucros transferidos de uma pessoa jurídica para outra, quando a empresa distribuidora for sociedade anônima aberta. Bastaria estendê-la aos casos em que a empresa receptora dos lucros ou dividendos for sociedade anônima aberta. O impacto sobre a arrecadação seria minúsculo, e gerar-se-iam as condições realmente necessárias à vitalidade dos conglomerados.



## SUMÁRIO

- A) Mercado Financeiro e Mercado de Capitais
- B) As Instituições Financeiras
- C) Os diversos tipos (títulos) de Investimentos

### **A) MERCADO FINANCEIRO E MERCADO DE CAPITAIS**

O crédito é a mola mestra e propulsora da economia moderna. É tão necessário aos Governos, quanto às empresas, quanto aos consumidores. Em torno do crédito, se desenrola a quase totalidade da Economia: as empresas se desenvolvem através de recursos tomados internamente — de seus acionistas — e recursos tomados externamente — financiamentos a curto, médio e longo prazos; os consumidores adquirem bens através de compras à prestação, de alienações fiduciárias em garantia, de financiamentos para aquisição da casa própria etc.; e os Estados procuram nos organismos internacionais de crédito os recursos necessários para financiar o próprio desenvolvimento econômico.

Sempre existe, no mundo das finanças, os que dispõem de dinheiro, economias ou poupanças, e que em consequência os oferecem, e os que deles necessitam, e, por conseguinte, os procuram.

Tal oferta e procura de dinheiro se efetua no chamado "Mercado Financeiro", dando origem a uma plethora de "operações financeiras", que utiliza diversos, variados e sofisticados "instrumentos financeiros".

Quem oferece o dinheiro, aplicando-o em mãos de terceiros, tem a expectativa de reavê-lo com lucro, e quem o recebe, o faz com o propósito de devolvê-lo ao término do prazo do empréstimo, nas condições avençadas.

Assim é que o "crédito" torna-se o elemento caracterizador de todas essas operações, razão pela qual o "Mercado Financeiro" também é conhecido por "Mercado de Crédito".

Quando essas operações financeiras se realizam no âmbito internacional, envolvendo instituições financeiras privadas e públicas — Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Eximbank, Banco Internacional de Desenvolvimento, Banco Interamericano de Desenvolvimento — estaremos face ao "Mercado Financeiro Internacional".

Quem necessita de dinheiro, pode desejá-lo a curto, médio e longo prazos, e quem o empresta, também pode fazê-lo a curto, médio e longo prazos. Comumente classificam-se como "operações a curto prazo" aquelas que não ultrapassam de cento e vinte dias; "operações a médio prazo" seriam aquelas que vão desse último prazo até dezoito ou vinte e quatro meses; e "operações a longo prazo" seriam aquelas com prazo de liquidação superior aos limites previstos para as operações anteriormente citadas.

O "Mercado Financeiro", face a esses três tipos de operações, pode subdividir-se em: mercado de créditos a curto prazo, mercado de créditos a médio prazo e mercado de créditos a longo prazo.

No "Mercado de créditos a longo prazo" é que geralmente se buscam recursos para investimentos em bens de capital, em bens de produção. Tais investimentos sempre possibilitam um retorno a longo prazo, e como apresentam desejável certeza de plena realização, com a consecução de lucros, implicam normalmente em juros menores.

Por representar o "mercado de crédito a longo prazo" investimentos em bens de capital, e que também é denominado *Mercado de Capitais*, na justíssima lição de BENEDICTO FERRI DE BARROS, um dos maiores "experts" nacionais em "mercado de capitais".

Opõe-se, desta forma, o "Mercado de Capitais" ao "mercado de crédito stricto sensu", que é aquele que se ocupa de operações creditícias a curto prazo.

Desta forma, o "Mercado Financeiro", como o mercado geral do dinheiro e do crédito, se subdivide em "Mercado de Capitais" e "Mercado de Crédito"; realiza o primeiro operações a longo e médio prazos e realiza o segundo operações a curto e médio prazos.

O disciplinamento, a estruturação das "Instituições Financeiras" de um determinado país compõem o seu *Sistema Financeiro*.

O *Sistema Financeiro Nacional* foi estruturado pela Lei nº 4.595, de 31-12-64, e, de acordo com seu art. 1º, é constituído:

- I — pelo Conselho Monetário Nacional;
- II — pelo Banco Central do Brasil;
- III — pelo Banco do Brasil S. A.;
- IV — pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
- V — pelas demais instituições financeiras públicas e privadas.

São "instituições financeiras nacionais", dentre outras, além das já referidas:

- I — A Caixa Econômica Federal;
- II — As Caixas Econômicas estaduais;
- III — O Banco Nacional da Habitação;
- IV — Os Bancos comerciais, estatais e privados;
- V — As Cooperativas de Créditos;
- VI — As Companhias de Seguros e Capitalização;
- VII — As sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma;
- VIII — As Bolsas de Valores;
- IX — Os Bancos de Investimento;
- X — Os Bancos de Desenvolvimento;
- XI — As Sociedades de Crédito, Investimento e Financiamento;
- XII — As Sociedades de Crédito Imobiliário;
- XIII — As Associações de Poupança e Empréstimo;
- XIV — As Sociedades Corretoras;
- XV — As Sociedades Distribuidoras;
- XVI — Os Fundos de Investimento em Condomínio ou em Participação.

A *função principal das instituições financeiras* é a de transformação dos recursos disponíveis que captam, de variadas maneiras, em diversas formas de crédito, que oferecem.

Utilizam-se, para isso, de *instrumentos e técnicas financeiras* como contas-correntes bancárias, descontos, duplicatas, notas promissórias, letras de câmbio, "warrants", certificados de depósitos, contratos de empréstimos, contratos de vendas à prestação, contratos de alienação fiduciária em garantia, avais, en-

dossos, letras imobiliárias, cadernetas de poupanças, partes beneficiárias, debêntures, ações, obrigações reajustáveis e conversíveis em ações, hipotecas, cédulas hipotecárias, cauções, cotas de participação em condomínios etc. . .

O *Mercado de Capitais*, como um dos ramos do “mercado financeiro”, é, consoante a definição de BENEDICTO FERRI DE BARROS,

“aquele em que se opera com recursos estáveis, disponibilidades inteiramente livres, não exigíveis, ou só exigíveis a longo prazo, às quais se denominariam com inteira propriedade de “economias” ou poupanças”. (Em “Mercado de Capitais e ABC de Investimentos”, Ed. Atlas.)

As “instituições financeiras” que atuam no mercado de capitais incumbem efetuar a intermediação entre os que dispõem de poupanças e os que delas necessitam, para aplicá-las rentavelmente. Transformam essas economias em “ações” e “obrigações”, que constituem os chamados *títulos ou valores mobiliários*.

Os títulos ou valores mobiliários são negociados principalmente nos  *Mercados de Valores*, consubstanciados nas *Bolsas de Valores*.

Mas, nem todos os valores mobiliários circulam nos “mercados de valores”. Assim, por exemplo, as letras imobiliárias, as letras de câmbio, enfim, os títulos de renda fixa em geral, não se negociam no âmbito das Bolsas de Valores, razão pela qual o “Mercado de Capitais” tem maior amplitude que o “mercado de valores”.

Até 1964 a política monetária nacional estava a cargo da Superintendência da Moeda e do Crédito — SUMOC.

Pela Lei nº 4.595/64, que reestruturou o “Sistema Financeiro Nacional”, passou a política econômico-financeira a ser orientada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, este uma autarquia federal na qual se transformou a SUMOC.

Após, em 1965, criou-se o “novo Mercado de Capitais” do Brasil, através da Lei nº 4.728, que instituiu inúmeras medidas para o incremento das poupanças do País, e o fortalecimento das empresas nacionais.

## B) AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NACIONAIS

Interessa-nos, sobretudo, o estudo das instituições financeiras que atuam mais especificamente no “Mercado de Capitais”.

1ª — Em primeiro lugar cumpre-nos referir ao “Conselho Monetário Nacional”, criado pela Lei nº 4.595/64, e reformulado pelo Decreto nº 65.769/69, composto atualmente por 14 membros, tendo o Ministro da Fazenda como seu Presidente e o Ministro do Planejamento e Coordenação Geral como Vice-Presidente.

Possui, relativamente ao “Mercado de Capitais”, as seguintes atribuições, dentre outras:

I — disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

II — orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas, tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do País, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional;

III — zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras;

IV — limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central, assegurando taxas favoráveis aos financiamentos que se destinem a promover;

V — determinar a percentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas;

VI — expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras;

VII — delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos, o capital mínimo das instituições financeiras privadas, levando em conta sua natureza, bem como a localização de suas sedes e agências ou filiais;

VIII — determinar o recolhimento de até 25% do total dos depósitos das instituições financeiras, seja na forma de subscrição das letras ou obrigações do Tesouro Nacional, ou compra de Títulos da Dívida Pública Federal, até 50% do montante global devido, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil...;

IX — regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária;

X — estabelecer normas a serem observadas pelo Banco Central do Brasil em suas transações com títulos públicos e de entidades de que participe o Estado,

XI — autorizar o Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas federais a efetuar a subscrição, compra e venda de ações e outros papéis emitidos ou de responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas do Estado;

XII — disciplinar as atividades das Bolsas de Valores e dos corretores de fundos públicos;

XIII — fixar até 15 vezes a soma do capital realizado e reservas livres, o limite além do qual os excedentes dos depósitos das instituições financeiras serão recolhidos ao Banco Central do Brasil, ou aplicados de acordo com as normas que o Conselho estabelecer.

2ª — Em segundo lugar, dentre as Instituições Financeiras nacionais, temos o Banco Central do Brasil, autarquia federal conhecida como o “Banco dos Bancos”, criado pela Lei nº 4.595/64, e dotado, relativamente ao “mercado de capitais”, das seguintes atribuições, dentre outras:

I – realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias, e as referidas no art. 4º, inciso XIV, letra “b”, e no § 4º do art. 49 da Lei nº 4.595/64;

II – exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;

III – efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;

IV – exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

V – conceder autorização às instituições financeiras para: funcionar no País; instalar ou transferir suas sedes; serem transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; prorrogarem os prazos concedidos para funcionamento; e alterar seus estatutos;

VI – efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais;

VII – entender-se com as instituições financeiras estrangeiras, em nome do Governo brasileiro;

VIII – efetuar compra e venda de títulos de sociedades de economia mista e empresas do Estado;

IX – emitir títulos de responsabilidade própria, de acordo com as condições estabelecidas pelo C.M.N.;

X – exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem.

3ª – As *Bolsas de Valores*, de acordo com o art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/64, são “instituições financeiras”, sob a forma de “associações civis”, sem finalidade lucrativa (Resolução nº 39/66, art. 1º, do Banco Central), “com autonomia administrativa, financeira e patrimonial” (art. 6º da Lei nº 4.728/65), operando sob a supervisão do Banco Central, com a finalidade de intermediar, através de seus membros (as Sociedades Corretoras), a venda de títulos ou valores mobiliários, levados ao “Pregão”.

A Resolução nº 39/66, do Banco Central do Brasil, disciplina a constituição, organização e o funcionamento das Bolsas de Valores do País.

4ª – Os *Bancos de Investimento*: Foram previstos no art. 29 da Lei nº 4.728/65, estando disciplinados em nosso direito, principalmente, pela Resolução nº 18/66, do Banco Central do Brasil.

São definidos pelo art. 2º da citada Resolução, da seguinte forma:

“Os Bancos de Investimento são instituições financeiras privadas, especializadas em operações de participação ou de financiamento a prazos médios e longos, para suprimento de capital fixo ou de movimento, mediante aplicação de recursos próprios e coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros.”

Deverão ser organizados sob a forma de sociedades anônimas, devendo suas ações serem obrigatoriamente “nominativas, endossáveis ou não” (art. 3º).

Todavia, a recente Resolução nº 201, de 20-12-71, do Banco Central do Brasil, possibilitou às instituições financeiras privadas consideradas sociedades anônimas de capital aberto, “emitirem ações preferenciais ao portador, sem direito a voto”, ações essas que não poderão “exceder a 50% do capital social da empresa”.

Seu funcionamento depende de “prévia autorização do Banco Central do Brasil, e ficarão sujeitos à sua “permanente fiscalização” (art. 8º).

Seu campo de atuação é bastante vasto, o mais vasto dentre todas as instituições privadas que operam no mercado de capitais.

Poderão realizar as seguintes “operações ativas”:

- a) empréstimos a prazo mínimo de um ano para financiamento de capital fixo;
- b) empréstimos a prazo não inferior a um ano, de capital de movimento, inclusive para financiamento de produção e embarque de bens destinados à exportação;
- c) aquisição de ações, obrigações e quaisquer outros títulos ou valores mobiliários, para investimento ou revenda no mercado de capitais;
- d) repasse de empréstimos obtidos no exterior;
- e) prestação de garantia em empréstimos no país ou provenientes do exterior, neste caso ouvido o Banco Central;
- f) distribuição, ou colocação no mercado, de emissões de títulos ou valores mobiliários (“underwritings”);
- g) intermediação nas operações relativas a valores mobiliários, em Bolsa de Valores ou fora delas;
- h) emissão e atos de registro ou averbação de ações e obrigações nominativas ou nominativas endossáveis;
- i) administração de carteira, custódia e recebimento de rendimentos de títulos ou valores mobiliários;
- j) aceite ou coobrigação em títulos cambiários e debêntures.

Os Bancos de Investimento não poderão obter “redescontos”, e somente poderão operar com recursos de terceiros — *operações passivas* — provenientes de:

- a) depósitos com cláusula de correção monetária, de prazo fixo não inferior a 18 meses, vedada sua movimentação, com ou sem emissão de certificados de depósito;
- b) empréstimos contraídos no exterior;
- c) empréstimos contraídos no País, com ou sem cláusula de correção monetária;
- d) colocação ou distribuição, no mercado de capitais, de títulos cambiários e debêntures com a coobrigação do banco;

e) venda de cotas de fundos de investimento, administrados pelo banco.

Além do mais, podem se encarregar de fazer projetos e de captar recursos para empreendimentos favorecidos por incentivos fiscais e supervisionados pela SUDENÉ, SUDAM, SUDEPE, EMBRATUR e REFLORESTAMENTO; podem conceder crédito ao consumidor para aquisição de bens duráveis, a prazos médio e curto-a-médio (de 3 a 12 meses); e podem emitir Certificados ou Depósito para a Compra de Ações, representativos de Fundos Fiscais (Dec.-Lei nº 157/67).

Em 1970 havia no Brasil 29 Bancos de Investimento.

5ª — *As Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento*: Essas sociedades, também denominadas “Financeiras”, foram regulamentadas pela Portaria nº 309, de 30-11-59, expedida pela SUMOC, a qual ainda vigora em sua estrutura fundamental. Posteriormente, inúmeras modificações surgiram, através de Resoluções do Banco Central, sendo as mais importantes as contidas nas Resoluções nº 45, de 30-12-66, e nº 103, de dezembro de 1968.

Seu campo de atuação é igualmente bastante amplo, mas hoje se concentra principalmente no financiamento de capital de giro para as empresas, e na concessão de crédito ao consumidor para a compra de bens duráveis, através da “alienação fiduciária em garantia”.

São denominadas “Financeiras” porque se dedicam ao financiamento a prazo médio, principalmente de seis meses a dois anos.

De acordo com a Resolução nº 103/68, tais sociedades, a partir de 31-12-69, deveriam aplicar em crédito direto ao consumidor a percentagem de 100% do valor global de suas operações de aceite, sendo 5% a título de “prestação de serviços”. A Resolução nº 163/70 ampliou a “faixa de prestação de serviços” para 15% do total.

Pela Resolução nº 45/66 as “Financeiras” podem realizar “operações passivas” num limite máximo de 15 vezes o valor de seu capital e reservas, isto é, só podem emitir letras de câmbio ou aceitá-las, até o valor de 15 vezes a soma de seu capital mais reservas. Pretende, todavia, o Conselho Monetário Nacional reduzir brevemente tal limite para 12 vezes, ao invés de 15.

Atualmente, seu capital mínimo foi estipulado pelo Conselho Monetário Nacional em Cr\$ 2 milhões, mas é pensamento desse Conselho elevá-lo para Cr\$ 4 milhões.

Em 1972, no Brasil, existiam funcionando 146 “Financeiras”.

6ª — *As Sociedades Corretoras*: São membros exclusivos das Bolsas de Valores, e foram regulamentadas pela Resolução nº 39/66, do Banco Central do Brasil, que disciplinou a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores em todo o País.

As Sociedades Corretoras são sociedades comerciais por ações nominativas ou por cotas de responsabilidade limitada (A Resolução nº 201/71 facultou-lhes a emissão de ações preferenciais ao portador até o limite de 50% do capital social).



Após autorizadas a funcionar pelo Banco Central, deverão adquirir um “Título Patrimonial” de uma das Bolsas de Valores onde pretendam atuar, obedecendo as exigências legais e regulamentares de cada Bolsa.

Seu capital deverá ser no mínimo igual a uma vez e meia o valor nominal dos títulos patrimoniais que adquirir, valor esse que é reajustado periodicamente, ao fim de cada exercício.

Os artigos 40 e 41 da Resolução nº 39/66 fixam normas rígidas de contabilidade, às quais deverão obedecer tais sociedades.

As atribuições das Sociedades Corretoras estão fixadas no art. 66 da Resolução nº 39/66, dessa forma:

- I — operar com exclusividade em Bolsa de Valores;
- II — comprar, vender e distribuir títulos e valores mobiliários, por conta própria ou de terceiros;
- III — formar e gerir, como líder ou participante, consórcios para lançamento público (“underwritings”), bem como para compra ou revenda de títulos e valores mobiliários, e ainda encarregar-se de sua distribuição e colocação no mercado de capitais;
- IV — encarregar-se da administração de carteira de valores e da custódia de título e valores mobiliários;
- V — incumbir-se da transferência e da autenticação de endossos, desdobramentos de cautelas, de recebimento e pagamento de resgates, juros, ou dividendos de títulos e valores mobiliários;
- VI — encarregar-se da subscrição de títulos e valores mobiliários, prestar serviços técnicos nesse sentido e exercer funções de agente fiduciário por ordem de terceiros;
- VII — operar em contas-correntes com seus acionistas;
- VIII — promover o lançamento de títulos e valores mobiliários, públicos e particulares;
- IX — instituir, organizar e administrar fundos mútuos de investimento, sob a forma de condomínio aberto...;
- X — organizar fundos de investimentos sob a forma de sociedade anônima de capital autorizado (revogado pela Resolução nº 145/70, do Banco Central).

Também podem organizar e administrar “Fundos Fiscais” e “Clubes de Investimento”.

Em São Paulo temos atualmente 134 Sociedades Corretoras da Bolsa, e no Brasil, em 1970, tínhamos cerca de 420 Corretoras.

7ª — *As Sociedades de Crédito Imobiliário*: Foram criadas pela Lei nº 4.380, de 21-8-64, antes, pois, da Lei do Mercado de Capitais.

Fazem parte do chamado “Sistema Financeiro Habitacional”, estando subordinadas ao Banco Nacional da Habitação como instituições de crédito imobiliário, e ao Banco Central do Brasil como instituições financeiras.

Além da lei supra, temos, referentemente às sociedades de crédito imobiliário, a Resolução nº 20, de 4-3-66, a Resolução nº 48, de 10-3-66, e as Circulares nºs 47/66 e 79/67, todas do Banco Central.

Sua finalidade específica é fornecer crédito a médio e longo prazos para a construção de unidades residenciais, e financiar a compra da casa própria. Também financiam o consumidor e o produtor de materiais de construção. Para isso, recebem:

- I — depósitos de Poupança, em Caderneta com juros de 6% ao ano, mais correção monetária;
- II — emitem, vendem, resgatam e recompram Letras Imobiliárias, de renda ou de poupança;
- III — custodiam e administram Letras Imobiliárias.

8ª — As *Sociedades Distribuidoras*: São empresas comerciais sob a forma de sociedade anônima de ações nominativas e preferenciais ao portador, essas até 50% do capital, face à Resolução nº 201/71, ou sob a forma de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, ou ainda como “firmas individuais”, devidamente registradas no Banco Central.

Encontram-se disciplinadas pela Resolução nº 76, de 22-11-67, do Banco Central, o qual lhes fornece a “Carta Patente”. Também a Circular nº 102, de 12-11-67, do mesmo Banco, publicou normas para a constituição dessas entidades.

Seu capital mínimo, de acordo com a recente Resolução nº 202, de 20-12-71, varia em conformidade com sua situação geográfica, devendo as que possuem sede no Rio de Janeiro e em São Paulo ter um capital mínimo realizado de Cr\$ 100 mil.

Estão suspensas as concessões de “Cartas Patentes” para o funcionamento de novas Sociedades Distribuidoras. Em 1970 tínhamos 595 Sociedades Distribuidoras no País, fora suas “dependências” e os milhares de “agentes autônomos”. Estes são representantes ou vendedores das Sociedades Distribuidoras, registrados e cadastrados no Banco Central.

As Sociedades Distribuidoras operam no chamado “Mercado Primário de Títulos”, sendo consideradas “instituições financeiras auxiliares” do Mercado de Valores.

Ensina-nos o eminente Professor ROBERTO DE ULHOA CINTRA que

“... são elas responsáveis por milhares de agentes autônomos — o corretor —, cuja atividade também é autorizada pelo Banco Central. Seu campo de ação só agora começa a ser delimitado, pois gozava de grande flexibilidade. Seu nascimento se deve à necessidade da existência de uma entidade financeira para a colocação de Letras de Câmbio aceitas por companhias de crédito, financiamento e investimento, pois estas não poderiam realizar diretamente a venda, a recompra e a revenda de títulos de seu aceite, bem como de aceite de outras empresas dados em pagamento de suas vendas. Outras distribuidoras, no entanto, se constituíram desvinculadas de instituições financeiras, pertencentes

a corretores, agentes autônomos, que se tornaram empresários na intermediação da compra e venda de títulos. Posteriormente, passaram as distribuidoras a realizar operações em compra e venda de ações em Bolsa, através de contrato com corretoras oficiais, sendo a corretagem legal dividida com proveito e lucro para ambos os lados”.

São suas atribuições, dentre outras:

- a) Compra e venda de títulos e valores mobiliários, públicos ou particulares, por conta própria ou de terceiros, fora da Bolsa, nos casos permitidos pelo art. 59 da Resolução nº 39/66;
- b) organização de consórcios de distribuição de títulos;
- c) Vendas de Incentivos Fiscais, regulados pelos artigos 34, 18 e 14 — pessoas físicas e jurídicas — para investimentos nas áreas da SUDENE, SUDAM, SUDEPE, EMBRATUR e REFLORESTAMENTO;
- d) acesso aos lançamentos de ações em processo de “underwriting” pelos bancos de investimentos, financeiras e corretoras, na fase preliminar, antes da entrada em Bolsa desses papéis, podendo realizar “underwritings” até a importância de Cr\$ 1.500 mil, aproximadamente;
- e) são autorizadas a subscrever “Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional” no Banco do Brasil, bem como títulos públicos de Estados e Municípios;
- f) efetuam “operações de balcão”, ao lado das Corretoras, Bancos de Investimento e Financeiras;
- g) compram e vendem papéis de renda fixa: Letras de Câmbio, Certificados de Depósitos, Letras Imobiliárias.

Como acertadamente afirmou ROBERTO DE ULHOA CINTRA

“... a distribuidora se interiorizou, buscou praças mais longínquas, abriu dependências várias, alargou mercados, forneceu papéis aos pequenos investidores vindos dos sítios, das pequenas fábricas e do pequeno comércio”.

9ª — São igualmente “Instituições Financeiras”, atuando nos “Mercados de Capitais”, embora não tendo vida autônoma, não sendo personalizados, os *Fundos Mútuos de Investimento*, os *Fundos de Acceptance*, os *Fundos Fiscais* e o *Fundo de Desenvolvimento do Mercado de Capitais*, este criado pelo Dec. nº 69.554/71.

Os *Fundos Mútuos de Investimento* não são entidades autônomas. São organizados e administrados por instituições financeiras, tais como os Bancos de Investimento, as Financeiras, as Sociedades Corretoras e as Distribuidoras, que aplicam as poupanças captadas junto aos pequenos investidores em títulos existentes no Mercado de Capitais. Atualmente, só podem ser organizados sob a forma de “condomínio aberto”, com a emissão de cotas, que correspondem a frações ideais do mesmo fundo, e que terão a denominação de “Certificados de Investimento”. A qualidade de condômino se prova pela posse de tais certificados.

Os *Fundos Mútuos de Investimento*, criados pela Portaria nº 309/59, da SUMOC, atualmente estão disciplinados pela Resolução nº 145, de 14 de abril de 1970, do Banco Central.

Os *Fundos de Acceptance*, regulamentados pela Portaria nº 309/59, da SUMOC, criados, operados e administrados pelas Financeiras para "financiar operações de compra ou de venda a médio e longo prazos, de máquinas, equipamentos e bens de consumo", foram extintos pela Resolução nº 103, de 30-12-68, devendo serem liquidados até o fim de 1969. Os recursos captados por esses Fundos se destinavam a operações de crédito e financiamento. O cotista desses fundos tornava-se sócio nos resultados de operações de empréstimos, descontos, financiamentos e participações feitos a empresas. O fundista era um co-proprietário do patrimônio do fundo, na proporção das cotas possuídas.

Os *Fundos Fiscais* são fundos criados pelo Dec.-Lei nº 157, de 10 de janeiro de 1967, reformulados pelos Dec.-Leis nºs 238/67, 338/67, 1.109/70, 1.161/71 e 1.214/72, dentre outros, e regulados ainda pela Resolução nº 49/67, do Banco Central.

Atualmente, não mais beneficiam as pessoas jurídicas.

As pessoas físicas, pelo recente Dec.-Lei nº 1.214/72, deverão deduzir do seu Imposto de Renda, obrigatoriamente, de 24% a 12% dos rendimentos brutos, para aplicação nos Fundos Fiscais. Quanto maior for o rendimento bruto, menor será a percentagem a ser deduzida, variando de 24% para rendimentos brutos até Cr\$ 20 mil anuais, e 12% para rendimentos brutos acima de Cr\$ 70 mil anuais.

Os Fundos Fiscais, pelo Dec.-Lei citado, terão que aplicar 25% dos recursos captados em ações novas e debêntures de "empresas de pequeno e médio porte".

A Resolução do Banco Central nº 221, de 10-5-72, considera como "sociedade anônima de capital aberto de pequeno e médio porte aquela cuja soma do capital e reservas, computados no último balanço publicado, seja igual ou inferior a 140 mil vezes o maior salário mínimo vigente no País". Disciplina essa Resolução, igualmente, a forma de aplicação dos restantes 75%.

Finalmente, o *Fundo de Desenvolvimento do Mercado de Capitais*, criado pelo Decreto nº 69.554, de 18-11-71, e regulamentado pela Resolução nº 213, de 2-2-72, do Banco Central, "é um fundo contábil, de natureza financeira, destinado a possibilitar às autoridades monetárias o atendimento dos seguintes objetivos básicos:

- I — dinamizar o mercado de títulos e valores mobiliários;
- II — facilitar a reestruturação financeira das empresas nacionais, com vistas a atingir nível ideal de eficiência e adequada capacidade de endividamento;
- III — criar um sistema de financiamento a médio e longo prazos destinado a amparar a realização de projetos relativos à implantação, ampliação ou reaparelhamento de empresas nacionais;
- IV — favorecer o escoamento de produção interna de máquinas e equipamentos e, eventualmente, a aquisição desses bens no exterior, observadas as normas legais relativas à similaridade nacional;

V — estimular a mobilização de poupanças particulares para promover abertura de capital das empresas”.

Como vemos, não são modestos os objetivos desse FUNCAP.

Participarão do Fundo, como “Agentes Principais”, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, a Caixa Econômica Federal e outras instituições financeiras federais, autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, sendo administrado o FUNDO pelo Banco Central.

Os recursos financeiros com que deverá contar estão previstos no art. 3º da Resolução 213/72.

Também os Bancos de Investimento poderão atuar como “Agentes Financeiros” do FUNCAP, desde que devidamente credenciados pelo Banco Central.

### c) Os diversos tipos (TÍTULOS) de Investimentos

*Investimento*, na definição de CONSTANTINO GRECO, “é a aplicação de economias ou reservas de dinheiro, com a finalidade de protegê-las, e, ao mesmo tempo, auferir lucros” (“Conheça o Mercado de Capitais”, Cultrix).

A expectativa de lucros é a característica essencial de qualquer investimento.

Seu objeto devem ser as “economias” ou “poupanças”.

Investimento, num sentido amplo, “é o emprego de capital com o objetivo de obter um ganho, sob a forma de renda, de valorização, ou de ambos”.

Cumpra distinguir *investimento* de especulação, adverte-nos BENEDICTO FERRI DE BARROS:

“Quem faz um investimento, normalmente, procura uma aplicação estável para seu capital, na qual não entra com premeditada deliberação de sair a prazo relativamente curto, tão logo haja realizado certo lucro. Numa especulação, ao contrário, a compra de um valor ou propriedade é feita com a intenção de revenda subsequente; entra-se no negócio visando-se dele sair com lucros o mais rapidamente possível.”

Os títulos de investimento, em torno dos quais principalmente se desenvolve a atividade do “Mercado de Capitais”, são:

- I — Ações, ordinárias ou preferenciais, nominativas, nominativas endossáveis e ao portador;
- II — Debêntures simples e debêntures conversíveis em ações;
- III — Obrigações reajustáveis e obrigações conversíveis em ações;
- IV — Letras de Câmbio;
- V — Letras Imobiliárias;
- VI — Cadernetas de Poupança;
- VII — Fundos Mútuos de Investimento;
- VIII — Fundos Fiscais;

- IX — Clubes de Investimento;
- X — Títulos da Dívida Pública;
- XI — Letras do Tesouro Nacional ("Open Market");
- XII — Recibos de Depósitos Bancários a prazo fixo;
- XIII — Certificados de Depósitos Bancários a prazo fixo.

São todos, indiscutivelmente, *valores mobiliários*.

São "papéis" negociáveis em Bolsas de Valores ou no Mercado de Capitais, fora das Bolsas.

Sua principal característica é a grande "convertibilidade", ou facilidade de serem convertidas em dinheiro.

Os títulos ou valores mobiliários se dividem em dois grandes grupos: Os *títulos de renda fixa*, e os *títulos de renda variável*.

De *renda variável* são as ações, principalmente as "ordinárias", as "partes beneficiárias", os "certificados de fundos de investimento" e "certificados de fundos fiscais".

Os demais são considerados *títulos de renda fixa*, também chamados *títulos de crédito*, porque representam dinheiro emprestado ou confiado a um emissor, o qual se obriga a devolvê-lo ao fim de certo prazo, acrescido de juros, e correção monetária.

Os juros podem ser pagos antecipadamente, como no caso do deságio concedido nas compras de Letras de Câmbio; podem ser pagos mensalmente, trimestralmente ou anualmente.

Os *Títulos de renda variável* são também denominados *títulos de propriedade*, enquanto os *títulos de renda fixa* são entendidos como títulos de *emprestimo*.

Os Certificados dos Fundos de Investimento e dos Fundos Fiscais são melhormente denominados *títulos de participação*.

Os títulos de renda fixa, os "títulos de crédito" se dividem em *Títulos da Dívida Pública* e *títulos de crédito particulares*.

São, dentre outros, *títulos da dívida pública* as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, os "Bônus Rotativos do Estado de São Paulo", as "Letras do Tesouro do Estado de Minas Gerais", as "Apólices da Prefeitura Municipal de São Paulo" e as "Letras do Tesouro Nacional", utilizadas em operações de "Open Market".

Deixamos para outra oportunidade o estudo ou análise de cada um dos diferentes tipos (títulos) de investimentos atualmente existentes no Mercado de Capitais brasileiro, face à já considerável extensão do presente trabalho.

Concluimos afirmando com os mestres que um mercado de capitais será tanto mais desenvolvido e completo quanto maior for a capacidade de suas instituições financeiras de atenderem, com instrumentos e técnicas adequadas, a todas as modalidades de solicitação de créditos, necessários ao pleno desenvolvimento nacional.

1. O tema — “Bases da preparação do pessoal penitenciário” — abrange só uma parte do que constitui a formação do pessoal penitenciário, pois esta inclui modos de ser da personalidade, adquiridos ou desenvolvidos, vivência de elevados princípios morais, conduta ilibada.

Entretanto, houve época em que esses requisitos de formação se confundiam com a preparação (intelectual); isso ocorreu não só anteriormente à adoção da privação da liberdade, em prisão, como pena, mas continuou ainda por muito tempo após essa adoção.

Ora, pareceu-me que, para melhor compreensão de quais sejam as bases da preparação do pessoal penitenciário atualmente, e por que assim seja, convinha fazer um retrospecto, isto é, começar antes de ter sido a privação da liberdade, em prisão, adotada como pena, e vir vindo, até nossos dias.

Assim, ao falar do pessoal penitenciário de épocas passadas — do pessoal prisional, mais propriamente, tratando-se de quando a prisão era

---

(\*) Preleção, integrante das atividades do dia 16 de maio de 1972, no XXI Curso Internacional de Criminologia, da Sociedade Internacional de Criminologia, realizado pelo Instituto Oscar Freire, em São Paulo.

exclusivamente cautelar — será preciso fazer referência aos ditos requisitos de formação ou, melhor, à ausência deles.

Afora isso, para os fins desta preleção, vamos presumir que todos os membros do pessoal penitenciário, de todas as categorias, são portadores desses requisitos de formação.

Preliminarmente, tenho ainda de lembrar que se, por um lado, para fins didáticos é possível delimitar nitidamente as fases da evolução das exigências de preparação e diversidade das suas bases, por outro lado, como sói acontecer com a evolução humana em todos os seus aspectos, numa fase há sempre, ainda, elementos característicos de fases anteriores e, concomitantemente, nela já se encontram prenúncios de elementos que vão caracterizar fases posteriores.

Dito isso, passemos ao assunto da nossa preleção.

2. Até fins do século XVI, começos do XVII, a prisão, na Justiça laica (isto é, não-eclesiástica), era exclusivamente cautelar. As pesquisas indicam que, se casos houve de ser a privação da liberdade em prisão utilizada como pena, constituíam exceções, considerados, até, abusos pretorianos que, por isso mesmo, deviam ser evitados.

Assim, pois, as prisões eram lugares para conter e reter os acusados à espera da aplicação da pena, ou os condenados à espera da execução da sua pena, que podia ser de açoites, de marca com ferro em brasa, de mutilação etc., etc., até à pena de morte, antecedida ou não de tormentos, sucedida ou não de crueldades.

Em outros termos: as prisões eram depósitos de presos, à espera da aplicação e/ou execução da pena. Nenhuma preocupação havia com as edificações e aparelhagem: bastava que fossem lugares seguros contra a fuga.

O preso era **objeto de vigilância**.

A função do carcereiro consistia em vigilância análoga à do cão de guarda, daí por que não exigia qualquer formação, não exigia aptidões especiais nem preparação ou conhecimento. Era uma função ignominiosa; não admira que só atraísse pessoas ignorantes, boçais e brutais.

3. A partir de fins do século XVI, começos do século XVII, a exemplo dos “penitenciários” que a Igreja tinha desde os primeiros tempos do Cristianismo, e das “casas de correção” que os cristãos separados já começavam a ter também, a Justiça laica passou a adotar a privação de liberdade em prisão, como pena: prisão penitenciária. Esta fase durou até meados do século XIX.

Já não sendo as prisões penitenciárias meros depósitos de presos (como continuavam sendo as prisões cautelares), mas locais para ser executada a pena privativa da liberdade que fora aplicada, o que, para o condenado significava cumprir dita pena, fez-se sentir a necessidade de



estabelecimentos adequados para isso, o que suscitou as preocupações com as edificações, que caracterizam esta fase. Ditas preocupações manifestavam-se no estilo arquitetônico, nos pormenores e acessórios arquitetônicos, com o duplo objetivo de assegurar o isolamento (contínuo ou tão-somente noturno) dos presos, assim como precaver e garantir contra a fuga dos mesmos presos; muito transferidas para os arquitetos, geraram a **Ciência das Prisões**.

Qual era o objeto da Ciência das Prisões?

Do ponto de vista estático, era a arquitetura penitenciária, a qual, por sua vez, haveria de se preocupar com os estilos considerados próprios para estabelecimentos penitenciários que tinham aquele duplo objetivo.

Do ponto de vista dinâmico, era o tratamento dos presos, isto é, isolamento, trabalho, instrução (particularmente religiosa); todavia, esse tratamento considerava os presos (condenados) no seu conjunto global.

Já no fim do século XVIII, início do século XIX, começou-se a falar em "sistema penitenciário", principalmente nos Estados Unidos, a propósito das penitenciárias de Pensilvânia e de Auburn, o reformatório de Elmira e outros estabelecimentos que foram sendo erigidos em quaisquer países, procurando seguir os moldes desses.

Note-se que a expressão "sistema penitenciário" era relacionada com o estilo arquitetônico das prisões e o tratamento dos presos, tratamento esse inerente a dito estilo.

O preso (condenado) era **objeto do sistema penitenciário**, daí por que todos os presos eram globalmente absorvidos no "sistema": o "tratamento", sem especiais preocupações, não se relacionava com o preso ou com a sua pena, mas servia ao "sistema".

Houve confusão da significação de "penitência" com certas condições exteriores coadjuvantes para que ela se opere. "Penitência" significa a volta sobre si mesmo para, com espírito de compunção, reconhecer seu erro (seu delito), propondo-se e dispondo-se a se emendar, isto é, a não reincidir. Pela referida confusão, as mortificações, o relativo desconforto, o sofrimento, cuja função havia de ser a de suscitar e alimentar o espírito de compunção, passaram a ser entendidos como "a penitência", com variações conforme este ou aquele "sistema penitenciário", intimamente ligado ao estilo arquitetônico da prisão.

Pois bem; aconteceu que essas construções tão dispendiosas, projetadas com tantas precauções e erigidas com tanto cuidado, de sorte que os respectivos "sistemas" pudessem bem funcionar, não podiam ser entregues a carcereiros ignorantes, boçais e brutais. Além disso, uma vez que os chamados "sistemas penitenciários", cujo objeto eram os presos (condenados), incluíam o tratamento dos ditos presos, reclamavam certo discernimento, para que, globalizado quanto aos presos, esse tratamento não deixasse de refletir o estilo arquitetônico respectivo.

Ocorreu, então, a substituição do carcereiro (carcereiro-mor, carcereiro-chefe) por um Diretor, cujas atribuições se sintetizavam em dirigir e supervisionar o estabelecimento, o "sistema". O discernimento para isso necessário era constituído por uma certa aptidão, algum preparo intelectual, uma dose de conhecimentos... Não se cogitava, porém, de qualquer especialização.

Aos nossos olhos, de hoje, isso pode parecer pouco. Foi, no entanto, um grande passo. Tendo essas características a função do responsável pela prisão, e sendo de "Diretor" a denominação do seu cargo, a função e o cargo deixaram de ser ignominiosos; daí resultou que pessoas senão cultas, pelo menos ilustradas, e de posição social, começaram a aceitar ser Diretores de prisão.

Quanto ao pessoal destinado à vigilância e aos serviços gerais da prisão, e já agora subordinado a tal Diretor, não havia, desde o início, exigência (estabelecida) a respeito de aptidão e preparação. Entretanto, a qualidade das edificações — novas, limpas, construídas com tanto zelo — impunha alguma reserva ou um certo respeito a dito pessoal. A aptidão e preparação do Diretor, por sua vez, refletia-se também no modo de proceder e agir do pessoal, daí resultando um começo de dignidade das respectivas funções.

4. A partir de meados do século XIX, continuando a privação da liberdade a ser usada como pena (sempre sem excluir o seu uso como medida ou providência cautelar) e, a seguir, havendo sido adotada a medida de segurança, continuaram as preocupações com os estabelecimentos para execução (ou, do ponto de vista do condenado, cumprimento) da pena privativa da liberdade e, a seguir, também da medida de segurança.

Essas preocupações já não tinham o seu centro nas edificações, como se essas fossem a concretização do "sistema", que, por sua vez, incluía o tratamento globalizado dos presos. O tratamento dos presos veio a ter outra significação, com a idéia de individualização.

O preso (condenado, quer em sentido estrito, tendo-lhe sido aplicada pena; quer em sentido lato, isto é, tendo-lhe sido, embora absolvido, imposta medida de segurança) deixou de ser tratado como objeto do "sistema" para ser visto como **homem-indivíduo, sujeito passivo do tratamento**. Daí — fosse concomitantemente, fosse como consequência — delineou-se nova configuração das preocupações.

Isto é: ao lado das preocupações com as edificações, e às vezes sobrepujando-as, foram tomando vulto as preocupações com o tratamento dos presos — de cada preso; igualmente se impôs a preocupação com as funções da pena e, a seguir, da medida de segurança; de tudo isso, não podia deixar de surgir outra preocupação, isto é, com a aparelhagem, o equipamento, que, pelo menos em parte, haveriam de ser diferentes nos estabelecimentos para execução de pena e naqueles para execução de medida de segurança.

Do desenvolvimento racional dessas preocupações resultou a **Ciência Penitenciária**.

Qual era o objeto da Ciência Penitenciária?

Do ponto de vista estático, a arquitetura e a aparelhagem penitenciárias, adequadas à pena e à medida de segurança, conforme as respectivas funções que impunham diversidade executiva.

Do ponto de vista dinâmico, a vivência da individualização da pena e, a seguir, da medida de segurança, pelo tratamento adequado a cada condenado, conforme a sua personalidade, com as anomalias ou doença de que acaso fosse portador, visando alcançar a normalização, a cura do delinqüente (condenado, preso), o que significaria a eliminação das causas (pessoais) do delito; tudo haveria de ser feito com métodos e pontos de vista científicos.

Nesse quadro, o pessoal penitenciário devia ter preparação com **base científica**. As funções administrativas e de vigilância, assim como as tarefas de serviços gerais passaram a ser acessórias, seguindo, pois, a natureza das principais.

Nesse quadro, ainda, médicos, biólogos, psicólogos, sociólogos e outros especialistas das ciências humanas naturalísticas tomaram posição e imprimiram orientação ao tratamento penitenciário.

A criminologia ficou sendo tida (ou, pelo menos, implicitamente aceita) como própria de semelhantes especialistas.

Enfim: essa orientação de base científica contribuiu para que a expressão “tratamento penitenciário” adquirisse o sentido de “tratamento médico em ambiente penitenciário”, com exclusão de outras formas de tratamento; contribuiu, também, para que, na sua execução, praticamente se confundissem pena e medida de segurança (isto é, se confundissem sua natureza, suas funções e suas finalidades). O exagero científico fez com que, como já foi observado, algumas prisões ficassem, até, parecendo “laboratórios de experimentação humana”.

5. A partir do primeiro quartel do século XX, começou a se fazer sentir algo como insatisfação, desencanto, perplexidade quanto à pena privativa da liberdade.

É interessante notar, porque vem a propósito, que, quando a privação da liberdade, em prisão, foi adotada como pena, houve, pelo que se pode perceber através da história da pena, muita euforia, como se essa forma de pena constituísse a solução boa, perene e definitiva . . .

Entretanto, essa solução trazia, no seu âmago, os germes de muitos problemas, de solução nem sempre fácil, algumas vezes praticamente impossível. As ciências que resultaram do esforço para descobrir a solução desses problemas — Ciência das Prisões, Ciência Penitenciária —, se é que

encontraram solução para uns deles, não a encontraram para outros, nem puderam deter o aparecimento de mais outros.

Hoje — mas não é de hoje, porque a idéia vem fermentando há decênios — a insatisfação, o desencanto, a perplexidade quanto à pena privativa da liberdade estão sugerindo, já tem mesmo sugerido e têm sido aceitas, outras formas de pena, restritivas, somente, da liberdade. Elas não substituirão no todo a forma de pena privativa da liberdade, porque — é forçoso admitir — casos há cuja essência e cujas circunstâncias exigem que a forma de pena seja essa; em inúmeros outros casos, porém, melhor convirá, para o condenado e para a Justiça, que outra seja a forma da pena. Essa “outra forma” pode ser de restrição de liberdade, como a “prisão de fim de semana”; a obrigação, controlada, supervisionada, de observância de certas normas de conduta (sem recolhimento à prisão); interdição ou suspensão de direitos, não já como pena acessória, mas como pena principal etc. Também se pensa em maior incrementação da forma de pena pecuniária, isto é, a multa, ora acompanhada, ora não, de restrição, seja de liberdade, seja de outros direitos.

A mesma pena privativa da liberdade, que, como recém eu disse, não pode ser inteiramente eliminada, tem tido, vem tendo, na sua execução, modalidades muito mais amplas do que as dos moldes do régimen progressivo no seu esquema original.

Para servir à execução nas modalidades conforme as novas concepções, hoje também há novas concepções quanto às edificações prisionais. Para atendê-las, três são os tipos de estabelecimentos penais: fechados, de segurança máxima; fechados, de segurança média; e abertos, de segurança mínima — sem excluir os tipos mistos e os intermediários. A intensidade da segurança depende muito de precauções arquitetônicas contra a fuga. Todavia, existe uma grande diferença em comparação com semelhantes precauções, em épocas anteriores; essas precauções não constituem, hoje, apenas obstáculo à fuga, mas se relacionam intimamente com o estilo de disciplina interna do estabelecimento, que, por sua vez, está intimamente relacionado com o tratamento penitenciário. Em outros termos: essas precauções arquitetônicas, aliadas a precauções oferecidas pela aparelhagem e pela vigilância, visam a impedir a fuga e, ao mesmo tempo, impor e manter a disciplina. A medida em que o condenado se mostre capaz de observar as normas de disciplina e, bem assim, não empreender fuga, por íntima aceitação e senso de responsabilidade, aquelas precauções físicas vão se tornando supérfluas, daí o seu gradativo abrandamento, até o mínimo, nas prisões abertas. O recolhimento do condenado (ou a sua transferência) a um tipo de estabelecimento ou a outro há de depender de normas legais e regulamentares, à luz dos termos da sentença condenatória.

Tão mais complexas do que em fases anteriores, essas preocupações não são, contudo, excludentes de preocupações de outras ordens.

Com efeito, as preocupações com o tratamento do preso também sofreram reformulações, isto é, impõem-se preocupações com o *status* jurídico do condenado, às quais aquelas com o tratamento do preso hão de se coordenar, senão subordinar.

No referido **status** jurídico estão incluídos os direitos e deveres da **complexa relação jurídica** entre o condenado e o Estado (titular do direito de punir), **surgida da sentença condenatória** passada em julgado; à margem desse **status**, persistem os direitos e deveres que o condenado **conserva, apesar da sentença condenatória** passada em julgado; do mesmo **status** estão excluídos os direitos e deveres que o condenado **deixa de ter por força e em razão** da sentença condenatória.

A configuração do **status jurídico** de cada condenado **tem de ser levada em conta** para o tratamento.

Isso tudo quer dizer que o preso (condenado, quer em sentido estrito, quer em sentido lato) passa a ser visto não mais somente como homem-indivíduo, sujeito passivo do tratamento, e sim como **homem-pessoa, sujeito de direitos e deveres, sujeito passivo**, assim, do cumprimento da pena (ou da medida de segurança), enquanto tem de suportá-la, porque tem o dever de cumpri-la, mas **sujeito ativo**, enquanto consciente e voluntariamente e com senso de responsabilidade, participa da dinâmica desse cumprimento, dinâmica essa que traduz as funções da pena (ou da medida de segurança), para alcançar as respectivas finalidades.

Dáí decorrem mais outras preocupações, isto é: que o tratamento penitenciário, em todos os seus aspectos (inclusive o médico e o educativo, se for o caso e quando for o caso), não colida com o **status** jurídicos do condenado; que dito tratamento não colida com os direitos e deveres que o condenado conserva, apesar da sentença condenatória passada em julgado.

Do desenvolvimento racional dessas preocupações, resultou o **Direito Penitenciário**, assim definido pelo III Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Palermo, Itália, em 1933: "(...) **conjunto de normas legislativas que regulam as relações entre o Estado e o condenado, desde o momento em que a sentença condenatória legitima a execução, até ao cumprimento de dita execução no mais amplo sentido da palavra.**"

Qual é o objeto do Direito Penitenciário?

O objeto do Direito Penitenciário está incluído nessa sua definição: o método é o das ciências normativas, jurídicas.

Aqui convém dizer que o **Direito Penitenciário** não exclui nem dispensa a **Ciência Penitenciária** (com seu objeto e método próprios) e outras ciências naturalísticas (humanas, biológicas etc.); entretanto, essas ciências (sem exceção da **Ciência Penitenciária**) servem ao **Direito Penitenciário**, a ele se subordinam, como acessórios que seguem o principal.

Como corolário e como exigência jurídica dessa nova apresentação do problema, volta à tona a consideração da natureza, da essência ética, e por isso retributiva (repressiva, punitiva) da pena, sem prejuízo, entretanto, da consideração das suas funções e finalidades (umas e outras éticas e utilitárias); sem prejuízo, tampouco, da medida de segurança, com sua natureza ou essência utilitária, e suas funções e finalidades igualmente utilitárias.

A doutrina jurídica (penal e penitenciária) está apontando três momentos do direito de punir e seu exercício: o do **jus puniendi**, manifestado na cominação da pena para o delito tipificado — é a ameaça legal de punir quem quer que, praticando o fato tipificado (descrito) como delito, venha a transgredir a lei; o do **jus punitiois**, inserido na pretensão punitiva, surgida contra alguém determinado que praticou um fato tipificado como delito, tendo, assim, transgredido a lei — opera-se na sentença condenatória, ao ser aplicada a pena; o do **jus executionis**, inserido, também, na pretensão punitiva, surgido ao passar em julgado a sentença condenatória — começa a operar-se quando o condenado começa a cumprir a pena, esgotando-se pelo cumprimento de dita pena, ou extinguindo-se por uma das causas extintivas arroladas pela legislação penal (\*), embora ainda permaneçam conseqüências ou efeitos indiretos (da condenação), que só serão apagados pelo instituto jurídico da **reabilitação**.

Nesse quadro todo, nesse panorama cuja composição é tão rica, fez-se sentir, na execução penal, a necessidade de participação do Juiz, com funções de supervisão, mas também com suas funções específicas, isto é, jurisdicionais. Nesse sentido, alinham-se, entre outras manifestações, as resoluções e recomendações do IV e do X Congressos Internacionais de Direito Penal, realizados, respectivamente, em Paris, em 1937, e em Roma, em 1969.

Nesse quadro e nesse panorama, ainda, o pessoal penitenciário deve ter preparação com **base jurídica**.

Assim:

— O pessoal administrativo, a par do preparo específico para os serviços administrativos, deverá ter especiais conhecimentos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário, assim como de Ética, sem descuidar, contudo, suficientes conhecimentos das ciências ditas "afins" do Direito Penal, tais como Ciência Penitenciária, Criminologia, Medicina Legal, Criminalística... e de ciências humanas, tais como Psicologia, Psicopatologia, Sociologia e outras, conforme o cargo ocupado ou a função exercida e, bem assim, as variações de estabelecimento para estabelecimento.

— O pessoal técnico deverá, é claro, ter preparação específica, conforme a natureza do cargo ou função (de médico, de assistente social, de criminólogo, de educador, de orientador de lazeres etc.). Entretanto, deverá ter suficientes e sólidos conhecimentos de Teoria Geral do Direito, de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário, de Ética (de Axiologia), assim como de Ciência Penitenciária, de modo que não seja um profissional de ciência biológica ou de ciência humana, ou de formação simplesmente técnica, ocupando um cargo ou exercendo uma função em âmbito penitenciário, mas seja, isto sim, um criminólogo penitenciário, um médico penitenciário, um assistente social penitenciário, um psicólogo penitenciário, um educador penitenciário, um mestre de ofício penitenciário etc., etc.

(\*) É óbvio que com isso não se quer excluir as causas extintivas da punibilidade invocáveis, eficazmente, antes da sentença condenatória (só antes ou também antes).

Ao lado do pessoal técnico encontram-se os assistentes religiosos (capelães), a cuja preparação específica também devem ser acrescidos semelhantes conhecimentos de Direito Penal, de Direito Processual Penal, de Direito Penitenciário, de Ciência Penitenciária, de Criminologia etc.

— O pessoal de vigilância deve ter noções, apenas, porém suficientes e seguras, de Teoria Geral do Direito, de Direito Penal, de Direito Processual Penal, de Direito Penitenciário e de Ética, com noções suficientes e seguras, também, de Ciência Penitenciária, de Criminologia, de Psicologia, de Serviço Social, de Relações Humanas e, pelo menos, uma informação a respeito das diversas especialidades do pessoal técnico: deverá ter preparo físico quanto a ataque e defesa e respectivas técnicas.

— O pessoal destinado aos serviços gerais, ele também deve ter alguma informação a respeito de direito e dever, assim como de crime e de pena, e de execução penal, do ponto de vista jurídico, e igualmente a respeito das diversas especialidades do pessoal técnico.

— Todo o pessoal penitenciário, dessas diversas categorias, deve ter, sem dúvida, aqueles conhecimentos, noções ou informações, de ordem administrativa, que todo funcionário público deve ter, com variações de extensão e profundidade, conforme o cargo, a função ou a carreira.

— Diante do exposto, não é difícil inferir que o Diretor de estabelecimento penal deve ser um **penitenciariasta** de formação jurídica, admitindo-se embora que, em estabelecimentos penais destinados a execução de medida de segurança, tais como manicômio judiciário ou casa de custódia e tratamento, o Diretor seja um médico penitenciariasta (isto é, pode ser médico, mas deve ter a qualificação de penitenciariasta).

—o—

Apesar da insegurança quanto à denominação “Direito Penitenciário” ou “Direito Penal Executivo” ou “Direito das Execuções Penais”, o que se pode entender, à luz da noção de Direito Penitenciário formulada pelo III Congresso Internacional de Direito Penal, não se limita ao âmbito do estabelecimento penal, quanto à pena privativa da liberdade ou à medida de segurança detentiva, mas abrange a execução penal integral, isto é, de quaisquer formas de pena ou de medida de segurança.

Ora, a suspensão condicional da pena (nos diversos moldes, isto é, “*sursis*”, “*probation*”, “*sursis probatoire*” ou “*sursis avec mise à l'épreuve*”) não se considera mais um substitutivo da pena, mas uma forma de pena; mais explicitamente: é uma forma de pena, restritiva de liberdade, que substitui outra forma de pena, isto é, privativa da liberdade.

Quanto ao livramento condicional — que, conforme o atual entendimento, deve ser obrigatório na fase final da execução (assim como já vem sendo obrigatório o “período de prova”, subsequente à medida de segurança detentiva), podendo ser antecipado se a isso fizer jus o condenado — ainda

é execução da pena (cumprimento, para o condenado), porque é a sua fase final.

Excluído o molde do "sursis" simples, em que o condenado não fica sob a supervisão (ou vigilância ou observação cautelar ou controle) de um órgão ou de um agente especial, em ambos os casos, isto é, suspensão condicional e livramento condicional, o pessoal do órgão, os agentes especiais (que não são meros vigilantes) devem ter preparação apropriada, cuja base há de estar sempre naqueles referidos sólidos conhecimentos de Teoria Geral do Direito, Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário, sem esquecer a Ética. Sobre essa base se assentarão os conhecimentos das ciências biológicas e das ciências humanas e outras, com maior extensão ou aprofundamento nesta ou naquela, conforme os pendores pessoais de cada um. A coordenação ou harmonização há de ser feita pelo órgão ou por um chefe de equipe.

— Deve ainda ser lembrado o pessoal voluntário, constituído por representantes da sociedade ou da comunidade (isto é, visitantes ou correspondentes dos presos), que prestam serviço a título de Caridade ou, pelo menos, de benevolência. Esse pessoal, devidamente organizado, também deve ter preparação apropriada, consistente em noções suficientes e seguras de direito e dever, de crime e pena, de execução penal (do ponto de vista jurídico), assim como informações, igualmente suficientes e seguras, de Ciência Penitenciária e Criminologia, de Psicologia e Relações Humanas, de Serviço Social.

—0—

Além dos conhecimentos da matéria dos ramos jurídicos e das ciências mencionadas, pode ser sentida a necessidade de conhecimentos de outros ramos jurídicos e de outras ciências; isso dependerá do desdobramento dos estabelecimentos e serviços penitenciários, do seu desenvolvimento e aperfeiçoamento.

A extensão e profundidade dos conhecimentos, das noções e informações, não pode ser preestabelecida, e muito menos com linhas rígidas. Com efeito, onde o pessoal penitenciário já for portador de preparação, o caso será de fazer acréscimos ou retificações, o que, por si, propicia ou enseja aumento da extensão e da profundidade; onde o pessoal não tiver preparação ou esta não passe de informações esporádicas, provavelmente sem coordenação, é bem de ver que, inicialmente, a extensão não poderá ser tão vasta nem a profundidade pode ser tanta: se se quiser obter bom resultado, é preciso proceder conforme a regra metodológica das "pequenas doses".

O importante primordial, nesta preparação com base jurídica, é a constituição de uma **forma mentis** que vê, no centro da execução penal, o **homem-pessoa**, com o seu **status** jurídico próprio, sujeito de direitos e deveres, na complexa relação jurídica que ele tem com o Estado, titular do direito de punir. Para isso não bastam certos conhecimentos fragmentários, justapostos, como às vezes alguém tem, deles contudo não se compenetrando;



é preciso que sejam organizados, sistematizados, e muito amadurecidos pela reflexão — sem isso não haverá a necessária **forma mentis**.

E aqui cabe perguntar se a exagerada preocupação que, nos últimos decênios, existe com a educação ou reeducação do condenado, preocupação essa que, em parte, se põe ao lado daquela outra, de tratamento **terapêutico** dos presos, condenados, e, em parte, toma o lugar dela, não estará, na sua generalização, exorbitando dos limites dos legítimos interesses que acompanham o direito de punir — tanto mais que não é, de modo algum, verdade que **todos** os presos, condenados, precisem de ser educados ou reeducados (como não é verdade que todos precisem de ser curados).

Essa preocupação chega a aparecer em textos legislativos que indicam como finalidade da pena a reeducação dos delinquentes.

Entretanto, convém lembrar que essa preocupação não aparece nas “Regras Mínimas para o tratamento dos presos”, adotadas pela ONU. Com efeito, nessas Regras, a finalidade que, no item 65, é atribuída ao tratamento dos presos condenados, cabe no conceito de **emenda** (embora não seja a palavra usada), sendo que, no item 66-A, estão arrolados os meios de que “conforme as necessidades individuais de cada preso” se há de, principalmente, lançar mão. Esses meios principais são: “cuidados religiosos, nos países onde isso for possível, instrução, orientação e formação profissionais, métodos de assistência social individual, aconselhamento quanto a emprego, desenvolvimento físico e educação do caráter moral”. Os serviços médicos são mencionados à parte, isto é, nos itens 22 e seguintes, como serviços destinados a prestar cuidados em sentido análogo aos dos prestados fora da prisão, a quem quer que deles precise; no item 82, mencionam-se os serviços médicos destinados aos “presos alienados e anormais mentais”.

Quanto à finalidade e justificação das penas e medidas privativas da liberdade, conforme as mesmas “Regras”, item 58, consistem elas, “em última análise, em proteger a sociedade contra o crime”, o que não será alcançado, lê-se, ainda, no mesmo item, “a não ser que o período de privação da liberdade tenha servido para conseguir, na medida do possível, que o delincente, uma vez posto em liberdade, não somente tenha desejo mas seja capaz de viver respeitando a lei e provendo às próprias necessidades”. Em outros termos: o que não será alcançado a não ser que o período de privação da liberdade tenha servido para o delincente se emendar, e estar emendado ao ser posto em liberdade.

Para isso, reza o item 59, “o régimen penitenciário deve valer-se de todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e outros, assim como de todas as formas de assistência de que possa dispor, procurando aplicar, aqueles e essas, conforme as necessidades do tratamento individual dos delinquentes”. Em outros termos, o tratamento terapêutico e a educação (ou reeducação) estão entre os meios que podem ser empregados para alcançar a emenda, devendo sê-lo, se for o caso, “conforme as necessidades do tratamento individual dos delinquentes”.

É preciso lembrar que as “Regras Mínimas para o tratamento dos presos” não são Normas Gerais de Régimen Penitenciário e muito menos

Código Penitenciário ou Código das Execuções Penais. Elas são tão-somente “princípios gerais e regras mínimas para uma boa organização penitenciária e a rotina do tratamento dos presos”, como consta do item 1º, e transparece do próprio enunciado. A ONU as adotou, por ocasião do Congresso para a prevenção do delito e tratamento dos delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, recomendando fossem difundidas do modo mais amplo possível, de sorte que os países que assim o quisessem pudessem buscar nelas uma orientação para a sua legislação penitenciária (ou de execução penal).

Elas não excluem o aspecto jurídico da execução penal ou do regime penitenciário, mas a ele servem, do mesmo modo que a Ciência Penitenciária, a Técnica Penitenciária, a Política Penitenciária servem ao Direito Penitenciário. Ademais, da síntese delas se infere que educação ou reeducação, terapêuticas diversas, instrução, formação profissional ou treinamento para o trabalho, formas diversas de assistência, não se dispensam, mas, como eu recém-argumentei, são acessórios que seguem o principal, que devem ser empregados se e quando for o caso, conforme as necessidades individuais do tratamento penitenciário; os meios morais e espirituais (diversos da assistência religiosa, que depende da permissibilidade política e legal de cada país, mas que, com ela podem coincidir), nas circunstâncias gerais do tratamento penitenciário, podem, por si, ser suficientes para alcançar os objetivos do dito tratamento.

Tudo isso pode ser facilmente compreendido com aquela *forma mentis* a que eu me referi.

—o—

Concluindo, repito que, atualmente, na vigência de um **Direito Penitenciário**, a base da preparação do pessoal penitenciário deve ser jurídica (isto é, ético-jurídica, pois que mal se compreende um direito apartado da ética), complementada por conhecimentos de ciências biológicas, humanas e outras; a extensão e profundidade dos conhecimentos jurídicos, assim como a extensão, profundidade e variação dos conhecimentos científicos, hão de variar conforme as exigências do cargo ocupado ou das funções exercidas. O pessoal denominado técnico, cuja formação universitária ou escolar é de ciências biológicas ou humanas ou, quiçá, de outra área científica ou técnica, deve adequar os seus conhecimentos à referida base jurídica.

O carcereiro-mor foi substituído pelo Diretor de Penitenciária; evoluindo nos decênios, o Diretor de Penitenciária mais qualificado seria penalogista ou criminólogo; hoje o Diretor de Penitenciária há de ser penitenciariasta, sem excluir outras qualificações coadjuvantes ou concorrentes. O pessoal penitenciário foi se instruindo; depois, foi adquirindo preparação de base científica; hoje, o pessoal penitenciário há de ter preparação diversificada, conforme os cargos e funções, isolados ou em carreiras diversas, porém todos com base jurídica, de sorte que os portadores de título universitário possam a esse título acrescentar a qualificação “penitenciariasta” e os outros qualificar o cargo ou a função com o adjetivo “penitenciário”.

1. A Constituição Federal do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967 e em vigor a partir de 15 de março daquele ano (art. 189), consagrou, pelo seu art. 104, e compromisso assumido pelo País, no que diz respeito à relação de emprego dos trabalhadores estatais, ao participar, como signatário da Convenção nº 94 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Governo brasileiro a 14 de julho de 1966, sendo Presidente da República o Marechal Castello Branco. (1)

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, suprimiu-se o texto do art. 104, que se fez substituir pelo art. 106, ora em vigor, e sob a seguinte redação:

“O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

2. O princípio da tutela do trabalhador estatal exauriu-se em sua hegemonia constitucional, o que não ocorreu com a situação dos demais

---

(1) Cfr. DO de 19-7-1966, págs. 7.999 a 8.002.

trabalhadores, que prestam serviços em empresas privadas ou públicas e no campo, cuja fonte direta de juridicidade ainda se preserva na Constituição (arts. 165, 166 e 170, § 2º).

3. Ao mesmo tempo, a Constituição, pela Emenda de 17 de outubro de 1969, retirava da competência da Justiça do Trabalho as causas entre trabalhadores e a União, Autarquias Federais e Empresas Públicas Federais e a cometia aos órgãos da Justiça Federal (arts. 110 e 125, I), que se institui para a tutela jurisdicional de um interesse antes público-estatal que público social e privado. (2)

4. O quadro geral do Direito Brasileiro do Trabalho em apreço à vinculação do Estado como empregador revela-se aparentemente à legislação diversificado.

Para os trabalhadores estatais admitidos até 29 de outubro de 1969 — observe-se que a Emenda nº 1, pelo seu art. 2º, entrou em vigor a 30 daquele mês — aplica-se uniformemente a legislação do trabalho, *ex vi* do art. 104 da Carta de 1967, vigente até então.

O regime jurídico desses trabalhadores, sejam da União, dos Estados-Membros, sejam dos Municípios ou de suas Autarquias, outorgado em preceito constitucional, incorporou-se em seu patrimônio jurídico e, como direito adquirido, não mais poderá ser arredado, como, para as situações preteritamente constituídas, não foi (Const., art. 153, § 3º). (3)

Para os trabalhadores admitidos posteriormente, o campo de apropriação manteve-se, entretanto, intacto, pois o art. 106, implantado com a Emenda nº 1, encontrou e encontra em vigor as Leis n.ºs 3.483, de 8 de dezembro de 1958 (art. 3º), 3.780, de 12 de julho de 1960 (arts. 23 e 24) e a própria Consolidação das Leis do Trabalho, aplicando-se os seus arts. 2º e 3º, com a interpretação a contrário de seu art. 7º, letras "c" e "d".

Atente-se que essas leis importam na aplicação geral dos preceitos trabalhistas e só se rompem suas diretivas se outra lei federal expressa e diversamente dispuser, como se dá *v.g.*, para a relação de emprego do pessoal docente do magistério federal, cuja específica legislação contém exceções. (4)

(2) A Justiça do Trabalho tem por fim precipuo a tutela especial de um interesse público social, composto nas relações de trabalho. Cfr. a respeito, VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro, de, "Estrutura Orgânica da Justiça do Trabalho", in "Revista de Informação Legislativa", Brasília, 30:121-130, abril/junho—1971, págs. 121 ss.

(3) Cfr. STIER-SOMLO, Fritz, "Wohlerworbene Rechte", in "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft", herausgegeben von STIER-SOMLO, Fritz, und ELSTER, Alexander, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, VI. Band, S. 938, II.

(4) Cfr. os arts. 2º, parágrafo único, 6º e seus parágrafos, 13 e 16, da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968.

O art. 111 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, conflitando-se com o comando do art. 104 da então Constituição de 1967 — antes da Emenda nº 1 — tem-se por manifestamente revogado (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, segunda parte). Isto porque aquele comando constitucional, em norma hierarquicamente superior, se dirigiu diretamente à legislação trabalhista, cometendo-lhe regular as situações de emprego dentro da definição de seus pressupostos fático-jurídicos (C.L.T., arts. 2º e 3º).

Revogado o art. 104 da Constituição, não se restaurou, por isso só, o art. 111 do citado Decreto-Lei nº 200, conforme dispõe a mesma Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º

No contexto, cotejados os dispositivos, os vínculos empregatícios continuam governados pelos supostos dos arts. 2º e 3º da C.L.T., eliminada a execução da eventualidade antes aberta pelo art. 111 do Decreto-Lei nº 200, que elemento nenhum de eventual contém.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 900, de 20 de setembro de 1969, que, em parte mínima, modificou o Decreto-Lei nº 200, nada dispôs quanto à hipótese tratada no art. 111.

Ainda que dispusesse, seria norma irrita porque, à data de sua edição — do Decreto-Lei nº 900 — encontravam-se em pleno vigor os dispositivos da Carta de 1967, inclusive seu art. 104.

Os trabalhadores dos Estados-Membros, de suas Autarquias e dos Municípios e de suas Autarquias sujeitam-se aos preceitos da C.L.T., por força da competência federal para legislar sobre Direito do Trabalho (Const., art. 8º, XVII, “b”) e em decorrência da operação hermenêutica da *interpretatio a contrario*, do citado art. 7º, letras “c” e “d”, da C.L.T.

Portanto, a diversificação de regime, quanto ao direito material, é apenas aparente, pois, na realidade, os tribunais encontram caminhos legais à aplicação geral das leis trabalhistas a todos os servidores estatais que não sejam funcionários públicos.

5. O fundamento e a estrutura da ordem jurídica nacional — em harmonia com as normas internacionais em vigor — não admite se extraíam conclusões diferentes para aquelas situações de empregos privados, em que, em território nacional, figure, como empregador, Estado estrangeiro.

A tônica emprego privado tem por fim, apenas, distinguir tais trabalhadores dos funcionários ou agentes públicos.

O público e o privado, aqui, não decorre da qualidade pública ou privada da pessoa empregadora, mas do regime jurídico estatutário ou não — a que se ache afeta a situação do prestador de serviços.

6. A relação de emprego, tendo como pólo-empregador “Estado estrangeiro”, não exige maiores indagações, no que se refere à sua pontuação.

As pessoas acham-se definidas: a) de um lado, o empregado; b) de outro, o empregador, o Estado, *v.g.*, por sua embaixada, seu consulado, suas agências comerciais, suas agências de propaganda e turismo, de divulgação e cultura etc...

Desde logo, esclareça-se que a sujeição do Estado estrangeiro ao direito social nacional (o Direito do Trabalho) está definitivamente consagrada pela “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 103, de 1964, e promulgada pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. (5)

Em termos de conclusão dessa convenção — art. 33, NASCIMENTO E SILVA (6) expõe que: 1º) os funcionários diplomáticos e as respectivas famílias não estão sujeitos à legislação social do Estado acreditado, mas, sim, à do Estado acreditante; 2º) os funcionários e empregados nacionais do Estado acreditado ou nele residentes em caráter permanente acham-se sujeitos à referida legislação.

O critério da subtração à legislação do trabalho, fundado na condição de estrangeiro ou nacional, é um critério ajurídico.

Para fins de direitos e garantias todos são iguais perante a lei (Const. Fed., art. 153, § 1º), entendida a segurança, de que trata o *caput* do dispositivo (art. 153), como segurança social, nela incorpora a legislação do trabalho.

Por outro lado, o art. 165 da mesma Carta, que fixa os direitos fundamentais do trabalhador, não distingue entre brasileiros e estrangeiros, que prestem serviços em territórios nacionais.

(5) Cfr. BOSON, Gerson de Brito Mello, “A Imunidade de Jurisdição do Estado e as Relações de Trabalho”, in *Ltr.*, agosto de 1971, págs. 602/3.

(6) Cfr. NASCIMENTO E SILVA, G.E., “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, R.J., Ed. do Min. das Relações Exteriores, 1967, págs. 225/6.

Tanto isso é certo, que, em um de seus itens, o nº XII, abre regra especial para os “empregados brasileiros”. Logo, os demais itens, que integram o dispositivo, compreendem brasileiros e estrangeiros.

Falar em território nacional não exclui os prédios de embaixadas, consulados, escritórios comerciais etc., de país estrangeiro.

O princípio que rege a singularidade da tutela de tais prédios resume-se no princípio de privilégios diplomáticos, como aclara OSCAR TENÓRIO, quando, contundentemente, arremata que os “imóveis adquiridos pelos Governos estrangeiros não devem ser considerados como territórios estrangeiros. Equiparam-se os adquirentes aos particulares. São proprietários como as demais pessoas. *Necessário repelirmos, como inútil e falsa, a idéia da Extraterritorialidade.* (7)

O disposto no § 3º do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil não importa em uma delegação de soberania. Autoriza-se, por lei, a aquisição de prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares, prédios esses susceptíveis de desapropriação.

Logo, não escapam aos princípios fundamentais da ordem pública, do interesse público e do interesse social, que supõem a organização pública fundada na soberania nacional.

7. Duas questões, porém — uma, mero efeito na tutela da relação de emprego, que é a tutela jurisdicional, e a outra, na realidade referente a regime jurídico — contam força idônea para afastar a aplicação da legislação do trabalho a servidores de Estados estrangeiros.

Se se trata de Estado-empregador — aqui, pelo princípio da indiscriminação constitucional, o Estado estrangeiro equipara-se ao Estado nacional — só se poderá afastar o campo de aplicação da legislação do trabalho se o servidor for funcionário ou agente, na acepção de órgão daquele Governo ou investido em função ou cargo público. (8)

A estrutura orgânica da representação diplomática e o regime estatutário, em que se incorporam agentes e funcionários públicos estrangeiros, guardam simetria com a posição da soberania do Estado estrangeiro.

(7) TENÓRIO, Oscar, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, 2.ª edição, Rio de Janeiro, 1955, Ed. Borsoli, pág. 377, nº 708, e cfr. ainda pág. 376, nº 707 e 378, nº 713.

(8) Abstraindo-se, é verdade, da tendência à assimilação de situações trabalhistas (direitos) a funcionários, de que dão notícias BAYON-CHACON, Caspar e PEREZ BOTIJA, Eggenio, in “Manual de Derecho del Trabajo”, 3.ª ed., D-MARCIAL FONS, Libros Jurídicos, Madrid, 1962, vol. I, págs. 32, nota 11, e 290/1, especialmente nota 10.

A *qualitas juris* do funcionário ou agente, que pratica atos de representação do Estado, desdobra-se na prática de atos de *jus imperii* e supõe relação jurídica de natureza internacional pública.

A relação públística o é, portanto, nacional e internacionalmente.

Contrariamente, porém, a tais situações, apontam-se aquelas vinculações de natureza contratual, em que os empregados ou trabalhadores do Estado estrangeiro não integram órgãos nem se acham investidos em função ou cargo público.

A relação é meramente privada.

Em tais relações, o Estado estrangeiro empregador comparece no exercício de seu *jus imperii*, mas pelo *jus gestionis* se equipara, perante a ordem jurídica nacional, aos indivíduos.

Não por outro fundamento sustenta KEGEL:

“Der Staat sowie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts *unterwerfen sich schwerer fremdem Recht als natürliche und juristische Privatpersonen. Daher gilt für Schuldvertrag der öffentlichen Hand im Zweifel das Recht des betreffenden Staats.*” (9)

O preceito da subordinação do Estado estrangeiro na posição de *jus gestionis* à ordem jurídica nacional partiu timidamente no princípio, decisivamente na atualidade, do critério observado para a sua subordinação à jurisdição nacional. (10)

8. Tanto quanto nos corpos diplomáticos (embaixadas e consulados), como nos serviços especiais de natureza comercial ou não (agências de turismo, de propaganda, de divulgação, de cultura, escritórios comerciais), o Estado estrangeiro desenvolve suas atividades através de inúmeros empregados, contratualmente vinculados.

Nada obsta alcance a contratação de empregados nacionais como estrangeiros, relativamente ao país acreditado.

O critério, portanto, da nacionalidade, para distinguir a tutela jurídica — e a jurisdicional, com certeza — do servidor estrangeiro é falho,

(9) “O Estado, assim como as corporações e os estabelecimentos públicos em muito se subordinam ao direito estrangeiro como as pessoas naturais e jurídicas privadas. Por isso, aplica-se para a relação contratual do poder público, em dúvida, o direito do respectivo Estado”, KEGEL, Gerhard, “Internationales Privatrecht”, 2. Auflage, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, S. 230.

(10) Cfr. TENÓRIO: ob. cit., pág. 387, n.º 736, e CASTRO, Amílcar de: “Direito Internacional Privado”, 2.ª Ed., RJ, Ed. Forense, 1968, 2.º vol., págs. 227 e segs., n.º 295 e segs.



pois, cria distinções, por motivo de nacionalidade, para prestadores de serviços que se encontram sob o mesmo regime jurídico e cujas naturezas e forma de prestação não se distinguem entre eles.

Estar-se-á, se se proceder de maneira diferente, dispensando tratamento jurídico de Direito Internacional Público, sob pruridos de reverência ao Direito Público Interno — *jus imperium* — a uma situação que se tem por adequadamente correta à luz dos preceitos do Direito Internacional Privado como entrevém KEGEL, no texto citado.

Em suma, a hipótese não passa de trabalho estrangeiro prestado em território nacional, pouco importando seja empregador Estado estrangeiro ou empresa estrangeira, Estado nacional ou empresa nacional.

O *privilegium jurisdictionis* ou a não-aplicação do direito material nacional, em se tratando de trabalho prestado no território do país acreditado — *loci executionis* (11) — não mais se explica, quando a relação de trabalho pontuada no Estado estrangeiro é fundamentalmente negocial e não público-estatutária.

9. A outra questão, e que se sustentou acima conter mero efeito na tutela da relação de emprego, toca à imunidade de jurisdição.

Com a força da imunidade de jurisdição, nega-se a incidência do direito material do trabalho, que deve aplicar-se aos empregados contratados por Estados estrangeiros em território nacional.

Em verdade, pretensão, que resultava da exigibilidade do direito se não oportunamente cumprido.

Essa pretensão, porém, acha-se, *ultima ratio*, desprovida de acionabilidade e a acionabilidade é qualidade essencial da pretensão, da tutela, portanto, do direito, como adverte LEHMANN. (12)

Pretensão e ação completam-se em seu objetivo final, que, pela incolumidade da ordem jurídica, revela-se na garantia da efetividade dos direitos. (13)

Nega-o a imunidade jurisdicional, em virtude da impossibilidade de o empregado, com direito a postular, deslocar-se para o país a que serviu e ali procurar seus tribunais. (14)

(11) Cfr. GEMMA, Scipione, "Il Diritto Internazionale del Lavoro", Padova, 1938. CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, pág. 161 e segs.

(12) Cfr. LEHMANN, Heinrich, "Tratado de Derecho Civil", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1356, trad. de José María Navas, vol. 1, págs. 139/39, nº 2.

(13) Em seu ponto culminante cfr., conceitualmente, HELLWIG, Konrad, "Anspruch und Klage-recht", Darmstadt, Scientia Verlag-Aalen, 1967, S. 153 bis 159.

(14) Cfr. BOSON, ob. cit., pág. 602, nº 11.

Admitir a cisão entre o direito e a ação importa em retirar do direito toda sua força vinculante, pois o exercício jurisdicional de um direito é o intensivo exercício da pretensão, como modernamente viu VON THUR. (15)

Rompido o caráter absoluto da imunidade jurisdicional — que hoje só se preserva para os atos de império do Estado estrangeiro — e a sua derrogação envolve aqueles casos em que este não execute, por suas legações ou estabelecimentos públicos, atos de soberania, mas age como qualquer privado e dessa natureza sejam as relações a que se vincule (16) nada impede se assegurem a seus empregados não-funcionários os direitos sociais do país acreditado. (17)

A Justiça competente é a Justiça do Trabalho, em virtude do princípio geral do art. 142 da Constituição Federal e do *numerus clausus* de seus arts. 110 e 125, I.

A ordem jurídica nacional, emparelhada com a doutrina dominante e em franca evolução, prevê a submissão do Estado estrangeiro à jurisdição do país, como se acha contido no nº II, letra "a", do art. 119 da Constituição Federal, em vigor, que dispõe:

"Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal:

I — .....

II — julgar em recurso ordinário:

a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País."

A competência, em que se tratando de relação interestatal, alcança os atos nos quais se tenha o Estado estrangeiro abdicado de sua *qualitas juris* soberana e, em se tratando de relação com as pessoas ou entidades privadas (*jus gestionis*), quaisquer atos, de natureza negocial.

Entre estas figura a relação de emprego, que a despeito de situar em um dos pólos o Estado é absolutamente privada.

Com isso, alcança-se a uniformidade jurídica da tutela do trabalho em território nacional e se preserva a igualdade entre Estado nacional e Estado estrangeiro, no que concerne às relações de trabalho a eles prestado.

(15) Cfr. THUR, Adress von, "Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts", Berlin, Verlag von Duncker & Humblot 1957, I. Band, S. 258, V.

(16) BOSON, ob. cit., págs. 601/0.

(17) Cfr., para os fundamentos gerais da relação de emprego com o Estado, VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de, "Contrato de Trabalho com o Estado", Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1965, págs. 9 e segs., esp. págs. 103 e segs.

**SUMÁRIO: I — Introdução; II — Aposentadoria — Direito Adquirido — A posição do STF; III — Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte de Revisão: distinção, limitações; IV — Disposições Transitórias da Constituição; V — Conclusões.**

I

A legislação anterior à Constituição de 24 de janeiro de 1967 concedia vantagens em favor dos servidores públicos que passassem à inatividade. Por exemplo: o funcionário que contasse 35 anos de serviço seria aposentado com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior, ou com provento aumentado de 20%, quando ocupante da última classe da respectiva carreira, ou quando ocupante de cargo isolado, se tivesse permanecido no mesmo durante três anos (Lei n.º 1.711, de 28-10-52, art. 184, I, II, III). Tais vantagens, que também constavam de estatutos de funcionários estaduais e municipais, representavam, realmente, um convite ao ócio legal.

A Constituição de 1967, todavia, pôs fim a isto, ao estabelecer, no § 3.º do art. 101, que os proventos da inatividade não poderiam exceder a remuneração na atividade. Fiel, entretanto, ao princípio do direito adquirido, ou da irretroatividade da lei, deixou expresso, no art. 177, § 1.º, que o servidor que tivesse satisfeito, ou que viesse a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposen-

tadoria nos termos da legislação vigente em 24 de janeiro de 1967, data da Constituição, seria aposentado com os direitos e vantagens previstos nessa legislação.

Destarte, o inúmeros servidores públicos que se aposentaram em seguida à Constituição de 1967, por contarem 35 anos ou mais de serviço público, foram concedidas as vantagens do art. 184 da Lei 1.711/52. Isto ocorreu até a edição da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Porque, não tendo esta consignado a ressalva do art. 177, § 1.º, da Carta de 1967 e expressado, categoricamente, a proibição dos proventos da inatividade excederem a remuneração percebida na atividade (art. 102, § 2.º), entenderam os órgãos da administração pública que o direito consignado no mencionado § 1.º do art. 177 da Carta de 1967 não mais poderia ser aplicado. Muitos servidores, outrossim, que tinham, em 24-01-67, 35 anos de serviço, ou que vieram a completar dito tempo dentro de um ano contado a partir de 24 de janeiro de 1967, mas que somente na vigência da EC-01/69 requereram a aposentadoria, não tiveram concedidas as vantagens do art. 184 da Lei 1.711/52. Argumentava a administração pública, em síntese, que se o ato aposentatório não fora baixado até 16-10-69, dia anterior ao de vigência da EC-01/69, após ela só poderia ser emitido com estrita observância da norma prevista no seu art. 102, § 2.º, porque o texto constitucional opera *erga omnes*, contra ele não se podendo alegar a presença de hipotéticos direitos adquiridos. Ademais, concedida a aposentadoria já em plena vigência da EC-01/69, teria aquela que ater-se às disposições desta, que não contém a ressalva do art. 177, § 1.º, da Carta de 1967. Também se sustentava que a aposentadoria deve reger-se pela lei vigente à data da sua concessão e não pela vigente à data da implementação da condição de tempo de serviço.

Em inúmeras casos trazidos à nossa decisão, no exercício do cargo de juiz federal em Minas Gerais, não acolhemos a tese jurídica esposada pela administração pública, **data venia** e sem embargo das respeitáveis e sedutoras razões apresentadas. E fixamos a nossa respeitosa divergência, o nosso ponto de vista jurídico sobre a matéria, nos argumentos que se seguem, que tiveram acolhimento no Colendo Tribunal Federal de Recursos.

## II

Em primeiro lugar, estudemos a questão exposta no sentido de que a aposentadoria deve reger-se pela lei vigente à data da sua concessão e não pela vigente à data do implemento da condição de tempo de serviço. Posta à margem a questão puramente constitucional, que será estudada a seguir, penso, **data venia**, que a invocação não poderia servir de respaldo à tese sustentada pela administração.

É que as condições da aposentação — proventos e vantagens financeiras — são direitos que o servidor adquire com base na legislação vigente no momento em que tinha condições legais para requerer e exercitar o seu direito. Na M.S. n.º 3.126 (A.J., v. 113, p. 83), decidiu o Eg. Supremo Tribunal Federal:

“A aposentadoria e a reforma regem-se pela lei vigente ao tempo de sua concessão: exceto se a lei nova já encontra uma situação revestida dos requisitos necessários para a concessão da aposentadoria.”

Destarte, se há reunião de todos os requisitos para aposentar-se, opera-se, de imediato, a aquisição de um direito, irrelevante a circunstância de não ter o titular exercido o direito que lhe competia. Porque essa circunstância não macula o direito adquirido, presente, *v.g.*, a definição do festejado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"direito adquirido, *in genere*, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbitrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbitrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade." ("Instituições de Direito Civil", Forense, 1961, vol. I, p. 125). Vejam, a respeito, as lições de C. F. GABBA ("Teoria della Retroattività delle Leggi", vol. I) e de PAUL ROUBIER ("Les Conflits de Lois dans le Temps", vol. I). Confira-se a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º, § 2.º

O Supremo Tribunal Federal, todavia, pôs em Súmula, a de n.º 359, no que toca à aposentadoria voluntária, que o requerimento é elemento indispensável à consolidação do direito. Isto é, para a consolidação do direito, além dos requisitos objetivos, torna-se preciso a manifestação expressa da vontade do servidor, consubstanciada no requerimento de aposentadoria. Dispõe a Súmula n.º 359, *verbis*:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária."

Todavia, referida Súmula já sofreu reformulação. Ou o Supremo Tribunal já decidiu, posteriormente a ela, de modo diverso, tornando irrelevante o requisito da manifestação da vontade, ou do requerimento. No R.M.S. n.º 11.395, Relator o Exm.º Sr. Ministro Luís Gallotti, assim se decidiu:

"Se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão." (R.D.A., vol. 82, p. 186).

Em seu magnífico voto, disse o Ministro Gallotti:

"Uma coisa é a aquisição de direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o sejam, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar, em cada caso, a dois, ao novo servidor em atividade e ao inativo."

No Recurso Extraordinário n.º 62.361-SP, caminhou no mesmo sentido o S.T.F. O Relator, Ministro Evandro Lins, depois de mencionar o voto do Ministro Gallotti, supra-referido, esclareceu:

"Por ocasião do julgamento desse R.M.S. 11.395, o tema que se versa no presente recurso extraordinário foi amplamente debatido, e o Supremo Tribunal chegou à conclusão de que o funcionário não perde os direitos concedidos na lei anterior se preenchia, na sua vigência, os requisitos para a

aposentadoria, não ficando esse direito subordinado à apresentação de requerimento. Foi voto vencido, mas me curvo à decisão do plenário."

Deixou expresso, ademais, o eminente Ministro Evandro Lins, no seu voto, que a Súmula n.º 359, "quanto à expressão — "inclusive a apresentação do requerimento" — foi alterada no julgamento do R.M.S. 11.395" (R.T.J., vol. 48, p. 392).

Esta, pois, a posição atual do Supremo Tribunal Federal: "se na vigência da lei anterior o servidor preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fez perder o seu direito, já que estava adquirido" (R.T.J., v. 48, p. 392).

Na esteira do decidido pela Corte Suprema também o Tribunal de Justiça de Minas, **verbis**:

"Se o funcionário, na vigência de lei anterior, já preenchia todos os requisitos para a aposentadoria, não perde o direito a esta pelo simples fato de não haver formulado o respectivo pedido de concessão, subsistindo integralmente o direito adquirido." (*Diário do Judiciário*, órgão de Minas Gerais, de 16-04-1971).

### III

Figuremos, agora, o caso do servidor público que, antes da promulgação da Constituição de 1967, completara 35 anos de serviço público; ou que, dentro de 12 meses contados a partir de 24 de janeiro de 1967, viesse a contar 35 anos de serviço. A Carta Política de 1967, no seu art. 177, § 1.º, estabeleceria:

"§ 1.º — O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, **aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação.**" (grifei).

De notar-se que o prazo referido não é para requerer a aposentadoria; é, sim, para satisfação das condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data da Constituição, 24 de janeiro de 1967.

Vigorava, já falamos, em 24-1-67, o art. 184 da Lei n.º 1.711, de 1952, item II, que dispunha:

"Art. 184. O funcionário que contar 35 (trinta e cinco) anos de serviço será aposentado:

I — .....

II — Com provento aumentado de 20%, quando ocupante da última classe da respectiva carreira."

Mas a esse servidor, na aposentação, que foi requerida e deferida já na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não se quer conceder tal vantagem, ao fundamento de que, após a edição dessa Emenda, nenhuma aposentadoria poderia ser concedida com vantagens superiores às da atividade. Argumenta-se que se o ato aposentatório não foi baixado até 16-10-69, dia anterior ao da vigência da Emenda 1/69, após ela só poderia ser emitido com estrita observância da norma prevista

no seu art. 102, § 2.º, porque no texto da mencionada EC. 1/69 nenhuma ressalva se fez com relação a requerimentos em curso, ainda apreciados pela administração. A norma do art. 102, § 2.º, da EC. 1/69, nenhuma ressalva estabeleceu, como fizera o texto constitucional anterior. E, sustenta-se, operando o texto constitucional *erga omnes*, contra ele não se pode alegar presença de direitos adquiridos.

Os argumentos, todavia, não convencem, *data venia*.

A *uma*, aceita-se, como regra geral, que não pode haver direito oponível à Constituição. Este é o princípio geral. Porque a Constituição "é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicista quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. e vol. cit., p. 128). Esta é a regra geral, o princípio. A regra sofre, todavia, condicionamentos. O estudioso de Direito Constitucional não pode afirmar, ortodoxamente, tal princípio. Porque este exige, para ser aplicado, certas considerações. Cumpre indagar, em primeiro lugar, se a reforma implica apenas em modificação do texto constitucional ou a sua substituição total. Então, surgem-nos indagações respeitantes à natureza ou tipo de Poder Constituinte, se originário ou instituído (v. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*). O Poder Constituinte originário manifesta-se na imposição de nova Constituição, que contém idéia de direito em contradição com a idéia então constitucionalizada (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 1967, p. 19). Já o Poder Constituinte instituído, ou derivado, cuida tão-só da revisão da obra do Poder Constituinte originário. E por tal razão se diz instituído, porque derivado daquele. Sendo derivado, é ele subordinado e condicionado. Sem embargo das afirmativas autorizadíssimas no sentido de que não seria o Poder Constituinte instituído limitado pela Constituição (cf. Duguit, Barthélemy, Duverger, Laferrière, Vedel), acolhemos, *data venia*, a tese contrária, que é perfilhada, outrossim, por autores de autoridade incontestável, como, dentre outros, Schmitt, Hauriou, Recasens Siches, Pinto Ferreira e G. Burdeau. Deste, a lição:

"A la différence du pouvoir constituant originaire qui est absolument libre, aussi bien quant à la forme que quant au fond, le pouvoir institué ou, selon la terminologie plus usitée, le pouvoir de révision est, de son essence même, un pouvoir limité." (Traité de Science Politique", deuxième édit., 1969, Tome IV, p. 250.)

Essa distinção, a esta altura, é praticamente tranqüila. Porque, como ensina o eminente NELSON DE SOUZA SAMPAIO, "a diferenciação entre o poder constituinte propriamente dito ou "originário" e o "poder revisor" vai-se tornando pacífica na doutrina" ("O Processo Legislativo", Saraiva, 1968, p. 36). O Poder Constituinte derivado, o *verfassungsaendernde Gewalt*, das alemães que o distinguem do *verfassungschaffende Gewalt*, ou Poder Constituinte originário, é mesmo subordinado, condicionado e limitado por este. O poder constituinte constituído (Sonchez Agesta), ou instituído (G. Burdeau), ou de segundo grau (Pontes de Miranda) não somente está limitado por condições explícitas, impostas pelo originário (no caso brasileiro as condições explícitas estão contidas nos §§ 1.º e 2.º do art. 47 da Constituição), mas também por condições implícitas. A respeito, ensina Karl Loewenstein:

"Disposiciones intangibles. Bastante más importancia han adquirido recientemente las llamadas disposiciones intangibles de una constitución, que tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas

normas constitucionales. Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medida para proteger concretas instituciones constitucionales — intangibilidad articulada —, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como "implícitos", "inmanentes" o "inherentes" a la constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del "espíritu" o *telos* de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional." (K. Loewenstein, "Teoría de La Constitución", Ediciones Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1970, p. 189).

Na realidade, o poder constituinte instituído é o próprio poder legislativo constituído. E o poder constituído não é o mesmo poder constituinte. Distinguem-se. O primeiro é fruto do segundo. Tal separação, segundo CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, é a maior criação jurídica do constitucionalismo, mesmo porque "en ella se funda el constitucionalismo, com el cual se inaugura la edad contemporánea, y, gracias a él, tienen consagración y pueden estar asegurados los derechos del hombre e del ciudadano" ("El Poder Constituyente", Buenos Aires, p. 238).

Ora, limitado o poder constituinte instituído pela obra do originário, há de agir aquele com observância das limitações impostas, expressas e implícitas, exercitando, com exatidão, "o papel que recebeu, com os limites que lhe foram traçados", como "órgão constituinte subordinado como qualquer outro à Constituição." (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *ob. cit.*, p. 23).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, é fruto de um Poder Constituinte instituído. Vejam-se os seus "consideranda." Fala-se, no preâmbulo, nas atribuições conferidas aos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, pelo art. 3.º do Ato Institucional 16, de 14-10-69, c.c. o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68. O art. 3.º do Ato Institucional 16 conferiu a chefia do Executivo aos Ministros Militares, enquanto não se realizassem a eleição e posse do Presidente da República. E o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68, investia o Executivo na função legiferante, no caso de decretação do recesso parlamentar. Decretado o recesso parlamentar, pelo Ato Complementar 38, de 13-12-68, ficou, portanto, o Executivo autorizado a legislar. Investido, pois, de função do Congresso, ficou o Executivo com a incumbência, inclusive, de elaborar emendas à Constituição, atribuição compreendida no processo legislativo (art. 49, I), investido que fora, o Congresso, pelo Poder Constituinte originário, de Poder Constituinte instituído (v. arts. 50, 51, 52). Assim, como emenda, como obra do Poder Constituinte instituído, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69. E, legitimamente promulgada, vimos, face aos dispositivos de direito positivo citados, institucionalizadores da Revolução retificadora de março de 1964, veículo natural de Poder Constituinte originário.

Assim, fruto de um Poder Constituinte instituído, derivado do originário, limitado pelo texto da Constituição então vigente, haveria tal poder de respeitar princípios consagrados no texto constitucional vigente. E um desses princípios, expresso na Carta de 1967, assim se enunciava, como, de resto, ainda se enuncia, no art. 153, § 3.º:



"Art. 150. — .....

§ 3.º — A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Firamos o cerne do caso: devidamente aceito que a pretensão do servidor tem cor, forma e conteúdo de um autêntico direito adquirido, de um direito que se adquiriu por força, inclusive, de uma disposição do texto constitucional contido na Carta que limitava a ação do poder constituinte instituído, então é descabido, **data venia**, afirmar-se que tal direito não é oponível a reforma consubstanciada na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. É oponível sim, porque é também um direito constitucional contido na matriz da reforma, na obra do Poder Constituinte originário do qual se derivou o Poder Constituinte de revisão.

Mais na frente do que nós, no sustentar o princípio da oposição do direito adquirido à própria Constituição, e, evidentemente, com muito maior autoridade, fortalecendo, assim, o nosso modesto ponto de vista, encontra-se o exímio CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, quando ensina:

"Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas se é a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas, e simultaneamente atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (e.g., a inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício." (ob. cit., p. 128).

#### IV

A tese jurídica que vimos sustentando se firma, ademais, a duas, no seguinte: é que a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não poderia repetir a regra constante do § 1.º do art. 177 da Carta de 1967, porque, quando da sua edição, 17-10-69, o prazo consignado no mencionado § 1.º do art. 177 já havia expirado, de há muito. Então, a Emenda Constitucional somente repetiria a disposição para conceder um novo prazo para a constituição de direito; se omitiu, foi porque isto não desejou, sem que tal omissão possa representar a morte de um direito já constituído com obediência aos pressupostos estabelecidos na obra do Poder Constituinte originário. Não se pode perder de vista que a regra do § 1.º do art. 177 se colocava nas "Disposições Gerais e Transitórias." E é sabido, como ensina o conspícuo PONTES DE MIRANDA, que "nas "Disposições Transitórias" só se insere o que prevê estado presente e a desapareição dos pressupostos que impedem a incidência de alguma regra jurídica, ou o começo de incidência de alguma regra jurídica. Desde que desaparece o pressuposto para a incidência, a regra jurídica passa a ser tratada como derogada ou ab-rogada. Desde que aparece o pressuposto para a incidência, inicia-se a sua aplicabilidade, com ou sem automaticidade." ("Comentários à Constituição de 1967", Tomo V, p. 59).

Assim, se a disposição transitória alcançou o seu efeito, desnecessário seria que a Emenda a repetisse. O exemplo figurado pelo eminente Professor Pedro Aleixo, que

sustenta tese idêntica, é bastante ilustrativo: a Constituição de 1946, no "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias", art. 34, estabeleceu:

"Art. 34. São concedidas honras de Marechal do Exército brasileiro ao General-de-Divisão João Batista Mascarenhas de Moraes, Comandante das Forças Expedicionárias Brasileiras na última guerra."

Evidentemente que não foi necessário que a Constituição de 1967 repetisse a disposição supratranscrita, para que continuassem concedidas tais honras ao eminente militar brasileiro. É que a disposição em apreço produziu os seus efeitos, se completou, se exauriu. Desnecessário, pois, a sua repetição, na Carta seguinte. Porque, sem embargo de revestirem-se as normas das disposições transitórias de blindagem constitucional, por serem, também, normas formalmente constitucionais, o seu caráter, todavia, ensina José Afonso da Silva, "transitório indica que regulam situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, exaurem-se, perdendo a razão de ser pelo desaparecimento do objeto cogitado, não tendo, pois, mais aplicação no futuro." ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1968, pág. 192). Ou, na lição do mesmo autor: "As normas transitórias têm, como visto, o mesmo valor jurídico das normas constitucionais permanentes. Quer isso dizer que são normas constitucionais. Têm, em regra, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mas sua eficácia é transitória e sua aplicabilidade se exaure com o desaparecimento da situação excepcional regulada." (ob. cit., p. 193)."

## V

Ao cabo, poderíamos sugerir as seguintes conclusões:

a) Se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde o direito adquirido pelo fato de não haver solicitado a concessão (S.T.F., RMS n.º 11.395, R.D.A., v. 82, p. 186).

b) A norma do § 1.º do art. 177 da Constituição de 1967 estabeleceu um prazo para satisfação de requisitos e não para apresentação do requerimento de aposentadoria.

c) Se o funcionário, antes da data da Constituição de 1967 (24 de janeiro de 1967), ou no prazo do § 1.º do seu art. 177, satisfizesse os requisitos ali estabelecidos, tem direito a aposentar-se com as vantagens da legislação vigente à data da Constituição de 1967, mesmo que requeira a aposentadoria já na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969. Esta não excluiu, de modo expresso, o que a Constituição de 1967 expressamente ressalvara.

d) Ademais, um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2.º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente, pela Constituição.

e) A norma transitória, desde que produza os seus efeitos, se exaure, não necessitando ser repetida numa reforma constitucional posterior, para ter resguardados os efeitos dela decorrentes.

A "economia do progresso" e as instituições anacrônicas.  
O Escriba e o Notário, de Hamurabi a Caminha.  
O Notariado lusitano e a forma de provimento de seus cargos no Brasil colonial.  
Ainda o provimento dos cargos notariais no período colonial (da América espanhola e do Brasil).  
A persistência, no Brasil, do Notariado prístino.  
O Notariado e os funcionários da Justiça (no Brasil).  
A evolução "frustrada" ou "atrasada" do Notariado brasileiro.  
Para que "oficializar" o Notariado?  
Importância da função jurídica do Notariado contemporâneo.  
A esdrúxula colocação dos notários (e dos registradores públicos) na organização judiciária.  
Notários e registradores públicos — órgãos do "foro extrajudicial" (AMARAL SANTOS).  
Função notarial e "jurisdição voluntária".  
A "oficialização" e a hipertrofia dos órgãos administrativos da Justiça.  
A necessidade de uma legislação orgânica para o Notariado brasileiro.  
Ainda o problema da "oficialização".

1. No plano de comportamento do indivíduo é fora de dúvida que o passado, representado pelos ancestrais, tem grande valimento, quando mais não seja pelo efeito dos atavismos. Entretanto, o mesmo não se pode proclamar, quando passamos a examinar os efeitos do passado sobre o comportamento das comunidades.

Sem dúvida, nenhum povo, nenhuma nação, pode ignorar o legado recebido das gerações dantanho, seja excelente ou mesquinho, glorioso ou negativo: todavia, não se há de superestimar a importância do passado, pois, como sabiamente proclamou RENAN, com o expresso louvor de ORTEGA Y GASSET, o que cimenta as nações, os povos, estimulando-os para as ações do futuro, é sobretudo o interesse na empresa do porvir, antes que a emoção dos fastos ou das experiências prístinas.

Não obstante, parece que o povo brasileiro — que não é autóctone da terra sobre a qual ergueu esta Pátria que é a nossa — tem um desmedido apego às instituições do passado, ainda quando a experiência universal já as repeliu, e elas perderam toda a eficácia para reger a existência de uma nação ambiciosa de progresso. Assim, por exemplo, enquanto no Velho Continente, onde se criaram, vicejaram e feneceram as instituições medievais, o medieval instituto jurídico da *enfiteuse* foi quase integralmente erradicado de suas leis civis, em nossa América novíssima, o Brasil ainda não conseguiu livrar-se do anacronismo adventício...

Infelizmente esses fatos repercutem de modo negativo na evolução de um povo; eles operam como freios, que desaceleram a marcha do desenvolvimento, e geram aquele efeito que o excelso ALBERTO TORRES — há sessenta anos — identificava como “o economizar do progresso”...

2. Quem se der ao trabalho de aprofundar, na história, a pesquisa das organizações de serviço do Estado, irá encontrar nos guerreiros, nos sacerdotes e nos escribas as categorias de funcionários mais prestigiadas. E, por isso, especialmente no caso dos últimos, aos quais se atribua uma preparação cultural excepcionalíssima (v. PIERRE MONTET, “La Vie Quotidienne en Egypte — au temps des Ramsès”, ed. Hachette, 1946, págs. 247 e segs.; ÉDOUARD CUQ, “Études sur le Droit Babylonien”, Lib. Orientaliste, 1929, págs. 16 e segs.), os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, se transmitiam na linha da sucessão hereditária. Na figura do escriba, do funcionário real que já ao tempo de Hamurabi (1.900 anos A.C.) tinha a incumbência da redação de atos jurídicos para o monarca (cfc. CUQ, citado), mas que também os redigia para indivíduos privados, nós encontramos o remoto confrade daquele Notário português que, de viagem para assumir seu posto em Calicut, na Índia, seria encarregado por CABRAL de escrever a D. MANOEL — a 1º de maio de 1500 — a participação do descobrimento do Brasil; também PERO VAZ DE CAMINHA era funcionário real nomeado à vida, e seu cargo ele o possuía como se fora uma propriedade, a qual, quiçá, poderia ser transmitida a seu sucessor. Mas, conquanto encarregado da lavratura de termos ou de atos jurídicos, não se terá exigido de CAMINHA que comprovasse formação jurídica, como pré-requisito para assunção do cargo recebido da mercê do seu rei.

Por mais incrível que possa parecer, esse regime notarial, que seria implantado no Brasil, permaneceu inalterado até a independência do País e, mesmo depois, poucas modificações receberia, a ponto do Dr. ZEFERINO RIBEIRO — autor de uma obra sobre “O Tabelaionato” (F. Bastos ed., 1955, pág. 8) — ter escrito que “a instituição do tabelaionato ainda

é, atualmente, como o era ao tempo de nosso Descobrimento, quanto à índole do ofício e as respectivas atribuições”.

Vejamo-lo.

3. Como se sabe, o prisco direito da monarquia portuguesa emanava quase todo de “ordenações” que os reis editavam, como titulares que eram da totalidade dos poderes do Estado. Na época do Descobrimento do Brasil, CAMINHA deveria ir exercer as funções de seu cargo segundo os estilos e os preceitos das “ordenações” legisladas sob a autoridade nominal de AFONSO V, embora, efetivamente por obra do seu tio, o príncipe D. Pedro, regente; mais tarde, em data questionada, mas certamente ao redor de 1524, fizeram-se as Ordenações Manoelinas, às quais substituiriam, em 1603, as Ordenações Filipinas, destinadas a uma vigência multissecular, eis que no limiar de nosso século XX ainda eram aplicados, ao menos no Brasil, alguns de seus dispositivos.

Pelo regime jurídico desses diplomas, as atribuições e as prerrogativas do Notariado não padeceram sensíveis modificações, em relação ao “regimento dos tabeliães”, editado em 15 de janeiro de 1305 por El-Rei D. DENIS; já nessa época, era pouco diferente a situação dos titulares de outras “serventias” ou “ofícios” da Justiça, relativamente àqueles aos quais se chamava de “Tabelião de Notas” ou “Notário”. Em qualquer dos casos, porém, o provimento resultava fundamentalmente de doação, a qual investia quem recebia o cargo, de um direito vitalício, *in perpetuum ad vitam*, como pleonasticamente falava o notável comentarista das ordenações, o setecentista MANOEL ALVARES PEGAS.

Não obstante, a doação do cargo acabou se tornando exceção, pois a regra passaria a ser o provimento com origem numa compra-venda, se não mesmo numa sucessão de direitos *mortis causa*.

Em tal regime, é óbvio que não se teria como fazer exigência de aptidão ou de preparo para o exercício das funções a quem às mesmas se candidatasse. Aliás, não se deve estranhar que assim fosse, numa época em que — ao menos no concernente à administração da colônia brasileira — pouco se cuidava das condições de mérito para a seleção dos funcionários da Coroa. Destarte, por vezes ocorria que até aventureiros bem sucedidos poderiam habilitar-se à obtenção de uma provisão tabelioa no Brasil, como aconteceu com BERNARDO DA FONSECA LOBO, por volta de 1729, nas lavras auríferas do Tijuco: como conta JOAQUIM FELICIO, em seu livro “Memórias do Distrito Diamantífero do Serro Frio”, os primeiros diamantes do Brasil teriam sido achados por um frade anônimo que, vindo ao Tijuco e identificando como tais a umas pedrinhas usadas pelos moradores do lugar para marcação de certo jogo com que se distraíam, ensejou a que BERNARDO, servindo-se desta descoberta, partira para Portugal, a manifestá-la ao Rei. Em remuneração desse serviço foi nomeado tabelião e capitão-mor da vila do Príncipe” (*apud* RODRIGO OCTAVIO, in “Domínio da União e dos Estados — segundo a Constituição Federal”, Saraiva ed., S. Paulo, 1924, pág. 137).

4. Ocorre, entretanto, que não nos devemos escandalizar com os fatos assim descritos, pois eles correspondiam ao que se verificava em toda a América de colonização ibérica. Por demais, em todos os

tempos anteriores, a doação, a sucessão, a compra-venda, sempre foram expedientes regulares de provimento nos cargos públicos, pelo que não se haveria de esperar que os cargos notariais ou de tabelionato, como quaisquer das serventias judiciais, fossem providos doutro modo. Não resta dúvida, contudo, que isso corrompia **ab initio** o funcionário e resultava na deterioração do serviço público.

Um quadro bem ilustrativo do que acima descrevemos pode ser apanhado no excelente livro do Professor EDUARDO BAPTISTA PONDÉ, "Origen e História del Notariado" (De Palma ed., B. Ayres, 1967), onde o autor argentino — falando do Notariado na América espanhola dos tempos coloniais — informa de como ele se infectou pelo "regime pernicioso da venda dos ofícios, as dádivas, as prebendas" (pág. 340), para mais adiante desenvolver: "Todos os ofícios, quer dizer, todas as funções públicas ou diretamente relacionadas com a atividade pública, vendiam-se na Espanha e, por herança, por malfadada herança, ocorria coisa igual na América" (pág. 362). E do que se verificava no Brasil-Colônia também é ilustrativo o que escreveu o Professor WALDEMAR FERREIRA — a propósito de certo Alvará Régio de 20 de abril de 1758, emitido para a colônia americana de Portugal — mostrando o interesse da Coroa no rendimento do "provimento venal das serventias dos ofícios da Justiça e na erradicação da concorrência de pessoas que prejudicavam tais rendas". No livro em que trata da matéria ("O Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o Signo Pombalino", Editora Nacional de Direito, Rio, 1960), o saudoso mestre paulistano transcreve a parte preambular do citado Alvará, onde se dava a razão particular de sua expedição, assim "(...) as grandes desordens, que se têm seguido em todas as capitanias do Brasil da forma em que se achava estabelecido o provimento venal das serventias dos ofícios da Justiça (...) por haver nesta Corte (em Lisboa) pessoas, que fazendo vida de arrematarem as ditas serventias por menos, para depois mandarem vender as mercês delas por mais no Brasil a outras pessoas de menos regular procedimento, as quais entrando nas referidas serventias (...) só cuidam, enquanto duram os termos delas, em desfrutarem os ofícios com extorsões muito contrárias ao serviço de Deus, e Meu, e à boa administração da Justiça, com atendível prejuizo dos meus fiéis vassallos do referido Estado" (pág. 103).

Entretanto, se era de desordens o panorama dos serviços notariais e assemelhados — que nessa época estavam tendo seus cargos leiloados, para um provimento a termo —, cuidou a Coroa, em tal Alvará, de buscar remédio para os inconvenientes destacados no preâmbulo, adotando a providência "de serem servidos os ofícios por proprietários, enquanto for possível, para assim cessarem as negociações que até agora se praticavam sobre as serventias, transferindo-se as propriedades em pessoas idôneas, de cujas obrigações se possa provavelmente esperar que cumpram com a observância de minhas leis e guardem às partes seu direito" (ob. cit., pág. 104). Mas os leilões continuaram... e não rendiam pouco, tanto que em seus estudos de história e literatura ("Novas Epanáforas", Lisboa, 1932), J. LUCIO DE AZEVEDO refere que por um tabelionato na capital da Colônia, em 1761, se pagou em leilão Rs. 10:400\$000 (dez contos e quatrocentos mil réis)...

5. Como tivemos ensejo de relatar, não foi apenas no Brasil dos tempos coloniais que a função notarial se transformou em algo que não servia bem e que se abastardava pela venalidade do provimento originário. Contudo, o que é de se lamentar há de ser aquilo que o Professor PONDÉ, em tom de lástima, apresentou assim: “Contrariamente ao que ocorreu em outros países, as leis vinculadas com o direito que se editaram no Brasil não criaram normas novas em matéria notarial e aquelas que foram incorporadas pela vigência das Ordenações Filipinas se projetaram até o presente, porque mesmo o Código Civil de 1917 restringiu as modificações à legislação em matéria testamentária” (ob. cit., pág. 440).

Destarte, enquanto por toda parte, na Europa (a partir da famosa lei francesa de 25 Ventôse do ano XI — 16 de março de 1803) como na América espanhola (a partir das lutas pela independência), o novo direito constituído daria à função notarial o relevo jurídico em que ela não deveria deixar de estar, no Brasil nós conservamos — lamentavelmente — *aquelas pobres instituições notariais que um Notário viajor tivera ordem de implantar no Oriente, há quase quinhentos anos.*

É certo que em 1827, através de uma lei de 11 de outubro, tentou-se aperfeiçoar, de algum modo, “a forma que devem ser providos os ofícios da Justiça e Fazenda”: logo no artigo 1º do diploma se proibia que qualquer desses cargos (“ofícios”) fosse “conferido a título de propriedade”, devendo ser conferidos por títulos de serventias vitalícias às pessoas que para eles tenham a necessária idoneidade e que os sirvam pessoalmente (art. 2º); nos seguintes artigos — e no total eles eram 9 — se regulava o “acesso regular por escala, nas repartições em que o houver”, aos referidos ofícios, como os impedimentos e substituições dos titulares. Mas é notório que a lei de 1827 não produziu efeitos: em primeiro lugar, porque não condicionou o acesso às serventias à formação jurídica ou à comprovação de certo tempo de prática notarial; em segundo lugar, porque ignorou as vantagens de certa forma de organização profissional corporativa, a exemplo do que a lei francesa de 1803 (quase um quarto de século em precedência) instituiu, e, mais tarde, seria implantado em quase todo o Ocidente, pelo menos nos países onde mais se fizera sentir a influência do direito romano, na Alemanha Ocidental inclusive.

De qualquer modo, a simples mudança da natureza jurídica do cargo atribuído (a passagem do regime de **propriedade** para o de **serventia vitalícia**) muito pouca influência teria no tratamento jurídico do Notariado: até os anos muito recentes a venalidade (dissimulada, embora) dos ofícios da Justiça, do Notariado, sobretudo, continuou; persistiu, embora do mesmo modo dissimulado, o regime de sucessão, a transmissão do cargo de pai para filho. E ainda permanece, nos dias fluentes, a outorga do **status** de titular nas serventias notariais (como nas serventias do chamado “foro judicial”) a cidadãos totalmente jejunos em matéria jurídica. É de esperar que a generalização do chamado “regime do mérito”, no serviço público, mercê do contido na Constituição Federal de 1967, como em sua Emenda nº 1, possa, de futuro, implicar na subordinação do provimento em cargos de Notário à comprovação de conhecimentos técnico-jurídicos; todavia, o preceito constitucional só produzirá efeitos signifi-

cativos se algum diploma federal de natureza orgânica ou estatutária, nos moldes do que se instituiu para os advogados — **ad exemplum** — tirar dos diplomas estaduais de organização judiciária o tratamento fundamental da matéria.

Temos para nós que os oitenta e três anos da República Federativa, na qual os Estados-Membros resultaram soberanos em matéria de organização judiciária, inclusive no que tange ao “foro extrajudicial” (onde se acham os notários), não acarretaram um acervo de experiência capaz de convencer das vantagens de se persistir no regime.

6. No Brasil, apesar de quanto se conteve nas “ordenações” de monarcas dos séculos anteriores, existe uma sistemática confusão entre a natureza dos cargos de **notários, oficiais de notas ou tabeliães**, e a dos serventuários que integram a categoria dos funcionários da Justiça.

As nossas priscas leis de organização judiciária, máxime as que o Congresso Nacional elaborava para o Distrito Federal — quando este assentava na cidade do Rio de Janeiro — costumavam englobar num único diploma de normas a todos quantos, próxima ou remotamente, tinham ingerência nos serviços da Justiça. Assim é que nelas figuravam os serventuários da Justiça, **stricto sensu**, isto é, aqueles órgãos e pessoas que participam do processo judiciário (o escrivão e o oficial de justiça, como os refere o vigente Código de Processo Civil, artigos 122-128), ademais dos distribuidores, partidores, contadores, depositários públicos, porteiros de auditórios e todo o enorme elenco dos que com propriedade são chamados às vezes também “serventuários” ou “funcionários da Justiça”; figuravam, ainda, nas leis de organização judiciária aqueles a quem MOACYR AMARAL SANTOS classificou como “órgãos do foro extrajudicial”, isto é, os tabeliães e os oficiais de registros públicos de várias espécies (e que hoje estão apontados nas leis de registros públicos, isto é, o Decreto nº 4.857, de 1939, e o Decreto-Lei nº 1.000, de 1969). Mas figuravam, ademais, nesses antigos diplomas reguladores da organização dos serviços judiciários os órgãos integrantes do Ministério Público e os da classe dos advogados. Depois de 1930, uma série de leis extravagantes passou a tratar, de forma autônoma, aos integrantes do “barreau”, que foram organizados corporativamente na sua “ordem” e, igualmente, aos membros do “parquet”, que ficaram organizados num sistema peculiar, ao qual não é de todo estranho um certo compromisso corporativo (ao menos no plano dos Estados-Membros, que, como a Guanabara e São Paulo, têm um “conselho” com amplas funções de comando e disciplina em relação ao pessoal do M.P.).

No que concerne, todavia, aos “registradores”, ao pessoal dos registros públicos, conquanto eles passassem a ter — mercê das citadas leis extravagantes — a sua atividade regulada por diplomas particulares, continuaram a padecer um controle funcional muito imediato, exercido pela hierarquia do Poder Judiciário, do mesmo modo que os notários, ou tabeliães, que até hoje aguardam um estatuto funcional coerente.

7. Já tivemos ensejo de fazer a crítica dos resultados, sistematicamente nocivos, da política legislativa dos Estados de nossa Federação,



em relação ao Notariado: e a tal ponto isso prejudicou a formação de um serviço eficiente que o atraso de nossas instituições notariais fez com que os mais eminentes autores estrangeiros na especialidade pasassem a situá-lo no quadro dos notariados de "evolução frustrada" ou "atrasado" (classificações dos professores, argentino, PONDÉ e mexicano, FORTINO LOPEZ LEGAZPI). Entretanto, isso ainda não é o mais grave, dado que sobretudo prejudicial — para a instituição notarial como para o serviço público — é o desprestígio em que caiu, no Brasil, o Notário, a ponto de haver muita gente que nele enxergue um mero parasita da sociedade, que, portanto, deve desaparecer, e ser engolfado na maré da burocracia judiciária.

8. Sem dúvida o quadro atual do Notariado brasileiro justifica esse pessimismo, como o justifica o movimento que visa à supressão desta categoria profissional. Basta viajar-se pelo interior do Brasil — não se faz mister penetrar os sertões recônditos, se o de que falamos é observado mesmo em distritos do "Grande Rio" ou do "Grande São Paulo"... — e freqüentemente encontramos indivíduos quase analfabetos em pleno exercício de cargos notariais, nos quais foram providos pelas injunções políticas.

Mas se fosse apenas isso! O quadro é mais sombrio, pois freqüentemente (e disso temos experiência em nossa vida profissional) esses indivíduos semi-analfabetos vão servir de agentes de fraudes gravíssimas, forjando escrituras públicas que, todavia, prevalecerão em qualquer parte do País, com as repercussões perturbadoras facilmente compreensíveis.

Cabe, então, perguntar: em que melhorariam os serviços do Notariado, com a sua transferência da atual situação de participantes de uma espécie de **administração indireta** de serviços jurisdicionais para a de genuína entidade ancilar do Poder Judiciário, colocados os membros da categoria no quadro dos "funcionários da Justiça"?

9. Os estudiosos de Direito Notarial costumam classificar os sistemas notariais em cinco tipos, a saber: I) Notariado de profissionais livres; II) Notariado de profissionais públicos; III) Notariado de profissionais funcionários públicos; IV) Notariado de funcionários judiciais; V) Notariado de funcionários administrativos. Dessa classificação, que pela primeira vez foi organizada pelo Notário espanhol BELVER CANO e freqüentemente é citada por escritores conceituados (ARIEL DE SOSA MOLINÉ, in "La Estatización Notarial frente a la Notaria de Tipo Latino", La Plata, 1966, cap. V, pág. 21; Professor CARLOS EMERITO PERALTA, in "Los Colegios Notariales", pub. do Inst. de Derecho Notarial, La Plata, 1967, pág. 475), reponta como o mais difundido o Notariado de "tipo latino", que se originou em França e se instalou, inclusive, em países não-latinos, como Alemanha e Holanda, Turquia e Japão; este é o sistema que, em linhas gerais, tem sido adotado no Brasil e que se caracteriza pela conceituação de funcionário público atribuída ao Notário (embora funcionário público **sui generis**, pois que sua remuneração advém das custas que cobra, segundo tabela oficial), pela fé pública que o Estado lhe defere, e, entretanto, pela vinculação com o Poder Judiciário para certos efeitos de su-

pervisão técnica e limitada ação disciplinar. Não obstante, qualquer que seja o sistema notarial, sempre é exigida do serventuário, do oficial, do Notário, enfim, uma boa preparação técnico-jurídica, o que, infelizmente, jamais se cogitou de instituir no Brasil.

Em quatro oportunidades tivemos ensejo de participar de congressos internacionais de notários (São Paulo, 1966; Munique, 1967; Porto Rico e Montevideu, em 1969), sendo que por duas vezes (em Munique e em Porto Rico) na qualidade de Delegado do Governo Federal, e pudemos verificar a transcendência das matérias jurídicas em debates nesses conclave: temas de Direito Civil, pertinentes, por exemplo, a sucessões, efeitos do divórcio e separação de corpos, em relação às pessoas e ao patrimônio; de Direito Fiscal, como no caso de contratos entre pessoas jurídicas de diferentes países, quando também surgem problemas de Direito Internacional Privado etc. Num mundo onde as relações negociais se fazem cada vez mais freqüentes e onde dezenas de milhões de pessoas viajam de um para outro país, anualmente, a passeio ou para transações econômicas, é fácil compreender a significação do papel do Notário e como se lhe formulam imposições de conhecimentos, no plano jurídico. E só no Brasil não se medita sobre tais questões.

Para bem significar o relevo jurídico que até na América Latina se atribui às funções notariais, basta referir o que ocorre na República Argentina, onde — embora a legislação notarial seja de âmbito provincial — sempre se exige dos candidatos ao cargo a posse de um título universitário expedido ou revalidado no país (isto se encontra, por ex., na Lei nº 6.191, promulgada em 26 de novembro de 1959, a qual é a Lei Orgânica do Notariado da Província de Buenos Ayres, uma espécie de padrão das instituições notariais dessa nação vizinha).

E na República Federal da Alemanha, então, o que se exige — em matéria de pré-requisito para admissão no cargo de Notário — é muito mais relevante: estabelece o artigo 5º da Lei Orgânica Federal do Notariado, de 24 de fevereiro de 1961, que “Para o exercício do cargo Notário só pode ser nomeado um cidadão alemão, desde que preencha as condições exigidas, pela Lei Alemã da Judicatura, para a posse do cargo de Juiz”.

Em ambos os casos, obviamente, compreendeu-se que a prestação jurisdicional do Estado contemporâneo não poderia ser eficiente sem a existência de um Notariado profissionalmente habilitado através de cursos universitários.

10. Como se não bastassem os erros velhos que no Brasil vêm perdurando, enquanto se refere ao tratamento legal e administrativo do Notariado, criou-se agora uma nova fonte de perturbações: a Emenda Constitucional nº 1, que em 1969 alterou o Diploma Federal de 1967, em seu artigo 144, § 5º, estabeleceu caber aos Tribunais de Justiça dos Estados, através de “resolução”, dispor sobre a organização judiciária; e a Lei Complementar nº 5.621, de 4 de novembro de 1970, ordenando o conceito notoriamente indefinido de “organização judiciária” — para fixar

limites capazes de evitar perturbadores conflitos de competência entre os poderes Judiciário e Executivo — incluiu no quadro do que haveria de caber no âmbito dessas resoluções dos Tribunais a "organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da Justiça, **inclusive tabelionatos e ofícios de registros públicos**" (artigo 6º, IV) (o grifo é nosso).

Não importa, aqui, discutir até que ponto essa cláusula legal teria implicado em alienar atribuições do Poder Executivo dos Estados, pois implicitamente encerrou na categoria de "serviços auxiliares" da Justiça (Const. Fed., art. 115, II) tanto os serviços notariais como os registrais, que inquestionável e universalmente são colocados na órbita da administração geral (Poder Executivo); todos sabemos que algumas instituições (sem falarmos no caso dos notários e no dos registradores) se acham intimamente ligadas à administração de Justiça, sem todavia se integrarem na Justiça, como são os casos do Ministério Público e da corporação dos Advogados, antes referidos, e dos Serviços Penitenciários e de Menores. É certo, contudo, que tal fato implica numa eiva de inconstitucionalidade, para o mencionado artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 5.621.

Entretanto, vejamos exatamente qual a exata ou a mais correta colocação do Notariado na distribuição dos serviços dos três poderes, tendo em vista a melhor doutrina contemporânea.

11. Precedentemente já exprimimos que o conceito de "organização judiciária" envolve uma **vexata quaestio**; e como assim de fato é, a apreciação do tema, aqui, nos levaria a considerações infundáveis e, no caso, ociosas. Limitemo-nos, então, ao exame da indagação: o Notariado é serviço do Poder Executivo ou deve ser enquadrado na categoria dos "auxiliares da Justiça" **stricto sensu** (para os efeitos dos citados artigos 115, II, e 144, § 5º, da Constituição Federal)?

Dentre os processualistas que, coletaneamente, ilustram a ciência do Direito no Brasil, MOACYR AMARAL SANTOS deverá — sem favor — ser colocado no primeiro plano, eis que, além de ter sido titular do respectivo magistério na tradicional Faculdade do Largo de São Francisco, em São Paulo, foi uma espécie de representante dos mestres de Processo Civil no mais alto Pretório do País. E, por demais, o Professor AMARAL SANTOS já teve ensejo de se ocupar do assunto em tela.

Com efeito, em suas "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil" (Max Limonad ed., 2ª tiragem, 1962, págs. 158/165), o mestre paulistano referiu a doutrina "tradicional" brasileira de classificação dos órgãos auxiliares da Justiça, com expressa citação do pensamento anterior de JOÃO MENDES JUNIOR: então, informa AMARAL SANTOS, os "tabeliães e registradores ou oficiais de registros públicos" já tinham uma situação peculiar, porquanto integravam a categoria dos "auxiliares do foro extrajudicial"; todavia, como igualmente ocorria com o Ministério Público, integravam eles o grupo amplíssimo dos "auxiliares da Justiça".

Mas, continuou AMARAL SANTOS **ex professo**, a doutrina contemporânea dominante exclui do quadro dos auxiliares da justiça todos aque-

les de exercício em atividades que não sejam inerentes às que se realizam no processo: "assim, como tais não se classificam os órgãos do foro extrajudicial, os quais, sem embargo de serem investidos de fé pública, como o são os do foro judicial, não realizam atividades processuais, mas sim atividades outras concernentes à tutela administrativa de interesses privados".

Em seguida, AMARAL SANTOS desenvolve considerações sobre o Ministério Público, que na sua opinião (a qual, aliás, aceitamos, consoante tivemos ensejo de desenvolver em longo estudo que, sob o título "O Ministério Público na Constituição", foi publicado na **Revista de Direito Administrativo**, vol. 95, 1969, págs. 1 e segs.) é instituição incomportável no Poder Judiciário, desde que participa do Executivo; e desenvolve também, o autor citado, o que lhe parece pertinente sobre a posição dos tutores, curadores especiais, testamentários e síndicos, bem como as testemunhas, que, se incidentalmente participam das circunstâncias processuais, não participam da natureza de auxiliares da justiça. Na opinião do escritor das "Primeiras Linhas", tais auxiliares serão apenas aqueles órgãos e pessoas que participam do processo, prestando serviços à administração de Justiça, sem interesse no resultado prático visado pelo mesmo processo. Para MOACYR AMARAL SANTOS, ainda, nem todos os "auxiliares da Justiça" serão integrantes do Poder Judiciário, sendo-os apenas os auxiliares propriamente ditos, que são os serventuários e funcionários judiciais, investidos no cargo em conformidade com as leis que lhes traçam as atribuições e a disciplina, mas excluídos os chamados "órgãos de encargo judicial" (as pessoas às quais eventualmente se atribui certo encargo no processo), bem como os "auxiliares extravagantes" (que são órgãos não-judiciais, mas da administração pública, os quais, no exercício de suas próprias funções, realizam atos no processo, visando a servir à administração da justiça, como, por exemplo, os Correios e Telégrafos, o **Diário da Justiça**, a força policial etc.).

Mais adiante, o processualista AMARAL SANTOS outra vez desenvolve seu entendimento a propósito dos "chamados órgãos do foro extrajudicial", que, segundo ele, não obstante serem órgãos de tutela administrativa de interesses privados, autônomos no exercício de suas funções, relacionam-se, de certa forma, com os órgãos principais do Poder Judiciário, por se acharem a estes sujeitos no campo disciplinar. Para o publicista que citamos, esses órgãos do foro extrajudicial também participam na formação, documentação e publicidade dos atos jurídicos privados de maior significação e importância, aos quais transmitem a fé pública de que são investidos, ao mesmo tempo em que exercem funções concernentes à prova de atos que têm repercussão especial na prova judiciária. Na sua opinião, serão órgãos do foro extrajudicial os tabeliães e os oficiais de registros públicos (os únicos a que refere).

No que concerne aos tabeliães, assim se exprimiu AMARAL SANTOS: "os Tabeliães (...) são, no direito brasileiro, de herança portuguesa e canônica, serventuários públicos, investidos de fé pública, que têm por função precípua lavrar atos e contratos em livros de notas, conferindo-lhes autenticidade. Chamam-se também notários, denominação de origem canônica, usada por franceses e italianos. No campo de servidores pú-

blicos, formam no grupo dos serventuários, para se distinguirem dos funcionários públicos. Uns e outros são investidos em cargos criados por lei, mas, enquanto estes percebem vencimentos dos cofres públicos, aqueles percebem pelos serviços que prestam, custas e emolumentos. Aos tabeliães incumbe, principalmente, lavrar escrituras nos livros de notas, lavrar testamentos públicos em livros de notas; aprovar, por instrumento, testamentos cerrados; lavrar procurações, registrar os documentos que lhes forem apresentados com as escrituras que tiverem de lavrar, reconhecer letra, assinatura e firma, autenticar declarações de vontade permitidas em direito; usar do sinal público”.

12. Mas o enunciado por MOACYR AMARAL SANTOS, segundo o entendimento doutrinário e o direito comparado, não esgota as características da função notarial.

Com efeito, nos termos das legislações mais adiantadas, editadas para a regulamentação das atividades notariais, além dos poderes que universalmente são atribuídos ao Notário, ele é competente para a elaboração de inventários, para executar hasta pública voluntária e até para a expedição de “atestados especiais a respeito de fatos por ele observados oficialmente” (art. 20 da “Bundesnotarordnung”, da Lei Orgânica Federal do Notariado da Alemanha); destarte, o Notário se vê investido no exercício de uma genuína jurisdição voluntária.

De fato, esclarecendo-se, como o faz o eminente MARCELO CAETANO, em seu “Manual de Direito Administrativo” (Ed. Forense, Rio, 1970, Vol. 1, pág. 12), que a via jurisdicional é uma das maneiras de execução da lei, e que seu emprego não constitui monopólio do Judiciário, não pode ser estranho que, malgrado a sua colocação lógica no quadro do Poder Executivo, possa o Notário exercer função jurisdicional.

Quando está em causa um conflito de interesses, quer se trate de dois interesses privados, quer de um interesse privado e de um interesse público, a execução da lei exige prévia definição de qual dos dois interesses desfruta da proteção jurídica, para assim se deslindar o conflito. O órgão do Estado executor da lei procede, então, à verificação de circunstâncias e lhes aplica o direito concernente. Tal modo de executar a lei exige perfeita imparcialidade do órgão de execução, que não deve estar interessado no conflito (a Lei Notarial alemã, traçando os “deveres profissionais”, estatui, no artigo 14, I, que “o Notário deve exercer seu cargo com fidelidade ao juramento prestado. Ele não representa uma parte, mas é o zelador imparcial das partes interessadas”); ao mesmo tempo, porém, é impositivo que o órgão de execução só atue quando isso seja solicitado, ao menos, por um interessado (opinião de MARCELO CAETANO).

Consoante a manifestação de DONÀ (in “Nuovo Digesto Italiano”, verbete “Notariato e Archivi Notarii”) — em consonância com o supra-referido entendimento expressado por MARCELO CAETANO — a jurisdição voluntária (**inter volentes**) se distingue da jurisdição contenciosa (**inter invitos**) em virtude de seu fim, que é o de imprimir forma e força jurídica a atos e manifestações consensuais de vontade privada ou também a atos e manifestações unilaterais, aos quais convenha atribuir-se sanção jurídica mediante intervenção do poder público.

Em muitos casos, os órgãos do Judiciário exercitam funções de jurisdição voluntária, quando o normal seria que só se ocupassem dos casos de jurisdição contenciosa, pois, na forma do excelente entendimento de nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES, em exata coincidência de expressões com o Professor de Direito Administrativo de Heidelberg, HANS WOLFF, na "jurisdição voluntária" o órgão jurisdicional exercita "atividade administrativa sob o aspecto material" (V. FREDERICO MARQUES, in "Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária", ed. Saraiva, S. Paulo, 1959, págs. 29 e 221; WOLFF, in "Verwaltungsrecht", ed. Beck'sche, Munique, 1965, vol. I, pág. 73).

Tanto assim deve ser realmente entendido que o jurista alemão PAUL JANSEN (autor de desenvolvido comentário, em 3 volumes, da lei de jurisdição voluntária da República Federal, a "Freiwillige Gerichtsbarkeit Gesetz", que tem cerca de 200 artigos), a propósito do artigo 92 da Lei Fundamental de seu país, o qual estabelece competir aos tribunais judiciários o monopólio das decisões dos litígios jurídicos, nega dever integrar-se a jurisdição voluntária no quadro do prescrito neste dispositivo: para JANSEN, "na jurisdição voluntária se exerce autêntica **administração de justiça**, porém nenhum **poder judiciário**" ("JANSEN verneint... Erschliesst sich einer verbreiteten Auffassung an, wonach es Bereiche der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt, in denen zwar **Rechtspflege**, aber keine **Rechtsprechung** ausgeübt wird"). De certo modo concorde com o entendimento de JANSEN, o Professor ERHARD BOKELMANN, da Universidade de Bochum, não chega a impugnar, todavia, que ao Poder Judiciário se atribua alguma competência (embora não o monopólio) em matéria de jurisdição voluntária, sobretudo porque, em seu parecer, existem verdadeiros litígios no campo de tal jurisdição ("... echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit"); e, ademais, porque, "ao lado da **competência nuclear ou estrita** ("Kernbereich") da Justiça, existe ainda um **poder de proclamar justiça no sentido amplo** ("Rechtsprechung im weiteren Sinne"). Para o citado JANSEN, dentre as práticas de jurisdição voluntária se situam as atestações que, como vimos, são poderes notariais, e, igualmente, os registros de imóveis e outros, a fiscalização do exercício de tutelas, de curatelas, de pátrio poder, e a expedição de certificados de herança e outros (apud BOKELMANN, in "Auf dem Wege zur Reform der Freiwilligen Gerichtsbarkeit", pub. na revista "Juristische Rundschau", ed. por Walter de Gruyter, Berlin, de 9-9-1971, págs. 359 e segs.).

Ora, precisamente no exercício de jurisdição voluntária, onde via de regra não existe litígio (daí a denominação que alguns autores, como o germânico HANS NAWIASKY, lhe atribuem, de "jurisdição não-litigiosa", "unstreitige Gerichtsbarkeit") e onde também não se busca uma compulsiva aplicação do direito, aí é que tem o Notário seu reino, e onde se destaca sua eminente função social. Aí, também, é onde o Notário, como órgão que inquestionavelmente o é, do Poder Administrativo, vale dizer, do Poder Executivo, se torna lindeiro do Poder Judiciário. E por isso — num país onde por séculos se descuidou do aperfeiçoamento e do estudo da matéria notarial — a confusão que se faz entre as atribuições do Notário e as dos funcionários da Justiça, no sentido estrito.

13. Agora surge, no Brasil, um movimento que pretende liquidar com o Notariado, transformando-o, de vez, em mais uma classe de meros agentes dos serviços judiciários.

É curioso o fenômeno de hipertrofia dos órgãos do Poder Judiciário, que hoje se verifica entre nós. Da parte de certos juizes, sobretudo nas instâncias inferiores, é notório o afã com que pretendem empolgar, para o exercício de poderes que nada têm de jurisdicionais, certos serviços universal e inquestionavelmente situados na órbita do Poder Executivo.

Em viagens de estudos, ou que temos feito para a participação em congressos internacionais, nada de semelhante encontramos nos países onde a Justiça tem real prestígio e autoridade, como é o caso dos Estados Unidos e da Alemanha Federal: nunca vimos um litígio ou uma reivindicação de órgãos do Poder Judiciário, em tais nações, que não se cingisse ao aperfeiçoamento de seus serviços específicos. Então, o que resulta de tudo o que ocorre no Brasil? Algumas seções do Poder Judiciário cresceram tanto, em atribuições administrativas, que se constituíram em verdadeiras autarquias, com numerosos quadros de servidores e, apenas, um ou dois juizes. . . É o caso, por exemplo, das Varas de Registros Públicos, das Varas de Execuções Penais, dos Juizados de Menores.

Por outro lado — no Brasil — os serviços judiciários propriamente ditos são de uma deficiência lastimável, e neles os processos tardígradam, especialmente porque não temos juizes em número que baste para atender aos processos contenciosos. Assim é que, conforme dados de 1968, o Estado de São Paulo, com uma população da ordem de 17 milhões de habitantes, não contava com 600 juizes; este número certamente estará um pouco aumentado, hoje, porquanto muitas comarcas foram desdobradas, como o foi o Tribunal de Alçada. E o Estado da Guanabara, com seus 4,5 milhões de habitantes, conta apenas com 200 juizes. Enquanto isso, na República Federal da Alemanha, onde todos os serviços administrativos e de pessoal do Poder Judiciário dependem dos Ministérios Estaduais da Justiça — que são homólogos das nossas Secretarias de Justiça —, um Estado como a Renânia do Norte-Westfália, que tem a população do Estado de São Paulo, em 1970 contava com 1.500 juizes simplesmente na Justiça Ordinária, sem contar as Justiças Especiais, do Trabalho (29 órgãos de 1ª Instância e 2 tribunais estaduais superiores), Administrativa (7 órgãos de 1ª Instância e 1 tribunal estadual superior), Financeira (com 2 tribunais estaduais) e Social (8 órgãos de 1ª Instância e 1 tribunal estadual superior); e a Cidade-Estado de Berlim Ocidental, que tem exatamente a metade da população da Guanabara, isto é, 2,2 milhões de habitantes, conta com um número de cerca de 600 juizes, em todos os ramos do Judiciário, o que equivaleria, guardadas as proporções de população, a 1.200 juizes no Rio de Janeiro (que só tem 200, repetimos).

Verifica-se, então, que a clássica apóstrofe do desabusado moleiro de Sans-Souci, diante de Frederico, O Grande ("Nós ainda temos juízes em Berlim"), corresponde a uma realidade atual. Enquanto isso, no Brasil, o que nós temos, realmente, são muitos serviços administrativos na Justiça, e pouquíssimos juízes.

Como se tanto não bastasse, agora se pretende "oficializar" os órgãos do foro extrajudicial — inclusive, e especialmente, os ofícios notariais — vale dizer, aumentar terrivelmente os ônus do Estado, hipertrofiar ainda mais os setores administrativos da Justiça. E para quê?

14. Uma das características da política econômica do Governo Federal brasileiro é o esforço, até agora bem sucedido, para conciliar a iniciativa privada com o intervencionismo do Estado. Ainda mais: naqueles setores onde o mesmo Estado não pode se abster de intervir, todos os esforços são feitos para reduzir o quadro do funcionalismo aos limites do estritamente necessário. Isso no plano federal.

Entretanto, a chamada "oficialização da Justiça", isto é, a estatização do foro extrajudicial, não vai onerar o Governo da União, cujas condições financeiras são tranqüilas, mas irá onerar os Estados-Membros, a maioria dos quais vive a implorar mercês da Federação. A quanto montarão esses ônus, ninguém deles tem a menor idéia, mas, sabido que não falta em nenhum distrito dos sertões do Brasil um Ofício de Notas ou de qualquer Registro, é fácil calcular em como os encargos dos tesouros estaduais irão ser avultados.

Havemos de convir que essa idéia, agora debatida entre nós, nem é nova. Em seu estudo das "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil" o Professor AMARAL SANTOS referiu que, já em Roma (aliás, no período de sua decadência...), os imperadores ARCÁDIO e HONÓRIO haviam oficializado os ofícios notários. E num trabalho apresentado ao X Congresso Internacional do Notariado (em 1969), o Notário italiano PIETRO MICHELI cita as palavras de um Ministro do Reino da Itália, FANI — que acompanhava o projeto de lei notarial apresentado ao Senado em 13 de dezembro de 1910 —, onde se falava sobre a figura jurídica do Notário, assim: "E antes de tudo, pelo que concerne à posição jurídica do Notário, é de relevo a questão em debate, a propósito de apurar se convém conservar a este no caráter de profissional liberal, ou se melhor será conferir-lhe o de empregado do Estado. Tudo considerado, a mim parece que não se deve hesitar em manter o Notário na sua figura histórica (...). Nem a Sociedade, nem o Estado sentem, realmente, a necessidade de um novo funcionalismo notarial e dos enormes ônus que dele resultariam



para as finanças públicas." (In "Il Notariato nel Mondo Moderno — Considerazione Introduttive", apresentadas pela Delegação Italiana, Giuffré ed., Milão, pág. 8.)

Na realidade, o de que urgentemente carecemos é de uma legislação que importe na exigência de formação profissional adequada, em relação a todos quantos aspiram a um cargo notarial. Assim, o Notariado, como órgão jurídico do Estado, ao lado da Judicatura e do Ministério Público, poderá eficientemente cumprir sua finalidade social e, ainda, contribuir para aliviar os encargos da Justiça, através de melhor formulação de suas atribuições e boa utilização dos poderes de jurisdição voluntária.

E tudo isso poderá ser obtido, sem que se faça a transferência do Notariado para o quadro do funcionalismo remunerado diretamente pelo Erário. Se tal alteração vier a operar-se, duas opções necessariamente haverá de se apresentar: ou o Estado criará cargos aos quais correspondam vencimentos irrisórios, ou criará cargos de vencimentos que, pelo menos, se aproximem dos que percebem os magistrados e os elementos do Ministério Público. No primeiro caso, não se terá como pensar, jamais, na valorização profissional do Notariado, que, então, continuará a ser como uma espécie de instituição da ERA DAS CARAVELAS, no século das viagens espaciais. . . ; no segundo caso, pouquíssimos Estados da Federação (alguns dos quais pagam as professoras com atrasos de meses) terão condições de suportar os encargos.

Assim, o que seriamente se impõe, e de urgência, no que tange ao Notariado, não é a "oficialização", mas uma legislação orgânica, de âmbito nacional, que bem poderia adotar o molde do admirável diploma da República Federal da Alemanha, que antes mencionamos.

É realmente lastimável que o Brasil seja, em verdade, o único país do mundo que tenha descurado de exigir formação especializada dos candidatos a Notário. Como dissemos, ao início, nesta matéria nós vivemos com o regime de D. DENIS (século XIV), das "ordenações" de monarcas absolutos dos séculos XVI e XVII: estamos com o sistema de uma época em que o analfabetismo era o **status** cultural mais generalizado, e que para ser **escriva** — ao contrário do que já se cuidara no velho Egito — bastava ser amigo do rei. . .

Enfim, havemos de encerrar; mas, antes de fazê-lo, queremos ler o que eminente jurista lusitano, JOSÉ FERREIRA BORGES (autor de admi-

rável "Dicionário Jurídico-Comercial"), há mais de cem anos proclamava, e que resume tudo o que pretendemos considerar neste trabalho:

"As funções do Tabelião são da mais alta importância à sociedade. Depositários dos maiores interesses, reguladores das vontades dos contraentes, são eles muitas vezes os primeiros juízes **voluntários** entre as partes (...) Fora de desejar que a habilitação para notário ou tabelião fosse marcada por uma lei, que exigisse do oficial os conhecimentos jurídicos, que deve ter, e que infelizmente não tem" (in "Dicionário" — cit., 2ª edição, Tipografia de Sebastião José Ferreira, Porto, 1856: verbete "Tabelião Notário").

15. Nos tempos anteriores de nossa vida nacional, não existiam — como é óbvio — os elementos institucionais que possibilitariam aos filhos desta terra uma formação jurídica de base. Só em 1828 passaram a funcionar, em São Paulo, primeiro, em Olinda, a seguir, escolas de Direito.

Mas, os anos fluíam e nunca se cuidou de exigir formação profissional dos **serventuários** da Justiça (e agora voltamos a usar a expressão em seu mais alto sentido), pelo que nossos serviços judiciários padeceram, sempre, de gravíssimas deficiências funcionais. Valerá a pena citar que há não muito tempo — há cerca de 30 anos — ainda havia, até nos Tribunais de Justiça de certos Estados, desembargadores sem diploma de curso jurídico?

Na hora em que se pode partir para a reforma de base das "serventias da Justiça", salta-se por sobre essa clamorosa necessidade, e, tomando-se como referência apenas as deficiências notórias e antigas, se pretende simplesmente aumentar os cargos da burocracia judiciária, com transformação em meros funcionários (em sentido estrito) dos que, num regime de autonomia funcional, de modo muito melhor podem desempenhar-se de suas funções.

**Escrivães**, do foro judicial, e **registradores** e **notários**, do foro extrajudicial, sem preparo profissional e jurídico necessários, e, por acréscimo, mal remunerados, jamais serão peças eficientes dos organismos jurisdicionais. Esses mesmos elementos, com boa formação e uma remuneração estimulante, serão colaboradores excelentes da Justiça e servidores proficientes da coletividade.

Se, eventualmente, um que outro serventuário **ganha demais**, isso não resulta senão de deficiência na distribuição dos cargos e dos serviços ou de errônea formulação dos regimentos de custas.

Como quer que seja, porém, o essencial a providenciar-se há de ser a correção dos defeitos e sobretudo a reforma estrutural antes referida, que, somente isso, poderá interessar ao resguardo do bem público.

## SUMÁRIO:

1) A convocação para o STF. As condições para o exercício do cargo. O STF tribunal político — 2) A contribuição de Pedro Lessa à jurisprudência. Cabimento de ação rescisória. Competência da Justiça Federal. Os temas civilísticos. O conceito de Recurso Extraordinário segundo Pedro Lessa — 3) A teoria brasileira do **habeas corpus** — 4) O caso do Conselho Municipal do Distrito Federal. A negativa de cumprimento da decisão do STF pelo Governo Hermes. As respostas de Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti. O alistamento eleitoral no Rio Grande do Sul (1908) — 5) O caso do Estado do Rio. Dualidade de assembleias. O caso do Governador de Mato Grosso (1916) — 6) O caso da Bahia. A renúncia do Governador Araújo Pinho. Convocação da Assembléia. Obstáculos criados pelo Governador. Bombardeio do reduto governamental pelo Comandante da Região Militar — 7) Inconstitucionalidade do estado de sítio. Prisão de jornalistas durante a medida excepcional — 8) Críticas às decisões denegatórias de **habeas corpus** — 9) Publicação dos debates parlamentares durante o sítio — 10) Nova dualidade de governos no Estado do Rio (1914) — 11) Limites interestaduais: Amazonas e Mato Grosso; Santa Catarina e Paraná; Rio Grande do Norte e Ceará — 12) Direito Internacional. Crimes praticados em alto-mar. Homologação de sentença estrangeira de divórcio. Sentenças estrangeiras de jurisdição graciosa. Expulsão e extradição — 13) Pedro Lessa contra o contencioso administrativo — 14) Concepção municipalista de Pedro Lessa. Crítica de Oliveira Viana — 15) O método interpretativo de Pedro Lessa. Objetivos e propósitos da lei. A escola exegética de Savigny — 16) A ascensão do voto vencido — 17) A personalidade do juiz Pedro Lessa. Opiniões de José Maria Bello e Castro Nunes.

“Pedro Lessa era a figura ideal do Juiz do Supremo Tribunal Federal, no papel de criador do Direito, no papel de intérprete máximo da Constituição, no papel do homem que, diante da realidade, a sobrepujar a letra fria dos textos, procurava preencher os claros e dar uma vitalidade nova aos diplomas ultrapassados ou silentes. Para mim, este é o maior mérito de Pedro Lessa, que, além de tudo, foi um defensor infatigável da democracia e da liberdade.” (Ministro *Aliomar Baleeiro*.)

Aureolado na cátedra e na advocacia, Pedro Lessa hesitou, e dizem que não aceitou, momentaneamente, o convite de seu conferrâneo Presi-

dente Afonso Pena, para ocupar a vaga de Lúcio de Mendonça no Supremo Tribunal, tanto que a *Gazeta de Notícias* (1-11-1907) divulgava a versão corrente de que Pedro Lessa não aceitaria o cargo após ter sido nomeado e que já teria ido a Palácio agradecer a nomeação.

Se isso acontecesse, Rui não diria, mais tarde, em seu manifesto, que Pedro Lessa era o mais completo dos nossos juizes (2-4-1917). Fora servir na arena das brilhantes pugnas do seu espírito: o Supremo Tribunal.

Empossado a 20 de dezembro de 1907, Lessa encontrou na Egrégia Corte a grande questão daquele tempo: o problema do Governo do Estado do Rio, onde se contravinha a investidura do Presidente Becker e o mandato de Nilo Peanha.

De 1907 a 1921, ano de sua morte, Pedro Lessa foi o grande magistrado, alcandorado ao epíteto de "Marshal brasileiro" pelo maior advogado, aquele que, junto do magistrado insigne, postulou e requereu Justiça: Rui.

Possuía os requisitos exigidos por Edmundo Lins para Ministro do Supremo: ser filiado à estirpe dos Paulos e dos Gaios e ser da espécie rara daqueles que personificam a jurisprudência na mais alta acepção da palavra. Nesses quase 14 anos de Supremo, lá conviveu com grandes figuras, entre elas: Piza e Almeida, Alberto Torres, Epitácio Pessoa, Guimarães Natal, Amaro Cavalcanti, Viveiros de Castro, João Mendes Jr., Pires e Albuquerque, Edmundo Lins.

Seguia na prática o que pregara pela última vez a seus alunos em São Paulo: "Se fordes juiz, lembrai-vos de que tão altos e tão raros são os predicados."

Seguia a trilha delineada por seu espírito, e realçada na pena de Humberto de Campos:

"O homem puro, o varão forte, o magistrado inviolável, não era, na sua opinião, aquele que fugia às situações difíceis, aos pleitos fragorosos, limitando-se à prática perfeita da justiça no terreno desobstruído: era o que patenteava a sua integridade, o seu devotamento, desobstruindo o terreno."

As grandes questões deu a vivacidade inerente ao grande advogado, a didática dos fatos pertinentes ao professor. Nele, a magistratura brasileira teve um repositório de idéias e transformações, a aplinar as arestas das controvérsias e inumar as velharias e tradições obsoletas.

Disse-o bem Viveiros de Castro, contemporâneo e amigo de Lessa no Supremo, de quem discordara e sustentara pontos díspares:

"Os partidários do tipo clássico do juiz marmóreo, inacessível às paixões humanas, aplicando automaticamente a lei, censuravam a Pedro Lessa o ardor com que ele defendia os seus votos, o desusado calor que imprimia às discussões, tornando-as talvez mais parlamentares do que judiciárias."

Tinha o espírito do advogado, o combatente intemorato e destemido, "D'Artagnan", espadachim vibrante. Por isso, estava sempre ao lado das grandes causas, inclusive atingindo as raias da exceção.

Levantava-se, então, questão de ordem sobre a limitação do tempo de sustentação oral para o advogado Rui Barbosa, que reclamava da tribuna a exigüidade do tempo:

“Senhor Presidente — Estou aqui aprendendo. Rui Barbosa, pelas luzes de sua sabedoria, há muito adquiriu o direito de falar nesta casa pelo tempo que entenda.”

Pedro Lessa avançou no tempo, e foi mais longe do que podia, na interpretação da Constituição, do Direito. Expressivo é o depoimento de outro grande jurista, João Luiz Alves, ao suceder a Lessa na Academia Brasileira:

“Verificando que a necessidade social ou política já não o exigia e dando alma à Constituição, convinha em reconhecer que nova orientação interpretativa se impunha, sem desfigurar ou violar a lei básica, antes, permitindo-lhe, pela autoridade da Suprema Corte, e só por ela, uma existência compatível com as necessidades sociais e políticas do País.”

Disse Levi Carneiro:

“Levara, para a magistratura, o sentimento e o apreço dos interesses de ordem prática, que as teorias tantas vezes sacrificam, e o amor e o conhecimento da doutrina de que tanto se descursa em nosso foro.”<sup>(1)</sup>

2. No capítulo do Recurso Extraordinário, ainda jovem remédio, recentemente ratificado pela Constituição de 1891, Pedro Lessa norteara a consagradora jurisprudência que a consolidação pelo tempo desprezou as origens.<sup>(2)</sup>

Assim, pelo não-cabimento de ação rescisória das decisões do STF, quando proferidas em sentença que o Tribunal, em grau de recurso, confirma ou reforma. Essa sentença faz coisa julgada, que não pode ser alterada por ação rescisória, exceto quando haja nulidade (Rev. STF 21/311).

No âmbito da competência da Justiça Federal, considerava-a competente para conhecer e julgar as causas em que fosse, de qualquer forma, interessada a União, ainda que ela não intervisse no pleito, por intermédio dos seus legítimos representantes, como autora, ré, assistente ou oponente. Também a ela competia sempre que uma das partes fosse estrangeira, residente no estrangeiro, embora não houvesse conflito de leis.

Quanto ao exame da matéria civil, Pedro Lessa jogava com sua longa atividade advocatícia.

Ao examinar a relação posse-domínio, invocava a disposição do último período do art. 505 do Código Civil, afirmando que só teria cabimento quando dois litigantes pretendessem a posse da mesma coisa, alegando domínio simultaneamente, ou, pelo menos, um deles. Neste caso, é muito

(1) Levi Carneiro — O Livro de um Advogado, 1943, pág. 42; Roberto Rosas — “Pedro Lessa” — Digesto Econômico — 220/95.

(2) Pedro Lessa — Do Poder Judiciário, pág. 190; Alfredo Buzaid — Estudos de Direito, 1972, 139, 159.

justo que se reconheça a posse àquele a quem, evidentemente, pertence o domínio. (Apelação Cível nº 2.792 — Rev. STF 26/219 — Atual Súmula nº 487.)

Carvalho Santos invoca o ensino de Pedro Lessa, para afirmar ser óbvio que, se o autor intenta ação possessória, não é admissível a defesa do réu, alegando que é proprietário (**Código Civil Brasileiro Interpretado** — vol. 7º, pág. 157, 6ª ed.).

Seu estudo sobre a venda *ad corpus* já fizera praça na doutrina, inclusive acatado por Clóvis, quando assegura ao vendedor o direito a reclamar o excesso da área vendida. (3)

Com o advento do regime republicano, buscou-se no modelo americano a estrutura federalista necessária ao grande Estado, que, na verdade, eram os Estados Unidos do Brasil.

O símile sofrera processo diverso da cópia. Lá, o federalismo centrífugo; aqui, o federalismo centrípeto.

A necessidade americana de reunir, num Estado, vários Estados-Membros, por compra e anexação, tinha tido causa diferente da federação brasileira, onde se dividia, partia-se, atribuía-se o poder central, também, às províncias imperiais, depois estados.

Assim, o poder central não ficava alheio ao mando nos Estados-Membros porque reservara para si inúmeras competências e atribuições, dentre elas a legislação do direito substantivo.

Era inevitável que, entre aqueles Estados, houvesse divergência na apreciação do direito imposto pelo poder central, o direito federal.

Por isso, o novo governo republicano, em 24 de outubro de 1890, baixava o Decreto nº 848, que organizava a Justiça federal, e também dizia, em seu art. 9º, parágrafo único: sobre recurso, para o Supremo Tribunal Federal, das sentenças definitivas proferidas em última instância pelos tribunais e juizes dos Estados. A Constituição de 1891 pouco alterou na sua substância. Não nominou esse recurso. Mas o Regimento Interno, o primeiro, de 8 de fevereiro de 1891, o batizou de extraordinário.

Transformou-se no grande dissipador da discrepância na interpretação do direito federal. Como é claro, o grande artífice dessa unificação foi o Supremo Tribunal Federal, e dentre seus integrantes: Pedro Lessa. Várias outras contribuições são assinaladas, principalmente os três grandes trabalhos sobre o Recurso Extraordinário: de Lúcio de Mendonça, Epitácio Pessoa e Candido de Oliveira.

Pedro Lessa assim considera esse importante recurso:

“É o que se interpõe, nos casos permitidos pela Constituição, das decisões da segunda instância da justiça local para o Supremo Tribunal Federal, para o fim de manter a autoridade da Constituição e das leis substantivas e tratados federais, em todo o território nacional.” (4)

(3) Pedro Lessa — Dissertações e Polêmicas, pág. 281; Clóvis — Comentários ao art. 1.136; Agostinho Alvim — Da Compra e Venda — pág. 96.

(4) Pedro Lessa — Do Poder Judiciário, pág. 103; Candido Mota F.º — Discurso no centenário de Pedro Lessa; Leda Boechat Rodrigues — História do Supremo Tribunal, 2.º vol., pág. 107.

Os paramentos interpretativos, evidentemente, não foram os mais extensivos, a despeito das opiniões de Rui Barbosa e Pedro Lessa.

Pedro Lessa pugnava pela amplitude superando o conceito de “aplicação da lei”:

“Tendo esse recurso por função manter a autoridade das leis federais, e entre nós, conseqüentemente, a unidade do direito substantivo, em todo o território nacional, fora absolutamente incompreensível e intolerável facultá-lo nos casos em que a justiça local declara inaplicável uma lei federal, ou deixa de aplicá-la, sem justificar o seu procedimento, e negá-lo nos casos em que os tribunais dos Estados não aplicam a lei federal, porque, interpretando-a com evidentes paralogismos e sofismas, de fato a nulificam.”<sup>(5)</sup>

Ainda no domínio civilístico, assinalou Pedro Lessa que os credores de sociedade de fato se encontram na posição jurídica de poderem valer-se de sua existência ou desconhecê-la, de acordo com a conveniência. Existindo a sociedade de fato, podem agir contra ela; ao contrário, podem acionar seus sócios. (R.T. 173/746.)

No âmbito da responsabilidade civil, Pedro Lessa sempre defendeu a indenização do dano moral, numa época adversa a essa orientação. Assinalava que não indenizar o dano moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. <sup>(6)</sup>

Na liquidação das obrigações por ato ilícito, Lessa antecipou-se à jurisprudência, fixando que na liquidação do dano deve ter-se em atenção não só o que ganhava a vítima, como os possíveis aumentos dos seus salários (R.F. 37/201). Também, antecipou-se na consideração da lesão enormíssima (R.F. 37/198).

Sobre a possibilidade da revogação de testamento por escritura pública, longamente escreveu sobre o assunto. <sup>(7)</sup>

Nas obrigações ilíquidas, os juros moratórios são contados desde a citação inicial, nos termos do art. 1.536, § 2º, do Código Civil (R.T. 23/460).

O endosso posterior ao vencimento de uma letra de câmbio tem efeito de cessão civil, o que quer dizer, claramente, que o cessionário representa o cedente, tem os mesmos direitos que ele e fica sujeito a todas as exceções que o devedor poderia opor ao cedente.

A ação cambial é a executiva, e só é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor (R.T. 39/444).

No exame dos assuntos do Direito Penal, excetuados aqueles exaustivamente tratados nos famosos **habeas corpus**, Pedro Lessa deteve-se em algumas teses de importância, como a conceituação de crime continuado (R.T. 22/311). Sobre a possibilidade de haver repetição de pedido de revisão criminal apoiado nas mesmas razões que serviram de fundamento ao

(5) Pedro Lessa — Do Poder Judiciário, pág. 112; Roberto Rosas — Dos Processos da Competência do Supremo Tribunal, pág. 106.

(6) R.F. 37/202; Agostinho Alvim — Da Inexecução das Obrigações, pág. 219.

(7) Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, n.º 5, pág. 297.

anterior (R.T. 22/314). Sobre a competência do STF para julgar **habeas corpus** originários (R.T. 24/345).

Aderiu, irrestritamente, à responsabilidade civil do Estado, quando foi submetido ao STF caso de proprietário atingido pela trepidação ocasionada pelo tráfego de estrada de ferro e pelas obras de construção de estrada (**O Direito** 115/595). Famoso, também, é o voto de Pedro Lessa sobre as acumulações remuneradas (R.T. 35/411).

No caso das concessionárias, assentava que as autoridades locais não podem obstar a execução dos decretos do Poder Executivo Federal, mas podem recorrer ao Poder Judiciário (**O Direito** — 108/480).

3. Na construção da chamada teoria brasileira do **habeas corpus**, Pedro Lessa teve relevo excepcional.<sup>(8)</sup>

A Revista **Careta**, de 7-11-1914, estampava na capa o retrato de Rui, encimando a legenda "Uma grandeza que o hermesismo não destruiu, e tornou maior". Essa conhecida revista, hoje não mais editada, vergastava violentamente o Governo Hermes da Fonseca, que tinha decretado o sítio, principalmente insurgindo-se contra a censura policial e as inúmeras prisões de oficiais e jornalistas (General Mena Barreto, Taumaturgo de Azevedo, jornalistas Edmundo Bitencourt, Macedo Soares, Irineu Marinho). Essa revista também destacava em seu corpo o retrato de Pedro Lessa, com a legenda:

"O íntegro Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Pedro Lessa, que demonstrou a ilegalidade do sítio e provou a nulidade dos atos do governo suspendendo os jornais."

Pedro Lessa atentou logo para o Supremo Tribunal como órgão político. Por isso, Assis Chateaubriand, seu velho conhecido, dizia que, na sua cadeira de juiz, foi um dos "mais ilustres políticos que tem tido o Brasil em todos os tempos".

Foi, no dizer de José Maria Belo, na campanha civilista e no governo Hermes da Fonseca, sempre a grande voz e o grande voto da justiça contra todas as violências e a favor de todos os perseguidos.

E Oscar Tenório tem razão:

"Na história das liberdades públicas, os resultados da judicatura exercida por Pedro Lessa lhe dão direito à glória do Panteon, se um dia alguém se erguer, neste País, à memória civil, como um dos artífices da democracia republicana." (R.F. 184/380.)

Na antecipação ao debate da instituição do mandado de segurança, Pedro Lessa já previa o isolamento de certos direitos a ficarem desamparados:

"Repelida a teoria da proteção possessória das coisas incorpóreas, muitos direitos individuais não de ficar fatalmente sem defesa, e os agentes da autoridade ou do poder supremo do país, o árbitro exclusivo dos direitos, deveres e regalias do cidadão."

(8) Barbosa Lima Sobrinho — Presença de Alberto Torres, pág. 247; Roberto Rosas — Do Abuso do Poder, pág. 65.



4. O Presidente Nilo Peçanha, em 1909, baixou decreto dando atribuições ao Prefeito do Distrito Federal, enquanto o Congresso não examinasse a duplicidade de resultados na eleição para o Conselho Municipal, que é hoje a Assembléia Legislativa ou seria a Câmara Municipal.

Os prejudicados impetraram **habeas corpus**. Denegado em primeira instância, o Supremo examina o recurso interposto. Pedro Lessa, como vogal, considerou o Decreto presidencial ilegal e inconstitucional, apesar da negativa ao pedido, porque o fim que se tentou conseguir não fora garantir a liberdade individual somente, porém, resolver, ao mesmo tempo, uma questão de investidura em funções de ordem legislativa. Assim conduziu seu pensamento:

“Nunca será permitido afirmar que o **habeas corpus** seja meio regular de garantir a liberdade individual, resolvendo, simultaneamente, outras questões, envolvidas, propositalmente, na decisão do **habeas corpus**, que foi o que se pretendeu nestes autos. Intendentes que formaram uma Mesa manifestamente ilegal pretendiam obter uma ordem de **habeas corpus** para penetrar na sala do Conselho Municipal e funcionar, na qualidade de presidente e secretários, alguns, e na de intendentes legalmente empossados, todos. Isso seria dar ao **habeas corpus** uma extensão que não tinha nos povos cultos.”

O outro grupo de intendentes, a 8 de dezembro de 1909, impetra **habeas corpus**. Pedro Lessa acentuou seu voto anterior, denegatório do pedido, porque os impetrantes desejavam a ordem para penetrarem no recinto do Conselho Municipal e funcionarem com uma Mesa ilegalmente constituída.

Acentua o alcance do **habeas corpus** com o fim exclusivo de garantir a liberdade individual ou pessoal, esta um direito fundamental, que assenta na natureza abstrata e comum do homem:

“Na espécie dos autos, os pacientes provaram, e isto é público e notório, que foram eleitos intendentes, que muito legal e corretamente se reuniram, sob a presidência do mais velho, para os trabalhos da verificação de poderes, quando foram tolhidos, em sua liberdade, de penetrar na sala do Conselho Municipal, por um decreto manifestamente ilegal e inconstitucional. Ao Juiz só se apresenta uma questão para decidir: o garantir, ou não, a liberdade de locomoção.”

Reunidos os intendentes, novos problemas surgiram, culminando com o Decreto nº 8.500, de 4 de janeiro de 1911, baixado pelo Presidente Hermes da Fonseca, designando novo dia para a eleição de intendentes, **ipso facto**, dissolvendo o Conselho. Impossibilitados de ingressar no recinto do Conselho, os intendentes requereram **habeas corpus** ao Supremo Tribunal Federal, que o concedeu. Foi Relator o Ministro Pedro Lessa, com o seguinte voto, que posteriormente causaria enorme crise, como veremos:

“Considerando que, preliminarmente, o caso é de **habeas corpus**, porquanto os pacientes têm justas razões para rezear um cons-

trangimento à sua liberdade individual, restando, apenas, somente verificar se é legal a posição dos impetrantes e pacientes, se é manifestamente jurídica a situação em que se acham, ou, por outras palavras, se é constitucional o decreto do Poder Executivo que dissolveu o Conselho Municipal desta Capital;

Considerando que o art. 68 da Constituição Federal garante a autonomia dos Municípios, em tudo o que diz respeito ao seu peculiar interesse, e que, em virtude das disposições dos artigos 34, nº 30, e 67 da mesma Constituição, a autonomia do Distrito Federal é cerceada ou restringida, pois compete ao Congresso Nacional, privativamente, legislar sobre a organização municipal, a polícia e o ensino superior do Distrito Federal, bem como sobre os demais serviços que foram reservados para o Governo da União, importando notar que só por leis federais (art. 67 da Constituição) podem determinados serviços ser reservados para o Governo da União. — Salvo essas restrições, o Distrito Federal é administrado pelas autoridades municipais (artigo 67, citado);

Considerando que, por disposição do art. 3º da lei de 29 de dezembro de 1902, há dois casos únicos em que cessam as funções do Conselho Municipal desta cidade: o 1º, o de anulação de eleição de intendentes; 2º, o de força maior. Mas cumpre notar que de tal natureza é a disposição do artigo 3º da lei de 29 de dezembro de 1902 que, ainda quando não tivesse sido promulgada essa norma jurídica, forçoso seria fazer o que ela preceitua, isto é, ficar o prefeito governando e administrando o Distrito Federal até que pudesse reunir-se o Conselho Municipal. Desde que as eleições estão anuladas e não há intendentes municipais, ou desde que um acontecimento irresistível obsta a reunião do Conselho, é evidente que o executor das leis municipais e administrador do município deve continuar a exercer suas funções, como igualmente continuaria a exercer as suas o Presidente da República, se por acaso não se pudesse reunir o Congresso Nacional, por um caso de força maior, ou por se ter anulado a eleição da maioria dos seus membros. Esta lei, pois, não viola a autonomia do Distrito Federal. Contém uma disposição inútil;

Considerando que não se verificou nenhuma das hipóteses do artigo 3º da lei de 29 de dezembro de 1902; o fato de pertencerem os intendentes eleitos a dois partidos opostos, com idéias e interesses contrários, longe de ser um caso de força maior, e o que pode haver de mais natural e, por conseguinte, de mais previsível nos países sujeitos a um regime democrático;

Considerando que, dos dezesseis intendentes eleitos, oito deixaram de comparecer às sessões preparatórias, e sete não quiseram prestar o seu concurso aos trabalhos do Conselho Municipal, o que também não é caso de força maior: os cidadãos eleitos para o cargo de intendente, bem como para o de senador, ou deputado, podem aceitar e exercer, ou não, o mandato;

Considerando que, segundo dispõe o art. 8º do Regimento Municipal, as sessões preparatórias do Conselho Municipal, para o reconhecimento de poderes, podem efetuar-se **com qualquer número de intendentes eleitos**. E, sendo assim, não é lícito dizer que os intendentes reunidos sob a presidência do mais velho não constituam número legal para a verificação de poderes;

Considerando que nem o Poder Legislativo Federal, nem o Presidente da República, nem o Poder Judiciário têm competência para anular a verificação de poderes das câmaras municipais da União, ou da do Distrito Federal; pois, se tal competência fosse reconhecida, extinta ficaria a autonomia municipal, garantida pela Constituição, cumprindo não esquecer que, cerceada ou restringida, a autonomia do Distrito Federal é garantida pela Constituição e que não há lei alguma federal que confira ao Senado ou ao Congresso Nacional, ou ao Poder Executivo da União, competência para rever e anular a verificação de poderes dos intendentes municipais do Distrito Federal;

Considerando que o Senado tem competência para aprovar, ou reprovar, o **veto** do prefeito municipal às resoluções do Conselho do Distrito Federal; mas, dessa competência, **que é uma limitação, uma exceção, criada por lei federal**, não se pode induzir, ou deduzir, a de anular a verificação de poderes dos intendentes. São faculdades distintas, e a anulação de verificação de poderes é mais do que a confirmação, ou a rejeição, do **veto** do prefeito;

Considerando que este caso não é daqueles de natureza política, subtraídos à competência do Supremo Tribunal Federal; não se trata de atos cometidos pela Constituição à discricção do Poder Legislativo ou do Executivo, da União; de modificações sociais, feitas por qualquer desses poderes em benefício da coletividade, ou com esse intuito; de assuntos em que se cogite da utilidade, ou necessidade nacional, e que devam ser apreciados com certa amplitude por uma autoridade mais ou menos arbitrária. O caso é todo regido por disposições constitucionais e por leis secundárias; entende somente com a aplicação de normas constitucionais e legais; resolve-se em indagar se foram infringidas as disposições constitucionais e legais que garantem a autonomia municipal, e especialmente a autonomia do Distrito Federal. Segundo a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Poder Judiciário tem competência para garantir direitos políticos, desde que há uma disposição constitucional, ou legal, que regula a matéria (**Dig. Amer.**, volume 2º, pág. 2.109, nº 109). Conseqüentemente, ainda que se considere a espécie daquelas em que ao Poder Judiciário se pedem garantias para direitos políticos, não é lícito negar ao Tribunal competência para sentenciar, resolvendo a questão; visto como há na Constituição Federal e em leis ordinárias disposições claras, aplicáveis ao presente pleito;

Considerando que, para a posição legal dos impetrantes e, portanto, a ilegalidade do constrangimento à liberdade individual dos mesmos, criada pelo decreto inconstitucional do Poder Executivo federal, o remédio próprio para o caso é o **habeas corpus**. Erro seria, em vez de **habeas corpus**, usar da ação especial do art. 13 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, quando na hipótese se deu manifestamente um constrangimento à liberdade individual, e a leitura dos artigos da Constituição e das leis ordinárias aplicáveis à espécie torna patente a posição legal dos impetrantes. O fato de se tratar de cidadãos que pretendem exercer uma função pública, e para isso pedem esta ordem de **habeas corpus**, não é motivo jurídico para se julgar incabível o **habeas corpus**: "The constitutional guaranties of personal liberty are a shield for the protection of all classes, at all times, and under all circumstances" (Dig. Amer., volume 3º, verb. **Habeas Corpus**, pág. 3.229, nº 6).

Considerando, em suma, que os pacientes são membros do Conselho Municipal do Distrito Federal, legalmente investidos de suas funções, e com razão receiam que lhes seja tolhido o ingresso no edifício do Conselho em consequência do decreto de 4 de janeiro corrente, o qual, do mesmo modo por que o de 26 de novembro de 1909, é manifestamente infringente da Constituição Federal (na parte em que garante esta a autonomia municipal e especialmente a deste Distrito) e das leis ordinárias aplicáveis à hipótese:

O Supremo Tribunal Federal concede a ordem de **habeas corpus** impetrada, a fim de que os pacientes, assegurada a sua liberdade individual, possam entrar no edifício do Conselho Municipal, e exercer suas funções até à expiração do prazo do mandato, proibido qualquer constrangimento que possa resultar do decreto do Poder Executivo Federal, contra o qual foi pedida esta ordem de **habeas corpus**."

Enviada a decisão ao Ministro da Justiça, Rivadávia Corrêa, este officia ao Presidente do Supremo, nos seguintes termos:

"Acusando o recebimento do Ofício nº 235, com o qual V. Exª passou às minhas mãos, para os devidos efeitos, cópia do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de petição do **habeas corpus** em que é impetrante o Dr. Otacílio de Carvalho Camará, por si e como procurador de Manoel Corrêa de Melo e outros, cumpro o dever de, em nome de S. Exª o Sr. Presidente da República, comunicar a V. Exª que o Poder Executivo, sem o menor intento de desprestígio ao Poder Judiciário e sem faltar ao respeito que deve a esse alto e egrégio Tribunal, não pode dar cumprimento à ordem judiciária enviada por V. Exª, pelos motivos constantes da mensagem que S. Exª o Sr. Presidente da República, nesta data, dirige ao Congresso Nacional, e da qual remeto a V. Exª cópia autêntica, para conhecimento de V. Exª e do venerando Tribunal a que, com tanto patriotismo e alto critério, V. Exª preside."

Nas linhas principais, dizia o Presidente Hermes da Fonseca, ao Congresso Nacional:

“— apreciando, no exercício de um dever constitucional, a “legitimidade e alcance” do decreto judiciário, emanado do Supremo Tribunal Federal, entendi que o mesmo exorbitava das atribuições que a Constituição e as leis assinalam àquele Poder e constituía, com patente invasão às atribuições dos outros poderes soberanos da Nação, uma deturpação do regime, de conseqüências incalculáveis e funestas; por isso, resolvi não dar cumprimento à ordem judiciária e levar o fato ao conhecimento do Congresso Nacional, autoridade competente para decretar a minha responsabilidade pelos atos que, no exercício do mandato que o povo brasileiro me confiou, eu praticar com infração da Constituição e das leis.”

Dessa desabrida atitude, inevitável crise desabaria. Recebido o ofício ministerial, na sessão do Supremo de 1º de abril de 1911, os Ministros Amaro Cavalcanti e Pedro Lessa interferem. Como Relator do **habeas corpus** concedido, Lessa iniciou suas palavras acentuando não estar surpreso com o ato do Presidente da República, porque a outros Ministros já havia comunicado a convicção de que não seria respeitada a decisão proferida, bem como não seria acatada qualquer outra sentença, igualmente justa, desde que contrariasse os interesses políticos dominantes. Rebate a alegação de falta de competência ao Supremo para conhecer de **habeas corpus**, por se tratar de matéria política, mostrando que somente as questões meramente políticas, as que não estão sujeitas a disposições legais, não podem ser apreciadas pela Corte. E concluiu, asperamente:

“Como havemos de tolerar que, sob a república federativa, e no regime presidencial, em que tão nítida e acentuada é a separação dos poderes, se restabeleça a inconstitucional intrusão do Poder Executivo nas funções do Judiciário? Ao Presidente da República nenhuma autoridade legal reconheço para fazer preleções aos juizes acerca da interpretação das leis e do modo como devem administrar a justiça. Pela Constituição e pela dignidade do meu cargo, sou obrigado a repelir a lição. Poderia aceitá-la em virtude da autoridade científica, de que dimana. Essa é grande, ninguém a contesta, e eu mais que todos acato e venero. Mas, **quandoque bonus dormitat Homerus**: desta vez a lição veio inçada de erros, e erros funestíssimos à mais necessária de todas as liberdades constitucionais. Ainda, por essa razão, sou obrigado a devolver-lha.”

Pedro Lessa declarava inconstitucional o alistamento eleitoral previsto em lei estadual do Rio Grande do Sul, porque somente permitia o direito de voto nas eleições federais, estaduais e municipais àqueles que tivessem sido alistados, na forma nela estabelecida (**Direito** — 108/398).

5. Em 1911, no Caso do Estado do Rio, envolvendo a legitimidade de mandatos, voltava o Supremo a examinar em **habeas corpus** a dualidade de Assembléias Legislativas no Estado do Rio.

Uma reconheceu o Dr. Francisco Chaves de Oliveira Presidente do Estado e a outra reconheceu o Dr. Manoel Edwiges de Queiroz Vieira. Os membros desta segunda Assembléia impetraram o **habeas corpus**, alegando estarem impossibilitados de realizar sessão especial para dar posse ao novo Presidente, impedimento causado por força pública federal. O Tribunal concedeu a ordem, e Pedro Lessa proferiu o seguinte voto:

“Preliminarmente, julguei que o caso é de **habeas corpus**, por estar provada a violência sofrida pelos pacientes, privados da liberdade individual necessária para se reunirem no exercício de um direito político.

**De meritis**, concedi a ordem impetrada; porque, neste caso do Estado do Rio de Janeiro, o que houve, sob o nome de intervenção, foi uma mera violência.

No dia 30 de dezembro de 1910, o Poder Executivo Federal ocupou as repartições públicas de Niterói por força federal, depondo por esse modo o Presidente do Estado.

Esse ato é absolutamente indefensável em face da Constituição Federal, e nada tem de comum com a intervenção, que só se pode realizar por um ato oficial, por um decreto, ou por uma proclamação, em que o Presidente da República declare as razões que tem para intervir, justificando o seu procedimento, e ordene o que lhe parecer necessário nas circunstâncias.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, não era permitida a intervenção.

O artigo 6º da Constituição apenas faculta a intervenção em quatro casos, dos quais o único que se poderia invocar como ajustável à espécie destes autos é o 2º: a necessidade de restabelecer a forma republicana federativa; pois, absolutamente, não se alude à intervenção estrangeira ou de outro Estado, nem à necessidade de manter a ordem pública, à requisição do Governo do Estado, nem à de assegurar a execução das leis e sentenças federais.

Nestes três últimos casos não é preciso que o Poder Legislativo se manifeste.

Mas, no caso da intervenção para manter a forma republicana federativa, enquanto a ordem pública não é perturbada, ao Poder Legislativo nacional cumpre adotar as resoluções adequadas, devendo intervir o Executivo somente na hipótese de ser indispensável reprimir qualquer movimento subversivo (Bryce, **La République Americaine**, volume 1º, págs. 88 e 89, e nota 1ª, ed. de 1900, e J. Barbalho, **Comentários**, págs. 23 e 25).

Neste caso do Estado do Rio de Janeiro, o Presidente da República foi o primeiro a julgar que ao Congresso Nacional competia resolver a contenda e do mesmo solicitar as providências necessárias.

Enquanto o Congresso Nacional não deliberar a respeito, é ainda o Presidente da República quem entende que se deve manter provisoriamente o que há.

Os pacientes devem, pois, continuar a exercer suas funções, até que venha a solução constitucional.”

O Tribunal, por maioria, com base em proposta de Eptácio Pessoa, resolveu declarar inexecúvel o acórdão no **habeas corpus** concedido, por já ter sido o conflito do Estado do Rio resolvido pelo Poder Executivo. Contra a indicação também ficou o Ministro Pedro Lessa.

Posteriormente, o Supremo voltou a examinar outro pedido de **habeas corpus**, sobre o mesmo assunto, e aí Pedro Lessa fez parte da opinião unânime pela concessão, mas ressalvando seu ponto de vista, com base em voto do Ministro Amaro Cavalcanti, de que a inexecutibilidade do acórdão era ilegal na forma, por não haver nenhuma disposição regimental ou legal que autorizasse a anulação do acórdão, por meio de simples indicação de alguns ministros. Assim, Pedro Lessa concedeu a ordem:

“A ordem de **habeas corpus** concedida aos pacientes na sessão do Tribunal de 4 de janeiro do corrente ano não foi anulada, nem perdeu a sua eficácia jurídica por qualquer ato do poder competente. Não podia nulificá-la o Poder Executivo Federal, incompetente para intervir no caso. O artigo 6º da Constituição Federal veda a intervenção, exceto nos quatro casos enumerados. No primeiro, isto é, para repelir a invasão estrangeira ou de outro Estado, é evidente que o Executivo pode e deve intervir, sem necessidade de ato algum do Legislativo. Fora absurdo aguardar uma lei que declarasse ilegal ou inconstitucional aquilo que manifestamente é contrário ao direito público, interno e internacional. Também no terceiro caso, e dada a perturbação da ordem pública e a requisição do Governo local, o que cumpre ao Executivo é imediatamente, como na primeira hipótese, agir no sentido de restabelecer a ordem. No quarto caso figurado no art. 6º, finalmente, ainda não se pode exigir, em geral, um ato legislativo: as leis e as sentenças federais declaram o que se deve fazer. Mas, no segundo caso, isto é, quando se faz necessário manter a forma republicana federativa, é ao Poder Legislativo que incumbe determinar o que se há de fazer. É indispensável uma lei, decreto ou resolução que declare se o ato do Estado é ou não inconstitucional e em que consiste a inconstitucionalidade. Permitir ao Executivo intervir em tais hipóteses fora expor o regime federal a freqüentes e funestos golpes. Isto que aqui se diz, e é doutrinado por bons escritores, também exprime a opinião do Congresso Nacional e do Poder Executivo, encarnado nos dois estadistas que ultimamente nos têm governado: o Presidente da República que deixou o poder a 15 de novembro de 1910 e o atual. Em relação a este caso do Estado do Rio de Janeiro, sempre se tem entendido que ao Legislativo competia prescrever o que convém pôr em prática. Ora, o Congresso Nacional, até o momento de se julgar este **habeas corpus**, nada há resolvido. O que temos neste assunto é o decreto publicado a 13 de janeiro do corrente ano, Decreto nº 8.499-A, datado de 3 do mesmo mês, em que o Presidente da República, sem resolver a questão, confiada ao Poder Legislativo, segundo confessa, resolve co-

nhecer como legítima, até que o Congresso Nacional se pronuncie definitivamente, a autoridade do cidadão que exerce atualmente as atribuições de Presidente do Estado do Rio de Janeiro.

Não anulada pelo Legislativo, nem pelo Executivo Federal, a ordem de **habeas corpus** também não o foi por este mesmo Tribunal. A indicação a que alude o acórdão nenhuma validade jurídica tem. É elementar em direito judiciário que as sentenças do Poder Judiciário só se reformam pelo mesmo Poder por meio de outras sentenças e não por indicações. Nula, pela forma que revestiu, em oposição ao que há de mais corrente em Direito Judiciário, a referida indicação ainda é nula, por assentar em falso fundamento, como nota o acórdão. No dia 11 de janeiro de 1911, não havia decreto algum ou qualquer ato oficial regular, que contivesse qualquer determinação acerca do modo de intervir no Estado do Rio de Janeiro. Um decreto ainda não publicado nenhuma validade tem, o que é corriqueiro.”

O Presidente do Estado de Mato Grosso, General Caetano de Faria, estava acusado da prática de irregularidades. O STF negou o primeiro **habeas corpus**, contra o voto de Pedro Lessa (*Revista do STF*, 45/13). No segundo pedido foi deferida a ordem (*Revista do STF*, 19/7). (9)

6. Em 1912, o Supremo volta à baila examinando o caso da Bahia.

Renunciando o Governador Araujo Pinho, assumiu o cargo o Dr. Aurélio Viana, Presidente da Câmara dos Deputados Estaduais, em virtude de não poder assumir o Cônego Manoel Galvão, Presidente do Senado Estadual. O Governador convoca Assembléia-Geral Extraordinária a reunir-se em Jequié. Alguns membros da Assembléia não acatam a decisão, e o Vice-Presidente do Senado Estadual, Barão de São Francisco, convoca a Assembléia para reunir-se em Salvador. Requerida a liminar pela Mesa da Câmara, foi a mesma concedida e livre o exercício das funções. Os dissidentes requerem **habeas corpus**, também concedido, para a reunião convocada pelo Barão de São Francisco. O Governador criou obstáculos ao cumprimento da decisão, o que levou o Juiz a solicitar providências militares. Assim, também não concordando o Governador, o General Sotero Menezes, comandante da Região Militar sediada em Salvador, mandou bombardear o reduto governamental. O Governador, refugiando-se no Consulado da Venezuela e depois no da França, renuncia.

Rui Barbosa, em 13 de janeiro de 1912, requereu ao Supremo **habeas corpus** em favor do Governador Aurélio Viana. Após várias providências, o Tribunal julga prejudicado o pedido, por maioria, porque o Presidente da República ordenou a reposição do Governador Aurélio Viana no cargo. Pedro Lessa deferiu o pedido:

“Votei, concedendo a ordem de **habeas corpus** impetrada, por estar bem provada, confessada e incontestada, e ser notória, a coação de que se queixam os pacientes. Em vez do silogismo, que é o molde de toda sentença proferida de acordo com o direito, assenta o acór-

(9) Raul Machado Horta — A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro, pág. 99.



dão neste burlesco raciocínio, ofensivo de rudimentos da lógica e de corriqueiras normas jurídicas: dá-se o **habeas corpus** sempre que o indivíduo sofrer, ou estiver ameaçado de um constrangimento ilegal; ora, no caso dos autos é incontestável a coação ilegal que têm sofrido os pacientes; mas, nega-se o **habeas corpus** porque, segundo se presume ou acredita, em virtude de determinadas providências, a coação há de cessar dentro em breve. Julgar assim é abolir, de fato, o **habeas corpus**."

Rui não se conformou com a decisão, e reiterou o **habeas corpus** para que seus constituintes não continuassem a ser perturbados no exercício de seus cargos. O Tribunal julgou prejudicado, com base na decisão anterior; porém, Pedro Lessa ficou vencido, porque "o fato de o Presidente da República confessar nas informações de fls. 96 que realmente o Dr. Aurélio Viana foi coagido a renunciar o seu cargo, é motivo legal para conceder, e não para negar a ordem, ou para julgar prejudicado o **habeas corpus**. A coação subsiste, e promessas de que mais tarde a farão cessar não são razões jurídicas para a denegação de uma ordem de **habeas corpus**."

7. Outra questão polêmica levada ao Pretório Excelso estava ligada ao cabimento da declaração de inconstitucionalidade do ato do Poder Executivo decretando o estado de sítio.

Vários jornalistas detidos na vigência do estado de sítio requereram, em abril de 1914, **habeas corpus** ao Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal negou a ordem, contra o seguinte voto de Pedro Lessa:

"Ao Supremo Tribunal Federal compete, por expressa e indiscutível disposição dos artigos 59, parágrafo 1º, e 60 da Constituição Federal, declarar inconstitucionais ou ilegais os atos do Poder Executivo, da União, ou dos Estados (além dos preceitos constitucionais citados, art. 13 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, e art. 6º da Lei nº 1.939, de 28 de agosto de 1908).

Essa atribuição do Supremo Tribunal Federal abrange todas as leis elaboradas pelo Poder Legislativo e todos os atos e decisões do Poder Executivo. Na Constituição, nenhuma exceção, nenhuma restrição se nos depara a esse princípio de direito público federal. Nunca se entendeu que esse princípio seja contrário à independência dos outros dois poderes. Estes podem fazer tudo, menos o Legislativo leis inconstitucionais, e o Executivo decretar medidas inconstitucionais, ou ilegais. Este é que é o nosso sistema, tal como foi engendrado na América do Norte e transplantado para o Brasil e outros países. Quando se trata de um decreto do Executivo, como é a presente hipótese, há algum motivo de ordem constitucional que obste a que o Supremo Tribunal Federal exerça essa função máxima? O fato de nesse decreto se declarar em estado de sítio uma parte do território nacional, ou todo este, impede que o Tribunal exerça a sua faculdade constitucional, que é também uma obrigação imposta pela lei fundamental, de julgar inconstitucional o ato do Executivo, e **garantir os direitos individuais ofendidos por**

**esse ato?** Absolutamente, não. Na Constituição nenhuma norma se lê, que restrinja a competência do Tribunal nesta espécie.

Da atribuição do Congresso de aprovar ou suspender o sítio declarado pelo Executivo (art. 34, nº 21, da Constituição), não se pode inferir ou deduzir que, nesta hipótese, seja vedado ao Tribunal declarar inconstitucional o ato do Executivo. **Mesmo depois de aprovado o sítio pelo Congresso, nada pode embarçar uma decisão em que o Tribunal garanta direitos individuais, lesados pelo ato do Executivo** aprovado pelo Legislativo. Como, pois, se há de abster o Tribunal de amparar **direitos individuais, feridos pelo decreto do sítio**, porque este ainda não foi examinado pelo Congresso? Se querem nos precedentes um aresto, temo-lo, e da Suprema Corte Norte-Americana. Eis como o define Willoughby, no segundo volume da sua notável obra *The Constitutional Law of the United States*, pág. 1.245: — **"Fire of the justices of the Supreme Court held that Congress was without the constitutional authority to suspend or authorise the suspension of the writ of habeas corpus and provide military commissions in States outside the sphere of active military operation and with their civil courts open and ready for the transaction of judicial business. The justices held that Congress had not in fact made legislative provision for the military tribunal in question, but asserted that it possessed the constitutional authority so to do, should it see fit."**

Durante a guerra civil, conhecida pela denominação de "guerra de secessão", luta tremenda que durou cinco anos, criaram-se tribunais militares e suspendeu-se o **habeas corpus** de acordo com uma lei do Congresso, que autorizava o Presidente da República a decretar as duas medidas excepcionais (**obra e páginas citadas**). O Presidente da União aplicou essas medidas extremas, não só aos Estados conflagrados como aos Estados pacíficos, vizinhos dos convulsionados. No Estado de Indiana, onde havia tranqüillidade, mas que era vizinho dos em que acesa estava a guerra, foi preso Miligan, que requereu um **habeas corpus**. Julgou a maioria da Suprema Corte Federal (**five of the justices**), que ao Congresso faltava competência para autorizar a suspensão do **habeas corpus** nos Estados em que nenhuma luta se dava, sendo-lhe permitido pela Constituição somente tomar essa providência excepcional para os Estados assolados pela guerra civil.

A minoria (**the remaining four justices**) pareceu que ao Congresso era lícito autorizar a suspensão de **habeas corpus** e a criação de comissões militares judiciárias, não só nos Estados em guerra, também nos outros, especialmente nos vizinhos, donde bem podiam contribuir para alimentar a luta, fornecendo combatentes e dinheiro, mas que na realidade não o tinham feito.

Sem embargo dessa divergência, foi concedida unanimemente a ordem impetrada, prevalecendo como motivo de decidir a opinião dos que julgavam falecer ao Congresso, diante da Constituição, poder para autorizar a suspensão do **habeas corpus** nos Estados em

paz, posto que vizinhos dos conflagrados. Ficou vitorioso o conceito (note-se bem) de que somente nos Estados em que se verifica a rebelião, ou a invasão estrangeira, é permitido ao Congresso suspender o **habeas corpus**. Ficou mais vencedor o princípio de que a Suprema Corte Federal tem competência para, como intérprete final da Constituição, declarar inconstitucional uma lei que suspende o **habeas corpus** e autoriza a criação de tribunais militares em momento de guerra civil, e para o fazer em um processo de **habeas corpus**, e para o fim de garantir direitos individuais.

Excluída a má-fé, que mais se pode exigir em matéria de precedentes, de arestos, de jurisprudência, para autorizar o voto por menos proferido? Dir-se-á, talvez, que, para se poder invocar uma jurisprudência, é mister que haja uma série de julgados. Em relação à espécie destes autos é impossível descobrir essa pluralidade e uniformidade de julgados, porque nos Estados Unidos, durante mais de um século, só uma vez o Congresso autorizou o Presidente da República a suspender o **habeas corpus** (**Thayer-Cases on Constitutional Law**, vol. 2<sup>o</sup>, págs. 2.377 e seguintes).

Eu não hei de descer a procurar arestos nas repúblicas da América Latina, onde se imitam as instituições norte-americanas. Basta lembrar que na mais adiantada delas, a Argentina, em menos de meio século mais de trinta vezes foi decretado o estado de sítio (Augustín de Vedia, **Constitución Argentina** — pág. III, ed. de 1907), cumprindo não esquecer que, uma vez, o sítio foi ali decretado só porque se deu um incêndio numa província, e o Congresso aprovou o ato (Barraquero, **Espíritu y Práctica de la Constitución Argentina**, pág. 369, *in fine*, edição de 1889)!

Está claro que as únicas decisões que nos devem guiar na exegese do direito público federal são as do povo, que criou esse direito, que o aplica, interpretando-lhe fielmente os preceitos, e que tem dado provas de que sabe respeitar a justiça e a liberdade dos indivíduos.

Objetar que há diferença entre a hipótese destes autos e o caso Milligan, porque nos Estados Unidos o Congresso autorizou o Presidente da União a suspender o **habeas corpus** e a criar comissões militares judicantes, ao passo que entre nós só se deu a decretação do estado de sítio, é o mesmo que, depois de bem provado que um indivíduo é maior e de bem, demonstrado que a lei lhe permite dispor de todos os seus bens como lhe aprouver, doando-os a quem muito bem quiser, não consentir em que esse mesmo indivíduo transija sobre parte de seus bens, porque não ficou demonstrado que ele pudesse transigir sobre parte de seus bens, estando apenas provado que lhe era facultado fazer doação de todos os seus bens. O que decidiu a Suprema Corte norte-americana foi muito mais do que o proposto no meu voto vencido. Em meio de uma horrenda guerra civil, que durou cinco anos, havendo uma lei que autorizava o Presidente a suspender o **habeas corpus** e a criar tribunais militares no território da União, a Suprema Corte Federal,

baseada na Constituição, revogou parcialmente, cassou, anulou em parte o ato do Executivo expedido por autorização do Legislativo. Limitou os decretos dos dois poderes, só permitindo que produzissem efeito nos Estados em guerra. A Suprema Corte Federal mutilou esses atos essencialmente políticos dos outros dois poderes, fazendo respeitar a liberdade individual, ofendida por esses atos. E assim procedeu em observância da Constituição, cujo intérprete final é incontestadamente. Importa muito notar que absolutamente não consta que durante toda a guerra civil a Suprema Corte Federal só uma vez tenha proferido decisão em que se encerrasse doutrina contrária à por ela adotada no caso Milligan, decisão em que se desamparasse a liberdade individual, ferida por atos inconstitucionais do Poder Executivo, pela convicção de que é preciso em tão graves momentos cercar de prestígio esse poder.

“Nem se objete que entre nós o estado de sítio, decretado pelo Presidente da República, é aprovado, ou suspenso pelo Congresso, ao passo que nos Estados Unidos a Constituição não criou este juiz privativo — o Congresso — para apreciar o sítio decretado pelo Executivo e aprová-lo ou não, com exclusão de qualquer outro poder.

Fora um sofisma pueril, que em nada aproveitaria aos turibulários dos abusos do Poder Executivo. Nos Estados Unidos não há juiz privativo para aprovar ou suspender a suspensão de **habeas corpus**, decretada pelo Executivo, pela simples razão de que lá a suspensão de **habeas corpus** só pode ser determinada pelo Executivo, depois de autorizado este pelo Congresso (Constituição Americana, artigo 1º, seção 9, alínea 2, interpretada pela mesma divisão no caso Milligan, Willoughby, obra e lugar citados. Thayer, obra e lugar citados). Foi essa suspensão de **habeas corpus** autorizada pelo Congresso e decretada pelo Executivo que a Suprema Corte Federal anulou em seus efeitos relativos à liberdade individual, quando aplicada aos Estados pacíficos, posto que vizinhos dos conflagrados. Se a Suprema Corte, em momento da mais grave comoção intestina que se pode imaginar, diante do estado de sítio, decretado pelos dois poderes, nulificou a medida nos Estados não conflagrados, por lhe parecer que só onde havia luta permitia a Constituição o uso desse remédio extremo, e nós, em meio da mais completa tranqüilidade, quando nenhum sinal se observa da mais leve comoção intestina (e não se conhece grave comoção social **oculta ou recolhida**); quando afirmar que nesta Capital, ou na pacífica Niterói e na pacatíssima Petrópolis, se verifica uma grave comoção intestina, é tão grotesco e absurdo, como pretender incutir no espírito de alguém a idéia de que está ameaçado de morte por uma grave enfermidade um indivíduo que, são e lépido, alimentado perfeitamente bem, vemos a cada passo entregue às suas ocupações e divertimentos habituais; nós havemos de, em tais condições, negar a proteção legal à liberdade individual, pelo fato de termos diante dos olhos um decreto de sítio do Poder Executivo

muito mais claramente inconstitucional do que o assim declarado pela Suprema Corte Federal norte-americana? Já se observou que o julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso Milligan, em vez de ser adotado como um modelo, deve ser antes repellido, pelas perigosas conseqüências que pode produzir. Só o Executivo, pela sua especial posição, está em condições de bem conhecer os segredos de um dado momento político, só ele pode estar de tal modo informado de certos fatos de natureza criminosa, ou de ordem internacional, que sempre lhe seja dado decretar o sítio oportuna e eficazmente no instante precisamente conveniente. Muitas vezes o Poder Judiciário não possui, nem deve possuir, os indispensáveis esclarecimentos para saber qual o momento exatamente apropriado para a aplicação de tão heróico remédio. Tolerar que o Poder Judiciário garanta a liberdade individual num estado de sítio inconstitucionalmente decretado (e a isto se reduz toda a ação do Poder Judiciário no caso figurado) é tolher a atividade própria do Governo, ou, como já se disse, instituir a ditadura judiciária.

Essa observação releva simultaneamente duas grandes verdades: o abismo que nos separa da grande república norte-americana em matéria de idéias e costumes políticos e a aplicação das instituições por nós apenas macaqueadas e a grande miséria moral deste ambiente, incompatível com tão aperfeiçoado e nobre aparelho constitucional. Nos Estados Unidos, uma só vez foi autorizado o sítio pelo Congresso num longo período de muito mais de um século. Lá, apesar de ser tremenda a conjuntura, não consta que o Executivo tenha sido fértil em abusos.

Há o caso Milligan, o caso Merryman, o caso Kemp, e talvez alguns outros, mas nunca tantos e tão graves, como em situações muito menos sérias, se têm produzido nas repúblicas da América Latina. Pois, sem embargo de tudo isso, os constitucionalistas e jurisconsultos norte-americanos, ao noticiarem em seus livros o célebre caso Milligan, nunca se lembraram de censurar a decisão da Suprema Corte, ou de fazer reflexões sobre os inconvenientes e perigos de uma jurisprudência baseada na memorável sentença. Aqui, onde o grande perigo, já várias vezes verificado, reside exatamente nos abusos do Poder Executivo, e a grande necessidade, sentida por todos os espíritos liberais, é que não nos limitemos mais a uma burlesca imitação das instituições norte-americanas, mas, pelo contrário, façamos todos os esforços por penetrar o espírito daquela soberba criação política, neste ponto invejada pela própria Europa, e respeitemos a Suprema Corte Federal, com as atribuições que a Constituição e a prática do sistema lhe conferiram; aqui chegam a vislumbrar sinais de ditadura judicial (ditadura sem tesouro e sem força material), na opinião dos que almejam que se faça muito menos do que fez o augusto tribunal norte-americano! No país onde mais necessário se fez o exercício do poder moderador da Corte Suprema é que esta mais deve ceder e abdicar suas atribuições em favor dos abusos do Poder Executivo!... Onde

mais indispensável é o remédio, mais se deve respeitar a propinação do veneno! Em tudo isso só há um perigo imaginário, e é o de o Poder Judiciário embaraçar o Executivo, nos momentos em que este precise seriamente suspender as garantias constitucionais, por estarmos ameaçados de uma guerra internacional, ou de uma grave comoção intestina. **Este perigo nunca se realizou.** Não consta, absolutamente, que nos países sujeitos ao direito público federal se tenha alguma vez prejudicado a defesa da sociedade, das instituições, ou da ordem pública, pelo fato de haver a Suprema Corte amparado com seus arestos a liberdade individual. O que sabemos perfeitamente, por experiência própria e pelo que das repúblicas da América Latina referem os seus escritos, é que os abusos perpetrados pelo Executivo à sombra do sítio são grandes e muitos.

Por falta de argumentos jurídicos contra a doutrina concretizada no caso Milligan, já se disse que, se vingasse tal jurisprudência, freqüentes seriam os conflitos entre o Judiciário e o Executivo. Tal raciocínio assenta exclusivamente no fato de se não conhecer o direito público federal. Não pode haver conflito entre o Executivo e a Suprema Corte Federal, em face da Constituição, porque a Suprema Corte é a intérprete final da mesma Constituição, e aos outros dois poderes cumpre acatar as sentenças dessa Corte, sempre que ela declara inconstitucional uma lei, ou um ato do Executivo. Essa superioridade da Suprema Corte decorre fatalmente da sua missão de intérprete final da Constituição: "If an act is hold void because it is contrary to the constitution, and not because the court any central over the legislative. The will of the people, as expressed in its fundamental law, is considered its most direct and authoritative than their representatives in congressional conceit." (Willoughby, **The Supreme Court of the United States**, pág. 37.) Uma lei ou decisão do Executivo é inválida porquanto fere a Constituição, interpretada pela Suprema Corte Federal, e não porque esta exerça uma superintendência sobre os outros dois poderes. Mas, devendo prevalecer sempre os arestos da Suprema Corte na interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais e das leis ordinárias, e podendo esse Tribunal tornar ineficaz os atos dos outros dois poderes, o que temos em última análise é a superioridade da Corte Suprema no funcionamento das instituições. Digam embora que a preponderância é da Constituição, ou da vontade do povo manifestada diretamente pela lei fundamental; o que é certo é que no direito público federal à Suprema Corte compete dizer a última palavra sobre os atos dos outros dois poderes. Sendo manifesta e indubitavelmente inconstitucional o estado de sítio decretado pelo Presidente da República, o qual, para os fatos a que alude em seus decretos, dispõe dos meios comuns de repressão (J. Barbalho, **Comentários**, págs. 119, *in fine*, e 120), votei concedendo a ordem impetrada. É este o momento oportuno para amparar a liberdade individual dos pacientes, ofendida pelo ato inconstitucional."

Em outro **habeas corpus** (25-4-1914), o Supremo eximia-se do exame da constitucionalidade do sítio. Pedro Lessa, relator deste pedido, deferiu-o porque não havia razão para decretar-se o estado de sítio, e portanto, as questões não eram políticas e sim meramente jurídicas. Como acentuara no precedente **habeas corpus**, o Supremo Tribunal é um tribunal político, porque tem a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de lei. O Supremo pode ocupar-se de questões políticas, desde que pertinentes à matéria política subordinada a disposições constitucionais ou leis. Em réplica ao Ministro Amaro Cavalcanti, Lessa sustentava que a garantia à liberdade individual é o primeiro de todos os direitos, depois do direito de viver. Eis a conclusão do voto de Pedro Lessa, concedendo a ordem:

“Dir-se-á, provavelmente, mais uma vez, que o Tribunal não tem competência para declarar sem fundamento um ato da atribuição do Poder Executivo. A isso se responderá que, quando se trata de aplicar as leis, a primeira tarefa do juiz é bem apurar o fato a que tem de aplicar as leis. Se o Governo da União decretasse o estado de sítio, declarando que o fazia por se estar em guerra com uma nação estrangeira, prestar-se-ia o Tribunal à comédia criminosa de respeitar os atos em tais condições, quando todos soubessem que nada absolutamente havia? Quando estivessem em relações quotidianas com o ministro diplomático da nação com a qual se fingisse a guerra, quando vissem a cada passo na Avenida Rio Branco os oficiais de terra e mar, em palestras descuidosas sobre assuntos inteiramente estranhos à fantasiada guerra e na baía todos os vasos de guerra em repouso — havia o Tribunal de declarar em suas sentenças que não podia conceder o **habeas corpus**, por estar o país em guerra com tal nação? Que magistrado se prestaria a esse papel, só próprio dos mandarins chineses — perdão, os mandarins chineses de outros tempos, que a China de hoje não comporta mais cenas dessa ordem? Ou aplica-se a Constituição tal foi ideada, e tem sido praticada pelo povo que engendrou essa combinação política, o que é aplicá-la de acordo com as prementes necessidades do País, ou se há de ir caindo de erro em erro, de crime em crime, de miséria em miséria política, até se eliminar um regime que, bem praticado, pode levar um país à grandeza dos norte-americanos, mas mutilado, desrespeitado, sofismado pelo caudilismo americano, e pelas mesquinhas ambições e profunda ignorância dos politíqueiros, é uma praga insuportável.”

Pedro Lessa era infenso à declaração de inconstitucionalidade sem detidas considerações. Assim, o STF julgou da competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito processual da Justiça Federal. Disposição estadual de São Paulo facultava aos advogados que não contrataram previamente os seus honorários a cobrança judicial dos mesmos por ação ordinária. Pedro Lessa não admitiu se argüísse de inconstitucional um decreto estadual, em que se continham disposições de mero direito formal (RF 11/219).

8. Algumas decisões negando **habeas corpus**, e que invariavelmente obtinham o voto favorável de Pedro Lessa, davam margem a críticas na Im-

prensa. Por exemplo, o caso dos grevistas de São Paulo refugiados no navio "Curvelo", que requereram **habeas corpus** ao STF. Esse pedido foi indeferido, contra o voto de Lessa.

Lima Barreto, grande escritor e jornalista, em "O Debate" de 13-10-1917, invectivava contra o Governo e o Supremo, acusando-os de obscurecer **um dos artigos mais** claros da Constituição, com farisaicas sutilezas de doutores. (10)

9. Também a publicação dos debates parlamentares durante o estado de sítio foi objeto de **habeas corpus** impetrado por Rui Barbosa em 1914. Neste caso a ordem foi concedida, garantindo-se o exercício da profissão jornalística. O fato originou-se do discurso do Senador Rui Barbosa de protesto contra o ato do Governo que prorrogara o estado de sítio. Esse discurso pronunciado no Senado teve a sua reprodução no jornal **O Imparcial**, sendo obstado pelo Chefe de Polícia.

Em outro **habeas corpus** impetrado por Rui Barbosa para vários jornalistas, compositores, impressores e vendedores de vários jornais que visavam à liberdade de imprensa durante o estado de sítio, o Supremo negou o pedido, contra os votos dos Ministros Sebastião de Lacerda e Pedro Lessa. Este, como Relator, assim se pronunciou favoravelmente:

"Os pacientes estão ameaçados de prisão, sem terem cometido crime algum, sem haverem praticado um só ato ilegal, e estão ameaçados de prisão em consequência de um ato caprichoso, arbitrário, criminoso, do Presidente da República, o qual decretou o estado de sítio, violando um claro preceito da Constituição, e unicamente para a satisfação de ódios e vingança pessoais."

10. Nova dualidade de governos surgiu no Estado do Rio em 1914. Prestes a expirar o mandato do Presidente do Estado, Dr. Oliveira Botelho, cujo mandato fora já controvertido, procedeu-se à eleição a ser apurada pela Assembléia Legislativa, que se dividiu em duas facções. A primeira proclamou Presidente do Estado o Dr. Nilo Peçanha, para o período 1915 a 1918. O outro grupo proclamou eleito o Dr. Feliciano Sodré Júnior.

Impetrado **habeas corpus** preventivo em favor de Nilo Peçanha, que não via condições de assumir o poder, pela hostilidade do então Presidente, o pedido foi deferido, por maioria, votando contra a concessão o Relator Pedro Lessa, porque:

"O Supremo Tribunal, porém, não tinha competência para resolver questões relativas à presidência de uma assembléia legislativa, federal ou estadual; decidiria a mais política de todas as questões, pois, intervindo na formação da mesa de uma assembléia legislativa, teria em suas mãos a organização do Poder Legislativo, que é um dos principais fatores da política, um dos mais fecundos geradores de atos políticos, assim como intervir no reconhecimento do Poder Executivo é concorrer para a gênese de outro poder, igualmente produtor de transformações políticas do poder que dirige permanentemente a vida política do Estado."

(10) Nelson Werneck Sodré — A História da Imprensa no Brasil, pág. 364.



11. No deslinde das questões dos limites interestaduais, que se acumularam, a opinião de Pedro Lessa se fez ouvir: Amazonas e Mato Grosso; Santa Catarina e Paraná; Rio Grande do Norte e Ceará.

Em 1908, o STF julgou improcedente a demanda do Estado do Ceará — proposta contra o Estado do Rio Grande do Norte. Assim procedeu o Tribunal porque militava a favor do Rio Grande do Norte o direito de posse imemorial sobre o território questionado pelo Ceará (Região do Mossoró ou Potengi).

Pedro Lessa votou vencido, dizendo:

“Há nestes autos, e em relação aos limites comprometidos, um ato com força de lei, que os dois Estados contendentes aceitam sem discussão: é a Carta Régia de 17 de dezembro de 1793. Quanto a essa Carta Régia, o único ponto questionado não diz respeito à autenticidade nem à validade do documento, mas ao seu cumprimento, à sua execução.”

Mandava proceder à demarcação.

Rui, ao impugnar os embargos opostos pelo Ceará, apela ao honrado autor do voto vencido a apoiar o Rio Grande do Norte. (A.C.O. nº 6 — 1908 — **Obras Completas de Rui**; vol. XXX I, T.V — V — pág. 111.)

No caso de limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte, Rui foi advogado do Rio Grande do Norte.

Mas a decisão foi assinada por sete ministros, além do presidente, o que motivou embargos.

Já em 1915, Pedro Lessa foi sorteado relator, dando pela nulidade do acórdão, em virtude de defeito material no julgamento, mas julgando improcedente a ação, portanto mantendo o decisório anterior. (Rui — pág. 175; **RSTF** — v/502.)

Na questão entre Paraná e Santa Catarina, também os debates foram acesos, com críticas. <sup>(11)</sup>

12. Pedro Lessa, na seara do Direito Internacional, sustentou que o delito praticado em alto-mar deve ser julgado pelo país ao qual pertence o navio. A justiça originária continua a ser competente para julgar o paciente, ainda que o navio tenha entrado em porto brasileiro. Atendeu-se à assistência judiciária internacional (**RSTF** nº 1 — 1ª parte, 1914, pág. 77).

Abriu o caudal da jurisprudência em matéria de homologação de sentença estrangeira de divórcio de brasileiro, somente para fins patrimoniais.

A homologação de sentença estrangeira de jurisdição graciosa era muito discutida. Com a jurisprudência do STF sujeitando à homologação todas as sentenças estrangeiras superou-se, aliás contra o voto de Pedro Lessa (**RSTF** nº 9/48).

13. Em 1909, insurgiu-se contra o contencioso administrativo. <sup>(12)</sup>

14. A despeito da opinião de Oliveira Viana do marginalismo jurídico de Pedro Lessa e de ter o grande jurista concepção municipalista distante da realidade brasileira (**Instituições Políticas Brasileiras**, 2ª ed., 2º vol.,

(11) Roberto Rosas — Dos Processos da Competência do Supremo Tribunal, pág. 77; Ermelino de Leão — Paraná e Santa Catarina — O voto do Ministro Pedro Lessa — Curitiba, 1910; Manoel Coelho Rodrigues — Questão de Limites Pró-Paraná — Refutação do voto Pedro Lessa — Curitiba, 1911.

(12) Mário Masagão — Curso de Direito Administrativo, pág. 325.

pág. 27), Pedro Lessa sempre propugnou pela autonomia municipal. A Constituição de 1891 não conseguiu dar o alcance verdadeiro iniciado com a Carta de 1824, e na Lei de 1828, reguladora dos municípios. (13)

A construção jurisprudencial do Supremo, principalmente através de Pedro Lessa, plantou as raízes do atual municipalismo, essencialmente na Constituição de 1946. (RSTF — 1/104, 255; 2/100, 406; 5/361; 9/197; 10/67; 13/173; 32/220, 34/62.)

15. Afora a vasta contribuição de Pedro Lessa na interpretação do Direito, é conveniente apontarmos sua orientação pelo método tradicional, adepto das teorias da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, de Savigny. Por isso, não ficava indiferente, como o juiz autômato, aferrado à interpretação literal. Atender-se mais aos objetivos e propósitos da lei, construindo nova ordem jurídica baseada em certos princípios de liberdade e igualdade.

Em conferência sobre "A Idéia de Justiça", Pedro Lessa criticou os métodos modernos de interpretação, transformando o juiz em legislador (RSTF, 1917 pág. 104), e em voto afirmou a escravidão ao interpretar sempre atingindo o fim social, a finalidade social da lei, como hoje prevê o Código de Processo Civil, ao indicar ao juiz o *desideratum* da lei através da interpretação. (14)

Essa idéia de Lessa vem corroborar a opinião de José Antonio Nogueira de que o grande juiz foi além da escola exegética e seu método, baseando as necessidades e os fins sociais da lei. (15)

16. A personalidade do magistrado reflete-se invariavelmente na substância dos seus votos e sentenças. Mas, destaca-se a opinião do juiz no externar suas convicções, por vezes, afirmando posições, vencido. Assim, o voto vencido nos tribunais tem demonstrado pelos tempos afora a sua importância, porque, dissentindo do quotidiano, lança novas posições, abre clareiras na floresta imensa da lógica, permitindo novos esclarecimentos, construindo pontos de partida de novos conceitos e situações. Esses votos vencidos são inúmeras vezes prenúncios de novas orientações legislativas. (16) Esta importância dada aos votos vencidos foi acentuada na Corte Suprema Americana na fase do "Governo dos Juizes" (1895-1937) — diante das posições excepcionais de Holmes, Brandeis e Cardoso; os famosos "dissents". (17)

Em nossa Corte Suprema, os votos vencidos, por vezes, foram precursores de futura jurisprudência. Destacam-se entre os maiores contribuintes à formação da jurisprudência nacional e precursores de reformas legislativas três dos maiores magistrados que ocuparam curul no S.T.F.: Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo e Orosimbo Nonato.

Pedro Lessa trouxe a sua parcela como jurista e professor, através da sua combatividade, arrostando as velhas teorias e práticas. Assim foi na interpretação extensiva do conceito de *habeas corpus* como inserido na

(13) Raul Machado Horta — A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional, pág. 15.

(14) Alípio Silveira — Hermenêutica do Direito Brasileiro, I, pág. 407, e "Os métodos de interpretação de lei em nosso Supremo Tribunal" — RF 189/26.

(15) José Antonio Nogueira — Aspectos de um ideal jurídico, pág. 36.

(16) René David — Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé, pág. 242.

(17) Roberto Rosas — Do dirigismo jurisprudencial — Brasília, 1967; Tunc — El Derecho en los E.U.; Roger Pinto — Des juges que ne gouvernent pas.

Constituição de 1891. Pedro Lessa pretendeu ir além da garantia do direito de liberdade de ir e vir, assegurando a liberdade de locomoção como pressuposto o exercício do direito ilegalmente cerceado ou ameaçado. Assim votou no caso da Mesa da Assembléia do Estado do Rio (**Habeas Corpus** nº 3.554 — RSTF, vol. II, parte 1ª, pág. 56) e no caso do Conselho Municipal do Distrito Federal.

Lessa pretendia que o direito fosse líquido e certo para proteger a liberdade individual no sentido da liberdade de locomoção, também para a defesa de direito ao exercício e determinada atividade. Lançava-se aí a semente e um dos mais utilizados remédios jurídicos para a garantia do direito líquido e certo, o mandado de segurança, que encontra suas raízes nos votos vencidos, nas opiniões isoladas de Pedro Lessa.

Outra figura primacial é a de Filadelfo Azevedo, que levou à Egrégia Corte as manifestações jurídicas plenas de originalidade e coragem, invectivando contra as tendências conservadoras do Tribunal. Filadelfo Azevedo destacou sua atuação no Excelso Pretório numa seara das mais importantes do arcabouço jurídico, fonte disciplinadora das atividades privadas e hoje também públicas: a responsabilidade civil do Estado.

Pelo art. 15 do Código Civil, a responsabilidade civil do Estado estava condicionada à prova de culpa dos funcionários no exercício de atividade representativa do Estado, após larga conceituação de irresponsabilidade estatal por ato de seus funcionários.

Na Apelação Cível nº 7.246, Filadelfo Azevedo assenta em voto vencido as premissas da evolução que se seguisse neste assunto. Apresentar um estudo histórico do problema, desde o bombardeio da Bahia (1912), da revolta do Forte Copacabana (1922), revolta de São Paulo (1924), etc., para fundar seu ponto de vista da responsabilidade civil do Estado com fundamento na teoria do risco. Suas idéias frutificaram na Constituição de 1946, art. 194, e na atual, art. 105.

Outra posição notável foi a de Orosimbo Nonato, que apontou à doutrina e à vida jurídica brasileira todo seu inesgotável saber, através do seu inconformismo intelectual, expresso nos seus notáveis votos vencidos, principalmente em sua fase inicial no STF, com extraordinária contribuição.

Destarte, Orosimbo Nonato deu à responsabilidade civil do preponente por ato do preposto as dimensões modernas e científicas. Entre outros votos memoráveis plantou as raízes esclarecidas de nova doutrina e nova posição jurídica que veio a consubstanciar-se na Súmula nº 341.

17. A personalidade de Pedro Lessa deixou marcas indeléveis na trajetória de sua brilhante carreira de magistrado.

Declarou José Maria Belo que Pedro Lessa era o mais lhano, o mais afável dos homens importantes com os quais conviveu.

Castro Nunes, o insigne jurista e magistrado, dá outra moldura ao quadro da vida de Pedro Lessa:

“Pedro Lessa não tinha vocação para juiz. Seu temperamento era de advogado e político, duas atividades para as quais o predispunham a combatividade, a ação, o espírito realizador. Teria sido um grande homem de governo, se neste País a política recrutasse para o serviço do Estado as altas capacidades e, o que é mais, se fosse

possível agüentar-se no poder um homem da sua têmpera, com aquele feitio que não seria o mais adequado às artimanhas da política." (18)

Como as grandes figuras suscitam divergências de opiniões, invocamos o depoimento de Medeiros e Albuquerque:

"Pedro Lessa foi o homem cuja morte mais falta fez ao Brasil. Eu o conheci de um modo tão honroso para mim que não o posso contar sem vaidade.

Lessa tinha publicado um volume no qual havia um artigo sobre o ensino da religião nas escolas públicas. Longamente ele provava como isso ocorria nos Estados Unidos. Citava numerosos Estados de lá que subvencionavam cultos religiosos e instituíam o ensino da religião. Eu escrevi então para **O Estado de S. Paulo**, onde ele colaborava, um artigo mostrando como o caso dos Estados Unidos diferia do nosso. Lá, a Constituição Federal não diz nem uma palavra sobre religião. Foi posteriormente, por meio de uma emenda, que se proibiu ao Congresso Federal (só Federal) legislar sobre religião. Os Estados sempre tiveram o direito de fazer isso. De fato, os Estados Unidos foram ao princípio 13 colônias sectárias, cada uma com o seu culto religioso bem caracterizado. O que elas não queriam era que o Congresso Federal (só o Federal) desse a predominância a uma ou outra.

Mas, entre nós, o caso é diverso, porque a Constituição Federal, em vários pontos, formalmente proíbe a União e os Estados de gastarem seja o que for com a religião.

Lessa, vindo ao Rio de Janeiro, aproveitou para fazer o meu conhecimento e declarou-me que o meu artigo o tinha convencido." (19)

Pedro Lessa, na vibração cívica dos seus pronunciamentos, na vivacidade de suas interpelações, na profundidade dos seus votos, que no dizer de Assis Chateaubriand eram páginas de jornal diário, quentes de calor, de entusiasmo, cheias de vibração, que podiam sair perfeitamente na manhã seguinte como editorial de qualquer gazeta de combate do Rio de Janeiro, deu ao mundo jurídico o marco inicial da importância e do sobrelevo do Poder Judiciário brasileiro. (20)

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, na passagem do cinquentenário de falecimento de seu antigo Ministro, recordou a vida desse grande brasileiro nas belas orações do Presidente Aliomar Baleeiro, do Ministro Luiz Gallotti, do Procurador-Geral da República, Prof. Xavier de Albuquerque, e do Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, Prof. José Pereira Lira (D.J. 30-6-71).

A propósito de Pedro Lessa, homem apaixonado, disse o Ministro Luiz Gallotti:

"Sua paixão era, sobretudo, a paixão pelo Direito, pela Justiça e pela Liberdade." (21)

(18) Castro Nunes — Alguns homens do meu tempo, pág. 99.

(19) Medeiros e Albuquerque — Quando eu era Vivo, pág. 241.

(20) Rubem Nogueira — "Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil" — Revista de Informação Legislativa — 17/11; Aliomar Baleeiro — O Supremo Tribunal, esse outro desconhecido, pág. 58; Leda Boechat Rodrigues — História do Supremo Tribunal Federal, pág. 107, 2.º Volume; Oscar Tenório — R.F. 184/377; Otto Gil — Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1959; Miguel Reale — "Pedro Lessa e a Filosofia Positiva em São Paulo", Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1929. Vol. LIV.

(21) Luiz Gallotti — Discurso na sessão em homenagem ao 50.º aniversário de morte de Pedro Lessa — D.J. 30/6/71.

A importância crescente e o desenvolvimento — acentuado nos últimos anos — dos meios de comunicação de massa, a par de sua utilização e controle por particulares e pelo Estado, tem provocado transformações substanciais nos conceitos de liberdade de imprensa, sobretudo em referência aos direitos de *informação* e *formação* da opinião pública.

A doutrina liberal clássica da liberdade de imprensa e do direito individual de influir na formação da opinião pública foi construída (Declaração de Virgínia e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) a partir das reivindicações da burguesia emergente. Esse direito à liberdade de imprensa, longe de haver decaído em consequência do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa (os auxiliares audiovisuais), aparece fortalecido ante a ameaça crescente dos Estados e dos cartéis, seja mediante os *holdings* e o açambarcamento do

mercado, seja por intermédio da censura e do controle estatal dos canais de rádio e televisão. O que tem passado despercebido a muitos cientistas, políticos e juristas é que esse direito já não atende, no seu presente enunciado, às atuais necessidades de liberdade.

A revolução dos meios de comunicação de massa, a um tempo, aumentou as possibilidades de intervenção do Estado e criou meios extraordinários de informação. Ao direito à formação da opinião pública, reivindicação liberal clássica, sobrepõe-se, já agora, o direito da opinião pública de informar-se. A esse direito à informação corresponde, na área estatal, a obrigação de informar <sup>(1)</sup>.

O problema se nos afigura digno de exame por dois prismas: a) informação; e b) formação da opinião pública.

A ação dos meios de comunicação, por seu turno, pode ser desencadeada, ora pelo Estado, ora por particulares, utilizando-se ou não de consórcios e redes. Do ponto de vista da *opinião pública* pura e simples, se isso é possível, faz-se mister assinalar dois momentos absolutamente distintos: a) a ação do Estado na moldagem da opinião pública; e b) a ação da opinião pública sobre o procedimento do Estado. Uma discussão relevante, na sociedade contemporânea, pode-se suscitar com respeito ao papel da opinião pública, a saber, em que medida ela é um instrumento dos que dominam a comunicação de massa — e portanto as nascentes de opinião — e em que medida ela influi nos controladores dos meios e dos instrumentos formadores de opinião, isto é, o Estado e as redes comerciais.

Voyenne <sup>(2)</sup> pondera a necessidade de emitir um conceito de opinião pública recuando até Sófocles. Afirma, em primeiro lugar, que toda opinião se refere, deliberadamente ou não, às *leis não escritas* e eternas que Antígona opunha à vontade momentânea do tirano: *Caminhando para a morte em defesa de um valor moral, conquistava o direito de viver numa certeza luminosa, absoluta*. Estamos diante de um exemplo de opinião individual, sem poder de coerção social, ainda que, por força de sua potencialidade subjetiva (admitindo-se a possibilidade de resistência individual), tenha condições de opor-se às tiranias, sejam elas a opressão política, sejam simplesmente a imposição de valores sociais formados por preconceitos ou dirigidos por objetivos políticos predeterminados. A partir dessas idéias, qual seria o conceito de opinião pública? Podemos dizer, numa primeira aproximação, que *opinião pública* é a opinião *geral*, esta constituída da soma das opiniões individuais de cada cidadão; freqüentemente, a opinião preponderante é a opinião do maior número de pessoas e, convergindo para um mesmo ponto as opiniões que a constituem, temos a *opinião pública*, ou seja, a soma das opiniões individuais reveladas sobre um mesmo assunto.

Cumpre-nos, pois, analisar a formação da opinião individual paralelamente à formação da opinião pública dela resultante. Parece-nos discutível identificá-las como processos autônomos. É igualmente difícil entender a opinião pública como somatório das opiniões individuais,

sem considerar estas — numa clara ação-reação — como reflexo daquela, a qual, por sua vez, passa a influenciar o procedimento, os conceitos e as opiniões dos indivíduos, ainda que venha a sofrer influência do processo que ela mesma desencadeou.

Estabelecido, porém, o conceito, cumpre assinalar que a opinião pública não é necessariamente a opinião de todos, mas a do grupo majoritário; pressupõe, sem dúvida, coexistência com a opinião de grupos minoritários e, da mesma forma, resistência das minorias à opinião pública dominante, e a insubordinação do indivíduo, quando é insolúvel o conflito entre a opinião pessoal e a majoritária.

A opinião pública, assim configurada, apresenta-se como apanágio do desenvolvimento mesmo de nossa civilização; é elemento do Estado moderno, indispensável, como seus demais elementos constitutivos. A opinião, todavia, retomemos Vovenne<sup>(3)</sup>, pode ainda ser analisada de três ângulos diversos: a) na acepção mais freqüente, como crença sem fundamento (preconceito), superstições, assertivas formuladas sem certeza ou convicção; b) designando julgamentos — sejam estéticos, morais, etc. — que formulamos a propósito de fatos valorativos que nenhum empirismo poderia demonstrar, isto é, a opinião significando um conjunto de juízos de valor que se aninham em nossa personalidade, e de crenças essenciais dela derivadas; e c) na terceira acepção, que indica a tomada de consciência de sua existência: todas as explicações, demonstrações, exposições, visando a esclarecer a decisão alheia, são não apenas recomendáveis, como absolutamente necessárias, desde que toda manipulação oculta esteja ausente, isto é, que os argumentos utilizados sejam autênticos e verdadeiros.

A vida cívica e, de uma maneira geral, nossas ações cotidianas estão plenas de circunstâncias nas quais nossa escolha implica opção pela autoridade. Esse proceder, sendo correto, sugere argumentos de tal ordem racionais que nos obrigam a aceitar opiniões alheias. E, na medida em que somos influenciados, estamos sendo vítimas de dominação.

E aqui alcançamos o cerne do problema — a legitimidade de toda influência no processo elaborativo da opinião (pública ou individual), ou seja, há algum direito moral que nos consinta exercer influência sobre outrem? Ou, ainda, em que medida esse influxo será uma violência, pelo menos intelectual e psíquica? Por influência, não se entendam apenas as tentativas de condução da opinião, por intermédio da imprensa, de forma direta, ou seja, o jornalismo de opinião. Essa influência é decisiva e menos moral na medida em que restringe a defesa do ouvinte-objeto, quando se faz pelos processos de emissão subliminar, orientando muitas vezes o consumo para interesses que não os da população; levando-a, por exemplo, a consumir alimentos de qualidade inferior e a adquirir hábitos como o do fumo e o da bebida; sugerindo novos costumes, em geral os dos países desenvolvidos, contidos nos *video tapes* importados, e assim por diante; emitindo propaganda dissimulada dos Estados totalitários, escamoteada por meio dos mais diversos artificios, de forma a confundir governantes, Estado e sociedade.

Para Voyenne, essa influência é um ato de guerra social: criar uma opinião para abafar as opiniões alheias, servir-se das posições políticas para impor suas próprias opiniões, tentar influenciar, não por força do conteúdo dos próprios argumentos, mas por meio da violência da afirmação, constituem atos de *guerra social*, tão graves quanto os da guerra convencional. Conclui: *a dominação do homem pelo homem não é alcançada apenas pela coação das armas, mas também pelo exercício do poder econômico e pela coerção política.*

Os meios audiovisuais podem constituir-se, hoje, no instrumento mais poderoso dessa dominação; sua manipulação tem meios de criar e de destruir mitos, criar e destruir valores, moldar a sociedade ao talante de seus condutores e, até, objetivando anseios totalitários, transformar-se em máquina diabólica de lavagem cerebral de massa.

Esqueçamos o jornal, o livro e o rádio; imaginemos a televisão comum via satélite, a televisão CATV (\*), os *video* e os *minivideo-cassettes* a serviço de grupos num processo de deformação da opinião, pela influência direta ou dissimulada.

Entendemos que qualquer resposta a essas questões deve partir de análise à sociedade atual, marcada pela dupla tendência à massificação e ao consumismo.

Que se procura configurar com esses termos? Tanto a massificação quanto o consumismo sugerem não apenas o esmagamento da vontade individual (o personalismo), como, também, e isto se nos afigura igualmente grave, a manipulação da vontade geral em direção a objetivos prefixados pelos controladores dos meios e instrumentos de comunicação. Essa intervenção na sociedade contemporânea, sobre ser corrente, é das características, possivelmente a mais marcante, de nossa civilização.

A liberdade individual, no seu conceito clássico, já expirou. O Estado moderno — onde o aproveitamento da tecnologia como instrumento de massificação é apenas uma agravante — eliminou o individualismo do passado, convertendo o homem numa propriedade comum, inteiramente devassada: no seu teto não há senão telhas de vidro. Desde a escola começa ele a perder sua individualidade: o comportamento é anotado e interpretado, o rendimento registrado; ao candidatar-se a um emprego, fica à mercê de agências cuja idoneidade não lhe é dado apurar. Ainda assim, sua personalidade será revolvida pelos testes psicotécnicos e pelo anzol do psicólogo. O pretendente a uma função pública submete-se, além desses expedientes, a uma série de investigações — umas veladas, outras claras —, como as folhas-corridas e os atestados de ideologia (pouco definidos), dependentes ambos de dossiê a cargo de funcionários raramente habilitados ou cujo trabalho obedece a critérios lógicos discutíveis. Se a poupança se tornou uma insanidade no regime inflacionário, o sigilo bancário desapareceu com os poderes do Fisco. Hoje, todo vintém amealhado precisa de ter sua origem catalogada. Ao preparar o cadastro bancário, o correntista prestará informações que



talvez sonegue a seus familiares, mesmo sabendo que esses dados, íntimos, serão analisados por estranhos, transformados em furos em cartões de computadores e repassados por uma cadeia burocrática sem fim. Se é obrigado a comprar a prestação, sua idoneidade será testada pelos sistemas de proteção ao crédito, os quais ditarão, a partir daí, sem direito a recurso, a quanto chega e quanto vale sua honorabilidade. Tudo o que tiver de fazer dependerá de números, pois a números foi reduzida sua personalidade: a carteira de identidade é um número, como é um número que o identificará no departamento policial onde também deixou suas impressões digitais; por um número será identificado seu prontuário de motorista, seu cadastro bancário, sua ficha eleitoral, seu certificado de reservista, sua contribuição sindical; para o imposto de renda ele é apenas um número do cadastro de contribuintes; um número para a companhia de seguros, um número para a repartição da previdência social; números, números, de forma a facilitar o trabalho dos computadores e aumentar a vigilância do Estado. O Estado moderno decretou a morte da individualidade.

Os meios de comunicação, não apenas pelo que informam, mas principalmente pelo que deixam de informar, ditam as opiniões de cada ser humano, determinando-lhes as paixões e os ódios. A liberdade individual parece esboroar-se à medida que a sociedade tecnológica liberta o homem da natureza.

Recentemente, a questão relativa ao direito à informação, de um lado, e ao direito estatal, de outro, de considerar determinados documentos, ou informações, secretos ou reservados, pondo-os assim ao resguardo da imprensa e, conseqüentemente, sonegados à opinião pública, foi levantada de forma concreta, nos Estados Unidos, pelo *The New York Times*, pelo *Washington Post* e pelo *The Boston Globe*, quando esses jornais decidiram publicar documentos relativos ao envolvimento americano na guerra do Vietname, considerados reservados pelo Governo. A decisão da Suprema Corte, coerente com sua tradição liberal, não ratificou a liberdade de imprensa, apenas, mas fortaleceu o direito de informar, ao qual está inerente o acesso às fontes da informação.

Na Alemanha, questão semelhante colocou-se em 1962, quando os editores do *Der Spiegel* foram acusados de traição:

“Quando o *Der Spiegel* revelou que a repartição administrativa encarregada de velar pela observância da Constituição violava essa mesma Constituição, interceptando conversações telefônicas, e quando o Ministro responsável respondeu, colericamente, que não podia exigir que seus funcionários andassem com a Constituição debaixo do braço, puderam os alemães dar-se conta do que significava a intangibilidade da Constituição.

Quando o funcionário que revelara ao jornal o irregular procedimento administrativo foi acusado de alta traição, a opinião pública pôde perceber que a obrigação de silêncio, imposta incondicionalmente aos que prestam serviço público, poderia ser contrária ao interesse geral.” (5)

Imagine-se, agora, os instrumentos atuais de comunicação associados à informática, à computarização de dados e de informação, a serviço desse mecanismo kafkiano...

A intervenção desconhece limites éticos, e os instrumentos que a promovem podem deixar de ser lícitos ou morais. O instrumento básico da manipulação é a propaganda, direta, indireta ou subliminar (legalmente proibida); seu objetivo pode ser político (manipulado ou não pelo Estado) ou puramente comercial. Se a propaganda governamental pode dirigir a população para os objetivos mais altos (a quem compete mensurar essa graduação?) da civilização como um todo e do país em particular, pode igualmente ser instrumento de pressão política sobre as minorias. Esse expediente é geralmente utilizado visando à conservação do poder pela classe dirigente, ou, ainda por força desse objetivo, usado para — violentando a formação cultural da população — moldá-la aos fins momentâneos do Estado, impondo-lhe, entre outras coisas, nova filosofia de vida e novos arquétipos sociais. Por seu turno, a propaganda comercial não raro induz a população em erro, levando-a a preferir produtos nem sempre os mais indicados, determinando o consumismo, com a transformação do consumo em instrumento da produção. Deixa esta, então, de visar ao atendimento das necessidades para cair no círculo vicioso do consumo pelo consumo. Pode-se ainda questionar a existência de uma propaganda comercial pura, ou seja, totalmente volvida para o aumento das vendas. Na programação comercial, imanente, há um fundo ideológico raramente escamoteável.

Daí a afirmação dos que vêem a sociedade contemporânea num estado de guerra permanente, no qual as opiniões mais fortes se opõem às mais fracas e pretendem impor-se pela simples razão de serem as mais fortes.

O último problema sugerido prende-se ao binómio imprensa-opinião. Por imprensa se entende aqui tanto o periodismo quanto o rádio e a televisão.

O desenvolvimento obtido pelas modernas técnicas de jornalismo, associado à tecnologia aplicada à comunicação audiovisual de massas, deu à imprensa importância que não poderiam antever os redatores da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quando (art. XI), pela primeira vez, vincularam a idéia de liberdade de imprensa à de liberdade de opinião: *A livre comunicação de pensamento e opinião é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelo abuso que cometer no exercício dessa liberdade, segundo os casos determinados em lei* (6).

A imprensa, no seu conceito clássico, foi concebida como instrumento, jornal, destinado à manifestação de opinião. Hoje, ao lado da simples exteriorização gráfica do pensamento, cumpre ver essa manifestação qual elemento de formação da opinião. Por outro lado, mercê de todo o desenvolvimento tecnológico alcançado pelo século, a informação tornou-se um dos mais eficazes instrumentos de formação de opinião, suscitando mais um problema contemporâneo: a liberdade de informação ou o direito subjetivo de todo cidadão à informação. Haveriam de cair por terra, mais uma vez, as pilastras do liberalismo, corroídas pelo mundo moderno. É que o liberalismo (*os jornais são veículos de manifestação de opinião; essa característica é de tal sorte dominante que não pode ser contestada*) (1), para sua formulação da liberdade de imprensa, partiu de dois *a priori*, hoje impugnáveis: a) cada opinião, e portanto cada homem, tem a possibilidade de editar um jornal; e b) as opiniões dominantes são as que, por força do jogo da oferta e da procura, se exprimem por meio de jornais de maior circulação. É fora de dúvida (alínea b) que estamos diante de uma proposição de otimismo tão exageradamente ingênuo que jamais se cumpriu. Quanto à primeira condição, é irrelevante que continue inspirando a legislação liberal de diversos países nos quais, inclusive, o máximo que se pode verificar é que essas liberdades ainda não foram de todo abolidas, porquanto o direito é uma coisa, mas a realidade outra.

Qual o panorama que se descortina, realmente, ao cientista social?

Contrariando as elaborações puramente doutrinárias, o que se observa são as opiniões carecidas de órgãos para sua expressão, ao lado de uma tendência geral à redução do número de jornais e à supressão daqueles que se dizem de opinião. No mundo ocidental, decresce dia a dia o número de jornais e revistas em circulação, e, dentre os que sobrevivem, pouco são os que podem ser considerados *jornais de opinião* (verdadeira a tese do liberalismo, os jornais deveriam ser a consagração, cada qual, de uma opinião).

Falamos até aqui em imprensa, no seu sentido mais restrito, o jornal. E que dizer do rádio e da televisão, dos instrumentos audiovisuais — instalados uns, outros em processo de implantação, e muitos ainda simples projetos — controlados ora pelo monopólio estatal, ora por cadeias poderosíssimas e, em todos os casos, constituindo atividade privativa do Estado, permitida a particulares mediante concessão? Se a opinião pública é das mais altas manifestações da liberdade humana, se não é possível governar contra essa opinião — estamos diante de uma simples afirmação teórica — é, todavia, possível informar contra

os fatos, em desacordo com eles, negaceando-os ou distorcendo-os; e o Estado que assim procede está de certa forma governando contra a opinião, pois não permitiu sua manifestação, negando-lhe o fato (informação) sobre o qual reagiria (formaria opinião). É evidente que esse comportamento implica numa violentação da consciência social e, assim, numa ação ilegítima.

O direito à informação, o acesso ao fato e à notícia, é, dessa forma, um direito a ser conquistado tanto quanto o foram os direitos à liberdade de imprensa e de opinião. E não haverá quer liberdade de imprensa, quer liberdade de (manifestação de) opinião se não houver liberdade de acesso à informação. Na extensão em que o periodismo contemporâneo é um periodismo de informação, com a opinião derivando da informação, é fundamental sua garantia. Entre os direitos e garantias individuais, portanto, caberia incluir o direito à informação correta, posto que a verdadeira missão do periodismo seja oferecer aos cidadãos os meios de decidir (isto é, formar opinião) por eles mesmos.

## NOTAS

(1) Alguns exemplos nessa linha:

- a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (aprovada em resolução ordinária da Assembleia-Geral das Nações Unidas): "Art. 18 — Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; esse direito implica na liberdade de mudar de religião ou de convicção isoladamente ou em comum, em público ou de modo privado, pelo ensino, práticas e cultos (realização de ritos). Art. 19 — Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica no direito de não ser inquietado por opiniões e no de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteiras, as informações e idéias, por qualquer modo de expressão."
  - b) Em 1941, Franklin D. Roosevelt proclamou a conhecida Doutrina das Quatro Liberdades: 1. liberdade de palavra e expressão; 2. liberdade de culto; 3. liberdade de não passar necessidades; e 4. liberdade de não sentir medo.
  - c) Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, Colômbia, 1948), lê-se: "La IX Conferencia Internacional Americana... Art. 4 — Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio." Como se vê, o direito à informação não é objeto de cogitação.
- (2) Vovenne, Bernard. "Information et opinion publique". *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, Barcelona, Diputación Provincial de Barcelona, nº 15, p.11, 1970.
  - (3) Id. *ibid.*
  - (4) É a televisão cuja transmissão de imagens se faz via cabo, da estação transmissora ou repetidora a cada um dos usuários. Seu emprego, hoje, pode-se dizer, vai até onde possa chegar nossa imaginação. Pode ser utilizada numa rede comercial, possibilitando, por exemplo, realização de compras pela televisão; ligação de residências, redações de jornais e universidades a um centro de computação; interligação de centros de pesquisas; interligação entre indústrias e estabelecimentos comerciais; realização de debates públicos conduzidos por televisão bidirecional; transmissão de programas educativos; realização de cursos; cotações personalizadas da bolsa de valores, ligação da bolsa com escritórios de corretagens, bancos, financeiras, etc.; programas destinados a pequenos círculos, debates de matérias e assuntos vedados ao grande público. Pode, ainda, alcançar o auge da sofisticação ao possibilitar a um assinante a escolha de um determinado programa e sua recepção na hora desejada, em casa, numa transmissão privada, pessoal, exclusivamente destinada ao seu receptor. No campo da educação, inumeráveis são as formas de seu emprego. Na imprensa, pode ligar sucursais entre si, redações e centros de impressão, empresas noticiosas e seus diversos assinantes e, por fim, propicia a emissão do jornal audiovisual. (V. *Cadernos de Jornalismo e Comunicação*, nº 32/33, pág. 83.)
  - (5) Jaspers, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico* — S. Paulo, Cultrix, 1971, pág. 95.
  - (6) *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789*. Texto segundo Duverger, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. 4. ed. Paris, Presses Universitaires de France 1966. p. 3.
  - (7) Royer-Collard. "Discours sur la liberté des journaux", 29 janvier 1817. Vovenne, B. *ob. cit.* p. 19.

## 1. TERMINOLOGIA JURÍDICA

O Prof. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, ocupando-se da matéria, opõe-se à expressão "legítima defesa do Estado", porque, no seu modo de ver, se se pudesse construir uma legítima defesa, coisa impossível no caso, a denominação escorreita seria "legítima defesa da Nação". "À Nação — diz o mestre — entranhável entidade patriótica, e não ao Estado, que, em qualquer parte, cobra cada vez aspecto menos atrativo por seu autoritarismo." (1) Sucede, porém, que o Prof. MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA não comunga dessa opinião, por entender que pode patrocinar-se uma legítima defesa, não da Nação, mas do Estado como entidade jurídico-política, seus poderes etc., para daí acentuar que, para tanto, a Nação não tem personalidade jurídica e, assim sendo, não está regulada nem protegida pelo Direito nem é sujeito de direito, pelo que não pode ser agredida e, conseqüentemente, tampouco defendida em sentido jurídico (2).

Para nós, deixando-se de lado o sentido rigoroso da palavra Pátria, como é encarada na Teoria Geral do Estado, a verdade é que tal expressão é, comumente, empregada como sinônima de Estado, assim como de Nação, motivo pelo qual empregaremos, em primeira mão, o **nomen juris** "LEGÍTIMA DEFESA DA PÁTRIA", por ser mais adequado, pelo seu grande sentimento de patriotismo. Assim é que a nossa Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969), ao conceituar a segurança interna, integrada na segurança nacional, fala em País (§ 1.º do art. 3.º) e, ao conceituar a guerra revolucionária, alude a Nação (§ 3.º do art. 3.º). De resto, a Exposição de Motivos que faz parte integrante e inseparável do Código Penal Brasileiro, dando-lhe relevo, usa este vocábulo: "indignação contra um traidor da Pátria" (n.º 39).

## 2. O PROBLEMA DA LEGÍTIMA DEFESA DA PÁTRIA

JIMÉNEZ DE ASÚA ainda não admite que a chamada legítima defesa do Estado seja um dos "novos problemas" (3), mas, novo ou velho, o problema ainda permanece em pauta, os debates continuam abertos, máxime nesta época de terrorismo e subversão, em que a personalidade da Pátria se vê ameaçada no atributo mais essencial de sua soberania, que é sua independência. A propaganda subversiva, nesta guerra sem frente e sem retaguarda, consiste na insinuação de que está ultrapassado o amor à Pátria ou que já não tem cabimento a idéia de Nação. Não é concebível, pois, que a Pátria continue a estabelecer penas para o sujeito ativo da legítima defesa da mesma, expondo-se, destarte, ao perigo de esperar que o criminoso alcance o seu objetivo,

não sendo punido se tal acontecer. É ridículo cominar penas para o vencedor que se transformaria em herói e endeusado pela Pátria, cuja penalidade seria um paradoxo.

### 3. PROBLEMA DE ÂMBITO INTERNACIONAL

Trata-se de problema de âmbito internacional, porque, realmente, os crimes contra a segurança nacional são sempre objeto de execração universal, porquanto o perigo é idêntico sob qualquer regime político e em todos os países juridicamente organizados. Assim, visando à segurança da Pátria e seus **hostes publici**, o criminalista AMÉRICO MARCO ANTONIO, no Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do imortal e genial Prof. NELSON HUNGRIA, realizado em 1964, no Estado de São Paulo, lembrou ao legislador brasileiro uma lição do Código Penal da União Soviética, que considera como uma das modalidades da legítima defesa a defesa do regime, ponderando:

“É hora de pensarmos também na salvaguarda de nosso regime e estendermos os benefícios da legítima defesa a todos que agem em defesa desta Nação e do sistema político que a Constituição brasileira estabeleceu.

Assim estaremos aparelhando a sociedade contra o criminoso, mas também habilitando o cidadão a defender sua Pátria sem praticar delito, sem que seja passível de encarceramento por haver defendido a liberdade que todos amamos.” (4)

De feito, o Código Penal da União Soviética de 1926, ao disciplinar a legítima defesa, dispõe, **verbis**:

“Art. 13 — As medidas de defesa social não serão aplicadas contra as pessoas que tenham executado atos previstos nas leis penais quando o tribunal declarar que os atos executados por elas tenham sido cometidos em estado de legítima defesa contra ataque ao poder soviético ou às pessoas ou aos seus direitos, dos quais se defendem ou de outras pessoas, sempre que não tenham excedido os limites da legítima defesa.”

### 4. OBJEÇÕES À LEGÍTIMA DEFESA DA PÁTRIA E RESPOSTAS

O Ministro NELSON HUNGRIA rejeitou a sugestão do criminalista AMÉRICO MARCO ANTONIO e, após advertir que o transcrito texto soviético foi revogado desde 1958, objetou:

“E para que lei de segurança do Estado e todo o aparelhamento policial, bem como a organização da Justiça, para reprimir os crimes políticos, desde que se atribua a qualquer cidadão a faculdade de reagir contra semelhantes criminosos? Não bastaria a faculdade outorgada a **quidam de populo** para prendê-lo quando surpreendido em flagrante? Positivamente, o Dr. MARCO ANTONIO está pretendendo fazer emendas piores que o soneto.” (5)

Já JIMÉNEZ DE ASÚA é de parecer que a pretendida defesa estatal se enquadra agora e sobretudo nos regimes e pensamentos autoritários e ditatoriais, como se comprova, ao ver quem patrocina esse tipo de defesa de maneira categórica, aludindo à União Soviética (6), que, ao contrário da afirmativa de NELSON HUNGRIA, não revogou o texto que se transcreveu, porque, conforme pesquisamos, os Princípios da Legislação Penal da União das Repúblicas Socialistas e das Repúblicas da União de 1958 (que não constituem um Código Penal, como muitos supõem) estatuem no mesmíssimo art. 13 a respeito da legítima defesa estatal. Outrossim, é sabido que é enor-

me a influência da legislação soviética sobre o direito dos países satélites, de sorte que adotaram, igualmente, a legítima defesa estatal o Código Penal da Bulgária de 1951, art. 5.º, parágrafo primeiro; o Código Penal da Hungria de 1950 (Parte Geral), art. 5.º, n.º 1, e, mais recentemente, o Código Penal da mesma Hungria de 1961, art. 25, n.º 2 (7). Mas, para JIMÉNEZ DE ASÚA, a legítima defesa da Pátria não é adequada ao Direito Penal liberal, ao expressar, textualmente, o seu critério:

“No deja de ofrecer muchos riesgos, en resguardo de comunidades y organizaciones políticas liberales, extender la defensa legítima en favor del Estado.” (8)

Todavia, como escrevemos alhures, o Prof. VINCENZO LANZA, que foi discípulo de IMPALLOMENI e ALIMENA, já propugnou, com o seu “umanesimo”, pela punibilidade da legítima defesa e do estado de necessidade, por serem expressões rudimentares e violentas do egoísmo e da vingança, mas, ao revés, não podiam constituir infração punível os chamados **delitos políticos** (9). Por seu turno, o notável penalista hispânico, Prof. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS não admite a pretendida legítima defesa da Pátria, ao doutrinar:

“Tão extensiva interpretação do conceito da legítima defesa, bem que irrevogável em boa doutrina, resulta por demais arriscada, ao passar à prática da regulação positiva. Voltando à doutrina de IHERING... a faculdade de defesa “in abstracto” seria não só legítima como também sacrossanta. Mas a dificuldade (que dificuldade!) estriba em conseguir regular de modo eficaz quais e como podem ser validamente defendidos esses direitos “abstractos”; por outro lado, a concessão de semelhante direito poderia acarretar um verdadeiro caos, que faria retroceder a civilização ao Estado de luta permanente do *Leviathan* de Hobbes. Como disse GOETHE, a injustiça, apesar de odiosa, não será menos que a desordem, e nenhuma desordem seria mais temível que a de atribuir a cada cidadão funções de defesa social e política que são inalienáveis do Estado mesmo. Prescindindo-se destas considerações, e voltando ao texto positivo, basta assinalar que a legítima defesa é uma circunstância que só se concebe contra agressões pessoais concretas, mas não contra situações e riscos de fatos, porque, então, nasceria outra modalidade circunstancial, afim mas distinta, a do estado de necessidade que está regulada no número seguinte do mesmo artigo (no Código Penal espanhol). A legítima defesa surge de um risco iminente corrido por uma pessoa e por seus direitos que provenha precisamente do ataque de outra pessoa: fora destes dois pressupostos, não há possibilidade de apreciá-la. Por isso, quem acode em defesa de um Chefe de Estado ou Ministro, iminente ameaçados, poderá alegar validamente a legítima defesa alheia, mas se comete uma agressão para evitar a prática de um delito ou dano de caráter não pessoal, mas geral, como o de traição ou de rebelião, já não poderá acolher-se nessa circunstância de isenção, mas na do estado de necessidade ou cumprimento de dever, que são as chamadas para salvaguardar, com idêntica eficácia, interesses mais genéricos.” (10)

JIMÉNEZ DE ASÚA, que o invoca, acompanha-o nessa asserção, por reputá-la muito exata e bem orientada (11). Não obstante, consignemos, nesse entretempo, que JIMÉNEZ DE ASÚA não deixou de transigir, até certo ponto, cautelosamente, com a legítima defesa da Pátria, porque, diz ele, só excepcionalmente se poderá aceitá-la, assim mesmo com limites bem precisos e muito estreitos, isto é, quando acharmos que

o bem agredido que defendamos seja objeto de um direito subjetivo <sup>(12)</sup>, mas, dizendo-se abonado na fórmula de KARL BINDING, que foi rejuvenescida por HANS WELZEL, acrescenta que nas outras situações haverá estado de necessidade, ou, melhor, cumprimento de um dever e até, se se quiser, exercício geral de direito, com exclusão do injusto <sup>(13)</sup>.

A dúvida, já agora, deslocou-se para a escolha de uma das eximentes, que lhe deve dar acolhimento. Todavia, não é possível aceitar-se essa heterogênea enunciação das supostas excriminantes, que têm as suas próprias características, porque só uma deve prevalecer para cada caso **in concreto**. Não nos parece, outrossim, que a defesa da Pátria se encaixe no estado de necessidade ou no cumprimento de dever ou no exercício de direito, e, ao predominar uma destas causas impeditivas de injuricidade, não deixaria o cidadão de exercer uma função do poder de polícia do Estado. Acrescente-se, ainda, que na penúltima excludente o particular ficaria impedido de agir, porque, como já escrevemos a respeito do assunto, o cumprimento de dever legal só pode ser exercido por autoridades públicas ou seus agentes <sup>(14)</sup>. Assim sendo, o Estado estaria a defender-se por si mesmo, ou seja, por intermédio dos seus agentes que exercem funções ligadas aos fins que ele se propõe, quando, **in casu**, o particular está a substituir a Pátria na defesa do Direito, defendendo-a de uma agressão de qualquer espécie. De resto, em contraste com a matéria exposta, não faltou o ilustre magistrado paulista CÉLIO DE MELO ALMADA para registrar, pura e simplesmente: "O próprio Estado, segundo alguns autores, pode ser sujeito passivo da legítima defesa." <sup>(15)</sup> Só, e tão-só, parquante, na sua valiosa monografia, não deu a menor atenção à legítima defesa da Pátria, permanecendo em completo mutismo, bem como os demais autores brasileiros, como se o problema sequer existira. Vale, então, a pena registrar que, conquanto, sob outro aspecto, o Prof. MANUEL DE RIVACOBRA contesta as considerações de QUINTANO RIPOLLÉS, ao aduzir:

"É claro que a defesa de um alto dignatário não é defesa do Estado, mas não há uma inadmissível confusão entre legítima defesa e estado de necessidade e uma devida desfiguração das coisas nas últimas considerações de QUINTANO. É indubitável que para se evitar um dano de caráter geral não devido a uma agressão, uma catástrofe coletiva produzida pela força da natureza, fer-se-á de agir, seguramente, em situação de necessidade; mas se impeça uma agressão, qualquer que seja a finalidade com que o faça, também poderei justificar-me na legítima defesa, posto que, cabalmente, se tenham invertido os papéis; mas se, para impedir ou repelir uma real agressão contra a coisa pública desassistida total ou parcialmente de seus meios de defesa, assumo esta sem ser funcionário obrigado a isso, não se pode negar que agi em legítima defesa.

Como se exercerá, nesses casos, questão que tanto preocupa QUINTANO, se não é nada distinto de exercê-la para evitar que me matem: caso seja necessária, atendidas a força da agressão e as circunstâncias do fato ocorrido. E quanto a esse goethiano temor à desordem, este não é inerente à defesa nem pertence a ela; ou se produz depois, pela situação de debilidade em que possam ficar os poderes públicos defendidos com êxito pelos particulares, mas que, talvez, hajam sofrido um duro embate e hajam ficado sem suas normais forças de proteção, aliás, as que provieram da agressão, ou, melhor, a desordem começou com esta. A ilegitimidade e a injustiça se produzem com a desordem: preferi-las é, também, preferi-lo".



Daí, arremata:

“À luz de um raciocínio dogmático elaborado com apoio nas exigências mais modernas, acreditamos que ficam sempre demonstradas a possibilidade e a conveniência de se exercer, em muitas ocasiões, a legítima defesa em benefício do Estado, em prol de seus interesses, de sua integridade e até de sua existência. Parece-nos a última etapa do desenvolvimento, quanto à amplitude da legítima defesa e a última consequência quanto ao aperfeiçoamento de sua construção dogmática.” (16)

## 5. FUNDAMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA DA PÁTRIA EM COTEJO COM O MOTIVO DE RELEVANTE VALOR SOCIAL

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, a legítima defesa da Pátria é inspiração totalitária e ditatorial, ou, melhor, comunista, conquanto o mestre ibérico haja incidido em flagrante contradição, uma vez que já tinha antes acentuado que “el Código Penal boliviano de 1834, el más antiguo de Hispanoamerica, aún en vigor, en su artículo 501 se refiere a la legítima defensa del Estado *sensu stricto*” (17). Não nos parece, portanto, que a emenda do criminalista AMÉRICO MARCO ANTONIO seja pior que a soneto, posto que fosse feita em local inapropriado, isto é, no projeto do Código Penal, porque a matéria, entre nós, é objeto da Lei de Segurança Nacional (18). Ora, comentando o § 1.º do art. 121 do Código Penal, segundo o qual, “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral (...) o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”, doutrina NÉLSON HUNGRIA:

“Aquele que, num **raptus** de indignação cívica, mata um vil traidor da pátria, age, sem dúvida alguma, por motivo de **relevante valor social**. O motivo **político**, quando nobre e altruístico, e não inspirado em credos subversivos do atual regime social, pode ser incluído entre os motivos de **relevante valor social**. Aos homicidas a feítio de Carlota Corday não é demais que se conceda um **perdão parcial**.” (19)

Se se concede o perdão parcial ao patriota que, num **raptus** de indignação cívica, elimina a vida de um abjeto traidor da Pátria e, neste caso, não se invoca o art. 31 do Código de Processo Penal a teor do qual qualquer do povo, **quidam de populo**, poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. E se aos homicidas a feítio de Carlota Corday, que matou Marat para salvar a França de um sanguinário tirano, não é demais que se conceda a especial atenuante da pena, por dobrado motivo deve reconhecer-se como legítima defesa da Pátria, quando no conhecido exemplo do Tribunal de Leipzig um patriota, com o coração sangrando patriotismo, mata um traidor que está na iminência de atravessar a fronteira do País com importantes segredos para a sua segurança e não é possível, **in tempore opportuno**, conseguir auxílio da força pública, porque, como julgou o **Reichsgericht**, é inadmissível que o legislador haja querido reconhecer menor proteção à existência do Estado que à conservação dos outros bens jurídicos. Daí por diante os doutrinadores tudescos, **nemine discrepante**, passaram a admitir a “legítima defesa do Estado” (**Staatsnotwehrrecht**) (20).

O Prof. VINCENZO MANZINI, na Itália, sustentou, com os melhores argumentos, que, sendo admissível a defesa das pessoas jurídicas, também o será a do Estado, que ocupa, entre elas, lugar preferente (21). De feito, se a legítima defesa beneficia todos os bens jurídicos, sem seleção, com mais forte razão deve tutelar a Pátria amada contra uma agressão ilegítima, cujo problema gravita, entre nós, na segurança nacional, segundo o conceito do art. 3.º do citado Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de

1969. Releva, de caminho, observar que JIMÉNEZ DE ASÓA, no recenseamento que fez dos escritores germânicos, omitiu o Prof. WILHELM SAUER, que, no seu livro intitulado ALLGEMEINE STRAFRECHTSLEHRE (edição de 1955), cita como caso principal de legítima defesa da Pátria — ainda que tenha silenciado quanto à fonte que o tirou — o caso do espião de que apontou como exemplo o Tribunal do Reich — para, depois, estender os seus limites, **verbis**:

"2. **Caso principal de legítima defesa do Estado.** — Um delinqüente, por exemplo, um espião, quer escapar-se pela fronteira com importantes segredos de Estado: pode um terceiro feri-lo ou matá-lo? A pergunta terá de ser respondida afirmativamente, uma vez que se não pode avisar a tempo aos órgãos da polícia de segurança, aos funcionários de proteção de fronteiras ou aos funcionários aduaneiros e não se dispõe de outro meio de proteção. Em princípio, pode estabelecer-se, sem embargo, que o Estado pode proteger-se a si mesmo, e inclusive deve determinar até que ponto fixará o caso concreto para a defesa e que pressupostos considera motivos relevantes. A polícia improvisada é tão desagradável ao Estado como o benfeitor espontâneo ao homem privado."

E conclui:

"**Motivos mais extensivos:** Traição e alta traição, deserção, espionagem, ameaça de subministração de mercadorias e matérias-primas de importância vital, divulgação de segredos do Estado, imprensa clandestina, produção de escritos revolucionários." (22)

Aliás, CÍCERO, na sua oração — Promilone — em que, na conformidade do Direito Romano, reputa a legítima defesa um direito natural, derivado da necessidade, **non scripta, sed nata lex**, fez esta ponderação aos juizes:

"Portanto, Juizes, fique isto assentado na presente causa; pois estou certo de que vos hei de provar a minha defesa, se vos lembrardes de que vos não podeis esquecer que o traidor pode ser morto com Justiça." (23)

Negar-se o direito de legítima defesa da Pátria, quando esta estiver ameaçada na sua segurança, e admitir-se o **perdão parcial** é, positivamente, tornar **letra morta** o motivo de **relevante valor social**, porque nenhum patriota se arriscará a matar um traidor, sabendo que será criminoso como todos os outros homicidas, embora se trate de um **delictum privilegatum**, cuja circunstância minorante da pena fica ao prudente arbítrio do juiz, já que se trata de faculdade e não de dever. É manifesta incongruência a punibilidade do agente por um ato louvável de patriotismo, qual seja de matar um traidor que quer ganhar a fronteira do Estado com segredos de transcendência decisiva para a Pátria, a fim de submetê-la ao domínio ou soberania de outro País, ou suprimir a sua independência ou dissolver a sua unidade, quando todos nós somos responsáveis pela segurança nacional. (24)

Não pode haver crime quando se mata em defesa da Pátria, porque o amar desta é dever imposto pela **lex naturalis** e, portanto, é dever absoluto, qual o dever de honrar a Deus. Assim, parafraseando o Prof. FRANCESCO CARRARA — o genial construtor da Escola Penal Clássica —, podemos dizer: negar (quando concorrentes os devidos requisitos) a legitimidade da defesa da **Pátria** é renegar o Evangelho. (25)

De sorte que — dizemo-la em primeira mão — o **motivo de relevante valor social**, que é um corpo estranho no Código Penal, deve ser absorvido pela legítima defesa da Pátria, mesmo porque se trata de um texto legal inoperante e baldo de efeitos, visto

que seria paradoxo dos paradoxos a condenação de um patriota que matou um vil traidor (24). Não mais teria o Estado condições para executar a lei.

## 6. REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA DA PÁTRIA

Tem-se argüido contra a legítima defesa da Pátria a dificuldade para estabelecer os seus limites, quando, para nós, os requisitos da sua legitimidade, *mutatis mutandis*, são os mesmos da defesa privada, devendo-se levar em conta, antes de tudo e sobretudo, o presente ataque à soberania da Pátria. Pelo que a reação deve ser feita imediatamente, *in ipsu congressu*, como ocorre, igualmente, com a legítima defesa privada, aliás, consoante prescreve o precitado art. 13 do Código Penal da União Soviética de 1926, que reconheceu, *expressis verbis*, a legítima defesa privada, sobrepondo-se aquela a esta na ordem preferencial, **mas sempre que não tenham excedido os limites da legítima defesa**. E, no caso de excesso — *excessus defensionis* —, o agente será contemplado com uma circunstância atenuante (art. 48, letra a).

## 6. CONCLUSÃO

Pouco importa que a legítima defesa da Pátria haja sido idealizada pela União Soviética, porque a ciência não tem Pátria. Se a União Soviética descobrir um milagroso remédio para pôr termo a esta terrível moléstia que se chama câncer, que tem destruído vidas e mais vidas, nenhum país vai rejeitá-lo por ter sido descoberto por cientistas comunistas. Assim é que a República Argentina (25), seguindo o modelo das nações socialistas, inseriu a legítima defesa da Pátria no Código da Justiça Militar (Lei n.º 14.029, de 4 de julho de 1951), ao preceituar:

“Art. 524 — Fica isento de responsabilidade penal o militar que, nos casos do art. 702 deste Código (abuso de autoridade), agir em legítima defesa ou tiver necessariamente de recorrer aos meios determinados pelo dito artigo para reprimir delitos flagrantes de traição, rebelião, motim, vias de fato contra o superior, desrespeito, insubordinação ou covardia.”

Está-se a ver que a legítima defesa da Pátria conquistou posto na legislação castrense portenha e provando que não há dificuldade em transplantá-la da doutrina para a prática da regulação positiva. É exato que JIMÉNEZ DE ASÚA, com a sua manifesta má vontade para com a legítima defesa da Pátria, critica de maneira contundente o transcrito texto legal argentino, chegando ao exagero de dizer que seria preferível renunciá-la a consigná-la na legislação interna de cada país, qualquer que seja ele. Depois de observar que o precitado art. 524 contém uma disposição na qual, se bem se refira nominalmente à legítima defesa e ao estado de necessidade, mais trata deste que daquela, objeta:

“Acaso se alegue, para defender tão anômala fórmula, que se trata de evitar crimes muito graves para a disciplina militar, mas o que expressa o texto é mais um regime prepotente dos quartéis. Na verdade, como já ficou dito, é um caso da mal chamada defesa do Estado, que participa da pretendida legítima defesa e do estado de necessidade. Seria preferível renunciar a engravá-la na legislação interna de um país determinado, qualquer que seja.” (26)

Tornamos a divergir do famoso mestre do Direito de Punir. Isto porque o texto castrense não se deslocou, a nosso ver, da órbita da legitimidade da reação, pelo que se não pode enquadrá-lo no estado de necessidade. O caso é típico de legítima defesa. Por sinal, o Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA ficou convencido de que a defesa se dirige à dis-

ciplina do Exército, que é sua essência, e, na sua manifesta má vontade com as forças armadas, acrescentou textualmente: "Y el Ejército es uno de los aspectos del Estado: el más visible, coactivo, improductivo y costoso." (29) Quanto ao seu temor de que a legítima defesa do Estado viria, injustamente, impedir ataques contra regimes tirânicos, respondeu, com vantagem, o Professor chileno EDUARDO NOVOA MONREAL que, em princípio, sem embargo, não pode rechaçar-se essa possibilidade, mas, também, terá de pensar-se no caso dos cidadãos que, livremente, defendem um Estado de Direito contra a assuada irresponsável e afanos liberticidas (30). Aqui está a resposta aos que alegam que a legítima defesa da Pátria é uma arma de dois gumes.

Por derradeiro, a legítima defesa da Pátria, que, até então, está circunscrita ao debate doutrinário, necessita de sua formulação legislativa — *ex lege*.

A República Argentina já deu os passos iniciais, no que toca ao militar, mas as legislações internas de cada país devem incorporá-la em forma precisa e explícita, porque o Estado que, nos nossos dias, não outorgar ao particular o direito de legítima defesa da Pátria estará, desenganadamente, a correr o risco do suicida que procura o seu próprio aniquilamento.

## NOTAS

- (\*) Este trabalho doutrinário foi aprovado e recomendado, sem discrepância de votos, pelo Primeiro Congresso Nacional de Criminologia, que se realizou em Buenos Aires, de 20 a 24 de julho de 1971.
- (1) *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Tomo IV, págs. 103 a 104.
- (2) *Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa*, Bilbao, 1965, pág. 282, e nota sob n.º 73.
- (3) Ob. e tomo cit., págs. 97 a 99, n.º 1.302.
- (4) *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro* (de autoria do Prof. Nelson Hungria) São Paulo, 1965, pág. 35.
- (5) *Anais cit.*, pág. 415.
- (6) Ob. e tomo cit., pág. 93.
- (7) Confessamos que ainda não conhecemos, por falta de tradução, o Código Penal da União Soviética, com sua redação de 6 de maio de 1963, mas acreditamos que o legislador comunista não tenha revogado o transcrito art. 13.
- (8) Ob. e tomo cit., pág. 103.
- (9) Cf. nosso livro *Causas de Exclusão de Crime*, São Paulo, 1968.
- (10) *Comentários al Código Penal*, Madri, 1964, vol. I, pág. 107.
- (11) Ob. e tomo cit., pág. 101.
- (12) Aqui Jiménez de Asúa acolheu a lição do Prof. Sebastian Soler, aliás, por ele citado, quando assim se expressa: "Na Argentina, o provado liberalismo de Soler põe prudência ao resolver o assunto. A defesa dos "bens dos outros" nos apresenta a "complicação" "de que um privado intervenha para rechaçar o ataque a um bem jurídico que não seja de um indivíduo determinado e que corresponde ao Estado ou à coletividade, com os sentimentos morais e religiosos." Soler, ao solucionar o problema assim desenvolvido, rechaça as exagerações de Fingler e abre a chave em que só se defendem os "direitos subjetivos". "Constituindo o bem agredido o objeto de um direito subjetivo, nada importa a qualidade do titular desse direito: uma propriedade do Estado pode ser defendida." (Ob. e tomo cit., pág. 99.)
- (13) Ob. e tomo cit., pág. 99.
- (14) Cf. Délio Magalhães, ob. cit.
- (15) *Legítima Defesa*, São Paulo, 1958, pág. 67, n.º 39, *in fine*.
- (16) Ob. cit., págs. 281 e 282.
- (17) Ob. e tomo cit., pág. 99.
- (18) Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento, e dá outras providências.
- (19) *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1955, 3.ª ed., vol. V, pág. 124, n.º 27.
- (20) Prof. Eugenio Cuello Calón, — *Derecho Penal* ("Parte General"), Barcelona, 1956, Tomo I, 12.ª ed., pág. 439. — Jiménez de Asúa, ob. e tomo cit., págs. 99 a 101.
- (21) *Tratado de Derecho Penal*, tradução espanhola, Buenos Aires, 1944, vol. III, pág. 79, n.º 402.
- (22) *Derecho Penal* ("Parte General"), tradução espanhola, Barcelona, 1956, pág. 207, n.º 2.
- (23) *Orações*, tradução brasileira, Clássico Jackson, (W. M. Jackson, Inc.), vol. II, págs. 6 e 7.
- (24) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 86. Lei de Segurança Nacional, art. 1.º
- (25) Cf. Francesco Carrara — *Programa do Curso de Direito Criminal*, tradução brasileira, São Paulo, 1956, pág. 219, § 300.
- (26) Insistimos na afirmativa de que a matéria, se pudesse convalescer, devia estar disciplinada na Lei de Segurança Nacional.
- (27) Fato que desperta curiosidade é que a República Argentina, pela Lei n.º 18.234, de 4 de junho de 1969, faz repressão específica ao comunismo.
- (28) Ob. e tomo cit., pág. 485, n.º 1.395, d.
- (29) Ob. e vol. cit., pág. 98.
- (30) *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1960, Tomo I, pág. 354.

*“Se um irmão ou uma irmã estiverem nus e precisarem do alimento quotidiano e algum de vós lhes disser: ide em paz, aquecei-vos e saciai-vos, sem lhes dar o que é necessário ao corpo, de que lhes aproveitará?”*

(Tiago 2,15—16)

I — Introdução. II — Malthus e Place. III — A expansão das teorias populacionais. IV — A oposição. V — A explosão populacional revigora o pessimismo malthusiano. VI — O crescimento demográfico nos países subdesenvolvidos. VII — Intensificação das atividades antinatalistas. VIII — O pensamento brasileiro e a posição da Igreja ante o controle da natalidade.

## I — INTRODUÇÃO

O uso dos anticoncepcionais vem de épocas remotas. Os antigos papiros egípcios — o “Petri Papyrus” e o “Ebers Papyrus” —, que datam de cerca de 1850 a.C. e 1550 a.C., respectivamente, referem-se a diversos meios então empregados com a finalidade de impedir a gravidez. Aludem também os antigos hebreus, em seus escritos, a métodos postos em prática, com o mesmo intuito. Aristóteles, no século IV a.C., foi o primeiro escritor da Grécia antiga a escrever sobre os anticoncepcionais. E o ginecologista Soranus de Ephesus, no século II d.C., fez relato detalhado a respeito dos preservativos, estabelecendo distinção entre estes e os meios que se utilizavam para a provocação do aborto. Chegou Sorano a

antecipar-se às opiniões modernas, quando observou que a prevenção da gravidez é preferível, do ponto de vista médico, aos repetidos abortos. (1)

Evidentemente, o campo de aplicação das medidas preventivas restringia-se, ao tempo, a grupos resumidos e a prevenção da gravidez, é óbvio não se fazia dentro das perspectivas atuais, embora naquelas épocas distantes já se procurasse estabelecer a correspondência fecundidade-prosperidade.

Cerca de 500 a.C. Han Fei-Tzu, da Dinastia Chou, (2) referia-se aos tempos quando "o povo era pouco numeroso, mas rico e sem luta. O povo, no presente, pensa que cinco filhos não é muito, e cada filho também tem cinco filhos e antes da morte do avô já existem 25 descendentes. Portanto, o povo aumenta e a riqueza diminui; trabalha muito e recebe pouco. A vida de uma nação depende de o povo ter alimento suficiente, não do número de pessoas."

Tertuliano, em *De Anima* (c. 213), empresta significado positivo às catástrofes, aos flagelos da peste, da fome, das guerras e dos terremotos, que "passaram a ser considerados bênçãos pelas nações superpovoadas, pois servem para podar o pródigo crescimento da raça humana". (2)

Em começos do século XVI, a visão extraordinária de Thomaz More (1478-1535) abraçava os aspectos populacionais de suas cidades utópicas. Esses núcleos constituir-se-iam de seis mil casas, além do território circunvizinho. E para cada casa seria feita a previsão no sentido de que nenhuma delas tivesse menos de dez, nem mais de dezesseis adultos. Para tanto, as famílias maiores compensariam as menores, observando-se a mesma orientação relativamente às cidades: (3)

"... sempre que todas as famílias de uma cidade atinjam toda a sua quota, os adultos em excesso àquele número ajudarão a completar a população deficitária de outras cidades."

Nesse sistema de vasos comunicantes, tem-se a previsão da necessidade de estabelecer-se um equilíbrio entre os núcleos, no tocante ao número de habitantes válidos para trabalhar e produzir.

Dois séculos antes de Malthus, Giovanni Botero (1543-1617) comparava a limitada capacidade produtiva da terra à ilimitada capacidade de reprodução do homem (4) e, no século XVIII, Benjamin Franklin, James Stuart, Samuel Johnson, Joseph Townsend, Jeremy Bentham e outros estudaram o problema. Townsend (1738-1816), por exemplo, escrevia, em "Uma Viagem através da Espanha", nos anos de 1786 e 1787: (5)

"Aumente a quantidade de alimento, e onde for limitado, prescreva limites para a população. Num país completamente populoso, dizer que ninguém sofrerá fome é absurdo. Se pudesse suprir todas as suas necessidades, logo duplicaria seu número, aumentando a população ao infinito, o que é contrário a essa suposição. Sem dúvida, é possível banir a fome e suprir a falta a expensas de outrem; mas, então, é preciso determinar qual a proporção que poderá casar, porque não haverá outro meio de limitar o número do povo. Nenhum esforço humano terminará com esse dilema; o homem, também, nunca encontrará um método mais natural ou melhor em qualquer aspecto do que deixar um apetite para regular outro."

## II — MALTHUS E PLACE

Coube, entretanto, a Thomaz Robert Malthus (1766-1834), com o seu "Ensaio" ("An Essay on the Principle of Population as it affects the Future Improvement of Society, with remarks on the Speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and others writers"), publicado em 1798 e republicado em subsequentes edições aumentadas, causar o impacto e fazer escola sobre população.

A "bomba" malthusiana explodiu no campo aberto da revolução industrial, após a invenção da máquina de fiar algodão de Richard Arkwright (1769), da máquina de tecer e de pentear lã de Edmund Cartwright (1784), do aperfeiçoamento da máquina a vapor por James Watt (entre 1776 e 1780); explodiu quando os proprietários mecanizados produziam muito com menor número de empregados, enquanto a massa desempregada rebentava em rebeliões e motins. (6)

Malthus, economista e teólogo, "induziria as massas crentes e desempregadas a conter a natalidade, diminuindo, assim, o número daqueles que aumentavam, de modo ameaçador, o exército dos desempregados descontentes. Com Malthus, os proprietários das máquinas "respiraram" aliviados, aumentaram a produção e os lucros, pagando menos aos operários, que trabalhavam 16 a 18 horas por dia". (6)

O foco luminoso da análise de Sauvy passa de relance sobre as raízes do sucesso do economista-pastor: "... Malthus posait sa doctrine en terme de lutte de classe." (7)

A teoria malthusiana alicerçou-se em dois postulados: (8)

"Primeiro, que o alimento é necessário à existência do homem.

Segundo, que a paixão entre os sexos é necessária e permanecerá quase em seu estado atual."

Explica Malthus: (8)

"Essas duas leis, desde que temos conhecimento do homem, parece terem sido leis fixas de nossa natureza, e, como até aqui não vimos alteração alguma, não temos qualquer direito de afirmar que jamais deixarão de ser o que são sem um ato imediato de poder do Ser que primeiro determinou o sistema do universo, e, para vantagem de suas criaturas, ainda executa, de acordo com leis fixas, todas as suas variadas operações."

Afirma, em seguida, face aos dois princípios supra, que a força da população é infinitamente maior do que o poder da terra para produzir a subsistência, em proporção aritmética. Ilustrando a teoria, manda se tome a população do mundo em qualquer número — um milhão, por exemplo —, desenvolvendo o seguinte raciocínio: (8)

"... a espécie humana aumentaria na progressão de 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128, 256, 512 etc., e os meios de subsistência na proporção de 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 etc. Em dois séculos e um quarto, a população seria, em relação aos meios de subsistência, de 512 para 10; em três séculos, de 4.096 para 13; e em dois mil anos a diferença seria quase incalculável, embora a produção a esse tempo houvesse aumentado imensamente."

Surge como consequência da doutrina malthusiana a "necessidade" da redução da natalidade, uma vez que, expandindo-se a população além dos limites da subsistência, a fome e, por conseguinte, a miséria e o vício passariam a pressionar o grupo humano. A redução far-se-ia por via das guerras, das epidemias e da própria fome, que funcionariam como frenadores naturais da força maior, e, ainda, pela contenção da natalidade, no seio das famílias pobres, em função de seu próprio interesse e segundo suas possibilidades econômicas. O pastor-economista não previa a restrição voluntária da procriação, senão em termos da abstenção sexual.

Essa particularidade provocou, do ponto de vista prático, o desfalecimento da doutrina malthusiana e determinou a quase que imediata colocação do problema em termos diferentes. Basta dizer que, ainda na primeira metade do século XIX, registrava-se o movimento neomalthusiano, que insistia sobre a necessidade da limitação do número de nascimentos com vistas à eliminação do vício e da miséria, mas rejeitava os meios preconizados por Malthus em proveito dos anticoncepcionais.

Na origem do movimento, Francis Place (1771-1854), também inglês, considerava a impossibilidade de os trabalhadores comuns, cujo poder de troca a miséria restringia enormemente, sustentarem família numerosa. Place não acreditava na efetividade dos métodos malthusianos baseados na continência, no casamento retardado. Ele próprio, pai de 15 filhos, não se sentia à vontade para pregar a "restrição moral" de Malthus. Afez-se, por isso mesmo, a caminho mais prático: voltou-se para os métodos anticoncepcionais não admitidos pelos cânones da moral cristã. Chegou a elaborar artigos dirigidos à classe operária, concitando-a a evitar filhos. Naquele, sob o título "Aos Casados dos dois Sexos", destinado "aos elementos razoáveis e prudentes" da "classe mais numerosa e mais útil da sociedade", transmite prático e acessível método preventivo, aconselhando-lhe o uso. Preparando o terreno para lançar a "receita" anticoncepcional, lê-se exposição reveladora do *porque* econômico-social da iniciativa, exposição vasada em termos simples e plenamente apreensíveis pelos destinatários da mensagem: (\*)

"É uma grande verdade, muitas vezes contada e nunca negada, que, quando existem muitos operários num ofício ou manufatura, eles recebem menos do que deveriam e são obrigados a trabalhar maior número de horas do que devem.

Quando o número de operários, em qualquer ofício ou manufatura, tem sido muito grande durante alguns anos, os salários tornam-se muito baixos e os operários tornam-se pouco mais que escravos.

Quando os salários ficam reduzidos a uma soma muito pequena, eles já não podem manter os filhos como a gente respeitável e boa os deseja manter, e são compelidos a deixar de dar-lhes atenção, a enviá-los a empregos diferentes, fábricas ou manufaturas, quando ainda bastante crianças.

A miséria dessas pobres crianças não pode ser descrita, e não precisa ser descrita para vocês que, diariamente, a testemunham em suas vidas, e a deploram.



Muitos de vocês, sem dúvida, são impelidos a trabalhar incessantemente, do instante em que se levantam até à hora de dormir, para poderem sobreviver, sem a menor esperança de melhores dias.

A doença entre vocês e seus filhos, a privação e a dor, e a morte prematura daqueles que amam, mas dos quais não podem cuidar como gostariam de fazer, necessitam de apenas uma alusão. Você conhecem demais todos esses males.

Perguntarão: qual o remédio?

Como poderemos evitar todas essas misérias?

A resposta é curta e simples; os meios são fáceis. Façam como fazem outras pessoas para evitar mais filhos do que os que desejam ter, e poderem manter facilmente os que têm."

### III — A EXPANSÃO DAS TEORIAS POPULACIONAIS

Tais idéias tiveram repercussão na Europa, propagando-se depois pelos Estados Unidos e países escandinavos. Na Inglaterra, o pensamento ganhou maior força, em decorrência da intensa propaganda que acompanhou o rumoroso processo instaurado contra Annie Besant e Charles Bradlaugh, responsáveis pela republicação, em 1877, do livro de Charles Knowlton "The Fruits of Philosophy: or, The Private Companion of Young Married People". (1) A obra apresentava relato detalhado das técnicas anticoncepcionais — provavelmente o mais detalhado após os escritos de Soranus de Ephesus (1) —, violando, por conseguinte, os cânones convencionais da época. Mas, a verdade é que o processo constituiu-se em veículo propagador da filosofia e política anticoncepcionais.

O próprio trabalho de Charles Knowlton, encerrado o caso, apareceu no Continente em edições francesa e alemã. E, em 1881, já a Holanda começava seu primeiro trabalho sistemático no campo da anticoncepção, através da Doutora Aletta Jacobs. (1) Esta médica, em colaboração com outros colegas que participavam dos mesmos ideais, inspiraram e deram assistência profissional aos líderes do controle da natalidade de outros países.

Desta forma, aquelas sementes, lançadas nos fins do século XVIII e começo do século XIX, propagaram-se e projetaram-se no século XX, então, em termos de práticas anticoncepcionais.

A primeira clínica aberta por Margareth Sanger, no Brooklin, Estados Unidos, data de 1916. Mrs. Sanger foi processada e, em 1917, cumpriu 30 dias de prisão. Apesar disso, decisões posteriores, procedentes dos tribunais, legalizaram, em New York, as prescrições relativas à limitação de nascimentos, desde que feitas por médico e baseadas em motivos de saúde. A partir daí, não só muitas outras clínicas foram fundadas em diversas cidades americanas, como se verificou a congregação dessas unidades sob a égide da "National Birth Control League" (1917), liga que se converteu, em 1921, na "American Birth Control League" e, em 1942, na "Planned Parenthood Federation of America". A Inglaterra, por sua vez, abriu a primeira clínica em 1921, por iniciativa da Médica Marie Stopes, fundadora da então "Society for Constructive Birth Control". As clínicas inglesas nascidas à base de auspícios diversos, na

década de 1920, reuniram-se, em 1931, para constituir a "Family Planning Association". (1)

Iniciativas desse quilate observaram-se nas décadas seguintes. Haja vista que, em 1952, Margareth Sanger e outras pioneiras, em diversos países, fundaram a "International Planned Parenthood Federation" (IPPF).

Apesar disso, as preocupações com o crescimento populacional passaram por um período de relativo entorpecimento. Hibernaram, por assim dizer, enquanto não se fazia ainda sentir o peso da força reprodutiva da humanidade ao mesmo tempo em que se desenvolvia ferrenha campanha intelectual contra as teorias populacionais.

#### IV – A OPOSIÇÃO

Consideremos a resistência, para, em seguida, apreciar o ressurgimento das preocupações com a questão demográfica.

A resistência veio de longe. Surgiu paralelamente ao "Ensaio". Enquanto Malthus angariava adeptos da envergadura de Charles Darwin e David Ricardo, enfrentava a não menos válida oposição que lhe movia a crítica, assim no terreno doutrinário, como no campo social. Reprovava-se-lhe, então, em especial, a inconsistência científica e as bases aristocráticas da doutrina.

Entre os mais ardorosos opositores encontrava-se Godwin – cujas idéias Malthus combatera em seu "Ensaio" –, também este, pastor anglicano. Godwin atribuía a miséria então reinante à deficiente organização social do tempo e pregava, para a eliminação dos males correntes, a instauração de uma radical reforma da sociedade. (10)

A oposição socialista expressou-se, particularmente, através de Fourier, Proudhon e Marx:

– Como arrancar da superpopulação as origens da pobreza, quando se encravam no regime da propriedade privada as raízes do mal?

Encarando por esse prisma os ensinamentos de Malthus, aqueles pensadores os tinham em conta de meios pelos quais as classes ricas evitariam a constrangedora repartição das riquezas e os incômodos gravames da caridade. (11)

Marx, comenta Mário Henrique Simonsen, em nossos dias: (12)

"Marx tratou de afastar os dois ingredientes mecânicos que infundiam tanto pessimismo às projeções de Ricardo e Malthus: a lei dos rendimentos decrescentes e a teoria geométrica da população. Em seu lugar, Marx instituiu uma teoria do valor-trabalho que já havia sido antevista por Ricardo mas que, sob sua pena, ganhou outra força comunicativa; uma teoria de inovações que assegurava o permanente desemprego tecnológico, com a substituição de mão-de-obra por capital e com a conseqüente persistência dos salários ao nível de subsistência; uma teoria da acumulação, que descrevia o capitalista como obsecado em reinvestir lucros incessantemente e sem correlação com as necessidades de consumo, uma teoria das crises que se baseava precisamente nessa falta de sintonia entre o rápido crescimento do estoque de capital e

a lenta ascensão da procura de bens de consumo; e, como tiro de misericórdia, a lei da taxa decrescente de lucro: os capitalistas não teriam como remunerar o capital acumulado com tanta sofreguidão, e a taxa de lucro tenderia, faticamente, a zero. A luta dos capitalistas contra essa lei inexorável do regime os levaria, na fase final, a tentar impor aos trabalhadores o cúmulo da exploração, com o aumento do número de horas de trabalho, com a redução dos salários aquém do nível de subsistência, com a utilização criminosa do trabalho de mulheres e menores. O resultado seria apenas o de acirrar a luta de classes e o conseqüente advento do Estado socialista.”

As críticas se sucederam.

Insistia-se na afirmação de que o excesso populacional advinha da miséria e não esta do excesso populacional. Era o raciocínio exposto por Francis Bowen, em 1879: (13)

“Examinando mais de perto os fatos, sempre se verificará que não é o excesso de população que causa a miséria e sim que é a miséria que causa o excesso de população. A pobreza sem esperanças torna os homens imprudentes e ousados, eleva-os a sobrecarregarem-se com família, porque não poderiam estar em pior situação, e não há possibilidade de melhorar as condições. (...)”

Em todos os países antigos (...), os fatos provam, indubitavelmente, que o aumento de qualquer classe do povo se dá em proporção inversa à sua riqueza e posição social, isto é, à quantidade de sustento que pode facilmente obter. A lei universal está em que o número de pobres aumenta muito rapidamente, o das classes médias mais devagar e o das classes mais elevadas ou mais ricas em nada, ou tão lentamente que mal se percebe.”

Crítica-se — e isto já na segunda metade do século XX — o pessimismo de Malthus, que não conseguiu prever o avanço da tecnologia, nem considerou, sequer, as vantagens ambientais como fatores capazes de alargar o espectro da miséria e da fome. Assim comenta Kennet E. Boulding, em 1956: (14)

“se o único freio ao crescimento da população é a fome e a miséria, não importa, então, que seja favorável o ambiente ou avançada a tecnologia; a população crescerá até tornar-se miserável e morrer de fome. O teorema tem, sem dúvida, um corolário pior, que tem sido descrito como o teorema completamente lúgubre. E esta a proposição de que, se o único freio à população for a fome e a miséria, então qualquer melhoria técnica terá o efeito final de aumentar a soma da miséria humana, porquanto permite que uma população maior viva precisamente no mesmo estado de miséria e de fome de antes da mudança (...)”.

Combate-se Malthus, citando Malthus.

Colin Clark reporta-se à afirmação do economista contida na edição do “Ensaio” de 1917: (15)

“Se fosse possível ao homem delimitar o número dos seus filhos por um desejo, a indolência natural do gênero humano seria muito aumentada e a população de muitos países nunca alcançaria a sua extensão natural ou conveniente.”

A partir dessa idéia, conclui: <sup>(15)</sup>

“...na maioria das épocas e lugares, a população tem sido indesejavelmente diminuta e pode encontrar-se a aumentar muito lentamente. Tempo virá em que o crescimento da população ameace ultrapassar na realidade os “recursos da subsistência”, tal como estes eram entendidos nessa época e nesse lugar; e, então, o próprio crescimento da população representa o estímulo que levará a comunidade a alterar os métodos existentes para a obtenção de alimentos, substituindo-os por outros de maior produtividade, tornando-a, conseqüentemente, capaz de suportar uma população mais vasta. Quando Malthus escreveu a sua primeira edição, a população da Grã-Bretanha andava à volta dos 10 milhões, e, a julgar pelo que ele sabia de métodos agrícolas contemporâneos, não descobria como se poderia alimentar um número maior. Mas deve censurar-se Malthus por ter mantido, ao longo de uma vida de tantos anos, uma aparente ignorância sobre a revolução industrial, comercial e agrícola processada à sua volta, a qual não apenas permitiu à Inglaterra a produção de manufaturas exportáveis para compra de alimentos em qualquer outro lado como também o aumento substancial da produção agrícola dentro do país.”

Reiteram-se considerações sobre a excelência do crescimento populacional, pondo-se a descoberto a influência da limitação da natalidade sobre a estrutura demográfica, de vez que a medida diminui o percentual de jovens, na razão inversa do aumento do percentual de velhos. Ou seja: na razão inversa do aumento do percentual de elementos biologicamente menos válidos e menos produtivos; nega-se a influência do aumento de nascimentos sobre o recuo da prosperidade, desde que países de população crescente registram verdadeiro surto de progresso geral; estabelece-se a interdependência entre a quantidade de bens produzidos e a massa da população chamada a produzir, pois, <sup>(16)</sup>

“... Se, de un lato, la vita della popolazione dipende dalla quantità di beni su cui essa può contare per il proprio sostentamento, dall'altro la stessa quantità di beni dipende, a sua volta, dalla massa della popolazione che è chiamata a produrli. Le due correnti sono interdipendenti, influenzandosi reciprocamente in maniere quanto mai diverse. Si comprende così come l'incremento demografico possa addirittura concorrere ad elevarne il tenore di vita e, comunque, con lo stimolo del bisogno, ad *escogitare nuove risorse*.”

Esses argumentos procedem do Professor Vincenzo Mario Palmieri, da Universidade de Nápoles, que também atribui a Malthus “um difetto di previsione” <sup>(16)</sup>

“poichè — ed è anche questo un difetto di previsione del Malthus — noi siamo lungi tuttora dal conoscere le immense risorse della natura, e tanto meno dall'aver portato al limite la loro utilizzazione, mediante perfezionamenti della tecnica.”

Vaticina-se o descrédito de Malthus, prevendo-se, mesmo, a estabilização da população da terra, à altura de mais ou menos 20, 25 ou até de 10 bilhões de seres humanos. E o que é mais interessante: vislumbrando-se a possibilidade de os pobres filhos dos homens extraírem dos raios solares ou da energia atômica não digo o pão, mas a “centelha” de cada dia.

Mario Victor de Assis Pacheco nos oferece alguns pareceres nesse diapasão, pareceres definidos por esse autor como “opiniões abalizadas que contrariam frontalmente o acentuado pessimismo de certos neomalthusianos ingênuos e invalidam as teses neocolonialistas que ressuscitaram Malthus para continuarem a dominar os povos que hoje são fracos mas que reagem com a exploração”. Eis a matéria: (17)

“Diether Stolze diz em livro de sua autoria: “Nunca um profeta se enganou mais que Roberto Malthus, quando, há mais de 150 anos, vaticinou que a humanidade morreria de fome, formulando sua brutal sentença: “Um ser humano que nasce num país já superpovoado é supérfluo para a sociedade, pois para ele não existe lugar à mesa posta para o grande festim da natureza”. Mas, diz-nos Stolze: “O padrão de vida de um operário de hoje é quase tão elevado como o de um milionário do tempo de Malthus”.

Citado por Stolze, o Prof. Fritz Baade, Diretor do Instituto de Economia Nacional da Universidade de Kiel, na Alemanha, chegou à conclusão de que dentro de aproximadamente uma geração todos os habitantes da Terra viverão em condições idênticas às existentes hoje nos países industrializados da Europa e América do Norte e a quantidade de produtos alimentícios que poderão ser produzidos, segundo o professor de Kiel, só poderá ser consumida se todas as pessoas forem fartamente nutridas.

Admite-se hoje que a população da Terra não crescerá eternamente como pensava Malthus, mas se estabilizará em torno de 20 bilhões, e há mesmo cientistas que chegam aos 25 bilhões, enquanto outros julgam que a população mundial se manterá em torno de 10 bilhões. O Prof. Baade calcula que a atual superfície da terra de lavoura é suficiente para alimentar hoje cinco a seis bilhões, podendo, sem dificuldade, ser aumentada em poucas décadas para o triplo da área atual, o que significa alimentos para 15 a 20 bilhões de seres humanos, e isto com os atuais padrões técnicos, os quais certamente progredirão incomensuravelmente. Afirmo ainda Stolze que a nova química aplicada às plantas, as pesquisas sobre as mutações e as futuras “fábricas de algas” virão pelo menos dobrar mais uma vez a quantidade de alimentos na Terra, de tal modo que no século vindouro poderiam ser alimentados 50 bilhões de seres humanos, se a tanto chegasse a propalada “explosão” populacional mundial.

Num Congresso realizado no Hotel Waldorf Astoria, em Nova Iorque, na passagem do ano de 1957 para 1958, refere ainda Stolze que o bioquímico Albert Szent Gyorgyi, Prêmio Nobel de Química, declarou: “O homem solucionará os segredos da fotossíntese e aprenderá a obter alimentos diretamente dos raios solares ou talvez da energia atômica.”

O economista norte-americano Paul A. Baran transcreveu as seguintes palavras do Dr. C. Tacuber, chefe do Departamento de Estatística da FAO (*Food Administration Organization*): "É possível colocar em produção cerca de 1 bilhão de acres de terras nas zonas tropicais e aproximadamente 300 milhões de acres fora dos trópicos. Admitindo-se para as terras tropicais um rendimento por unidade da área cultivada equivalente ao rendimento já alcançado na Finlândia para as terras não tropicais e somando-se à produção assim estimada aquela que se considera possível obter nas terras que são cultivadas atualmente, chega-se à conclusão de que a produção agrícola resultante possibilitaria uma oferta mais do que adequada de todos os tipos de alimentos e corresponderia a mais do dobro das necessidades de cereais, raízes, tubérculos, açúcar, gorduras e óleos. O total obtível nessas condições equivaleria a mais do que dobrar os objetivos usados em nossos cálculos".

Colin Clarck, citado por Josué de Castro, diz com acerto: "Independentemente de novas terras que poderiam ser incorporadas à agricultura, poder-se-ia produzir o bastante através da administração científica das terras já em exploração. Pode-se prever que a população mundial crescerá à taxa de 1% ao ano, enquanto o progresso tecnológico agrícola poderá aumentar a produção por homem-ano à razão anual de 1,5% (2% ao ano em alguns países). *Qualquer pessimismo malthusiano mais profundo está fadado ao inteiro descrédito: o progresso científico, por si só, será capaz de fazer face ao crescimento da população mundial*" (o grifo é nosso).

Considera-se "gloriosamente arquivada" a teoria clássica inglesa cultivada por Malthus, Ricardo e outros "como uma das mais belas relíquias da História das Doutrinas Econômicas". A figura é de Mário Henrique Simonsen, que, sucinta e claramente, expõe ao olho nu, inclusive dos leigos, como nós, em assuntos de economia, o "esquecimento" que determinou o malogro dos prognósticos daqueles economistas. Transcrevemos do texto o que mais de perto nos interessa: <sup>(12)</sup>

"A teoria clássica inglesa, desenvolvida por Malthus, Ricardo e outros, de certa forma representa a construção mais pessimista já elaborada em economia. De fato, a sua previsão era de uma caminhada inexorável para o Estado estacionário ao nível da miséria, com os salários reduzidos ao nível de subsistência, com os lucros caídos a zero, com grande parte das rendas concentrada nas mãos dos proprietários rurais e com a população freada por uma elevação das taxas de mortalidade ao nível das de natalidade. Os fundamentos dessa previsão eram essencialmente dois: a lei dos rendimentos decrescentes, explicitada por Ricardo, e que admitia que, como consequência da rigidez da oferta, a produtividade média do trabalho declinasse gradativamente com o aumento da população ocupada; e a teoria malthusiana da população que previa o crescimento demográfico em progressão geométrica até que a miséria se encarregasse de equalizar as taxas de mortalidade às de natalidade. A terapêutica oferecida pelos futurólogos da época era mero paliativo. Malthus propunha uma trégua populacional com a

abstenção sexual voluntária, nenhum homem se casando antes dos 25 anos nem antes de ser capaz de sustentar a mulher e seis filhos. Ricardo propugnava a abertura para o comércio exterior como forma de retardar a ação dos rendimentos decrescentes. Essas medidas, todavia, pareciam mais capazes de reduzir a velocidade do que de deter a marcha para o Estado estacionário.

... um dos excitantes trabalhos dos economistas do final do século passado foi o de explicar por que os seus antecessores haviam fracassado em seus vaticínios. O esquecimento de Malthus e Ricardo foi facilmente descoberto: a lei dos rendimentos decrescentes podia ser contornada pela acumulação de capital e pelo progresso tecnológico. E, de fato, esses neutralizadores permitiriam que a produção agrícola e industrial da maioria dos povos crescesse, a taxas bem superiores à da expansão populacional.”

A oposição, portanto, seguiu passo a passo as teorias populacionais, do nascedouro até aos nossos dias.

Evidente. Um processo que incursiona em área de tamanha sensibilidade; que envolve a vida e que envolve a morte; e que diz com o que de mais sagrado há nos recônditos dos direitos do homem — tal processo, qualquer que fosse e qualquer que seja a etapa de seu desenvolvimento, não poderia e nem poderá deixar de enfrentar obstáculos.

#### V — A EXPLOÇÃO POPULACIONAL REVIGORA O PESSIMISMO MALTHUSIANO

Enquanto a crítica grifa os erros da teoria malthusiana e segue seu ritmo constante e normal, passa dia a dia a acelerar-se, num constante crescer, o ritmo da multiplicação populacional.

Fizeram-se sentir os efeitos da medicina sobre grande parte dos males que afligiam a humanidade, dizimando-a: a febre-amarela, a peste bubônica, a varíola, a tuberculose, as doenças comuns à infância, a própria gripe, que há pouco mais de cinquenta anos ceifava no Brasil centenas de vidas. Os antibióticos, os germicidas, as vacinas específicas, a cirurgia e tantos outros recursos proporcionados pelo avanço fantástico da ciência deram ensejo à vida. Resultado inevitável: o crescimento vegetativo da população, ou seja, o aumento da diferença entre a taxa de mortalidade e a taxa de natalidade. Inevitável, também, o extraordinário aumento dessa diferença naqueles países que assimilaram os recursos da medicina, mas deixaram à reprodução o curso normal da vida.

A medida que se percebe o encurtamento do espaço de tempo necessário à duplicação da raça humana, acentua-se o interesse de demógrafos, economistas, sociólogos, autoridades governamentais etc., em face do fenômeno, com a participação do público, inclusive. Comprova-o o seguinte balanço feito pelo “Population Bulletin”, publicação mensal do “Population Reference Bureau, Inc., 1755 Massachusetts Ave N. W., Washington, D.C.”, que revela o aumento

constante do número de notícias divulgadas pela Imprensa sobre população no período 1952-1962: <sup>(18)</sup>

<i>Ano</i>	<i>Número de notícias pela imprensa</i>
1952.....	231
1960.....	1.216
1961.....	3.334
1962.....	5.725

Os levantamentos estatísticos e a perspectiva por eles abertas autorizam a convergência das atenções para o problema. Fritz Baade, por exemplo, recua aos tempos remotos (ano 7000 a. C.), quando o homem começou a escrever sua história, para, a partir de então, observar a marcha progressiva do crescimento quantitativo da humanidade até o ano de 1950. Os números informam que a população vem duplicando em espaço de tempo cada vez menor, enquanto as previsões para o futuro oferecem probabilidade de diminuição cada vez maior desse espaço de tempo. Transcrevemos os dados e o comentário a respeito: <sup>(19)</sup>

#### "DESENVOLVIMENTO DA POPULAÇÃO MUNDIAL

<i>Época</i>	<i>Aumento da População</i>	<i>Tempo de Duplicação em Anos</i>
7000 a 4500 A.C.	de 10 milhões a 20 milhões	2 500
4500 a 2500 A.C.	de 20 milhões a 40 milhões	2 000
2500 a 1000 A.C.	de 40 milhões a 80 milhões	1 500
1000 ao nascimento de Cristo	de 80 milhões a 160 milhões	1 000
Do nascimento de Cristo a 900 A.D.	de 160 milhões a 320 milhões	900
de 900 a 1700	de 320 milhões a 600 milhões	800
de 1700 a 1850	de 600 milhões a 1 200 milhões	150
de 1850 a 1950	de 1 200 milhões a 2 500 milhões	100

.....  
lá por volta dos anos 7000 antes de Cristo, haveria no mundo um mínimo de 5 milhões de habitantes e um máximo de 20 milhões.



Tomemos, como Dudley Stamp, um valor intermediário de 10 milhões. 2 500 anos se passaram antes que os homens chegassem a ser duas vezes mais numerosos, atingindo aos 20 milhões. Para passar de 20 a 40 milhões o mundo esperou mais dois milênios. A terceira duplicação, dos 40 aos 80 milhões levou cerca de 1 500 anos. Quando, pela quarta vez, a população do mundo duplicar já estaremos nos tempos de Augusto, na época do nascimento de Cristo.\*

O número de homens sobre a face da terra é então de 100 milhões, no mínimo, de 300 milhões, no máximo. Tomemos mais uma vez um valor intermediário, 160 milhões. Para passar a 320 milhões, decorrem 900 anos. Mais ou menos por volta de 1700 dá-se a sexta duplicação, e a população do mundo sobe a mais de 600 milhões.

Mas eis que o andamento se acelera. A sétima duplicação, que fez passar o número de homens a 1,1 ou 1,2 bilhão, foi alcançada no ano de 1850, levando 150 anos.

Já dispomos de estatísticas bastante exatas e saímos do terreno das hipóteses. A oitava duplicação nos traz ao presente, 1950. Durou apenas um século e elevou a população mundial a 2,5 bilhões de almas. O período que decorreu entre 1850 e 1950 superou a tudo o que fora até então observado com relação ao crescimento demográfico. A segunda metade de nosso século, principalmente nos 35 anos que ainda nos separam de seu fim, nos reservará ainda maiores surpresas. Tudo o que vimos até agora será largamente ultrapassado..."

Citando Charles R. Joy, Mário Victor de Assis Pacheco (20) faz um retrospecto do crescimento populacional a partir do início da era cristã. Àquela época, a população mundial atingiu a cifra dos 300 milhões; em 1650, essa cifra superava meio bilhão; alcançou um bilhão em 1850; em 1925, chegou a dois bilhões e setecentos e cinquenta milhões; e, por volta de 1960, superou a casa dos três bilhões. As previsões de Charles R. Joy, para o futuro, mostram que é possível ao contingente humano ocupar, em 1980, a casa dos quatro bilhões e passar a cinco, em 1990. Nessa progressão, no ano de 2025, o planeta terra terá que nutrir dez bilhões de seres humanos.

O Economista Rubens Vaz da Costa (21) analisa esse vertiginoso crescimento nas últimas décadas, concluindo que, atualmente, bastam 14 anos para que a humanidade seja acrescida de um bilhão de pessoas. Considere-se que a espécie humana alcançou seu primeiro bilhão num espaço de tempo que se conta do seu aparecimento ao A.D. de 1850.

Diante dessa proliferação desmedida, ressuscitam-se os presságios de Malthus. Cogita-se sobre se o globo terrestre teria recursos que se colocassem em termos proporcionais aos da força reprodutiva dos seus habitantes; se não se estaria sob a ameaça de as bocas humanas, cada vez em maior número, sugarem as tetas da mãe natureza até à última gota.

Não são poucos os que aceitam a trágica possibilidade ou que consideram a questão de difícil equacionamento.

James A. West escreve no "Britannica Yearbook of Science and the Future" (1972), sob o título "Foods and nutrition": (22)

"The overall goal of providing enough nutritious food for all the world's population is extremely difficult to reach. Good nutrition for any individual, especially one in a less developed country, is affected by many important forces other than the actual food supply, with population density and family planning being the most important. Other factors include commercial food processing and retailing practices; medical and health standards; climate and the environment; transportation and storage facilities; and good nutrition education."

O comentarista chama a atenção para o fato de que os três bilhões e setecentos milhões hoje existentes consomem cerca de quatro bilhões de libras de alimento por dia. Para dar uma idéia ao pobre vivente da extensão do perigo que o ameaça, faz figurar esses dados dentro de um exemplo prático: os ditos quatro bilhões de libras em alimentos lotariam mil trens de cinquenta carros cada um. ("This would fill 1,000 railroad trains of 50 cars each".) (22)

Até o espaço vital entra no rol das cogitações. E nesse particular o vaticínio também traz, especificamente, grande "desconforto." Chegou-se a supor que, se a humanidade continuasse a multiplicar-se nos moldes correntes, em poucos milhares de anos todo o universo visível seria ocupado por criaturas humanas; e o diâmetro dessa esfera viva poderia dilatar-se com a velocidade da luz: (23)

"If population continued to grow at current rates, in a few thousand years "everything in the visible universe would be converted into people, and the diameter of the ball of people would be expanding with the speed of light!" P. EHRLICH & A. EHRLICH, POPULATION, RESOURCES, ENVIRONMENT; ISSUES IN HUMAN ECOLOGY 41-42 (1970) [hereinafter cited as EHRLICH]."

Considerada relativamente ao século em que vivemos e aos próximos subsequentes, tal visão apocalíptica se perderia na distância; mas analisada diante dos tempos, que minimizam os séculos, não deixaria de transformar-se em tremenda e iminente catástrofe a ameaçar a vida sobre a terra.

No Brasil, não chegamos a tanto. Mas já se fala também entre nós da "Explosão Demográfica — um mal sem remédio". Sob esse título, o correspondente do *Jornal do Brasil*, Mauro Santayana, ventila alguns aspectos da questão e apresenta os seguintes levantamentos encimados pelo subtítulo "Como a Terra está ficando apertada", expressão que, de certa forma, pode levar o leitor à

imagem daquela esfera viva a dilatar-se com a velocidade da luz. Transcrevemos os dados: (24)

### "COMO A TERRA ESTÁ FICANDO APERTADA

A população mundial nos últimos 20 anos, de acordo com o *Population Reference Bureau*, apresentou um crescimento na ordem de dois por cento ao ano, e, nos próximos 20 anos, a Terra poderá contar com cerca de 7 bilhões de habitantes.

#### POPULAÇÃO EM MILHÕES

Ano	Américas do Sul e Central	América do Norte	Europa	URSS	Ásia	África	Total
1950	163		510		1 598		2 518
1960	200	200	331	212	1 624	236	3 010
1965	248	215	443	234	1 842	311	3 220
1970	275	224	458	241	2 009	335	3 561
1971	283	228	462	242,6	2 056	344	3 632

#### CRESCIMENTO ANUAL (percentagem)

Ano	América do Sul e Central	América do Norte	Europa	URSS	Ásia	África	Total
1965	2,8	1,6	0,9	1,7	1,5	2,3	2,0
1970	2,9	1,1	0,8	1,7	2,3	2,6	2,0

Segundo um relatório das Nações Unidas, a população prevista para daqui a 20 anos apresenta os seguintes números:

- China, Japão, Coreia e Formosa: 1.287 milhões de habitantes
- Ásia do Sul (da Birmânia ao Irã): 2.171 milhões
- África: 768 milhões
- América Latina: 638 milhões
- Europa (sem incluir a União Soviética): 527 milhões
- URSS: 353 milhões
- Canadá e Estados Unidos: 354 milhões.

Os países mais populosos do mundo são: China (759.619 mil hab.); Índia (550.376 mil hab.); União Soviética (242.768 mil hab.); Estados Unidos (205.395 mil hab.); e Indonésia (121.189 mil hab.)."

## VI. O CRESCIMENTO POPULACIONAL NOS PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS

Esta, a perspectiva mundial. Os prognósticos para todos os homens de todos os quadrantes. Nesse painel, sobressaem os problemas populacionais dos países, quer subdesenvolvidos, quer em vias de desenvolvimento. Isto porque a fertilidade, segundo estimativa das Nações Unidas, é duas vezes mais elevada, ali, do que nos países desenvolvidos. Sobre este fato, não restam dúvidas. Senão, vejamos:

Em 1920, os países subdesenvolvidos abrigavam 67% da população mundial, quando os desenvolvidos retinham apenas 33%; em 1960, esses 33% se reduziram a 29%, enquanto aquela primeira porcentagem de 67% atingia a casa dos 71%. As projeções das Nações Unidas para o ano 2000 já prevêem a queda da taxa de 29% dos países desenvolvidos para 19 ou 21% e a ascensão da quota dos países em desenvolvimento de 71% para 79 ou 81%. (25)

O mesmo desencontro se revela nas taxas do crescimento demográfico dos Países ou continentes, de per si: (25)

“...Na Europa, por exemplo, como um todo é de menos de 1%; nos Estados Unidos, de 1,6%; na França, de 1,3%; na Alemanha Ocidental, de 1,3%; na Polônia, de 1,3%; na Itália, de 0,7%; na Espanha, de 0,8%; no Japão, de 1,0%. Tomando os países da América Latina, observamos que, no Brasil, é de 3,1%; no México, de 3,2%; na Colômbia, de 3,2%; e, na Venezuela, de 3,0%.”

Os coeficientes de natalidade manifestam a mesma discrepância: (25)

“Enquanto, por exemplo, na Europa, o coeficiente de natalidade é de 19 por mil; nos Estados Unidos, de 19,4; na França, de 17,7; na Alemanha Ocidental, de 17,9; na Polônia, de 17,3; na Itália, de 18,2; na Espanha, de 21,3; e, no Japão, de 18,6. Chegamos ao Brasil entre 40 e 44. ... No México, é de 45; na Colômbia de 42-46; e, na Venezuela, de 47-51.

Ao mesmo tempo, países desenvolvidos e países subdesenvolvidos caminham quase que paralelamente no setor da mortalidade. Se, por exemplo, (25)

“...tomarmos as Américas como um todo, notaremos que o coeficiente de mortalidade é de 11 por 1.000; na Europa, de 10 por 1.000; nos Estados Unidos, de 9,4; na França, de 11,1; na Itália, de 10; no Japão, de 7,1; no Brasil, entre 10 e 13; no México, de 9,5; na Colômbia, entre 13 e 17; na Venezuela, entre 8 e 12.”

Por conseguinte, a duplicação das populações atuais se processa em período de tempo muito menor, nos chamados países do terceiro mundo, do que nos países industrializados. É assim que, para dobrarem as respectivas populações, necessitam: (26)

“Grécia, de 100 anos; Itália, que sempre foi um país exportador de população, de 100 anos; Portugal, de 100 anos; Reino Unido, de 100 anos; Espanha, de 88 anos; Japão, de 70 anos; Iugoslávia, de 63 anos; Estados Unidos, de 44 anos; Rússia, de 44 anos; Argentina, de 44 anos; Cuba, de 33 anos; Peru, de 24 anos; Brasil, de 23 anos; México, de 22 anos; Colômbia, de 22 anos; Venezuela, de 21 anos.”

Enquanto isso, os países industrializados conseguem desenvolver-se além da força das respectivas populações, ao passo que os subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento desenvolvem-se aquém dessa força. Resultado: os últimos não conseguem atender às reais necessidades do número sempre maior de seus habitantes.

Glycon de Paiva, (26) economista e demógrafo, explica essa mecânica relativamente aos 35 países, constitutivos — segundo ele próprio — do mundo desenvolvido, que conseguiram manter as respectivas economias à frente da população. Em tais países, comenta, população e economia

“... crescem, por certo, mas a taxa de desenvolvimento econômico é muitas vezes maior do que a taxa de crescimento da população, dez vezes nos casos mais favoráveis. Assim, em cada um desses países acumulam-se, anualmente, substanciais poupanças utilizadas para renovar ou multiplicar estradas, casas de força, usinas, fábricas, escolas, institutos de pesquisas e todo o complexo econômico e social de um país que denominamos vulgarmente com o adjetivo *adiantado*. A população global desses 35 países é de um bilhão de habitantes, quase exatamente. Cada família média desses países, pelo seu trabalho de produzir mercadorias e serviços, recebe o equivalente a seis mil dólares por ano, ou 16 milhões de cruzeiros por família e por ano. Nesses 35 países desenvolvidos nascem 19 crianças por ano e por mil habitantes, enquanto morrem 10 pessoas por ano para a mesma cifra básica de mil habitantes. A população deles cresce, desse modo, à razão de 9 pessoas por mil habitantes por ano. Tais nações só dobram de população em um século, ficando por isso aliviadas durante anos das despesas de ampliação das obras infra-estruturais, situação habitual nos países subdesenvolvidos, que a têm dobrada freqüentemente. A proporção de jovens nas populações desenvolvidas, isto é, de pessoas de menos de vinte anos, é de 25 por cento da população; e a de velhos, pessoas de mais de 60 anos, 10 por cento. A massa que produz bens e serviços provém dos restantes 57% da população, dando lugar a considerável força de trabalho, altamente preparada em todos os seus níveis e muito produtiva. Os institutos de pesquisa tecnológica, as organizações censitárias, os laboratórios públicos e privados, as empresas de racionalidade e organização de trabalho mudam constantemente a produtividade nacional para fazê-la crescer. A renda nacional aumenta mais rapidamente pela melhoria dos serviços prestados do que mesmo pela produção de mais bens. O país desenvolvido cada vez depende menos dos seus recursos naturais e de suas matérias-primas e cada vez mais dos seus serviços e dos seus habitantes qualificados. Em França, por exemplo, 55% da renda nacional é feita de serviços, 34% de mercadorias industriais, 9% de produtos agrícolas e 2% apenas de minério das minas.

A riqueza da nação francesa reside antes nas qualidades profissionais do seu povo do que no quadro natural da França. O número de mulheres férteis, isto é, entre 16 e 48 anos, é de 23% da população; mas só há uma mulher grávida em cada grupo de 12 mulheres férteis por ano. Dos 230 milhões de mulheres férteis do mundo desenvolvido, compreendendo cerca de 18 países da Europa, 7 países da Cortina de Ferro, dois países da América do Norte, três da América do Sul, três da Ásia e dois da Oceania, há noventa milhões de mulheres católicas cuja fertilidade se enquadra na cifra média de 19 nascimentos por mil habitantes, o que exige, apenas, uma mulher grávida em cada grupo de 12 mulheres em idade fértil por ano. Conservando o montante populacional subordinado à capacidade econômica, dispõem esses 35 países de um potencial de produção de excedentes e de aperfeiçoamento, sob forma de mercadorias e de serviços, que lhes assegura contínua plenitude social e econômica certa e definida. Apenas a política de poder internacional poderá perturbar-lhes a segurança interna na ordem social ou econômica."

No reverso da medalha, Glycon de Paiva <sup>(26)</sup> situa 90 países "nos quais as necessidades da população, velozmente crescente, superam a capacidade de bens e de serviços por ela reclamados". O mundo subdesenvolvido suporta "2,3 bilhões de pessoas, população duas vezes maior que a do mundo desenvolvido, mas, ao mesmo tempo, cinco vezes mais pobre do que ele". O fato é que, nos países desenvolvidos, a renda nacional pode ser até 10 vezes superior à do aumento da população, quando, nos países subdesenvolvidos, a taxa do crescimento do produto é apenas duas vezes maior do que a taxa do crescimento populacional.

Um regime de desenvolvimento econômico, afirma o economista, <sup>(27)</sup> depende da relação entre a taxa de desenvolvimento econômico e a taxa de crescimento demográfico. Se a taxa de desenvolvimento econômico é cinco vezes, pelo menos, maior do que a taxa de desenvolvimento demográfico, tem-se um regime de desenvolvimento econômico sustentável; do contrário, se essa relação é inferior a cinco, o resultado é inverso.

Dentro desse princípio, ainda Glycon de Paiva dá como "o equivalente demográfico da renda elevada a natalidade baixa". <sup>(28)</sup> A conclusão se alicerça em exaustivo levantamento que teve por objeto 126 países registrados na ONU, dos quais, 35 desenvolvidos. Os dados dizem respeito à população, à taxa de natalidade por mil, ao crescimento demográfico por mil, à diferença e à renda *per capita*. Apesar da extensão, vale a pena registrar a laboriosa pesquisa:

"Suécia — população, 7,7 milhões; natalidade, 16; mortalidade, 10; crescimento, 6; renda "per capita", 1.046 dólares. Holanda — 12,3 milhões de habitantes; natalidade, 21; mortalidade, 8; crescimento demográfico, 13; renda "per capita", 1.205 dólares. De modo que nos 14 países da Europa Ocidental, com cerca de 220 milhões de habitantes, a taxa de natalidade média é de 20, a de mortalidade é de 11, a de crescimento

é de 9 e a renda média *per capita* de 1.575 dólares. Nesses países há uma complexidade: um índice de natalidade e de crescimento demográfico baixo, com uma renda característica de desenvolvimento. Nos 16 países da Europa Socialista temos as seguintes taxas: Tcheco-Eslováquia — população, 14 milhões; natalidade, 17; mortalidade, 10; crescimento, 7; renda, 1.276 dólares. Esse é o país mais rico, individualmente, na constelação socialista. Rússia — população, 234 milhões; natalidade, 20; mortalidade, 7; crescimento, 13; renda *per capita*, 1.202 dólares. Esses dados são os de 1965. Hungria — população, 10 milhões; natalidade, 13; mortalidade, 10; crescimento, 3. Há, portanto, praticamente, estabilização populacional. O país leva 175 anos para dobrar a sua população. Sua renda é de 843 dólares. Bulgária — 8 milhões de habitantes; natalidade, 16; mortalidade, 8; crescimento, 8; renda, 594 dólares. É de notar-se que a Hungria e a Bulgária se tornaram desenvolvidas, atravessando a fronteira de 530 dólares, recentemente, depois de crises nacionais. As taxas da Europa Socialista, 317 milhões de habitantes, são estas: natalidade, 19 — contra 20 na Europa Ocidental; diferença, portanto, de 1 ponto; crescimento demográfico, 11,5 — contra 9, na Europa Ocidental; renda média de 1.080 dólares — contra 1.575 da Europa Ocidental. Os três países da Europa Mediterrânea apresentam as seguintes taxas: Itália — população, 53 milhões de habitantes; natalidade, 20; mortalidade, 10; crescimento, 6. A taxa de crescimento não é de 10, porque a Itália manda imigrantes principalmente para a Austrália e para os Estados Unidos. Esse país tem uma renda de 894 dólares. A Grécia tem uma população de 9 milhões e apresenta os seguintes índices: natalidade, 19; mortalidade, 10; crescimento, 7. Todos os países do Mediterrâneo são supridores de imigrantes. Sua renda é de 517 dólares; conseqüentemente, o limite entre o subdesenvolvimento e o desenvolvimento. A Espanha tem 32 milhões de habitantes e apresenta os seguintes índices: natalidade, 22; mortalidade, 9; crescimento, 8; renda de 472 dólares. Está quase chegando ao desenvolvimento. As taxas da Europa Mediterrânea são: 94 milhões de habitantes; natalidade, 19; mortalidade, 10; crescimento, 7 — em virtude do fenômeno migratório — e 720 dólares de renda. Quanto aos países desenvolvidos da América, apresentam as seguintes taxas: Estados Unidos — população, 195 milhões de habitantes; natalidade, 21; mortalidade, 9; crescimento, 12; renda *per capita*, 3.200 dólares. Canadá — população, 20 milhões de habitantes; natalidade, 23; mortalidade, 8; crescimento, 15; renda, 2.100 dólares. Argentina — população, 22 milhões de habitantes; natalidade, 22; mortalidade, 8; crescimento, 14; renda *per capita*, 614 dólares. Chile — população, 8,7; natalidade, 34; mortalidade, 12; crescimento, 23; renda *per capita*, 473 dólares. Uruguai — população, 2,7 milhões de habitantes; natalidade, 21; mortalidade, 7; crescimento, 14; renda *per capita*, 478 dólares. De modo que esses cinco países desenvolvidos da América, sob o ponto de vista de renda *per capita* — Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile e Uruguai — têm uma população global de 250 milhões de habitantes; natalidade, 22; mortalidade, 9; crescimento, 13; e uma renda média de 2.275 dólares, grandemente influenciada pela renda americana. É, portanto,

fácil comparar os índices de natalidade: Europa Ocidental, 20; Europa Socialista, 19; Europa Mediterrânea, 19; e países citados da América, 22. Há, por conseguinte, uma constância em torno dos 20. A dimensão demográfica está ligada a uma rede de investimentos referentes ao presente exame. Em seguida, quatro países da Ásia, que também têm grande renda. São os países mais ricos do mundo, em renda *per capita*. O Kuwait tem 3.300 dólares de renda. Esse país tem um índice de natalidade de 40, sendo, portanto, uma exceção. Entretanto, sua população é de meio milhão de habitantes. Há, visivelmente, uma confusão entre o orçamento da nação e o do governante. A aritmética é que dá à população essa renda. Na verdade, a renda *per capita* não é superior a 100 dólares. O governo é desenvolvido e o país subdesenvolvido. Israel tem uma população de 2,6 milhões de habitantes; um índice de natalidade de 26; mortalidade, 7; crescimento, 35. Esse índice é explicável em virtude da importação de gente. Tem uma renda de 1.111 dólares. O Japão tem uma população de 98 milhões de habitantes e apresenta os seguintes índices: natalidade, 18 — segundo menor índice de natalidade do mundo, depois da Hungria, que é de 13; mortalidade, 7; crescimento demográfico, 8; renda *per capita*, 627 dólares, na época, e, hoje, 850. Poderia citar dois países da Oceania: Austrália — 11,4 milhões de habitantes; natalidade 21; mortalidade, 9; crescimento, 21; e uma renda de 1.060 dólares; e a Nova Zelândia, com uma população de 2,7 milhões de habitantes; natalidade, 23; mortalidade, 9; crescimento 22; e uma renda de 1.700 dólares. Resumo das taxas demográficas do mundo desenvolvido: Europa Ocidental, Socialista, Mediterrânea, América desenvolvida, Ásia e Oceania; natalidade — 20, 19, 19, 22, 22, 22, média 21; mortalidade — 11, 7, 5, 9, 7, 9, 8; crescimento demográfico — 9, 11, 5, 7, 13, 10, 21 e 10; renda média do mundo desenvolvido, 1.420 dólares. Agora, o que acontece em países subdesenvolvido com menores taxas de natalidade: O Ceilão tem uma taxa de natalidade de 35; uma população de 11,2 milhões de habitantes e um controle natal, com seis anos de assistência, com o auxílio governamental sueco. O governo sueco faz tratados de assistência para controle natal de governo para governo. Há uma série de clínicas suecas, com treinamento de médicos e enfermeiras, neste sentido, já com cerca de 7 anos de experiência. A taxa de natalidade do Ceilão, que era de 43, já está em 35. É um país subdesenvolvido, que está aplicando o controle natal com a simpatia e complacência governamentais. Cingapura apresenta os seguintes índices: natalidade, 31; 1,9 milhões de habitantes. Formosa, com 12,4 milhões de habitantes, apresenta um índice de 29, mas anteriormente era de 35. Hong-Kong: 29 de natalidade e 3,8 milhões de habitantes. A Coreia do Sul apresenta o índice de 25 de natalidade — há alguns anos era de 30 por mil — com 28 milhões de habitantes. O controle natal nesses quatro países é orientado pela International Planning Parenthood Federation. Há médicos especialistas praticando aborto. Cuba tem um índice de 31; Albânia, 37; Iugoslávia, 21. As populações respectivas são de 7,6, 1,9 e 19,5. Em média, esses países que estão há mais de 6 anos sob o império da prática do controle natal, estão com a taxa de natalidade de 28%, em vez de 42, dos paí-



ses subdesenvolvidos. Essa taxa também não é a desejada para países desenvolvidos, com uma população de 86 milhões de habitantes. De modo que os países subdesenvolvidos, submetidos a um programa qualquer de redução de fluxo de nascimento, por motivos econômicos, respondem da maneira que acabo de referir. O índice de natalidade do mundo desenvolvido é de 21 por mil habitantes, chegando a 13 na Hungria, 16 na Escandinávia e no Benelux, 18 no Japão, 20 na Rússia e 22 nos Estados Unidos. Dos 35 países com renda de desenvolvidos, dois apenas discrepam desse quadro e têm índices de natalidade de países subdesenvolvidos, ou seja, de mais de 40 por mil. São esses países a Venezuela e o Kuwait, aliás os maiores exportadores de petróleo do mundo. Esses países, que fogem à regra, somam menos de 1% da população desenvolvida, que é de 1 bilhão de pessoas. Devem, portanto, ser classificados como países ainda subdesenvolvidos com renda suficiente para se desenvolverem. O índice de mortalidade dos países desenvolvidos é de 8 por mil, descendo a 6, em Israel; 7, no Japão, na Rússia e no Uruguai; 8 no Canadá e Estados Unidos, e subindo a 11 e 12 na Europa. O índice de 6 a 7 mortes por mil engloba mortalidade infantil, distúrbios cardiovasculares, câncer e acidentes, sendo o problema insolúvel até agora, sob o ponto de vista médico. O índice de crescimento médio dos países desenvolvidos é de 10 por mil. Temos um desenvolvimento de 32 a 33 por mil. Desce a 7 na Europa Mediterrânea, supridora de imigrantes; 9, na Europa Ocidental e no Japão; sobe a 11,5, na Europa Socialista, e até a 21 na Austrália que absorve imigrantes. A Austrália está recebendo da Europa Mediterrânea a contribuição de imigrantes. Cumpre observar as taxas de natalidade extremamente baixas dos países da Europa, satélites da Rússia: 13 da Hungria; 15 da Romênia; 16 da Bulgária e 17 da Tchecoslováquia, assim como a do Japão, em consequência do estabelecimento oficial do aborto, segundo foi relatado na Conferência de Belgrado, em 1965. Vale observar a quase estabilização da população da Escandinávia, da Europa satélite da Rússia e da Europa Mediterrânea. Se o controle natal baixar até à metade das cifras de natalidade da Hungria — 13 por mil — chegar-se-á a uma natalidade igual à mortalidade residual. Ficaria assegurada uma situação de mera renovação social da população. Uma mulher grávida por ano, em cada 17 mulheres fecundas, representará a taxa de estabilização populacional. Na Escandinávia, ocorre uma gravidez por ano, em cada 15 mulheres férteis. No Brasil, uma gravidez por ano, em cada 4 a 5 mulheres férteis. Em apenas 8 países, com 87 milhões de habitantes, de população agregada, representando menos de 4% da população subdesenvolvida do mundo, verifica-se um índice de natalidade inferior ao característico dos países subdesenvolvidos — 40 a 45 — com a média de 28 nascidos por mil. Isto mesmo porque esses países são exatamente aqueles nacionalmente engajados em planos de contenção natal, iniciados há menos de 5 anos, com exceção da Iugoslávia, onde já é praticado há um decênio."

Entre os países de alta natalidade e baixa renda *per capita*, situa-se o Brasil, a despeito da corrida para o desenvolvimento encetada nos últimos anos. Dentro da América Latina, que se projeta no panorama mundial com uma po-

pulação de 248 milhões, participamos com uma porcentagem que, de 27,6, em 1900, passou a 33,4, em 1970.

Em termos globais, o movimento demográfico brasileiro, <sup>(29)</sup> "... caracterizado na sua fase recente por uma alta natalidade, como no passado, e uma mortalidade já razoavelmente baixa e ainda em declínio, apresenta uma tendência crescente, que se pode incluir entre as mais intensas do mundo. Em 1970, por ocasião do VIII Censo Demográfico, a população brasileira era de quase 10 vezes (9,5) a registrada em 1872, quando do I Censo Demográfico realizado no Brasil. Apesar do declínio quase total das correntes migratórias internacionais a partir da Primeira Guerra Mundial, a taxa de crescimento demográfico brasileiro continuou a elevar-se em virtude da redução da mortalidade, passando de 2,38%, no decênio 1940/1950, para 2,99%, no período 1950/1960, declinando ligeiramente em seguida para 2,90%, no decênio 1960/1970. Ainda assim, continua a população brasileira a situar-se entre as que mais rapidamente crescem no mundo."

O quadro abaixo confirma esse crescimento e a ascendente participação do País no âmbito latino-americano e no complexo mundial: <sup>(29)</sup>

#### 1. POPULAÇÃO DO BRASIL, DA AMÉRICA LATINA E DO MUNDO

ANO	POPULAÇÃO (milhões)			PERCENTAGENS DA POPULAÇÃO DO BRASIL	
	Brasil	América Latina	Mundo	Em relação à América Latina	Em relação ao mundo
1900 .....	17,4	63	1 608	27,6	1,1
1940 .....	41,2	130	2 295	31,7	1,8
1950 .....	51,9	163	2 517	31,8	2,1
1960 .....	70,1 (1)	213	3 005	32,9	2,4
1970 .....	94,5 (2)	283	3 632	33,4	2,6

(1) População presente; com a população recenseada, a participação na América Latina aumentaria para 33,3%.

(2) População recenseada.

Face à diminuta influência do fluxo migratório, a natalidade e a morte assumem o comando de nossa dinâmica demográfica. Apenas umas dezenas de milhares de imigrantes entram no País, quando o incremento populacional, em cifras absolutas, atinge, praticamente, a soma de três milhões de nascimentos em cada ano.

Nascemos sempre muito e cada vez morremos muito menos. Segundo dados apresentados pelo demógrafo e sociólogo Padre Calderon Beltrão, <sup>(30)</sup> no período compreendido entre 1872 e 1890, a natalidade no Brasil se registrava à base de 46,5 nascidos vivos por mil habitantes e a mortalidade em termos de 30,2 para o mesmo número de habitantes. Nos períodos subseqüentes, verificaram-se as seguintes modificações: <sup>(30)</sup>

1891 a 1900	-- natalidade	-- 46,0;	mortalidade	-- 27,8
1901 a 1920	"	45,0;	"	26,4
1920 a 1940	"	44,0;	"	25,3
1940 a 1950	"	43,5;	"	19,7

Sobre a década 1950-1960, o Padre Beltrão apresenta cifras aceitas tanto pelos demógrafos nacionais como estrangeiros, levadas, inclusive, ao Congresso Mundial de População realizado em Belgrado, em setembro de 1965. Nessa década, a natalidade se situava ainda numa faixa entre 43 e 47 nascidos vivos por mil habitantes, mas a mortalidade já decrescia para uma média entre 11 e 16 óbitos por mil habitantes.

Em 26 de setembro de 1967, declarava o demógrafo: <sup>(30)</sup>

“Não tenho dúvida em considerar que, atualmente, a mortalidade brasileira se situa por volta de 10 óbitos por mil habitantes, ou seja, a mortalidade que se observa nos países europeus.”

Desta forma, desprezado o fluxo migratório por insignificante, e subtraída da taxa de natalidade (45 nascidos vivos por 1.000) a taxa de mortalidade (10 por mil), tem-se um excedente de 35 nascidos vivos por 1.000, o que corresponde a uma taxa de 3,5%. Crescendo nessa proporção, segundo ainda o Padre Beltrão, a população brasileira tende a dobrar num espaço de tempo inferior a 30 anos, ou seja, entre 20 e 25 anos, o que dá margem a uma previsão de 220 a 250 milhões de habitantes para o ano 2.000 <sup>(30)</sup>

Aproxima-se a estimativa supra daquelas qualificadas de “mais corretas” por J. Mayone Stycos e Jorge Ariá: <sup>(31)</sup> “as estimativas de Grauman feitas para a ECLA, que dão a população do Brasil em 1970 como sendo de 96.700.000, em 1975, 111.400.000 e em 1980 de 126.800.000”.

Em 1970, não atingimos os 96.700.000 acima previstos, mas andamos perto. A população então recenseada traduziu-se na cifra de 94.508.554. <sup>(32)</sup> Com razão, Glycon de Paiva, quando declara à *Tribuna da Imprensa* em 1972, <sup>(33)</sup> que “a perigosa marca de 100 milhões de habitantes a atingiremos em 1973, se praticarmos reprodução descuidada, e em 1977, se nos interessarmos pela reprodução desejada à taxa de 1%.”

Relativamente à nossa renda *per capita*, os últimos anos de esforços desenvolvimentistas nos têm deixado saldo positivo. Crescemos — censo de 1970 — à taxa de 2,8%, de 1960 a 1970, enquanto, segundo a Fundação Getúlio Vargas, a taxa do crescimento do Produto Interno Bruto no Brasil, nesse período, foi de 5,6%, cabendo salientar que essa taxa subiu, em 1968, para 9,3%; em 1969, retrocedeu um pouco para 9%; em 1970, voltou a subir, atingindo 9,5%, e, em 1971, alcançou a taxa de 11,3%. <sup>(34)</sup> Lembremo-nos de que, em outubro de 1967, Glycon de Paiva declarava perante a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a estudar a conveniência ou não de um plano de limitação da natalidade no País:

“Enquanto nos países desenvolvidos a taxa de aumento da renda nacional pode ser até 10 vezes superior à do aumento da população... nos países subdesenvolvidos a taxa do crescimento do produto é apenas duas vezes maior do que a taxa do crescimento da população, relação essa válida para o Brasil.” <sup>(35)</sup>

Avançamos, sem dúvida, mas lembremo-nos de que regiões há do País que demandam um crescimento maior em função do aumento de sua renda *per capita*. Um estudo do Banco do Nordeste do Brasil lembrado pelo *O Estado de São Paulo*, no corrente ano, <sup>(35)</sup> faz ver que “o Nordeste precisa crescer a uma taxa de pelo menos 10% ao ano até o final da presente década, para

acompanhar o ritmo de desenvolvimento do restante do País". (...) "é a taxa de crescimento de 10% ao ano que permitiria chegar ao início da década de oitenta com uma renda *per capita* no Nordeste correspondente a 396 dólares, bastante significativa, se comparada com os 200 dólares obtidos em 1970". Por outro lado, o mesmo relatório do Banco do Nordeste do Brasil "admite, para efeito de raciocínio, que a Nação manterá a taxa média anual de crescimento de 9% até 1980." (35) A consequência é lógica — ressalta da leitura das duas premissas: à taxa anual de 9% a renda *per capita* do Nordeste não atingirá, no início da década de oitenta, aqueles 396 dólares!

Ainda sobre as diferenças regionais da renda no Brasil, lê-se em comentário de João Pinheiro Neto, publicado recentemente pela *Última Hora*: (36)

"A renda média do Nordeste representa menos da metade da renda da Região Sul. Enquanto 40 por cento da população remunerada residem na Região Sul e detêm 50 por cento da renda total, a população remunerada do Nordeste corresponde a 27 por cento do total e recebe apenas 15 por cento da renda. Nas demais regiões, a participação na renda e na população total são mais equilibradas: no Norte, 3 por cento da renda e 3 por cento da população; no Leste, 28 por cento da renda e 25 por cento da população; no Centro-Oeste, 4 por cento da renda e 5 por cento da população. Isto significa que as rendas médias dessas regiões aproximam-se da renda média do País."

Aliás, o Governo não desconhece nem esconde esse desajuste entre o crescimento econômico e o desenvolvimento do País. Pelo contrário, o próprio Ministro da Agricultura, Sr. Cirne Lima, em entrevista a uma publicação da ONU, segundo transmite a *Tribuna da Imprensa*, o comenta através de declarações das quais nos permitimos transcrever alguns itens: (37)

"1 — "Sem dúvida, estamos obtendo excelentes resultados em matéria de crescimento econômico, mas não podemos dizer o mesmo sobre o desenvolvimento do País. Crescimento econômico é o aumento de bens e serviços colocados à disposição da população e podem ser representados pelo simples aumento quantitativo da renda *per capita*, sem revelar as características estruturais da economia, principalmente em seus aspectos qualitativos."

2 — "O desenvolvimento, por outro lado, significa implicitamente uma melhora econômica, promovendo melhor distribuição e redistribuição da renda nacional e regional."

4 — "Nosso problema é harmonizar uma taxa de crescimento de 9 por cento ao ano com uma significativa melhora na distribuição da renda. Precisamos aumentar rapidamente o poder aquisitivo de toda a população brasileira e não só de uma limitada minoria. Precisamos empregos para aumentar a eficiência de nossa produção rural e melhorar as condições sociais de uma grande parte da população, por meio de maiores oportunidades educacionais e melhores condições de vida."

5 — "Admito até que seria melhor reduzir a porcentagem de crescimento anual para 7 ou 8 por cento, e distribuir melhor a renda — e

conseqüentemente dar um impulso maior ao desenvolvimento — do que manter a taxa de 9 por cento, ou mesmo aumentá-la, sem ter uma melhora significativa nas condições sociais. Estamos decididos a enfrentar esse deságio e ir adiante. Creio que a posição do nosso Governo é não deixar o rio correr direto para o mar. Nosso País é tão grande e tão potencialmente rico que estou convencido de que encontraremos o caminho.”

Por tudo isso, podemos afirmar que “decolamos” no campo do desenvolvimento, mas não voamos ainda em céu azul, acima das nuvens. Na arena da luta desenvolvimentista, entre os inúmeros e complexos fatores, é mister considerar também o aspecto demográfico; moderar, se necessário, o crescimento da população; aproveitá-lo, se possível; mas colocá-lo a serviço do homem e do progresso.

#### VII — INTENSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES ANTINATALISTAS

Demonstrada numericamente a explosão demográfica, considerado o raio de extensão de sua influência, reacende-se a velha campanha voltada para a diminuição dos nascimentos.

Não só as organizações interessadas no planejamento da família, de acordo com as diferentes e específicas necessidades de cada grupo familiar, intensificaram suas atividades, como surgiram círculos de ação dos partidários da limitação compulsória comandada pelo Estado, em função de toda a coletividade.

Seria de supor-se que apenas o mundo não-desenvolvido se empenhasse nessa luta. Mas é interessante notar que no mundo desenvolvido ela também ganha terreno. Nesse mundo cuja população cresce à razão de 9 pessoas por mil habitantes, no espaço de um ano, cogita-se até da implantação do controle estatal. É o que vemos a seguir:

Começemos pelos Estados Unidos. Aqui, o movimento pelo planejamento familiar já dava resultados práticos em 1916, segundo tivemos oportunidade de aludir, com a instalação da primeira clínica de “birth control”, por Margareth Sanger.

De início, os programas tinham em vista as necessidades dos casais que não *queriam* ir além do número de filhos já nascidos, ou que não *podiam* tê-los, em número superior às suas forças econômicas. Dirigiam-se também aos casais novos, às famílias recém-constituídas, com a finalidade de dilatar o espaço entre um e outro filho.

Em 1965, a “International Planned Parenthood Federation” (IPPF), fundada em 1952 por Mrs. Sanger e outras pioneiras de diferentes países, estendia seu raio de ação a mais de 40 nações, nos cinco Continentes. Mantida à custa de contribuições particulares, a IPPF lançou-se à tarefa de propiciar a mais larga assistência possível ao planejamento da família e passou a fomentar o desenvolvimento de programas anticoncepcionais sob os auspícios do governo. (1)

Este segundo estágio, bem mais amplo do que aquele orientado para determinados grupos familiares, ao que parece, terá acesso a uma terceira etapa, qual seja a do controle da natalidade propriamente dito: há indícios de que, mais cedo ou mais tarde, os Estados Unidos adotarão a limitação pelo Estado.

"It has become almost axiomatic that population growth will someday to stop", lê-se na *Harvard Law Review*, seção "Notes", sob a epígrafe "Legal Analysis and Population Control: The Problem of Coercion".<sup>(38)</sup> O parlamentar Henry Heuss faz ver ao governo que a população do País não pode ser ultrapassada: "...the present population ought not to be exceeded."<sup>(39)</sup> Lee A. Dubridge, ex-consultor para Ciência e Tecnologia da Casa Branca, indaga: Poderíamos conseguir um meio de reduzir o crescimento da população a zero? O problema deveria ser posto como tarefa fundamental de toda instituição humana ("Can we not invent a way to reduce our population to zero? Every human institution... should set this as its prime task.<sup>4)</sup>).

Defendendo o ponto de vista de que o crescimento da população terá de parar algum dia, a publicação citada — *Harvard Law Review* — alega: à taxa corrente de menos de um por cento ao ano, a população americana dobrará em 70 anos, atingindo, por volta de 2040, a marca dos 400 milhões. Nesse ritmo, chegaria a um bilhão, aproximadamente, para os fins do século XXI, e assim por diante.<sup>(39)</sup> Como sucedâneos do crescimento sem freios, comparecem a poluição do ambiente e os graves problemas de ordem social: "A growing population is said to cause a serious strain on "social supplies — the capacity to educate youth, to provide privacy and living space, to maintain the processes of open, democratic government..."<sup>(40)</sup>

Além da pressão demográfica dentro do próprio País, argumenta a publicação em foco — e, desta feita, o problema demográfico adquire foros de *problema de consciência* — com o fato de que os Estados Unidos e outras nações desenvolvidas, por força dos respectivos aumentos populacionais, contribuem, igualmente, para o surgimento das dificuldades associadas à explosão populacional do mundo. O exemplo apresentado é o da Nação americana mesma, que, com 6% da população mundial, consumiu, em 1966, 34% da produção energética do globo, 29% da produção de aço e 17% da produção de madeira de construção. Uma estimativa aproximada acusa que um nascimento na América representa uma drenagem, relativamente aos recursos mundiais, 25 vezes maior do que aquela determinada por um nascimento na Índia.<sup>(41)</sup>

No mesmo tom, comenta o periódico *Journal of Family Laws*<sup>(42)</sup>

"In view of the growing opinion that the United States may have passed the point of optimum population, this time lag seems to indicate a call for immediate action."

As alegações não divergem daquelas expedidas pelo periódico anteriormente citado: a sangria nos recursos, a diminuição no suprimento alimentar *per capita*, a impossibilidade de se fazer substituir os recursos minerais esgotados por outros correspondentes na mesma medida em que a população sempre mais numerosa deles necessita, a poluição. E o raciocínio subsequente: a necessidade imperiosa do controle sobre a fertilidade.

Transcrevemos o texto:<sup>(42)</sup>

"The effects of overpopulation can be seen in a depletion of resources and an increase in pollution. Currently, the diminishing per capita food supply leads some to predict world famines in the near future. Some resources do not share reproductive qualities of plant

and animal life. Mineral and oil supplies must be considered finite. While substitutes may provide the answer, as population increases the demand for resources becomes greater and the available time to develop suitable substitutes decreases.

Of more immediate concern to Americans is the pollution crisis. "The great rivers that opened up the New World — the Hudson, Connecticut, Delaware, and Ohio, the Mississippi, Missouri, Columbia, and Colorado — are dead or dying from the effects of domestic and industrial effluent, silt and thermal discharges." Radiation pollution poses a serious threat in the future, while air pollution, first noticed as a serious problem as early as 1273, presently has the potential of becoming a serious influence on the mortality rate. There is evidence that air pollution has an effect on weather conditions which could lead to significant changes in the environment. It is questionable whether a nation which is presently incapable of coping with these problems can effectively control problems of greater magnitude relative to population growth. A logical approach would be to recognize population as the catalyst and impose controls on fertility."

O comentário não só insiste sobre a necessidade do controle, como traz argumento sobre quão urgente se torna a concretização da medida. Isto porque os malefícios do crescimento populacional não são susceptíveis de desaparecer aos primeiros sinais do comando controlista: Não se pode comparar o fluxo populacional ao da água a correr da torneira, que pode ser fechada quando o líquido atinge o nível desejado ("... population is not like water issuing from a tap — to be turned off at will when the desired level has been reached. ...")

As crises, por exemplo, previstas para um futuro próximo, face à diminuição do suprimento alimentar *per capita*, "will not ... be caused by weather variations and, therefore, will not be ended a year or so by the return of normal rainfall. They will last for years, perhaps for several decades". (42) Igualmente, as medidas controlistas aplicadas em determinada data, em determinado ano, não alcançariam as crianças já então nascidas, e estas, atingidas a fase reprodutiva, continuariam a oferecer crianças "extraprograma" ao fluxo demográfico, com a decorrente protelação do equilíbrio planejado. Transcrevemos a ilustração oferecida relativamente a este último argumento: (42)

"A pertinent illustration is the fact that even if, starting tomorrow, women were to have no more than two children apiece, total world population would continue to rise substantially for another two decades. Why? Because all the world's mothers for the next twenty years have already been born, and the numbers entering childbearing ages are rising year by year."

A divulgação desses pontos de vista, a propaganda anticoncepcional, o receio de que "aconteçam" os presságios malthusianos surtem efeitos: influenciam os atos legislativos; refletem-se em medidas financeiras e administrativas. Haja vista: o relaxamento da legislação que restringia o financiamento de programas orientados para a limitação dos nascimentos — fato registrado em Massachu-

setes, Estado preponderantemente católico <sup>(43)</sup>; a efetivação de medida inversa, ou seja, a destinação, pelo Congresso, de recursos financeiros, justamente, para a instituição de serviços de planejamento familiar; <sup>(44)</sup> a reforma da legislação que alarga o campo do aborto legal; <sup>(45)</sup> a adoção, por diversos Estados, de providências que incluem a concessão de anticonceptivos entre os auxílios a serem concedidos às famílias pobres. <sup>(46)</sup>

Acrescente-se que as medidas desse teor tomaram impulso ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Suprema Corte, da "anti-birth control law" de Connecticut, apesar de o Juiz prolator da sentença (Mr. Justice Goldberg) não haver demonstrado, na oportunidade, qualquer propósito em relação ao controle populacional. Expressou, isto sim, que se poderia ter como válida a lei que determinasse o controle compulsório da natalidade, se como válida se tivesse aquela que rejeitasse a limitação voluntária da procriação por parte de pessoas casadas. A ambas, por outro lado, considerou inconstitucionais, uma vez que tanto uma quanto a outra invadem os direitos da "marital privacy" constitucionalmente protegidos: <sup>(47)</sup>

"Surely the Government, absent a showing of a compelling subordinating state interest, could not decree that all husbands and wives must be sterilized after two children have been born to them. . . . Yet, if upon a showing of a slender basis of rationality, a law outlawing voluntary birth control by married persons is valid, then, by the same reasoning, a law requiring compulsory birth control also would seem to be valid. In my view, however, both types of law would unjustifiably intrude upon rights of marital privacy which are constitutionally protected."

Paralelamente ao incentivo ao planejamento familiar, constata-se a apresentação de projetos legislativos denunciadores da tendência pela adoção do controle da natalidade através do Estado. São projetos que ora favorecem as famílias pequenas, ora procuram forçar a redução do número de filhos. No Hawaii, por exemplo, "A bill has been introduced to require compulsory sterilization after three children", tendo-se notícia de outras proposições destinadas a favorecer as famílias reduzidas, através de medidas incidentes sobre as isenções do imposto de renda: "other bills have been introduced which aim at modifying income tax exemptions to favor small families." <sup>(48)</sup>

Tais iniciativas permanecem, é verdade, no campo acadêmico. Mas a providência tomada pelo Governo americano em 1970 faz supor que, em breve, a atuação do Estado marcará as atividades reguladoras do problema demográfico no País.

A providência lembrada consiste na constituição, em março daquele ano, pelo Presidente Nixon, da "Commission of Population Growth and American Future" com a finalidade de investigar o crescimento populacional dos Estados Unidos e suas previsíveis conseqüências sociais, a partir dos seguintes aspectos: <sup>(49)</sup>

(1) the probable cause of population growth, internal migration, and related demographic developments between now and the year 2000;



- (2) the resources in the public sector of the economy that will be required to deal with anticipated growth in population;
- (3) the ways in which population growth may affect the activities of Federal, State, and local government;
- (4) the impact of population growth on environmental pollution and on the depletion of natural resources;
- (5) the various means appropriate to the ethical values and principles of the society by which our Nation can achieve a population level properly suited for its environmental, natural resources and other needs.”

À Comissão, portanto, incumbirá indagar das causas do aumento populacional, migração interna e desenvolvimentos demográficos, a partir de então até o ano dois mil; levantar os recursos no setor da economia pública passíveis de atender ao crescimento antecipado da população; estudar a influência do crescimento populacional sobre as atividades dos governos local, estadual e federal; aquilatar sobre o impacto de crescimento relativamente à poluição ambiental e à diminuição dos recursos naturais e, finalmente, concluir sobre os vários meios condizentes com os valores éticos e princípios da sociedade pelos quais a Nação possa alcançar, no tocante à população, um nível particularmente adequado às exigências ambientais, recursos naturais e outras necessidades. Vale dizer, o Governo tem em mira empregar esses meios “appropriate to the ethical values and principles of the society”. Seria o controle pelo Estado.

Em 1969, anteriormente, portanto, à instituição da aludida Comissão, o Presidente Nixon, em mensagem ao Congresso, considerava as implicações de um programa voltado para a limitação populacional, em face das convicções religiosas e dos direitos individuais, mas não deixava de manifestar o intuito do Governo de agir nesse campo: <sup>(50)</sup>

“[In] no circumstances will the activities associated with our pursuit of [population limitation] be allowed to infringe upon the religious convictions or personal wishes freedom of any individual, nor will they be allowed to impair the *absolute* right of all individuals to have such matters of conscience respected by public authorities.”

Na Inglaterra, as atividades se desenvolvem no terreno do planejamento familiar.

De acordo com a lei de 1967 [National Health Service (Family Planning) Act], o Parlamento britânico decidiu conceder aos serviços de saúde o direito de proporcionar conselhos em matéria de anticoncepção e de fornecer anticonceptivos — atividades que passaram a ser consideradas como funções do Serviço Nacional da Saúde. <sup>(51)</sup>

Nos termos do diploma legal citado, comenta o *Anuaire de Législation Française et Étrangère*, “toute “personne” (quel que soit son âge, semble-t-il, et qu'elle soit ou non mariée) peut demander des conseils en matière de contraception; mais l'autorité locale peut faire payer ces conseils, ainsi que tout procédé contraceptif qu'elle aurait fourni”. <sup>(51)</sup>

Anteriormente, orientação desse gênero não podia ser solicitada senão a determinadas clínicas criadas por organizações privadas, como seja, a “Family

Planning Association", cujas atividades se estreitavam em área reduzida, uma vez que tais entidades subsistiam graças a doações.

A lei de 1967 não desacreditou essas clínicas como fontes de aprovisionamento tradicionais. Os processos anticoncepcionais continuam a ser difundidos, também, por intermédio delas, e por elas são vendidos, a preço módico, os anticoncepcionais, quando não são obtidos, ou diretamente nas farmácias, ou por via postal, ou, ainda, segundo costume arraigado, nos salões de cabeleireiros. A partir de alguns anos, existem mesmo distribuidores automáticos, se bem que esses aparelhos sejam proibidos pelos regulamentos locais de determinadas regiões.

Mas, ao lado das clínicas privadas, as clínicas criadas pelos serviços sanitários locais poderão, de agora em diante, segundo a nova lei, exercer função de caráter social, prodigalizando conselhos, dando orientação específica no âmbito da anticoncepção.

No mesmo ano de 1967, entrou em vigor, na Inglaterra, um ato legislativo que permitiu a prática do aborto, não só por motivos médicos mas também diante de razões de escopo social. Os 35.000 abortos legais verificados no primeiro ano da aplicação da lei, contra uma média de 2.000 constatados nos anos precedentes, revelam a influência da medida sobre a redução do número de nascimentos no país. (45)

O controle não deixa, por outro lado, de constituir, na Inglaterra, objeto de reivindicação. Notícia o *Correio da Manhã*, de 9 de janeiro do corrente ano, (52) que, em Londres, cinquenta médicos solicitaram a adoção de medidas drásticas, por parte do Governo, para reduzir a taxa do crescimento demográfico. Alegaram os petiçãoários que, possuindo, atualmente, a Grã-Bretanha 55,3 milhões de habitantes sobre um território de 188.840 quilômetros quadrados, dentro de um século, possivelmente, não terão os ingleses "sequer espaço para sentar-se".

Citaremos a França, apenas para anotar as modificações que, por último, se processaram relativamente à venda de produtos e objetos destinados à prevenção da gravidez, pois, sabemos, o país é contrário às políticas populacionais tendentes à diminuição da taxa de natalidade.

Ainda recentemente, em reunião de especialistas europeus em questões demográficas, realizada em Strasburgo, os franceses opinaram no sentido de que a maior densidade de população facilita a distribuição dos gastos públicos e aumenta o poder econômico da nação. (52)

Mesmo assim, a regulação dos nascimentos mereceu, cinco anos atrás, a atenção especial dos legisladores da França.

A lei de 28 de dezembro de 1967, denominada Lei Neuwirth, nome do relator da matéria diante da Assembléia Nacional, reporta-se, justamente, "à la grave question de la régulation des naissances". (53)

Uma das reformas mais importantes, introduzida por esse ato legislativo, foi a ab-rogação dos arts. 648 e 649 do Código da Saúde Pública, (54) com a conseqüente autorização para a venda de produtos anticoncepcionais.

O art. 2º da lei chega mesmo a autorizar a fabricação ou a importação de anticoncepcionais, se bem que dentro de condições a serem determinadas de

acordo com regulamento da administração pública. A venda de produtos, medicamentos e objetos destinados à prevenção da gravidez é, igualmente, cercada de cuidados. Alguns desses produtos não podem ser postos à venda senão em farmácia, mediante autorização de autoridade competente; outros hão de figurar em tabela especial e demandam também ordem para serem vendidos. A aquisição, por parte de menores de 18 anos, não emancipados, desses primeiros produtos de mais fácil acesso, depende de receita médica junto à qual conste o consentimento escrito de um dos genitores ou do representante legal do interessado; as mesmas exigências prevalecem para os maiores de 21 anos, relativamente à compra da segunda categoria.

O art. 4º do diploma legal exige que um regulamento da administração pública determine as condições de funcionamento dos estabelecimentos de informação, de consulta ou de conselhos; o 5º interdita a propaganda e publicidade antinatalista, salvo nas revistas reservadas aos médicos e farmacêuticos, desde que tratem de métodos ou produtos contra a concepção; o 7º diz com as penas civis e criminais atribuídas aos infratores da lei; e o 8º estabelece que o Ministro dos Negócios Sociais terá o encargo de, anualmente, por ocasião da discussão do projeto de lei do orçamento, publicar um relatório sobre a evolução demográfica do País e sobre a aplicação da lei de 1967.

A lei em foco, que exige, inclusive, seja a inserção de dispositivos intra-uterinos praticada por médico ou em estabelecimento hospitalar, ou em centro para tanto autorizado, marca, apesar da cautela com que situa o problema, o ponto da mudança da posição oficial da França relativamente à contenção da natalidade. Deixa transparecer uma certa preocupação do legislador com a evolução demográfica francesa.

O México (55) não dava apoio oficial às atividades desenvolvidas no campo da planificação familiar. Tais atividades ficavam a cargo de organizações particulares, tal como a FEPAC (Fundação para Estudos da População), que se estendia pelo País numa rede de 50 clínicas.

Atualmente, porém, o apoio do governo está prestes a se fazer sentir nessa área, tendo em vista que o Presidente Luis Echeverría fez declarações à Imprensa em favor dos programas pela paternidade responsável, e, mais recentemente, o Ministro da Saúde anunciou um esquema de planejamento da família, a começar, oficialmente, em todo o país, a partir de 1º de janeiro de 1973. Faz parte do esquema anunciado a propiciação de anticoncepcionais à população mexicana, desde que por ela solicitados. (56)

Na Suíça, (56) o assunto é tratado diferentemente, de cantão para cantão. No Cantão de Vaud foi criada uma organização metade privada, metade financiada pela comuna; em Genebra, registra-se a existência de uma organização pública, instituída segundo a lei de 9 de janeiro de 1965, "concernente la creazione di un Centro di informazione familiare e di regolazione delle nascite". O Centro, instituído junto ao departamento encarregado da previdência social, tem como finalidade informar o público sobre todos os problemas médicos, sociais e psicológicos relativos à concepção e ao nascimento, assim como aqueles ligados ao crescimento da família.

Anexa ao departamento supramencionado, funciona uma comissão consultiva denominada "Commissione del centro di informazione familiare e di

regolazione delle nascite”, que toma conhecimento de todas as questões ligadas à atividade do Centro e é particularmente encarregada de examinar a execução da lei de 9 de janeiro de 1965 e respectivo regulamento.

Ao próprio Centro cabe ocupar-se: <sup>(56)</sup>

“a) di tutte le puerpere e operate alla maternità già visitate dal servizio sociale di questo istituto che desiderano essere seguite e consigliate più a lungo;

b) di tutte le persone che desiderano essere informate dei problemi concernenti la famiglia, sia che siano inviate particolarmente dai policlinici, dai medici della città, da istituzioni che si occupino di problemi familiari, sia che esse vengano di loro volontà.”

As consulentes da organização recebem esclarecimentos, na medida em que apresentam suas dificuldades, e, se desejam, são orientadas a respeito dos métodos anticoncepcionais, sendo-lhes dado escolher aqueles mais adequados às próprias convicções, inclusive os métodos naturais. Quando se trata de aconselhar um anticonceptivo ou prescrever um medicamento, as clientes são encaminhadas ao médico particular ou à policlínica de Ginecologia e Obstetrícia.

Na Dinamarca, <sup>(56)</sup> uma lei recentemente votada, após longas discussões no Parlamento, obriga os sanitaristas e serviço das instituições de maternidade e infância a proporcionarem, se para tanto forem solicitados, informações sobre o controle dos nascimentos, enquanto os dispensários e clínicas estendem as facilidades proporcionadas no setor da maternidade às mulheres que solicitam a concessão de anticonceptivos.

Aos médicos e enfermeiros que, por motivos religiosos, não se disponham a fornecer as informações solicitadas, o formalismo, dominante na maioria das instituições humanas, oferece escapatória típica: os ditos funcionários “sono tenuti ad indirizzare la cliente al più vicino dispensario ginecologico” ... Afinal de contas, não haverá de pesar tanto na balança divina um simples estender do indicador para mostrar um caminho!

Nos mundos africano e asiático, tem-se notícia de programas oficiais para o controle da natalidade dos seguintes países: Paquistão, Tunísia, Turquia, Egito, Marrocos, Kenia, Iran, além da Índia e Ceilão. <sup>(57)</sup>

Transcrevemos o comentário constante do “Sommario della Letteratura Più recente disponibile presso la Biblioteca Del Ministero Sanita (Anni 1968-1969)” — Itália — sobre particularidades desses programas: <sup>(57)</sup>

“Nei territori anglofoni dell’Africa occidentale il controllo delle nascite viene ostacolato quale misura neo-colonialista tendente a ridurre la potenza numerica degli africani. (N. Fendall: Lancet 1968, u, 7577, 1075). Scopo del programma è quello di portare il quoziente di natalità da 50 a 40 nel Pakistan, da 50 a 45 nel Marocco (35 nel 1985) e da 25 a 20 in Egitto. Negli altri Paesi gli obiettivi vengono identificati con una riduzione dell’incremento naturale (dal 2,6% al 2,3% in Turchia in 7 anni, dal 2,6 al 2,3 in Tunisia in 5 anni, dal 3 al 2 in Kenia in 15 anni). Solo in Pakistan il programma si avvale di propria personale indipendente a quasi tutti i livelli (90.000 elementi) con

un costo di 10 cents per abitante. Negli altri Paesi, pur essendo in atto l'utilizzazione di personale già in servizio, i costi sono sempre ragguardevoli e si avvicinano allo 0,2% del bilancio nazionale."

A Índia, segundo lugar em população no mundo e sétimo em superfície, representa sério problema, não só pela impossibilidade de conseguir-se ali, como em qualquer outro país, uma diminuição brusca da taxa de incremento populacional, assim pelo fato de prever-se considerável aumento dessa taxa, dada a mudança, para melhor, das condições de saúde e de alimentação. Por isso, as medidas drásticas, mesmo chocantes, de que se têm valido os indianos para conter a desmedida proliferação de sua gente.

A revista *Manchete* nº 1011, de 4 de setembro de 1971, em reportagem "Exclusiva", relata um desses "ataques" contra a natalidade. Trata-se do maior programa de esterilização voluntária de todos os tempos, realizado na cidade de Ernakalum, Estado de Kerala, Sul da Índia. Naquele Estado, de 1.º a 23 de julho de 1971, foram esterilizados nada menos de 44.233 homens. Processo empregado: o da vasectomia — operação que consiste no seccionamento ou desligamento dos canais seminiais. A intervenção não afeta a virilidade, mas, tão-somente, impede a procriação. A vasectomia foi praticada em homens casados, excluídos aqueles que não tivessem mais de um filho. Observou-se relutância por parte dos seguidores da Igreja Católica. E na área de Kerala, onde vive a maior porcentagem de católicos de toda a Índia, apenas 40% dos maridos católicos aderiram à esterilização, face ao protesto formulado pela hierarquia da Igreja Romana daquele Estado.

Ainda os seguintes países possuem: a) programas de governo no planejamento familiar tendo em vista ou metas de saúde pública ou metas demográficas, em função do desenvolvimento: Japão, Coreia, China Nacionalista, Hon-Kong, Malásia, Singapura, Tailândia, Bulgária, Tcheco-Eslováquia, Hungria, Polónia, Jugoslávia; b) registram entidades científicas privadas de âmbito nacional cujas atividades se orientam no sentido do planejamento familiar: República Árabe Unida, Bélgica, Porto Rico, Austrália, Canadá, Finlândia, República Federal da Alemanha, Jamaica, Jordânia, Luxemburgo, Holanda, Filipinas, Suécia, Uganda. (58)

Dos países supra não consta a República Popular Chinesa, que começou a tratar do planejamento da família em 1952, passando, quatro anos depois, a fazer política governativa de controle de nascimentos, com a utilização dos métodos em voga, inclusive a vasectomia. (59)

No Brasil, até 1965, não se tratava abertamente do tema "anticoncepcionais". O assunto era considerado tabu, se bem que, no País, campeasse, desenfreado, o aborto ilegal.

A ONU — que tantas vezes tem trazido à platéia a desordem dos bastidores, em colaboração com o Centro-Americano de Demografia e em pesquisa sobre a fertilidade comparada na América Latina, realizada em julho de 1963, verificou que as cifras mais elevadas de aborto registravam-se em Buenos Aires e no Rio de Janeiro, "cidades que coincidentemente contam com menor número médio de nascimentos". (60) Outros levantamentos acusaram a extensão das práticas abortivas no Brasil e suas funestas conseqüências. E ainda mais: em maio de

1965, o problema da natalidade logrou integrar a pauta dos trabalhos da 18ª Assembléia da Organização Mundial de Saúde, trabalhos de cujo desenvolvimento resultou a aprovação unânime por "um programa, a longo prazo, de investigação da reprodução humana e regulação da fertilidade, cabendo à Organização Mundial de Saúde facilitar, aos governos que os solicitem, referências e serviços consultivos dos aspectos médicos da planificação da família e do lugar que tais medidas deveriam ocupar nos serviços de saúde da comunidade". (60)

Este último fato, além da tomada de consciência em face da realidade brasileira no tocante ao aborto, levou o Doutor Walter Rodrigues, professor adjunto da Clínica Obstétrica e Ginecológica do Rio de Janeiro, a colocar na Agenda da XV Jornada Brasileira de Obstetrícia e Ginecologia — levada a efeito em 1965, sob a presidência do Professor Otavio Rodrigues Lima e com a participação de 700 especialistas brasileiros em ginecologia e obstetrícia — o tema "Planejamento Familiar".

Examinado o assunto sob todos os ângulos, debatido em diversas mesas redondas, na sessão plenária de 26 de novembro daquele ano, o problema foi posto nos seguintes termos: (60)

"Planejar a família não é forçosamente impedir a natalidade, é trazer ao mundo indivíduos aos quais se deverão dar as condições de vida necessárias ao seu desenvolvimento digno. A necessidade de um estudo sobre o planejamento familiar está justificada do ponto de vista sociológico, econômico, sanitário e religioso. Permitir que entidades devidamente registradas possam proceder à educação do público para planejamento de família, sempre assessoradas por médicos e técnicos na matéria. Possibilidade de estudo de uma legislação destinada a instituir o ensino e difusão dos meios anticoncepcionais nos casos com justa indicação. É imperioso que medicamentos de efeitos anticoncepcionais sejam incluídos na exigência da receita médica para a sua venda ao público."

Data desse momento a fundação da Sociedade Civil "Bem-Estar Familiar no Brasil — BEMFAM" — destinada a planejar a família, colocando-a dentro de suas possibilidades sociais, econômicas e psicológicas, com a finalidade precípua de obter o seu bem-estar.

A BEMFAM se propõe a atingir tal meta, pela adoção do seguinte roteiro: (61)

- a) Informação, motivação e educação para a paternidade responsável;
- b) Estudo da fisiologia da reprodução humana e ulterior aplicação no que possa contribuir para o bem-estar da família;
- c) Realização de pesquisas científicas de caráter médico, psicológico, sócio-econômico e demográfico;
- d) Orientação, quer diretamente, quer por intermédio de outras instituições congêneres já existentes, a respeito da posição da família na sociedade;
- e) Auxílio a entidades com finalidade de orientação familiar e criação de serviços próprios, quando oportuno".

Dentro dessa estrutura, às clínicas da Sociedade caberá: <sup>(61)</sup>

- a) Esclarecer os pacientes sobre a responsabilidade que têm para com os filhos já nascidos ou nascituros e para com a sociedade;
- b) Combater o aborto provocado pelo emprego de métodos anticoncepcionais;
- c) Tratamento do casal estéril;
- d) Determinação precoce do câncer ginecológico.

A profilaxia do aborto provocado integra os recursos de saúde, propiciando, de fato, o atendimento de uma necessidade real e sentida."

O movimento de 1965 encontrou ressonância nos diversos Estados brasileiros, constatando-se o surgimento de diversas unidades regionais da BEMFAM em diferentes pontos do País: Pará, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás.

A Sociedade Civil Bem-Estar Familiar no Brasil, desde 1967, participa como Membro filiado à Federação Internacional de Planejamento Familiar — organização a que já tivemos oportunidade de nos referir — e da qual passou a "Full Member" em 1971. <sup>(62)</sup>

No âmbito nacional, em 1971, consigna-se na agenda da BEMFAM, em favor de sua institucionalização e reconhecimento público: <sup>(62)</sup>

- a) Registro no Conselho Nacional de Serviço Social a 30 de abril de 1971.
- b) Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, expedido pelo Conselho Nacional de Serviço Social do Ministério de Educação e Cultura.
- c) Isenção de Contribuições ao INPS, obtida do Instituto Nacional de Previdência Social, a 19 de novembro de 1971.
- d) Decreto de Utilidade Pública Federal pelo Decreto-Lei nº 68.514, de 15 de abril de 1971, do Presidente da República.
- e) Lei nº 2.029, de 27 de dezembro de 1971, do Estado da Guanabara, considerando de utilidade pública a Sociedade Civil Bem-Estar Familiar no Brasil."

Eis, portanto, o Brasil a figurar, também, não entre os países que cogitam do controle da natalidade, mas entre aqueles nos quais se consignam atividades canalizadas para o planejamento da família ou paternidade responsável.

Feita esta afirmação, parece-nos cabível abrir um parêntese com a finalidade de expor a diferença que se estabelece entre esses dois tipos de empreendimento: o controle ou a limitação da natalidade e o planejamento familiar ou paternidade responsável. Aproveitemos a elucidação oferecida, neste particular, pelo "Boletim" nº 6, de 1972, da BEMFAM: <sup>(61)</sup>

"Na história do planejamento familiar, os termos "controle da natalidade", "limitação da natalidade", "planejamento familiar" e "paternidade responsável" foram usados com frequência, com certa ambigüidade e confusão."

Recentemente, com a evolução e maior estudo do problema, tende-se a uma maior precisão no uso dessas palavras.

O termo "controle" ou "limitação da natalidade" ficou reservado para designar programas que visam a diminuir a taxa de crescimento demográfico, e que somente podem ser encontrados na esfera oficial de cada país.

Controle da natalidade é uma função do governo, e se exerce através de uma política oficial, sendo impossível, impraticável e intolerante ser proposta em regime de ação de instituições particulares.

Existe, às vezes, pressão por parte do governo, especialmente em países onde o crescimento demográfico já se transformou num problema de preocupação nacional, como no caso de alguns países da Ásia e da África. Na Tunísia, por exemplo, uma lei limita a quatro o número de filhos. O planejamento familiar ou paternidade responsável designa o esclarecimento e o uso de meios adequados para determinar o número desejado de filhos.

O planejamento familiar compreende uma série de atividades educativas e de serviços que permitem ao casal, livre e conscientemente, determinar o tamanho da família e o espaçamento dos filhos."

.....

Ressalte-se o aspecto prático, a utilidade didática da diferença. Mas — em que pese os princípios norteadores dos dois processos — na essência, se a redução do número de filhos no grupo familiar redundar na redução da taxa da natalidade do grupo, os dois métodos não são mais que espécies do mesmo gênero — "limitação da natalidade".

A essa altura, concluímos que o movimento, em particular, pela planificação da família é fato incontestável em quase todo o mundo civilizado.

Infelizmente, nem todos os povos conseguiram fazer crescer suas produções agrícola e industrial a taxas superiores à do crescimento quantitativo de seus habitantes; muitos cresceram economicamente, mas não conseguiram obter uma distribuição equitativa de suas rendas; outros atingiram o ponto ótimo do desenvolvimento, mas temem que um aumento populacional sem freios venha romper o equilíbrio alcançado. E, afinal de contas — o ensinamento é mais uma vez de Mário Henrique Simonsen —, "a explosão demográfica conspira contra o desenvolvimento econômico..." O economista explica por quê: <sup>(63)</sup>

"...pelo efeito aritmético de dissolução do aumento do produto real por um maior cociente de população; pelo efeito de infra-estrutura social, de absorver vultosos investimentos em setores de baixa produtividade econômica, como a habitação, abastecimento de água, saneamento etc.; pelo efeito pirâmide-etária, de geração de um alto coeficiente dependente por trabalhador ativo; e pelo efeito-emprego, de provocar conflitos entre as políticas desejáveis do ponto de vista da maximização da produtividade e da absorção da mão-de-obra que continuamente aflui ao mercado de trabalho."



## VIII — O PENSAMENTO BRASILEIRO E A POSIÇÃO DA IGREJA

Restrinjamo-nos, agora, à órbita nacional, para considerar a posição brasileira diante da “explosão demográfica” e das atividades antinatalistas.

No caso particular do Brasil, há quem afirme, *a priori*, em razão do vastíssimo território de que dispomos, da pujança de nossos recursos naturais e da “decolagem” para o desenvolvimento, a desnecessidade de preocupações com o setor demográfico, a despeito do sempre mais rápido crescimento populacional do País.

De fato, ocupamos uma área de 8.511.965 km<sup>2</sup> — cerca de 47% do território da parte oriental do continente sul-americano —, o que nos coloca em quinto lugar em área, entre os países do mundo — e ninguém pode duvidar do potencial das riquezas brasileiras. Além disso, nossa densidade demográfica atinge apenas cerca de dez habitantes por quilômetro quadrado. <sup>(64)</sup>

Em tese, habitamos um continente semipovoado. Os opositores a qualquer política populacional de contenção estribam-se nesses pressupostos.

No tão temido ano dois mil, observa Mário Victor de Assis Pacheco <sup>(65)</sup> quando deveremos ter duzentos e trinta milhões de habitantes — conforme previsão da ONU —, nossa densidade demográfica oscilará em torno de vinte e sete habitantes por quilômetro quadrado. Enquanto isso, a França, já hoje, conta com 87,5; a Suíça, com 135; a Alemanha Oriental, com 168,5; a Itália, com 172; o Reino Unido, 223,6; a Alemanha Ocidental, 239,9; a Bélgica, 305,7; e a Holanda, 332,9. Por que, assim, tremer ante a realidade demográfica?

Citando Celso Furtado, argúi o autor *supra* que o Brasil tem apenas 5% de área não aproveitável, área insignificante, em comparação com as dos Estados Unidos (60%), da Austrália (30%) e do Canadá (15%). Deduz do confronto que a integração do País, na produção agropecuária, exige muito menos tempo, muito menos dinheiro, muito menos trabalho.

Apóia ainda sua tese no entendimento do geógrafo alemão Fischer — citado por Pimentel Gomes, na obra “Brasil Entre as Cinco Maiores Potências” —, que acredita nossa extensão territorial possa abrigar novecentos milhões de habitantes, capacidade que atribui à União Soviética, possuidora de área total quase três vezes superior à nossa. Alcance maior, portanto, do que o dos Estados Unidos da América, capazes de conter, segundo o mesmo geógrafo, quinhentos milhões de criaturas humanas.

Sublinhando o potencial de recursos naturais do Brasil, traz à colação as expressões da autoridade que na época desses pronunciamentos (1967) exercia a diretoria da “Food Administration Organization”, a respeito da nossa expansão populacional:

“... Nesta tarefa gigantesca de elevar com urgência requerida os níveis de alimentação de dois terços da humanidade, tem o Brasil destacado papel a representar, não só porque lhe compete promover essa elevação em grande parte de sua população ainda incluída naquela parcela de mundo subnutrido, como também porque seu potencial de recursos naturais, convenientemente aproveitado, oferece condições para melhorar a situação alimentar dos povos das demais regiões do globo.”

Arremata Mário Victor de Assis Pacheco, afirmando em seu nome próprio e como representante da Associação Médica do Estado da Guanabara: "Consideramos, portanto, um absurdo falar em explosão demográfica no Brasil."

Os adeptos da concepção que confere primazia, sem embargo das condições de desenvolvimento, aos "países-massas", possuidores de vastas áreas contínuas e, ao mesmo tempo, de grande população, e, segundo a qual, além do valor qualitativo, é de se contar o aspecto quantitativo populacional, põem-na em evidência, como fator favorável à multiplicação dos brasileiros. O mesmo acontece à objeção de que o controle da natalidade acabará modificando a composição etária do contingente humano, levando-o a inclinar-se para o predomínio dos grupos de idade adulta avançada e menos produtiva. (66)

Há quem considere, enquanto isso — o parecer é de Carmen Miró, Diretora-Presidente do Centro Latino-Americano de Demografia — CLAD —, que o desenvolvimento econômico é o mecanismo mais eficiente para controlar a explosão demográfica, de nada adiantando aplicar teorias gerais, pois "cada realidade é diferente da outra, cada país deve ter uma política demográfica própria". Sobre o Brasil, declara Carmem Miró: "... mesmo constatando uma taxa bastante elevada, não creio que seja aconselhável uma limitação da natalidade antes de o desenvolvimento brasileiro atingir um estágio mais avançado". (67)

Desenvolvimento, ao invés de preocupações com o aspecto quantitativo da população, é o que também melhor parece ao Ministro Delfim Netto, da Fazenda, que afirmava, em 1970:

"Esta questão de limitar a natalidade não mereceria sequer ocupar nossas atenções, na fase atual do desenvolvimento brasileiro." O importante, assegura, "é mobilizar a população, a mão-de-obra dita excedente, para apressar o processo de exploração de nossos abundantes recursos ainda em estado de potência e não eliminar o crescimento populacional." (68)

Em seguida, o *Jornal do Brasil* ponderava sobre o juízo do Ministro: (69)  
"... A opinião de um economista, como é o titular da Fazenda, fundamenta-se em dados técnicos e implicam, em consequência, um voto de saudável confiança no futuro do Brasil. O que nos importa, no lugar de gastar energias numa limitação da natalidade que repugna à maioria, é mobilizar a população para transformar em riqueza real as potencialidades representadas pelos recursos naturais abundantes do Brasil. É o que sustenta o Ministro Delfim Netto e é, sem a menor dúvida, o que melhor corresponde à vontade nacional. Em vez de diminuir o número de convivas, o que nos cumpre é aumentar a fatura da mesa. Um país da dimensão continental do Brasil está longe do dia em que terá de recear o aumento da sua população, como já acontece com outras nações. Por isto mesmo, um projeto ambicioso como a construção da Transamazônica fala muito mais à alma brasileira do que qualquer atitude restritiva disposta a diminuir o número dos brasileiros."

Em 1972, dentro desse entendimento, o Ministro rejeita a tese da redução da taxa da natalidade como uma das vias para o aumento da renda, desde que

a considera o ângulo negativo para a focalização do problema do desenvolvimento e compreende não caber ao Estado intervir numa decisão que se situa no plano individual e familiar e que diz respeito a cada um. (70)

É o mesmo o raciocínio do Ministro Reis Velloso, do Planejamento, que acredita possa o Brasil fazer frente à expansão populacional a partir da infraestrutura que o Governo vem procurando montar, mediante o aperfeiçoamento dos serviços sanitários e a ampliação das redes hospitalar e escolar.

Opinando em termos pessoais, ao Sr. Reis Velloso lhe parece que um só tipo de programa é cabível, com vistas à redução da natalidade: "Aquele que resulta do próprio desenvolvimento sócio-econômico de uma nação." Acrescenta, em seguida: "... uma população com maior e melhor nível educacional, melhor padrão de cultura geral, maiores índices de urbanização e renda mais elevada naturalmente tende a realizar sozinha o planejamento familiar." (71)

O alcance dos programas de desenvolvimento como agente de muito maior importância para o progresso do que a adoção de uma política de população é destacado, em 1967, no desenrolar dos trabalhos do Seminário Preparatório da "Reunião sobre Políticas de População em Relação ao Desenvolvimento da América Latina", realizado em Caracas, de 6 a 10 de fevereiro daquele ano.

É o que se depreende dos itens 15 e 20, abaixo reproduzidos, sobre "Bases para a Formulação de uma Política de População": (72)

Item 15

"Não obstante alguns resultados positivos a curto prazo, o fato de que particularmente a longo prazo se poderia pensar em benefícios substanciais de uma política de população e a hipótese de que o próprio desenvolvimento econômico e social dos países influí sobre o ritmo de crescimento demográfico, reforçam a crença de que a intensificação do desenvolvimento econômico e social é o instrumento fundamental para que a América Latina resolva os problemas demográficos que enfrenta atualmente e os que possam apresentar-se no futuro."

Item 20

"Se bem que o Seminário reconheça unanimemente a importância do problema demográfico e a urgência de formular políticas de população, os participantes expressaram preocupação pelo fato de que supõem que a adoção de uma política de população possa desviar a atenção dos problemas centrais do desenvolvimento econômico da América Latina e da resolução das condições econômicas e financeiras externas requeridas como complemento dos esforços internos."

E sobre as possibilidades do Brasil, de prover o sustento necessário aos seus habitantes, assim de solucionar, inclusive, o *deficit* mundial de alimentos, esta manifestação de Charles Goodwell, em relatório apresentado ao Congresso Americano, em junho de 1967: (73)

"Potencialmente, o Brasil poderia alimentar um bilhão de pessoas, além de suprir convenientemente suas necessidades internas, se toda sua terra arável fosse cultivada. Mesmo agora, se a terra destinada à produção fosse devidamente fertilizada e se introduzisse um sistema rotativo da lavoura, o Brasil poderia produzir alimentos suficientes

para duzentos milhões de pessoas. A solução para o *deficit* mundial de alimentos pode ser encontrada no Brasil. O uso devido da terra arável tornaria o Brasil tão produtivo quanto qualquer outra nação do mundo.”

Não falta, enquanto isso, quem descubra, nas campanhas contra a natalidade nos países não-desenvolvidos, uma forma de neocolonialismo, um meio ardiloso, originário dos países industrializados, destinado a enfraquecer, ou a evitar que se fortaleçam os países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, a fim de que sobre estes não percam aqueles a sua hegemonia.

Participando desse parecer, comenta Genival Rabelo, na *Tribuna da Imprensa*: (73)

“...a campanha de contenção de natalidade promovida nos países subdesenvolvidos é uma forma de neocolonialismo. Traduz a preocupação dos países industrialmente desenvolvidos de preservar suas posições de liderança. São os povos ricos se defendendo dos povos pobres, buscando subtrair, no dizer de Thierry Maulnier, “aos deserdados sua força principal, que será no futuro a de sua maior quantidade”. Essa tese é confirmada pelo editorialista Jean Lecerf, de *Le Figaro*, ao abordar o problema do peso político do Terceiro Mundo, no futuro. Diz ele:

“No panorama internacional até o Ano 2.000, a pressão do Terceiro Mundo sobre a civilização ocidental seguramente aumentará. A população dos países pobres muito provavelmente encontrará seus meios de ação, na hipótese de evoluirmos para uma democracia mundial. Já agora, pensamentos nascidos no Terceiro Mundo invadem o Ocidente e a voz dos seus líderes repercute na Praça, nas Universidades norte-americanas, em Londres, Berlim etc. O desafio da miséria ameaça provocar a violência. Não se pode deixar de ter em conta que o número de homens do Terceiro Mundo vai pesar na balança cada vez mais. Se não se quiser pensar numa guerra de pobres contra ricos, há que fazer um esforço de integrar as crescentes populações do Terceiro Mundo num universo pacífico e progressista.”

O assunto, como se vê, é explosivo. Há os que pensam com clareza, sugerindo integração dos povos pobres “num universo pacífico e progressista”. Mas a tendência que se pronuncia na prática é a do aceleramento da produção e distribuição de pílulas, numa campanha desenfreada de contenção de natalidade nos países subdesenvolvidos.

Do outro lado do ponto de vista contrário a uma política tendente a diminuir a taxa da natalidade brasileira, colocam-se, numerosos, os partidários da redução dessa taxa, já agora estimada como uma das condições *sine qua non* para o completo desenvolvimento do País.

Importante, porém, observar que a maioria esmagadora a propugnar pela contenção dos nascimentos no Brasil repudia aquilo que se tem em conta de “controle da natalidade” propriamente dito — o controle pelo Estado. Rejeita-se, entre nós, a incursão do Estado no seio da família com a finalidade de arbitrar

sobre o número dos filhos ou problemas congêneres. Defende-se, isto sim, o planejamento familiar, com a ajuda do Governo, em função do bem-estar da família e do progresso de todo o grupo social.

Vejamos:

O *Estado de São Paulo*, em 1970, (74) expunha a opinião de Alberto Lleras, na qualidade de Presidente da Junta Consultiva do Fundo das Nações Unidas para o Controle Demográfico, que concluía pela “impossibilidade de que o Brasil chegasse a cumprir todos os seus programas de desenvolvimento econômico e social diante de uma taxa de natalidade que faz duplicar, de vinte e cinco em vinte e cinco anos, a massa de sua população”. Comenta, nessa oportunidade, o diário, em favor do controle populacional:

.....  
 Não há dúvida de que dispomos de amplas áreas desabitadas, capazes de absorver maior número de habitantes, mas o desenvolvimento dessas regiões exigirá recursos que o governo brasileiro — ou qualquer outro — não está em condições de mobilizar. De qualquer modo, não haverá possibilidade de criar empregos e oferecer condições de vida aos habitantes, se o crescimento populacional continuar dentro do ritmo atual.  
 .....

Voltando-se para considerações feitas pelo Economista Rubens Vaz da Costa, prossegue:

“... Com um incremento populacional estimado em um milhão de pessoas por ano, muito superior ao de grandes nações como a França, a Itália ou a Inglaterra, como poderá o Nordeste sair do estado de necessidade em que se acha há séculos, pois que se trata não só de elevar as condições de vida da população atual, mas também de criar empregos, todos os anos, para 300.000 pessoas chegadas à vida adulta? Certo, há sempre o recurso combinado da emigração de mão-de-obra, mais os respectivos familiares, e da imigração de capitais. Sucede, porém, que os capitais saem normalmente da mesma região do País onde entram os emigrantes, e é de recear que essa dupla transfusão acabe por gerar, um dia, um processo de depauperamento desastroso para a coletividade nacional, tanto mais quanto a corrente migratória que nos vem daquela área é quase toda constituída por trabalhadores sem qualificação profissional definida.

Mas o problema está longe de ser regional. O Brasil inteiro vê o seu futuro de grande potência ameaçado pela quantidade dos seus habitantes numa perspectiva próxima. Dentro de trinta anos, inexoravelmente, a economia nacional terá de suportar 200 milhões de seres humanos, isto é, um pouco mais do dobro do que atualmente produz e consome. Em termos absolutos, é um acréscimo demográfico igual ao previsto para os Estados Unidos dentro do mesmo período. Em termos relativos, porém, ele é incomensurável. Primeiro, porque a população brasileira, no seu ponto de partida atual, constitui bem menos da metade da população norte-americana. Depois, porque a nossa posição, em termos de riqueza nacional e *per capita*, está em uma das escalas mais

baixas da espiral do desenvolvimento em todo o mundo ocidental. Por isso, dizemos que não faz sentido um projeto nacional de desenvolvimento que enfoque apenas o setor econômico-financeiro, sem considerar o vulto gigantesco dos investimentos necessários não só para assegurar a sobrevivência de 200 milhões de pessoas, mas também para ensejar às gerações futuras uma vida melhor e mais digna de ser vivida.

.....”  
 Em 1967, Rubens Costa, então Presidente do Banco do Nordeste, já advertia: <sup>(76)</sup>

“.....  
 Os que defendem a manutenção da atual taxa de crescimento demográfico alegam a necessidade de povoarmos as vastas regiões da bacia amazônica e ali afirmarmos a presença nacional. A densidade demográfica na Amazônia é baixa não porque este País não disponha de gente para povoá-la. Somos mais de 65 milhões. E quantos dos 35 milhões de brasileiros que vieram ao mundo, desde 1950, para ali se dirigiram? A ocupação da Amazonia é meta nacional que ninguém pode discutir. Mas a maneira de atingir-se essa não é o crescimento da nossa população ao ritmo de 3% ao ano.

Não devemos esquecer que, por exemplo, se fosse postulada em nosso plano de desenvolvimento a redução de taxa de crescimento populacional do Brasil em 20%, isto é, se voltássemos dos 3,1% ao ano do presente, para os 2,5% do período de 1940 a 1950, a população duplicar-se-ia em 28 anos em lugar de 23 anos, como agora. Se a meta fosse reduzir de 1/3 a atual taxa, isto é, de 3 para 2% ao ano, nossa população duplicar-se-ia em 35 anos. Se fosse reduzida à metade, isto é, a 1,5% ao ano, ainda assim nossa população dobraria em 47 anos. Estas cifras deveriam tranquilizar os que se assustam com o despovoamento do Brasil quando alguém menciona planejamento familiar. E quem dedica alguma atenção a este problema sabe como é difícil obter êxito na redução do crescimento populacional, em país subdesenvolvido, como tão eloqüentemente demonstra a experiência na Índia, que, em seu atual plano quinquenal, está despendendo o equivalente a US\$200 milhões, numa tentativa de que sua população não cresça ao ritmo de um milhão de pessoas por mês.

.....”  
 Nessa mesma oportunidade, entretanto, declarava-se o economista contrário à ingerência do Estado nesse campo, quando dizia que a política populacional, a ser adotada, deveria reconhecer como premissa fundamental o direito básico de o casal decidir sobre o número de filhos. Este direito — deixa claro o opinante — há de ser exercido sem coação, pressões psicológicas ou outras, do Estado, ou de qualquer entidade pública ou privada.

Isto assentado, especificava o papel do poder público ou das organizações privadas nacionais, qual seja, o de distribuir as informações indispensáveis e prestar os serviços necessários.

Os pronunciamentos posteriores do mesmo economista, hoje Presidente do Banco Nacional da Habitação, não contrariam essa posição anterior. Sirvam de exemplo aquele feito ao número especial da revista *Visão*, de 14 de fevereiro de 1970 — “O Brasil da década de 70” —, transcrito pela *Tribuna da Imprensa* <sup>(68)</sup> no corrente ano:

“...Nenhum povo fez o milagre de desenvolver-se com taxas de crescimento vegetativo de sua população superior a 2% por períodos longos.

O Brasil está crescendo a quase 3 milhões de habitantes por ano...”  
A conclusão é de que

“O País, inevitavelmente, adotará o planejamento familiar como política nacional. É apenas uma questão de tempo, de pouco tempo.”

E este, exposto recentemente pelo *Correio da Manhã*, nos termos seguintes: <sup>(76)</sup>

“Na opinião do Sr. Rubens Vaz da Costa, o crescimento populacional brasileiro, da ordem de 2,8 por cento ao ano, é muito acentuado. No meu modo de ver, a taxa demográfica ideal para um País como o Brasil seria de 1 por cento ao ano. Desse modo, chegaríamos à marca dos 200 milhões de habitantes no ano 2042 e não no final deste século, por força do atual ritmo de nascimento. Como considero o problema demográfico de importância fundamental, sem o qual não se pode traçar projetos realistas, sou favorável à introdução de meios e facilidades para o planejamento familiar voluntário. O planejamento familiar voluntário, somado à educação e à urbanização, permitirá a redução da velocidade demográfica para 1 por cento ao ano, índice mais compatível com nosso desejo de nos tornarmos uma grande potência. Mas, para sermos uma grande potência é necessário melhorarmos consideravelmente a qualidade de vida de nosso povo. Em algumas regiões, como o Nordeste, é preciso diminuir-se a pressão demográfica. Por isso, possui grande importância o deslocamento de nordestinos para a área da Transamazônica. E não é só o deslocamento; é, sobretudo, a integração do Nordeste à Amazônia, permitindo, em conseqüência, o aproveitamento de grandes áreas ainda não exploradas economicamente. Em nosso País, seria prematura e indesejável qualquer forma de controle demográfico, entendida a expressão como manifestação da vontade do poder público. Necessitamos, isso sim, do planejamento familiar voluntário. Por isso, cabe facilitar às famílias (principalmente as de baixa renda) a orientação e os meios para espaçar o nascimento dos filhos ou determinar o número deles, se assim o desejarem. Não se trata de recomendar para o Brasil uma população estacionária. Afinal, somos um País grande, com um grande futuro, com recursos naturais muito importantes para serem explorados. A idéia é reduzir a taxa atual de crescimento demográfico, que se aproxima de 3 por cento, e, assim, implica na duplicação da atual população brasileira em trinta anos. Este espaço de tempo com tal população será muito pouco para proporcionar um ritmo de desenvolvimento econômico capaz de elevar os níveis de qualidade de vida e os próprios padrões de distribuição de renda.”

Glycon de Paiva, economista e demógrafo, manifesta-se dentro dessa mesma faixa de pensamento. A análise contida no texto a seguir transcrito diz das dificuldades que o fenômeno do veloz crescimento da população brasileira representa para o País: (26)

.....

O crescimento populacional rápido, mais de trinta pessoas por mil habitantes e por ano (e o acréscimo no Brasil é de 2,6 milhões de habitantes em cada 365 dias) constantemente injeta pesado percentual de crianças na composição da população nacional. No Brasil, por exemplo, metade da população tem menos de 19 anos, 42 milhões de dependentes, portanto, gente que particularmente consome e pouco produz quanto a bens e serviços. A proporção de pessoas de mais de 60 anos, dependentes quase todas, é de 3 por cento, mais de quatro milhões, que se juntam aos quarenta e dois milhões acima. Restam trinta e oito milhões de pessoas adultas para o exercício do trabalho ativo, das quais vinte e três milhões apenas remuneradas e treze milhões aplicadas ao trabalho doméstico. Desse modo, a cada pessoa remunerada no Brasil, servente de pedreiro ou presidente de banco, cabe sustentar 3,3 pessoas em média, das mais altas relações de dependências que se conhecem. Nos Estados Unidos essa relação é de 2,7 e na Europa pouco acima de 2. Nos países subdesenvolvidos, as pessoas que trabalham, além de ganharem pouco, porque sabem muito pouco, e mostram pouquíssimas habilidades, sustentam maior número de dependentes. Desse modo, pouco ou nada podem poupar e, portanto, investir, de jeito a progredir e fugir à própria condição. A força de trabalho é despreparada em quase todos os níveis: os oficiais eletricitas são meio-oficiais; os sapateiros são remendões, os bombeiros, os pedreiros, os mecânicos, têm aqueles conhecimentos e aquela capacidade que a nossa experiência diária de fregueses tão bem conhece. A economia brasileira não tem recursos para preparar quarenta e dois milhões de jovens para a vida do seu tempo.

.....”

Segundo dados já mencionad. ., assegura Glycon de Paiva que atingiríamos a perigosa marca dos 100 milhões de habitantes em 1972 se nos interessássemos pela reprodução descjada à taxa de 1%; acrescenta que temos possibilidade de chegar à década de 80 com índice de qualidade de vida ainda subdesenvolvido, ou teremos vencido esse índice por apreciável margem de 80 dólares e provavelmente mais, dada a alteração da estrutura etária. E, a seguir, conclui: (67)

“Nenhum milagre do estilo *Brasil Grande* ou *Brasil Grande Potência*, nos poderá retirar desse curso forçado. Mesmo admitida a hipótese externa de estabilização populacional em 100 milhões de habitantes e PIB de 70 bilhões atingiríamos no Brasil apenas a qualidade de vida de São Paulo dos nossos dias. É que a população brasileira cresceu perigosamente depressa, sem que a economia a acompanhasse na disparada inconsciente, no afã de produzir braços para a lavoura, que era o *motto* dos políticos de nossa juventude.”



Por isso, a necessidade imperiosa de uma atitude reprodutiva objetivando a estabilização populacional. Mas, ao mesmo tempo, Glycon de Paiva pronuncia-se "radical, total e definitivamente contrário a qualquer plano público ou privado de regulação dos nascimentos". Para o economista, "quem, com soberania e exclusividade, pode decidir sobre o número de filhos que pode ter é o casal".

Já tivemos oportunidade de nos referir, páginas atrás, ao pronunciamento de Mário Henrique Simonsen à *Tribuna da Imprensa* de 25 de agosto de 1972. No ensejo, realça também o economista o fato de que temos potencial de sobra para expandir nosso produto real a taxas superiores à do crescimento populacional. Todavia, tem em conta de imposição do bom-senso a adoção de uma política de controle populacional diante de uma explosão demográfica de 3% ao ano. Explica: (62)

"... O problema é que desenvolvimento não se mede em termos absolutos, mas sim em valores relativos. As nações desenvolvidas expandem sua produção a taxas percentuais semelhantes à nossa, sem o ônus da expansão demográfica. O resultado é que, embora crescendo em termos absolutos, nos atrasamos cada vez mais em relação às nações mais prósperas."

O controle de que fala Mário Simonsen não envolve coerção, mas preserva, integralmente, as liberdades individuais. É o controle pela escolha. Escolha a que se deve chegar por via da informação e da educação: (63)

"... É óbvio que essa política não deve ser coercitiva e que as liberdades individuais precisam ser integralmente preservadas. Contudo, para tanto é preciso dar à família o direito de escolha. É a conquista desse direito, pela informação e pela educação, o que se deve pretender de uma política de controle populacional."

Jaimé Magrassi de Sá, ex-presidente do BNDE, arrima-se à impossibilidade de se cogitar entre nós de uma política de controle populacional, por isso que, ao invés, se inclina para o planejamento da família, para a orientação paulatina e comedida dos grupos familiares. Transcrevemos os argumentos: (64)

"... num País de baixo nível médio de renda e de tremendamente imperfeita distribuição social desta, com gigantesca proporção de analfabetos, numa situação geral de baixos índices de educação, com forte teor religioso que combate a prevenção da natalidade, com difícil distribuição geográfica da população ao longo de vasta extensão territorial, falar em política e controle populacional é devaneio.

O que se pode defender é uma campanha de orientação, que alcançará algumas faixas da população, onde o *status social* o facultar, o nível de entendimento o permitir e a questão religiosa não obstar. O controle se irá difundindo em função da melhoria da renda individual, da melhor distribuição social da renda nacional e das mudanças de hábitos e de entendimento.

Não creio em política de desenvolvimento que se baseie na redução do divisor (população), mas sim naquela que, aumentando o dividendo (produto) e melhorando a distribuição deste, seja auxiliada por

uma campanha de orientação que busque, na medida do que o permitir a realidade social, desacelerar o crescimento do divisor (população). Isso pressupõe, no caso brasileiro, um esforço sério e racional de política de desenvolvimento (inversões) e uma campanha não leviana de esclarecimento quanto às vantagens coletivas de um policiamento da taxa de natalidade ou, melhor, de contenção da prole. Mas sem atitudes aparentemente sábias e cínicas, de tentar impingir medidas que serão de eficácia pequena ou nula, não obstante provocarem grande confusão, fortes irritações e severos arrepios."

Refiramo-nos ao parecer de mais um "expert" — o economista, demógrafo e professor de Sociologia da Família Padre Calderon Beltrão. Também o Padre Beltrão é absolutamente contrário a que se deixe à mercê da natureza o ritmo do crescimento populacional do Brasil. Acompanhemos alguns aspectos da justificativa de seu entendimento: (77)

"Quando me dizem que não há necessidade, no Brasil, de se frear o ritmo de incremento demográfico, pois ele poderia conter dez vezes mais a sua população, eu respondo de boa mente que pode conter até cem vezes mais, até mil vezes mais, se quiserem, e se quiserem dizer um milhão também eu aceito, porque não é questão de capacidade física, mas de capacidade sócio-econômica. O ser humano não é um roedor que possa viver de raiz de árvore. O ser humano precisa de infra-estruturas e de estruturas econômicas e sociais para desfrutar de um nível de vida satisfatório. Não considero compatível com a dignidade humana o mero comer, beber, dormir, produzir para comer, beber e reproduzir. Isso é nível da vida animal, só o animal se contenta com nível de vida assim. Sei muito bem que larga fração da nossa população não tem nem isso. Então, sejamos coerentes e digamos que ela não tem nível de vida humana, mas animalisca. Para que uma população tenha nível de vida decente e humana ela precisa, repito, de infra-estruturas e de estruturas econômicas e sociais que não podem nascer da noite para o dia. Todo esse esforço de planejamento regional que se está fazendo em nosso País demonstra isso. Demonstra, inclusive, como é possível, num planejamento bem feito, que ataque o problema pela raiz — portanto, pelos aspectos infra-estruturais —, dar, senão a curto, pelo menos a médio prazo, um nível de vida melhor para populações que tradicionalmente vinham tendo nível de vida infra-humano.

.....

Não é uma questão de densidade demográfica alta. Na Holanda, o país de densidade demográfica mais elevada, com 200 habitantes por quilômetro quadrado, desfruta-se de um padrão de vida relativamente elevado, porque é um país suficientemente industrializado para isso. Entre as nossas cidades, São Paulo, por exemplo, tem uma densidade demográfica muito grande. No entanto, o padrão de vida ali é melhor do que o dos nossos vazios interiores. É, repito, um problema de capacidade econômico-social e não um problema de capacidade física."

Favorável, *ipso facto*, a que se contenha o crescimento populacional no País, não pelo crescimento em si, mas pelo fenômeno da intensidade com que se apresenta, o clérigo, como as demais autoridades citadas, repele a imposição

*manu militari*. Opina pela regulação efetivada com a ajuda do Governo, que abrirá clínicas destinadas ao atendimento gratuito das massas populares, ao aconselhamento médico, à orientação, à cessão do recurso apto a sanar o problema apresentado. O Estado, assim agindo — explica —, porá, simplesmente, à disposição das camadas populares os meios de que elas não podem dispor, com a finalidade de evitar a concepção. (78) Em suma, defende o Padre Calderon uma política social de aconselhamento para a regulação da prole: um planejamento familiar orientado pelo Estado.

Algumas opiniões médicas, abaixo referidas, revelam a idiosincrasia pelo controle da natalidade, pela intervenção do Estado em assunto de foro familiar e a patente inclinação para o planejamento da família.

Doutor Rogério Rocco, (79) Professor da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade de Brasília, não vê senão um método realmente moral, lógico e cristão de diminuir o número de nascimentos — o que proporciona capacidade ao indivíduo para discernir sobre o fato. O que educa e desenvolve. É a planificação em caráter individual, pessoal, formulada à base do entendimento entre o casal e o médico. Além dos fatores intrínsecos que o levam a recusar a contenção oficial pelo Estado, alega a deficiência quantitativa da estrutura médica brasileira. Mais um impedimento para a montagem, pelo Governo, de uma engrenagem projetada para o controle da natalidade.

Doutor Walter Lessa, em declarações feitas em 1967, (80) quando exercia o cargo de Secretário de Saúde de São Paulo, não despreza a hipótese de um plano “de determinado grau de contenção da natalidade”, caso se venha a verificar que a expansão demográfica do País excede de muito suas possibilidades de desenvolvimento. Entretanto, o que defende com absoluta convicção é “o direito de cada casal decidir sobre o número de filhos que julga poder ter, para dar-lhes condições condígnas de vida e promessa de um futuro pelo menos aceitável”.

Doutor Nilo José Pereira Luz, (81) Professor de Clínica Obstétrica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, igualmente opta pela regulação da prole dentro da família, entendendo, porém, que a difusão dos meios anticoncepcionais, a doutrinação, o aconselhamento devem restringir-se, exclusivamente, ao ambiente médico. Segue-se um dos tópicos das declarações do Professor Pereira Luz, resumo de seu pensamento sobre o problema:

“A respeito da minha posição pessoal quanto ao problema geral do controle da natalidade devo dizer que nenhum médico consciente, como nenhuma pessoa consciente, tem qualquer restrição quanto ao estabelecimento do controle na natalidade no plano individual e familiar. Acho perfeitamente lícito — e não somente lícito, como um dever do médico — esclarecer, assessorar e dar os elementos médicos para que a pessoa os use. Acho que isso é um direito do casal que, tanto quanto possível, não deve ser interferido, de maneira alguma. Ao médico, então, cabe informar, auxiliar a escolher os melhores métodos, desde que respeitada a ética profissional. Acho que este é um ponto fundamental.”

Sobre o papel do Governo nessa tarefa, considera útil o auxílio ou subvenção que permitisse às camadas mais pobres o acesso aos meios anticoncepcionais.

Finalmente, o parecer de alguns juristas, apenas para situar frente à lei brasileira os métodos anticoncepcionais usados com vistas ao planejamento da família.

A limitação da prole como problema jurídico, na concepção de Moura Bittencourt, <sup>(82)</sup> só encontra óbices quanto ao aborto e à propagação de meio abortivo ou de anticoncepcional.

Fora desses casos, afirma o jurista, a questão concerne à liberdade individual. Considera legítima a conduta de quem, por processos que não ofendam a saúde ou ameacem a integridade física da mulher, impeçam a gravidez.

O Professor Benjamin de Moraes, <sup>(83)</sup> respondendo a consulta formulada pela Sociedade Bem-Estar da Família (BEMFAM), afirmou que "o planejamento familiar não é contrário a qualquer preceito legal no Brasil, sendo lícito aos médicos orientarem seus pacientes e receitarem anticoncepcionais, quando respeitada a justa e plena liberdade daqueles que os consomem".

Do ponto de vista do Professor Raul Chaves, <sup>(84)</sup>

".....  
o Direito Penal Brasileiro proíbe toda e qualquer prática anticoncepcional que, na verdade, não apenas se limite a impedir a conjugação de duas células, o encontro de duas células, mas que lese o corpo para impedir até a produção de uma das células, ou, que, não tendo impedido o encontro das duas células, atinja o produto da fecundação, tornando impossível a sua vida, ou dificultando a continuidade da sua vida puramente biológica ou parasitária. O Direito Penal Brasileiro, através da Lei das Contravenções Penais, pune a propaganda, a divulgação de processos, de medicamentos abortivos e anticoncepcionais. Não proíbe, entretanto, como outras leis o fazem, o incitamento à prática de meios anticoncepcionais."  
....."

Essas declarações foram prestadas em 1967, diante da Comissão Parlamentar de Inquérito para estudar a conveniência ou não de um plano de limitação da natalidade em nosso País. Nessa oportunidade, o jurista baiano fez alusão ao IX Congresso de Direito Penal realizado em Haia, dois anos antes, e a conclusão a que chegou esse encontro de especialistas em matéria de Direito repressivo, sobre o assunto em tela:

".....  
a divulgação de informações de meios anticoncepcionais somente deve ser considerada infração da lei penal quando violar proibições legais contra a pornografia, ou a obscenidade, ou for contrária às necessidades da juventude."  
....."

Nelson Hungria discorre sobre a ilicitude da esterilização somática e expõe o porquê da inexistência de incompatibilidade entre a moral jurídica e a esterilização copulativa: <sup>(85)</sup>

"....."

Quando se fala em meios anticoncepcionais, quer-se referir aos que comumente se denominam tais, isto é, substâncias químicas, objetos (condons, pessários, presilhas plásticas, supositórios vaginais, admi-nículos intra-uterinos), processos ou métodos, cuja aplicação se reitera a cada ato sexual, a fim de torná-lo infecundo. São os meios que acarretam a "esterilização copulativa", assim designada para distin-gui-la da "esterilização somática", resultante de especial intervenção cirúrgica e de caráter permanente. Enquanto esta se apresenta como ilícita, salvo quando indicada como indispensável ou necessário recurso terapêutico (como, por exemplo, nos casos de tumores do ovário, do útero, dos testículos, graves doenças do coração, etc., etc.), aquela não atrita com a moral jurídica (posto que o meio empregado não passa, ainda que eventualmente acarrete interrupção de gravidez) (*sic*). A fecundação não constitui um dever jurídico, de modo que o seu impedimento, desde que não obtido por meio em si mesmo ilícito, não é contrário ao direito ou juridicamente reprovável. A esterilização somática, ainda que para o fim exclusivo de acarretar a *impotentia concipiendi*, é antijurídica porque constitui uma *læsio corporis*, uma ofensa à integridade física da pessoa, além de poder, eventualmente, ocasionar transtornos fisiológicos e psíquicos. Ninguém pode duvidar que a extração do útero ou dos ovários, a ligadura das trompas de Falópio, a vasectomia ou a rescisão dos canais deferentes, a ablação dos testículos, todos os processos, enfim, da esterilização somática, configuram, tipicamente, o fato que a lei penal incrimina sob o *nomen juris* de "lesão corporal", pouco importando o prévio consentimento do paciente, pois a integridade corporal é um direito inalienável, indispensável ou irrenunciável. Ninguém pode dispor do próprio corpo para sofrer uma alteração permanente na sua integridade física (salvo se em benefício da própria saúde ou estética, desde que res-salvada a moral jurídica). Já a esterilização copulativa, desde que o empregado meio anticoncepcional não afete a saúde de qualquer dos protagonistas do ato sexual, não se operando qualquer alteração da personalidade física ou psíquica, não há razão alguma para que a lei do Estado a proíba por si mesma. Atualmente, em parte alguma do mundo, que eu saiba, se cuida de vedar a fabricação, o comércio ou o uso de meios anticonceptivos. Antes de ocorrer a fecundação, a lei social não pode interferir com sua finalidade disciplinadora, por isso mesmo que a fecundação não é obrigatório nem podia sê-lo, pois não são incomuns os casos de infecundidade constitucional ou adquirida e o Estado não pode intervir na vida sexual dos casais. Somente com o advento da concepção é que se impõe ou se justifica essa interfe-rência, para o fim de tutelar, já agora, um ser humano em formação, uma *spes hominis*."

Além da concepção jurídica, aproveitamos o conteúdo didático da lição do mestre sobre os anticoncepcionais, uma vez que não nos ativemos, especi-ficamente, ao assunto.

Ao ano em que foram publicados esses ensinamentos (1965), já se verifi-cava, no Brasil, um consumo relativamente grande da pílula anticoncepcional feminina, mas nada se tinha de concreto a respeito da droga para homens.

descoberta sensacional, recente, recentíssima, do Centro de Pesquisas e Estudos da Reprodução Humana, em Salvador, Bahia.

A título de curiosidade, transcrevemos a explicação a respeito da pílula masculina, dada à *Manchete* de 25 de novembro de 1972, pelo médico e cientista Dr. Elsimar Metzker Coutinho, chefe daquele centro de pesquisas:

“O Dr. Coutinho explica que o período de atividade da droga antibebê para homens é de aproximadamente seis meses, mas a grande dificuldade é que seu efeito só começa seis semanas após sua aplicação. — Essa demora é que é o x do problema. Quando a droga é aplicada, já existem espermatozoides formados, contra os quais ela não inter-vém. A droga atua é na maturação dos futuros espermatozoides.”

Se bem que os defensores do planejamento familiar, no Brasil, superem as fronteiras traçadas nas cartas pontificias, no tocante aos métodos anticoncepcionais, suas concepções não deixam de refletir a influência do espírito das encíclicas. Constataremos o fato, passando ligeiramente os olhos sobre os pontos principais da definição a respeito do assunto pela Igreja Católica.

A voz oficial da Igreja, embora não considere as ameaças previstas para o mundo, em conseqüência da proporção entre o aumento demográfico e os meios de subsistência, não deixa de tomar conhecimento da realidade dos fatos.

João XXIII, no capítulo “Progresso Demográfico e Desenvolvimento Econômico”, da encíclica *Mater et Magister*, declara: <sup>(86)</sup>

“187. As estatísticas dos países menos desenvolvidos demonstram que a rápida difusão, entre eles, de medidas de higiene e de cuidados médicos diminuiu o índice da mortalidade infantil e prolongou, em conseqüência, a duração média da vida. O índice de natalidade, por sua vez, que, nesses países, costumava ser alto, tende a manter os seus níveis, ao menos por um futuro mais ou menos longo. Enquanto, pois, o número de nascimentos excede, anualmente, o número de óbitos, a estrutura da produção, nesses países, não consegue obter um rendimento proporcional ao número de habitantes. Desse modo, nas nações menos desenvolvidas, o nível de vida não só não melhora, como tende a piorar.”

Ao mesmo tempo, voltando-se a Igreja para o seio da família, chega à compreensão de que os esposos, em função da harmonia da vida em comum, encontram freqüentes dificuldades em certas circunstâncias da vida atual e podem defrontar situações em que, pelo menos temporariamente, não lhes é dado aumentar o número de filhos. <sup>(87)</sup>

Em consideração a tais problemas e a outros da mesma natureza, e contemplando, ainda, no casamento, não só a instituição destinada à geração da prole, <sup>(87)</sup> mas a fonte do amor entre os cônjuges e o instrumento da educação dos filhos, <sup>(88)</sup> decide-se pela regulação dos nascimentos através da “paternidade responsável”, cujo significado esclarece sob diversos aspectos: <sup>(89)</sup>

“Em relação com os processos biológicos, paternidade responsável significa conhecimento e respeito pelas suas funções: a inteligência descobre, no poder de dar a vida, leis biológicas que fazem parte da pessoa humana.

Em relação às tendências do instinto e das paixões, a paternidade responsável significa o necessário domínio que a razão e a vontade devem exercer sobre elas.

Em relação às condições físicas, econômicas, psicológicas e sociais, a paternidade responsável exerce-se tanto com a deliberação ponderada e generosa de fazer crescer uma família numerosa, como com a decisão, tomada por motivos graves e com respeito pela lei moral, de evitar, temporariamente, ou mesmo por tempo indeterminado, um novo nascimento.

Paternidade responsável comporta, ainda, e principalmente, uma relação mais profunda com a ordem moral objetiva, estabelecida por Deus, de que a consciência reta é intérprete fiel. O exercício responsável da paternidade implica, portanto, que os cônjuges reconheçam plenamente os próprios deveres para com Deus, para consigo próprios, para com a família e para com a sociedade, numa justa hierarquia de valores.

Na missão de transmitir a vida, eles não são, portanto, livres para procederem a seu próprio bel-prazer, como se pudessem determinar, de maneira absolutamente autônoma, as vias honestas a seguir; mas devem, sim, conformar o seu agir com a intenção criadora de Deus, expressa na própria natureza do matrimônio e dos seus atos e manifestada pelo ensino constante da Igreja.”

Dentro desses princípios, o magistério declara excluída, de forma absoluta, <sup>(90)</sup>

“... como via legítima para a regulação dos nascimentos, a interrupção direta do processo generativo já iniciado e, sobretudo, o aborto querido diretamente e procurado, mesmo, por razões terapêuticas.”

Excluídas também estão a esterilização direta, quer perpétua, quer temporária, assim do homem como da mulher, além de qualquer ação que <sup>(90)</sup>

“... ou em previsão do ato conjugal, ou durante a sua realização, ou também durante o desenvolvimento das suas conseqüências naturais, se proponha, como fim ou como meio, tornar impossível a procriação”.

Finalmente, ensina que é lícito tão-somente ter em conta os ritmos naturais iminentes às funções geradoras, para usar do matrimônio só nos períodos infecundos, e, deste modo, regular a natalidade. <sup>(91)</sup>

São também aprovados os meios terapêuticos, <sup>(92)</sup>

“... ainda que daí venha a resultar um impedimento, mesmo previsto, à procriação, desde que tal impedimento não seja, por motivo nenhum, querido diretamente.”

Em suma, a Igreja admite a planificação da família dentro da continência sexual, deixando a decisão acerca do número de filhos ao reto juízo dos pais. De modo algum à autoridade pública. <sup>(93)</sup> Aos poderes públicos, reserva a tarefa de intervir, nos limites de sua competência, promovendo uma infor-

mação apropriada e tomando medidas aptas, contanto que sejam conformes às exigências da lei moral e respeitem a justa liberdade dos cônjuges. (94)

A voz do magistério não exorbita os limites supratrazados.

Extra-oficialmente, porém, membros da Igreja Católica Apostólica Romana transpõem as balizas da estrita posição oficial.

É o caso do Padre Calderon Beltrão, que responde pela cadeira de População e Sociologia da Família da Pontifícia Universidade Gregoriana de Roma.

O Padre Calderon declara, *ipsis verbis*: (95)

“...cheguei pessoalmente, sobretudo a partir de 1964, à certeza de que, quando a função procriativa está não só incomodando, mas prejudicando claramente outras funções do casamento, como seja a educacional, a conjugal, o bom entendimento entre esposo e esposa, bloquear, inibir a função criativa é um direito e, em certos casos, um dever. De maneira que também nesse plano considero a regulação da prole um direito fundamental e, em certas circunstâncias, um dever da pessoa humana, devido aos prejuízos que essa pessoa pode causar a si mesma ou a outrem. Em tais casos, sobretudo a mulher, muitas vezes, é prejudicada, bem como os filhos e a estabilidade do lar, pois — quando começam a surgir incompatibilidades profundas entre marido e mulher quanto a esse problema, isto, freqüentemente, é o início de uma divergência íntima, que leva à separação e ao divórcio. Poderia citar, de meu repertório, casos vividos aqui no Brasil. O problema, portanto, está muito interligado também a este assunto que cada vez mais preocupa até mesmo as autoridades sociais, ou seja, o problema da instabilidade estrutural da família contemporânea, com a conseqüente possibilidade jurídica da dissolução do vínculo matrimonial, por outras palavras, do divórcio.”

Contrário à tendência da legalização do aborto “em virtude de razões econômicas e sociais”, (96) não faz reserva o clérigo quanto à adoção dos métodos anticoncepcionais, aceitando, ainda, ou, melhor, julgando necessário o aconselhamento, nesse particular, por parte dos poderes públicos. Não só o aconselhamento, mas a concessão de serviços gratuitos e medicamentos a quem não possa obtê-los às próprias custas. (97)

“Não julgo livre — declara o Padre Beltrão — o casal que não emprega o meio anticoncepcional porque não sabe, não o conhece — isto não é liberdade, é ignorância —, ou porque não tem recursos econômicos para obtê-lo — isso também não é liberdade, é a negação mesma da liberdade, no seu sentido econômico.” (97)



Citaremos também o teólogo beneditino Dom Jerônimo de Sá Cavalcanti, Prior do Mosteiro de São Bento, Salvador.

No caso de D. Jerônimo, sentiríamos pejo de afirmar que seu entendimento extrapolou dos marcos fixados pela Igreja no terreno do planejamento da família ou da limitação da natalidade. Preferiríamos dizer que animou as palavras do magistério, interpretou, à luz do espírito e ao calor do coração, face às realidades desta vida, as regras postas pelo Apóstolo Pedro para a orientação dos seguidores do Cristo em matéria tão complexa.

É verdade que ao teólogo não lhe parece ação pecaminosa o emprego dos meios anticoncepcionais, desde que não sejam estes esterilizantes para um dos cônjuges, não provoquem aborto, não sejam lesivos à saúde da mulher ou do homem e sejam praticados por livre e espontânea vontade dos casais. Mas, se a letra dessa afirmação afronta a lei, da lei não foge o espírito que a anima.

Transcrevemos, em parte, as declarações do D. Jerônimo, constantes do depoimento prestado na Câmara dos Deputados, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito para estudar a conveniência ou não de um plano de limitação da natalidade em nosso País: (98)

“.....

Bem sabemos que muitos cristãos, seja por apego a posições rígidas e conformistas, seja ainda por displicência, fogem ao gravíssimo dever da reflexão sobre problema tão importante para a humanidade. O problema do controle da natalidade para a teologia católica não é uma questão puramente jurídica, de cumprimento de uma lei eclesiástica nem tão pouco o medo da explosão demográfica deixa de preocupar-nos. Seus fundamentos são mais graves e profundos. Importa descobrir na própria natureza humana suas razões e fundamentos. Desta tarefa ninguém pode excluir-se, ninguém que luta pela afirmação do homem e pela grandeza da humanidade, seja esse homem cristão ou não. Assim é que a Igreja está tomando muito a sério o problema do controle da natalidade. Nesse sentido, entre nós, como em muitos outros centros de pesquisas no mundo cristão, se faz uma revisão da chamada tese da imutabilidade das leis naturais, uma vez que não nos parece situada dentro da atual caminhada para a perfeição e para o desenvolvimento. O Cristianismo não teme a ciência nem o progresso em todos seus aspectos, e sabemos todos nós que, apesar de todo o avanço atual da técnica, ainda nos encontramos no primeiro dia da criação. Progressista que é a Igreja, profundamente dinâmica, não se fixa em fórmulas. A cada homem, em seu tempo e em sua situação concreta, ela tem uma resposta integral e adequada. Tanto nós leigos como a hierarquia não

devemos impedir que o “deus vivo” e verdadeiro, não o “deus morto” e desfigurado, esteja presente também ao homem de hoje. Assim é que afastamos de nossas concepções a idéia corrente de que era “a natureza bruta” ou animal que fornecia o modelo da atividade humana natural, ou, segundo a terminologia da época, *secundum naturam*. A moral sexual era entendida de baixo para cima. “Na noção de conformidade com a natureza não entrava algo de possível interferência da liberdade humana, mas apenas vivia a aceitação obediencial da ordem preestabelecida no reino animal, ao qual também o homem, como animal racional, pertencia. Essa opinião se apoiava na filosofia do estoicismo e no direito natural romano de Cícero, Justiniano e Ulpiano, para limitar o sentido da sexualidade humana ao que a natureza ensina a todos os animais”. Revivendo o mestre da Teologia, Tomás de Aquino, diríamos que muito do que se compreende por direito natural já não se assemelha com as formulações do Anjo das Escolas. Sob o título de “direito natural”, ele compreendia a obra da razão prática, a reta razão e o bom senso. A natureza e a razão seriam as duas forças dinâmicas do homem, infelizmente, muitas vezes, antagônicas. Será que o homem deve viver só de acordo com a natureza pura? Evidentemente que a resposta é negativa, pois, do contrário, o homem deveria andar nu, não construir casas, nem fabricar móveis e muito menos cozinhar os seus alimentos. Seguir a natureza, segundo Tomás de Aquino, deve significar viver segundo a natureza racional, a saber, buscando suas normas morais dentro dele, do homem, e não na natureza simplesmente. Seguir a natureza é usar a razão e o bom senso, empregando todos os meios de maior aperfeiçoamento e grandeza. Provavelmente, muito pouco teria o homem de aprender em matéria de moral sexual, segundo os coelhos, sobretudo no que diz respeito à explosão demográfica. Tampouco poderiam as mulheres fecundadas imitar as abelhas-rainhas, matando os seus maridos. A natureza é prolifera, ainda quando nós não a desejamos e, por isso, combatemos os mosquitos. Por sua vez, a natureza aparece estéril, quando, na verdade, queremos o contrário. Daí por que regamos e adubamos os terrenos áridos e secos. Poderíamos então considerar uma intervenção técnica na vida sexual como sendo contra a natureza? Contra a natureza do homem? Não nos esqueçamos de que o biológico é maleável à ação criadora e orientadora do homem. O homem deve humanizar o biológico, isto é, fazer com que o biológico corresponda plenamente aos interesses e exigências da pessoa concreta e existencialmente situada, colocada. A violação, portanto, da natureza pura, longe de ser imoral, é o próprio destino do homem. Técnica não é violação da natureza para beneficiar o homem? O que se impõe ao homem — nisso a Igreja insiste constantemente — é que sua conduta moral, o seu modo natural de viver, esteja de acordo com a natureza da sua razão na solução dos problemas que frequentemente uma natureza cega e irresponsável lhe impõe. O pecado, o erro, o mal seria o homem atuar contra a sua natureza de entre racional e livre, comportando-se irracionalmente. Infelizmente, ainda hoje se tem a impressão de que, na argumentação contra os meios anticoncepcionais, o acento cai na barreira física que impede o encontro entre

semente e óvulo. "O uso do matrimônio" — termo costumeiro e bem significativo de tratados morais sobre este assunto nos últimos séculos — "estreitava a atenção para a procriação, sem abrir os horizontes para os valores pessoais mais profundos que se manifestam na vida conjugal e familiar. O negativismo de não fazer nada contra a natureza do ato sufocava o desenvolvimento de uma moral positiva e libertadora, cujos traçados ultimamente se estão esboçando. Não existe lei alguma, nem na natureza racional nem dentro da Igreja, que determine ao casal ter filhos ilimitadamente. A tese tão comum de que "quanto mais filhos melhor" está hoje substituída pela tese da paternidade responsável. A violação, a interferência que é moralmente condenável é aquela que abrange o total e não-somente uma parte. Assim, como diz o teólogo Hawkins em "Natura the Ethical Form", Blafrias, 1951, página 15, "na questão da moral sexual não basta condenar uma ação como pecaminosa, quando esta impede apenas os fins naturais da função sexual. Ela se torna pecado somente quando é contra a natureza do homem". Daí por que um crescimento exagerado da população é humanamente mau. A família com excesso de filhos, a cidade, região ou nação superpovoadas não pode viver dignamente, vegeta, cai fatalmente na miséria. Nesse caso, a razão, o bom senso, ajudado pelas ciências médicas, pode perfeitamente evitar, por processos honestos e naturais, os males que daí decorrem. O Concílio Vaticano II acha que "os especialistas em ciência, mormente biológicos, médicas, sociais e psicológicas, podem contribuir grandemente para o bem do matrimônio e das famílias e a paz das consciências, se, mediante estudos comparados, se esforçarem por esclarecer mais profundamente as condições que favorecem a honesta regulação da procriação humana". Desde que os métodos utilizados no controle da natalidade não sejam esterilizantes para um dos cônjuges, não provoquem aborto, não sejam lesivos à saúde da mulher ou do homem e sejam praticados por livre e espontânea vontade dos casais, não nos parece que seja ação pecaminosa, uma vez que não se está agindo contra toda a natureza humana. Quanta coisa ainda a se estudar, não só na Igreja mas muito mais na ciência. A Igreja espera com ansiedade a palavra das ciências médicas, sobretudo. Olhei até aqui o problema do controle da natalidade sob o ponto de vista individual, embora fizesse referência ao grave aspecto da explosão demográfica. Todavia, importa também encarar o problema em termos de população e de grupos. É um direito primordial do homem — assim o afirma João XXIII — ter acesso às informações, como crescer em conhecimentos. No estudo do nosso problema, verifica-se que somente o homem civilizado e de cultura, o homem desenvolvido, planeja suas economias, sua profissão, suas viagens, seus casamentos e seus filhos. Os casais mais pobres possuem geralmente maior número de filhos do que os casais ricos. Os casais subdesenvolvidos desconhecem essas informações (...), enquanto a maioria dos casais da classe alta de há muito tempo vêm limitando a sua prole. O homem subdesenvolvido também tem direito a ser informado. Hoje, é uma preocupação universal o controle da natalidade. Posso admitir mesmo que haja uma política anticoncepcional com obje-

tivos escusos em determinados países, mas temos de aceitar que, antes de tudo, antes de ser o controle da natalidade a planificação familiar, um fenômeno político, é uma realidade. E não há dúvida de que o crescimento acelerado da população, sobretudo quando o número de famintos e miseráveis aumenta, deve preocupar a Igreja. Sem dúvida, a experiência de todos os dias nos revela que em diferentes países o sucesso para a diminuição da taxa de natalidade reside, mais no desenvolvimento destes povos, na prévia educação e na informação, do que mesmo na preocupação única, digo eu, exclusiva, da aplicação de métodos anticoncepcionais. Para nós, teólogos, planificar família não significa, em primeiro lugar, reduzir natalidade. Significa — e aliás, neste ponto é bem clara a BEMFAM nos seus objetivos — “trazer ao mundo indivíduos aos quais se darão condições de vida necessárias ao seu digno desenvolvimento”. A política da Igreja — se posso assim falar — é que se multiplique, nos países subdesenvolvidos, como o nosso, a ajuda de países ricos a sua taxa de desenvolvimento econômico, para que tais povos possam ter uma vida digna. Tinha razão o Padre Leuret, quando apontava o grande pecado do nosso tempo, a avareza das nações ricas, e, neste sentido, apelava constantemente para uma conversão do Ocidente, para o combate à avareza de alguns povos. O culto do bezerro de ouro, a exploração dos humildes e mais pobres não pode ser mais tolerada, uma vez que alimenta a revolta e o caminho que se apresenta diante da humanidade, o terrível flagelo da guerra. Assim, julgo que nunca foi tão oportuna, como nesta hora, a aplicação concreta dos princípios emanados na *Populorum Progressio*, de Paulo VI, no tocante ao desenvolvimento dos povos.

A planificação familiar é um direito dos povos, sejam ricos ou pobres, mas sua independência deve ser respeitada, seu progresso aumentado e respeitado. “Não é lícito — diz a *Populorum Progressio* — aumentar a riqueza dos ricos e o poder dos fortes, confirmando a miséria dos pobres e tornando maior a escravidão dos oprimidos”. Qualquer programa de desenvolvimento, lembra a Encíclica, de aumento de produção deve sempre ser colocado a serviço do homem. Deve reduzir desigualdades, combater discriminações, libertar o homem da servidão, torná-lo capaz de, por si próprio, ser o agente responsável do seu bem-estar material, progresso moral e desenvolvimento moral. Assim, os povos subdesenvolvidos tinham o direito de conhecer o que seja planificação familiar. Dentro dessa preocupação do desenvolvimento é que temos de situar a palavra do Papa Paulo VI sobre o controle da natalidade, exposta nesta Encíclica, do desenvolvimento, ainda tão necessitada de melhor conhecimento ou talvez de melhor aplicação entre nós, no Brasil. Um crescimento acelerado vem, com demasiada freqüência, trazer novas dificuldades ao problema do desenvolvimento: o volume da população aumenta muito mais rapidamente que os recursos disponíveis, e cria-se uma situação que parece não ter saída. Urge, por isso, a grande tentação de refrear o crescimento demográfico por meios radicais. É certo que os poderes públicos, nos limites da sua competência, podem intervir, promovendo uma in-

formação apropriada e tomando medidas aptas, contanto que sejam conformes às exigências da lei moral e respeitem a justa liberdade dos cônjuges. Paulo VI repete os ensinamentos do Concílio, quando, na *Gaudium et Spes*, afirma: "No que concerne aos problemas da população de cada nação, os governos, nos limites de suas próprias competências, assegurem os direitos e deveres, por exemplo, em tudo que diz respeito à legislação social e familiar, ao êxodo das populações rurais para as cidades, à informação relativa à situação e às necessidades do País. Como hoje os indivíduos se preocupam muito com este problema, é preciso também que os católicos competentes nestas matérias, nas universidades, em particular, prossigam assiduamente nos estudos iniciados e lhes dêem maior amplitude."

Como se vê, há uma preocupação com o desenvolvimento, mas nem por isso a Igreja proíbe a investigação e a informação ao homem da maneira de planificar a família, contanto que se deixe, "em última análise, aos pais, o direito de determinar, com pleno conhecimento de causa o número de filhos", assumindo eles a responsabilidade perante Deus, perante eles próprios, perante os filhos que já nasceram e perante a comunidade a que pertencem, de acordo com as exigências da sua consciência, formada segundo a lei de Deus, autenticamente interpretada pela confiança Nele. O que pretende a Encíclica é que "a cooperação internacional se torne indispensável, quando se trata de povos que, muito frequentemente, além de outras dificuldades, sofrem, particularmente, as dificuldades que provêm do crescimento rápido de sua população. É urgente estudar como, graças à colaboração completa e assídua de todos, sobretudo das nações ricas, pode-se preparar o que é necessário à subsistência e instrução conveniente dos homens, em benefício de toda a comunidade". O que pretende a Igreja é provocar um esforço de solidariedade universal. Convém evitar a tentação, como disse o Papa, de "frear o acréscimo demográfico por meios radicais e desumanos, mas não se pode retirar do subdesenvolvido, do pobre, do flagelado o direito à informação, ao esclarecimento".

....."

Dentro desse espírito se situam as opiniões de economistas, demógrafos, médicos, sociólogos, autoridades públicas, quando favoráveis a que se leve em consideração, entre nós, o crescimento demográfico, em razão do grau de desenvolvimento em que nos encontramos.

A maioria, segundo vimos, é adepta do planejamento da família, tendo em vista a influência direta desse processo no seio do grupo familiar, pela elevação do nível de vida e conseqüente melhoria nas condições de alimentação, saúde, educação etc., e ainda face à influência indireta que, logicamente, exerce sobre o aumento da população.

Admite-se, chegando-se mesmo a alegar a necessidade de que o Estado participe dos programas de planejamento, como coadjuvante, como auxiliar im-

prescindível nos setores técnico e financeiro. Nunca, e por hipótese alguma, na qualidade de mandante. Jamais o brasileiro conceberia a idéia de ver, na intimidade do lar, a autoridade pública a lhe ditar quando ter filhos e a lhe dizer quantos filhos lhe seria dado trazer ao mundo.

Planejar a família, isto sim: em função da alimentação suficiente e sadia, do acesso às escolas, aos medicamentos, da capacitação para a vida; em função da moral que as crianças nascidas em "Quarto de Despejo" mal conhecem, vividas, que são, na promiscuidade, no incentivo ao roubo, entre os desentendimentos dos pais e a prostituição das irmãs; em função do prolongamento da vida de mulheres que não têm constituição física, e muitas vezes psíquica, para mais de dois ou três filhos; em função da paz de espírito dos portadores de taras, que se atemorizam ante a perspectiva de transmiti-las à prole, mas que também fazem jus, como os demais mortais, ao companheirismo, ao amor e à vida.

Planejar a família em função da *qualidade* psicossomática dos seus membros, através de meios que não impliquem em aborto, não sejam lesivos à saúde e sejam praticados por livre e espontânea vontade dos casais.

Nunca o controle em massa, como medida acauteladora contra a fome, a miséria e a morte.

Mesmo porque não participamos do pessimismo mórbido dos "Zegistas", <sup>(98)</sup> que projetam no tempo uma esfera humana a dilatar-se com a velocidade da luz; que nos comparam a nenúfares em um pântano, em duplicação diária de tamanho, e crescimento sempre mais veloz, até à cobertura total da superfície pantanosa. <sup>(99)</sup>

Pelo contrário. Acreditamos nos incomensuráveis recursos da natureza. Nas reservas da terra e nas reservas do mar — ainda tão pouco exploradas.

E, diante da capacidade insondável do Universo, consideramos o homem. Não como ser irracional e voraz, fadado, tão-somente, a consumir. Mas como instrumento da inteligência divina, cujo esgotamento não se pode pressagiar como se pressagia o esgotamento dos recursos naturais.

Esta centelha que não se exaure e nem se imobiliza e responde aos reclamos das mais exigentes solicitações da humanidade, para proporcionar-lhe, inclusive, o supérfluo, exaurir-se-ia imóvel, ante as suas mais prementes necessidades?

Aí está Von Braun, certo de que "O futuro do mundo é realmente maravilhoso", antevendo, "de cátedra", uma rede de satélites a nos fornecer infor-

mação fundamental sobre a racionalização das safras nas diferentes regiões do mundo, sobre as riquezas do subsolo, sobre as condições ecológicas ideais, enfim, sobre todos os elementos necessários para uma programação racional da vida humana". E a prever a possibilidade de descobrirmos no espaço novas riquezas. (100)

Que pitonisa ousaria preizer a retração da inteligência?

## NOTAS

- 1) *Encyclopaedia Britannica*, vol. 3, pág. 705
- 2) In Hardin, Garret -- *População, Evolução, Controle da Natalidade* -- Companhia Editora Nacional -- Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho -- 1967 -- pág. 29
- 3) Obra supra, pág. 21
- 4) Hiemann, Eduard -- *História das Doutrinas Econômicas* -- 2.ª Edição -- Zahar Editores -- Rio de Janeiro -- 1971
- 5) In Hardin, Garret -- ob. cit. -- pág. 29
- 6) Pacheco, Mário Victor de Assis -- *Neocolonialismo e Controle da Natalidade* -- Civilização Brasileira -- 1968 -- pág. 26
- 7) A. Sauvy -- Editions Denoel -- Paris -- 1963 -- pág. 54
- 8) In Hardin, Garret -- ob. cit., pág. 6
- 9) Obra supra, pág. 173
- 10) "Futurologia -- O Determinismo Histórico e Economia Apocalíptica" (vide Cader-Terza Edizione -- 1957 -- pág. 84
- 11) *Grand Larousse Encyclopédique* -- vol. 7 -- pág. 19
- 12) "Futurologia -- O Determinismo Histórico e Economia Apocalíptica" (vide Cader-no Especial 2 do *Jornal do Brasil*, de 24-9-1972)
- 13) In Hardin, Garret -- ob. cit., pág. 36
- 14) In Hardin, Garret -- obra supra, pág. 38
- 15) Clark, Colin -- *Crescimento da População e Utilização da Terra* -- Coleção Habitat -- Livraria Civilização Editora -- 1971 -- pág. 93
- 16) *Novissimo Digesto Italiano* -- Maltusianismo -- pág. 85
- 17) Pacheco, Mário Victor de Assis -- *Neocolonialismo e Controle da Natalidade* -- Civilização Brasileira -- 1968 -- págs. 15-17
- 18) In Hardin, Garret -- ob. cit., pág. 39
- 19) Baad Fritiz -- *A Corrida para o Ano 2.000* -- Editora Nova Fronteira S. A. -- Tradução de Macedo Neto -- 1966 -- págs. 8-9
- 20) Pacheco, Mário Victor de Assis -- ob. cit., pág. 13
- 21) Depoimento prestado no dia 20-11-1967, na Câmara dos Deputados, perante a "Comissão Parlamentar de Inquérito para estudar a conveniência ou não de um Plano de limitação da Natalidade em nosso País" -- DCN -- Suplemento ao nº 117 -- 23-9-1970 -- pág. 224
- 22) *Britannica Yearbook of Science and the Future* -- 1972, pág. 249
- 23) "Legal Analysis and Population Control: The Problem of Coercion" "in" *Harvard Law Review*, vol. 84 -- June 1971 -- Number 8 -- Seção "NOTES" (nota de rodapé nº 46) -- pág. 1.866

- 24) *Jornal do Brasil* — 13-2-1972
- 25) Costa, Rubens Vaz da — Vide nota 21 e págs. 224/225 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 26) Depoimento prestado no dia 26-10-1967 — Vide nota 21 e págs. 148 e 149 do Suplemento ao n.º 117, do DCN de 23-9-1970, ali citado
- 27) Depoimento prestado no dia 27-10-1967 — Vide nota 21 e pág. 171 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 28) Depoimento prestado no dia 26-10-1967 — Vide nota 21 e pág. 152 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 29) *Sinopse Preliminar do Censo Demográfico — VII Recenseamento Geral — 1970* — Fundação IBGE — Departamento de Censos — pág. 35
- 30) Depoimento prestado em 26-9-1967 — Vide nota 21 e pág. 123 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 31) Stycos, J. Mayone e Arias, Jorge — *O Dilema Populacional da América Latina* — Edições Cruzeiro — Rio de Janeiro — pág. 63
- 32) *Sinopse Estatística do Brasil — 1971* — Ministério do Planejamento e Coordenação Geral — Fundação IBGE — pág. 56
- 33) *Tribuna da Imprensa* — 25-8-1972 — “Brasil 100 milhões de habitantes”
- 34) Deputado João Alves — Discurso — DCN — S.I. — 14-9-1972
- 35) *O Estado de S. Paulo* — 4-7-1972 — “Planejamento Demográfico-1”
- 36) *Última Hora* — 18-7-1972 — “As rendas da Nação”
- 37) *Tribuna da Imprensa* — 24-8-1972 — “Diferença entre crescimento e desenvolvimento” — Genival Rabelo
- 38) “Legal Analysis and Population Control: The Problem of Coercion” — “in” *Harvard Law Review* — vol. 84 — June 1971, Number 8 — págs. 1.865/6
- 39) Vide publicação supra, págs. 1.865/6 — nota de rodapé nº 40
- 40) Publicação supra, pág. 1.867
- 41) Publicação supra, págs. 1.866/7 — nota de rodapé nº 47
- 42) Meeker, Thomas H. e Silliman, N. Reed — “Population: The Problem, the Constitution and Proposal” — Seção “Comment” — *Journal of Family Law* — Volume Eleven, Number two — 1971 — University of Louisville School of Law — pág. 321
- 43) “in” Ministero Sanita — Direzione Generale Ospedali — Div. VIII — Sommario Della Letteratura Piu Recente Disponibile Presso la Biblioteca del Ministero (Anni 1968-1969) — pág. 20. (Material obtido por intermédio da Embaixada da Itália)
- 44) Vide *Harvard Law Review* — número citado — seção “NOTES” — pág. 1878: “It was only in 1970 that Congress authorized funds to establish family planning services readily accessible to all American women, aiming particularly at the estimated five million low-income women of child-bearing age in need of initial or improved services.”
- 45) Sobre o aborto, vide pesquisa publicada na *Revista de Informação Legislativa* nº 35
- 46) Vide fonte citada na nota nº 43 — pág. 21
- 47) “In” *Harvard Law Review* — vol. citado — págs. 1.875/6
- 48) Publicação supra — nota de rodapé nº 82 — pág. 1.874
- 49) Meeker, Thomas H. e Silliman, N. Reed — trabalho e publicação citados — nota de rodapé nº 26 — pág. 324
- 50) “In” *Harvard Law Review* — vol. e trabalho citados — págs. 1.879/1.880
- 51) Brown, L. Neville e Garner, J.F. — *Royaume — Nni — Droit Social* — “in” *Annuaire de Législation Française et Etrangère* — 1967 — pág. 462



- 52) *Correio da Manhã* 9-1-1972 -- "População é assunto Polêmico"
- 53) Ancel, Marc -- "França -- III -- Droit Pénal et Procédure Pénale" -- "Santé Publique" -- "in" *Annuaire de Législation Française et Étrangère* -- 1967 -- pág. 326
- 54) *Code de la santé publique* (Décr. 5 oct. 1953)
- "....."
- L. 648. (Décr. 11 mai 1955.) Sera puni d'un mois à six mois de prison et d'une amende de 360 F à 18000 F quiconque, dans un but de propagande anticonceptionnelle, aura, par l'un des moyens spécifiés à l'article L. 647, décrit ou divulgué, ou offert de révéler des procédés propres à prévenir la grossesse, ou encore faciliter l'usage de ces procédés.
- Les mêmes peines seront applicables à quiconque, par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, se sera livré à une propagande anticonceptionnelle ou contre la natalité.
- L. 649. (Décr. 11 mai 1955.) Seront punies des mêmes peines les infractions visées par les articles L. 517, 518 et 556, lorsque les remèdes secrets sont désignés par les étiquettes, les annonces et tout autre moyen comme jouissant de vertus spécifiques préventives de la grossesse alors même que l'indication de ces vertus ne serait que mensongère."
- (*Code Penal* -- Dalloz -- Paris 1966-67 -- pág. 169)
- 55) *Boletim da "Sociedade Civil Bem-Estar Familiar no Brasil"* -- BEMFAM -- Ano V -- n.º 6 -- 1972 -- pág. 8
- 56) Vide fonte citada na nota 43 -- pág. 18 19
- 57) *Idem, idem*, pág. 22
- 58) Rodrigues, Walter -- Depoimento prestado no dia 10-8-1967 -- Vide nota 21 e pág. 75 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 59) Beltrão, Padre Calderon -- Depoimento prestado em 26-9-1967 -- Vide nota 21 e pág. 132 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 60) Rodrigues, Walter -- Depoimento prestado no dia 10-8-1967 -- Vide nota 21 e pág. 75 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 61) "Sociedade Civil Bem-Estar Familiar no Brasil" -- BEMFAM -- *Boletim* n.º 6 -- Ano V -- 1972 -- pág. 4
- 62) *Idem, idem*, pág. 5
- 63) *Tribuna da Imprensa* -- 23-8-1972 -- Resposta à indagação: "A elevada taxa de crescimento demográfico tem representado papel positivo no desenvolvimento da economia brasileira? O País deve adotar política de controle populacional?"
- 64) *Sinopse Estatística do Brasil* -- 1971 -- Ministério do Planejamento e Coordenação Geral -- Fundação IBGE -- Rio de Janeiro -- pág. 17
- 65) Depoimento prestado no dia 23-6-1967 -- Vide nota 21 e pág. 60 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 66) *Diário de Notícias* -- 26-9-1970 -- "Teses em Confronto"
- 67) *Jornal do Brasil* -- 13-6-1971 -- "Presidente da CLAD nega resultados positivos do controle da natalidade"
- 68) *Última Hora* -- 25-6-1970 -- "Delfim veta controle demográfico"
- 69) *Jornal do Brasil* -- 26-6-1970 -- "Explosão Demográfica"
- 70) *Jornal do Brasil* -- 16-7-1972 -- "Questão de Consciência"
- 71) *O Estado de São Paulo* -- 1º-7-1972 -- "Brasil dispensa o controle natal"
- 72) Depoimento prestado no dia 28-6-1967 pelo Doutor Mário Victor de Assis Pacheco -- Vide nota 21 e pág. 63 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado

- 73) *Tribuna da Imprensa* — 20-11-1970 — “Uma forma de neocolonialismo”
- 74) *O Estado de São Paulo* — 3-6-1970 — “Infantil e primitivo”
- 75) Depoimento prestado no dia 20-11-1967 — Vide nota 21 e pág. 226 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 76) *Correio da Manhã* — 3-9-1972 — “Reforma Agrária acabará com êxodo rural no País”
- 77) Depoimento prestado no dia 26-9-1967 — Vide nota 21 e pág. 126 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 78) Idem, idem, pág. 129
- 79) Depoimento prestado em 27-6-1967 — Vide nota 21 e págs. 43/44 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 80) Depoimento prestado no dia 22-6-1967 — Vide nota 21 e págs. 25 e 27 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 81) Depoimento prestado no dia 19-10-1967 — Vide nota 21 e págs. 140 e 146 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 82) *Folha de São Paulo* — 26-5-68 — “Limitação da Prole”
- 83) *Correio da Manhã* — 22-11-1971 — “Lei brasileira permite o planejamento familiar”
- 84) Depoimento prestado no dia 29-8-1967 — Vide nota 21 e pág. 101 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado — Vide também “Controle da Natalidade” *Revista de Informação Legislativa* — setembro 1966 — págs. 91/112
- 85) “O Uso dos Meios Anticoncepcionais sob o Ponto de Vista Jurídico”, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — Ano III (Nova fase) — n.º 11 — dez 1965 — Vide também “Controle da Natalidade” — *Revista de Informação Legislativa* — setembro 1966 — págs. 99 a 101
- 86) *Encíclicas e Documentos Sociais — Da “Rerum Novarum” à “Ectogesinna Adveniens”* — Coletânea organizada e anotada por Frei Antonio de Sanctis, O.F.M. cap. — Edições LTr — São Paulo — 1972 — pág. 273
- 87) Vide item 51 da “Gaudium et Spes” — obra supra pág. 345
- 88) Vide item 50 da “Gaudium et Spes” — obra supra pág. 344
- 89) *Carta-Encíclica de Sua Santidade o Papa Paulo VI — Sobre a Regulação da Natalidade* — Tipografia Poliglota Vaticana — item 10 pág. 13/14
- 90) Idem, idem, item 14 — págs. 17/18
- 91) Idem, idem, item 16 — págs. 19/20
- 92) Idem, idem, item 15 — pág. 19
- 93) Vide item 87 da “Gaudium et Spes” — obra citada na nota 86 — pág. 384
- 94) Vide a Encíclica “Populorum Progressio” — item 37 — obra supra — pág. 408
- 95) Depoimento prestado em 29-6-1967 — Vide nota 21 e pág. 125 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 96) Idem, idem, pág. 133
- 97) Idem, idem, pág. 129
- 98) Depoimento prestado no dia 14-11-1967 — Vide nota 21 e pág. 203 do Suplemento ao n.º 117 do DCN ali citado
- 99) O termo é novo — “... só há alguns meses passou a designar os partidários do crescimento zero (“zero growth”) — *O Estado de São Paulo* — 30-4-1972 — “O mundo deve parar o seu crescimento” — Gérard Bonnot
- 100) Vide a revista *Manchete* — n.º 1.075 — ano 20 — 25-11-1972 — págs. 18/21. (O cientista esteve em visita ao Brasil, na primeira semana de novembro/72, a serviço da firma americana “Fairchild”.)

- I. APRESENTAÇÃO
- II. PROGRAMA DO CURSO
- III. SISTEMÁTICA DO CURSO
- IV. TRABALHOS DE GRUPO
- V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

#### I. APRESENTAÇÃO

O Departamento de Direito da Universidade de Brasília realizou um curso de especialização, em nível de pós-graduação, em Direito do Trabalho, sobre o tema "SALÁRIO", do qual participaram trinta e três bacharéis em Direito. A iniciativa e a experiência posta em prática pelo Departamento merecem os aplausos daqueles que se interessam pelo Direito Laboral.

A Subsecretaria de Edições Técnicas, tomando conhecimento daquele evento, determinou que dele participássemos com o objetivo de carrear para a *Revista de Informação Legislativa* as conclusões e ensinamentos daquele curso, razão pela qual toma o presente trabalho caráter de relatório de nossa participação, que no caso foi feita sempre em grupo.

As aulas foram ministradas pelos professores: HUGO GUEIROS BERNARDES; HILDEBRANDO BISAGLIA; CARLOS COQUEIJO COSTA; LAURO ALVARES DA SILVA CAMPOS e MOZART VICTOR RUSOMANO, cabendo a este último a orientação e coordenação do curso.

Cabe-nos fazer especial referência, ao lado das brilhantes atuações dos professores, à propriedade da escolha do tema objeto do curso, face à importância social, econômica e jurídica de que se reveste o salário.

Social, porque a totalidade da população, direta ou indiretamente, dele depende, constituindo-se em causa principal de periódicas crises sociais nas mais diversas partes do mundo.

Estando o salário diretamente relacionado com a estabilidade econômica, razão pela qual dispensam os governos tanta atenção à política

salarial, cresce ele em importância no setor econômico, pois o aumento ou o decréscimo desordenado dos salários redundaria em problemas econômicos desastrosos, como, por exemplo, a inflação e a deflação.

Quanto à importância jurídica do salário, havemos de considerar que a maioria das normas trabalhistas a ele se reporta, além do fato de juristas e legisladores constantemente dele se ocuparem, com a finalidade de aproximá-lo, cada vez mais, do salário justo. Por outro lado, as reclamações junto à Justiça do Trabalho, na quase totalidade, baseiam-se na falta de pagamento dos salários, ou deles decorrem. É, assim, no nosso entender, a base do Direito do Trabalho.

No período de 4 a 6 de junho de 1972, Brasília foi brindada com a "Jornada Latinoamericana de Derecho del Trabajo e Seguridad Social", cujas Mesas-Redondas tiveram lugar no "Auditório Dois Candangos", da Universidade de Brasília.

Tendo em vista que naquele conclave seriam ventilados assuntos constantes do programa do curso de especialização, o comparecimento dos alunos foi considerado como presença às aulas, proporcionando-nos, com a medida, ouvir as brilhantes palestras proferidas por eminentes juslaboralistas da América do Sul, tais como: JOSÉ MONTENEGRO BACA, do Peru; HUGO HECTOR BARBAGELATA, do Uruguai; ALFREDO J. RUPRECHT, da Argentina; e os brasileiros: MOZART VICTOR RUSSOMANO; HILDEBRANDO BISAGLIA; CARLOS COQUELHO COSTA; CARLOS ALBERTO BARATA SILVA; LUIZ ROBERTO DE REZENDE PUECH; HUGO GUEIROS BERNARDES; RENATO MACHADO e SEBASTIÃO MACHADO FILHO.

## II. PROGRAMA DO CURSO

O Departamento de Direito, por ocasião da inscrição dos alunos, distribuiu o programa do curso, que, como veremos, continha uma parte introdutória, enfocando as noções gerais sobre salário; outra, dispendo sobre a política salarial e suas implicações; a terceira parte foi dedicada à composição do salário; e a última, tratando dos modos de proteção.

Eis a íntegra:

### PROGRAMA

#### *Introdução*

I — Aspectos econômicos, sociais e jurídicos do salário. Conceito e natureza jurídica. Características. Terminologia.

II — Salário e comutatividade da relação de emprego. Fontes do direito ao salário. O salário no direito internacional. Prescrição e salário.

#### *Política salarial*

III — Salário justo. Socialização do salário. Salário real e salário nominal.

IV — Salário-mínimo e salário profissional. Negociação coletiva e dissídio coletivo. Salário da mulher, do menor, do aprendiz.

V — Diretrizes da política salarial no Brasil: salário real médio, resíduo inflacionário, adicional de produtividade, atualização do salário-base, correção de distorções.

*Composição do salário*

VI — Formas de salário. Salário-utilidade. Utilidades funcionais.

VII — Salário fixo, comissões, gratificações, prêmios, abonos.

VIII — Salário indireto. Gorjetas. Diárias de viagem e ajudas de custo.

IX — Participação nos lucros. 13º salário. Salário-família, salário-educação.

X — Adicionais de transferência, de horas extraordinárias, de trabalho noturno, de função, de insalubridade, de periculosidade.

*Proteção do salário*

XI — Isonomia salarial. Equiparação. Quadro de carreira.

XII — Irrenunciabilidade. Inalterabilidade: irredutibilidade, transação, força maior e prejuízos.

XIII — Intangibilidade. Retenção, compensação. Cessão. Crédito salarial: privilégios.

XIV — Moeda do pagamento. Modos de pagamento. Lugar do pagamento. Prova do pagamento.

XV — Época do pagamento. Mora salarial. Correção monetária. Juros. Dobra salarial.

### III. SISTEMÁTICA DO CURSO

A finalidade primordial do curso, segundo nos foi transmitido pelo professor Hugo Gueiros Bernardes, que diretamente auxiliou o professor Mozart Victor Russomano na coordenação, era a de fazer com que bacharéis em Direito se interessassem pelo estudo científico do Direito do Trabalho; a de habituar as mentes ao raciocínio e estudo das pesquisas, visando a encontrar soluções para os problemas de natureza trabalhista.

Havemos de considerar, em primeiro plano, que, em se tratando de um curso em nível de pós-graduação, não poderiam os seus responsáveis deixar de dispensar maior parte do seu tempo às pesquisas e trabalhos sobre os temas constantes do programa, o que, quase sempre, se processava pela forma de trabalho em grupo.

Na primeira aula, o professor fazia uma exposição da matéria, ocasião em que se considerava desaconselhável a intervenção por parte dos alunos. Entretanto, nas oportunidades em que tal hipótese ocorreu, foi sempre recebida de maneira atenciosa por parte do expositor.

Os três dias subsequentes eram dedicados à pesquisa e à elaboração dos trabalhos em grupo, sendo o último dia da semana destinado aos debates sobre os trabalhos, cujo tema correspondia ao ventilado na aula expositiva.

A respeito da realização dos trabalhos em grupo, parece-nos ter sido a forma adotada, tendo em vista a vantagem de diminuir a tarefa dos professores na revisão dos trabalhos. Ocorre, porém, que aquela forma acarreta uma série de inconvenientes, sendo que o principal deles se relaciona com a aferição do aproveitamento, que se torna bastante difícil, principalmente quando, por ocasião do término do curso, as menções ou notas são dadas em caráter individual.

Por outro lado, pelas mais variadas razões, na elaboração das tarefas do grupo, observa-se, invariavelmente, uma abstenção média de cinquenta por cento dos componentes do grupo.

#### IV. TRABALHOS DE GRUPO

Feitas as considerações iniciais a respeito do funcionamento do curso, passamos à parte que poderá, de alguma forma, interessar aos estudiosos do Direito do Trabalho, tendo em vista que neste item fornecemos os temas propostos para a realização dos trabalhos de grupo, algumas soluções por eles encontradas e, em determinados casos, as conclusões.

#### TEMÁRIO PARA O TRABALHO DE GRUPOS E DE CLASSE

*(Unidades I e II do Programa do Curso)*

1. Promover o levantamento de casos em que o pagamento ao empregado não tem correspondência objetiva com a prestação de trabalho; e analisá-los.

2. Justificar doutrinariamente, nos casos acima, a persistência da *comutatividade*.

3. Formular, em seguida, um conceito de salário, com o mesmo sentido que se dá à remuneração no Direito brasileiro.

4. Confrontá-lo com o enunciado em outras legislações, assinalando eventuais diferenças.

5. Concluir quanto à possibilidade de um conceito de validade universal ou que pudesse ser recomendado para esse fim.

Podemos deduzir destes temas que a intenção final é a de se chegar a um conceito internacional de salário, pois as quatro primeiras questões nada mais são do que um roteiro com a finalidade de alcançar aquele objetivo.

Por este motivo, nas proposições e na conclusão que se seguem, fornecemos apenas os conceitos.

#### PROPOSIÇÕES

##### GRUPOS

I — Salário é a retribuição devida pelo empregador ao empregado, decorrente do que haja sido pactuado, de lei ou de decisão judicial, cujo suporte fático é a relação de trabalho vigente entre ambos, entendido como relação de trabalho o simples fato da cessão, pelo trabalhador, de sua força laboral.

II — Consideram-se salário todos os proventos obtidos pelo empregado em função do contrato de trabalho, pagos, direta ou indiretamente, total ou parcialmente, pelo empregador.

III — Salário é o pagamento devido pelo empregador ao empregado, decorrente do contrato de trabalho e de disposições legais.

IV — Salário é toda vantagem auferida pelo empregado, em virtude do contrato de trabalho, seja ela de natureza retributiva, mantenedora ou previdencial.

V — Salário é a contraprestação periódica devida pelo empregador a quem põe seu esforço pessoal à sua disposição em virtude do vínculo jurídico de emprego.

### CONCLUSÃO

Atribuição de bens e serviços representativos de vantagem econômica, devida pelo empregador ao empregado, visando à proteção social do empregado e de sua família.

### TEMÁRIO PARA O TRABALHO DE GRUPOS E DE CLASSE

*(Unidades III, IV e V do Programa do Curso)*

1. Comentar o art. 2º da Lei nº 5.451, de 12-06-68, esclarecendo o seu objetivo.

2. Fixada a taxa de reajustamento salarial na forma da legislação vigente, prevê, o critério adotado, o crescimento da taxa de inflação para o período subsequente de doze meses?

3. Qual o objetivo do “piso salarial” como sugerido na letra “d” do item XII do Prejulgado nº 38 do TST? Dizer de sua conveniência ou não e se atenta contra as normas restritivas da legislação vigente sobre reajustamento salarial.

Como os dois primeiros itens do questionário referem-se à atual política salarial e considerando que o art. 2º da Lei nº 5.451, de 12-06-68, dispositivo que não constava da norma anterior, veio corrigir uma falha existente no cálculo dos reajustamentos salariais, e levando-se em conta a importância de que se reveste o assunto, houvermos por bem elaborar alguns comentários a respeito daqueles temas.

Dispõem os arts. 1º e 2º da Lei nº 5.451, de 12-06-68:

“LEI Nº 5.451 — DE 12 DE JUNHO DE 1968

*Dispõe sobre o reajustamento salarial.*

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Nos cálculos de reajustamentos salariais efetuados pelo Conselho Nacional de Política Salarial, pelo Departamento Nacional do Salário e nos processos de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho, o novo salário será determinado

de modo a equivaler ao salário real médio dos últimos 24 (vinte e quatro) meses, com acréscimo de previsão para compensação da metade do resíduo inflacionário fixado pelo Conselho Monetário Nacional e de uma taxa fixada pelo Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, que traduza o aumento de produtividade no ano anterior, na forma da legislação vigente.

§ 1º O salário de cada um dos últimos 24 (vinte e quatro) meses, expresso no poder aquisitivo da moeda no mês do reajustamento, será calculado multiplicando-se o salário de cada mês pelo respectivo índice de correção salarial.

§ 2º O Poder Executivo fixará mensalmente os índices de correção salarial para reconstituição do salário real médio da categoria nos últimos 24 (vinte e quatro) meses anteriores à data do término da vigência dos acordos coletivos de trabalho, ou de decisão da Justiça do Trabalho que tenha fixado valores salariais.

Art. 2º Na aplicação do critério definido no art. 1º, os salários decorrentes do reajustamento anterior serão substituídos pelos resultantes da adoção de uma taxa de resíduo inflacionário igual ao índice de vigência da taxa de resíduo utilizada.

Parágrafo único. O reajustamento salarial efetuado entre 1º de maio de 1968 e a data da publicação desta Lei será revisto para aplicação do disposto neste artigo."

Depreende-se do exposto que a segunda pergunta é respondida afirmativamente, em face do que dispõe o art. 1º da referida lei: "...com acréscimo de *previsão para compensação* da metade do resíduo inflacionário...". Ora, o acréscimo de metade do resíduo inflacionário visa a cobrir, exatamente, a inflação a ser verificada nos doze meses subsequentes ao reajustamento, razão pela qual se adota metade do resíduo, pois o seu todo corresponde a vinte e quatro meses.

Este dispositivo não constitui inovação, pois a legislação anterior sobre política salarial já dispunha a respeito, conforme se pode deduzir das normas abaixo:

"Decreto nº 57.627, de 13-01-66

.....  
*Art. 1º* — A partir de 1º de janeiro de 1966, nos cálculos das taxas de reajustes salariais, feitos por solicitação da Justiça do Trabalho ou de entidades representativas de empregadores ou empregados, ou para a efetivação de reajustamentos salariais nas empresas ou entidades sujeitas às normas do Decreto nº 54.018, de 14 de julho de 1964, os órgãos referidos no art. 3º da Lei nº 4.725, de 13 de julho de 1965, acrescentarão, ao índice resultante da reconstituição do salário real médio da empresa ou categoria nos últimos 24 (vinte e quatro) meses anteriores ao término da vigência do último acordo ou sentença norma-



tiva, metade do resíduo inflacionário previsto para os 12 (doze) meses subseqüentes.

.....” e  
 “Decreto-Lei nº 15, de 29-07-66

*Art. 1º* — Para o cálculo do índice a que se refere o art. 2º da Lei nº 4.725, de 13 de julho de 1965, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 4.903, de 16 de dezembro de 1965, o Poder Executivo publicará, mensalmente, através de Decreto do Presidente da República, os índices para reconstituição do salário real médio da categoria nos últimos vinte e quatro meses anteriores à data do término da vigência dos acordos coletivos de trabalho ou de decisão da Justiça do Trabalho que tenham fixado valores salariais.

*Parágrafo único* — Ao índice calculado nos termos do *caput* deste artigo, somente poderão ser adicionados o resíduo inflacionário considerado como compatível com a programação financeira, e informado pelo Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 1º do Decreto nº 57.627, de 13 de janeiro de 1966, e o percentual que traduza o aumento da produtividade nacional, no ano anterior, informado pelo Conselho Nacional de Economia, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 4.725, de 13 de julho de 1965, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 4.903, de 16 de dezembro de 1965.”

O artigo 2º, contudo, foi criado visando a corrigir a deficiência observada por ocasião do cálculo dos reajustamentos, tendo em vista que o acréscimo para previsão de metade do resíduo inflacionário não correspondia à efetiva inflação verificada nos doze meses subseqüentes. Necessária se fazia, portanto, uma revisão do salário calculado com base naquela taxa de resíduo, para que se procedesse a novo reajustamento.

A isto se propõe o artigo 2º da mencionada Lei nº 5.451/68, ao determinar a revisão dos salários calculados com a utilização de uma taxa que não corresponda à inflação. Assim sendo, decorridos os doze meses, por ocasião do novo reajustamento, o salário previsto para aquele período será revisto, sendo substituído por outro, que conterà um acréscimo equivalente à diferença entre a taxa de inflação devidamente constatada e aquela prevista pela revisão salarial antecedente.

Com referência à terceira parte do temário, considerando o teor pessoal que envolve as respostas, preferimos ocupar-nos, apenas, do objetivo da estipulação do piso salarial.

A alínea “d” do item XII do Prejulgado nº 38 estabelece:

“XII — A sentença do Tribunal poderá corrigir distorções salariais verificadas no exame do respectivo processo para elevar ou reduzir o índice resultante dos cálculos de que trata o item VI. A correção tem por fim assegurar adequada hierarquia salarial na categoria profissional dissidente e, subsidiariamente,

no conjunto das categorias profissionais, como medida de equidade social. Na aplicação deste princípio, o Tribunal poderá considerar, dentre outras, as seguintes situações:

- .....
- d) a conveniência de estipular um piso salarial para a categoria profissional, ou parte dela, hipótese em que, na vigência da sentença normativa, nenhum trabalhador poderá ser admitido nas respectivas empresas com salário inferior ao salário-mínimo regional, acrescido do percentual do reajustamento decretado, respeitadas as peculiaridades profissionais.”

Deduz-se do texto que o objetivo da estipulação de um *piso salarial* seria o de evitar demissões em massa, em decorrência da sentença normativa que determinar a revisão salarial, impedindo, com aquela medida, que as empresas admitissem empregados com salários mais baixos, fugindo, deste modo, ao cumprimento das normas oriundas do Tribunal Superior do Trabalho.

Visa o *piso salarial*, desta forma, à eficácia da sentença normativa, protegendo, conseqüentemente, o salário do empregado, não permitindo, com isso, o seu aviltamento.

Ainda sobre as unidades do programa referentes à política salarial, coube ao grupo do qual participamos a elaboração de mais dois trabalhos sobre os seguintes temas:

— O salário-mínimo, o salário-família, o salário-educação e o Plano de Integração Social, no regime legal brasileiro, e as normas dos itens I, II e V do art. 165 da Constituição de 1969. Pesquisar o lado positivo da legislação vigente sobre a matéria e seus reflexos no plano social e econômico brasileiro.

— Informar da constitucionalidade ou não na fixação do salário profissional pelas três formas de fixação. Exegese ao preceito constitucional específico e dizer da conveniência ou não de adoção do salário profissional.

Levando-se em conta que o trabalho apresentado pelo grupo foi muito extenso, por razão de ética, deixamos de apresentar o seu conteúdo. Cabe-nos informar, a respeito do salário-mínimo profissional fixado por via legislativa, que o mesmo poderia ser inconstitucional se, porventura, se referisse a servidores públicos e se implicasse em aumento de despesa, caso em que a iniciativa do projeto de lei deveria ser do Presidente da República.

Foi o seguinte o temário para os trabalhos correspondentes à unidade VI do programa do curso:

— Estudo crítico das desvantagens do salário por *unidade-tarefa*

— Salário indireto:

- a) sua admissibilidade ante a lei nacional;  
b) concepção doutrinária de um salário indireto.

— Salário coletivo:

- a) casos práticos de salário coletivo;
- b) conflito a propósito do rateio entre os integrantes da equipe;
- c) conveniências e desvantagens do salário coletivo.

— Soluções para o problema do cálculo do valor das utilidades que compõem o salário-mínimo para os trabalhadores que recebem mais do que o mínimo legal e para o problema do cálculo do valor das utilidades não compreendidas no salário-mínimo.

— Critérios para distinção entre *utilidades funcionais e utilidades salariais*.

A respeito do item VII do programa, foram propostos sete trabalhos, sobre os quais apresentamos: os temas; as soluções dos grupos; as conclusões sobre gratificação.

#### TEMA 1

Uma gratificação paga em dois anos já é habitual? Como propõe conceituar a habitualidade, para o efeito de considerar *ajustada* uma gratificação?

#### Respostas

##### GRUPO I

Gratificação gerada pelo *uso* configura habitualidade, independentemente da *repetição*. Gratificação concedida como *liberalidade* perde esse caráter através de *diversos fatores*, dentre eles a habitualidade com papel relevante, mas que, por si só, nada prova. Dois anos, portanto, não são suficientes. Para caracterizar como ajustada uma gratificação, a habitualidade deve ser apreciada em conjunto com outros fatores (mesmo suporte fático, por exemplo), de modo a espelhar o *ânimo* do empregador em *obrigar-se*.

##### GRUPO II

O ajuste expresso se prova por qualquer meio admitido em direito; o ajuste tácito não se prova apenas pela *repetição* da concessão, sendo necessário o *ânimo de obrigar*.

##### GRUPO III

O problema está no ajuste tácito. Inexistindo *manifestação do empregador em contrário* e sendo a gratificação concedida como *contraprestação* a determinados serviços, passa a existir por ajuste tácito; deve também ser consagrada pelo *uso, costume ou praxe* da empresa.

##### GRUPO IV

De acordo com a melhor doutrina, gratificações existem que não perdem o seu caráter de *liberalidade* a despeito de se *repetirem* em anos seguidos; aí, é de suma importância a *identidade de causa*, de modo a se configurar a *uniformidade* do quantum, a *invariabilidade da época* e a *continuidade do pagamento*.

## GRUPO V

Se é por ano, dois anos não bastariam para caracterizá-la. Só se deveria considerar *habitual* uma gratificação paga, com o mesmo *ânimo* e pela mesma *causa*, pelo menos três vezes seguidas.

## TEMA 2

Pode uma empresa, para não pagar comissões por negócios aceitos, mas ainda não realizados, propor ao empregado *adiantamentos* "por conta de comissões", sujeitos a um acerto de contas semestral?

*Respostas*

## GRUPO I

Não. *Aceito* o negócio, o prazo máximo para o pagamento da respectiva comissão é de 3 meses (Lei nº 3.207, art. 4º, parágrafo único). (1)

## GRUPO II

Não. A regra é o pagamento das comissões mensalmente, mediante acordo entre as partes, poderá ser trimestral, e contar da aceitação do negócio.

## GRUPO III

Não. O pagamento não pode exceder a um trimestre da aceitação do negócio. Excetua-se a hipótese do art. 5º da Lei nº 3.207/57, (2) de recebimento das comissões, nas vendas a prazo, *de acordo com a ordem de recebimento das mesmas*.

## GRUPO IV

Não. O pagamento não pode exceder a um trimestre da aceitação do negócio. O empregado não deve correr o *risco* dos negócios *aceitos*.

## GRUPO V

Não. O pagamento não pode exceder a um trimestre.

## TEMA 3

As diárias de viagem pagas ao vendedor-viajante podem constituir salário?

*Respostas*

## GRUPO I

Juridicamente, por não apresentarem o atributo da retributividade, diárias não constituem salário. Se o empregador pretende, sob o título de diárias de viagem, remunerar o empregado viajante, a CLT estatuiu que as *excedentes de 50%* seriam consideradas *salariais*. Após a Lei nº 1.999/53, (3) e de acordo com a jurisprudência, deve-se considerar salário o *total e não a parte excedente de 50%*.

## GRUPO II

Só podem constituir salário as diárias de viagem que excedam de 50% do salário percebido pelo empregado. O anteprojeto de Lei nº 3.207 57 (1) pretendia, entretanto, uma distinção quanto à importância da diária no que se refere a sua destinação: *deveria integrar o salário a parte destinada a cobrir despesas pessoais, como alimentação e habitação.*

## GRUPO III

Ante a lei positiva brasileira, as diárias de viagens pagas ao vendedor-viajante podem constituir salários quando superiores a 50% do seu salário. E normalmente o são: veja-se as “diárias corridas”, que possuem caráter salarial. A diária imprópria, acima de 50% do salário, visa a compensar o viajante pela obrigação de deslocar-se da sede da empresa, quando, então, assume o caráter de autêntico “Salário Complementar”.

## GRUPO IV

Só a prestação de contas pode dar a medida do excesso, que constitui a diária imprópria. A presunção legal é a de que a diária será sempre salário quando exceda de 50% da remuneração percebida. A lei absurdamente manda integrar no salário, para todos os efeitos legais, despesas de viagem, não atentando, evidentemente, para o fato de não terem elas função alimentar.

## GRUPO V

A solução dada pela legislação brasileira parece justa: só o excedente de 50% constitui salário.

## TEMA 4

A “Verba de Representação” destinada a custear despesas em razão de cargo de confiança e no interesse da empresa constitui salário?

*Respostas*

## GRUPO I

Normalmente, não; não é retributiva. Contudo, se tal verba for tão elevada que desfigure sua função complementar, assumindo, no conjunto do que é pago ao empregado, função essencial, paga em caráter permanente, periódico e fixo, adicionada ao salário-base, constitui salário. Cabe dizer que isto ocorre raramente, na vida prática.

## GRUPO II

Por ser destinada a custear despesas efetuadas em razão do cargo de confiança e no interesse da empresa, achamos que ela não constitui salário; raciocínio diverso seria incompatível com o parágrafo único do art. 468. (2)

## GRUPO III

Não. Ela visa, essencialmente, ao atendimento das denominadas "despesas sociais" da empresa — contribuições sindicais, organização de jantares, homenagens variadas etc. — e, portanto, tem caráter compensatório ou indenizatório e não salarial.

## GRUPO IV

Não. Destituídas de caráter remuneratório, acham-se inegavelmente dotadas de puro sentido indenizatório. Pela sua natureza, é atribuição que não possui caráter alimentar, como o *salário-base* ao qual constitui *um suplemento*. Se o importe é tão elevado que desfigura sua *função suplementar* para assumir *função essencial, fixo e pago com a mesma periodicidade do salário-base, em salário se converte* (O. Gomes). Em face do art. 468 da CLT, <sup>(6)</sup> *se contratualmente avençada, embora não computável na remuneração, para os efeitos legais, não poderá ser unilateralmente suprimida.*

## GRUPO V

Não pode. A não ser que seu *montante* seja de tal ordem que faça supor não se destinar simplesmente a *cobrir despesas* de representação, mas sim a *remunerar indiretamente* o empregado. Seria preciso examinar sempre o caso concreto.

## TEMA 5

É possível admitir gratificações que, habituais ou não, possam ser consideradas como *não ajustadas*, deixando de incluir-se na composição do salário?

## Respostas

## GRUPO I

A habitualidade apenas não configura o ajuste tácito. Há que existir *uniformidade* (mesmo percentual ou mesma base de pagamento) e *periodicidade, entre outras circunstâncias* apreciáveis. Se uma gratificação, *habitual ou não*, apresenta em seu pagamento uma *variabilidade ao arbitrio da empresa*, é de ser considerada como *liberalidade*, isto é, como *não ajustada*. Para que se a considere salário, necessário se torna *provar o ajuste*.

## GRUPO II

A intenção de se obrigar se infere *além da repetição*, por sua *determinação*, por sua *quantia fixa*, por seu *caráter geral* e por ser *continuada*. O que nasce como liberalidade não deixa de sê-lo pelo simples fato de repetir-se constantemente. Juridicamente é indemonstrável que a repetição constante de determinada prestação chegue a criar, por usucapião, o direito de exigi-la, como nos ensina o eminente Barassi.

## GRUPO III

Não. Se a gratificação é “habitual” gera direitos e passa a ser considerada como *ajustada tacitamente*. Assim, nenhuma gratificação pode ser tida, ao mesmo tempo, como “habitual” e “não ajustada”.

## GRUPO IV

É a habitualidade que *determina* o ajuste tácito. Não é possível, pois, admitir-se gratificação habitual como não ajustada. Não sendo habitual a gratificação, aí sim, ela é considerada como não ajustada, pois a *eventualidade, no caso, traduz liberalidade*.

## GRUPO V

Sim, dependendo sempre do caráter com que são pagas.

## TEMA 6

Analisar os Prejulgados 17, 20, 25 e 32 (°) e as Súmulas 2, 3, 14 e 34, também do TST, (°) a ver se parecem conformes ao direito vigente, *idem* quanto às Súmulas 207, 209 e 459 do STF. (°)

## Respostas

## GRUPO I

1) O *Prejulgado 25* (°) veio explicitar o óbvio. Entretanto, em face do seu texto, podem surgir distorções, pois a *liberalidade é a essência da gratificação* e não pode ser afastada do conjunto dos elementos apreciáveis: o *ajuste* há que ser provado e não a *liberalidade*, pois esta é inerente ao conceito de gratificação.

2) A *Súmula 14* (°) é injusta. Se, na culpa recíproca, é devida indenização pela metade (art. 484, CLT), (°) se a gratificação de Natal é *salário* (*Prejulgado 20*) (°) e devida na rescisão de contrato de prazo determinado, na aposentadoria e no pedido de demissão, (*Súmulas 2, 3* (°) e *Prejulgado 32*), (°) não há como negá-la na rescisão por culpa recíproca, se apresenta *comutatividade objetiva* com o serviço efetivamente prestado.

## GRUPO II

1) *Prejulgado 32*: (°) Evolui o entendimento jurisprudencial no sentido de se pagar o 13º salário mesmo em caso de ocorrência de *justa causa* do art. 482 da CLT, (10) em face de sua natureza *salarial*.

2) *Súmula 14*: (°) As férias proporcionais deveriam ser divididas pela metade; a Súmula gera consequência penal somente para o empregado, estando em desacordo com o art. 484, (9) que procura apenas ambas as partes; o mesmo quanto ao 13º salário, cabendo acrescentar que a expressão “indenização” do art. 484, (°) por ser abrangente, *envolve* também a *gratificação de Natal* e as férias.

3) *Súmula 207 e 459 (STF)*: (8) O intérprete, no caso, esqueceu-se do *critério subjetivo*, ficando com o meramente *objetivo*, da *habitualidade*, que achamos *insuficiente*.

4) *Súmula 201 (STF)*: (9) Em desacordo com *Súmula 27 do TST*. (11) Se a *Lei 605, de 05-01-49*, (12) não exclui expressamente os vendedores praticistas, não pode o intérprete *ampliar exceção ao preceito constitucional da remuneração dos dias de repouso obrigatório* (Sic).

#### GRUPO III

Não fez *objeção* a qualquer das *Súmulas* ou *Prejulgados* indicados neste tema.

#### GRUPO IV

Somente a *Súmula 14* (13) não parece, na opinião dos componentes do grupo, compatível com o direito vigente.

#### GRUPO V

*Súmula 14*: (13) Parece que a eliminação das férias proporcionais e da gratificação natalina não atende ao espírito da Lei, pois tanto uma como outra são devidas por mês de serviço. O art. 484 (9) da CLT apenas reduz a indenização à metade.

#### TEMA 7

Pode-se considerar incluída nas taxas de comissões a remuneração do repouso semanal?

#### Respostas

#### GRUPO I

Não respondeu.

#### GRUPO II

Não se pode considerar incluída nas taxas de comissões a remuneração do repouso semanal, por ter que ser paga nas mesmas bases que a recebem os demais empregados amparados pela Lei número 605/49. (14) *Propriamente*, deixamos para *debate* o disposto no *artigo 9º da Lei 3.207/57*, (15) que dá ao viajante um repouso especial.

#### GRUPO III

Pode-se afirmar, sem ofensa à Lei 605/49, (14) que a remuneração do *repouso semanal dos comissionistas está contida no salário-mínimo* que a lei garante a todos, *mas não nas comissões propriamente ditas*.

#### GRUPO IV

Não. A jurisprudência dominante conclui pela negativa. Os comissionistas terão direito ao recebimento da quantia relativa ao seu dia



de repouso, *calculada pela média das comissões* percebidas relativamente aos *dias úteis do período*.

## GRUPO V

Não. A jurisprudência é tranqüila em assegurar o repouso a todos os empregados subordinados, inclusive os comissionistas. *A taxa é apenas o salário das horas trabalhadas. Como as demais formas de salário não incluem o repouso remunerado, o mesmo se dá com as taxas.*

A respeito do tema anterior (nº VII), surgiu, em conseqüência dos debates, o problema de como calcular o repouso semanal sobre as comissões. A solução por nós proposta assim pôde ser resumida: imaginemos que determinado empregado perceba de comissões, durante a semana, a quantia de Cr\$ 300,00; dividindo-se a importância por 6, correspondente aos dias de trabalho, ter-se-ia o equivalente ao repouso semanal, ou seja, Cr\$ 50,00.

Qualquer que seja a forma de pagamento (semanal, quinzenal ou mensal), ou mesmo ocorrendo feriados durante o período, adotar-se-ia o mesmo critério, ou seja, a divisão da importância percebida a título de comissões, pelo número de dias considerados úteis.

Após os debates sobre a unidade, os grupos chegaram às seguintes conclusões sobre o tema "gratificação":

- 1 — A gratificação integra o salário *também* mediante ajuste tácito.
- 2 — Para a caracterização do ajuste *tácito*, a idéia de *habitualidade* é *necessária*, mas *não suficiente*.
- 3 — A habitualidade significa *uso constante* ou *reiteração*.
- 4 — Decorrencia da habitualidade ou seu elemento essencial é a *presunção de ânimo de obrigar-se*.
- 5 — Assim, na prova do ajuste tácito, a habitualidade *faz presumir a intenção retributiva*.
- 6 — Mas a habitualidade, para ser idônea, pressupõe também *identidade de causa* nos diversos pagamentos feitos ao empregado, de modo que a *reiteração* seja *conseqüente*.
- 7 — A habitualidade *mais* a identidade de causa *provam*, portanto, o ajuste tácito, assumindo aspecto secundário a investigação de outros elementos que, ou se subsumem num destes dois conceitos, ou não são essenciais à referida prova, por lhes faltar caráter de generalidade. Tal é, por exemplo, o caso dos critérios de uniformidade e periodicidade, o primeiro de aplicação acidental e o segundo subsumido, quando existente, na idéia de habitualidade.

## UNIDADE VIII

## TRABALHOS E SOLUÇÕES

## TEMA 1

Existe razão lógica, jurídica ou de interesse social a justificar a inclusão da gorjeta na composição do salário?

*Respostas*

## GRUPO I

Sim. No *nascimento* do contrato, empregador e empregado a *consideram*, o primeiro para oferecer salário fixo menor, o segundo para estimar a retribuição real do seu trabalho. Além disso, não sendo salário, *fica prejudicado o empregado* na base de incidência de contribuição previdenciária, 13º salário, FGTS etc. Isto quanto à *gorjeta propriamente dita*, pois a gorjeta incluída na nota de despesa é obviamente salário (*gorjeta imprópria*).

## GRUPO II

Sim. *Logicamente*, resulta de sua natureza retributiva (o empregador fixa salário mais baixo em consideração à gorjeta); é também *amparada pelo art. 457 da CLT*; (1º) do ponto de vista do *interesse social*, evita a *fraude* a direito essencial do contrato de trabalho, *serve de base para* contribuições previdenciárias, indenização de acidente, FGTS, PIS e outros aspectos do chamado salário social.

## GRUPO III

Sim. Dada a sua natureza alimentar, *justifica-se* a sua inclusão no salário pelas três razões invocadas (lógica, jurídica e de interesse social). No direito positivo brasileiro, embora não integre o salário, é computável para fins de indenização, férias e *aviso prévio*.

## GRUPO IV

Sim. A gorjeta cobrada como taxa de serviço é salário. A gorjeta espontânea também deve integrá-lo. Logicamente, porque o empregador fixa o salário tendo em vista a gorjeta habitual. Juridicamente, como proteção ao trabalho. Por interesse social, a proteção econômica do trabalhador e a dilatação do conceito de salário (pela idéia do salário social) o justificam.

## GRUPO V

Houve divergência, que será relatada.

**TEMA 2**

A gorjeta deve ser amparada pelo Direito do Trabalho?

*Respostas*

## GRUPO I

Sim. E deveria integrar o *salário*, no direito positivo brasileiro, feita a devida ressalva quanto ao salário-mínimo.

## GRUPO II

Sim. Desde que não seja ocasional, nem ilícita, pois é elemento essencial do contrato de trabalho.

## GRUPO III

Sim. Porque representa normalmente a maior parcela a garantir a subsistência do empregado e sua família.

## GRUPO IV

Sim. Pois o trabalho é fato social — direito e dever — merecedor de proteção. Portanto, a gorjeta deve ser e é amparada pelas leis trabalhistas.

## GRUPO V

Sim. A própria finalidade social do DT indica essa necessidade. Além disso, o empregado conta com a gorjeta para a subsistência da família.

**TEMA 3**

O empregador pode reservar-se parte da chamada "taxa de serviço" cobrada nas contas restaurantes e hotéis?

*Respostas*

## GRUPO I

Não. A gorjeta imprópria é taxa cobrada *pelo serviço*; é salário e há de ser distribuído, em seu total, aos empregados. Constituiria apropriação indébita.

## GRUPO II

Não. A finalidade da gorjeta, mesmo a compulsória, é *premiar o empregado* e não o empregador. O empregador tem a custódia e administração de fundo e o dever de distribuí-lo totalmente aos empregados.

## GRUPO III

Não. Nem mesmo na hipótese de dano causado pelo empregado.

## GRUPO IV

Não. Nos termos do § 3º do art. 457 da CLT (17) está compreendida na remuneração, sendo defeso ao empregador lançar mão mesmo apenas de parte dela.

## GRUPO V

Não. Esta taxa, qualquer que seja sua denominação, segundo o costume e a lei, destina-se aos empregados, pertence a estes. O empregador é mero intermediário.

**TEMA 4**

O empregado pode ser compelido a comunicar o montante das gorjetas percebidas?

*Respostas*

## GRUPO I

Sim. *Ante a recusa*, o patrão fica com duas alternativas: ou registra o valor pela estimativa ou aplica-lhe pena pelo não cumprimento de obrigação contratual. Ação cominatória não caberia na esfera trabalhista.

## GRUPO II

Sim. Em face das obrigações e sanções a que está sujeito o empregador.

## GRUPO III

Sim. Caso haja divergência ou recusa, o empregador pode recorrer à Justiça do Trabalho, através de ação declaratória, para arbitramento do valor médio das gorjetas.

## GRUPO IV

Não. O art. 29, § 1º, da CLT (18) já determina a anotação da estimativa patronal na carteira de trabalho. É impossível ao empregado o controle preciso do montante das gorjetas percebidas.

## GRUPO V

Houve divergência, que será relatada.

**TEMA 5**

A estimativa da gorjeta pode ser objeto de acordo individual?

*Respostas*

## GRUPO I

Pode e *deve*. Esta é regra geral. Além de contratual, a estimativa pode ser convencional ou judicial. Inexistindo ajuste, pode ser

promovido dissídio individual ou coletivo, ou ação declaratória, para arbitramento; esta última poderá ser utilizada também para *atualizar* a estimativa.

## GRUPO II

A estimativa da gorjeta *pode e deve* ser feita *compulsoriamente*, art. 29, § 1º, CLT. (18)

## GRUPO III

Sim. É a regra geral.

## GRUPO IV

Não. Já está determinada, no art. 29, § 1º (18) parte final, a anotação, pelo empregador, da *estimativa*, o que se justifica por ser praticamente impossível ao empregado o controle preciso do montante das gorjetas percebidas.

## GRUPO V

Houve divergência, que será relatada.

## TEMA 6

Que critérios deveriam presidir ao arbitramento da parcela de gorjeta, para os efeitos da rescisão do contrato de trabalho?

*Respostas*

## GRUPO I

Estão traçados nos limites do art. 1.218 do Código Civil (19) e complementados pelo art. 460 da CLT. (20) Um critério mais objetivo, que é o utilizado pelo INPS, seria utilizar a *percentagem* de 10% sobre as notas de despesa dos hotéis e bares e aplicá-la sobre o montante da receita da "casa", considerando um período razoável.

## GRUPO II

O judiciário deve levar em conta os arts. 460 e 461 da CLT (21) considerando a *categoria do estabelecimento* e de sua *clientela*. O objetivo é estabelecer o *real salário* do empregado.

## GRUPO III

A estimativa deve representar a *média mensal* recebida pelo empregado. Não havendo acordo entre as partes, o arbitramento judicial deverá levar em conta o que percebe outro empregado da própria empresa, ou se não o houver, nas mesmas funções e em condições semelhantes, o que percebe o empregado de outra em-

presa. Enfim, o *arbitramento deve ser presidido pelo princípio da isonomia* (art. 153, § 1º, da Constituição). (22)

#### GRUPO IV

Aplica-se a regra geral do art. 477 (23) (maior remuneração), tomando-se por base a anotação ordenada no § 1º do art. 29. (24)

#### GRUPO V

Um critério que *conjugasse*:

- a) a *média de gorjetas* recebidas por empregados do mesmo nível situados na mesma localidade e que exercessem *funções semelhantes*;
- b) com o *salário estimado* para a contribuição de *Previdência Social*; e
- c) com o movimento normal da empresa.

#### TEMA 7

A gorjeta, no direito brasileiro, deve ser *habitual* para integrar a remuneração?

#### *Respostas*

##### GRUPO I

Sim. Para que a gorjeta seja considerada *salarial*, não pode ter caráter de *eventualidade*. É essencial que o empregador se haja obrigado a dar ao empregado *oportunidade de ganho normal e continuado*, isto é, a concessão da gorjeta deve ser *usual* no ramo empresarial. A *habitualidade*, no caso, é oriunda da natureza do *serviço*.

##### GRUPO II

A *habitualidade* não nos parece ser o elemento integrador da gorjeta na remuneração (ou salário, como vimos entendendo). Para se saber se a gorjeta integra a remuneração, há que se indagar se ela é *usual e costumeira*. A *habitualidade* deve se refletir às profissões em que ela é *usual e costumeira*.

##### GRUPO III

Sim. As gorjetas só integram a remuneração nas profissões em que *habitualmente* são dadas, resultando, assim, do *uso e costume*.

##### GRUPO IV

Sim. As gorjetas só podem ser consideradas remuneratórias nas profissões em que *habitualmente* são dadas, como resultantes do uso e do costume. Havendo *liberalidade ocasional*, não há gorjeta.

## GRUPO V

Sim. Pagamentos *eventuais* não integram a remuneração, de acordo com o Direito brasileiro. A gorjeta que integra a remuneração é aquela com a qual o empregado conta para *complementar sua remuneração*, e, portanto, só pode ser *habitual*.

## TEMA 8

A gorjeta que integra a remuneração pode resultar da prestação de serviços não prevista no contrato de trabalho, embora realizada no horário de trabalho?

## Respostas

## GRUPO I

Sim. *Se não existir prejuízo* para a prestação de trabalho prevista no contrato de trabalho e se *não for proibida* pelo empregador. A hipótese lembrada pelo grupo ("boy" de hotel que presta serviços diversos aos clientes) levou-o a sustentar que a integração da gorjeta se justifica, no caso, porque tais serviços *beneficiam o patrão* e, se não houvesse a integração, haveria *locupletamento ilícito* deste.

## GRUPO II

Não. Pois é benefício pecuniário de outras natureza, estranho ao contrato de trabalho. Alguns autores consideram que a inclusão da gorjeta na *nota* a descaracteriza como tal, porque lhe falta a *espontaneidade*.

## GRUPO III

Sim. Desde que se revista do caráter de *habitualidade* e decorra da prestação de serviços que possam ser considerados interessantes ou de *interesse para o empregador*.

## GRUPO IV

Sim. Se recebida com *pleno conhecimento do empregador*. Se a prestação de serviços é *desconhecida* pelo empregador, *não permitida* será *falta grave*.

## GRUPO V

Não. A gorjeta, para integrar a remuneração, tem de ser dada em função da prestação do trabalho contratual.

Sobre as unidades de nºs IX a XIII, o curso não nos forneceu as soluções dos grupos e as conclusões, razão pela qual apresentamos apenas os temas propostos para a elaboração dos trabalhos.

**UNIDADE IX****TEMAS PARA OS TRABALHOS DE GRUPO E DE CLASSE**

1. Estudo crítico do Prejulgado nº 17, <sup>(25)</sup> do Tribunal Superior do Trabalho, sobre a compensabilidade da "gratificação contratual" com o "décimo terceiro salário".
2. Cálculo do "décimo terceiro salário" e inclusão das horas extraordinárias nesse cálculo.
3. Vantagens e desvantagens da antecipação de pagamento do "décimo terceiro salário", na forma da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965. <sup>(26)</sup>

**UNIDADE X**

1. O vigia tem direito a adicional noturno e à redução horária prevista para o trabalho realizado à noite?
2. Quando o serviço em *atividade insalubre* é intermitente, o adicional deve ser pago sobre a totalidade das horas ou dos dias trabalhados?
3. Há inconstitucionalidades no Decreto-Lei nº 389, de 26 de dezembro de 1969, <sup>(27)</sup> sobre insalubridade e periculosidade? Caso afirmativo, quais?

**UNIDADE XI**

1. Equiparação entre empregados de cargos de confiança; entre horistas e tarefeiros; entre trabalhadores rurais; entre profissionais liberais; e entre artistas.
2. Havendo encampação ou fusão de empresas e ambas possuindo quadro de carreira, qual a situação dos empregados da empresa que foi absorvida em relação aos da empresa que absorveu, no que toca à posição funcional do quadro e aos salários respectivos.
3. Como se reparte o ônus da prova dos requisitos do art. 461 e seus parágrafos. <sup>(28)</sup>

**UNIDADE XII**

1. À luz do art. 467 da CLT <sup>(29)</sup> aplica-se a dobra salarial se o fundamento da rescisão do contrato, pelo empregado, foi a mora salarial?
2. Idem, se houver revelia do empregador?
3. Idem, se não houve pedido expresso do empregado?
4. Idem, quando a rescisão for tida como resultante de culpa recíproca?

**UNIDADE XIII**

1. Que é compensação legal e compensação judicial? Exemplos concretos na CLT e na sentença normativa.



2. Pode admitir-se, no Direito do Trabalho, a retenção sobre dinheiro?
3. Se, no processo de reclamação trabalhista, o autor empregado não comparece à primeira audiência e o réu — empregador — está presente e alega a reconvenção, deve o Juiz do Trabalho aceitá-la e processá-la?

A última unidade do programa, sobre a qual se procedeu aos trabalhos de grupo, foi a de nº XIV, cujo tema foi assim redigido:

“Consequências do pagamento do salário não realizado em moeda corrente brasileira ou realizado em dia, local e momento impróprios (proibidos por lei).”

Sobre a questão cabe-nos esclarecer, quanto ao pagamento em moeda corrente brasileira, que o dispositivo do texto consolidado (art. 463), no nosso entender, visa a proteger o salário do empregado e não apenas a estimular a circulação da moeda nacional.

O mencionado art. 463 dispõe:

“Art. 463. A prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do País.

Parágrafo único. O pagamento do salário realizado com inobservância deste artigo considera-se como não feito.”

Recentemente, o Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social baixou portaria permitindo o pagamento dos salários através da rede bancária, nos seguintes termos:

#### PORTARIA Nº 3.245, DE 28 DE JULHO DE 1971

O Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 913 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e

Considerando haver a Egrégia Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidido, à unanimidade, que o pagamento de salários em cheque não contraria a lei federal. (Agravo de Instrumento nº 28.123);

Considerando que os artigos 463 e 465 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) objetivam não só proteger os interesses imediatos do trabalhador quando do pagamento de seus salários, mas, também, possibilitar-lhe a utilização de todo o seu tempo após o término do horário de trabalho, para o regresso à casa ou atividade desvinculada dos interesses empresariais;

Considerando que a Convenção nº 95, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25 de junho

de 1967, em seu artigo 3º <sup>(32)</sup> prevê que a autoridade competente poderá permitir o pagamento do salário em cheque, quando esse modo de pagamento for necessário em razão de circunstâncias especiais;

Considerando que a utilização de cheque constitui um dos imperativos da vida moderna, tanto assim que o Governo, através de leis recentes de proteção ao mesmo, dá-lhe o endosso de dinheiro e, conseqüentemente, pune os processos que visem desvirtuar essa modalidade de pagamento, resolve:

Art. 1º As empresas situadas em perímetro urbano poderão efetuar o pagamento dos salários através de conta bancária, aberta para esse fim, em nome de cada empregado e com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho, ou em cheque emitido diretamente pelo empregador em favor do empregado.

Parágrafo único. As condições de funcionamento do sistema previsto neste artigo serão estipuladas em convênio entre a empresa e o estabelecimento de crédito, de modo a que o empregado possa utilizar a importância depositada de conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 459 e no artigo 465 da Consolidação das Leis do Trabalho. <sup>(33)</sup>

Art. 2º Os pagamentos efetuados na forma do artigo 1º obrigam o empregador a proporcionar ao empregado:

- a) horário que permita o desconto do cheque, imediatamente após sua emissão;
- b) condições que evitem qualquer prejuízo, inclusive em conseqüência de pagamento de transporte;
- c) condição que impeça qualquer atraso no recebimento do salário.

Art. 3º Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. — *Júlio Barata*.

D.O. de 4-8-71, pág. 6.140

Também a jurisprudência vem admitindo o pagamento dos salários por meio dos cheques. O modo mais apropriado, entretanto, seria, no nosso entender, o depósito em conta bancária, aberta em nome do empregado, pois se evitariam todas as inconveniências do cheque, como, por exemplo, a insuficiência de fundos; incorreções e rasuras no preenchimento; defeito de assinatura; e tantas outras que pode acarretar aquela forma de pagamento.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde constatar da exposição que fizemos, o programa do curso foi bastante extenso, o que exigiu um trabalho intensivo não só por parte dos alunos, mas, principalmente, dos professores e responsáveis pela iniciativa.

Per este motivo e em se tratando de um curso de especialização, aquele programa houve de ser dividido, cabendo aos professores os temas de conformidade com o quadro que fornecemos a seguir:

PROFESSOR	TEMA
Lauro Alvares da Silva Campos —	Aspectos econômicos.
Hugo Gueiros Bernardes —	I, II, VII e VIII
Ministro Hildebrando Bisaglia —	III, IV e V
Ministro Mozart Victor Russemano —	VI, IX, X, XIV e XV
Ministro Carlos Coqueijo Costa —	XI, XII e XIII

Concluídos os trabalhos do curso, submetemo-nos a uma prova final, cujo objetivo foi o de permitir aos responsáveis aquilatar o aproveitamento individual dos alunos, ao que foram adicionados os trabalhos de grupo e a efetiva participação nos debates.

O índice de aprovação reflete a brilhante atuação dos professores, pois, dos trinta e três participantes, houve sete desistências e apenas quatro reprovações.

Desejamos, agora, ao encerrarmos o presente trabalho, expressar nossos agradecimentos: aos mestres, pela dedicação e ensinamentos, e àquele Departamento de Direito, por nos ter proporcionado a oportunidade de participar de tão importante curso.

## NOTAS

(1) LEI Nº 3.207 -- DE 18 DE JULHO DE 1957

### *Regulamenta as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas.*

Art. 1.º As atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas serão reguladas pelos preceitos desta Lei, sem prejuízo das normas estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho -- Decreto-Lei nº 5.452, de 1.º de maio de 1943, no que lhes for aplicável.

Art. 2.º O empregado vendedor terá direito à comissão avençada sobre as vendas que realizar. No caso de lhe ter sido reservada expressamente, com exclusividade, uma zona de trabalho, terá esse direito sobre as vendas ali realizadas diretamente pela empresa ou por um preposto desta.

§ 1.º A zona de trabalho do empregado vendedor poderá ser ampliada ou restringida de acordo com a necessidade da empresa, respeitados os dispositivos desta Lei quanto à irredutibilidade da remuneração.

§ 2.º Sempre que, por conveniência da empresa empregadora, for o empregado viajante transferido da zona de trabalho, com redução de vantagens, ser-lhe-á assegurado como mínimo de remuneração um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência.

Art. 3.º A transação será considerada aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 (dez) dias, contados da data da proposta. Tratando-se de transação a ser concluída com comerciante ou empresa estabelecida noutro Estado ou no estrangeiro, o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 (noventa) dias, podendo, ainda, ser prorrogado por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado.

Art. 4.º O pagamento de comissões e percentagens deverá ser feito mensalmente, expedindo a empresa, no fim de cada mês, a conta respectiva com as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos.

Parágrafo único. Ressalva-se às partes interessadas fixar outra época para o pagamento de comissões e percentagens, o que, no entanto, não poderá exceder a um trimestre, contado da aceitação do negócio, sendo sempre obrigatória a expedição, pela empresa, da conta referida neste artigo.

Art. 5.º Nas transações em que a empresa se obrigar por prestações sucessivas, o pagamento das comissões e percentagens será exigível de acordo com a ordem de recebimento das mesmas.

Art. 6.º A cessação das relações de trabalho ou a execução voluntária do negócio pelo empregador não prejudicará a percepção das comissões e percentagens devidas.

Art. 7.º Verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador o direito de estornar a comissão que houver pago.

Art. 8.º Quando for prestado serviço de inspeção e fiscalização pelo empregado-vendedor, ficará a empresa vendedora obrigada ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração atribuída ao mesmo.

Art. 9.º O empregado-vendedor viajante não poderá permanecer em viagem por tempo superior a 6 (seis) meses consecutivos. Em seguida a cada viagem haverá um intervalo para descanso, calculado na base de 3 (três) dias por mês da viagem realizada, não podendo, porém, ultrapassar o limite de 15 (quinze) dias.

Art. 10. Caracterizada a relação de emprego, aplicam-se os preceitos desta Lei a quantos exercerem funções iguais, semelhantes ou equivalentes aos empregados-viajantes, embora sob outras designações.

Art. 11. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. — *Juscelino Kubitschek — Parisi Bai Barroso.*

DO de 22-7-57

(2) Vide nota anterior.

(3) LEI Nº 1.999 — DE 1º DE OUTUBRO DE 1953

Modifica o art. 457 e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

Art. 1º O art. 457 e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), passam a ter a seguinte redação:

"Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% do salário percebido pelo empregado".

Art. 2º A presente Lei não poderá dar motivo à redução ou alteração de salário ou de abono já pago e nem será causa para restituição de contribuições recolhidas às instituições de previdência social.

Art. 3º São revogados os Decretos-Leis n.ºs 3.813, de 10 de novembro de 1941, e 4.356, de 4 de junho de 1942, e demais disposições em contrário.

DO de 07-10-53

Vide também nota (16).

(4) Vide nota (1).

(5) Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 468):

"Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança."

(6) Prejulgados 17, 20, 25 e 32 do Tribunal Superior do Trabalho:

**PREJULGADO Nº 17/66**

"É compensável a gratificação de Natal com a da Lei nº 4.090, de 1962."

Sessão de 15-6-1966 — DJ 4-7-66. — 24-8-66.

**PREJULGADO Nº 20/66**

**PROCESSO Nº TST-E-6.585/64**

"É computável a gratificação de Natal para efeito de cálculo de indenização."

Sessão de 20-07-66 — DJ 26-7-66 — 12-10-66.

**PREJULGADO Nº 25-67**

"O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito."

Sessão de 21-6-67 — DJ 3-7-67.

**PREJULGADO Nº 32-67**

"A gratificação instituída pela Lei nº 4.090, de 1962, é devida na resolução contratual de iniciativa do empregado."

(Aprovado em 6 de dezembro de 1967 — Diário Oficial da Guanabara, de 12 de dezembro de 1967).

(7) Súmulas n.ºs 2, 3, 14 e 34, do Tribunal Superior do Trabalho:

2) É devida a gratificação natalina proporcional (Lei nº 4.090, de 1962) na extinção dos contratos a prazo, entre estes incluídos os de safra, ainda que a relação de emprego haja findado antes de dezembro.

3) É devida a gratificação natalina proporcional (Lei nº 4.090, de 1962) na cessação da relação de emprego resultante da aposentadoria do trabalhador, ainda que verificada antes de dezembro.

14) Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da C.L.T.), o empregado não fará jus ao aviso prévio, às férias proporcionais e à gratificação natalina do ano respectivo.

34) A gratificação natalina, instituída pela Lei nº 4.090, de 1962, é devida ao empregado rural.

(8) Súmulas do Supremo Tribunal Federal n.ºs 207, 209 e 459:

"207 — As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário.

209 — O salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido, unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade.

459 — No cálculo da indenização por despedida injusta, incluem-se os adicionais ou gratificações que, pela habitualidade, se tenham incorporado ao salário."

(9) **Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 484):**

"Art. 484. Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização a que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade."

(10) **Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 482):**

"Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional."

(11) **Súmula nº 27, do Tribunal Superior do Trabalho:**

"É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que praticista."

(12) **LEI Nº 605 — DE 5 DE JANEIRO DE 1949**

*Dispõe sobre o repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos.*

Art. 1º Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.

Art. 2º Entre os empregados a que se refere esta Lei, incluem-se os trabalhadores rurais, salvo os que operem em qualquer regime de parceria, meação ou forma semelhante de participação na produção.

Art. 3º O regime desta Lei será extensivo aqueles que, sob forma autônoma, trabalhem agrupados, por intermédio de Sindicato, Caixa Portuária ou entidade congênere. A remuneração do repouso obrigatório, neste caso, consistirá no acréscimo de um sexto (1/6) calculado sobre os salários efetivamente percebidos pelo trabalhador e paga juntamente com os mesmos.

Art. 4º É devido o repouso semanal remunerado, nos termos desta Lei, aos trabalhadores das autarquias e de empresas industriais, ou sob administração da União, dos Estados e dos Municípios, ou incorporadas nos seus patrimônios, que não estejam subordinados ao regime do funcionalismo público.

Art. 5º Esta Lei não se aplica às seguintes pessoas:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de modo geral, os que prestam serviço de natureza não-econômica à pessoa ou a família no âmbito residencial destas;

b) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios, e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições;

c) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

Parágrafo único. São exigências técnicas, para os efeitos desta Lei, as que, pelas condições peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço.

Art. 6º Não será devida a remuneração quando sem motivo justificado, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior, cumprindo integralmente o seu horário de trabalho.

§ 1º São motivos justificados:

a) os previstos no artigo 473 e seu parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho;

b) a ausência do empregado, devidamente justificada, a critério da administração do estabelecimento;

c) a paralisação do serviço nos dias em que, por conveniência do empregador, não tenha havido trabalho;

d) a ausência do empregado, até três dias consecutivos, em virtude de seu casamento;

e) a falta ao serviço com fundamento na lei sobre acidente do trabalho;

f) a doença do empregado, devidamente comprovada.

§ 2º A doença será comprovada, mediante atestado de médico da empresa, ou por ela designado e pago, e na falta deste, de médico da instituição de previdência social a que esteja filiado o empregado, de médico do Serviço Social da Indústria ou do Serviço de repartição federal, estadual ou municipal incumbida de assuntos de higiene e saúde, ou, não existindo estes na localidade em que trabalhar o empregado, de médico de sua escolha.

§ 3º Nas empresas em que vigorar regime de trabalho reduzido, a frequência exigida corresponderá ao número de dias em que o empregado tiver de trabalhar.

Art. 7.º A remuneração do repouso semanal corresponderá:

a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, não computadas as horas suplementares;

b) para os que trabalham por hora à de sua jornada normal de trabalho, excluídas as horas complementares;

c) para os que trabalham por tarefa ou peça, o equivalente ao salário correspondente às tarefas ou peças feitas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelos dias de serviço efetivamente prestados ao empregador;

d) para o empregado em domicílio, o equivalente ao cociente da divisão por 6 (seis) da importância total da sua produção na semana.

§ 1º Os empregados cujos salários não sofram descontos por motivo de feriados civis ou religiosos são considerados já remunerados nesses mesmos dias de repouso, conquanto tenham direito à remuneração dominical.

§ 2º Consideram-se já remunerados os dias de repouso semanal do empregado mensalista ou quinzenalista, cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por faltas sejam efetuados na base do número de dias de mês ou de 30 (trinta) e 15 (quinze) diárias, respectivamente.

Art. 8º Excetuados os casos em que a execução do serviço for imposta pelas exigências técnicas das empresas, é vedado o trabalho em dias feriados civis e religiosos, garantida, entretanto, aos empregados a remuneração respectiva, observados os dispositivos dos artigos 6º e 7º desta Lei.

Art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.

Art. 10. Na verificação das exigências a que se referem os artigos anteriores, ter-se-ão em vista as de ordem econômica, permanentes ou ocasionais, bem como as peculiaridades locais.

Parágrafo único. O Poder Executivo, em decreto especial ou no regulamento que expedir para fiel execução desta Lei, definirá as mesmas exigências e especificará, tanto quanto possível, as empresas a elas sujeitas, ficando desde já incluídas entre elas as de serviços públicos e de transportes.

Art. 11. São feriados civis os declarados em lei federal. São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a sete.

Art. 12. Salvo no que entende com as instituições públicas referidas no artigo 4º, as infrações ao disposto nesta Lei serão punidas segundo o caráter e a gravidade, com a multa de cem a cinco mil cruzeiros.

Art. 13. Serão originariamente competentes, para a imposição das multas de que trata a presente Lei, os Delegados Regionais do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, nos Estados e Territórios, o Diretor da Divisão de Fiscalização do Departamento do Trabalho, no Distrito Federal, e, nos Estados, onde houver delegação de atribuições, a autoridade delegada.

Art. 14. A fiscalização da execução da presente Lei, o processo de autuação dos seus infratores, os recursos e a cobrança das multas reger-se-ão pelo disposto no título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 15. A presente Lei entrará em vigor na data da sua publicação.

Art. 16. Revogam-se as disposições em contrário. — EURICO G. DUTRA — Adroaldo Mesquita da Costa — Sylvio de Noronha — Canrobert P. da Costa — Raul Fernandes — Corrêa e Castro — Clóvis Pestana — Daniel de Carvalho — Clemente Mariani — Honório Monteiro — Armando Trompowsky.

DO de 14-1-49

(13) Vide nota (7).

(14) Vide nota (12).

(15) Vide nota (1).

(16) — Consolidação das Leis do Trabalho (art. 457):

"Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário, não só a importância fixa estipulada como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado.

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados."

(17) Vide nota anterior.

(18) Consolidação das Leis do Trabalho (art. 29, § 1º):

"Art. 29. A Carteira Profissional será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo empregado à empresa que o admitir, a qual terá o prazo improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas para nela anotar, especificadamente a data de admissão, a remuneração e condições especiais se houver, sob as penas cominadas neste Capítulo.

§ 1º As anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja ele em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta."

(19) Código Civil (artigo 1.218):

"Art. 1.218. Não se tendo estipulado nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade."

(20) Consolidação das Leis do Trabalho (art. 460):

"Art. 460. Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante."

(21) Consolidação das Leis do Trabalho:

(art. 460 — vide nota anterior)

"Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional."

(22) Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69 (art. 153, § 1º):

"Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça."

(23) Consolidação das Leis do Trabalho (art. 477):

"Art. 477. É assegurado a todo empregado não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração a que tenha percebido na mesma empresa."

(24) Vide nota (18).

(25) Vide nota (6).

(26) LEI N.º 4.749 — DE 12 DE AGOSTO DE 1965

*Dispõe sobre o pagamento da gratificação prevista na Lei n.º 4.090, de 13 de julho de 1962.*

Art. 1º A gratificação salarial instituída pela Lei n.º 4.090, de 13 de julho de 1962, será paga pelo empregador até o dia 29 de dezembro de cada ano, compensada a importância que, a título de adiantamento, o empregado houver recebido na forma do artigo seguinte.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 2º Entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, o empregador pagará, como adiantamento da gratificação referida no artigo precedente, de uma só vez, metade do salário recebido pelo respectivo empregado no mês anterior.

§ 1º O empregador não estará obrigado a pagar o adiantamento, no mesmo mês, a todos os seus empregados.

§ 2º O adiantamento será pago ao ensejo das férias do empregado, sempre que este o requerer no mês de janeiro do correspondente ano.

Art. 3º Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho antes do pagamento de que trata o art. 1º desta Lei, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado com a gratificação devida nos termos do art. 3º da Lei n.º 4.090, de 13 de julho de 1962, e se não bastar, com outro crédito de natureza trabalhista que possua o respectivo empregado.

Art. 4º As contribuições devidas aos Institutos de Aposentadoria e Pensões, que incidem sobre a gratificação salarial referida nesta Lei, ficam sujeitas ao limite estabelecido na legislação de Previdência Social.

Art. 5º Aplica-se, no corrente ano, a regra estatuída no art. 2º desta Lei, podendo o empregado usar da faculdade estatuída no seu § 2º no curso dos primeiros trinta dias de vigência desta Lei.

Art. 6º O Poder Executivo, no prazo de trinta dias, adaptará o Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 1.881, de 14 de dezembro de 1962, aos preceitos desta Lei.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário. — *H. Castello Branco*, Presidente da República. — *Arnaldo Sussekind*.

DO de 13-8-66

(27) DECRETO-LEI Nº 389, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1968

*Dispõe sobre a verificação judicial de insalubridade e periculosidade, e dá outras providências.*

Art. 1º Argüida, em juízo, insalubridade ou periculosidade de atividades ou operações ligadas à execução do trabalho, proceder-se-á a perícia técnica para os efeitos do disposto no artigo 209 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e no artigo 2º da Lei nº 2.573, de 15 de agosto de 1955.

Art. 2º A caracterização e a classificação da periculosidade e da insalubridade, segundo as normas e os quadros elaborados pelo Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho, serão feitas por médico ou engenheiro devidamente habilitados em questões de higiene e segurança do trabalho, designados por autoridade judiciária.

Art. 3º Os feitos pecuniários, inclusive adicionais, decorrentes do trabalho nas condições da insalubridade ou da periculosidade atestadas serão devidos a contar da data do ajuizamento da reclamação.

§ 1º Enquanto não se verificar haverem sido eliminadas as suas causas, o exercício de atividades ou operações insalubres assegura a percepção de adicionais, respectivamente de 40%, 20% e 10%, do salário-mínimo da região, segundo se classifiqüem nos graus máximo, médio e mínimo.

§ 2º O adicional para a prestação de serviço em contato permanente com inflamáveis em condições de periculosidade é o previsto na Lei nº 2.573, de 15 de agosto de 1957.

Art. 4º Os princípios estatuidos neste Decreto-lei aplicam-se aos procedimentos judiciais, cujas sentenças ainda não tenham sido executadas.

Art. 5º O disposto neste Decreto-Lei não obriga a restituição de importância que até à data de sua promulgação tenham sido pagas a trabalhadores com fundamento em critérios de verificação e classificação diversos dos ora fixados.

Art. 6º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 5.431, de 3 de maio de 1968. — *A. Costa e Silva*, Presidente da República — *Jarbas G. Passarinho*.

DO de 27-12-68. Republicado no DO de 22-1-69

(28) Vide nota (21)

(29) Consolidação das Leis do Trabalho (art. 467):

"Art. 467. Em caso de rescisão do contrato de trabalho, motivada pelo empregador ou pelo empregado e havendo controvérsia sobre parte da importância dos salários, o primeiro é obrigado a pagar a este, à data do seu comparecimento ao tribunal de trabalho, a parte incontroversa dos mesmos salários, sob pena de ser, quanto a essa parte, condenado a pagá-la em dobro."

(30) Consolidação das Leis do Trabalho (art. 463):

"Art. 463. A prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do País. Parágrafo único. O pagamento do salário realizado com inobservância deste artigo considera-se como não feito."

(31) Consolidação das Leis do Trabalho:  
(art. 463 — vide nota anterior)

"Art. 463. O pagamento dos salários será efetuado em dia útil e no local do trabalho, dentro do horário do serviço ou imediatamente após o encerramento deste."

(32) Conferência Internacional do Trabalho (Convenção nº 95 — Artigo 3º):

#### ARTIGO 3º

1. Os salários pagáveis em espécie serão pagos exclusivamente em moeda de curso legal, o pagamento sob forma de ordem de pagamento, bônus, cupons ou sob toda e qualquer outra forma que suponha representar a moeda de curso legal, será proibida.

2. A autoridade competente poderá permitir ou prescrever o pagamento do salário em cheque contra um banco ou em cheque ou vale postal, quando esse modo de pagamento for de prática corrente ou necessário em razão de circunstâncias especiais, quando uma convenção coletiva ou uma sentença arbitral o determinar ou quando, apesar de tais disposições, o trabalhador interessado consentir."

(33) Consolidação das Leis do Trabalho:

"Art. 459. O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a um mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

Parágrafo único. Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o décimo dia do mês subsequente ao vencido. Quando houver sido estipulado por quinzena ou semana deve ser efetuado até o quinto dia útil."

Vide também nota (31).



“JORNALISMO” – LEGISLAÇÃO (1963) ..... esgotada

“DIREITO ELEITORAL”

– Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA”

– Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de Emenda à Constituição, Mensagens Presidenciais, legislação (1963) ..... esgotada

– Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963) esgotada

– Debates parlamentares – Senado Federal (1963)

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

– março nº 1 (1964) ..... esgotada

– junho nº 2 (1964) ..... esgotada

– setembro nº 3 (1964) ..... esgotada

– dezembro nº 4 (1964)

– março nº 5 (1965)

– junho nº 6 (1965) ..... esgotada

– setembro nº 7 (1965) ..... esgotada

– dezembro nº 8 (1965) ..... esgotada

– março nº 9 (1966) ..... esgotada

– junho nº 10 (1966) ..... esgotada

– setembro nº 11 (1966) ..... esgotada

– outubro-novembro-dezembro nº 12 (1966) ..... esgotada

– janeiro a junho nºs 13 e 14 (1967) ..... esgotada

– julho a dezembro nºs 15 e 16 (1967) ..... esgotada

– janeiro a março nº 17 (1968)

– abril a junho nº 18 (1968)

– julho a setembro nº 19 (1968)

– outubro a dezembro nº 20 (1968)

- janeiro a março nº 21 (1969)
- abril a junho nº 22 (1969)
- julho a setembro nº 23 (1969)
- outubro a dezembro nº 24 (1969)
- janeiro a março nº 25 (1970)
- abril a junho nº 26 (1970)
- julho a setembro nº 27 (1970)
- outubro a dezembro nº 28 (1970)
- janeiro a março nº 29 (1971)
- abril a junho nº 30 (1971)
- julho a setembro nº 31 (1971)
- outubro a dezembro nº 32 (1971)
- janeiro a março nº 33 (1972)
- abril a junho nº 34 (1972)
- julho a setembro nº 35 (1972)
- outubro a dezembro nº 36 (1972)

#### ÍNDICE DA

#### REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

- do 1º ao 30º número

#### “DIREITO DE GREVE” (Edição de 1964)

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64 (\*)
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República.

#### “VENDAS E CONSIGNAÇÕES” (Edição de 1965)

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* nºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) esgotada

#### “LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”

- Decretos-Leis (Governo Castello Branco) — legislação correlata — 4 volumes (1 a 318)

(\*) A obra é anterior à publicação da lei, cujo texto é divulgado na *Revista de Informação Legislativa* nº 2 (junho/64), pág. 221. Vide, também, neste número da Revista, o Parecer do Deputado Ulysses Guimarães, proferido na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (pág. 98).

-- Atos Institucionais -- Atos Complementares -- Decretos-Leis e Legislação Citada ou Revogada -- Índices cronológico e por assunto -- Governo do Presidente Costa e Silva -- Dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emilio G. Médici

-- 1º volume contendo 268 páginas

Atos Institucionais n.ºs 1 a 4

Atos Complementares n.ºs 1 a 37

Decretos-Leis n.ºs 319 a 347 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

-- 2º volume contendo 314 páginas

Ato Institucional n.º 5

Atos Complementares n.ºs 38 a 40

Decretos-Leis n.ºs 348 a 409 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

-- 3º volume contendo 304 páginas

Atos Institucionais n.ºs 6 e 7

Atos Complementares n.ºs 41 a 50

Decretos-Leis n.ºs 410 a 480 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

-- 4º volume contendo 490 páginas

Atos Institucionais n.ºs 8 e 9

Ato Complementar n.º 51

Decretos-Leis n.ºs 481 a 563 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

-- 5º volume contendo 336 páginas

Ato Institucional n.º 10

Atos Complementares n.ºs 52 a 56

Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

-- 6º volume contendo 488 páginas

Ato Institucional n.º 11

Atos Complementares n.ºs 57 a 62

Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

- 7º volume contendo 290 páginas  
Emenda Constitucional nº 1  
Atos Institucionais nºs 12 a 17  
Atos Complementares nºs 63 a 77  
Decretos-Leis nºs 805 a 851 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.
- 8º volume contendo 318 páginas  
Decretos-Leis nºs 852 a 941 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.
- 9º volume contendo 364 páginas  
Decretos-Leis nºs 942 a 1.000 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.
- 10º volume contendo 386 páginas  
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969  
Código Penal Militar, com índice resumido e índice por assunto.
- 11º volume contendo 503 páginas  
Decretos-Leis nºs 1.002 e 1.003  
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índice resumido e por assunto.
- 12º volume contendo 309 páginas  
Decretos-Leis nºs 1.004 a 1.068 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.
- 13º volume contendo 406 páginas  
Atos Complementares nºs 78 a 94  
Decretos-Leis nºs 1.069 a 1.153 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.
- 14º volume contendo 487 páginas  
Decretos-Leis nºs 1.154 a 1.187 e Legislação Citada, com índices cronológico e por assunto.

“ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) — Edição de 1966

- *Quadro Comparativo*: Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constituição de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens.

---

“ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”

Os *Anais da Constituição de 1967*, obra elaborada pela Subsecretaria de Edições Técnicas e impressa pelo Centro Gráfico do Senado Federal, compreendem sete volumes em feição inteiramente nova, diversa do estilo tradicional de Anais.

Ao *Quadro Comparativo* (Projeto de Constituição de 1967, Constituição de 1946, Emendas Constitucionais e Atos), distribuído aos Senhores Congressistas no início da discussão e votação da nova Constituição, seguem-se os volumes dos *Anais*.

— *1º Volume* — Antecedentes da Constituição através do noticiário da Imprensa.

Neste volume são divulgadas as principais manifestações da Imprensa brasileira, no decorrer do ano de 1966, em editoriais, crônicas, entrevistas e reportagens, abordando a reforma constitucional desde a indicação da Comissão de Juristas; o texto do Anteprojeto da Comissão de Juristas; as divergências ocorridas entre os membros daquela Comissão; as manifestações de congressistas e constitucionalistas face ao problema da outorga, eleição de uma Assembléia Constituinte ou ato convocatório do atual Congresso; o papel desempenhado pelos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Senador Auro Moura Andrade e Deputado Adauto Lúcio Cardoso, em defesa da independência e soberania do Poder Legislativo; críticas e sugestões ao Projeto de Constituição e análise dos Capítulos do Projeto originário do Executivo e remetido ao Congresso em 12 de dezembro de 1966.

— *2º Volume* — Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional — Discussão e Votação do Projeto.

Este volume contém os pronunciamentos dos parlamentares nas 18 sessões conjuntas realizadas de 12 a 21 de dezembro de 1966 para discussão e votação do projeto de Constituição. Focaliza as manifestações referentes à matéria constitucional, fornecendo, para facilitar as pesquisas, índices de sessões, autores (de discursos, apartes, declarações de voto e questões de ordem) — com pequeno resumo dos temas abordados — e ainda um índice de assuntos.

— *3º Volume* — Discursos pronunciados em sessões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Discursos pronunciados antes do envio do Projeto da nova Constituição ao Congresso Nacional, assim como aqueles re-

ferentes ao período da convocação extraordinária do Congresso, com uma cobertura completa dos trabalhos constitucionais, a partir de 29-11-66 até 11-1-67.

— *4º Volume (2 Tomos)* — Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional.

Discussão e votação das emendas. Contém os pronunciamentos ocorridos nas sessões conjuntas, realizadas de 5 a 24 de janeiro de 1967, para discussão e votação das emendas ao Projeto e promulgação da nova Constituição.

— *5º Volume* — Comissão Mista.

Contém as reuniões realizadas pela Comissão Mista encarregada de emitir parecer sobre o Projeto de Constituição e as emendas que lhe foram oferecidas.

— *6º Volume (2 Tomos)* — Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição.

Este volume apresenta cada emenda com a respectiva justificação e sua tramitação detalhada: pareceres (dos Sub-Relatores, do Relator-Geral e da Comissão Mista), requerimentos (destaque, preferência, votação conjunta) e votação. É feita a remissão ao 4º volume da obra, com indicação das páginas.

— *7º Volume* — Quadro Comparativo da Constituição de 1967.

Projeto originário do Poder Executivo — Emendas aprovadas (artigo por artigo).

#### “REFORMA AGRÁRIA” (3 Tomos)

(edição de 1969)

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginalia (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assuntos de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas.

*"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"*

— QUADRO COMPARATIVO

Contém, comparadas em todos os artigos:

- Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.
- Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais nºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69).
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações, são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas, ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

*"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL"*

Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos — profissão de jornalista; legislação de imprensa) ..... esgotada

"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS"  
(Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971)

2 tomos

"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos)

- Histórico das Leis nºs 5.682, de 21 de julho de 1971 — "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e 5.697, de 27 de agosto de 1971 — "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 — Lei Orgânica dos Partidos Políticos"

"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos)

- Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 — "Lei Orgânica dos Partidos Políticos"

"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA"

- Textos legais, instruções do T.S.E., quadro comparativo (Leis nºs 5.682/71 — 4.740/65, com suas alterações)

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"**

- Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69, nº 2, de 9-5-72, e nº 3, de 15-6-72 (formato bolso)

**"EMENDAS CONSTITUCIONAIS – ATOS INSTITUCIONAIS – ATOS COMPLEMENTARES – LEIS COMPLEMENTARES."**

- Legislação citada – sinopse

**"INELEGIBILIDADES"**

- Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970  
"Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidades, e dá outras providências".  
Índice – Legislação Citada.
- Lei nº 5.581, de 26 de maio de 1970  
"Estabelece normas sobre a realização de eleições em 1970, e dá outras providências."  
Legislação Citada.  
(Trabalho elaborado, revisado e impresso pelo Centro Gráfico do Senado Federal)

**"REFORMA ADMINISTRATIVA" (Redação Atualizada)**

- Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a nova redação que lhe deram a Lei nº 5.396, de 26-2-68, e os Decretos-Leis n.ºs 900, de 29-9-69, 991, de 21-10-69, e 1.093, de 17-3-70.  
Índice Alfabético (por assunto) – Legislação Citada e Correlata.  
(Trabalho elaborado, revisado e impresso pelo Centro Gráfico do Senado Federal)

**"REGIMENTO INTERNO E TABELA DE CUSTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"**

- Índices da Matéria e Por Assunto  
(Trabalho elaborado, revisado e impresso pelo Centro Gráfico do Senado Federal)

Os pedidos de publicações deverão ser dirigidos à SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS do SENADO FEDERAL, Ed. Anexo I, 11º andar  
Praça dos Três Poderes – 70000 – BRASÍLIA – DF.