

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO  
ANO 16 - NÚMERO 61

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**  
**a. 16 n. 61 — janeiro/março 1979**

**Publicação trimestral da**  
**Subsecretaria de Edições Técnicas**  
**do Senado Federal**

---

---

**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**

---

---

**Capa de GAETANO RÉ**

**Composição e Impressão:**

**Centro Gráfico do Senado Federal**

**Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I — 22º andar — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília — DF**

<b>R. Inf. legisl.</b>	<b>Brasília</b>	<b>a. 16</b>	<b>n. 61</b>	<b>Jan./mar. 1979</b>
------------------------	-----------------	--------------	--------------	-----------------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05

CDU 34(05)

## S U M Á R I O

	Pág.
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
<i>I Congreso Latinoamericano sobre Medios de Comunicación Social y Prevención del Delito</i>	
I Congresso Latino-Americano sobre Meios de Comunicação e Prevenção do Delito — <i>Armida Bergamini Miotto</i> .....	7
Medios de comunicación social y criminalidad — <i>Julio Kierszenzon</i> .....	11
Los medios de comunicación de masas como agentes e indicadores del cambio social — <i>Rafael Ruano Mariño</i> .....	23
El papel de los medios de comunicación social en la prevención y control del delito — <i>Rodolfo H. Terragno</i> .....	35
El uso de los medios de comunicación social en la prevención del delito — <i>Juan Martín Echeverría, Gabriel Perozo Piñango y Carlos Eduardo Mendoza</i> .....	53
Influencia de la televisión en la conducta infantil y del adolescente — <i>Héctor Solís Quiroga</i> .....	67
La comunicación social y la justicia penal — conclusiones .....	81
<b>COLABORAÇÃO</b>	
A atual problemática do menor — <i>Luiz Otávio de Oliveira Amaral</i> .....	83
O artigo 106 da Constituição Federal e sua regulamentação — <i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i> .....	127
O orçamento-programa e suas implicações — <i>Janes França Martins</i> .....	145
A argüição de relevância da questão federal — <i>Iduna Weinert Abreu</i> ...	167
O “certiorari” americano e a advocatória no STF — <i>Igor Tenório</i> .....	183
O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro — <i>Alcides de Mendonça Lima</i> .....	189
A recente evolução jurisprudencial na interpretação da Lei nº 4.121 — <i>Arnoldo Wald</i> .....	221
Desenvolvimento do Direito de Autor no Brasil após a Lei nº 5.988/73 — <i>Antônio Chaves</i> .....	227
Revedo a legislação previdenciária — <i>Sully Alves de Souza</i> .....	243
Fusões e incorporações de empresas — <i>Otto Gil</i> .....	251
O acionista controlador na Lei de Sociedades por Ações — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i> .....	265
Tributação urbana — <i>Fides Angélica Ommati</i> .....	275
<b>DOCUMENTAÇÃO</b>	
Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978 .....	307
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	319



## Apresentação

O número 61 desta Revista, a par de trabalhos de colaboração de juristas pátrios, publica as teses apresentadas ao *I Congreso Latinoamericano sobre Medios de Comunicación Social y Prevención del Delito* promovido pelo Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Neste primeiro lançamento de 1979, ano internacionalmente dedicado à criança, a publicação dá realce a dois trabalhos: um, do doutor Héctor Solís Quiroga, oferecido ao citado Congresso — *Influencia de la televisión en la conducta infantil y del adolescente*; outro, da seção de Colaboração, de autoria de Luiz Otávio de Oliveira Amaral — *A atual problemática do menor*.

Desta forma, a *Revista de Informação Legislativa* procura entrar em sintonia com o movimento que visa a conscientização do homem de hoje diante das responsabilidades que lhe pesam nos ombros em relação aos homens de amanhã.

# I Congresso Latino-Americano sobre Meios de Comunicação e Prevenção do Delito

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

O Instituto Latino-Americano de Criminologia — ILANUD — entidade vinculada à Organização das Nações Unidas — ONU — tem, entre as suas atribuições a de realizar, periodicamente, na sua sede, em São José da Costa Rica, ou em alguma importante cidade de outro país da América Latina ou do Caribe, congressos, seminários e outras reuniões análogas. Das realizadas em 1978, teve notável importância o congresso de Cali, Colômbia (20 a 26 de agosto), já porque foi o primeiro, na América Latina, “sobre Meios de Comunicação e Prevenção do Delito”.

Foram quatro os temas então abordados:

- 1) os meios de comunicação de massas, como agentes e indicadores de mudança social;
- 2) os meios de comunicação de massas, como fator de penetração cultural;

- 3) a violência e os meios de comunicação;
- 4) o papel dos meios de comunicação de massas na prevenção e no controle do delito.

O documento de trabalho básico foi elaborado pelo Dr. Julio Kierszenson, pesquisador do ILANUD, havendo sido enviado com a devida antecedência, a todos os países da América Latina, para o estudo prévio dos respectivos representantes. Nesse documento, é consignado um apanhado geral do que se tem dito e escrito a respeito de meios de comunicação social e criminalidade, patenteando-se a diversidade de opiniões.

A Mesa do Congresso esteve assim composta: Presidente — Dr. Rafael Martínez Días, Diretor da “Oficina de Investigaciones Socio-Jurídicas y de Prevención del Delito”, do Ministério da Justiça da Colômbia; Vice-Presidente — Dr. Rafael Flores y Flores, Ministro da Justiça da República do Salvador; Dr. Gabriel Perozo Piñango, titular da “Dirección General de Justicia y Seguridad Jurídica”, do Ministério da Justiça da Venezuela; Prof<sup>a</sup> Armida Bergamini Miotto, Assessora para Assuntos Penitenciários, do Ministro da Justiça do Brasil. Secretário-Geral — Dr. Edgar Saavedra Rojas, Magistrado do Tribunal Superior de Cali.

Esteve presente, participando também dos trabalhos, o Diretor do ILANUD, Licenciado Jorge Arturo Montero Castro, enquanto que, para representar a ONU, foi designado o Dr. Edoardo Vettere, da respectiva Divisão de Defesa Social.

As atividades do congresso se desenrolaram de modo que todos os documentos de trabalho (comunicações, “ponencias”), atinentes a cada um dos quatro temas, pudessem ser analisados sob dois ângulos, para isso dividindo-se o congresso em duas seções.

Os documentos de trabalho foram apresentados ao plenário e debatidos, nos três primeiros dias. Nos dois dias seguintes, reuniram-se os grupos em que se subdividiram as seções. Na manhã do último dia, os relatores dos grupos se reuniram com o coordenador dos trabalhos e relator da sua seção, para, sintetizando as conclusões e proposições, elaborar as conclusões, recomendações e sugestões finais.

A luz dos trabalhos apresentados e debatidos em plenário, a Seção A examinou o papel do jornalista — mais amplamente, do comunicador — na prevenção do delito, sublinhando as grandes possibilidades do atual desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação social de que ele dispõe; a Seção B examinou a relevância, para a prevenção do delito, do harmônico relacionamento da comunicação social com a justiça penal considerando a boa formação ética dos comunicadores.

O coordenador dos trabalhos e relator da Seção A foi o representante do Chile, Prof. Marco Aurelio Gonsález Berendique, Assessor da Ministra da Justiça daquele país; da Seção B, foi coordenadora dos trabalhos e relatora a representante do Brasil.

As conclusões de ambas as seções foram aprovadas na sessão plenária de encerramento.

A realização desse congresso é, já por si mesma, muito significativa, indicando a importância que se dá aos meios de comunicação em relação ao crime e à criminalidade, em sentidos diversos. Os trabalhos do congresso e suas conclusões e proposições confirmaram que os meios de comunicação — conforme seja o senso de liberdade de comunicar, de veicular notícias, fatos, ficções etc., e dos limites ético-jurídicos dessa liberdade, que os comunicadores tenham, refletindo a qualidade da sua formação — poderão constituir estímulos (poderosos estímulos) para o crime, ou poderão dar valiosa contribuição aos esforços para prevenção do crime e controle da criminalidade. Dificilmente se poderá dizer que funcionem como estímulo direto, conduzindo à prática de fatos específicos, numa relação de causa e efeito identificável. Funcionam, entretanto, tais estímulos, indireta, implícita, sub-repticiamente (quando não subliminarmente), moldando as consciências individualmente e a consciência social, a opinião individual e a opinião pública, inculcando a idéia da imoralidade, da permissividade, da violência, do crime, como realidades naturais, normais, como fatos que podem ser praticados por qualquer pessoa, inclusive “por você” e “por mim”. A valiosa contribuição, ao contrário, há de evidenciar (direta ou indiretamente, clara ou implicitamente) os valores humanos (individuais, familiares, sociais, ético-jurídicos, espirituais), contribuindo para a formação da

consciência e da opinião de cada um e da sociedade, impregnando-a de salutares disposições para uma conduta concorde com aqueles valores.

Naturalmente, as crianças e os adolescentes é que são mais suscetíveis às influências que, num ou no outro sentido, os meios de comunicação inquestionavelmente exercem, embora os adultos não sejam imunes. Aliás, se o fossem, a própria propaganda comercial não surtiria efeito; sabe-se, no entanto, que, por exemplo, muitos produtos não seriam vendidos, ou não o seriam na quantidade que o são, não fora a publicidade em torno deles, criando, até, uma suposta necessidade, que induz a adquiri-los e consumi-los.

É claro que nenhum dos congressistas teria a ingenuidade de pensar que os meios de comunicação sejam *a causa* dos crimes e da criminalidade; coisa diversa, porém, é que, conforme forem manejados, por pessoas bem formadas ou inescrupulosas, podem servir à propagação e incentivação do bem ou do mal — do bem-estar e da tranqüilidade pessoais e sociais, da justiça e do respeito aos direitos, ou da intranqüilidade, da violência, do crime, do terror.

O Congresso de Cali foi um primeiro passo, na América Latina, no que se refere ao papel desempenhado pelos meios de comunicação na gênese dos crimes em particular, e como fator criminógeno em geral, mas também como instrumento de prevenção dos crimes e controle da criminalidade. As conclusões, recomendações e sugestões que, elaboradas pelas duas seções, foram aprovadas pelo congresso, inspiram, diretamente ou através de adequadas elaborações do ILANUD, programas de ação que os países participantes possam planejar e executar.

O próximo, isto é, o 2º Congresso Latino-Americano sobre Meios de Comunicação e Prevenção do Delito, deverá ser realizado na Venezuela, em 1980.

\* \* \*

Comemorando-se, em 1979, o Ano Internacional da Criança, foram selecionados, para serem publicados nesta Revista, além do documento de trabalho básico, outros quatro e as conclusões da Seção B, que representam, de modo muito positivo, o pensamento do Congresso, na sua especial preocupação para com o menor.

I CONGRESO LATINOAMERICANO SOBRE MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL Y PREVENCIÓN DEL DELITO

(Cali — Colombia)

Medios de comunicación social  
y criminalidad

JULIO KIERSZENSON

Sección de Investigación

Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

\*ILANUD\*

- Introducción
- El problema
- Diversas actitudes
- Revisión de algunos estudios
- Otras opiniones
- Efectos a largo plazo
- Qué hacer?

## Introducción

La criminalidad preocupa a toda comunidad, ya que constituye un fenómeno disgregador de la vida social.

En los últimos años esta preocupación ha sido acompañada por numerosos estudios en los que se esgrimen infinitud de teorías explicativas, muchas de ellas de carácter sociológico, en donde el crimen se liga con el proceso de aprendizaje; bien sea que se explique como el producto de una asociación deferencial (Sutherland), o por medio del concepto de autoimagen (Reckles) o de las subculturas (Cohen).

Si bien es cierto que en la actualidad ese tipo de enfoque empieza a ser visto con un poco de recelo, no sólo por el fracaso de la explicación monocausal de la criminalidad, sino porque el principio mismo de causalidad está en crisis en criminología, sería injusto no valorar lo logrado hasta ahora, pese a todos los excesos y unilateralidades de corte jurídico, psicológico o sociológico indudablemente presentes.

No hay duda de que todo estudio acerca de una variable interviniente en la génesis del comportamiento delictivo, arroja luz no sólo sobre el aspecto concreto de que se trate y enriquece los conocimientos que sobre el tema se poseen, sino que sirve para implementar políticas directas de prevención sobre el factor actuante.

Un factor cotidianamente mencionado más que por propios, por extraños, es el de los medios de comunicación. Esto es debido, sin duda, a su extraordinario crecimiento e impacto en los últimos años y a la proliferación de la violencia en los programas de ficción que se transmiten.

Desgraciadamente, los estudios efectuados hasta ahora, no han estado a la altura de la preocupación mostrada por gobiernos, instituciones y padres de familia; los criminólogos en su mayoría han desdeñado el tema o lo han mirado con reserva, por todo el lastre de una serie de preconcepciones y prejuicios del público; los teóricos en comunicación se han aventurado un poco más, pero quizás debido a su poca preocupación por los asuntos criminológicos, se han contentado, en algunos casos, con una labor con sabor a laboratorio y a tubo de ensayo, y en otros, con afirmaciones escépticas y terriblemente irónicas: "ciertos tipos de comunicación acerca de ciertos tipos de asuntos, presentados a cierto tipo de personas, en ciertas condiciones, originan cierto tipo de efectos" (Berelson, 1948 y 1964).

Por supuesto que semejante estado de cosas atenta contra cualquier presentación sobre el tema y nos obliga a tener mucho cuidado para no caer en lugares comunes o en tautologías.



## El problema

Se puede afirmar, con Burgelin, que fue en los años 30 cuando se produjo una escalada en la representación de escenas violentas en los films especialmente en los norteamericanos. Ya en 1933 se afirmaba que "a través de la exposición de técnicas criminales y de modelos de criminalidad de comportamiento despertando el deseo del dinero fácil y del lujo, sugiriendo medios discutibles de conseguirlo, desarrollando un espíritu de provocación, de inhumanidad, de audacia, despertando intensos deseos sexuales y haciendo del cumplimiento de papeles criminales un sujeto constante de ensoñaciones, el cine crea actitudes y construye técnicas generadoras, por un procedimiento inconsciente, de comportamientos delictivos" (Blumler y Hauser, 1933).

Glucksmann refiere que los datos más antiguos señalan que en 115 films policíacos se cometían 406 crímenes y, en 45 de estos films, aparecía un muerto en la pantalla (Dales, 1935), luego de la Segunda Guerra Mundial en un recuento efectuado por Mirams en 1951, se producían 659 crímenes o actos de violencia en 100 films. La televisión en Estados Unidos transmite, como promedio, un acto o una amenaza violenta cada diez minutos. En otro estudio sobre medimetraje para televisión (Head) se descubren 3.7 actos "de agresión o de transgresión moral" de promedio en emisiones en general, 5.1 en los programas policíacos y 7.6 en los films para niños.

Esas características de agresividad y violencia fueron aumentando en cantidad y calidad. En 1967 una hora de dibujos animados contenía, en promedio, seis veces más episodios violentos que una hora para adultos y de 95 programas del género para niños examinados, solamente tres no contenían episodios violentos (Gerbner, 1972).

En un análisis de contenido de 300 films distribuidos en Nueva Zelanda, 40 por ciento de los films americanos tenían por tema central un crimen. En el 67 por ciento, los personajes actuaron por ambición personal, arribismo y dinero. En el 63 por ciento se recurre al crimen para alcanzar estos fines (cit/p. Santoro, 1975). En un estudio efectuado en Venezuela (Salazar, 1961) el 79 por ciento de los films exhaltaban como valor el dinero, el 52 por ciento la fuerza bruta y el 45 por ciento la astucia y el engaño.

¿ Esta frecuencia en la aparición de escenas violentas implica que tengan que darse como consecuencia ciertos efectos? He aquí la gran pregunta.

Normalmente quienes así interrogan buscan una respuesta clara, capaz casi siempre de sustentar una preconcepción. Así, se parte de la idea de que lo presentado en los medios de comunicación tiene o no efectos directos sobre la conducta y valores de una persona y que estos efectos de producirse, son perfectamente observables por el investigador. Como há ocurrido en muchas ocasiones en las ciencias sociales, el problema no surgió académicamente. Como señala Burgelin, personas inquietas ante los posibles efectos y dispuestas a actuar, sea como sea, fueron las que plantearon el problema a los teóricos y éstos, aún hoy, no han podido dar esa respuesta indubitable que los interesados reclamaban. Así, muchas veces una respuesta sincera ha debido ser la siguiente: "Si deseáis menos violencia, actuad en tal sentido. Pero no esperéis que la ciencia os demuestre que tenéis razón".

Como sabemos, así ocurrió. En casi todos los países con economía de mercado, grupos se organizaron para presionar al Estado, y lograron, mal que bien, algún tipo de control, o aquél, **de motu proprio**, actuó en tal sentido. Los científicos sociales, mientras tanto, emprendieron algunas investigaciones ninguna de ellas concluyente, al menos en el sentido esperado, es decir, en cuanto a si los medios de comunicación tienen que ver algo con el aumento de la delincuencia y la inseguridad.

Las razones de tal imposibilidad no son debidas a simple incapacidad, sino que en su base está el problema metodológico subyacente en toda ciencia social, que tiene que lidiar con comportamientos humanos, con valores y actitudes, siempre muy complejos y difíciles de medir.

Como señala Klapper (1960), "las aguas relativamente plácidas del "quien dice qué a quien" pronto se enturbiaron con las cuestiones de predisposición de los auditorios y públicos, "auto-selección" y percepción selectiva". El mismo autor señala que a estas variables luego se sumaron aquellas que incluyen diversos aspectos de organización contextual, la imagen que el público tiene de las fuentes; el simple transcurso del tiempo, la orientación de grupo de cada miembro del público y grado en que valora su pertenencia a ese grupo; la actividad de los líderes de opinión; los aspectos sociales de la situación durante y después de la exposición de los medios de comunicación de masas y el grado en que el público se ve individualmente obligado a representar un papel activo; el tipo de personalidad del individuo en cuestión, su clase social y el nivel de sus frustraciones; y la naturaleza de los grandes medios de comunicación en un sistema de libre empresa.

Maletzke se refiere a esas dificultades cuando señala que aunque por la multitud de estudios relativos a los efectos de los medios de comunicación colectiva pareciera que el tema se halla agotado, un examen cuidadoso de aquellos demuestra que los conocimientos actuales son muy limitados y llenos de lagunas.

Los profesores Ferracuti y Lazzari, enjuiciando la literatura sobre el tema, plantean otro problema que requiere de una decisión: la necesidad de usar una definición "lo más unívoca posible" de los términos de violencia y agresividad. Existen estudios en donde tales términos son entendidos tan ampliamente, que difícilmente pueden servirnos para brindar la respuesta buscada; así por ejemplo, se ha entendido violencia como "cualquier daño físico o psicológico, herida o muerte referidos a serem vivientes", incluyendo "vergüenza o humorismo violento tal como la caída del actor", la "violencia legal", "la violencia verbal" y la que resulta de "actos de la naturaleza o "accidentes".

Por otro lado, es curioso que en la mayoría de los estudios efectuados sobre la frecuencia de la violencia, los análisis de contenido se refieren casi exclusivamente a casos de ficción y no a la violencia real y ésta, lejos de suscitar críticas, es considerada como educativa. Así no se incluye en la mayoría de los casos la violencia que se encuentra en los programas dedicados a deportes noticias, cuestiones públicas y sucesos (National Association of Educational Broadcasters).

### **Diversas actitudes**

Quienes consideran que es posible determinar en alguna medida los efectos de las escenas de gangsterismo y violencia adoptan toda gama de actitudes.

Siguiendo a Burgelin, podemos mencionar las siguientes:

- 1) Algunos autores hablan de efectos benéficos, esto es, los espectadores tienen en los programas una vía de escape para verter su agresividad: es una adaptación moderna de la catarsis de que hablaban los griegos.
- 2) Otros hablan de que las escenas tienen una potencialidad traumatizante, especialmente en el caso de niños muy pequeños. Así, la preocupación no reside en que esas escenas puedan provocar de algún modo conductas delictivas, sino en que se pueda producir alguna afección de orden psicológico.
- 3) Aunque son pocos los autores que hoy sostienen tal tesis, otra posición es la de que ciertos programas son "incitaciones primarias a la mala conducta y la delincuencia juvenil" (Cousin, 1949).
- 4) La posición anterior es matizada por algunos estudiosos: esas incitaciones se dan o son preocupantes en aquellas personas con menos resistencia psíquica o moral, esto es, no es de temer ningún grave efecto en espectadores normales.

5) Los medios de comunicación son sólo un reflejo de la realidad. Si hay violencia en los films es porque la realidad es violenta, y sería absurdo pensar que esa condición le viene de los medios de comunicación.

6) Algunos autores muestran preocupación no por efectos directos e inmediatos, sino por los que puedan producirse a largo plazo, en una sociedad acostumbrada a ver la violencia como un fenómeno normal, en "una civilización donde la violencia sería un fundamento aprobado, un componente espiritual lo que podría traducirse, en un despliegue de violencias reales". Piensan algunos que quizás el nivel alcanzado por el terrorismo en esta década pruebe que algunos miembros de aquella generación, que miró televisión desde que nació, se insensibilizaron a tal punto, que cualquier forma de destrucción no les parece bochornosa.

### **Revisión de algunos estudios**

Ferracuti y Lazzari afirman que la valoración crítica de los trabajos efectuados sobre el tema "está, en general, de acuerdo en atribuirles un notable refinamiento en las técnicas de medición, no obstante la falta de un esquema teórico unitario de referencia, que pudiera ser utilizado como base para un sucesivo trabajo de profundización y confirmación".

Se han hecho algunos experimentos tendientes a determinar en que medida las representaciones de escenas violentas aumentan la agresividad de los espectadores. Lógicamente, aunque aumente el grado de agresividad, no es posible afirmar que eso repercute necesariamente en el incremento de actividades delictivas o en la motivación a delinquir en algunos sujetos.

Pero veamos someramente algunos de esos estudios, para percatarnos de sus limitaciones.

Berkovitz (1964) utilizó el procedimiento de frustrar una muestra de estudiantes, previo a la exhibición de un film violento. La frustración consistió en que una determinada persona insultaba soezmente a un grupo y luego los miembros de éste pasaban a presenciar un film (una pelea de boxeo muy violenta) en donde el nombre del que insultaba era el mismo del de uno de los protagonistas. La agresión de los estudiantes era medida de acuerdo al número de shocks eléctricos (ficticios) que aplicaban luego sobre el cuerpo de quien los insultó. (El grado de agresión varió dependiendo de si la violencia en el film era justificada, es decir, dependiendo de si quien derrotaba o no a su adversario llevaba o no el nombre de quien los insultó.)

Este tipo de experimentos son criticados por Singer (1971) ya que considera que no son asimilables a la situación en que se encuentran quienes contemplan un film, y que sería mejor hacer los estudios en medios naturales, usando films corrientes — los escogidos en los estudios eran desmesuradamente violentos. Por otro lado, critica la equiparación de la descarga de shocks eléctricos con acto de agresión manifiesta, señalando que deben buscarse “situaciones experimentales que permitan la expresión de reacciones agresivas más realistas”.

Bandura, A., Ross, D., Ross, S. (1963), presentan a un grupo de niños material con contenido agresivo en tres formas distintas, proyectado estáticamente, ejecutado por una persona y en un film. Los niños fueron divididos en grupos pareados, con un grupo control. Una vez expuestos al material fueron colocados en un salón en condiciones similares a las observadas. Los que habían sido sometidos al material con contenido agresivo desplegaron una conducta agresiva similar a la observada (golpear a un muñeco), mientras que el grupo control jugó con él. Esto es una evidencia de cómo los niños pueden imitar las conductas agresivas y actos de violencia observados en el cine o en la televisión (Cit/p. Santoro).

Lógicamente semejante estudio se refiere a la agresión mostrada en una situación de juego, por lo que no necesariamente esa agresión debe darse en otra situación.

Bandura (1963) señala “que los resultados dejan poca duda de que la observación de violencia fortalece las tendencias agresivas en los niños... (por lo que) debemos concluir que los modelos televisados son importantes fuentes de conducta social y no pueden continuar siendo ignorados como una influencia en el desarrollo de la personalidad” (Cit/p. Muñoz).

Burgelin no cree que el análisis de la agresividad puede limitarse a tal tipo de estudios, ya que si se trata de medirla a nivel de comportamiento, deben entrar en juego otros muchos factores como el dinamismo del individuo y su grado de habilidad frente al mundo exterior. Además, qué nos garantiza que fue medida la hostilidad de todos los participantes, ya que aunque ésta haya sido despertada, el individuo puede no estar dispuesto a manifestarla? Son interesantes las conclusiones de las dos subcomisiones nombradas por el Comité Judicial del Senado Norteamericano en 1955 y en 1961, para estudiar el efecto en los jóvenes de la violencia y el delito presentados en la televisión. La primera investigación concluyó que “algunos de los programas de televisión más violentos tienen un efecto negativo en las audiencias infantiles, particularmente en aquellos niños que han mostrado señales marcadas de disturbios emocionales”. Sugieren exigir la aplicación de “ciertos standars mínimos” aunque señalan que la responsabilidad principal debe recaer en quienes dirigen la industria televisora.

Thomas J. Dodd, quien presidió la Comisión de 1961, resumió así los principales experimentos:

- 1) Se ha encontrado que las personas normales que ven una película violenta muestran después casi el doble de violencia que las personas que no han visto esa película.
- 2) Cuando los experimentos comprendían infligir dolor en otros seres humanos, las personas que habían visto una película violenta no titubearon en infligir dolor excesivo en otros seres humanos.
- 3) Una película violenta puede inducir la conducta agresiva de cualquiera en la audiencia, pero particularmente en aquellas personas que se han enfurecido antes de ver la película.
- 4) Las películas violentas pueden tener efectos persistentes y puede esperarse que las respuestas aprendidas en ellas retengan su fuerza original y que reaparezcan en ocasiones posteriores en presencia de frustración, ira u otro estímulo apropiado.
- 5) La violencia que se muestra en las películas puede afectar a cualquiera, pero es mucho más peligrosa para los jóvenes. E más, probablemente será imitada si parece justificada según los valores sociales predominantes; por ejemplo: si el "héroe" establecido está cometiendo la agresión. Si el modelo es premiado por su agresión, el impulso a copiar esa agresión es aún mayor.
- 6) Los efectos de ver violencia son similares a los efectos de probar alimentos sin consumirlos: el apetito se aumenta en vez de disminuir.

Mirams (1951) es uno de los que sustenta la posición número cuatro, es decir que el crimen presenciado puede tener un efecto desencadenante en aquellas personas que se encuentran en condiciones de "resistencia moral reducida". Así, cree que la reiteración "de casos de asaltos puede crear un modelo de comportamiento que origine en determinadas circunstancias (por ejemplo excesos alcohólicos), una especie de reflejo condicionado en ciertos tipos de individuos". Ferracuti y Lazzari señalan: "la hipótesis de que la representación de violencia pueda tener un efecto catárquico sobre los espectadores no ha sido confirmada por ninguna demostración válida. Al respecto, Maccoby (1951 y 1954) y Lewin (1953) han indicado que la fantasía puede reducir temporalmente las tensiones, pero, dado que la fuente real de estas no se modifica, es de temer que a largo plazo se consolide una tendencia a evitar los problemas reales o a buscar su solución por medios fantásticos o violentos.

## Otras opiniones

Existe una corriente de opinión que opone reservas al supuesto ligamen de la violencia en los medios de comunicación y la criminalidad. En esa corriente podemos ubicar toda una gama de opiniones desde aquellas que expresan directamente el sentir de los dueños y representantes de los medios, hasta otras que manifiestan el pensamiento de científicos que muy seriamente se han dedicado a reflexionar y buscar evidencias sobre el polémico asunto y no las han encontrado. Una forma de manifestarse la opinión de los intereses de los medios es aquella que sustenta que violencia ha habido siempre y que los medios sólo la reflejan. "Si las agresiones narradas o representadas fueran peligrosas por vía de principio, habría que prohibir la mayor parte de los cuentos, la Biblia, a Shakespeare (Association of Educational Broadcasters).

Klapper y Burgelin (norteamericano el primero y francés el segundo) son dos escépticos ante los estudios que ligan violencia en los medios de comunicación con agresión, es decir, ante aquellos que demuestran un efecto inmediato producido por la representación de escenas violentas.

En términos generales parten de que los medios de comunicación son utilizados selectivamente por las personas, para reforzar sus preexistentes orientaciones y que la selección de los programas opera de tal suerte que la persona, entre los mensajes que le son ofrecidos, escoge aquellos que estén de acuerdo con sus propias opiniones y actitudes. De allí, concluyen que los medios de comunicación no pueden tener una influencia decisiva sobre las acciones de sus destinatarios.

La fórmula planteada por Schramm: qué es lo que la televisión hace a los niños?, há sido invertida por la investigación, que ha encontrado que los niños son influidos por los medios de acuerdo con su situación psíquica y social, sin demostrar en ningún momento que ésta es producida por aquellos.

Así, no es posible demostrar que las escenas de crímenes y violencia son causas primarias de conductas en tal sentido, aunque podrían complementar o reforzar tendencias existentes con anterioridad. Sobre una persona adaptada socialmente tales contenidos serán poco más que inocuos, mientras que para los inclinados a la agresividad o a la frustración serán un estímulo para la evasión y quizás para fantasías agresivas.

Existe un estudio ya clásico, que es respetado y citado por todo trabajo que se haga sobre el tema. Nos referimos a la investigación de tres británicos: Himmelweit, Oppenheim y Vince (1951). Su mayor virtud es la de no prestarse a superficialidades y cuestionar las relaciones simplistas de muchos análisis que no entran a valorar la calidad, el contenido y el modo de presentar la violencia. Además, dicho estudio fue realizado cuando recién



se introducía la televisión en Inglaterra y hubo posibilidad de estudiar a un grupo de niños que jamás había visto televisión. En su investigación, trataron de descubrir qué tipo de violencia asusta a los niños y, al hacerlo, demostraron el poco fundamento de muchas ideas mantenidas acerca del tema: El "número de tiros disparados, o el de episodios de agresión contenidos en un programa cualquiera" resultaron de menor importancia que la "situación en que la violencia aparece... el modo de su representación y... la complejidad que caracteriza a los miembros de los bandos en lucha... Los disparos — por ejemplo — no alteran demasiado, al igual que las peleas, pero heridas causadas por cuchillas o dagas sí lo hacen". La violencia según pautas convencionales, con desarrollo predecible parece impresionar muy poco a los niños ya que son "simples versiones del eterno cazar y ser cazado — indios y vaqueros, policías y ladrones — los más antiguos juegos infantiles, muy anteriores a la aparición de la televisión, ya expresan la profundamente arraigada afición del niño a las reglas y a la clara diferenciación entre el bien y el mal".

Según la referida investigación, los niños son, al parecer, "más sensibles a las agresiones verbales que a las físicas... los niños son turbados por todo aquello que se parece a sus pesadillas, pero también por las cosas con las que se identifican fácilmente. Por ejemplo, las situaciones de malestar, las reprimendas, los enfados, les turban generalmente más que las escenas de destrucción masiva...". Un film donde el héroe se debata entre penosas dudas de conciencia, donde se encuentre preso de remordimientos, tiene más posibilidades de perturbar a un niño que un western cargado de tiroteos. Burgelin resume el aporte principal de la investigación: "la violencia resulta tanto menos espantosa cuando menos problemática es".

El equipo Himmelweit, al igual que Ricutti y Lewin, no halló un comportamiento más agresivo, inadaptado o delincuente entre niños telespectadores que entre los componentes del grupo de control (es decir, no telespectadores). La conclusión resulta inquietante si consideramos que este estudio, a diferencia de muchos de los ya vistos, fue hecho sin utilizar laboratorios y en un momento muy oportuno. Por supuesto, en la actualidad se puede objetar que ya pasaron más de veinte años de realizado el trabajo y que el contenido violento de los programas ha aumentado cualitativa y cuantitativamente.

En un cuestionario de League of Non- Governmental Broadcaster en Japón (1961), presentado a 461 delincuentes entre los catorce y veintiséis años, encontró que pocos de ellos acusaban a la televisión como causa de la delincuencia. Otro cuestionario aplicado a 1.119 jóvenes normales y a jóvenes recluidos en Institutos de orientación (potencialmente delincuentes), no encontró diferencias en cuanto a las preferencias por los programas que exhiben crímenes.

Como corolario a todas las investigaciones, tenemos la conclusión de Ferracuti y Lazzari: "En la actualidad, no existen demostraciones concluyentes que sostengan el temor, que se ha difundido en grandes esferas de la

opinión pública, de que la representación de escenas provoque un efecto criminógeno directo e inmediato, en los sujetos dotados de una personalidad normal”.

### Efectos a largo plazo

La influencia de las representaciones sobre los valores admitidos como deseables en una sociedad es quizás la más atrayente, pero a la vez la más difícil de probar. Son muchos los factores que intervienen en la formación de valores personales: la familia, la escuela, la pertenencia a un grupo, las experiencias vividas, etc. Más complejo es determinar cuales son y como se forman los valores de una sociedad.

Santoro, un investigador venezolano, afirma que “el material presentado por la televisión en diversos países del mundo occidental... está recargado de programas de baja calidad artística, con altos contenidos de violencia, agresión, valores no cónsonos con los que tienen planteados conquistar y desarrollar nuestra sociedad. La exaltación del individualismo, énfasis en el dinero, bienes económicos, etc. Formación de imágenes estereotipadas con respecto a profesiones, grupos étnicos, religiosos o políticos. Imágenes que por lo demás son importadas de los Estados Unidos, país en el cual se elabora la mayoría de los programas. La presentación de ese material viola incluso las normas morales y étnicas que los mismos productores y comunicadores se han propuesto.

Por supuesto, el problema debe quedar al nivel de las legítimas preocupaciones, ya que, como afirman Ferracuti y Lazzari, no hay evidencias para rechazar o demostrar la idea de que las escenas violentas modifiquen los valores, especialmente en un complejo cultural o familiar predisponente.

Pasqualli, una vez que señala la posibilidad de demostrar que los medios de comunicación tengan un papel directamente motivador en los actos antisociales, afirma que aunque cree que los mensajes producen condicionamiento ideológico colectivo a largo plazo, sus factores agentes no los constituyen esos significativos primarios y superestructurales, sino más bien lo “latente” que ellos envuelven, y que es el auténtico sedimento presente en el espíritu colectivo de una sociedad. Por supuesto, cual sea este sedimento y que sea lo “latente” rebasa los propósitos de esta presentación, pero queda como una inquietud en el sentido de que quizás, más que un estudio de lo primario — la violencia —, se requiera de un análisis de las capas más profundas del mensaje. Al respecto, el pensador alemán Teodoro Adorno señala que al igual que una obra de arte no comunica de manera unívoca y de por sí su contenido, en los films y en la televisión, la ambigüedad estética o sus formas decadentes son utilizadas para sus propios fines por los productores. Para él, la meta propuesta con la presentación de varios estratos psicológicamente superpuestos, es el acrecentamiento del conformismo en el espectador y la fortificación del *statu quo*. Incansablemente — prosigue — se lanzan contra el espectador “mensajes” abiertos o encubiertos. Señala que éstos últimos, posiblemente por ser psicológicamente los más efectivos, tengan preminencia en la planificación.

## Qué hacer?

Adorno, cuando fue Director Científico de la Hacker Foundation en 1952-53, realizó algunos estudios sobre la televisión norteamericana. En uno de ellos explicó por qué es tan difícil para el sociólogo decir qué hace la televisión a la gente: "... aunque puedan las técnicas perfeccionadas de la investigación social empírica aislar dos "factores" que son característicos de la televisión, resulta que esos factores sólo adquieren su fuerza en la "totalidad del sistema".

Pero si son tales las dificultades, ¿qué respuesta dar a todos los que constantemente muestran preocupación por el tema? Como decíamos en un principio, la investigación de la que hemos examinado algunos casos no nació por una simple vocación académica, sino que surgió a petición de maestros, padres, predicadores y políticos. Klapper, comentando ese hecho, señala que "no sólo hemos sido incapaces de dar respuestas definitivas... , sino que hemos hecho algo peor: proporcionar pruebas que apoyan parcialmente todos los aspectos de todas las opiniones. Hemos esquivado la cuestión del crimen y la violencia, diciendo: "Probablemente no existe relación causal, pero puede darse un efecto catalizador."

El que no pueda demostrarse una hipótesis en el plano científico no debe implicar quietismo en el plano axiológico. Sin duda nuestro mundo está plagado de actos violentos: homicidios, secuestros, arrestos, son demasiado comunes y las informaciones pertinentes engrosan a diario las páginas de los periódicos. Pero, como señala Burgelin, la violencia conserva, en la vida de la mayor parte de las personas, un carácter excepcional y escandaloso, cuando por azar nos encontramos con ella al pasar por ejemplo por la calle, no deja de ser una experiencia extrema que la mayoría tendemos a repeler. Pero la violencia presentada en los programas de ficción no es rara ni escandalosa, ya que dentro de las diversas tramas aparece aquella como lógica y normal. Quizás sea necesario reconsiderar la frase de Logan (1950): "El sentido común nos dice que el crimen no es tema conveniente para los niños. . . . , debemos, pues, protegerlos de tales programas, igual que lo hacemos respecto del peligro físico." Investigadores como Klapper y Himmelmweit, cuyo escepticismo ya vimos, han tomado posición contra el desarrollo excesivo de las escenas de violencia en los medios de comunicación, sin pretender fundar científicamente su punto de vista.

El hecho de que niños, con algún tipo de perturbación o con ajuste deficiente, puedan verse afectados en algún modo por las descripciones de crímenes, es por sí solo merecedor de atención y motivo bastante para buscar las soluciones del caso. Como indica Klapper, "los descubrimientos indican, sin embargo, que los medios masivos no son la única ni la básica causa del problema y que, por consiguiente, aunque su cooperación pueda ser legítimamente buscada en cualquier campaña destinada a mejorar la situación, el problema en su totalidad debe ser planteado a nivel más fundamental. Las soluciones, si es posible definir las, han de implicar a la familia, la escuela y virtualmente todas las instituciones y todas las fuerzas que intervienen en la sociabilización del niño".

# Los medios de comunicación de masas como agentes e indicadores del cambio social

DR. RAFAEL RUANO MARINO

## I

### LA VALIDEZ DE LOS METODOS UTILIZADOS POR LAS CIENCIAS DE LA CONDUCTA PARA MEDIR EL IMPACTO DE LOS MEDIOS SOBRE EL CAMBIO SOCIAL

- Introducción
- La predicción del comportamiento
- El condicionamiento del comportamiento grupal
- El condicionamiento de efectos específicos en el individuo
- Implicaciones generales y específicas

## II

### INFLUENCIA DEL CRIMEN Y LA VIOLENCIA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION SOBRE EL COMPORTAMIENTO DELICTIVO (Revisión bibliográfica sobre el tema)

- Introducción
- Análisis de los datos disponibles
  - 1 — Conclusiones de las principales investigaciones
  - 2 — Opiniones de expertos en el campo de las ciencias sociales
- Algunos resúmenes típicos de los resultados de investigaciones
- Algunos resúmenes de las opiniones de expertos

### LA VALIDEZ DE LOS METODOS UTILIZADOS POR LAS CIENCIAS DE LA CONDUCTA PARA MEDIR EL IMPACTO DE LOS MEDIOS SOBRE EL CAMBIO SOCIAL

#### Introducción

El propósito fundamental de esta charla es el de analizar muy brevemente la validez de los métodos tradicionales utilizados por las ciencias de la conducta para determinar el grado y características del impacto que los medios de comunicación pueden tener en el proceso de provocar cambios concretos a nivel social.

Creo que este análisis es indispensable como punto de partida. Si no nos ponemos de acuerdo en lo relativo a este punto, toda la discusión que pueda derivarse posteriormente va a estar basada en impresiones o experiencias personalizadas, en muchos casos subjetivas y hasta prejuzgadas.

Con razón o sin ella, a nivel popular, no se tiene todavía mucha confianza en los métodos y sistemas utilizados por las ciencias de la conducta. Esto, quizás en parte, se deba a que las ciencias que estudian el comportamiento humano están todavía en un estado inmaduro, si las comparamos con las ciencias físicas, por ejemplo, con su alarde de precisión de las medidas, la exactitud de sus predicciones y la elegancia y simplicidad de sus leyes.

El fantasma de la anterior comparación ha hecho que la gente, incluso muchas personas versadas y cultas, no reconozcan los significativos avances de las ciencias de la conducta en el sentido de su posibilidad de predecir con éxito. Posibilidad que cada vez nos permite discernir con mayor exactitud y descubrir sistemas de relación entre ciertas condiciones preexistentes y los tipos de comportamientos predecibles que puedan derivarse de dichas condiciones. Quizás por esta razón es que con frecuencia se oyen frases como esta: "no se han hecho estudios confiables sobre este tema", o que la gente simplemente ignore los resultados de las investigaciones sobre un tema como el de los medios de comunicación como agentes e indicadores de cambio social.

En la segunda parte de esta presentación pondré a discusión de ustedes una serie de resultados de estudios sobre la influencia de los medios de comunicación en la prevención del delito. Sirva esta primera parte de mi presentación de base para dicha discusión. Voy a intentar esquematizar, en una forma si se quiere simplificada y concreta, como las ciencias de la conducta están en capacidad de comprender, predecir y controlar el comportamiento humano. Como es lógico, daré ejemplos tomados del campo de estudio de la psicología, por ser ésta mi especialidad.

### **La Predicción del Comportamiento**

**Si un individuo posee características medibles "a", "b" y "c", podemos predecir que existe una alta probabilidad que se comporte en forma "x", "y" o "z".**

Sabemos cómo predecir, con considerable precisión, cuáles individuos serán buenos estudiantes universitarios, exitosos ejecutivos o empresarios, buenos vendedores, etc. Existe una infinidad de testes de aptitudes vocacionales y de selección de personal para llevar a cabo este tipo de predicciones.

Podemos predecir cuáles miembros de una organización serán alborotadores y/o delincuentes, a través de escalas como la desarrollada por Gough y Peterson.

Podemos seleccionar personas que pueden ser fácilmente persuadidas y que en la mayoría de los casos van a estar de acuerdo con los argumentos defendidos por determinado grupo o, por el contrario, seleccionar aquellas resistentes a todo tipo de influencias. Janis y Kagan se han dedicado a este campo por años.

Sería tema de otras sesiones el seguir dando ejemplos sobre los avances que las ciencias de la conducta han logrado en el campo de la predicción del comportamiento. Los avances de la tecnología psicológica moderna con frecuencia son ignorados o minus-valorados.

Debemos entonces deducir que no es nada nuevo ni especialmente difícil para el psicólogo o el científico social el intentar predecir, por ejemplo, cuáles sujetos exhibirán un comportamiento violento a partir de ciertos estímulos ambientales provenientes de los medios de comunicación.

### **El Condicionamiento del Comportamiento Grupal**

Si en un grupo están establecidas o existen las condiciones "a", "b", y "c", hay una alta probabilidad que a dichas condiciones corresponden los comportamientos "x", "y", o "z".

En el trabajo en grupos sabemos que tenemos que crear ciertas condiciones si deseamos que dicho trabajo se caracterice por aumento de la productividad, originalidad y buenas relaciones interpersonales. Coch, Franch, Nagle, Katz, Macoby y Morse son pioneros y grandes expertos en este campo. El área de la administración de empresas se ha beneficiado grandemente de este tipo de estudios.

En cualquier grupo, sabemos cómo establecer las condiciones de liderazgo que fomentarán un adecuado desarrollo de la personalidad, aumento de productividad y creatividad en sus miembros. Gordon y Richard, por medio de extensos estudios en este campo, nos han demostrado que los mejores resultados en este sentido se logran cuando los líderes poseen actitudes personales definidas corrientemente como terapéuticas en la jerga profesional.

Sabemos muchísimo acerca de cómo establecer condiciones que influirán en las respuestas del consumidor o en la opinión pública. Este hecho ni siquiera necesita ser apoyado por citas de resultados de investigaciones. No hay más que leer los resultados de una buena campaña publicitaria realizada a través de cualquier medio de comunicación y observar los índices y tendencias de ventas sobre aquellos artículos anunciados. Comprobarán que si el comercial es bueno, las ventas suben espectacularmente, independientemente del hecho de que el producto sea o no bueno, o de que las personas necesiten o no dicho producto.

Las técnicas proyectivas y los estudios motivacionales nos enseñan cómo explotar las motivaciones subconscientes de los individuos y manipular sus tendencias sexuales, agresivas o de dependencia, presentes en todos nosotros en un grado de mayor o menor represión.

## **El Condicionamiento de Efectos Específicos en el Individuo**

Sabemos cómo crear condiciones a partir de las cuales los individuos reportan como ciertos juicios contrarios a la evidencia dictada por sus sentidos. Asch y Crutchfield han efectuado interesantes experimentos en esta área.

Podemos cambiar las opiniones de un individuo sin que éste nunca llegue a percatarse del estímulo responsable de dicho cambio. Smith, Spence y Klein han reportado resultados sorprendentes en el campo de la estimulación subliminal.

Por medio de ciertas drogas podemos influir en las actitudes, estados de ánimo y comportamientos individuales. Skinner ha predicho que "en un futuro no muy distante, las condiciones motivacionales y emocionales de la vida cotidiana podrán ser mantenidas en cualquier estado deseado por medio del uso de drogas".

Carl Rogers, por medio de su terapia no directiva, (para citar uno de los innumerables sistemas terapéuticos) nos explica cómo se pueden predecir ciertos cambios de comportamiento constructivos en el individuo partiendo de la base de una actitud genuina, de aceptación, comprensiva, realista, positiva y antirepresiva.

Sabemos cómo desintegrar la estructura de la personalidad de un ser humano, disolviendo su confianza en sí mismo, destruyendo el concepto que tenga de sí mismo y haciéndolo dependiente de otro. Hinkle y Wolf han estudiado muy detenidamente los métodos de interrogación de los chinos comunistas y nos hacen una descripción del popularmente llamado "lavado de cerebro". No tengo conocimiento de que estas técnicas se hayan utilizado por los científicos sociales, pero es evidente que se podría hacer, con resultados igualmente macabros.

## **Implicaciones Generales y Específicas**

Espero que los ejemplos citados nos ayuden a recapacitar muy seriamente sobre la afirmación que ya hicimos, o sea, que las ciencias de la conducta han logrado enormes avances en la comprensión, predicción y control del comportamiento. Esta joven ciencia, con toda su inmadurez, con todos los aspectos que sobre de ella se ignoran, aún tomando en cuenta que su estado actual de desarrollo es precario, es evidente que presenta posibilidades casi ilimitadas y a ratos atemorizantes.

Robert Oppenheimer, en un artículo titulado "La Analogía de las Ciencias", aparecido en la *American Psychologist* (Volúmen 11), dice: "Pronto veremos el día — conforme la psicología vaya adquiriendo un mayor y más objetivo cuerpo de conocimientos — en que los poderes de control que se van a manejar crearán problemas mucho más serios que cualquiera de los hasta ahora planteados por las ciencias físicas".

Las ciencias sociales, en el momento presente, están en el mismo estado en que se encontraban las ciencias físicas hace varias generaciones. En 1900, por ejemplo, se debatía el hecho de si una máquina más



pesada que el aire podía o no volar. El público no creía que la ciencia de la aeronáutica tenía ninguna validez, o que ésta llegara algún día a afectar las condiciones culturales de los pueblos. El público prefería basarse en el sentido común, según en el que un cuerpo más pesado que el aire no puede elevarse.

Creo que en la actualidad se está llevando a cabo la misma secuencia de eventos, esta vez en relación con las ciencias de la conducta. Primero el público la ignora, o la mira con recelo; luego, al descubrir paulatinamente que sus hallazgos son más confiables que el sentido común, comienza a hacer uso de estos; el uso generalizado de los conocimientos de una ciencia crea una tremenda demanda; finalmente, el desarrollo de la ciencia experimenta notables avances.

Analizados sobre estas bases los datos de las ciencias de la conducta con respecto a cómo se puede medir, predecir y controlar la influencia de los medios de comunicación como agentes e indicadores de cambio social, creo que ahora lo más apropiado es ceñirnos a los otros tres temas básicos de este congreso y analizar concretamente la evidencia que nos brindan los resultados de investigaciones llevadas a cabo en el mundo sobre el tema de cómo los medios de comunicación ejercen influencia sobre el comportamiento delictivo o violento. Posteriormente, podemos discutir sobre el papel de dichos medios de comunicación en la prevención y control del delito.

## INFLUENCIA DEL CRIMEN Y LA VIOLENCIA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION SOBRE EL COMPORTAMIENTO DELICTIVO (REVISION BIBLIOGRAFICA SOBRE EL TEMA)

### Introducción

El objetivo práctico de esta presentación es el de servir de base para que los participantes al I CONGRESO LATINOAMERICANO SOBRE MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL Y PREVENCION DEL DELITO discutan y lleguen a la redacción de recomendaciones concretas con respecto al tema. Se tiene la intención de que dichas recomendaciones sean transmitidas a los diferentes gobiernos latinoamericanos afin de que se tomen las acciones pertinentes.

El propósito de este trabajo no es el de tratar de convencer a nadie con respecto a una orientación o hipótesis específica, en un sentido u otro, sino el de analizar lo más objetivamente posible algunos materiales y opiniones existentes sobre la posible influencia de representaciones de crimen o violencia en los medios de comunicación social tradicionales, en lo que respecta a la inducción hacia el delito de parte de los espectadores (o receptores del mensaje).

Por mucho tiempo ha existido en el público en general la inquietud sobre los posibles efectos que puedan tener las películas violentas del cine y la televisión sobre las personas, especialmente los jóvenes. Esta inquietud se refiere también a cómo dicha representación de acciones violentas puede influir sobre el comportamiento delictivo, o sea, si exis-

ten pruebas de que lo fomente, o, por el contrario, no existe una correlación positiva directa.

Para salir de la duda y con el fin de tener a mano resultados y opiniones calificadas, en abril de 1977 el autor introdujo en una computadora bibliográfica de la Universidad de Columbia, en Nueva York, las variables violencia, agresión, medios de comunicación, efectos socio-culturales y otras similares. La intención era la de conocer no sólo el nombre y número de las principales investigaciones que se hubieran llevado a cabo en el mundo y que estuvieran incluidas en la memoria de la computadora, sino también los resúmenes de éstas. La computadora indicó bibliografía proveniente de los Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Alemania, Suecia e Italia.

Es obvio que este análisis tiene sus limitaciones, desde el punto de vista de la metodología científica estricta: nos damos perfecta cuenta que la computadora en mención puede que no tenga registrada una bibliografía completa sobre la materia. Sin embargo, debo manifestar que he entrevistado a muchos profesionales ligados con la criminología y me han admitido que la bibliografía que sirve de base para esta presentación es bastante exhaustiva.

Por otra parte, mal podríamos acusar a una computadora de poseer en su memoria una bibliografía contaminada o prejuiciada en un sentido u otro. De todas formas, en este trabajo nos limitaremos a presentar los resultados obtenidos y dejaremos que los participantes del seminario elaboren y discutan las conclusiones de éste.

El análisis de la bibliografía en mención nos permite hacer una primera clasificación general en dos grupos principales:

1. Conclusiones de las principales investigaciones.
2. Opiniones vertidas por expertos en el campo de las Ciencias Sociales, algunas basadas en investigaciones científicas y otras veces nacidas de la experiencia.

## **Análisis de los datos disponibles**

### **1. Conclusiones de las principales investigaciones**

La computadora indicó 58 investigaciones mayores realizadas en los países mencionados, en las cuales se hayan tomado en cuenta las variables descritas. De los resúmenes de ellas se evidencia que 23 manifiestan en sus resultados una relación directa, clara y positiva entre la violencia representada en algún medio de comunicación colectiva y el comportamiento agresivo o delictivo de parte del espectador (en la mayoría de los casos niños y jóvenes).

En 33 casos, la bibliografía no incluye resumen alguno, o dicho resumen no se refiere directamente al tema que nos ocupa.

Únicamente en dos casos, se afirma en el resumen de resultados una correlación negativa entre violencia en medios de comunicación y comportamiento agresivo posterior.

## 2. Opiniones de expertos en el campo de las Ciencias Sociales

La computadora indica 71 libros, folletos o artículos principales en los que se incluyen las variables generales que se introdujeron en primera instancia. De ellos, 20 se refieren específicamente al tema que nos atañe en este trabajo; 18 reportan una relación positiva entre violencia en medios de comunicación y comportamiento agresivo posterior de parte de los espectadores. Únicamente dos de ellos opinan que dicha representación de violencia puede ser en algún modo beneficiosa para el espectador, o que no provoca ningún efecto negativo.

### Algunos resúmenes típicos de los resultados de investigaciones

**Greenberg, Bradley S.**, "British children and televised violence", *Public Opinion Quarterly*, Winter, 1974-1975.

Se estudiaron 725 niños escolares británicos con el fin de probar la hipótesis de que el presenciar programas de televisión con argumentos violentos es un hecho que se relaciona positivamente con actitudes agresivas en gente joven. Los resultados evidencian una correlación positiva entre la frecuencia en que se presencian dichos programas y las actitudes agresivas.

**Liebert, Robert M.**, "Television and children's aggressive behavior: another look", *American Journal of Psychoanalysis*, Spring, 1974.

Una revisión de más de 50 reportes, desde 1950, basados en experimentos de laboratorio, estudios longitudinales y estudios de campo naturalistas, que comprenden más de 10.000 niños con distintos antecedentes socioeconómicos, apoya la conclusión de que existe una relación socialmente significativa entre la cantidad de violencia que presenciamos un niño en la televisión y el grado en que él se muestra agresivo en sus actitudes y comportamiento.

También hay evidencia de que el presenciar violencia por televisión se relaciona positivamente tanto con el aprendizaje de nuevas formas de actuar agresivamente como con el hecho de adquirir un sistema de valores antisociales.

**Liebert, Robert M.; Baron, Robert A.**, "Some immediate effects of televised violence on children's behavior". En "Child development and behavior" (segunda edición), Alfred A. Knopf, New York, 1973.

"Los sujetos de experimentación que presenciaron programas de televisión agresivos atacaron con más intensidad a las supuestas víctimas del estudio y demostraron un nivel más alto de juego agresivo".

**Eron, Leonard D.** y otros "Does television violence cause aggression", *American Psychologist*, Abril, 1972.

"Correlaciones cruzadas, correlaciones parciales y regresiones múltiples indican una probable influencia causal entre presenciar programas de televisión violentos durante los años más tempranos de la formación de la personalidad y agresividad durante años posteriores. A pesar de que la violencia televisada no fue la única causa del comportamiento

agresivo, su efecto fue relativamente independiente y fue la explicación para una cantidad de variabilidad mayor que cualquier otro factor individual estudiado.”

**Meyer, Timothy P.**, “The effects of verbally violent film content on aggressive behavior”, *Av. Communication Review*, Verano, 1972.

“36 estudiantes universitarios varones participaron individualmente en una de las tres condiciones experimentales siguientes: viendo segmentos violentos de películas; viendo fragmentos de películas exitantes pero no violentos y no viendo ningún segmento. A cada sujeto se le dió la oportunidad de expresar agresión por medio de shocks eléctricos en contra de una persona que antes la había hecho enojarse. Los sujetos que presenciaron las películas violentas expresaron más agresión que los sujetos de los otros grupos.”

**Cameron, Paul; Janky, Christine**, “The effects of TV violence upon children: a naturalistic experiment”, *Actas de la Convención Anual de la Asociación Americana de Psicología*, Vol. 6, 1971.

“Generalmente, a pesar de que los cuatro grupos tuvieron la tendencia de tornarse más patológicos, los niños con una dieta de violencia por televisión (establecida y controlada por sus padres en un período de tres semanas) evidenciaron mayor cantidad de cambios de comportamiento patológicos que los que se sometieron a la dieta pasiva (sin violencia).”

**Schlicker, Richard**, “Violence in the movies”, *Review of Existential Psychology and Psychiatry*, 1968.

“El peligro de la violencia en los medios de comunicación no radica en la presentación ficticia de esta, cuando los motivos son examinados y se presentan los resultados finales, sino en la presentación de personas reales dedicadas a actividades antisociales.”

**Dominick, Joseph R.; Greenberg, Bradley S.**, “Girls attitudes toward violence as related to TV exposure, family attitudes and social class”. Reporte No.R-4 del National Institute of Mental Health, Febrero, 1971.

“404 sujetos, niñas de cuarto a sexto año, completaron cuestionarios sobre exposición a programas de televisión, actitudes familiares sobre violencia y clase social. Los cuestionarios incluían cuatro pruebas de papel y lápiz sobre agresión: disposición para utilizar violencia, uso de violencia en situaciones conflictivas, efectividad percibida de la violencia y aprobación de la violencia. Los resultados de las cuatro pruebas indican que las actitudes familiares hacia la agresión guardaban la más fuerte relación con las actitudes agresivas del niño. Sin embargo, la exposición a violencia televisada también contribuyó en una forma consistente e independiente a formar en las niñas una noción especial acerca de la violencia cuanto mayor sea el nivel de exposición, también mayor era la disposición de la niña a utilizar la violencia, a sugerirla como un medio de solucionar un conflicto y a percibirla como efectiva.”

### **Algunos resúmenes de las opiniones de expertos**

**Krebs, Dagnar** "The effects of presentation of violence in the mass media: catharsis or stimulation?" Aachen V. de Technology, West Germany, 1973.

"Las teorías del aprendizaje de A. Bandura y L. Berkowitz proporcionan explicaciones confiables en cuanto a los resultados de estudios experimentales. Por otra parte, no existe evidencia empírica que apoye los efectos de reducción de la agresividad que afirme la hipótesis catártica."

**Bogart, Leo**, "Warning: The surgeon general determined that TV violence is moderately dangerous to your child's mental health". Public Opinion Quarterly, 1972-1973.

"No hay necesidad de estudios de este tipo ya que desde hace tiempo se ha demostrado la relación que existe entre la violencia en los medios de comunicación y el comportamiento antisocial."

**Drabman, Ronald S.; Thomas, Margaret H.** "The effects of television on children and adolescents; a Symposium: Does TV violence breed indifference?" Journal of Communication. Autumn, 1975.

"La exposición de parte de los niños a la violencia en televisión puede aumentar el nivel de tolerancia de éstos hacia la agresión en la vida real."

**McCarthy, Elizabeth D.** "The effects of television on children and adolescents; A symposium: violence and behavior disorders", Journal of Communication. Autumn, 1975.

"Apoya la hipótesis de que existe una relación causal entre la exposición a la violencia televisada y el comportamiento agresivo de los niños."

**Greenberg, Bradley S.** "British children and televised violence", Public Opinion Quarterly, W-74-75. Great-Britain. Este artículo examina la relación entre actitudes agresivas y violencia en la televisión, concluyendo que existe una correlación positiva.

**Gotz, Ignacio L.** "On children and television", Elementary School Journal, Abril, 1975.

Se discute los efectos moralmente dañinos de la televisión en el comportamiento de los niños. Las críticas incluyen los aspectos de distorsión de la realidad, interferencia con el desarrollo creativo y social y violencia, entre otras cosas.

**Lang, Gladis y Lang, Kurt**, "Some pertinent questions on collective violence and the news media", Journal of Social Issues, w-1972.

Se concluye que los medios de comunicación raramente son una influencia mayor en cuanto a la violencia existente y que éstos pueden tanto incitar a la violencia como aminorarla.

**Williams, Sally y Crane, Valerie**, "Television violence and your child" Committees on Children Television, San Francisco, California, 1974.

"La programación de la televisión tiene un alto grado de credibilidad ante los ojos no discriminatorios de los niños. La observación y la imi-

tación del comportamiento observado en la televisión por los niños puede estar relacionado con el comportamiento agresivo de los niños en la escuela. Los estudios especializados han demostrado que a los niños les resulta muy difícil asimilar los conceptos de agresión y muerte que les presenta la televisión."

**Comstock, George**, "Effects of television on children: What is the evidence?", The Rand Corporation, Santa Monica, California, 1975.

Se discute con detenimiento los resultados de investigaciones sobre la influencia de la violencia en televisión sobre el comportamiento agresivo y antisocial; se llega a la conclusión que el entretenimiento violento televisado aumenta la probabilidad de comportamiento agresivo subsiguiente en niños y jóvenes.

**Mayer, Timothy P.** "Children and television violence", Massachusetts Speech Association; Massachusetts University, Diciembre, 1973.

"La proporción de niños afectados por la violencia de la televisión queda todavía por determinar, pero tal contenido de programas parece estar haciendo más daño que bien. Los estudios efectuados hasta la fecha e nese sentido revelan uno o más de los siguientes tres efectos generales.

Primero, los niños pueden aprender a actuar violentamente por medio de la observación pero imitarán la violencia, o no, dependiendo de si los actos violentos son percibidos como una forma de premio por algo.

Segundo, el contenido de los medios de comunicación puede aumentar la posibilidad de comportamiento agresivo en el espectador si éste se encuentra predispuesto a la agresión por sentirse enojado con otra persona.

Finalmente, el presenciar violencia puede disminuir la posibilidad de comportamiento agresivo si el contenido proporciona algún medio catártico para el espectador enojado o si no proporciona un refuerzo positivo a la acción violenta."

**Stein, Aletha Huston.** "Mass media and moral development", Conferencia ante la American Association of Elementary — Kindergarten — Nursey Educators. Enero, 1973.

"La televisión comercial, tal como existe hoy en día, presenta valores y contenidos morales que están con frecuencia en contra de los valores sociales predominantes. Enfatiza violencia y acciones ilegales. Este tipo de televisión está afectando la formación moral de los jóvenes. Frecuentemente conduce a un aumento del comportamiento agresivo. Hay buenas razones para probar que todo ello conduce a una disminución del auto-control. Sin embargo, la televisión actual es una gran empresa comercial, la cual es muy difícil de que cambie, aún ante la extensa evidencia de que la violencia está perjudicando a los niños."

**Comstock, George A.** "Television violence: Where the Surgeon General's study leads". Rand Corporation, Santa Monica, California, 1972.

“Bajo una interpretación juiciosa, los resultados del Reporte al Cirujano General sobre televisión y comportamiento social no pueden apoyar ninguna otra interpretación que no sea la de que la violencia televisada es una causa de agresividad en niños y jóvenes.”

**Liebert, Robert, M.** “Television and social learning: some relationship between viewing violence and behaving aggressively”. State University of New York, Stony Brook. Dept. of Education, 1971.

“En base al peso de la evidencia acumulada en tantos estudios, se justifica llegar a la conclusión de que, por lo menos bajo ciertas circunstancias, la exposición a violencia televisada puede inducir al niño a la aceptación de lo presenciado como una guía parcial para sus propias acciones.”

**Abbott, William S.**, “Statement before the Senate Subcommittee on Communications”. Federal Communications Commission, 1972.

“La Comisión Federal de Comunicaciones tiene la autoridad y la responsabilidad de regular la cantidad de violencia y horror que se transmite en televisión, porque es su obligación la de actuar de acuerdo con el interés público y la de proteger la salud mental. Ahora existe suficiente evidencia como para apoyar el hecho de que el mostrar violencia excesiva en la televisión es perjudicial en cuanto a la salud mental de nuestros niños.”

**Burch, Dean**, “Statement before the Senate Subcommittee on Communications”, Federal Communications Commission, 1972.

“Ya no cabe ninguna duda en cuanto a que hay que hacer algo en cuanto a violencia en televisión, debido al impacto que causa en los niños. Lo que hay que decidir ahora es exactamente lo que se debe hacer y quién debe hacerlo... La Comisión Federal de Comunicaciones cree que la respuesta de los medios de comunicación al Reporte al Cirujano General debe ser inmediata y debe incluir la reducción de violencia en los programas infantiles.”

**Duval, Merlin k.**, “Statement before the Senate Subcommittee on Communications”, Federal Communications Commission, 1972.

“El Reporte del Cirujano General y las investigaciones en las que se basa dejan claro que el presenciar violencia en la televisión puede conducir al comportamiento antisocial.”

**Steinfeld, Jesse L.**, “Statement before the Senate Subcommittee on Communications”, Federal Communications Commission, 1972.

“En el reporte del Comité de Asesoría Científica y en los cinco volúmenes de investigaciones sobre televisión y comportamiento social, hay un consenso abrumador en que la violencia televisada tiene un efecto adverso sobre ciertos miembros de nuestra sociedad. Es importante enfatizar que la ausencia de acción en esta área social es una forma de acción: es permitir que continúe entrando a nuestros hogares el nivel presente de violencia televisada.”

**Pastore, John O.**, “Opening statement: hearing on the Surgeon General’s Report, 1972.



“Existe una relación causal entre la violencia televisada y el comportamiento antisocial.”

**Murray, John P.** y otros, “Television and social behavior: reportes and papers, Vol. II”, Surgeon General’s Scientific Advisory Committee on Television and Social Behavior, Washington D.C., 1972.

“Después de analizar las investigaciones llevadas a cabo por Leifer and Roberts; Liebert and Baron; Estein and Friedrich y Stevenson llega a la conclusión de que, por lo menos bajo ciertas circunstancias, la exposición a la violencia televisada puede llevar a los niños a aceptar lo que han visto como una guía parcial para sus propias acciones. El tipo de entretenimiento que nos ofrece la televisión puede estar contribuyendo, en alguna medida, al comportamiento agresivo de muchos niños normales.”

**Liebert, Robert M. y Baron, Robert A.**, “Effects of symbolic modeling on children’s interpersonal aggression”. Fels Research Institute, Yellow Springs, Ohio, 1971.

“Puede la exposición a la violencia simbólica (agresión a tiras cómicas, cine, cuentos y programas de televisión) aumentar la disposición en el niño para adoptar un tipo de comportamiento que pueda en la realidad hacerle daño a otro ser humano?”. Este trabajo presenta un resumen de tres experimentos recientes que ofrecen respuestas afirmativas a la pregunta.

**Schramm, Wilbur**, “Motion pictures and real life violence: what the research says”, Stanford University, California Institute for Communication Research, 1968.

(Esta fue una investigación financiada por la Asociación Norteamericana de Cine). “Hay evidencia concluyente de que la violencia de las películas o de la televisión puede contribuir a incrementar la violencia en la vida real, aunque las películas por sí solas no pueden ser las únicas responsables de la conducta antisocial de las personas. Los reportes clínicos revisados citan instancias del efecto en jóvenes “susceptibles”, por ejemplo, individuos emocionalmente disturbados. Los efectos a largo plazo de los medios de comunicación en los niños normales son algo más difíciles de probar.

Los experimentos de laboratorio muestran que los niños aprenden mucho de las películas y que existe una fuerte tendencia en ellos a imitar la violencia, aún cuando ellos mismos consideran que ésta es algo malo.

La dudosa hipótesis catártica explora la idea de que presenciar violencia puede reducir el nivel de agresión en el espectador.

Las implicaciones de una serie de estudios se resumen en el hecho de que cuanto más realista es la violencia en un film y mayor el grado de identificación entre el niño y una figura violenta, es más factible que el aprendizaje agresivo sea traspasado a comportamiento agresivo en la vida real.”

# El papel de los medios de comunicación social en la prevención y control del delito

RODOLFO H. TERRAGNO

1. "Prevención" y "control" del delito
2. Etiología de la delincuencia
3. Papel de los medios de comunicación social
4. Límites a la contribución de los medios de comunicación social
  - a) Las disfunciones sociales
  - b) Los intereses de los propios medios
5. Valores y delincuencia
6. Función del Estado
7. Cursos de acción
  - a) tratamiento de la información
  - b) contenido de la información
  - c) fuente de la información
  - d) rigor jurídico de la información
  - e) función formativa
  - f) regulación de la publicidad
  - g) supervisión
8. Conclusión

## 1. "Prevención" y "control" del delito

Algunos autores distinguen la *prevención* del delito, actividad destinada a "disminuir el riesgo de delincuencia", de lo que llaman *control* del delito, el cual consiste en "impedir la propagación de la delincuencia una vez que ésta ha aparecido" (1).

A los efectos de este trabajo, sin embargo, esa distinción es poco práctica. Nuestro objeto es establecer cuáles aportes pueden realizar los medios de comunicación social, con el fin de reducir tanto el surgimiento como la propagación de la delincuencia.

Si bien se comprende que — cuando es ejercida en forma directa — la prevención de la delincuencia potencial demande técnicas distintas de las empleadas para evitar la extensión de la delincuencia manifiesta (entre otras cosas porque quien aún no ha delinquido tiene, frente a la prevención, una actitud supuestamente distinta de la que ostenta quien ya ha asumido, y ejercido, el rol de delincuente) los medios de comunicación social actúan sobre un sujeto plural, indeterminado; y, si esos medios pueden contribuir a la prevención, lo harán en general, a través de mensajes unificados que tenderán a la disminución de la delincuencia, sin distingo posible entre delincuentes potenciales e iniciados.

En este trabajo, por lo tanto, unificamos también los conceptos, y utilizamos la palabra "prevención", tanto en su sentido estricto como en el de "control".

## 2. Etiología de la delincuencia

Para prevenir (etimológicamente, anticiparse) es necesario establecer, primero, cuáles son las causas de la delincuencia. Ningún fenómeno puede ser prevenido sin conocer su origen.

Esto nos obliga a entrar en un campo plagado de dudas: el delito, ¿viene en los genes del delincuente o es introducido en éste por la sociedad?

Hay quienes, aferrándose a las definiciones jurídicas, creen haber resuelto el problema. El delito — recuerdan — es creado por la ley; si no hubiese ley, no habría delito (2). La venta de licores, así, puede ser delito un día, y actividad lícita al día siguiente, como de hecho ocurrió en los Estados Unidos cuando se derogó la "ley seca" (3). Los códigos penales tipifican las conductas más variadas y, si bien hay algunas constantes históricas, los actos reputados delictivos varían según el tiempo y el lugar.

Por lo tanto, sostienen los partidarios de esta tesis "jurídica", mal podría estar en la naturaleza del individuo una predisposición a cometer actos que serán delitos o no, según lo quiera la ley (4).

(1) George H. Finek, *Crime and Delinquency*, vol. 10, n° 3, junio de 1964.

(2) Michael y Adler, cit. por Otto Klineberg, *Psicología Social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 391.

(3) Klineberg, ob. cit., p. 391.

(4) T. M. Osborne, en *Society and Prisons*, 1924 (cit. por Klineberg) dice que "el criminal tiene tan poca existencia real como la línea del ecuador".

Es cierto que llamamos delito a la conducta legalmente sancionada. Pero, ¿por qué las leyes sancionan determinadas conductas?

Las leyes no hacen sino recoger criterios preexistentes, y — aunque el derecho es independiente de la moral — generalmente el orden jurídico es reflejo de los criterios morales imperantes.

Toda sociedad tiene la necesidad de preservarse a sí misma, evitando las conductas disgregantes que puedan asumir algunos de sus miembros. De tal suerte, cada sociedad elabora un código de conducta. La ley penal viene a sancionar las violaciones a ese código no escrito, que la precede. Crea, sí, el “delito”, en el sentido jurídico, al establecer una sanción para determinada conducta antes impune; pero no es la ley penal quien hace a esa conducta socialmente indeseable, sino un criterio ambiente que precedió a la ley.

El delincuente, pues, actúa contra la sociedad, contra sus sentimientos y sus criterios sentados. Esa actitud, que refleja una aparente incapacidad de adaptarse a la existencia social, ¿es consecuencia de las características biológicas del delincuente, de la acción que el medio ejerce sobre él, o de ambos factores combinados? Como se ve, el criterio “jurídico” no nos permite movernos del punto de partida. Examinemos, pues, criterios distintos.

El primer aporte significativo a esta cuestión, lo hizo Cesare Lombroso (5). El creyó descubrir en los delincuentes una “naturaleza atávica”, evidenciada en “estigmas de degeneración”: anomalías físicas que condicionarían al individuo para asumir conductas antisociales (6). Muy pronto se demostró que los “estigmas de degeneración” eran, por ejemplo, tan corrientes en Oxford y en Cambridge como en las cárceles de Londres (7), y hoy en día nadie cree en la “naturaleza atávica” de los delincuentes, aunque un neolombrosiano haya sostenido, en Harvard, que el delito traduce una “inferioridad biológica” (8).

Con todo, Lombroso y sus seguidores han tenido el mérito de plantearse algo que la criminología clásica — sólo interesada en castigar conductas indeseables — no se ocupaba de averiguar: y ¿por qué determinados individuos adoptan esas conductas? Sin hallar respuesta a este interrogante, es imposible prevenir la delincuencia.

En la concepción tradicional, el castigo — por su función ejemplarizadora — debía bastarse para lograr que los hombres se abstuvieran de delinquir. Después de siglos de ver asesinos ahorcados en las plazas públicas, ladrones sin una mano y perversos despeñados, la Humanidad no ha logrado arrinconar al delito. La mayoría de los individuos tienen cierta incapacidad para representarse como ciertos los tormentos que se le prometen; el sentimiento de omnipotencia suele ser más poderoso que el ejemplo en cabeza ajena; y, en el caso del

(5) Klineberg, ob. cit., pp. 393 y ss.

(6) Lombroso incluyó en la lista de estos “estigmas de degeneración”: el prognatismo, el cabello crespo, la falta de barba, la oxicefalia, los púmulos salientes, los arcos supraorbitales prominentes y la frente hundida.

(7) Estudios de Charles Goring, con la cooperación del biometrista Karl Pearson, publicado en *The English Convict*, 1913 (cit. por Klineberg).

(8) E. A. Hooton, *Crime and the Man*, 1939.

delincuente (o, al menos, de cierto tipo de delincuentes), la sanción prometida, y el juego que resulta de procurar evitarla, constituyen un motivo — o un estímulo adicional — y no un impedimento para delinquir.

A comienzos del siglo 19, las leyes inglesas castigaban con la muerte unos doscientos crímenes, algunos tan leves como robar cinco chelines en una tienda. Sin embargo, esos crímenes se cometían entonces con la misma frecuencia que hoy en día (9).

La prevención legal — como la judicial y la administrativa, igualmente basadas en el efecto ejemplarizador — tienen sentido y (no debe negarse), en cierta medida, pueden ser eficaces. Pero no se puede delegar toda la tarea preventiva en la ley y los encargados de aplicarla: eso sería confiar exageradamente en instrumentos que están dirigidos, no a remover las causas, sino a limitar — a través del temor a la pena — los efectos de una predisposición delictiva.

Actualmente, la prevención es una especialidad compleja, que requiere del auxilio de diversas disciplinas científicas. Su desarrollo, empero, se ha visto limitado por el hecho de que el problema básico — la causa eficiente del delito — aún no ha sido resuelto, si bien se ha ensanchado tanto el espectro de causas probables sometidas a estudio que, sin duda, hoy se está más cerca que nunca de identificar los orígenes del delito de forma indiscutible. Algunas de las relaciones causales, además han sido establecidas con tan alto grado de probabilidad (es el caso de la relación entre marginalidad y delitos contra las personas y la propiedad) que la acción, preventiva es, ya en este estudio, perfectamente posible.

La discusión final, sobre los orígenes del delito, es parte de un dilema mayor: el de la personalidad, en general. A propósito de esto, se han enfrentado, tradicionalmente, quienes exageran la importancia de la herencia y quienes exageran la importancia del medio.

Eysenck (10) y Jensen (11) son, en la actualidad, los científicos más conocidos por su insistencia en explicar las diferencias entre individuos o comunidades (sociales y raciales) en razón de los atributos heredados. En el extremo opuesto, los discípulos de Watson (12), como el neoconductista Skinner (13), sostienen que la personalidad es el resultado de las circunstancias que rodean a cada individuo.

---

(9) Ivonne Marx, *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, París, 1956 (reproducido en español en *Prevención del Delito*, publicación de la Dirección de Prevención del Delito del Ministerio de Justicia de Venezuela, número 1, Caracas, 1970).

(10) Hans J. Eysenck nació en Alemania en 1934. Obtuvo en 1960 el Ph.D. en Psicología, en la Universidad de Londres, donde es — desde 1955 — profesor de la especialidad.

(11) Cit. en *Herencia, medio ambiente y educación*, Salvat, Barcelona, 1974, p. 75.

(12) John B. Watson fue el fundador de la escuela psicológica conocida como *conductismo (behaviorism)*.

(13) B. P. Skinner es profesor de Psicología en la Universidad de Harvard.

Entre ambas posiciones, se ubican quienes creen que cada individuo nace con un patrimonio hereditario determinado (genotipo), el cual supone sólo un "potencial" cuyo desarrollo dependerá del medio ambiente. Psicólogos como Zazzo (14) defienden este punto de vista, que parece el más próximo a la realidad, si se tiene en cuenta que todas las experiencias realizadas (la mayoría con animales) y las estadísticas que se han llevado, han arrojado resultados dispares y no permiten atribuir, definitivamente, la personalidad a los factores biológicos e a los factores sociales. La interacción de ambos parece ya indiscutible, e inclusive los más recientes trabajos de Eysenck y Skinner (15) plantean la cuestión en estos términos: ¿qué es lo *preponderante* en la formación de la personalidad? Uno cree que la herencia, otro el medio, pero ninguno ignora la importancia "complementaria" del factor al que presta menor atención.

La personalidad criminal debe considerarse, por lo tanto — como cualquier otra —, resultado de una combinación de factores genéticos y sociales.

### 3. *Papel de los medios de comunicación social*

Los medios de comunicación social únicamente pueden actuar, como es obvio, sobre un tipo de condicionantes: las condicionantes sociales.

Pero, ¿cuál es la importancia del papel que pueden desempeñar tales medios en la prevención del delito? Ya veremos que — contra la visión utópica y ligera que muchos tienen — los medios de comunicación social están externa e internamente limitados para inducir el desarrollo de sociedades más eficientes y sanas.

Sin embargo, es necesario que nos prevengamos contra el pesimismo y el nihilismo fáciles.

Los críticos de la sociedad actual sufren, a menudo, la tentación de afirmar: "la delincuencia" (y, como élla, cualquier otro problema social de que se trata) "sólo va a desaparecer cuando se sustituyan las bases mismas de la organización social. Todo intento de remedar la situación es inútil".

Semejante planteo revela un idealismo reducido a términos muy ingenuos: si bien es cierto que la actual organización social motiva conductas delictivas, la delincuencia — que, ya hemos visto, obedece a un intrincado complejo de causas, formado por antecedentes biológicos y sociales — no será erradicada en ningún sistema superior inmediato. Lo factible (y deseable) es reducirla, y esto puede hacerse aún dentro del sistema vigente, sin perjuicio de que, de manera simultánea, se pugne por la sustitución de ese sistema a mediano o largo plazo.

Es errado creer que, para facilitar el paso a formas superiores de organización social, deben agudizarse las disfunciones de la sociedad actual. La ca-

(14) René Zazzo nació en Francia en 1910. Profesor de Psicología Genética en la Universidad de Nanterre, ha sido presidente de la Sociedad Francesa de Psicología.

(15) Eysenck, *The inequality of Man*, Londres, 1973; Skinner, *Behaviorism*, Nueva York, 1976.

pacidad de mutar, de evolucionar, de transformarse, es directamente proporcional a la seguridad que la sociedad tenga en sí misma. Las disfunciones, además de perjudicar la autoimagen de esa sociedad, desanimarla, anestesiar sus sentidos, favorece — antes que la evolución — las involuciones. El militarismo latinoamericano ha encontrado su “justificación” en las disfunciones del sistema.

Por lo demás, las ciencias sociales (y principalmente las políticas) no deberían perder de vista que su objetivo es proveer, más que ilusiones distantes, soluciones a los problemas que sitian al Hombre a cada momento. Creer que las mejoras parciales disimulan injusticias de base, oscurecen la conciencia colectiva y favorecen al orden establecido, es subestimar al individuo y postular un cruel criterio político, según el cual los padecimientos colectivos deben ser deliberadamente extremados.

El homicidio, el tráfico de drogas, el estupro, son conductas indeseables, y es demasiado simplista sostener que el homicida, el traficante y el ofensor son un producto de la injusticia social. La causalidad de los fenómenos sociales es sumamente compleja: aparte de que esos fenómenos obedecen, normalmente, a la acción combinada de varias causas, los efectos se convierten, a su vez, en causas nuevas, que vienen a realimentar una cadena de motivos, muy extensa y resistente a cualquier simplificación sociológica.

En materia de delincuencia, los medios de comunicación social aparecen, inclusive, como un eslabón de esa cadena; y debe considerarse plausible todo lo que se haga para que — siendo posible — la cadena se corte allí.

También es necesario soslayar interpretaciones que, manipulando algunas verdades, conducen a un estado de anomia, contrario a la solidez de cualquier sociedad y, por onde, a las posibilidades de realización de sus miembros.

Enzensberger (16) sostiene que “el Estado prohíbe al individuo hacer uso de la injusticia, no porque el Estado quiera abolirla, sino porque quiere monopolizarla” (17). Rouke (18), por su parte, afirma que el delincuente se diferencia del hombre normal en que al delincuente lo han apresado (19). Dunlap (20) simula no advertir las diferencias que separan a Al Capone de Galileo Galilei, y generaliza: “Todos los grandes reformadores han sido violadores de la ley”.

Concepciones de este tipo subyacen, a menudo, en ciertas actitudes políticas, e influyen en los medios de comunicación social.

El sensacionalismo de algunos de esos medios, que otorga exagerada importancia al delito, es interpretado habitualmente como el resultado de un cri-

(16) Hans Magnus Enzensberger nació en Alemania, en 1929.

(17) Enzensberger, *Política y Delito*, Barcelona, 1968, p. 14.

(18) F. L. Rouke, *Delinquency* (cit. por Klineberg).

(19) Un estudio efectuado en Nueva York reveló que un altísimo porcentaje de la población (99 por ciento de los interrogados) había cometido uno o más de los cuarenta y nueve delitos tipificados en el Código Penal del Estado.

(20) K. Dunlap, *Civilized Life*, 1934 (cit. por Klineberg).

terio mercantil: conocida la morbosidad del público — se dice —, los editores de periódicos y los dueños de televisoras y radios la explotan para vender más ejemplares u obtener mayores audiencias. Esta es, en efecto, una de las razones del sensacionalismo. Otra, tanto o más poderosa, es el reconocimiento — expreso o no — de que el delincuente cumple un rol que, en definitiva, resulta necesario a la sociedad. Aunque no se lo planteen a sí mismos de este modo, muchos responsables de medios de comunicación social creen, como Enzensberger, que la conducta clara y comprensible del delincuente — una conducta moralmente docificable, que las leyes permiten juzgar sin ambigüedades — hace que la sociedad se afirme en el convencimiento de que su sistema jurídico es irreprochable y el individuo halle, en la condena al prójimo, su absolución (21).

Alguna vez se ha defendido el sensacionalismo, alegando que — en tanto es “noticia” lo excepcional, lo anómalo, lo raro — una sociedad será sana mientras el delito sea, como lo es en la prensa sensacionalista, un acontecimiento.

Ese es un razonamiento sofístico, y deriva de una visión superficial de algo que, con rigor, señala Metan (22): Los miembros de una sociedad representan una serie de roles, intercambiables, y el papel del delincuente es asumido, tarde o temprano, por todos los miembros, ya que cada uno de ellos contraviene en algún momento la ley, a veces sólo simbólicamente (cuando, por ejemplo, se identifica con el delincuente sobre cuyas andanzas le informa la prensa). Pero la sociedad considera delincuente sólo a quien ha sido identificado por ella o practica tales violaciones profesionalmente.

Esta descripción neutral de un fenómeno no puede llevar a una actitud favorable al violentador profesional de la ley. Se podrá criticar la ineficacia o la hipocresía que — en mayor o menor medida — exhibe toda sociedad con relación a quienes desafían sus normas de conducta; pero esa crítica solo será útil si tiende a una mayor eficiencia y sinceridad, no a la reivindicación de quien se aparta de esas normas sistemáticamente. Reconocer que, en tanto criterios cristalizados, las leyes suelen impedir el flujo del progreso, es distinto de creer que una sociedad puede prescindir de normas que la regulen, o beneficiarse de su violación rutinaria.

De manera que, si se aspira a convertir los medios de comunicación social en factores de prevención del delito, lo primero será: combatir el escepticismo de quienes creen que esos medios no pueden desarrollar, en tal sentido, ninguna labor útil; y el nihilismo de quienes sugieren que, acaso, la mejor contribución que pueden hacer los medios de comunicación social es exaltar la figura del delincuente.

Aceptado que el aporte de los medios a la prevención del delito es posible y deseable, hay que examinar, sí a qué límites está sujeto ese aporte.

(21) Enzensberger, ob. cit.

(22) Cit. por Don C. Gibbons, *Delincuentes juveniles y criminales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 68 y ss.



#### 4. Límites a la contribución de los medios de comunicación social

##### a) Las disfunciones sociales

La injusticia social, la corrupción de las clases dirigentes y otras disfunciones sociales, son causas de delincuencia.

La injusticia incita a la rebelión contra el orden establecido: lleva, a menudo, a ver el delito como una compensación de las exacciones *legales* que practican los beneficiarios de la inequidad.

La corrupción de la clase dirigente, a su vez, remueve muchas restricciones morales, ya que los dirigidos se sienten "autorizados" a adoptar conductas equivalentes a las que exhiben las capas superiores.

En general, las disfunciones sociales relajan la disciplina colectiva, impiden la satisfacción de necesidades legítimas y promueven dudas sobre la bondad de los principios que rigen a la sociedad. Las estadísticas, avalando al sentido común, prueban las vinculaciones entre este cuadro y, por lo menos, cierto tipo de delincuencia.

Ya en el siglo 18, el Marqués de Beccaria <sup>(23)</sup> dejó escrito:

"¿Queréis prevenir los delitos?. Haced que las leyes sean claras, sencillas, y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas, y ninguna parte de ella se empeñe en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos... Haced que los hombres las teman y teman sólo a ellas... Haced que las luces acompañen la libertad... Otro medio de prevenir los delitos es el recompensar la virtud... Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de prevenir los delitos, es el de perfeccionar la educación... inducir a la virtud por el fácil camino del sentimiento y no por el incierto del mando, que no obtiene más que una simulada y momentánea obediencia." <sup>(24)</sup>

Los medios de comunicación social son, contemporaneamente, instrumentos de educación. En eso reside, como veremos, su valor a los fines de la prevención del delito. Pero ellos son, también, reflejo de la realidad. Al proveer un conocimiento generalizado de la injusticia, la corrupción y otras disfunciones observables; al demostrar que las leyes favorecen más a las clases de hombres que a los hombres mismos, que la virtud no siempre es recompensada y que a veces se recompensa su ausencia, los medios de comunicación social se convierten en agentes involuntarios del delito.

Sin embargo, no podría pedirseles que ayudaran a suprimir los efectos de un orden social inicuo, anómico o ineficiente. Eso equivaldría a exigirles que se hicieran cómplices todos ellos (como, de hecho, lo son algunos por decisión propia) de un crimen original, causante de muchos otros. Al fin de cuentas, el delito es una conducta que — por reputarla nociva para sí — la sociedad con-

(23) Cesare Beccaria (1738-1794) fue un filósofo y criminalista italiano.

(24) Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, 1958, p. 239.

dena. Y nada es más nocivo para la sociedad que la inequidad, la anomia y la ineficiencia que la corroen y estimulan esas conductas que ella ha resuelto sancionar.

b) *Los intereses propios de los medios*

¿Qué tipos de delitos se quiere prevenir? Para la ley, es tan punible el enmascarado que asalta un banco como el industrial que altera el balance de una compañía. Sin embargo, se nos ha condicionado de forma que, al oír la palabra *delito*, nos representemos a un enmascarado asaltando un banco, y no a un industrial adulterando su balance. Sin que nos lo planteemos en estos términos, tendemos a creer que el delito contra un particular es más grave que el delito contra el Estado.

Sutherland (25) subraya que, en los datos oficiales sobre delincuencia, hay una distorsión: el delito aparece alojado, principalmente, en las clases bajas, porque sólo se toma en cuenta cierta delincuencia. Como dice Merton, "una vez que se aclara el concepto de delito para referirlo a la violación del derecho penal y es, así, ampliando hasta abarcar la delincuencia de cuello blanco en los negocios y las profesiones liberales — violaciones que se reflejan con menos frecuencia en las estadísticas oficiales sobre delincuencia que las violaciones en que incurre la clase baja — la supuesta estrecha asociación entre baja condición social y delito ya no puede prevalecer. Pero la delincuencia de cuello blanco rara vez es descubierta y, si lo es, hay una tendencia a no sancionarla, dado los poderes de hombre de negocios y el resentimiento relativamente desorganizado del público contra la delincuencia de cuello blanco" (26).

Los medios de comunicación social tienen limitadas posibilidades de combatir este tipo de delincuencia, ya que ellos mismos integran el sistema de poderes de que se vale la clase dirigente.

En la sociedad moderna, un medio de comunicación social supone una gran empresa, cuya fundación requiere fuertes inversiones de capital, por lo que está de hecho reservado a individuos de fortuna. El funcionamiento de esos medios, por otra parte, depende excesivamente de sus ventas publicitarias, lo cual — para asegurar su supervivencia y, a partir de allí, su éxito — queda ligado a los intereses de sus avisadores. En estas condiciones, difícilmente un medio de comunicación social pueda expresar puntos de vista diferentes a los de la clase dirigente, aunque algunos puedan ser más liberales que otros y ofrescan visiones del mundo relativamente menos acomodadas a los intereses sectoriales.

El problema, además, se agrava en la medida que las economías nacionales se expanden y van dando lugar al proceso de concentración. En los Estados Unidos, de 1.762 diarios que se editaban en el país hacia 1977, 1.047 formaban parte de cadenas, dos de las cuales editaban más de un tercio de los periódicos que leían los norteamericanos (27). Una publicación conservadora

(25) Edwin H. Sutherland, *White-collar criminality*, 1940; cit. por Robert K. Merton, *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 100.

(26) Merton, ob. cit., p. 100.

(27) *U.S. News & World Report*, Aug. 15, 1977, p. 29.

admitió que existía “el temor de que llegue un día cuando unas pocas corporaciones gigantes dominen el periodismo impreso, tanto como las tres grandes cadenas reinan sobre la TV. Ya algunas cadenas de periódicos han comenzado a absorber a otras”. La misma publicación reconocía que esa situación “puede llevar a que las utilidades se antepongan... al servicio público” que debe prestar un periódico (28).

En los países periféricos — contra lo que sugiere un primer análisis —, el problema, lejos de disminuir, se agrava. Es cierto que, en países menos desarrollados, los medios de difusión no están oligopolizados, hay teóricamente más alternativas, y las clientelas están más diversificadas. Sin embargo, la estructura en que esos medios se insertan son más débiles, y por lo tanto más inseguras; culturalmente, además, los editores no suelen tener la vocación de independencia que, como resultado de una serie de razones históricas, exhiben algunos editores de los países centrales, para quienes el prestigio intelectual es un interés subjetivo capaz de vencer, inclusive, intereses objetivos más inmediatos. Por otra parte, en los países menos desarrollados, el mercado suele ser insuficiente y eso hace que la prensa dependa aún más de los avisadores, ya que tiene estrechas oportunidades de hacer de la venta de ejemplares un recurso suficiente.

En un sistema de libre empresa, los medios de comunicación social dependen (prácticamente en forma exclusiva en el caso de la radio y la televisión) de la venta de espacios; y los compradores de espacios conocen y aprovechan esa situación. Aún cuando ellos tienen un interés propio en utilizar los medios de difusión para efectuar la publicidad de sus productos o sus servicios, en la medida que puedan elegir entre varios medios suelen condicionar esa elección a la mayor o menor disposición de cada uno a defender los intereses sectoriales o individuales de sus empresas.

Quando tratamos de la función delitopreventiva que pueden cumplir los medios de comunicación social, debemos tener presente, pues, los límites de tales medios. Si bien hemos convenido en no exagerar la importancia de esos límites hasta el punto de creer que es ocioso confiar a los medios cualquier tarea preventiva, tampoco podemos olvidar que el campo de acción está demarcado.

##### 5. *Valores y delincuencia*

La conducta de los individuos se adecúa, en general, a un sistema de valores, preestablecido por la sociedad.

Hay, en efecto, principios, actitudes y logros que la sociedad juzga deseables. Cada miembro es estimulado a observar esos principios, a adoptar esas actitudes y a perseguir esos logros.

Las sociedades antiguas, interesadas en asegurar la convivencia, se preocuparon, por un lado, de premiar el coraje y la eficacia en la lucha contra el enemigo, tanto el de fuera (el bárbaro) como el de dentro (el hereje); y, por

(28) *U.S. News*, cit., p. 30.

otro lado, procuraron favorecer las tendencias gregarias y sancionar muy duramente las conductas antisociales. La religión y la ley (a menudo de inspiración religiosa) se ocuparon de fijar un sistema de valores, resumible en el principio — presente en todas las religiones — según el cual el individuo no debe hacer a su prójimo víctima de aquéllo que no quería padecer.

La moral judeocristiana, que dominó la evolución de Occidente, postuló un sistema de valores muy rigidamente opuesto al delito. El cristianismo, en particular, procuró que fuera a través de la fe, del amor al prójimo y de la resignación ante la injusticia terrena como los individuos adquiriesen prestigio social. Es difícil establecer si ése fue, o no, un intento exitoso; cotejados sus resultados con los ideales, sin duda no tuvo éxito; pero se requeriría un cotejo (imposible) con los resultados que habría obtenido un sistema de valores distinto, para determinar la eficacia o ineficacia de la moral judeocristiana. De hecho, es innegable que ella ejerció una extraordinaria coacción sobre los devotos, e influyó sensiblemente en el comportamiento social en todo Occidente.

La extraordinaria dinámica del capitalismo — incomparable en su ritmo de crecimiento a cualquiera de los sistemas de organización social que lo precedieron— hizo que, en nuestro tiempo, las sociedades occidentales trasladaran sus preocupaciones, sobre todo, al crecimiento económico. Las religiones entraron en crisis y la fe en la divinidad fue sustituida por la fe en el sistema.

El éxito se convirtió en el valor supremo. Los sociólogos norteamericanos coinciden en señalar que el *achievement* es lo máspreciado en las modernas sociedades industriales. A menudo, el logro sirve, inclusive, para lavar los pecados cometidos en su búsqueda.

Ahora bien, ¿ como se mide el éxito ? La fortuna es una de las principales medidas. La fama — coincidente, a menudo, con la fortuna — es otro indicador de importancia.

La fama está íntimamente ligada a los medios de comunicación social, ya que ella puede, a su vez, medirse por la atención que esos medios prestan al individuo famoso.

El delincuente que gana la primera plana de los periódicos, aparece en televisión, es conocido y discutido por la comunidad toda, alcanza en cierta forma el éxito.

Con frecuencia, el delito es, para quien lo comete, la única posibilidad de lograr la fama (para el caso, poco importa si “buena” o “mala”) y la fortuna. Al delincuente, suele importarle poco que se lo apostrofe: eso, en todo caso, marca da importancia que ha adquirido. Al Capone fue, sin duda, un individuo exitoso. Sus “negocios” le permitieron hacerse de una fortuna de la que extrajo poder, y su “modus operandi” lo revistió de caracteres legendarios.

El cuartel general de Al Capone era el Hotel Metropol, de Chicago, donde tenía “dos pisos a su disposición, con cincuenta habitaciones fuertemente custodiadas, dos ascensores propios, bares privados y una bodega especial. Los do-

mingos, dada audiencia a los jefes superiores de la policía, a las autoridades municipales y jueces" (29).

Conocido en el mundo entero, amado y odiado, envidiado y perseguido, Al Capone llegó al pináculo. Su imagen produce, aún hoy, una contradictoria reacción; una mezcla de rechazo por el criminal y respeto por el hombre que consiguió todo lo que la sociedad reputa deseable. Políticos, sociólogos, psicólogos, escritores, cineastas, se ocuparon de él y lo exaltaron a la condición de mito. No hubo, sobre la Tierra, un solo diario donde su nombre no apareciera impreso, ni una radio donde no se lo pronunciara.

Cloward y Ohlin, al desarrollar su teoría sobre los "canales de oportunidad", sostuvieron que "los jóvenes norteamericanos de la clase baja profesan un valor común que es la obsesión de triunfar; se trata de un valor muy característico de la ideología norteamericana, cifrado — las más de las veces — en la prosperidad material. Sin embargo, a diferencia de los jóvenes de la clase media, los de la clase baja encuentran cerradas las puertas de entrada legítima al triunfo; o bien, en caso de tener algunos recursos legítimos, no tardan en cerciorarse de que sus posibilidades son — comparativamente — muy precarias. La situación originada entonces es una ruda disociación que existe — las más de las veces — entre lo que muchos jóvenes de la clase baja anhelan y los medios de que disponen para obtenerlo. Esto crea una serie de tensiones que propician la comisión de actos delictuosos" (30). Habría que agregar el estímulo que representa el ser protagonista de sucesos que conmueven al público, porque también eso se cifra el triunfo, al margen de "la prosperidad material".

Si los medios de comunicación social dieran un tratamiento más neutral al delito, evitaran deliberadamente la exaltación de su protagonista, y procurasen no mostrarlo como un héroe (ni como un antihéroe) sino, pudorosamente, como a un enfermo, removerían uno de los incentivos al delito que — aun sin desearlo — esos medios han creado.

Podría objetarse, en primer término, que auspiciemos la eliminación de lo que — nosotros mismos lo hemos destacado — es el único modo de "triunfar" que tienen las clases bajas, en sociedades donde las clases superiores monopolizan las oportunidades de "triunfo". Sin embargo, se comprenderá que esa satisfacción sustitutiva no hace sino afirmar a la sociedad injusta, canalizando las energías de los desfavorecidos hacia actividades que la agreden pero no la modifican. Admitido esto, la objeción posible sería: si sostenemos que, en última instancia, la sociedad injusta se beneficia de esta derivación hacia el delito, ¿cómo podemos esperar que los medios de comunicación social lo prevengan? ¿No hemos dicho, acaso, que ellos están ligados estrechamente a la situación social? Ocurre que el delito es, a la vez, una válvula de escape y un peligro. Disminuye la presión de la caldera pero arroja vapores hirientes, que hacen cundir la alarma en toda la sociedad. En determinado punto, el delito se ge-

(29) Enzensberger, ob. cit., pp. 80 y ss.

(30) Cit. por Gibbons, ob. cit.

neraliza, obsede a la sociedad en su conjunto y termina por demandar, de todos los miembros, una actitud de autodefensa.

Por otra parte, no se trata de confiar sólo en la autorregulación de los medios, sino en la supervisión del Estado.

## 6. *Función del Estado*

Es cierto que el Estado no es un ente neutral, sino una maquinaria coercitiva que manejan los intereses sociales dominantes. Sin embargo, hay que prevenirse contra las simplificaciones que, a partir de esa comprobación, hacen muchos con evidente ligereza.

El hecho de deberle su existencia la necesidad de arbitrar los conflictos sociales, hace que el Estado, funcionalmente, tienda a constituirse en un factor de equilibrio. Los burócratas, aún por deformación profesional, terminan siendo, cuando menos, un obstáculo para el sector privado, que a veces aspiraría o a una completa libertad de acción.

Desde luego, el Estado no es el idílico hacedor de justicia. Es, no obstante, una fuerza moderadora, un poder delimitante.

En materia de comunicación social, el Estado — aparte de que tiene, en varios países, todos o algunos de los medios audiovisuales bajo su explotación directa — puede cumplir una eficaz acción reguladora. De hecho, los Estados imponen una serie de condiciones a los concesionarios de ondas radiales y de televisión, sobre la base — universalmente aceptada — de que las ondas pertenecen a los Estados. En muchos casos, esas condiciones van más allá de lo deseable (cuando restringen la libertad de ideas), pero en otros casos resultan tímidas para impedir los efectos negativos de los medios.

Por otra parte, la prensa — casi uniformemente privada, salvo en los países socialistas — ha sabido rodearse de un tabú. En todas partes, los editores se han valido del poder de sus propios medios para inducir la idea de que toda restricción a su actividad equivale a un atentado contra la libertad de expresión.

Es así como una ley de prensa inspira, generalmente, desconfianzas y fuertes resistencias, aun en sectores no vinculados a la actividad editorial.

Sin embargo, es preciso que el Estado establezca — mediante disposiciones legales claras, generales y justas, cuya aplicación estará en mano de los jueces, no del Poder Ejecutivo — un código de conducta al que deberán someterse todos los medios de comunicación social, a los efectos de prevenir el delito.

Con un exceso de celo (no siempre exento de interés particular) habrá quienes digan que toda regulación de la prensa, aun cuando sea intrínsecamente objetable, confiere a los poderes públicos un arma que éstos pueden usar discriminatoriamente, descargando el peso de la ley contra aquéllos violadores (o no violadores, inclusive) que resulten indeseables al poder; y consintiendo, en cambio, las violaciones de los medios adictos.

El hecho de que sean los jueces, y no los funcionarios del Ejecutivo, los encargados de aplicar la ley, debería ser una primera garantía contra ese posible abuso. De todas formas, el argumento es inconsistente porque, de ser cierto, habría que consentir que las empresas periodísticas no tributaran impuestos y estuvieran exentas de toda obligación legal, ya que — puesto a usar las leyes como arma — el Estado dispone de múltiples mecanismos de coerción. Las oficinas de impuestos pueden ser más exigentes o más benévolas; los bancos centrales (allí donde hay controles cambiarios) pueden ser generosos o avaros con las divisas; las aduanas pueden ser diligentes o distraídas a la hora de permitir el paso de maquinarias o papel; y así, hay una infinidad de variantes que no llevan a nadie a sostener que una empresa periodística debe estar fuera del alcance de las leyes. Sensatamente, eso sólo autoriza a pensar en mecanismos de amparo, que prevengan a los particulares contra eventuales abusos del poder público.

Por otra parte, es posible — y deseable — que los titulares de medios de comunicación social sean oídos antes de someterlos a cualquier regulación legal. Una ley que, aparte del imperio jurídico, sea el resultado de un consenso o, al menos, de una transacción, resulta más eficaz en la práctica.

## 7. *Cursos de Acción*

### a) *Tratamiento de la información*

Las regulaciones legales deberían impedir el tratamiento sensacionalista de la llamada "crónica roja", a efectos de disminuir la importancia que por esa vía se le confiere al delincuente.

Con ese propósito, sería indispensable que — a través de reglamentación — se fijaran normas sobre: terminología, cuerpos tipográficos, lugares asignados a la información, espacios o tiempos dedicados, ilustraciones e imágenes. Si la reglamentación no es previsor y precisa en estos aspectos, la norma será, por un lado, poco eficaz; y, por otro lado, susceptible de la aplicación discrecional que quiere evitarse.

### b) *Contenido de la información*

Los medios de comunicación social son, como está reconocido, los más formidables instrumentos para la educación. Lamentablemente, esa facultad — que no siempre es empleada positivamente — los hace eficaces en la instrucción del delincuente. Sobre todo, del delincuente potencial, que si no tiene posibilidades de recibir instrucción directa, halla en la información abierta que ofrecen los periódicos, la radio, la televisión, un recurso efectivo para su capacitación en el delito. Al ofrecer detalles sobre técnicas empleadas por la delincuencia, esos medios suelen convertirse en factor de incitación.

La regulación legal debería impedir, también, la difusión de "modus operandi" de los delincuentes. Este es un aspecto de muy difícil regulación, ya que el conocimiento generalizado de la forma en que se cometen algunos delitos puede ser útil para que la comunidad se prevenga contra ellos. Además, no

es fácil delimitar — a los fines de la aplicación de la norma — lo que debe considerarse “modus operandi”. Sin embargo, es conveniente trabajar en esta dirección. Los casos límite (aquéllos, muy frecuentes, en los que se provee *know how* delictivo sin provecho alguno para la comunidad) aconsejan que el legislador, junto con expertos en prevención, fije restricciones.

### c) Fuente de la información

A menudo, la gente olvida que la función de los cuerpos policiales no es sancionar a los delincuentes, sino asistir, mediante la vigilancia y captura, a la justicia. Son únicamente los jueces los encargados de aplicar la ley.

Como cuerpo auxiliar, la policía no debería ser fuente de información. Sin embargo, se ha hecho una práctica que los medios de comunicación social recurran a las fuentes policiales. Esto tiene consecuencias indeseables:

I) Por deformación profesional, las policías tienden a ver su función como una “lucha” y procuran, naturalmente, revestirla de heroísmo. Como quiera que el héroe necesita siempre de un antihéroe, la visión de contendor que las policías tienen, exalta sin proponérselo la personalidad del delincuente. Convierte, además, lo que es un diferendo entre la ley y ofensor, en una guerra entre dos bandos; el público repartirá luego, más o menos aleatoriamente, sus simpatías entre uno y otro.

II) La información de fuente policial hace que la sociedad dé por seguro aquéllo que debe averiguarse. La detención del delincuente, o el “esclarecimiento” de un delito, son sólo el punto de partida de la investigación judicial, que — de acuerdo con las normas procesales — intenta la reconstrucción fiel de los hechos. La información policial convierte ese inicio en el punto final (para el público), proporcionando una información insegura, imprecisa, frecuentemente cargada de emotividad, que en ocasiones conspira inclusive contra el éxito del sumario. El secreto con el cual las leyes protegen la investigación judicial — para asegurar la eficacia de esa investigación e impedir la difusión de lo erróneo o provisorio — es violado de antemano por la información policial. Esta práctica, agravada por la existencia de medios “especializados” en difundir esa información, contribuye a crear falsos estados de conmoción y la idea de que el delito tiene una vigencia o extensión superior a las reales; lo cual es factor de descreimiento en el orden jurídico y distiende las inhibiciones morales de los potenciales delincuentes.

III) En estas condiciones, es imposible desarrollar una política informativa que tienda a desestimular el delito, evitando la heroificación de los actos delictivos e impidiendo que se forme en la conciencia colectiva la imagen de una delincuencia universalizada, capaz de relajar los mecanismos de autocontrol del individuo.

Si las leyes impidieran a las policías proporcionar información sobre actos delictivos, y en cambio fueran organizados servicios de información en sede judicial, podrían operarse avances significativos. La regulación legal sobre medios de comunicación social podría llegar a prohibir informaciones sobre actos



delictivos que no tuvieran origen en los tribunales. Ese monopolio tendría efectos positivos:

— La información que llegaría al público sería terminológica y sustancialmente precisa, y exenta de emotividad.

— Se evitarían las informaciones prematuras, impidiendo así el aumento (mediante presuntos delitos) de la sensación de delincuencia generalizada.

— Sería posible llevar a cabo una política informativa inspirada en criterios de prevención.

No puede sostenerse que el sistema propuesto lesionaría la libertad de información, ya que sólo se trataría de reglamentar su ejercicio, en forma uniforme y de acuerdo con criterios objetivos. Por otra parte, los tribunales constituyen un poder teórico y en muchos casos efectivamente independiente del poder político, mientras que las fuerzas policiales suelen depender en forma directa de ese poder político; por lo que no podría verse en el sistema propuesto una segunda intención espuria.

#### d) Rigor jurídico de la información

No siempre el delito es resultado de la voluntad de transgredir la ley. Como no se puede establecer en todos los casos si el transgresor conocía o no la norma violada, la ley adoptó un principio práctico: "La ley se presume conocida, sin admitir prueba en contrario". Es, también, una forma de obligar a su conocimiento.

Ahora bien, cabe preguntarse: "La ley que se presume conocida, ¿lo es en realidad?"<sup>(31)</sup>. Si tomamos sólo lo que podríamos llamar delitos clásicos (hurto, robo, asesinato) o si adoptamos un criterio estadístico y nos preocupamos sólo de saber si "la mayoría" de la gente conoce la ley, es posible que establezcamos como real el conocimiento presumido jurídicamente. Sin embargo, la arbitrariedad de las leyes penales en el mundo contemporáneo, unida al esoterismo del lenguaje legislativo, hace que — al menos en un buen número de transgresiones — la ley violada no sea conocida por el violador. Esto no tiene importancia para el juez, pero sí debe tenerla para los encargados de prevenir el delito.

Los medios de comunicación social, cumpliendo con su misión de informar, pueden realizar una provechosa tarea en este campo. No se trata de incorporar secciones de divulgación (a menudo poco atractivas para el público) sino de que todas sus informaciones relativas a problemas legales tengan la precisión necesaria. Eso contribuiría a la generalización de un adecuado conocimiento jurídico.

La regulación legal debería imponer a los medios de comunicación social que, cada uno de ellos designara, en su redacción o en su departamento de noticias, a un abogado que sería — a todos los efectos legales — responsable de la información legal o judicial. Ese profesional debería, a fin de asumir tal responsabilidad, supervisar todas las informaciones relativas a esos temas.

(31) Ivonne Marx, ob. cit.

### e) Función formativa

Las campañas destinadas a prevenir contra los riesgos de factores crimínógenos — como las drogas y el alcohol — o del delito mismo, pueden ser contraproducentes, según su contenido y forma.

En primer lugar, esas campañas pueden subrayar dramáticamente el temor de la sociedad a la droga, al alcohol, a la delincuencia, lo cual — en el espíritu de quien delinque — puede operar como un estímulo. El delincuente, en definitivo, desafía a la sociedad, y frecuentemente su conducta es guiada por el deseo de hacer, precisamente, aquello que la sociedad más teme o desprecia.

En segundo lugar, ese tipo de campañas suele provocar la saturación y, a partir de ésta, el mensaje condenatorio se esteriliza. En ese punto, la recurrente referencia, por ejemplo, a las drogas, puede no provocar sino curiosidad y tener un efecto contrario al buscado <sup>(32)</sup>.

Las campañas de divulgación deben ser, en todo caso, de un gran contenido informativo (poner en evidencia, por ejemplo, la patología derivada de la drogadicción y el alcoholismo, en base a informes muy precisos, minuciosos y fácilmente verificables). Al destacar los efectos de los hábitos que se pretende desterrar, esas campañas deben poner el acento, no tanto en los aspectos que horrorizan a la sociedad como en aquéllos que pueden desagradar a los potenciales delincuentes. El lenguaje debe ser, en todo caso, neutro; no contener condenas retóricas, invocaciones ni amonestaciones.

La regulación legal debería establecer la obligación de los medios de comunicación social de ceder un determinado número de espacios a los organismos estatales encargados de la prevención. Esto a los efectos de que el Estado pudiera encarar, con criterio técnico, campañas de amplia difusión.

### f) Regulación de la publicidad

No obstante la función criminógena que — en individuos predispuestos al delito — cumplen las drogas y el alcohol, la sociedad admite, en el caso de alcohol, su fabricación, venta y promoción. Ocurre que, a diferencia de los estupefacientes — los cuales son en sí mismos perniciosos, salvo cuando son administrados con fines terapéuticos y bajo control médico — el alcohol no es insidioso "per se", y sus efectos indeseables dependen de que se lo ingiera consuetudinariamente en exceso. El alcohol está, además, culturalmente incorporado a la sociedad, y su prohibición resultaría inviable, como lo fue en los Estados Unidos cuando se la intentó.

Sin embargo, no parece discutible la necesidad de coartar los estímulos que — precisamente a través de los medios de comunicación de masa — se dirigen al público. La regulación legal debería limitar la publicidad de bebidas con alcohol a la información sobre las características objetivas de cada producto

(32) Juan Manuel Mayorca h., *Concientización para la prevención*, Prevención del Delito, 3, Caracas, 1972, p. 26. "Muchos han optado por incrementar los mensajes masivos hasta saturar al público. Esto ha generado un inconveniente, quizás mayor: parte del público, que no tenía conciencia del problema, ha sentido curiosidad... Esa curiosidad no satisfecha... lo ha llevado a tomar bandera en el campo contrario, pasando a formar parte de los que integran y padecen el problema".

(materias primas empleadas, tipo de bebida), prohibiéndose expresamente atribuirle, en forma directa o sugerida, propiedades o virtudes que estimulen el consumo artificialmente. La regulación podría, así mismo, imponer límites cuantitativos a esa publicidad.

#### g) Supervisión

Aún los países que dejan a la iniciativa privada la explotación de las estaciones de radio y televisión, ejercen la fiscalización estatal de las emisiones, a los efectos de proteger a la comunidad de la acción, potencialmente nociva, de medios tan poderosos, capaces de modelar ideas y sentimientos colectivos.

Ese poder de fiscalización es ejercido por oficinas del gobierno o, en algunos casos, por entes creados al efecto. Lo común es que esas oficinas o entes sean puestos a cargo de funcionarios más o menos especializados en el régimen legal de radio y televisión. Estos organismos tienen, además de la función fiscalizadora, una tarea normativa: de ellos, en efecto, suelen emanar resoluciones que complementan y actualizan permanentemente ese régimen legal.

Con relación a la posible contribución de esos medios a la prevención del delito — así como al control destinado a que los mismos cumplan, voluntaria o involuntariamente, una función opuesta — los referidos organismos deberían dar intervención a los órganos estatales dedicados a la prevención, tanto a los efectos de evaluar programas como de elaborar resoluciones normativas. La regulación legal debería prever, con tal fin, que representantes de tales órganos integrarían las oficinas o entes que ejercen la superintendencia de los medios audiovisuales.

Esos órganos, a su vez, deberían ejercer la vigilancia y control de la prensa, sugerirle a ésta cursos de acción o criterios a seguir, y llevar a los tribunales los casos de violación en que incurran los editores.

El deber de prevenir el delito, impuesto a los medios de comunicación social, supondría sanciones a su violación. Pero entonces, habría que prevenir, también, esa violación del deber preventivo. A tal fin, además, de establecer normas claras y generales, y de ejercer una supervisión equitativa, el Estado deberá estimular la cooperación espontánea de los medios, procurando que — aún con independencia del deber jurídico — la prevención sea una tarea conjunta del Estado y los medios de comunicación social.

#### 8. Conclusión

Hemos visto que los medios de comunicación social pueden actuar, teóricamente, sobre las condicionantes sociales del delito. Realidades objetivas que ellos no pueden modificar ni encubrir, y sus propios intereses sectoriales, son los principales límites a esa actuación. Sin embargo, queda un campo apreciable en el que los medios — estimulados y obligados por el Estado — están en condiciones de contribuir efectivamente a la prevención de ciertos delitos. A tal fin, se auspicia una regulación legal de la información sobre actos delictivos y de la publicidad de factores potencialmente criminógenos, así como la inducción de valores contrarios al delito.

# El uso de los medios de comunicación social en la prevención del delito

DR. JUAN MARTIN ECHEVERRIA

DR. GABRIEL PEROZO PINANGO

DR. CARLOS EDUARDO MENDOZA

## 1. INTRODUCCION

### I. CONVERSION DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION DE FACTOR CRIMINAL A INSTRUMENTO DE PREVENCION DEL DELITO

De la complejidad de factores que intervienen en la producción del fenómeno criminal, se deduce la complicada acción necesaria para prevenirlo. De los análisis más sencillos que se suelen hacer de la criminalidad en cada país destacamos la intercesión de múltiples causas que intervienen en la formación del sujeto que comete delito. Ambos, el hecho criminal y la persona que delinque son un producto, se se quiere natural, de lo que las complejas formas de vida trae consigo. Si observamos, que el acelerado cambio de nuestras sociedades nos han llevado a veces a verdaderas irracionalidades sociales, donde se plantea la existencia de una población signada por un consumismo exagerado, con un déficit cada vez más creciente de bienes y servicios, donde el concepto de familia tradicional se desmorona; aparece, también, como factor de ese desquiciamiento el uso desmedido de la violencia, como medio de protesta o demostración de insatisfacción, la explosión repetida del vandalismo, como fórmula colectiva de resolver los problemas a veces más psíquicos que de orden material, hasta llegar a la apatía generalizada.

---

Se agradece a la señora VIOLETA MENDOZA H., Ejecutivo de una de las Empresas de Publicidad más importante del país y especialista en la materia, la colaboración prestada, sin cuyo aporte no habría podido realizarse este trabajo.

Esta atmósfera de violencia y de inseguridad personal se ve complementada con un uso desmedido de la noticia, que en interés de la mayor venta de los órganos de difusión, mantiene vivo lo dramático, lo doloroso y "rojo" del suceso que ocurre, por una parte; y por la otra, con la programación de la televisión, del cine y de la radio nos exalta la acción violenta, lo ilícito y lo inhumano, como actividades cotidianas de un submundo natural, al que pretende acostumbrarnos. Surgen así los medios de comunicación factores delictivos importantes, que al análisis acucioso de los más calificados especialistas se da como una de las causas criminógenas más influyentes en el fenómeno criminal.

Presentamos este cuadro dramático, con la intención sana de evidenciar tres asuntos básicos para toda consideración que se quiera hacer de estrategia de prevención del delito, cuales son:

1º La intervención de multiplicidad de factores en el fenómeno criminal y en la formación del delincuente, denotan a la clara que para su mejor prevención, es fundamental realizar acciones directas que disminuyan la incidencia de factores productores de delitos, tales como los desajustes socio-económicos, el acelerado urbanismo de los grupos poblacionales, el desmembramiento de la familia como célula fundamental de la sociedad, la acentuada marginalidad, por falta de servicios de educación, salud y de asistencia en general de la comunidad, y, en general, la deshumanización del hombre como tal. Toda esta acción comporta muchos años de trabajo planificado productivo y requiere la intervención de todos, partiendo de lo que a nivel de Estado se haya como programa de Gobierno, hasta lo que individualmente pueda hacer cada ente de la sociedad. En este aspecto podemos ratificar el slogan de la Unidad de Prevención en nuestro país, que "La prevención del delito es tarea de todos".

2º Existen formas de producción criminal, en límites críticos, que ameritan una acción más compleja que escapa de las fórmulas generales de prevención de mejoramiento socio-económico, de orientación de la ciudadanía, que exige un estudio especial.

3º Los medios de comunicación, si bien no constituyen el único factor causante de hechos ilícitos, es necesario examinarlos con especial detenimiento, para que con su influencia en la conducta de los hombres, los convirtamos en elementos activos de prevención del delito. La tarea no es fácil, sin embargo cada día se hace más necesaria su utilización eficiente, a base de programas científicos, que, con un diagnóstico claro de la realidad, presente nuevas formas de prevención delictiva.

## 2. HACIA UN NUEVO ENFOQUE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION

Solemos hacer acervas críticas a los medios de comunicación, por su influencia, a veces negativa en contra de la colectividad, sin embargo no le hemos indicado a estos importantes puentes de conocimiento humano como deben ellos enfocar su actividad, de modo tal que puedan disminuirse los efectos nocivos contra la sociedad y por el contrario convertirlos en baluartes positivos de prevención. Las consideraciones que se formulan son de decir lo que no puede ha-

cerse en prensa, radio, televisión, cine, etc., pero no le hemos fijado pautas básicas para que ellos puedan cumplir con su misión comunicadora, sin distorsionar las mentes humanas. Claro que lo que estamos planteando es un trabajo arduo y difícil por lo complejo y cambiante de la relación medios de comunicación – sociedad, pero consideramos necesario tratar de hacer algo en este sentido.

Solo a manera de ejemplo, vamos a dar algunas ideas que nos impulsan a pensar en este sentido:

– Decimos que las personas encargadas de informar frecuentemente a los medios, sean éstos policías, jueces, o funcionarios en general no dan acertadamente la parte del suceso que deben poner en conocimiento del público. Pero a su vez no tenemos principios o normas mínimas que, de una manera racional y debidamente estudiada, le indiquen los parámetros donde éstos se pueden mover.

Afinamos nuestros controles en vetar propagandas televisadas que consideramos nocivas a la salud mental de la colectividad, sin embargo, no le damos ideas que puedan combinar el aspecto comercial de venta de los productos con el mejoramiento o reforzamiento de los valores ciudadanos.

### 3. COMETIDO DEL PRESENTE TRABAJO

Lo que expresaremos sintéticamente en este enfoque primario de un problema tan de fondo como es la conversión que proponemos, no es más que la apertura de un estudio más completo y detallado a efectuar en nuestro país, que en sus planteamientos iniciales hemos querido compartir con los destacados criminólogos y juristas aquí reunidos, sin creer que él constituye un programa de trabajo del todo completo y acabado.

Esto explica el que no llegamos a dar soluciones conclusivas para nuestra realidad delictiva en esta materia, sino que nos quedamos en la fase de presentar los elementos fundamentales que deben servir de base a todo trabajo serio que en este campo se pretenda hacer. Utilizamos para ello un sistema publicitario de los más importantes del mundo que, como plan de trabajo para publicidad comercial, puede adaptarse en algunos aspectos al uso de los medios de la comunicación social en la prevención del delito.

## II. EL USO DE LA INFORMACION DELICTIVA

Toda la sociedad directa o indirectamente usa los medios masivos de comunicación. Hay tres formas principales de su uso:

1. *Los que dan o son noticia:* Nosotros los encargados de la justicia, la prevención etc., los usamos al “dar noticias”.
2. *Los Periodistas:* de medios impresos, radio y televisión, los usan al “difundir esa noticia”. Y al opinar sobre ella.
3. *Y los Publicistas:* los usan solo para “obtener respuesta” de los lectores impresos, de los radioescuchas y de los televidentes. Respuestas que cum-

plen objetivos muy concretos. Las dos primeras maneras de uso señaladas constituyen la parte desarrollada por los expertos en comunicación social y la tercera es elaborada por los publicistas.

En el caso del que *da la noticia*, y en el caso del periodista que la difunde, sin una intención clara de lo que se desea lograr de quienes reciben la noticia, podríamos decir que estos dos grupos usan los medios de comunicación sin medir las consecuencias de ese uso.

Según los publicistas que hemos consultado, es un uso *ineficiente*... es más puede ser hasta un uso irresponsable y peligroso para la sociedad a quienes queremos servir.

Como ejemplo, vamos a ver cómo manejamos *normalmente las noticias de drogas*: pero vamos a analizarlos en dos formas, como *negociantes de drogas* y como *combatientes de drogas*. Para así saber si como combatientes, estamos logrando nuestros objetivos o colaborando con los negociantes:

Diapositivas

MERCADOTECNIA:

Producción

Distribución

Consumo

1. *Como negociantes*

Nos dicen los mercadotécnicos que toda empresa de productos o servicios requiere esta mínima organización para prosperar:

- a) Fuentes estables de *producción* acorde a la demanda del mercado (natural y estimulada).
- b) Red apropiada de *distribución* (extensa y de acuerdo a los distintos usuarios).
- c) *Usuarios* – acordes a (a) y (b).

Para lograrlo necesitan:

- Publicidad promocional para lograr *financistas* y productores que invierten en la *producción* y *distribución* expansiva.
- Publicidad promocional y estimulante para lograr *distribución* dentro de todos los grupos y mercados de interés.
- Publicidad para aumentar los usuarios de acuerdo con la capacidad de *producción* y *distribución*, y de acuerdo con la potencialidad económica de cada mercado.

En el caso de una droga (cualquier droga) se hará publicidad entonces para decir:

Diapositivas de Prensa  
(Colección Real)

Titulares:

– “La Coca: millones para traficantes”

“Cuadro N° 1: Precios estimados de la coca para 1978 y márgenes de ganancia en dólares.

Etapa del proceso

Columnas de cifras que denotan “el negocio” de la droga.”

“Cuadro N° 2: Valor agregado del tráfico de coca en 1978, según volumen de millones de dólares.”

– “Interpol decomisó cocaína por un valor de 10 millones.”

– “Absuelto procesado por tenencia de Marihuana.”

El “negocio” de “X” droga es un gran negocio.

– Multimillonario

– Productivo (rendimiento de capital)

– Seguro – cuenta con la “gente apropiada en todos los niveles”

DE EXITO

– “Indispensable o bueno para la sociedad”

– Por qué (razones de divisas, progreso, trabajo etc.)

– Es bueno consumir “X” droga (alegría, felicidad, éxito etc.)

Examinaremos estas distintas noticias y artículos y veamos como la droga es presentada como un *negocio de éxito* y puesto que dinero y éxito son “analogías”, cada noticia y comentario contribuye a lograr los objetivos de más financistas y más productores, más distribuidores y también más usuarios.

Es decir que casi estamos en capacidad de asegurar que los negociantes de la droga, en muchos casos, han encontrado un gran aliado en los organismos de policía y los periodistas que, sin propornérselo lógicamente, han convertido la información en publicidad para el negocio con el agravante de que no se produce en este caso, por estar incorporada como noticia, la normal desconfianza que tiene el Receptor hacia la parte pagada de los MEDIOS. Es sabido que las personas, en mayor o menor grado, desconfían de los avisos o comer-



ciales pagados ya que se sabe de antemano que tienen la intención de convencerlo de que haga algo.

La asociación continua de la droga con el concepto "de negocio de éxito" va a quitar el miedo de las consecuencias de financiarla, distribuirla y usarla.

Dejando los financistas, productores y distribuidores la *responsabilidad* de su uso en el usuario... pero estimulando la "prosperidad del negocio" en nombre de la libertad de comercio etc., estimulando usuarios de toda edad, educación.

*El análisis mercadotécnico y publicitario es que estos mensajes son efectivos para promover a la droga.*

*Por lo tanto, nosotros que dimos la noticia y los medios que la difundieron y comentaron, estamos contribuyendo a su éxito y no a combatirla.*

Y lo hemos hecho porque hemos procedido, las fuentes de información y los periodistas bajo la ilusión de que los medios de comunicación se dividen en dos:

Una parte no comprometida y libre, que sirve a lo que llamamos la "libertad de prensa", el derecho a informar etc., y la otra parte, comprometida, manejada, manipulada, que es dedicada a la propaganda y que cumple con objetivos de comunicación concretos: La promoción de productos y servicios y últimamente política.

En este punto es conveniente analizar los alcances de la libertad de expresión. Sabido es que en los últimos años el hombre ha logrado grandes avances en todas las áreas y que las ciencias del comportamiento humano no han sido la excepción. Igualmente se sabe que conceptos, como la libertad de comercio, han debido ser revisados y esas revisiones han terminado convirtiéndose en limitaciones tales como las legislaciones anti-monopolio, controles de calidad a la industria, restricciones en los márgenes de beneficio y en general una intervención cada vez mayor del estado moderno en la actividad económica. Limitaciones que han tenido que ser aceptadas como válidas por los afectados.

*Tomando en cuenta el estado actual de las técnicas publicitarias que aplican los conocimientos de todas las ciencias del comportamiento humano, debe analizarse muy a fondo el efecto que produce determinado tipo de información, considerando, al hacer el análisis, que ciertas noticias pueden estar contribuyendo en cierta forma a la producción de nuevos hechos delictivos, por lo que debemos tratarlas en forma diferente evitando distorsiones y efectos distintos a los buscados por nosotros.*

Es evidente que nadie se vería afectado injustamente si en lugar del valor económico de un lote de drogas capturado por las autoridades, se informara el valor destructivo. Entre la información general "LIBRE", no comprometida en la que se vuelca y se concreta la "Libertad de Expresión" y la parte comprometida y manejada (propaganda), la gran diferencia es que la primera informa sin plantearse, las más de las veces, las consecuencias de esa información y la segunda se fija como objetivo el convencer a un sector o a la totalidad

de la población, de una idea, es decir trata de obtener una respuesta determinada. Nuestra proposición es que veamos a los medios de comunicación como lo que son: *Medios*, que promueven respuestas de los usuarios; sean esas respuestas preestablecidas o no.

Veamos como sería una comunicación sobre drogas en la que intentamos provocar repudio en la sociedad hacia las drogas:

Diapositivas de Prensa  
Preparadas:

*Drogas suficientes para enloquecer a diez mil personas decomisó la policía.*

“Se comprobó:

- “La droga decomisada por la Policía era capaz de producir descendencia tarada en los usuarios.”
- “Ocho años para dos procesados por tenencia de estupefacientes.”

Como ven, las asociaciones con la droga dejaron de ser positivas (como eran dinero, éxito y felicidad). Las connotaciones todas son verdaderas, sólo que ahora nos *responsabilizamos con la respuesta de nuestra comunicación.*

### III. PROBLEMATICA QUE PRESENTA LA ELABORACION DE CAMPAÑAS PUBLICITARIAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO.

De todos los que usan los medios masivos de comunicación, son los publicistas los que intentan obtener respuestas preestablecidas de la sociedad. Los que dan o son noticia, (personajes) y los que las divulgan (periodistas) tienen como meta “informar” solamente.

En vista de ello, nos hemos preocupado en consultarlos a fin de saber si las técnicas desarrolladas para vender pueden ser aplicadas a la prevención del delito.

Los publicistas buscan el uso eficiente de los medios y definen la eficiencia así:

Diapositiva

Comunicación Eficiente:

- Comunicar con quien se desea comunicar (grupo objetivo)
- Obtener una respuesta pre-establecida del grupo deseado o grupo objetivo
- Obtener en el tiempo deseado
- Al menor costo posible

Los publicistas, en mayor o menor grado, han desarrollado las técnicas y disciplinas necesarias para el eficiente uso de los medios.

Y entiende que el medio masivo y el mensaje sólo son medios (instrumentos) para lograr objetivos de mercado y objetivos de comunicación.

Veamos brevemente como trabajan: Así desde finales del siglo pasado todas las grandes empresas publicitarias trabajan sobre variantes de la regla de oro de publicidad.

Diapositivas "Regla de Oro"

1. Qué?
  2. Para quién?
  3. Cómo?
  4. Dónde?
  5. Cuándo?
  6. Cuánto?
- Medio - Mensaje  
Mensaje - Medio

## COMENTARIOS

Del rigor con que se respondan las dos primeras preguntas dependerá la eficiencia del mensaje y la eficiencia del medio de comunicación usado.

Veamos entonces, brevemente, las técnicas que se usan en publicidad para contestar cada una de estas preguntas.

Diapositiva

¿ QUE ?  
(Características del producto, servicio, concepto, que se desea promover)

Esta pregunta se responde con la información dada por el equipo técnico que desarrolla el producto, el servicio o el concepto: comunicadores sociales, psicólogos, sociólogos, en nuestro caso criminólogos y especialistas en materia de drogas, etc., los cuales explican a los publicistas los beneficios, y los aspectos más convenientes del producto, servicio o concepto que se quiere vender. Pero ocurre que también el "que" está dado por los análisis de las investigaciones que se realizan para conocer la actitud actualizada de los usuarios o posibles usuarios, tanto de los productos o ideas propios como de los productos o ideas de la competencia. *En nuestro caso "la competencia" estaría representada por los factores criminógenos.* Esto implica que es necesario determinar cuál

es el grupo o sector de la población al que queremos dirigirnos. En el caso específico de campañas preventivas ésto es bastante difícil de determinar, ya que implica conocer el fenómeno delictivo tanto en su extensión como en sus características y dimensión.

Para una campaña publicitaria que pretenda atacar el fenómeno delictivo, es necesario determinar con antelación, por parte de un equipo de profesionales en el área de la conducta que se hayan dedicado al estudio del fenómeno criminal, una serie de características de los hechos criminales que se deseen analizar. Debe existir, necesariamente, un estudio previo que determine con la mayor precisión posible, la frecuencia con que se está produciendo el fenómeno, los lugares de comisión tratando de ir más allá de la simple determinación de las características de los lugares físicos, el grupo de personas que está involucrado, en sus dos vertientes, (víctima y victimario); y en fin, todas las variables que estén presentes en el fenómeno, ya que de lo contrario se correría un alto riesgo de fracaso y, lo que es más grave aún, de que la campaña se desnaturalice y hasta (por qué no?) se convierta increíblemente en un factor criminógeno. Esto nos lleva a plantearnos la necesidad de que cualquier tipo de campaña que se intente no debe estar dirigida a enfrentar el problema delictivo en todas sus manifestaciones, ya que es imposible obtener toda la información que haría falta para una campaña de este tipo. Lo factible es elaborar campañas destinadas a enfrentar una manifestación delictiva específica que por su volumen amerite este tipo de acción y, *solamente después de que se haya determinado con estudios serios, la mayor cantidad posible de información sobre el problema que se pretende atacar.*

Diapositiva

*Problema:*

Area urbana con alta densidad de población adolescente, desocupada y con amplias pruebas de agresividad.

Hogares mal estructurados, nitidamente matriarcales.

En el ejemplo se está dando por sentado que un área urbana con alta población juvenil desocupada, proveniente de hogares mal estructurados, ha generado excesiva agresividad en esa población. Ante esta situación se podría elaborar un plan preventivo que prevea las siguientes oportunidades.

Diapositiva

Creación para dicha área de una escuela (artesanal u otra) con suficientes cupos diurnos y nocturnos para adolescentes y adultos.

Creación en la vecindad de canchas deportivas (de deportes fuertes que puedan dar salida a la agresividad).

En el caso específico planteado tal vez haría falta una campaña para lograr la utilización del servicio ofrecido la cual estaría encaminada o dirigida a promover la asistencia masiva de los adolescentes a clases artesanales y al deporte organizado (disciplina); promover la cooperación de las madres y su asistencia a un programa de reeducación y crear orgullo en el barrio señalándose sus posibilidades legítimas de éxito.

Se observa también que los medios de comunicación en este caso funcionarían para *promover* un programa preventivo, es decir que serían una parte del programa de donde surge el interrogante por saber hasta que punto los medios de comunicación social, por si solos, pueden generar cambios de conducta que contribuyan a la disminución del fenómeno delictivo.

Diapositiva

¿ PARA QUIEN ?

Grupo objetivo.

La determinación del grupo objetivo es de suma importancia y podría definirse como: personas a quien debe ir dirigida la campaña publicitaria. Este grupo debe ser determinado no solamente en sus características de edad, sexo, raza, clase socio-económica, sino también en sus características psicológicas. Es evidente que es necesario determinar el por qué determinados sujetos asumen ciertas actitudes, como única manera de pretender comunicarnos con ellos y por onde aspirar a que cambien de actitud.

El problema del "para quién?" resulta de suma importancia a la hora de intentar elaborar campañas que tengan como objetivo un cambio de conducta como consecuencia única del mensaje. Supongamos que se pretenda hacer una campaña por televisión a fin de que los jóvenes varones, marginados y desocupados ingresen a estudiar cursos cortos de formación técnica. El mensaje en este caso, podría ir dirigido a:

- a) Los jóvenes mismos
- b) Las madres
- c) Los padres
- d) Las jóvenes (novias o hermanas)
- e) A todos estos personajes.

Ello dependerá de la influencia que tengan estos personajes en el fenómeno que queremos cambiar, y esa influencia será conocida solamente con un análisis multidisciplinario y en profundidad, ya que la inasistencia de estos jóvenes a los cursos puede ser motivada, entre otros casos por:

- a) Decisión propia que sólo él puede cambiar;

- b) Exigencia de los padres de que aporte dinero al hogar, encontrándose el joven "desempleado" sin la preparación necesaria para salir de esa situación;
- c) Apatía o falta de motivación que puede ser eliminada con la intervención de una figura femenina de similar edad y situación (hermana o novia).

Lo más probable es que el fenómeno presente, en la mayoría de los casos, varios factores en el mismo sujeto, y aquí recordamos lo cuestionado que está el mono-factor como explicación de la conducta humana; y un estudio a fondo probablemente nos demostrará que un porcentaje importante está influido por ciertas causas y otros por causas distintas, circunstancias éstas que van a condicionar la campaña de prevención que se intente.

Un ejemplo que nos plantea el problema con su exacta dimensión es el de aquellos sujetos que presentan la característica de la reincidencia en la conducta delictiva. Dentro de las respuestas que se han dado a esta interrogante, una es la que sostiene como posible que cierto grupo de delincuentes acepten como consecuencia de sus acciones una estadía en la prisión. Esto, a su vez, nos llevaría a dudar, o por lo menos, estudiar a fondo la conveniencia de intimidar con la reclusión en las campañas preventivas, máxime si pensamos en algunos casos que el habitat de la cárcel es igual o parecido, al lugar de proveniencia del sujeto.

*¿Es conveniente amenazar con la prisión cuando tenemos suficiente información para suponer que el Grupo Objetivo a quien dirigimos el mensaje está enterado de que las más de las veces, este tipo delictivo queda impune?*

Los publicistas, antes de preparar sus campañas, determinan lo que se denominan PERFILES, que no es otra cosa que la delimitación, a través de sus características, de las personas que realizan determinado tipo de acciones que a ellos les interesan. Mediante estudios han llegado a determinar, por ejemplo, que los que realizan la acción de tomar cierto tipo de bebidas, además de pertenecer a una clase socioeconómica y a un grupo etario determinado, eran decididos, con cierta agresividad en sus acciones y audaces. Este conocimiento permitió al fabricante del producto que vendía menos elaborar una campaña que lo llevó a la condición de líder en ventas.

En oposición a lo anterior, hemos visto campañas tendientes a combatir la delincuencia en las que evidentemente no se han tomado en consideración las técnicas publicitarias y hemos llegado a la conclusión que en algunas de ellas, analizados por un equipo integrado por publicistas expertos y criminólogos, probablemente los resultados han sido confusos y contrarios a las metas trazadas inicialmente. Por ejemplo: se le plantea al joven que mediante las vías socialmente permitidas puede alcanzar bienes y servicios, a una edad determinada, en contraste total con la realidad económica de su sociedad y con el agravante de que los bienes presentados sólo son obtenibles a la edad que allí se plantea, mediante vías o métodos discutibles, por no decir criminales. En otras campañas se difunde "la sanción prevista por la ley para el uso de las

drogas", tratando de convencer al usuario, real o potencial, de que no vale la pena correr el riesgo de una prisión de años por unos minutos de satisfacción proporcionados por el consumo de alucinógenos.

Cabría preguntarse entonces ¿ contrasta o no con la realidad observada por ese consumidor eventual o efectivo, a quien va dirigido el mensaje, la amenaza de encarcelamiento?, ¿ no se estaría en este caso proporcionando *información* sobre los placeres de la droga a quien no la tenía previamente? Otro de los mensajes presentaba testimoniales de jóvenes dentro de una cárcel, que explicaban su detención como consecuencia del consumo y tráfico de estupefacientes. Se escogió una área del establecimiento con un ambiente sumamente pulcro y uno de los sujetos mientras narraba, se desplazaba en un área amplia del penal. Según el equipo de publicistas que nos está asesorando, la pulcritud del ambiente era superior a la de la zona marginal, habitat del grupo con quien se quería comunicar, y la facilidad de desplazamiento que transmitía la cámara, daban una sensación de libertad. Además el tono de voz de los personajes no era cónsono con el texto ya que, mientras lo dicho por el sujeto reflejaba arrepentimiento, su rostro denotaba indiferencia y como demasiada tranquilidad.

*En estos casos hay que distinguir entre lo que se quiso transmitir y lo que realmente se ha transmitido y muy probablemente han sido dos cosas distintas.* La razón de ello es que en materia de comunicaciones hay que distinguir entre el mensaje y el para-mensaje o mensaje paralelo que contiene cada creación publicitaria. En los ejemplos indicados, pareciera por lo menos esa es la conclusión de los publicistas consultados, que el para-mensaje representado por la limpieza de la institución, la libertad de movimiento, el tono de la voz y el rostro del actor, comunican más que el mensaje representado por la idea de la detención como consecuencia del consumo y tráfico de drogas.

Habiendo visto de un modo muy general algunos de los problemas que se plantean a la hora de decidir lo que debemos promocionar a través de los medios, a quién dirigirnos y cómo hacerlo, pasemos a analizar algunos de los elementos que han que tomar en cuenta para determinar ¿Dónde?, ¿Cuándo? y ¿Cómo hacerlo? Para ello es necesario señalar que así como las empresas publicitarias determinan un perfil de las personas de quien se pretenda una conducta, igualmente tienen un perfil de las personas que reciben los mensajes de cada uno de los medios de comunicación masiva. Es decir, mediante estudios que son el resultado de encuestas, entre otras cosas, determinan las características que posee la persona que oye tal o cual emisora de radio o televisión, así como las transmisiones y los horarios de las mismas. Lo hacen igualmente con los medios escritos para determinar las características del lector. *Estos perfiles son los que permiten determinar si efectivamente el mensaje de una campaña ha llegado al grupo objetivo o sector a quien iba dirigido.* Esto es sumamente importante ya que es posible que exista la inclinación a realizar campañas preventivas por el solo hecho de que un medio determinado ofrece, con la idea de servir a la comunidad, espacios dentro de su programación para ser utilizados en campañas institucionales. Estos ofrecimientos de espacios en los medios constituyen una tentación para los encargados de los planes de lucha contra la

criminalidad. Generalmente se obtiene ayuda de productores de mensaje (empresas de filmación, grabación y diseño) que prestan su colaboración para la elaboración de una determinada campaña y no se toman en cuenta a los técnicos en publicidad.

Otra inquietud que surge al concebir la posibilidad de implementar una campaña preventiva a través de los medios de comunicación social es la relativa al volumen total de personas que van a ser receptoras del mensaje. Esta inquietud es consecuencia de que puede ocurrir para una sociedad determinada que el porcentaje de población involucrado en actividades que justifiquen este tipo de acción, constituya una minoría, siendo que los medios, generalmente, abarcan o llegan a un porcentaje mucho mayor, de donde surge la necesidad de determinar, con antelación a la campaña, las posibilidades de daño a personas que, en porcentaje mayoritario, reciben el impacto de los medios. ¿Hasta que punto esas personas pueden estar siendo ofendidas por una actividad publicitaria en la que se identifique a los de su clase socioeconómica como delincuentes? Esto permite pensar que todo el diseño de cualquier actividad que pretenda utilizar los medios masivos de comunicación debe ser concebida, planificada y ejecutada por un equipo multidisciplinario integrado por criminólogos y publicistas y tratando siempre de tener disponible la máxima información sobre el fenómeno.

*Al inicio de la exposición se señaló que los publicistas eran los que utilizaban los medios tratando de obtener una respuesta preconcebida del público receptor. Es necesario insistir un poco sobre este aspecto ya que el tipo de respuesta buscada condiciona en cierta medida la campaña. Dependiendo de la idea o del concepto que se pretende hacer llegar al grupo objetivo se tratará de obtener respuestas distintas, así tenemos que existen:*

*a) Respuestas sensoriales: (de los sentidos)*

Son las reacciones inmediatas de los sentidos corporales hacia una marca, idea o concepto. Se refiere a las características físicas de una marca que se percibe con el tacto, la vista, el oído, el gusto y el olfato. Ejemplo: se logra respuestas sensoriales de la vista, mediante el uso ventajoso de un color, o del oído (a través de la música o el silencio).

*b) Respuestas racionales: (de la razón)*

Son las opiniones que se desea que el consumidor adopte como suyas propias con respecto a una idea.

Estas respuestas se refieren a los conocimientos y creencias que una persona usaría al describir una marca en el lenguaje que habitualmente utiliza.

Este tipo de respuesta es necesario, básicamente por que la gente tiende a razonar por qué debe hacer o no hacer algo. Y además, porque la gente no siempre puede expresar sus creencias fácilmente y en ese sentido la publicidad pone a su alcance las palabras necesarias,



c) *Respuestas emocionales:*

Constituyen la respuesta más persuasiva y efectiva para impulsar a la gente a asumir una actitud. Se refieren por ejemplo al carácter o "personalidad" de la marca... la satisfacción de usarla... el tipo de gente asociada con la marca... y las motivaciones de una acción que uno difícilmente expresaría con palabras.

*Una propaganda será más efectiva mientras mejor se haya acertado con la predisposición de las emociones del grupo objetivo. Justamente, dar con esa predisposición es encontrar las mayores oportunidades para la creatividad.*

Sin embargo, si bien la respuesta emotiva es fundamental, en la gran mayoría de los casos lo que se busca es una combinación de lo sensorial con lo racional y lo emocional.

#### IV. CONCLUSIONES

1. *La primera conclusión general que surge de todo lo dicho es que el uso de los Medios Masivos de Comunicación requiere la utilización de técnicas sumamente complejas, que de no tomarse en cuenta (en el caso de las campañas de prevención de la delincuencia) implican un alto riesgo de que se produzca un efecto completamente opuesto al deseado.*
2. *Igualmente ha quedado demostrado que con mucha frecuencia se hace un mal uso de la información sobre el fenómeno delictivo por parte de los integrantes del Sistema Penal y de los periodistas que las difunden, habiéndose constituido en algunos casos (por ejemplo en la materia de drogas), en publicidad beneficiosa para los traficantes.*
3. *Se evidencia del intercambio de información entre publicistas y criminólogos, que es necesario conocer en profundidad el fenómeno que se desea combatir, para, con su conocimiento, elaborar la campaña de prevención más adecuada, ya que de lo contrario es preferible no hacerla.*
4. *Todo intento de utilización de los medios masivos en campañas preventivas debe estar dirigido preferiblemente a combatir una manifestación delictiva específica y no a la delincuencia en general y siempre que se tenga un conocimiento a fondo del fenómeno delictivo que se intente modificar.*

Hemos querido destacar que, sin tomar en cuenta las técnicas publicitarias y los conocimientos de la Criminología, no es posible desarrollar una actividad antidelictiva (en ningún sentido) por los Medios de Comunicación Social, pero a la vez creemos haber demostrado que la televisión, la radio y la prensa escrita ofrecen inmensas posibilidades de prevención si son bien utilizadas.

Queda en las manos de nosotros, los Criminólogos, la responsabilidad de aprovechar racional e integralmente estos Medios, para mantener vigente el lema de la unidad rectora de esta área en Venezuela:

"LA PREVENCIÓN DEL DELITO ES TAREA DE TODOS"

# Influencia de la televisión en la conducta infantil y del adolescente

DR. HÉCTOR SOLIS QUIROGA

Director General del Tribunal para Menores, ex-Experto de las Naciones Unidas en delincuencia juvenil para Latinoamérica y profesor del Doctorado en Derecho.

Hablar de la influencia de la televisión en la conducta de los niños y los adolescentes es tratar acerca de uno de los aspectos que no parecen haberse captado en su plena validez en la mayoría de los países de América. Las técnicas en programas de televisión deberían cuidar, primordialmente, el sentido de sus transmisiones y la actitud en que el público las recibe, cualquiera que sea su importancia, ya que éste no cuida sino de sus gustos, sin apreciar la influencia que ejerce en la conducta de los menores de edad, sobre todo cuando ella es desfavorable

o puede implicar problemas familiares y sociales. Así, en países como Estados Unidos, se cree ver en el comportamiento juvenil la repetición de los ejemplos que se transmiten y divulgan por la televisión, lo que pareciera afirmar su influencia casi absoluta.

Por ello, el teletransmisor debe observar en qué actitud es recibida cada obra o anuncio, aunque en realidad más parece interesarle el dato cuantitativo y la primera impresión cualitativa (positiva o negativa) del audiovidente, que los efectos en el comportamiento de adultos y menores de edad. Mucho le interesa, en verdad, si la sugerencia comercial que hace es capaz de inducir al sujeto a la adquisición de los productos anunciados, pues lo contrario indica la necesidad de afinar la calidad del anuncio.

En todo caso es indispensable recordar que, quiérase o no, la televisión tiene buenos o malos efectos educativos que son mayores mientras más es la sugestividad de cada programa. Tan es así, que hay países en los cuales está prohibido anunciar bebidas alcohólicas, armas y centros de vicio, pues se teme el daño a la población. Sin embargo, aún en ese aspecto, hay límites de influencia televidente y de consumo en la sociedad. También hay sectores que, a pesar de la eficacia del anuncio, nunca llegan a consumir habitualmente los productos aunque, ya probados, convengan. Este fenómeno puede deberse a falta de capacidad económica o de aplicabilidad práctica, como suele suceder en las retransmisiones a muchos kilómetros de distancia, cuando cambian las prácticas de los grupos sociales y sus necesidades diarias.

Es indudable que existe también una influencia definida de la televisión en la conducta de los menores, pero es algo que no puede expresarse con demasiada brevedad, ya que implica una gran cantidad de problemas de la vida emocional de adultos y menores como lo veremos a continuación.

Cuando nace un niño estamos convencidos de que deberá desarrollar todos los aspectos de su personalidad, y sabemos que no hay nadie más débil en el mundo que el ser humano acabado de nacer.

Pocos padres se dan cuenta de que el niño, desde esa edad, es como una esponja que absorbe todas y cada una de las impresiones y las aloja en lo más profundo de su inconsciencia, desde donde actúan el resto de su vida, a pesar de que los padres crean que el niño no se da cuenta de las cosas ni siente lo que acontece en rededor. Si ven que a medida que crece recibe más impresiones, pero piensan que sólo se conservan en su memoria a partir de cierta edad — de los cuatro a los seis años — por lo que no se cuidan de su propia conducta ni de los espectáculos que los niños presencian. Como se ve, los padres son inconscientes de que se reflejan en los hijos muy pequeños sus actitudes, su manera de ser y de

actuar, no sólo por efecto de la herencia, sino por el ejemplo práctico que reciben desde la cuna misma. A su vez, el niño es inconsciente de que ha recibido esa influencia formadora o deformadora del ambiente familiar, del cual es parte integrante la televisión.

Acordándonos un poco de los viejos, aunque sean decrepitos, sabemos que necesitan de profundo afecto y de comprensión. Esa necesidad parece decrecer en los seres maduros, pero vuelve a aumentar constantemente conforme se disminuye en edad, hasta llegar a la máxima intensidad en el recién nacido, para quien nadie discute que requiere, momento a momento, de amor y comprensión. Ello a pesar de que los padres tengamos la impresión de entregar el mayor afecto y comprensión a los adolescentes.

Es tan importante la influencia de los afectos, que todo ser humano que crece sostenido por ellos se presenta ante la vida — a pesar de los graves problemas que haya sufrido — como un hombre seguro de sí mismo y con confianza en los demás, ante quienes tiene que seguir luchando para conseguir la satisfacción de sus necesidades habituales o excepcionales. Por lo contrario, el que ha carecido de amor en su primera fase de maduración emocional — del nacimiento a los siete años, aproximadamente — es inseguro de sí mismo para el resto de la vida y desconfiado de los demás, razón por la cual se abstiene de múltiples esfuerzos que debería realizar, pues tiene perdidas previamente casi todas las batallas que deben decidirse con una franca lucha plena de convicciones.

La primera etapa de maduración emocional, denominada de identificación con el medio generador, comprende tanto la primera infancia — del nacimiento a los dos años, más o menos — en que hay predominancia de la vida vegetativa, como la segunda infancia — de los dos a los seis o siete años — en que predomina una intensa vida afectiva, esencial para la evolución futura del individuo.

La vida en esa primera infancia, no por ser vegetativa deja de ser receptiva, ya que es cuando se comienzan a formar los hábitos fundamentales al calor del afecto recibido y emanado de la madre, principalmente. La influencia de un aparato receptor que trabaje diariamente es superficial, puesto que las percepciones del niño son escasas, globales, indefinidas y sin interés por ese aparato, del cual se perciben solamente sus ruidos cuando son estridentes o sus sonidos suaves y dulces en impresiones que no se han valorado qué tan profundas pueden ser en realidad, sino cuándo son excesivas, pues producen ciertas reacciones del infante.

En la segunda infancia se inicia la influencia definida del medio ambiente, comenzando por el hecho de que el niño ha descubierto, tras la existencia de sus padres, la de sus hermanos y la de otras personas

que conviven con él y porque concibe, inconscientemente, que las cosas que le rodean tienen alma. Así, sus juguetes, representen seres animados o no, son objeto de sus conversaciones y de juegos en los que se concentra y abstrae, dejando en segundo lugar a sus parientes. Al final de la segunda infancia recibe, pues, la influencia de objetos que le interesan: la radio, el tocadiscos, la televisión.

En esta edad, el niño tiene una vida principalmente emocional e imaginativa, requiere de espectáculos fantásticos, cariñosos y dulces — aunque no exentos de problemas que él pueda percibir — capaces de darle el concepto futuro de que la vida, aun la más suave, posee aspectos negativos que pueden ser y son superados. Este tipo de transmisiones fomenta y canaliza su imaginación y sus afectos, pues es entonces que se forma el sedimento y las bases morales inconscientes que actuarán a lo largo de su vida. El niño requiere que se le presente el lado bueno de las cosas; con problemas que si tienen resolución a su alcance, más o menos fácil y sin rudezas ni crueldades. Igualmente, la vida familiar debe ser un remanso en que no haya discusiones agrias ni disgustos, ni planteamiento de problemas que el niño observe sin llegar a comprender, para que no queden alojadas escenas desagradables en su inconsciente o en su memoria. Lo contrario, con su contenido negativo, introduce inseguridad y desconfianza en el sujeto, mismas que posteriormente provocarán actitudes destructivas. La dinámica de éstas es bien conocida: al sentirse inseguro el individuo queda más predispuesto para el fracaso que para el éxito, siendo conducido, casi fatalmente, hacia el primero; le deja un sentimiento de incapacidad personal o la impresión de habersele cometido alguna injusticia, a pesar de sus esfuerzos que considera eficaces. La frustración alojada en la conciencia produce angustia o ansiedad, además de ahondar la primitiva inseguridad. Inmediatamente o más tarde, esas personas proceden agresivamente sin importar el número de años o de días transcurridos. Se producen impulsos de palabra o de obra, contra presentes o ausentes, o se preparan premeditadas agresiones que se consumarán más tarde. También podrán venir sucesos agresivos en cadena, mientras más se reproduzcan las frustraciones en lo futuro.

Cuando en esa edad no se ha recibido amor de los padres, suele suceder que el sujeto, desde niño, como adolescente o bien como adulto, permanezca toda la vida en busca de personas que los represente y que le den el afecto que debió recibir de aquéllos. Con frecuencia encuentra a alguien con quien cree identificarse fácilmente porque le brinda afecto, pero con el obstáculo de la inseguridad ya existente y como la relación humana es muy compleja, huye cuando se da cuenta de la falta de profundidad o de la distorsión del sentimiento de amor paternal que creyó encontrar. Busca nuevo afecto y permanece inestable, repitiendo siempre la misma historia en una cadena sin fin a lo largo de su existencia.

Estos individuos son débiles e intolerantes respecto de los demás; incapaces de una permanente lealtad y de resistir las naturales diferencias entre individuos. Esa misma falta de afecto hace que carezca de una firme evolución emocional. Por tanto, quien no satisfizo su identificación con el medio generador, principalmente con su padre y su madre, se detiene en la lucha buscando padre y madre sustitutos — inconscientemente — y encontrándolos en falso a cada paso, ante una identificación emocional aparentemente adecuada. Así acontece con la adoración que ciertos niños, adolescentes o adultos, sienten por personas que en el cine, en el teatro o en la televisión representan papeles del padre o la madre deseados. Ilusión que continúa mientras no se conozca físicamente a la verdadera persona diferente del papel que representaba.

Cuando satisfechas esas primeras necesidades básicas de lo afectivo, se pasa a la segunda etapa de la maduración emocional, que se denomina de autodeterminación de la propia conducta, tiene creciente importancia el ambiente exterior, comparado con el familiar; más influyen los amigos, los extraños, la prensa o la televisión, que los padres mismos.

Esta segunda etapa comprende, como la primera, dos edades: la tercera infancia — de los siete a los once años, más o menos — llamada la edad escolar, y el inicio de la adolescencia, la pubertad, hasta los quince o dieciséis años. Es una etapa que empieza suavemente cuando el niño inicia su escuela primaria y termina turbulentamente cuando el adolescente promete una cosa y hace otra; es hipócrita, cita a un amigo a una hora determinada y no cumple; habla mal de sus padres a espaldas de ellos y comenta lo habitual, denostándolos, en comportamientos que demuestran que no toma en cuenta a los demás ni los acepta como son.

En la tercera infancia, el niño, inicialmente escolar, se traslada del pensamiento mágico, existente hasta entonces, al lógico; de la fantasía a la realidad objetiva (aunque no completamente comprendida). La escuela ejerce un papel regulador de esta evolución y el niño aprende a discriminar hasta donde es realidad lo que se dice por sus familiares, sus amigos o en la televisión, con un sentido crítico inicial.

Su conducta, que hasta entonces era absolutamente dependiente de sus padres, ahora, por efecto del tiempo de separación en su permanencia escolar, se desarrolla sin previa consulta de ellos. Al principio el maestro sustituye al padre pero, imposibilitado de dar atención constante a un solo niño con exclusividad, éste aprende a tomar decisiones y a experimentar por su parte autónomamente. Al principio le domina la inseguridad, pero más tarde adquiere confianza y, ya con cierta experiencia, decide firmemente lo que hará. Todavía no presenta resistencias para consultar con sus padres en el hogar o pedir permiso. Eso

sucede ya a partir del tercero o cuarto año de primaria, cuando comienza a ejecutar actos que considera reprobables o peligrosos aunque normales; sólo pide permiso para actos que considera inocuos, pero oculta los que le parecen malos; recibe las consecuencias de algunos de ellos en silencio, con sorpresa y con pavor.

Imita, durante la tercera infancia, los actos que están más a su alcance entre los que ve realizar a sus compañeros, amigos y conocidos, adquiriendo en esa forma nuevas experiencias, inclusive algunas notoriamente peligrosas. En consecuencia, cuando en la televisión observa actos que él podría considerar a su alcance, también suele imitarlos, para lo cual basta que la vea por un momento.

En la pubertad, como primera parte de la adolescencia, el niño se afirma cada vez más en su experiencia, y sus opiniones, no muy seguras, son firmemente expuestas contra el pensamiento paterno. No quiere ser controlado por sus padres, y cree que ya no es un niño y que no debe dar cuenta de sus actos. Cuando se le exige informar, miente diciéndoles que va hacer una cosa y hace otra; su mente, extraordinariamente activa, únicamente admite sugerencias de sus amigos, compañeros o de algo atrevido que vea por televisión, que oiga de aventuras o que otros ejecuten. Está dispuesto a correr toda clase de peligros, aunque sea detenido por su característica inseguridad vital, pero transitoria. Su afán aventurero y su anhelo de autoafirmarse provoca que cuente como hazañas actos claramente reprobables, según los adultos; pero, en su deseo de demostrar que puede más que ellos, no toma en cuenta consideraciones o razonamientos, sólo atiende a sus emociones actuales y a las que se promete tras sus proyectados paseos. Si toma el automóvil de su padre, hace mucho ruido con el motor y con las llantas, haciéndolas rechinar para que todo mundo vea que él es quien maneja. Si vuelca el auto, lo cuenta como una verdadera hazaña y no como demostrativo de su falta de pericia; asegura haberlo hecho intencionalmente y no dice mentira, aunque exagere los hechos. En esta edad sólo se trata con confianza a los padres y maestros cuando ellos no pretenden imponer conductas ni controles, cuando conversan como amigos y resisten todo lo que se les narra, sin regañar.

El aparentemente indiferente muchacho es sensible ante todo lo que ataca a él o a sus amigos. Es muy solidario con ellos y no siente el mismo compromiso con sus padres o con sus maestros; sabe traicionar la confianza depositada por los adultos en él, salvo el caso de que hayan conquistado su profundo afecto pero, aún así, en caso de conflicto prefiere estar de parte de los jóvenes que del adulto más querido.

No cree que acontezcan para él las cosas habituales, pues cree que no todos los casos son iguales, que él es una excepción y que otros expe-

rimentan cosas de las que él quedará excluido; piensa que su desgracia, cuando cae en ella, es única y que nadie más ha padecido otra igual, aunque sea lo más vulgar y corriente. Peca de malicioso ante hechos sencillos y comunes de los adultos, pero es ingenuo ante la maldad presente y demostrada, que no puede llegar a creer. Frente a las consecuencias de sus actos desea refugiarse en el regazo materno y ser protegido, pero rechaza, en otro momento, a aquellos en quienes desea refugiarse. Critica despiadadamente a los adultos y no cree en sus palabras, aunque sepa que no mienten, pues juzga que están equivocados, que son anticuados, que no sienten ni aprueban las cosas modernas sólo por apego al pasado y por prejuicios.

En la forma dicha, el adolescente menor de quince años pasa por la etapa final y más fuerte de la autoafirmación y de la autodeterminación de su conducta y no puede ser controlada a veces ni minimamente por sus padres ni sus amigos. Pues bien, este panorama es aún peor cuando en los siete primeros años de la vida los padres no supieron hacer sentir su ternura y su exigencia, su dirección firme y suave, ya que entonces se alojó en el inconsciente del niño un rechazo que ahora es más grave y hasta agresivo contra sus padres. Al no ser comprendido y tolerado por ellos, el menor se aleja impidiéndoles la más leve e imparcial intervención en sus actos y convirtiéndolos en algo ajeno, en quienes no se puede confiar en lo absoluto, pudiendo atacarlos para desquitarse, vengar excesos antiguos, o dañar firmemente.

En esa misma edad, toda sugerencia televisada de aventuras, de gangsters o pandilleros, toda realización filmica como "Rebeldes sin causa", como "Rififi" y otras, tiene efectos terribles y asegura su imitación por aquellos cuyos padres tuvieron una conducta afectivamente oscilante, o rígida, o cruel, o indiferente, o sobreprotectora, que forman la mayoría de las conductas paternas en los países latinoamericanos.

Ejerce mayor influencia la televisión con sus sugerencias aventureras en los más descontrolados de los adolescentes, a pesar de que se les presente como castigo posible la cárcel o el cadalso, pues en ese caso son capaces de sentirse héroes o personas importantes cuando la televisión los llena de denuestos y los llama cobardes, delincuentes precoces, peligrosos, etcétera, con gran contento suyo. En cambio, no resisten que se les compadezca diciéndoles "pobres chiquillos", "niños desamparados", etcétera, porque ello si les hace rectificar su conducta, para no ser objeto de conmiseración, sobre todo si ésta es generalizada.

Se rechaza precisamente lo formal y lo que es impuesto; se acepta lo informal y lo libremente sugerido, lo no directo. Esto subraya la influencia de la televisión, porque en familia no se impone verla y, sobre todo, cuando no se hacen comentarios aprobando o reprobando. Basta que los comentarios provengan de padres o hermanos mayores



para que se consideran autoritarios y exagerados y se tome una actitud contraria a la recomendada por una televisión bien definida y dirigida.

En la fase final de la adolescencia, que puede durar de los dieciséis a los veinticinco años, el individuo inicia la tercera etapa de la maduración emocional, denominada de estructuración de valores, de esos valores que regirán el resto de su vida y en los cuales profundizará formando las convicciones definitivas y el trasfondo de la conducta diaria.

Todo irá quedando definido en la conciencia y coloreado por las formaciones de valores iniciales que hayan alcanzado la fuerza de la convicción. Entre ellos estarán las metas posteriores, cercanas o lejanas, elevadas o mezquinas, materiales o espirituales, y, por tanto, las percepciones serán más finas para penetrar en las situaciones vitales, pero serán más profundas en cuanto mayor sea la sensibilidad y la cultura actuales del joven en constante evolución. Lo anterior se establece sobre las viejas bases impuestas por la herencia, la normalidad del parto, el trato afectivo intrafamiliar desde la más tierna infancia, la vida social, la experiencia acumulada, el conocimiento adquirido y la sensibilidad afinada o pervertida.

El adolescente que hacia los quince años protestaba por la injusta existencia de las clases sociales, comienza a convencerse de la incapacidad de algunas personas y de las causas que incursionan provocando el retraso económico, cultural y social y que en ocasiones pretende remediar con su actividad personal. Lucha contra el fenómeno prácticamente influido por teorías que considera factibles y justas, pero se da cuenta que sólo es corregible en parte y que, dese a su buena voluntad, a su esfuerzo y a sus protestas organizadas en colectividad, hay individuos que nunca podrán elevarse sobre su situación actual y otros que, aunque se les pongan trabas infinitas, se elevarán hasta alcanzar sus propios ideales. Ignoran los jovencitos que todo ello tiene la raigambre mencionada en el párrafo anterior y que está sujeto a un largo proceso de preparación y de entrenamiento en la vida infantil y juvenil. También ignoran que los niños, los adolescentes y adultos, no alcanzan todos igual grado de maduración y de evolución en la misma edad.

Al estructurar sus valores descubren el trasfondo de múltiples realidades, aunque alcanzarán a conocer su significación última solamente en la madurez.

Entre los adultos hay una infinidad que tienen conducta infantilizada y apegada indisolublemente a sus padres; permanecen solteros o fracasan fatalmente en su matrimonio por su notoria inmadurez. Hay otros que se detuvieron en la etapa de autodeterminación de su conducta, cualquiera que sea su edad, y actúan como adolescentes: son los que no toman en cuenta a los demás, los que sólo aceptan sus propias

determinaciones, los que sólo pueden admitir la sugerencia no dirigida específicamente a ellos y cuando no descubren deseo alguno o pretensión de gobernar su vida. Finalmente, hay otros, muy escasos, que han evolucionado hasta comenzar la estructuración de sus valores, pero que se han estacionado en los más bajos, en los materiales, y para quienes tiene la máxima importancia el dinero y las comodidades derivadas de él. Algunos de ellos aseguran ser muy religiosos, cuando solamente se apegan al rito externo y no a los profundos contenidos, ya que no son capaces de sentir lo más elevado, lo más finamente espiritual, lo que revela al sujeto los más incognoscibles noúmenos universales.

Al no alcanzar la madurez plena, son escasísimos los adultos que llegan a regir su vida, por los más elevados valores y por auténticos principios; eso se origina además, porque padecieron la actitud oscilante de las emociones de los padres que, contentos, nada les parecía mal, pero, enojados, reprobaban hasta el acto habitual que les parecía malo; y, si tenían fuertes problemas personales o extrafamiliares, no ponían atención en lo que afectaba a sus hijos, por grave que fuera.

Podemos afirmar, pues, que a mayor influencia del hogar en la integración y la estructuración de la personalidad — mediante la satisfacción afectiva — corresponde, menor influencia del medio exterior, que a menor influencia del hogar corresponde mayor influencia del medio externo.

La influencia familiar en los menores ha disminuido, lo que se debe al hecho de que ahora los jóvenes encuentran la vida exterior más atractiva, más llena y compleja, en tanto que el amor familiar se ha convertido en convencional.

En vez de preocuparse los padres, como tales, por el bien de sus hijos, frecuentemente lo hacen en función del prestigio y el bienestar personal; pero el amor convencional no es amor, ni es capaz de dar al joven un seguro lugar en su familia y en la sociedad.

Frecuentemente se acusa al cinematógrafo y a la televisión de ejercer una influencia nefasta en la conducta de los jóvenes y aun de los niños. Por eso es preciso señalar que cualquiera que sea su situación familiar y aunque en ella no se hayan cometido casi errores, en su normal proceso, de adaptación social, cometen siempre algunas faltas los niños y los adolescentes. La diferencia entre los que tuvieron y no un hogar adecuado consiste en que, en el primer caso, los errores no forman trayectoria, y si hay repetición, tiene las características de todos los actos que necesitan ser experimentados hasta satisfacer al sujeto, cansarlo de ellos y hacerle pasar a otra cosa diferente. Lo mismo sucede con cada juego, aunque no nos parezca trascendente o inocente: sigue la misma práctica hasta dar plena satisfacción al sujeto, para que

después lo abandone. En el segundo caso, según la psicología moderna, la gran cantidad de frustraciones emocionales que el hogar creó en el menor se convierten en agresividad tras procesos de ansiedad, de angustia, de sentimientos de inseguridad; se concreta en la agresión que puede ser única o repetirse, de acuerdo con la necesidad individual, hasta satisfacerse y ser abandonada después.

En los hijos del hogar sin amor, surgen en trayectoria o en serie los actos agresivos, cualesquiera que sean sus consecuencias en la sociedad o en el individuo y revelan una necesidad de compensarse por parte del sujeto; necesidad que casi siempre es insaciable mientras no desaparezca el fenómeno neurótico creado por la frustración pertinaz sufrida durante la tierna infancia. Este es un fenómeno difícil de combatir en tanto avanza la edad y toma como fuerte sugerencia lo transmitido por la televisión, para repetir las agresiones incansablemente y con cierta variedad necesaria, casi sin motivos externos que las expliquen.

En el hijo que sintió verdadera cercanía moral y afectiva de su familia, la agresión correcta que existe siempre en la adolescencia es meramente ocasional entre todas las locas acciones que se realizan; al ver las consecuencias de sus actos el joven se inhibe de repetirlos, pues carece de la necesidad íntima de ser agresivo. Además, ha estructurado firmemente su personalidad y la trayectoria moral que le transmitió su familia es inmovible. Por ello, si se sale del patrón familiar de conducta es un hecho circunstancial, en ocasiones debido a la tentación y a la persuasión del medio ambiente, reforzado a veces por el programa televisado, en tal forma que alguna vez hace fallar al sujeto.

Hasta este momento hemos hablado de la influencia genérica de la televisión en la conducta de los menores, pero como sus programas comprenden toda clase de obras y actuaciones transmisibles audiovisualmente, considero de gran interés recordar que existen diversos tipos televisuales.

El comercial, que frecuentemente hace incursiones en lo cultural, pero que también emplea medios negativos para interesar a la población moviendo pasiones, instintos, impulsos, agresiones, etcétera; el cultural propiamente dicho, el experimental y el de circuito cerrado.

Hablar de televisión comprende, cuando menos, dos transmisiones fundamentales: una auditiva propiamente dicha y otra visual. La transmisión llega a todos los ámbitos. En algunos hogares es frecuentes encontrar, hasta dos y tres aparatos de televisión, para que cada quien pueda sintonizar la estación preferida.

En los suburbios de las grandes ciudades habitan familias numerosas desorganizadas a menudo y paupérrimas casi siempre — que care-

cen de ropa indispensable, de mobiliario y de casa, pero cuentan con su televisión y con radios portátiles de transistores.

En el medio rural, con corriente eléctrica o sin ella, logran captar las transmisiones de televisión (incluso por medio de aparatos de pilas). Es frecuente que aquéllas sean presenciadas por múltiples personas que pagan su entrada a la casa donde hay aparato receptor, con lo cual se cubre el costo de éste y aún quedan utilidades. En el campo, las escuelas suelen tener aparatos de televisión para ampliar la cultura de su limitado espacio al igual que sirve como medio de obtener fondos para el plantel.

La televisión de circuito abierto es, bien lo sabemos, uno de los elementos externos que se han unido a las exigencias de la vida moderna, produciendo habitualmente el relajamiento de las relaciones familiares. Antes, la charla a la hora de la comida y de sobremesa era altamente orientadora de los hijos, dentro de la mayor cordialidad. Ahora, los diferentes horarios de trabajo en las ocupaciones modernas, han alejado a los miembros de la familia que ya no trabajan ni comen a iguales o parecidas horas.

En la familia, atomizada, la televisión trabaja a todas horas y sirve para que se refugien en ella los ociosos de un momento, los abandonados moralmente, pero principalmente los niños de segunda y tercera infancia y los ancianos que parecen ser los más asiduos.

La televisión presenta habituales y otros que son verdaderamente excepcionales. Sus mensajes son vistos y escuchados, pero rara vez experimentados simultáneamente. Se excluyen definitivamente las experiencias olfativas, de sabor y de tacto, que recibimos por otros medios. En la vida diaria valen mucho más éstas y toda experiencia personal o ejemplo vivo. A pesar de que la atención del receptor humano es casi siempre pasivo le queda un considerable valor, aunque su influencia haya decrecido.

Frente al cinematógrafo, la influencia de los programas televisados parece ser inferior en la conducta de los adolescentes. Creemos que las razones para ello son: 1) Que los adolescentes van al cine en compañía de otros de su edad y rara vez con sus propios familiares, lo que hace que los comentarios de las películas proyectadas sean tan acordes como desorientados, pero más comprendidos entre sí; 2) Que se presenta el fenómeno general de que, cuando paga uno por presenciar cierto espectáculo o por recibir cierto servicio, se aprecia más, sobre todo si es por tiempo limitado; 3) Que lo visto fuera del control de los familiares se siente más profundo y el adolescente lo aprecia más; 4) Que las películas exhibidas se transmiten completas y su argumento queda bien integrado, en tanto que la televisión reproduce sólo episodios o partes de una obra, dejando en suspenso lo más interesante para el público. Eso hace que

el adolescente, que es inconstante, no siga poniendo atención permanente en una obra por mucho que sea el interés mostrado en ella; 5) Que el adolescente casi nunca ve televisión.

Ante la conciencia del niño hay un aspecto en el cual la televisión tiene efectos contrarios: existen padres neuróticos que, para huir de la realidad diaria, ponen a funcionar la televisión el mayor tiempo posible presenciándola sistemáticamente, pero desatendiendo las necesidades principales de sus hijos. El niño espera una atención que no obtiene y queda frustrado. Como no justifica la actitud de sus progenitores, porque no la comprende en su profundo sentido, piensa que la televisión es un competidor temible en los afectos de sus padres y crea contra ella un fuerte rechazo que le hace huir. Pero puede suceder que, por lo contrario, adopte e imite las actitudes transmitidas, para congraciarse y conquistar al progenitor reacio, en cuyo caso crece la influencia del programa favorito.

En otro caso, cuando los padres obran normalmente y el receptor trabaja cuando ya han sido cumplidas las labores diarias, los programas son gozados cabalmente a voluntad de cada miembro de la familia, sin imposiciones y sin rechazos y es entonces cuando tiene mayor efecto. Los niños, a pesar de su inestabilidad, pueden permanecer largo rato ante la televisión cuando los programas atiendan a los intereses de su edad. Al final de la adolescencia, mejora la estabilidad y la constancia del adolescente ante el interés de las obras transmitidas. La adolescencia, en la inmensa mayoría de la población latinoamericana, es altamente sentimental; por ello, cuando se transmiten obras que conmueven se logra la fijación de las imágenes que quedarán indelebles durante mucho tiempo y llegarán a la categoría de motivaciones inconscientes de la conducta, definiéndola positivamente o negativamente y dependiendo de las situaciones vividas previamente. Es así que las telenovelas de tipo sentimental tienen en esta edad una influencia importante, ya que el televidente puede identificarse en dos formas con los actores: la primera, cuando el vidente siente ser él quien actúa; la segunda, cuando el protagonista es del sexo contrario y el joven se enamora de él y aprueba su conducta.

No debo terminar sin hacer mención a que este trabajo no es producto de la investigación social de campo, cosa que no habría sido posible dada la premura con que hubo de prepararse, pero sí es producto de larga observación, de cambio de impresiones, del medio ambiente en que nuestras actividades se han desarrollado y de la valoración en clase, hecha sobre trabajos de los alumnos del Doctorado en Psicología, en el Seminario que yo dirigía sobre Psicología de la Delincuencia Juvenil en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sabemos que cada tipo de programa tiene un público diferente, variable por intereses, por grados de cultura, por estratos sociales o por

grupos socioeconómicos. Sin embargo, hay programas que casi acaparan al público que los presencia, debido a las técnicas empleadas, a las obras seleccionadas que, desafortunadamente, no tienden a elevar el nivel individual o social. Cuando no se busca una base psicosocial de contenido educativo, selectivo o de alta moralidad, sin gazmoñería, los programas tienden a bajar de calidad.

La televisión tiene toda clase de público, uno permanente y otro eventual, pero sugestionable en la mayoría de los casos. Es un instrumento educativo, audiovisual, de gran fuerza, cuya influencia varía según las edades, las situaciones personales y otros factores.

De ella pueden proceder errores infantiles y juveniles generalizados, por unos debido a defectuosa interpretación de los programas, o por contenidos no clasificados.

Una televisión que desorienta o mal educa debe ser combatida, pero debe impulsarse aquella orientada a elevar los niveles culturales, a provocar conductas superiores, a inspirar la realización de principios humanos, etcétera. El instrumento para ello es la buena formación del técnico en sus diversos aspectos, pero especialmente en programación de contenido éticamente orientado, sin caer en la monotonía ni en la repetición pobre. Cuando se dijo que esto era imposible en el cinematógrafo y los productores se resistían a elevar el nivel general, Walt Disney, ese genio benefactor de la infancia y la educación, demostró que sin monotonía y sin limitaciones de criterio es posible ayudar al público a elevarse ética, cultural y estéticamente.

La televisión debe ayudar también a los padres de familia a ejercer una autoridad racional excluyendo toda obra en que ellos ejerzan violencia sobre sus hijos, pero también ayudarlos a formar en sus hijos el sentido de responsabilidad, presentando, por ejemplo, los contrastes de avance social, económico y político que se pueden observar entre los responsables y los irresponsables, y haciendo evidente el atraso del incumplido, del fatuo, del ignorante y del agresor permanente.

## CONCLUSIONES

- 1ª El presente trabajo no puede ni debe ser tomado como plenamente válido para calificar la realidad, ya que no es producto de una investigación propiamente científica ni de campo, pues sólo se utilizaron en él los elementos teóricos psicosociales de la dinámica latinoamericana, familiar y extrafamiliar.
- 2ª En la mayoría de los países de América Latina y posiblemente en otros, existe la necesidad de que los técnicos en programación televisada tomen en consideración los efectos de las transmisiones en

los diversos sectores de la población, y especialmente en aquellos que son más adictos a presenciarla.

- 3ª A este respecto, es conveniente que se hagan investigaciones de campo acerca de quiénes son los televidentes, los programas que prefieren, el status social y económico, el grado de cultura y otros factores que pueden influir en la correcta recepción del mensaje televisado y en la conducta provocada por el mismo.
- 4ª Dada la psicodinámica familiar ante los intereses evolutivos del individuo y sus relaciones sociales, un mismo programa produce diversos resultados en los variados sujetos.
- 5ª Sin embargo, como hay situaciones emocionales y de otros tipos, generalizadas en cada población pequeña o grande, pueden predecirse y confirmarse ciertos modos de reacción ante un mismo estímulo televisado dentro del radio de influencia de una estación transmisora.
- 6ª Entre los efectos que deben ser objeto de cuidado, están los resultados que se producen en los niños y los adolescentes tras ciertos tipos de programa, por la transcendencia que la conducta provocada puede tener para toda su vida.
- 7ª Con la limitación del criterio personal, nos permitimos sugerir que para los niños de segunda infancia se establezcan programas no muy complejos y de noble contenido afectivo, empleando la fantasía para sublimar los sentimientos, fijar conceptos y canalizar inquietudes.
- 8ª Con respecto a los niños de tercera infancia y a los púberes, creemos que convienen programas de exploraciones científicas, descubrimientos, biografías (a cierto nivel) y de aventuras que no estén al alcance inmediato del niño o del púber en vía de imitación.
- 9ª En cuanto a los jóvenes de más de dieciséis años conviene establecer programas que pongan en juego los más altos valores humanos, saliendo éstos triunfantes.
- 10ª Sabedores de que el público televidente vive una complicada problemática familiar, social y de otros tipos, los demás programas deben dirigirse a ilustrar sobre problemas concretos, a mejorar sus relaciones familiares e interpersonales en lo general, así como a sugerir maneras de resolver los problemas, combinando estos programas con los de mera diversión.
- 11ª El cuidado que se tenga con los horarios de transmisión redundará en mayor éxito, cuando se atienda a las posibilidades más generalizadas dentro de cada sector de televidentes.

# La Comunicación Social y la Justicia Penal

## CONCLUSIONES

### 1. — Conclusiones

1.1. — La sociedad es un ente organizado que se mueve dentro de un marco de derechos y deberes; el ejercicio de la libertad y, en particular, el de la comunicación social, deben sujetarse a esos límites, que son de orden ético-jurídico.

1.2. — Las personas a cuyo cargo se encuentren los medios de comunicación, y los comunicadores en general, conscientes y también responsables de la misión social a ellos encomendada, y por efecto de una integral formación profesional, deben actuar en armonía con los órganos de la justicia penal.

### 2. Recomendaciones: Para ellos es recomendable:

2.1. — La fiel observancia de las leyes de ética profesional y de las leyes de prensa existentes, lo que será garantizado por la seguridad de la aplicación y ejecución de las sanciones previstas para el incumplimiento de los preceptos legales.

2.2. — La implantación, en los países en donde todavía no las haya, de leyes de ética profesional y de prensa, abarcando ampliamente la comunicación social, y la revisión y actualización de unas y de otras, donde ya las haya.

2.3. — La instauración o la actualización de organismos encargados de la aplicación de las leyes de ética profesional.

2.4. — La conveniencia de que ILANUD (\*) se encargue de la elaboración de principios básicos que orienten el ejercicio de la comunicación social y su relación con la administración de la justicia penal.

### 3. — Sugerencias

A los fines de lo establecido en el punto 2.4, se sugiere a ILANUD tener en cuenta y someter a estudio las siguientes sugerencias:

(\*) Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.



3.1. — Que se auspicie la regulación, por cada país, del tratamiento que los medios de comunicación social puedan dar a la llamada “crónica roja”.

3.2. — Que se propongan restricciones legales a la divulgación del **modus operandi** de los delincuentes.

3.3. — Que se propugne por que los cuerpos auxiliares de la justicia no sirvan de fuente de información sobre delitos, dejando esta función a los organismos instructorios y jurisdiccionales.

3.4. — Que se postule la conveniencia de que los medios de comunicación social designen a personas técnicamente competentes, preferentemente profesionales del derecho, para que supervisen toda información sobre delitos, antes de su impresión o propalación, a los efectos de garantizar la corrección de dicha información desde dos puntos de vista jurídico y judicial.

3.5. — Que se requiera la cesión de espacios, por parte de los medios de comunicación social, a los fines de que los organismos estatales correspondientes efectúen campañas educativas y preventivas. Dichas campañas deberían ser encaradas por los organismos de prevención contando con la cooperación de profesionales publicistas con el propósito de obtener la mayor eficacia.

3.5.1. — Que en esas campañas se ponga énfasis en la posibilidad de daño moral y jurídico, individual y social, más que en las cuantías o valores económicos, involucrados en los delitos.

3.6. — Que se auspicie la inclusión de la materia “Prevención del Delito” en los programas de estudio de las Escuelas de Comunicación Social.

3.7. — Que se proponga la regulación de la publicidad sobre bebidas alcohólicas o sustancias funcionalmente equivalentes.

3.8. — Que se postule la necesidad de incluir, en los entes que supervisan a las emisoras de radio y TV, representantes de los organismos encargados de la prevención social.

3.9. — Que se propugne una estricta regulación de los horarios de radio y TV, estableciendo zonas de protección al menor.

3.10. — Que se prevea un régimen de sanciones para el incumplimiento de las obligaciones que resulten de la regulación legal auspiciada.

3.11. — **Observación:** Las recomendaciones precedentes se refieren exclusivamente a la prevención de delitos, es decir, de aquellas conductas incriminadas por la legislación penal de cada país. En ningún caso, tales recomendaciones podrían interpretarse en sentido contrario a las libertades y los derechos cívicos.

## A atual problemática do menor

DR. LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA AMARAL

*"Do rio que tudo arrasta, se diz que é violento; mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem."*

B. BRECHT.

### SUMARIO

- INTRODUÇÃO
- A COMUNIDADE E O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR
- OS RECURSOS HUMANOS
- DUAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS ESSENCIAIS A POLÍTICA DO MENOR
- A SITUAÇÃO IRREGULAR
- A TERAPIA
- O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR E AS LEIS AFINS
- O DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS NAO-ADULTOS, EM ALGUMAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS
  - França
  - Alemanha
  - Itália
- A PREVIDENCIA SOCIAL E O PROBLEMA DO MENOR
- OBSERVAÇÕES DERRADEIRAS
- CONCLUSÃO

### INTRODUÇÃO

Ao encetarmos esta modesta tarefa, cumpre-nos liminarmente expender a sua íntima razão: não só um apelo, mas também um brado de advertência às consciências dos que lidam com aqueles condenados até a alma, os menores problemáticos, calados pela desproteção, sofridos pela habitudinária desatenção.

---

O autor é advogado militante no foro de Brasília, havendo atuado na Defensoria Pública junto ao Juizado de Menores desta Capital, pesquisador do assunto e mestrando na Universidade de Brasília.

Ensinou Ihering que, "o fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta". Como nós que iniciamos a vida forense, num órgão cuja denominação traz o sentido de luta — pois quem defende não o faz sem lutar — assim também é este trabalho: um embate amplo e impessoal, almejando o resguardo daquele que nem ao menos tem merecido duas ou três linhas em seu proveito, senão dos abnegados magistrados em suas sentenças, muitas vezes, dignas de maior publicidade.

Nosso objetivo imediato é buscar a unidade de compreensão dos postulados básicos do Direito do Menor considerando aqueles companheiros que divergem da atual orientação científica, por puro desconhecimento ou por comodismo. Justamente, miramos os que não aliam a prática à teoria, pois pensamos que a longa experiência é sem dúvida imprescindível, mas ainda não o bastante, se não tem o mínimo de embasamento doutrinário.

A missão de recuperar qualquer ser humano é altamente qualificada; com o menor, essa exigência é bem mais profunda por razões que adiante veremos.

Talvez tenhamos adotado neste ofício um real avanço em certas proposições, contudo, neste vanguardismo, temos aliados valorosos. Não queremos dar enfoque puramente teórico ao presente trabalho, mas queremos, sim, falar da prática por ângulos que aprendemos a observar.

Com efeito, não desejamos esgotar ou dar cores terminativas ao tema que ora abordamos, mas tão-somente pretendemos levar a qualquer interessado sugestões e pensamentos hauridos em profunda pesquisa e convivência íntima com a realidade do menor. A lide diuturna e absorvente no Juizado de Menores desta Capital fixou-nos certas aspirações dentro dessa causa.

Assim, já se afirmou que entre a palavra dita e a vivida, há sensível diferença. Se for apenas proferida, é tão-só um eco vazio. Mas se vivida, sofrida, com conteúdo de existência e história pessoal, ela se transforma em mensagem, em alerta, afeta consciência, forma opiniões, enfim, sugere movimentos. Logo, limitar-nos-emos à realidade, usando para isso, amiúde, do empirismo; todavia, quando possível, buscaremos razões científicas que são exíguas na literatura pertinente.

A lei, distante da realidade, não existe como direito e sim, como letra morta; mas a lei que tem a realidade por base, esta sim, tende a atingir seus fins.

Impõem-se, neste intróito, algumas premissas essenciais do problema do menor em nosso País.

Destarte, devemos ter perfeita noção de que a causa menorista (para usarmos o neologismo de Cavallieri) não está restrita a uma visão monolítica, porém global. O menor desajustado, infrator, abandonado, doente, é produto de uma sociedade ainda não plenamente desenvolvida, na amplitude de seus recursos econômicos, sociais e culturais. É verdade, também, que o problema existe noutras sociedades mais desenvolvidas. Ter-se sempre bem presente tal evidência é de suma importância para o trato do tema em exame.

Com efeito, nosso desenvolvimento apresenta-se com certos contrastes de grandes proporções, senão vejamos: em 1970 a nossa densidade demográfica foi de 11 habitantes por km<sup>2</sup>, com apenas 1,03 habitantes por km<sup>2</sup>, na vasta região norte, e 44 habitantes por km<sup>2</sup> na região sul, tendo seus extremos no Território de Roraima e no Estado da Guanabara.

Nossa taxa de natalidade na década de 1940 a 1950, que era de 44 mil, decresceu para 37,7 por mil no período de 1960 a 1970; mas graças aos notáveis progressos de nossa medicina, a taxa de mortalidade decresceu no mesmo período de 23,7 para 9,4 por mil.

Com isso, a taxa de crescimento aumentou apesar da redução da natalidade — de 20,3 para 28,3 por mil ao ano — e, ainda, a expectativa de vida média do brasileiro ao nascer passou de 42 para cerca de 60 anos (dados de 1970).

Nosso País é eminentemente de jovens. Nos censos demográficos de 1940, 1950, 1960 e 1970, cerca de 43% da população total tinha menos de 14 anos, abaixo portanto da possibilidade física normal de trabalho, e cerca de 53% da mesma população tinha menos de 19 anos de vida, sobrando apenas 47% acima de vinte anos.

Esses dados estatísticos (IBGE) nos convertem num dos países mais jovens do mundo e nos mostram que em 1980, daqui a dois anos, teremos 75 milhões de jovens de menos de 19 anos; isso refletirá decerto na capacidade plenamente ativa do Brasil e, indubitavelmente, na política nacional do menor.

Conforme estudos do Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho, a população economicamente ativa em 1975 foi calculada em 34%, o que significa que cada pessoa que auferiu renda teve de sustentar a si e a mais dois dependentes. Mas grande parte dessa população ativa auferia renda abaixo de suas necessidades. Em 1970 o IBGE comprovou que cerca da metade da população ativa auferiu salários inferiores ou iguais ao mínimo vigente naquele ano. Sendo certa a exclusão dos salários indiretos (13º salário, PIS-PASEP, salário-família etc.).

Daí, vislumbramos o tão debatido, entre os teóricos do desenvolvimento, círculo vicioso e cumulativo da pobreza, demonstrado pelo Prof. C. E. A. Winslow:

“Homens e mulheres eram doentes porque eram pobres; tornaram-se mais pobres porque eram doentes e, mais doentes, porque eram mais pobres” (1).

Temos, ainda, que o menor em situação irregular, acentuadamente (mas não exclusivamente), o abandonado, é uma questão fortemente ligada ao processo de urbanização. As cidades crescem (incham), sem que haja um prévio controle que se faz indispensável (saneamento básico, habitação, emprego, escolas, migração interna, etc.), resultando daí a perda do senso comunitário,

(1) WINSLOW, C. E. A. — “The Cost of Sickness and Price of Health”, Monograph Series, nº 7 — Genebra — 1951.

perda essa que não é decorrência necessária do processo de urbanização, mas sim da aleatoriedade da sua evolução. Afloram, então, a forte competitividade e os conflitos que não poupam sequer os indefesos nestas megalópoles.

Vale lembrar as estatísticas, no que tange à distribuição de nossa população: em 1970, 55% encontrava-se nas cidades e apenas 45% no campo. Para 1975, as previsões indicaram para a cidade, em números absolutos, 65 milhões de pessoas e, para a região rural, 43 milhões, num total de 108 milhões de patrícios. Nessa progressão, em 1980, quando nossa população será de 125 milhões, deveremos ter 83 milhões nas urbes e 43 milhões no campo. É de se destacar que o decênio de 1980 será o primeiro em que nossa população rural decrescerá em números absolutos.

Parecerá que essas progressões são otimistas, conquanto todo o processo de industrialização fornece tais proporções. Se, porém, considerarmos que o modelo histórico de ocupação dos solos urbanos, na América Latina e no Brasil, também se realizou dentro da linha genérica do *laissez faire*, sem haver, via de regra, um planejamento do estado físico, veremos que não há abrigo para esse otimismo. Senão vejamos: a massa populacional expelida dos campos anualmente vem para as cidades à busca de melhores condições de vida, sem preparo profissional, cultural e político para enfrentar seu novo *habitat*, daí a marginalização dessa gente nas cidades.

Desse caótico cenário, já podemos tirar duas ilações:

a) impõe-se urgente estímulo no sentido de que se fixe o homem no seu ambiente (rural), com todas as adaptações que a modernização rural está a exigir dele, para que o mesmo não venha a ser rechaçado do "seu mundo";

b) inevitável é a planificação familiar, sem a qual de nada valerão os esforços de desenvolvimento social, pois o crescimento demográfico acelerado é algo que anula o objetivo de nossa lenta distribuição de melhorias. Sabemos que é delicada esta posição por razões bastante conhecidas; no entanto, temos a certeza de que um certo planejamento voluntário, respaldado em orientações, esclarecimentos, conscientizações, através de uma campanha que atingisse todos os níveis sociais, certamente contribuiria no sentido de amenizar a questão do menor. Ora, esse planejamento não seria impositivo, logo não teria aspectos negativos no que concerne à moral e à religião.

Não mais perdura a filosofia de que o ato sexual tenha por objetivo único a procriação; se assim fosse, não haveria a permissibilidade do congresso carnal em estando a esposa grávida.

Sabe-se que o sexo também é um ato do prazer e isto não é irracional hedonismo, mas constatação científica.

É oportuno salientarmos que a Encíclica *Humanae Vitae* adverte que: "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” (2). Antes desse documento papal, outro já traçava a mesma orientação, a *Populorum Progressio*:

“É aos pais que compete determinar, com pleno conhecimento de causa, o número de filhos, assumindo a responsabilidade perante Deus, perante eles próprios, perante os filhos que já nasceram, perante a comunidade, de acordo com as exigências de sua consciência...” (3).

Logo, não vemos como contrariar a moral e a religião, pois o pleno conhecimento de causa (direito de todos), que estipula a última Encíclica, é o que se tem como escopo dessa planificação familiar voluntária, esclarecida e viabilizada pelos órgãos governamentais. Ainda poder-se-ia obstar essa ação do Poder Público, argumentando-se que um poder temporal não pode interferir noutra espiritual. Sem usar nossas palavras, provamos que tal alegação improcede, com fulcro novamente na *Populorum Progressio*, quando ela esclarece:

“É certo que os Poderes Públicos, nos limites de sua competência, podem intervir, promovendo uma informação apropriada e tomando medidas aptas, contanto que sejam conforme as exigências da lei moral e respeitem a justa liberdade dos cônjuges” (4).

Temos o arrimo, neste passo, do Prof. Mário Henrique Simonsen, que diz em seu livro *Brasil 2002*: “a planificação familiar é um direito exercido pelos ricos, hoje sonogado às classes mais pobres” (5). Planificação familiar é, em suma, política educacional voltada para a sociedade, que afasta a hipótese da paternidade irresponsável, não desejada — que só traz à família desequilíbrio e desintegração — evitando muitos casos de abortamento criminoso que passam despercebidos às autoridades, e cuja frequência nos deixa perplexos.

Num País que busca a democratização das oportunidades, é inadmissível a não divulgação dessas informações. Os dados estatísticos e a lógica descompromissada com preconceitos demonstram a imperatividade de urgentes e firmes decisões para o problema do menor.

A verdade dos filhos indesejados, todos os dias, atormenta quem labuta no âmbito do Juizado de Menores, tanto assim que não se pode quase sempre intimidar os pais, dizendo-lhes da possibilidade de recolhimento de seus filhos, pois justamente é isso que eles almejam: livrar-se dos filhos para sempre, “ou de papel passado”. Já refugimos dos exemplos de recém-nascidos (filhos de mães-solteiras), abandonados em maternidades e até em vias públicas, porque nesses casos, como prova do desinteresse por esses filhos, só há o concreto abandono (renúncia tácita do pátrio poder, para alguns), sem a expressa manifestação da mãe neste sentido, que quase nunca é encontrada, inobstante as incansáveis diligências do Serviço Social do Juizado.

(2) CHARBONNEAU, Paul Eugene — *Humanae Vitae e Liberdade de Consciência*. Herder, São Paulo, 1969, p. 127.

(3) PAULO VI — *Populorum Progressio*. 4ª ed., São Paulo — Paulinas, 1927, p. 28.

(4) PAULO VI — *Op. cit.*, pág. 29.

(5) SIMONSEN, Mário Henrique — *Brasil 2002*, 6ª ed., Rio de Janeiro, APEC, 1975, pág. 67.

## A COMUNIDADE E O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR

A complexa questão do menor é da alçada de todos. Esta concepção se faz essencial como lenitivo para este crucial problema. Logo, é necessária a conjugação de esforços: juiz, escola, hospital, igreja, empresas e imprensa em geral, todos irmanados na mesma causa, que é, por assim dizer, garantia do futuro nacional. Portanto, é para a comunidade um dever cívico e cristão.

Cabível, nesse passo, é recordarmos as palavras do Prof. Alfredo Buzaid (quando Ministro da Justiça):

“Estamos, na verdade, diante de uma causa nacional. Para conjurar os males que afligem a infância e a adolescência em nossa Pátria, devemos congregiar nossos esforços em busca de soluções que traduzem a cooperação comum. Já não se admitem iniciativas inspiradas por idéias empíricas e por improvisações apressadas. O que se impõe é um planejamento ordenado, sistemático e racional, cuja execução, guardada a unidade superior dos princípios, posto que atendendo às peculiaridades regionais:

— é assegurar à infância e à juventude um tratamento digno, a fim de que a personalidade humana se forme sem ódio, sem ressentimento e sem complexos;

— é dar aos desamparados um ambiente familiar, onde recebam manifestações de afeto, prepará-los para adquirir uma profissão, assisti-los em suas enfermidades e proporcionar-lhes recreação legítima e sadia. Este empreendimento depende para seu êxito, não só da colaboração dos governos estaduais e municipais, como também das milhares de associações e entidades beneficentes, criadas pela iniciativa particular” (\*).

Nossas comunidades tendem, atualmente, para a organização de clubes sociais e esportivos, relegando para segundo plano a criação de obras de atendimento aos menores, isto porque acreditam este ônus cabe apenas ao Estado. Esta mentalidade precisa ser escoimada das comunidades brasileiras.

É salutar uma campanha conscientizadora do público neste particular; isto sim, deveria ser iniciado pelos organismos oficiais ou ligados ao assunto. Se nossos apelos não forem correspondidos, ao menos teremos feito todo o possível para amenizar tão agudo problema.

## OS RECURSOS HUMANOS

O Juiz de Menores que tem judicatura bem diferente da dos demais magistrados não pode e não deve ilhar-se na comunidade, sob pena de ver seus propósitos falirem, acentuadamente, os preservativos. Precisa ele buscar a participação de todos na sua sublime missão. Aprendemos em nosso dia-a-dia que esse juiz é intrépido, comunicativo e bondoso, sem contudo perder sua autoridade de magistrado.

(\*) R. G. do Sul — Assembléia Legislativa/Juizado de Menores — “II Simpósio Nacional para o Equacionamento do Problema do Menor” — 1974.

A aplicação da lei, mesmo que em toda a sua amplitude, sem limitações, não resolverá por si só a questão do menor; todos os recursos técnicos exigidos também não serão a solução, senão dos casos já existentes (terapia); o que mais resultará proveitoso é, em verdade, a prevenção (profilaxia). Esta, sim, deve ser o alvo maior de todos quantos tenham ingerência nesta causa. Sem isto, todos os recursos instalados serão sempre insuficientes.

Injuntiva é a preparação do pessoal que, por qualquer condição, se relacione com menores problemáticos; este é o ponto de inópcia de quase todos os juizados do Brasil (que conhecemos). Sabemos da falta de implementos indispensáveis ao bom desempenho do juiz e sua equipe. Há necessidade de que o menor perceba, tanto quanto possível, que toda essa equipe trabalha única e exclusivamente para beneficiá-lo, para ressocializá-lo e não para castigá-lo. De logo faz-se sentir a premência de uma visão uniforme por parte de todos os elementos que lidam com menores. Aqui temos outra razão importante desse trabalho.

Essa unidade de entendimento (ao menos exterior) evita que o menor receba mensagens contraditórias, das diversas pessoas com quem ele mantém relacionamento, durante sua passagem pelo Juizado. É como se numa família o pai orientasse o filho em um sentido e a mãe, no inverso.

O menor precisa achar sua identidade na família e, principalmente, em qualquer meio que pretenda ressocializá-lo. Todos aqueles que têm conhecimento, mesmo que estreito, na área da psicologia infantil ou do adolescente, sabem da imprescindibilidade dessa identificação. As teorias sobre a personalidade são fartas neste ponto (Adler, Sullivan e Roger) (7). Poderíamos dar mais evidência científica para a sugerida unicidade, mas a psicologia não é nosso campo de domínio.

Por isso, concluímos que, se não há condições para a seleção prévia dos candidatos a este serviço altruístico e profundamente técnico, devemos ao menos proporcionar aos elementos ligados a esse mister algumas informações científicas, tais como palestras periódicas, reuniões, debates, instruções circulares, visando a todo o pessoal, sem distinção (do servente ao mais gabaritado técnico).

Esta atividade mentalizadora do pessoal poderia ser propiciada, em grande parte, pelos próprios juízes e/ou por seus auxiliares habilitados para tal orientação. É uma reciclagem real e sistemática para o pessoal, sem grandes esforços e que atingiria, para ser eficiente, até aqueles meros colaboradores e demais interessados, tais como comissários, fiscais de menores etc.

Há também outra razão para essa periódica reciclagem, qual seja a melhor especialização de cada setor, seguindo-se o princípio da especialização tão difundido na moderna técnica administrativa, que dá maior organicidade de rendimento ao serviço. Tal equacionamento é, aliás, da maior importância

---

(7) ADLER, Alfred. *Ciência da Natureza Humana*; ROGER, Carl. *Grupo de encontro*; SULLIVAN, Harry Stack. *Theory of Psichiastry*.



para a administração da justiça em geral, excluindo as improvisações que tanto entravam a prestação jurisdicional.

A seleção de pessoal impõe-se mais ainda, em se tratando de menor infrator das leis penais; neste caso, exige-se maior preparo daquele que tenha por ofício efetivo o trato com este tipo de menor, posto que o terapeuta deve ter um bom nível de tolerância às frustrações, porquanto a recuperação deste adolescente é lenta, quase um constante recomeçar. Daí o rótulo "menor irrecuperável" e as conseqüentes medidas puramente repressivas sem qualquer conotação ressocializante; se bem que, em muitas dessas medidas, tem-se insito o total desvalimento de meios materiais e humanos para que outras soluções sejam adotadas. É certo, também, que às vezes é o uso inadequado dos meios existentes que provoca tais despropósitos.

Temos consciência de que só a seleção não resolve a difícil situação dos serviços instituídos para cuidar do menor. Eis por que é recomendável que se aproveitem, ao máximo, os recursos já instalados, através do sistema de reciclagem e outros. Além disso, seria um desperdício infundado não se contar com as boas colaborações, não lhes dando o aprimoramento essencial, para que se faça a plena utilização de todos os recursos disponíveis. Temos observado em nossas andanças em outros juizados do País, com inquietação, que certos desgastes poderiam ser escoimados, se fosse outra a mentalidade. Sabemos que a larga experiência é de suma importância, contudo não ignoramos que a ausência de conhecimentos teóricos, mínimos que sejam, se não a anula, a reduz ao empirismo obscuro, negação dos princípios ressocializantes do Direito do Menor.

Citamos abaixo algumas características da personalidade que o profissional menorista deve ter para o bom desempenho de suas atividades — segundo o Prof. David Zimmermann (8):

- a*) capacidade de estabelecer relações afetivas profundas e suficientemente prolongadas;
- b*) capacidade de assumir responsabilidades; capacidade de reconhecer as próprias limitações e disposição afetiva para realizar trabalho continuado;
- c*) sensibilidade, compreensão intuitiva das emoções (empatia), capacidade de escutar;
- d*) capacidade de observar a ansiedade alheia; capacidade para suportar seus problemas pessoais, frustrações e desgastes;
- e*) bom nível de inteligência e flexibilidade de assimilar novos conhecimentos (aí temos a reciclagem);
- f*) de cultura geral e humanística e conhecimento em certa profundidade das ciências afins (Ciência do Homem)."

(8) Catedrático de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Diretor do Curso de Pós-Graduação nessa área, com vasta experiência com a problemática do menor.

O mesmo catedrático faz algumas sugestões para o permanente bom andamento do trabalho:

- “1 — selecionar as pessoas para trabalhar com o menor e não dar emprego a determinadas pessoas;
- 2 — supervisão permanente para os profissionais;
- 3 — ensino e estudo sistemático, para evitar que o trabalho caia na rotina;
- 4 — remuneração adequada para que os profissionais bem selecionados permaneçam no trabalho; eventual ajuda econômica e estímulos às pessoas realmente capazes e dedicadas”. (Quanto à parte econômica da sugestão, ao nosso ver, é algo difícil, porém, quanto ao estímulo, é fácil e simples) (9).

Ainda é do professor acima aludido o esclarecimento de que é conveniente a preparação ou orientação, variando de acordo com o nível, de todo e qualquer elemento que exerça atividade em torno do menor: assistentes sociais, psicólogos, médicos, técnicos educacionais, comissários, especialistas afins, advogados e pessoal de direção e administradores e, até mesmo, agentes de polícia e serventuários atendentes, vigilantes, porteiros etc. Como se pode notar, tal cuidado é tanto para um Juizado como para estabelecimentos que abriguem menores. Estas apreciações foram proferidas em simpósio sobre menores problemáticos, em Porto Alegre, em 1974.

De certo modo, o profissional mal remunerado faz um tipo de jogo duplo, não se dedica, não usa dos princípios técnicos porque é explorado pela instituição a que serve.

Nestas circunstâncias, o menor transforma-se em um receptáculo dos problemas pessoais deste monitor.

É evidente que aqui não se propõe medir qualidades no profissional menorista, mas sim avaliar se elas existem ou não. E o melhor meio para essa aferição é o estágio probatório.

Com relação ao juiz, em virtude de sua especial jurisdição, entendemos que não só julga o menor, mas também o ajuda, o protege. Essas atividades do juiz não devem ser perfunctórias, assim como as dos seus auxiliares; ambas carecem sempre de profundo estudo do caso. Trazemos neste sentido o conselho de Cavalcante de Gusmão: “o menor perante o juiz está como filho perante o pai”, tal deve ser o espírito tutelar, não só do juiz como também de toda a Justiça do Menor. Sem que isso signifique a ausência do caráter disciplinar, conquanto o pai também disciplina. Há que se notar quão diferente é esta justiça das demais: tem sede independente, juízes com insólita jurisdição. Esses magistrados vão à televisão, reúnem-se, precisam de conhecimentos especiais, vivem cercados de técnicos, exigem recursos e colaboração de todos, desfrutam de inusitadas faculdades — arts. 160 e 131 do Código de Menores.

---

(9) *In* Simpósio retroaludido.

Infere-se a partir das considerações acima mencionadas que não deve haver, no caso de Juízos não privativos de menores, a confusão de ânimo judicante, tão prejudicial ao Direito do Menor. Há de se fazer as necessárias distinções, porque o espírito tuitivo desta justiça não pode ser desprezado. Eis aí a razão premente da especialização do Juiz de Menores, como aliás é princípio norteador de qualquer serviço organizado sobre bases científicas.

## DUAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS ESSENCIAIS À POLÍTICA DO MENOR

A primeira delas é a tão comentada célula básica da sociedade, a família, que hoje diz-se estar em crise. Mas, nesta crise, temos como endocausa as mais variadas formas de desintegração desta instituição social, que, como tal, não mais cumpre suas específicas e tradicionais funções, dentro da organização humana. Tal desintegração é bem observada na família dita extensa, principalmente; daí surgindo, então, a família nuclear (pai, mãe e filhos). Alteração esta bastante sensível hoje em dia nos grandes centros urbanos; é enfim uma mudança substancial na instituição familiar, no seu curso evolucionar, cujos efeitos provocam sérios desequilíbrios sociais.

Essa família remanescente sofre alguns desvínculos em relação a certos padrões tradicionais, o que gera a crise e suas variadíssimas conseqüências. A instituição familiar não tem condições para atender às mínimas exigências de nossos dias, por fatores diversos da vida moderna. Com efeito, muitas famílias não estão ainda preparadas para ajustarem-se às rápidas mudanças sociais, não fornecendo assim à criança as reais identificações, como primeira etapa de socialização do ser humano. Em diversas famílias, as crianças não recebem o afeto e as influências positivas necessárias ao bom desenvolvimento da personalidade.

A escola, como segunda instituição promotora da socialização do homem, também experimenta uma inaptidão para realizar suas atribuições sociais, tanto por deficiência quantitativa, quanto, principalmente, qualitativa (neste último aspecto, Piaget é abundante em constatações práticas).

A escola deve ser o centro dinâmico da coesão comunitária (pais e mestres devem tirar proveito da excelente posição da escola na sociedade). O que a família não pode oferecer, a escola poderá fazê-lo, com certo esforço pessoal de cada um e planejamento adequado; pode ela dar à comunidade orientações, recreações e apoio em geral às famílias. Estamos pensando principalmente (porém, não exclusivamente) nas escolas que estão encravadas em locais onde é maior a incidência do menor abandonado e certamente infrator (favelas, mocambos e similares).

Algumas escolas já procedem neste sentido comunitário, entretanto, essas são justamente aquelas reservadas às famílias que menos carecem dessa orientação.

Escola e comunidade devem operar mutuamente, aliás esta exigência já se faz notória de há muito; todavia, realizá-la é que se constitui na incógnita do problema.

Fazem-se preciosos planos e experiências práticas que poderiam ser executados por universitários, aproveitando-se os excelentes recursos que as universidades oferecem, posto que nada deve ser desperdiçado num processo de desenvolvimento social acelerado.

O aluno precisa situar-se em sua comunidade e isto constitui o objetivo, ou deveria sê-lo, da escola, visto que não se forma espírito de cidadania, abstraindo-se o educando de seu meio cultural. Urge expandir a educação para além dos limites da escola tradicional, fazendo dela elemento ativo do esquema comunitário; dar à comunidade ciência de suas potencialidades, provocando a mobilização destas potencialidades e equacionando algumas de suas graves distorções. Essas são algumas das técnicas do progresso comunitário.

A escola é instituição social, como já dissemos, logo, com amplas funções sociais improrrogáveis. Educar não é apenas alfabetizar, mas também, e essencialmente, habilitar a criança (o jovem) para a participação sadia, sem a qual os pilares da segurança nacional debilitar-se-ão.

A educação também não é caridade, entretanto um dever do Estado e dos pais; é um ponto de honra de qualquer sociedade que aspire ao progresso global. Logo, este dever é para a escola uma prática não desvinculada do processo de desenvolvimento da sociedade em geral. É um dever prestado com consciência e métodos hábeis para que se alcance o fim almejado, que é sempre o homem em última instância e não aparência de atendimento deste fim puramente ideológico (10).

A educação e seu aspecto ideológico servem à causa nacional, e este serviço para ser proveitoso, precisa centrar-se na pessoa do educando e seu ambiente social.

A guisa de melhor entendimento, vejamos o que diz o avanço teórico do psicólogo Carl Roger, no tocante à educação direcionada ao aluno: "Não é o professor que deve orientar o processo educacional, mas o aluno é que deve orientar o professor nas coisas que deseja aprender."

Certamente este posicionamento ainda não nos é adequado, mas serve para demonstrar o quanto é importante o aluno, no contexto educacional moderno; ele não é mais mero objeto e sim sujeito do processo educacional (11). Preferimos dizer que a comunidade é que deve orientar a educação, pelo menos em certos aspectos, suprimindo no aluno aquilo que a família não pode dar.

É, sem dúvida, a evasão da escola um dos fatores preponderantes na questão do menor. Não raro os menores que chegam às barras da Justiça não atingiram sequer o término do antigo curso primário.

Em entrevista ao *Jornal do Brasil* (15-10-76), a Secretária de Educação do Estado do Rio de Janeiro, Prof<sup>a</sup> Mirthes Wenzel, calculava em 81% o índice de evasão escolar na rede oficial de 1º grau daquele Estado. Explicava a educadora que dos dez mil alunos, menos de dois mil chegavam à última série. Dava

(10) Ideologia, na acepção aqui usada, é a ausência de realidade científica, de objetividade (mera aparência sustentadora de uma estrutura).

(11) *In* *Jornal O Globo*, 13-1-77.

como causas a necessidade de trabalho (contribuição dos menores para o orçamento familiar), o êxodo rural e o fato de apenas sete Municípios oferecerem ensino de 1º grau completo. É interessante a afirmativa daquela entrevistada: "Só por causa da distribuição de merenda escolar, conseguiremos reduzir, até 1979, esta elevada estatística."

Evasão escolar ocorre também por falta de estímulos para o prosseguimento nos estudos; falta de livros, de ambiente propício na família e até mesmo por questões relativas ao uniforme escolar, que é mera recomendação; entretanto, temos tomado conhecimento de alunos que não puderam continuar os estudos porque seus pais não tiveram condições para dar-lhes o tão exigido uniforme escolar.

Podemos ainda dizer que diversas escolas levam direta ou indiretamente os pais a retirarem delas seus filhos "porque não dava certo", ou "porque a professora reclamava muito dele". Coisas desse tipo precisam de uma pronta medida das autoridades competentes, para que a escola faça justamente o inverso, orientando os pais, buscando soluções psicopedagógicas para resolver tais dificuldades.

Como vemos, o quadro é obscuro; contudo, muitos podem colaborar, como, por exemplo, sindicatos e instituições públicas e privadas ligadas a serviços assistenciais.

Vale dizer que a educação é um vantajoso investimento para todos e para a Nação. Assim o Prof. Geraldo Langoni (FGV) tem estudado percutientemente o aspecto econômico da educação; neste sentido, também o Senador João Calmon tem propugnado por maior volume de verbas para este setor. Temos também o pensamento do Presidente Geisel que vem reiteradamente considerando a valorização do homem como a meta do desenvolvimento.

O menor, não tendo suas aspirações (conscientes ou não) atendidas, nem na família, nem na escola e ainda sofrendo de outras carências, tais como afeto, alimentação, recreação e estímulos, vai procurar saná-las na rua. Sabemos que a ociosidade da infância, na faixa mais pobre da sociedade, é uma realidade. Não há clubes ou outras atividades culturais; logo, a ocupação mais atraente é a vida livre na rua onde o menor encontra a liberalidade, a remuneração até suficiente e auto-afirmação (negativa). Tudo isso, aliado à sua carência de valores intrínsecos e ao total desvínculo afetivo com o grupo familiar (às vezes até maus tratos), leva-o a acreditar ser mais gratificante a completa independência física e moral, daí a devassidão e a marginalização.

Não devemos esquecer que o desenvolvimento da personalidade é por si mesmo processo interpessoal por excelência, uma vez que ocorre sob a direção ou pelo menos em companhia de outros (familiares, professores etc.). Há um século dizia Aluísio de Azevedo:

"O homem, seja ele o que for, bom ou mau, tolo ou esperto, nunca é mais do que o desenvolvimento fiel de uma criança, e uma criança é obra exclusiva de quem a educou" (12).

(12) MONTELLO, Josué. *Aluísio de Azevedo e a Polêmica d'O Mulato*.

Diz Alfred Adler que "a vida social do homem antecede a vida individual. Não se muda o comportamento de um homem, alterando-se suas experiências e atos, mas sim operando-se em sua estrutura psíquica" (13). Eis a razão da necessária especialização para que se obtenha sucesso nesta complexa missão de recuperação do menor.

Não havendo normal socialização (integração), não havendo resposta às exigências do desenvolvimento pessoal, a criança terá reduzidas as maturações das faculdades do psiquismo, em maior ou menor gravidade. Temos aí, o que se chama em psiquiatria, oligofrenia (do grego *óligos* = pouco; *frénos* = crânio, amênia), em suas espécies diferenciadas: oligonosia (imaturação intelectual), oligotimia (imaturação afetiva).

Vemos, ainda, o trabalho do menor em vias públicas, sem qualquer fiscalização, como excelente estímulo para irregularidade de sua situação. Às vezes, este trabalho é iniciado antes mesmo da idade constitucionalmente permitida (12 anos); é incisiva a lei quando reprime esse abuso dos pais (art. 405, § 1º, da CLT).

Partilhamos da corrente que defere ao menor o trabalho para preencher a ociosidade; todavia, sabemos inadmissível a exclusão da educação e da fiscalização desta atividade laborial, eis que nem todo serviço é recomendável ao menor.

Urge a intervenção preventiva do Juizado e de outras autoridades neste mister. Sabemos da ampla preventividade consagrada no Código de Menores, inclusive dirigida a maiores de 18 anos. Nem sempre a providência cautelar cabível é tão árdua; as mais das vezes, é simples tarefa de se coadunarem as necessidades às possibilidades, pragmaticamente, usando-se todos os recursos alcançáveis sem desvios.

Assim, citemos um exemplo carioca. A Polícia Militar organizou, há pouco, a *campanha de ressocialização de menores*, que consistiu no seguinte: os menores que trabalhavam nas ruas (engraxates, jornaleiros, vendedores etc.) foram cadastrados e identificados pela PM. Ainda estes milicianos provocaram a solidariedade do comércio, das obras filantrópicas e até da Secretaria Estadual de Abastecimento, que forneceram os instrumentos de trabalho (caixas de engraxates, carrinhos de feiras-livres) e uniformes, o que atraía os menores para as inscrições no quartel, que lhes garantia ainda instrução, educação física, higiênica e outros aconselhamentos. Os menores perambulantes (terminologia bem carioca) eram recolhidos e entregues ao Juizado, para que este lhes desse destino certo. Quão grande preocupação cívica esta patrocinada pela PM, com repercussões altamente benéficas para a própria Polícia e para o Juizado!

As causas da delinqüência e do abandono são como que inesgotáveis, porém as precauções também são abundantes.

Seria ideal que o Juizado não extrapolasse de suas atividades judiciárias; se o faz, sabemos que isto se justifica por razões de ordem prática, posto que

---

(13) *Op. cit.*

a prevenção é talvez a maior comporta aos desvios sociais de menores. É evidente que a esta justiça não cabe a assistência social direta. E certamente a ingerência excessiva provocará o descompromisso das autoridades pertinentes. Há que realizar-se o perfeito entrosamento de todos, sempre em benefício do menor e sob a liderança do Juiz.

### A SITUAÇÃO IRREGULAR

O Direito do Menor só será bem compreendido quando se clarificar o conceito de *situação irregular* do menor. Esta denominação quanto ao primário destinatário das normas deste novel Direito foi recomendada pelo Instituto Interamericano da Criança, dentre os diversos tipos: menor desassistido (FUNABEM), menor em estado de patologia social, menor transviado (muito inconveniente), em perigo (*danger*, na França). Tendo cada uma destas designações subdivisões práticas.

*Situação irregular* é a melhor denominação e apresenta, como deve ser, conotações jurídicas, pois estamos no âmbito do Direito. Além desta coerência, parece-nos que tal denominação é ampla suficientemente para abranger as categorias de menores, a quem a norma menorista é dirigida (*regular* é dar conformidade com as regras).

Algo deve ser dito sobre a dicotomia, adotada por Mello Mattos, na sua genial obra, o *Código de Menores*, vigente desde 1927, e que, apesar de não totalmente antiquado, precisa de certas atualizações. Na classificação bifurcada em menores abandonados e delinquentes, pensamos que cabe melhor designação no caso dos infringentes das leis penais. O curial seria: menor de conduta anti-social (ou em estado de psicopatologia social, que é ainda mais aprimorado). Estas denominações estão menos carregadas de estigmas negativos (rótulos). Quanto ao estado de abandono, este é realmente de grande validade, basta que atentemos para o fato de que ele distingue as competências da Vara de Família e de Menores, o que aliás é ponto de conflito, que adiante veremos. Todavia, não vemos necessidade de um especial processo (melhor dizendo procedimento), para que se declare este estado, despicienda tal preocupação, porquanto todos os menores jurisdicionados por este Juízo são pelo menos formalmente abandonados. Assim, bastaria apenas um procedimento de encaminhamento, extinguindo-se o de abandono.

O excelso protetor dos menores deu às normas desse direito a necessária flexibilidade, o que permite variações de atendimento de acordo com as diversas circunstâncias, facilitando ainda a atuação preventiva do juiz; eis por que ainda hoje vige o antigo código.

No trabalho de Cavalcante Gusmão, que ele modestamente qualificou de esboço, defende-se a classificação tríplice, acrescentando-se o "perigo moral". Podemos daí compreender a preocupação preventiva, reinante no trabalho desse jurista. A explicitude e a flexibilidade da legislação menorista deve visar longínquos rincões dessa vastíssima Pátria; pois em tais locais, é muito frequente que a autoridade responsável pelos infantes seja um cidadão pouco letrado (para usar a doce linguagem de Monteiro Lobato). Esta necessidade, cobra-se também em nome da imagem moral do Juizado de Menores. Temos

imensas dificuldades em esclarecer as finalidades deste órgão judiciário aos que lhe batem à porta, solicitando o que não nos é cometido.

É verdade que em São Paulo (como na França) existe até ajuda financeira às famílias necessitadas (Conselho de Amparo ao Menor — SP), mas entre nós (no DF) não existe tal assistência. Em assim sendo, a omissão dos órgãos competentes leva ao descrédito popular a justiça do menor. Igualmente, a falta de elucidação à população acerca das atribuições desta Justiça provoca a imagem de omissão da mesma; impõe-se, neste sentido, a criação, na estrutura do Juizado de Menores, de um setor de relações públicas.

### A TERAPIA

Certos tipos de terapia, se é que assim se pode chamar, não têm a menor preocupação com o espírito educativo e recuperativo, apanágio central do Direito do Menor. É o caso dos castigos, como forma de intimidar; da pura repressão; do internamento sem qualquer aspecto positivo para o menor e para o Direito aqui em estudo.

O experiente menorista Prof. Cavallieri diz que até mesmo os nomes dos estabelecimentos (orfanato, asilo, reformatório) traumatizam o menor neles colocado. O psicólogo especialista em análise de problemas juvenis, K. Friedlander<sup>(14)</sup>, vai ao ponto de assegurar que juntamente com os castigos, o estigma mantém ainda uma ativa idéia de retribuição ou vingança. Eis por que refutamos a generalização do tratamento de cunho policialesco ou carcerário, onde só se pode dar ao menor ociosidade e toda a sutil facilidade para a reincidência. Mantemos ainda viva a deletéria experiência do antigo SAM — no Rio de Janeiro — mácula indelével na consciência de quantos o queriam mantido. Ademais, se o adulto criminoso precisa de julgamento regular para que se possa tolher-lhe a liberdade, não se admite *a fortiori* que o menor seja simplesmente preso, sem qualquer preocupação recuperadora. Aliás, a FUNABEM tem demonstrado como se realiza a radical mudança de mentalidade, isto em apenas dez anos de existência, como modelo que é de instituição de amparo ao menor, até mesmo ao nível internacional. “Para punir-se um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias”<sup>(15)</sup>. Logo, toda medida ou ambiente de caráter unicamente punitivo, tal como grades, algemas, viaturas ostensivamente policiais, permanência demorada em delegacias e comissário-policia (física ou mentalmente) e ainda o tão comum “vulgo fulano” (alcunhas), são reais desserviços que não deram, não dão e não darão resultados com os adultos e muito menos com os menores. Há que se atentar para a adversidade psicofisiológica, existente entre o menor e o adulto, raciocínio este, do qual sói descrever o desavisado, sendo sua negação verdadeira falácia, que de há muito vem sendo combatida pela Escola Positiva do Direito Penal.

Estas medidas a que acima aludimos, além de prejudiciais, anulam o trabalho dos técnicos que se dedicam ao ofício de recuperar o ser humano. De-

(14) K. FRIEDLANDER. *The Psycho-Analytical Approach to Juvenile Delinquence*.

(15) Apud — CROSS, Rupert. *Punishment, prison and the public*, 1971, pág. 47.



fendemos a Justiça de Menores, rigorosa, mas sempre voltada para os interesses do próprio menor e — por que não dizer? — da sociedade, que certamente não está a exigir castigos, mas sim, segurança, e esta é mais recuperação psicossocial que estéril repressão. Insistimos na idéia de que a irrecuperabilidade de muitos delinquentes procede em maior escala das deficiências do próprio sistema que precisamente dos infratores, acentuadamente quando estes são menores e jovens-adultos. Com efeito, diz-nos Augusto Thompson (Diretor do Departamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro): “Se o preso demonstra o comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente ele merece não ser considerado como apto para a vida livre.” Partilhamos também deste exemplar pensamento, porquanto sabemos que o mundo carcerário, tão institucional, é bem diferente do mundo livre, para o qual pretende-se que o homem retorne em condições positivas; assim, *mutatis mutandis*, o mesmo ocorre com o menor. É oportuno lembrar que o menor infrator não é objeto das medidas judiciais que lhes são aplicadas, mas sim sujeito que participa do processo de recuperação, assim como o adulto apenado não é mero objeto da execução penal.

Corroborando com essa concepção, o atual Secretário de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, através da Resolução nº 113, de 6-8-76, criou a Divisão de Segurança de Proteção ao Menor (DSPM), para substituir a Delegacia de Menores.

Esta iniciativa pioneira não foi, como muitos podem pensar, simples alteração de nomenclatura. Os integrantes desta Divisão cumpriram e cumprem determinados currículos mínimos de especialização, na FUNABEM (Centro de Estudos e Desenvolvimento do Pessoal — CEDEP). Assim o Secretário justificou aquela Resolução: “Partindo do princípio de que o menor não é caso de polícia, o Estado do Rio de Janeiro vem modernizando cientificamente, com apoio na área de preparo de material humano do CEDEP, o setor da polícia responsável pelo menor. Há necessidade de a polícia se integrar à Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Hoje a polícia tem novas responsabilidades sociais mais complexas a exigir muito mais que capacidade de força física” (16).

A sede deste setor da polícia é independente, suas viaturas não têm semelhança com as demais e seu contingente é de 135 componentes, todos especializados.

Apesar desta modernização, o menor não pode permanecer por mais de cinco dias nesta Divisão, sem que o Juiz autorize, com o devido acatamento.

O princípio de que a polícia é o primeiro agente da recuperação social do menor é fundamentalmente obedecido nesta iniciativa modernizadora.

Apressamo-nos em dizer que quanto maior a extensão do erro, tanto mais fatal é a intensidade de suas influências.

Outro aspecto de real valor é aquele a que se tem chamado de *prisionização*, um processo de assimilação dos hábitos carcerários, que foi assim de-

(16) Revista da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, 37, 1º Quadrimestre de 1977, *Brasil Jovem*.

nominado por Donald Clemmer (17), estudioso da questão penitenciária. A esse respeito Dostoiévsky escreveu: "O homem é um animal que se habitua" (referia-se o grande escritor russo às prisões siberianas). No caso dos menores que sejam recolhidos numa instituição com regime assemelhado ao prisional, observar-se-á o mesmo processo de assimilação, o que é altamente nocivo no tocante ao propósito recuperativo.

Não se deve, nem se pode negar tais evidências científicas nesta missão de reforma do ser humano. Qualquer argumentação em contrário é insustentável negação de fatos objetivos, assim como leciona Bertrand Russell (18):

"Em linhas gerais, pode-se estabelecer que o irracionalismo, ou seja, a descrença no fato objetivo, surge quase sempre do desejo de afirmar coisas de que não há provas, ou negar algo de que há excelente prova."

Temos tão excelentes provas da invalidade do regime meramente punitivo, que bem podemos usá-las como anteparo do princípio maior reinante, no ramo jurídico aqui focalizado, ou seja, a ressocialização ou, as mais das vezes, socialização do menor.

Todas as legislações que tentaram impor aos menores os malefícios do tratamento prisional receberam pronta e eficaz refutação dos magistrados menoristas do Brasil, numa altruística demonstração da tutela que lhes cabe dispensar ao menor infrator.

Tivemos alguns famigerados artigos de lei (Lei nº 5.258/67), que regrediram até ao art. 13 do Código Criminal do Império (1830), que consagrava o sistema do discernimento na apuração da responsabilidade criminal a partir dos 14 anos, já àquela época criticado por Tobias Barreto e outros (19).

O surgimento da Lei nº 5.258/67, verdadeira teratologia jurídica, veio alterar o Código Penal de 1940, que primava nesse passo pela inimputabilidade do menor de 18 anos (art. 23), sabiamente restabelecida pela Lei nº 5.439/68; da mesma forma, é repudiável a inovação do Código Penal Militar (1969), que reduziu para 16 anos o limite da idade de inimputabilidade. Novamente, e agora, com o mestre Nelson Hungria, o Código Penal de 1969 pretendeu o retorno do discernimento (art. 32). Todas essas investidas foram debeladas com bravura pelos menoristas.

Sabemos da impraticabilidade desse critério que, aliás, já foi muito divulgado por renomados autores e, exatamente por isso, nos furtamos a tratá-lo nesta oportunidade. O critério puramente cronológico (18 anos entre nós) não é perfeito tecnicamente, mas é o que nos dá a tranqüilidade e a paz social, evitando-se assim os sistemas aleatórios. Veremos adiante que o critério cronológico é o mais aceito internacionalmente. Vem Cavalcante de Gusmão reforçar essa posição, quando declara, do alto de sua autoridade, que a maté-

(17) CLEMMER, Donald. *Prisonization, in the Sociology of Punishment & Correction*.

(18) RUSSELL, Bertrand. *Ensaio Céticos*. Ed. Ópera Mundi, 1970.

(19) MENEZES, Tobias Barreto de. *Menores e Loucos em Direito Criminal* — Baemmert C. Editores, 1884, p. 50.

ria de fixação de idade para a inimputabilidade penal pertence ao Direito do Menor, jamais ao Direito Penal. Não se trata certamente de prevalência das normas do Direito do Menor sobre as de outros Direitos, mas sim do princípio de que a norma especial afasta a geral (20).

## O MENOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR E AS LEIS AFINS

Demonstraremos a seguir algumas facetas, não de todos, mas de alguns institutos jurídicos aplicáveis aos menores que apresentam situação irregular.

Começemos com a *guarda e responsabilidade*, que até há pouco constituía-se na medida mais usada no sentido de reparar o estado de abandono, por sua grande simplicidade.

É este instituto o que mais causa controvérsia acerca de diversos detalhes. Sabemos dos escrúpulos que devem insular esse tipo de colocação familiar, pois muitos nele vêem apenas um meio de auferirem diferentes vantagens, sem, no entanto, pretenderem dispensar ao menor o devido amparo ou, pelo menos, sobrepor o interesse próprio ao do menor. Por outro lado, não se pode negar os legítimos proveitos advindos desta guarda, desde que sua finalidade seja devidamente atingida.

De outro ângulo, a *guarda e responsabilidade* deixa-nos entrever o incongruente e até injusto tratamento a este bom serviço prestado pelo particular à causa do menor. Queremos reportar-nos ao despropósito da Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963, que instituiu o salário-família do trabalhador. O decreto regulamentador desta lei (nº 53.153, de 10-12-63) preceitua com rigor em seu art. 4º: "O salário-família é devido na proporção do número de filhos menores, de qualquer condição, até 14 anos de idade." E no parágrafo único do mesmo artigo está dito expressamente o que se considera filho de qualquer condição — "Consideram-se filhos de qualquer condição, os legítimos, os legitimados, ilegítimos e adotivos, nos termos da legislação civil." Nem a época natalina deste decreto fez com que fosse lembrado que, afora aqueles destinatários da lei, outros dependentes do trabalhador merecem tal benefício. E a jurisprudência tem sido fiel na interpretação deste diploma legal. Citemos alguns destes acórdãos de tribunais trabalhistas:

"O salário-família aplica-se ao filho menor de qualquer condição e não a simples dependente, tanto assim que exige a lei a apresentação de certidão de nascimento do filho" (Ac. 1ª Turma — TST — Proc. nº 4.184/67, julg. em 6-5-68 — Ementário Forense, arquivo 1/292).

"A lei que institui o salário-família não se aplica aos menores sob regime de tutela. Inaplicável a equidade, existindo lei expressa sobre a matéria questionada" (Ac. 1ª Turma — TRT/GB — Proc. nº 2.329/65, julg. em 4-1-65 — DJ, 7/66, pág. 277).

(20) Com esta explicação o então Min. Moreira Alves (STF) se opôs ao art. 2º do esboço de Cavalcante de Gusmão, na época em que ocupava a Coordenação Legislativa do Ministério da Justiça; tal esclarecimento nos foi prestado de viva voz.

Vemos que o elemento essencial na inteligência destes julgados e da lei é o pátrio poder; da sua existência ou não, está a depender o salário-família. Daí por que, mais adiante, tentaremos provar a utilidade da delegação do pátrio poder, em casos especiais, com a devida vênia dos defensores da tese em contrário. Temos aí a evidência cristalina de outro abandono de menores, o legal; isto porque uma lei que objetivamente trata do melhor amparo aos menores e inválidos não pode relegar a plano secundário o menor abandonado (na acepção jurídica) e todo o aspecto social do Código de Menores, dizendo tão-somente “nos termos da legislação civil”, sem abranger aqueles miseráveis até *ope legis*, como vemos na prática diuturna.

Se já não cabe ao exegeta ampliar a rigorosa estipulação da lei, aqui, *sub censura*, caberá por certo à Associação Brasileira de Juizes de Menores, ou a qualquer interessado, sugerir a alteração da sobredita lei, para dar maior incentivo (que já é tão pouco) à sociedade nessa colaboração à causa dos menores abandonados. É uma atitude que dimana do princípio de justiça social, do humanismo social que tanto preocupou ao exponencial Clóvis.

É ainda de se notar que o Decreto nº 60.501, de 14-3-67 (Regulamento Geral da Previdência Social), em seu art. 13, mais precisamente alínea *b* do parágrafo 2º, foi mais benéfico ao equiparar aos filhos de qualquer condição o menor coberto por guarda e responsabilidade. Contudo, ainda não é o melhor, pois as crianças simplesmente carentes, logo não juridicamente abandonadas (*ex vi* do art. 26 do Cód. de Menores), permanecem fora do amparo previdenciário tão essencial em nosso País.

Assim, certos menores, apesar de possuírem representante legal (quase sempre mãe solteira ou apartada do marido) — que por conviver *more uxore* com um companheiro que a sustenta e a seus filhos — não são abrigados pela Previdência Social. Isto porque tais menores (filhos apenas da companheira do segurado), não são havidos, como já dissemos, como abandonados juridicamente falando e nem sequer o são impropriamente (art. 26, III, do Cód. de Menores), posto que para tal este artigo exige “reconhecida pobreza” (miserabilidade para alguns); logo, esses menores não têm direito a um título de guarda e responsabilidade, ou a qualquer outro documento judicial (em nome do padrasto) e assim para eles não há, reafirmamos, Previdência Social. Esta mãe, após cinco anos de vida em comum com o segurado, tem esses direitos como adquiridos, porém seus filhos menores não os têm. Daí a *via crucis* destes interessados em obter qualquer título judicial, como exigem os órgãos previdenciários, procurando-o junto ao Juizado de Menores, Vara de Família, ou ainda Vara Federal (justificação judicial).

Releva dizer ainda, com respeito à guarda e responsabilidade, que ela é a mais precária das medidas do Direito do Menor, já que não defere ao guardador o direito de representar o guardado; daí surge um motivo a mais para o estorvo da Justiça (pedidos de autorização, suprimentos etc.). Além de ter sua vigência limitada até aos dezoito anos, significando isto que, após aquela idade, o jovem não terá ainda plena capacidade, logo carecerá, até 21 anos, de representante para certos eventos da vida civil, embora já penalmente capaz. A emancipação, nestes casos, parece ser bastante conveniente. Assim, é de se preferir qualquer

um dos outros institutos do Direito do Menor, que será sempre mais seguro e razoável. Neste instituto, não há que falar em alteração do pátrio poder; eis aqui a diferença essencial entre este e os outros institutos de colocação familiar, que ensejam sempre o exercício deste direito-dever, o que é altamente relevante para o menor e para a Justiça.

Seria mais curial que, em havendo abandono (que sempre há no Juizado, nestes casos), também houvesse rotineira inibição do pátrio poder, como aliás determinam o art. 394, II, do Código Civil e ainda o art. 162 do Cód. de Menores, para ensejar o seu pleno exercício por outro mais capacitado; mais uma vez, vemos a impostergável necessidade da delegação do pátrio poder, pois, deste modo, haveria sempre o completo amparo ao menor, se no caso não coubesse adoção, nem legitimidade adotiva. Aliás, a delegação do pátrio poder deveria substituir muitas das vezes a guarda e responsabilidade por ser instrumento de melhor política menorista. É, em verdade, o estreito leque de opções jurídicas que dificulta o bom desempenho da Justiça de Menores, tanto na área delinqüencial, como na de abandono.

Usemos mais uma vez da jurisprudência, agora da egrégia Corte Suprema: "Perde o pátrio poder, por espontânea renúncia, a mãe que confia a guarda e a criação de sua filha de tenra idade, durante muitos anos, a pessoa estranha, não tendo por isso o direito de, tempos mais tarde, vir reclamar a restituição da menor" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 80, pág. 430).

Não vemos, então, o porquê de tanta segurança deferida ao pátrio poder afeto àquele titular que nem ao menos cuidou de transferi-lo (adoção) para melhor proteger seu filho. Como já assumimos posições tão polêmicas, adotaremos mais essa: a de se dar maior atenção aos interesses do menor descurado e de seus acolhedores que aos pais que o abandonaram.

Se não há que se falar em direitos de terceiros sobre o menor, ter-se-á o robusto argumento do interesse do menor, em caso de perfeita e profunda afeição (interesse sentimental). Há extrema impropriedade em afrontar-se, com os direitos dos pais consanguíneos, o direito de felicidade do menor, este sim, absoluto e indeclinável. Se não há que se falar em direitos de terceiros, há por certo o valioso argumento do interesse do menor, frisamos por ser importante. Este interesse evidentemente possui três aspectos: o material, o moral e o sentimental, que sobrelevam às normas preestabelecidas. Oportuno é afirmar-se que este interesse do menor jamais é questão de direito, mas unicamente *quaestio facti*, cujo conhecimento está afeto tanto ao juiz de menores como ao de família.

Cabe, ainda, dizer que, segundo o art. 1.341 do Código Civil, o terceiro poderá haver dos pais a justa indenização por despesas despendidas em favor do menor, a título de alimentos.

A doutrina também pode aclarar nossas posições.

Estevam de Almeida ensina: "Menores abandonados são os encontrados na via pública ou na vagabundagem. E, por ampliação razoável, também os filhos de ébrios habituais, vagabundos, mendigos, criminosos e contraventores reinci-

dentos; são-no ainda os menores coagidos a trabalhos superiores às suas forças ou em detrimento de sua saúde" (21). O ilustre civilista Carvalho Santos observa: "O conceito de abandono nós o temos no Código de Menores, podendo-se dizer que é deixado em abandono o filho que não é guardado convenientemente pelos pais, quer por negligência, quer por conveniência, resultando dessa atitude grave perigo para o menor, já quanto à saúde, já quanto à segurança, já quanto à moralidade, proporcionando-lhe mesmo probabilidade de se tornar vadio, mendigo ou libertino" (22). Já dizia Lemos de Brito, estudando o Código de Menores, "ser esta a principal atribuição do Juiz (23) apreciar e sanar o abandono em toda sua amplitude".

A época do remoto *Jus exponendi* (direito do pai abandonar o filho menor) já se perdeu na história distante, embora perdurem resquícios dessa abusiva lassidão.

Haurimos do insigne professor da UFMC, João Batista Vilela, excelentes lições acerca do mito da consangüinidade. Expõe ele em sua tese da "desbiologização da paternidade" (apresentada diante da I Conferência Mundial da Sociedade de Direito de Família, em Berlim, em 1975), que impõe-se a minimização das preocupações quanto ao pátrio poder, sempre em prol da transcendente norma do interesse do menor.

Ainda com referência à *guarda e responsabilidade*, vejamos os conflitos negativos de competência, suscitados entre a Vara de Família e a de Menores, que se constituem num dos fortes motivos do presente trabalho, pois sabemos o dilema que temos enfrentado em meio a essa controvérsia. Enquanto as discussões pululam nos autos, o menor e quem por ele se interessa ficam a esperar que alguém interceda para regularizar a situação do primeiro; é, pois, um real abandono judiciário.

Eis que competente será o Juizado de Menores para deferir a *guarda e responsabilidade*, entretanto, apenas na casuística do art. 26 do Código de Menores, se expende o estado de abandono. Destarte, só em havendo a situação irregular do menor (no caso o abandono) é o que será apto para a prestação requerida o Juiz de Menores.

O cerne do dissenso está na inteligência do abandono jurídico, mais precisamente do abandono impróprio (art. 26, III, do Cód. de Menores), pois este estado só será admitido quando houver, reconhecidamente, a impossibilidade ou incapacidade do pai, da mãe, tutor ou encarregado da guarda do menor, para cumprir os deveres para com o filho, pupilo ou protegido. Como vemos, esse entendimento é por demais subjetivo, quiçá para ensejar abrigo aos diversos casos que se nos apresentam como do interesse do menor, embora não bem tipificado o abandono, por causa da inconveniente casuística daquele artigo. Como vemos, a competência *ratione materiae* do Juiz de Menores, embora improrrogável (*ex vi* do art. 114 do CPC), é fixada pelo abandono que está envolto por um subjetivismo que tem gerado, no mais das vezes, prejuízos ao menor.

(21) ALMEIDA, Estevam de. *Manual do Código Civil*, vol. VI, pág. 313.

(22) SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VI, pág. 154.

(23) BRITO, Lemos de. *As Leis de Menores do Brasil*, 1929.

Dessa compreensão subjetiva (do abandono) brotam as dúvidas entre o Juízo de Família e o de Menores.

Para logo sanar a dubiedade, há que se distinguir o menor carente do impropriamente abandonado. Disse bem o ilustrado Juiz de Menores de Brasília (Prof. José Manoel Coelho) que "carentes são aqueles pobres, porque pobres são os seus pais; abandonados são os que resultam de colapso no exercício do pátrio poder, ainda que temporário". Sem essa acurada distinção, há de cair-se na inversão da exceção pela regra, já que o Brasil, como já vimos, possui níveis de renda baixíssimos (*per capita*). Contudo, faz-se necessário indagar se este colapso não promana de certa indignidade dos pais, que os inabilita para o exercício daquele poder; no mais das vezes, a resposta é positiva. Logo poderá e deverá haver a prestação cabente, pelo magistrado dos menores, até por ser sinal de bom direito (*fumus boni juris*, dos latinos) e ainda dentro da área de preventividade peculiar e tão ampla quanto necessária a este Juízo. E não se diga com isto que o Estado estará sustentando razoável parcela da população (carentiada), pois é justamente isto o que se visa com a *guarda e responsabilidade*: prevenir o iminente estado de extrema penúria que já não mais precisará de homologação judicial, mas sim de amparo material pelo Poder Público ou pela caridade popular.

Ao demais, qual o pai que decide entregar seu filho a outrem, senão para acudir sua extrema penúria, ou melhorar-lhe a sorte? Quanto aos filhos indesejados, estes, com maior razão, merecem uma nova oportunidade de integração familiar.

Muitos dos menores que, ora pedintes, ora perigosos vadios, encontramos nas ruas, em ampla marginalização social, são levados a esta deplorável realidade nacional, por falta de melhores condições materiais e emocionais de seus pais que, algumas vezes, até tentaram dar-lhes maior proteção, noutro lar. Diversos menores que, passando dias expostos em vias públicas, procuraram remediar a pobreza de seus lares, só encontram as veredas do crime e da libertinagem. Neste estado de coisas, a guarda e responsabilidade, como medida precaríssima noutros casos, desponta como melhor solução preventiva, mesmo em se tratando de situações atípicas de abandono.

A Justiça de Menores é, por essência, ou deve ser mais flexível que as outras, pois a realidade social que a cerca nunca é inflexível, pelo contrário; há quase meio século, dizia Lemos de Brito (*op. cit.*) ser a principal atribuição do Juiz de Menores apreciar e sanar o abandono em toda sua amplitude, como já frisamos. O odioso é de ser restringido, porém o benigno precisa ser ampliado. É a velha parêntese latina cabível neste passo.

Não nos parece bom, neste mister, o espírito juspositivista ortodoxo, pois certamente o juiz não é simples e frio aplicador do direito objetivo, e a sentença não é jamais expressão desta morbidade judicante.

Devemos, ainda, reparar que, se a prevenção ditada pelo Código de Menores é genérica, isto não proíbe, obviamente, precaução em caso concreto e isolado, porque, tanto genérica como particularizada, a norma pretende proteger a todos.

Decerto, não se fará com que os pais cumpram seus deveres para com os filhos, negando-se-lhes a homologação da guarda e responsabilidade; ao invés, isto provocará maiores desatenções para com estes (previdência social, desajustes familiares etc.).

Quanto aos efeitos jurídicos da guarda de fato, estes praticamente não existem; assim mesmo, o efeito da dependência econômica, que seguramente pode ser presumido, existe na prática diuturna. A justificação judicial, com aqueles efeitos jurídicos, é também de eficiência ilusória.

As vantagens provenientes de título de guarda são devidas e justas, como retribuição a quem, por qualquer motivo, colabore com o menor desassistido. Essa mentalidade de gratidão social é elemento propulsor do equacionamento da problemática do menor.

É verdade que casos há em que a ausência de condições materiais dos pais não ultrapassa os limites da mediana pobreza; sendo assim, não há que se alegar abandono, já que tal debilidade econômica não chega a afetar o desenvolvimento geral do menor. Por certo não há razão para que se faça prevenção à humilde educação, isto por que não se pretende o despropósito da competição entre ricos e pobres naquele ofício. Desta forma, temos que o Juízo competente é, sem dúvida, o de Família.

Por outro lado, não é apenas do litígio entre cônjuges que ressalta a competência do Juiz de Família (DL nº 113, de 25-1-67, letra a, II, do art. 3º). Logo, não há, como alguns pensam, dissemelhança entre *guarda e responsabilidade e posse e guarda*. É ainda de se comentar o pertinente repúdio de Rui a respeito do termo *posse* (na antiga denominação do instituto ora estudado), alegando que não há posse de pessoas, mas tão-só de coisas e direitos.

Ao advogarmos maior flexibilidade e abrangência no entendimento do abandono, sabemos que em muito os nossos encargos no Juizado de Menores crescerão. Contudo, não só por coerência de princípios, mas por convicção também, desde já estamos preparados para tal sobrecarga.

Com efeito, cremos ser inadmissível a sujeição dos cânones essenciais do Direito do Menor às insuficiências materiais ou de qualquer outra natureza; a Justiça de Menores existe para o menor e não o inverso.

Ademais, devemos salientar, por oportuno, que o espírito da norma contida no art. 26 do Código de Menores não é de punição, mas sim de proteção, como de resto todo o Direito do Menor.

Quanto à *guarda mediante soldada*, vemo-la sem qualquer respaldo prático nos dias atuais. A medida tem a intenção de colocação familiar, mais dirigida às meninas que aos meninos; entretanto, tal pretensão padece de incoerência com o espírito integrativo do Direito do Menor, posto que tal colocação existe, porém como mera situação de emprego doméstico. Assim não há intenção familiar, como é de se almejar.

Esta é a inepta realidade deste instituto decadente.



Vejamos agora a *liberdade assistida*, melhor que vigiada, por ser mais consentânea com o ideal pedagógico reinante no direito aqui em foco.

Este instituto tem origem no Direito americano, precisamente em Boston (1878), com o nome de *probation*, que é um período de provas a que fica submetido o condenado que tem a pena suspensa.

Varia esta medida desde punição até meio terapêutico, através do tempo e do espaço.

No Brasil, aparece no art. 47 do Decreto nº 5.083, de 1-12-1926, que instituiu o Código de Menores. Na obra de Mello Mattos, consta do art. 100, sendo aplicado também ao abandonado, o que pode parecer estranho, mas este menor também pode carecer desta medida. Aliás, não é de se fazer distinção entre abandonados e infratores, em tese, já que ambos são alvo, não de punição, mas de tratamento ressocializante, que em casos isolados pode até incluir certa margem de intimidação. Esta é a orientação do Anteprojeto do Código de Menores, da Associação dos Juizes de Menores, e foi também orientação do Substitutivo paulista. A distinção caberá apenas casuisticamente. É a tendência moderna.

A *liberdade assistida* consiste em submeter o menor, após entregue aos responsáveis, ou após liberação do internato, à assistência (inclusive vigilância discreta), com o fim de impedir a reincidência e obter a certeza da reeducação. Com isto, nota-se que não é tão só vigilância, mas, primordialmente, assistência ampla.

Esta, quando bem exercida, por elementos bem preparados para o trato com menores problemáticos, traz excelentes resultados, como os demonstrados em estatísticas do Serviço de Liberdade Assistida do Juizado do Rio de Janeiro, que é um corpo técnico trabalhando e pesquisando em prol do menor infrator (principalmente viciado) e de sua recuperação social.

Em relação ao instituto da *emancipação*, têmo-lo como necessário dentro do Direito do Menor. A emancipação, causa de extinção do pátrio poder, pode ser: legal (art. 9º, II, III, IV e V, do Código Civil); judicial ou voluntária (art. 9º, I, do Código Civil).

Dessa forma, a emancipação é a cessação da incapacidade civil. Em consequência, desaparece o pátrio poder (*ex lege* art. 392, II, do Código Civil).

O Juiz de Menores poderá expedir mandado, no qual nomeará Curador para que se proceda à escritura pública de emancipação. Essa é uma das raras medidas da competência do Juiz de Menores destinada a maiores de 18 anos.

É sempre necessário perquirir-se acerca das reais possibilidades mentais do emancipando. A emancipação, no caso da cessação da guarda e responsabilidade, tem-se como recomendável, nas hipóteses em que o jovem não possui representante legal, como freqüentemente acontece.

Quanto à *adoção*, vemos neste instituto a melhor forma de integrar-se o menor em uma nova família, só sendo superada pela legitimação adotiva (ou adoção plena).

A adoção procedida através do Juizado carece de cuidados especiais, o mesmo já não acontecendo quando realizada em cartório em presença da mãe (menor não caracterizado como abandonado).

Assim, os candidatos que desejam acolher o menor em adoção precisam submeter-se a minuciosa seleção prévia, quando serão apuradas as reais possibilidades de total integração familiar, atentando-se sempre para o exclusivo interesse do menor, que prevalecerá ao do candidato. Pensamos que a adoção precisa de maiores facilidades para que maior número de casais e menores possam ser atendidos; assim, a pretensa e excessiva segurança que cerca este instituto quase sempre só prejudica o próprio interesse do menor abandonado, não passando de verdadeiro mito, como o da consangüinidade retroaludido.

Na recente lei alemã de adoção (de 1-1-1977), a integração do adotado à nova família é total, desfazendo-se, desde logo, todos os laços entre o menor e a sua família original (até quanto à sucessão). Este foi o maior incentivo que a sociedade germânica obteve para colaborar com o poder público na causa do menor abandonado. Não há qualquer distinção entre filho consangüíneo e adotivo, além de outras facilidades.

Enquanto em nosso País, diversos são os óbices, quer para a adoção simples, quer para a adoção legitimamente, noutros países são criados estímulos e facilidades para debelar o problema da infância desassistida.

Quanto à *legitimação adotiva*, foi introduzida não há muito entre nós, com várias restrições, apesar de modelos preexistentes na França e no Uruguai não serem tão restringentes.

Veremos agora a dilemática questão da delegabilidade do pátrio poder.

Primeiro, exporemos a histórica gênese do *patrio potestas* dos romanos; de logo, nota-se o enorme recuo deste poder no tempo.

Imprescindível a compreensão da família em sua organização no antigo Direito Ocidental, em nosso estudo consideraremos a família romana.

Nela, o traço fundamental é a autoridade, não sendo de relevância na sua constituição a consangüinidade. A relação de dependência e subordinação aparece como critério informativo civil, já demonstrava Ulpiano. Podendo, então, haver vínculo de sangue entre várias pessoas, sem que essas sejam necessariamente da mesma família, logo o inverso também ocorre. Temos aí a autoridade que vincula como familiares todos os que a ela estão sujeitos.

O casamento levava a filha a se retirar de sua família e integrar-se à do marido, alterando-se, por conseguinte, o seu culto e a potestade que, em face das núpcias, passava a ser a de seu esposo.

Quanto ao filho adotivo que não tinha vínculos naturais de parentesco com o adotante, desde que submetido à autoridade e ao culto doméstico do chefe do lar, era considerado como da família, sem distinções.

O filho emancipado já não era da família, porque sobre ele já não existia a potestade.

O grupo mais extenso, mais numeroso, a *gens*, era constituído de um agregado de elementos, subordinados ao chefe único, o *paterfamilias*. A essa agregação livre de consangüinidade dava-se o nome de agnação; era agnada a mulher casada *in manu* (que ao casar integrava a família do seu marido e este por sua vez era também subordinado ao *paterfamilias*). Tinham-se igualmente como da família os escravos e os libertos por estarem também subordinados à potestade. Ao casar *in manu*, a mulher passava a dever obediência ao *paterfamilias* — como filha — e esse chefe podia não ser o seu marido, se este estivesse também sob o domínio do *paterfamilias*; ambos, neste caso, ficavam sob a responsabilidade total de um só chefe.

Dáí podemos concluir que o patriarcalismo em Roma guardou para o *paterfamilias*, no âmbito da sociedade doméstica, os mais amplos e ilimitados poderes (potestade). Se compararmos o que hoje chamamos de chefe de família ao *paterfamilias*, ou mesmo a potestade ao atual pátrio poder, ficaremos estarrecidos. Entretanto, esse confronto só pode ser realizado com as devidas perspectivas históricas.

Ensina Ihering que essa autoridade não existia apenas na antiga Roma, porém perdurou por maior tempo <sup>(24)</sup>.

Apenas para melhor avaliarmos os poderes do *paterfamilias*, atentemos para a faculdade que ele tinha de dispor da vida de seus dependentes (*ius vitae et necis*), bastando para isso ouvir os parentes, *judicium domesticum*. Era ainda facultado ao chefe de família o direito de abandonar, *ius exponendi*, o direito de vender, *ius vendendi*, os seus subordinados. No direito hebreu, esse direito de dispor da vida dos filhos era assegurado ao pai (Deuteronômio, cap. 21).

Mas este chefe autoritário também era inteiramente responsável pelo grupo a ele vinculado, até quanto aos delitos praticados pelos seus pupilos.

Esta servidão humana veio se diluindo através do tempo, até as conotações dos dias presentes, muito contribuindo o Cristianismo para o abrandamento desta extrema autoridade. Assim é que nas Ordenações Filipinas do Reino, que vigoraram entre nós até 1821, esse rigor já era bem lenificado.

Já temos elucidação histórica suficiente para entendermos o pátrio poder contemporâneo, que não tem mais o aspecto de dominação, mas sim de proteção; já houve mesmo quem pretendesse substituir essa expressão por outra mais atualizada, ou seja, autoridade parental. Em França já se denomina o pátrio poder como *puissance paternelle*.

Busquemos subsídios na doutrina para aclarar o que seja, precisamente, pátrio poder:

Do insigne civilista lusitano José Tavares:

“Conjunto de direitos e deveres que aos pais compete em relação à pessoa e aos bens de seus filhos menores, não emancipados” <sup>(25)</sup>.

(24) IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*, vol. 2.

(25) TAVARES, José. *Princípios Fundamentais de Direito Civil*, Coimbra, 1922.

De Clóvis Bevilacqua:

“É a organização da autoridade protetora dos pais, durante a menoridade dos filhos e não instituto privativo da família legítima, mas também extraconjugal” (26).

É da lavra de Plácido e Silva:

“Conjunto ou soma de poderes legalmente outorgados ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos.”

Creemos já ser bastante claro o que seja pátrio poder, saltante que está, nas lições acima, o caráter de direito e dever insito no mesmo instituto.

Qual a razão desse direito ser também um dever, se a todo direito corresponde um dever? Como achar-se numa só pessoa o direito e o respectivo dever?

No caso do pátrio poder, por sua alta relevância e por razões de ordem natural, dá-se o dever ao ser que, deliberadamente, traz ao mundo outro semelhante que lhe é totalmente dependente. A esse mesmo ser (pai) conferem-se direitos a fim de que possa desempenhar deveres para com o filho ainda incapaz. Sendo o pai o responsável pelo ato conceptivo, o é também pela manutenção de seu filho, princípio natural que o Direito acolhe como norma de ordem pública, por ser indispensável. Se por um lado há para o pai direitos e deveres, por outro lado, há, no sentido inverso, deveres e direitos do filho para com o pai; eis aí o princípio da correspondência entre direito e dever. O dever dimana da responsabilidade natural e social; já o direito, da possibilidade de cumprimento desta imposição.

A natureza do pátrio poder, os direitos e deveres nele contidos são, consequentemente, de ordem pública.

Não são estes direitos absolutos como outrora, mas constituídos atualmente no interesse dos pais, para a realização de certos deveres concernentes à pessoa de seu filho menor. Estes direitos são como que prerrogativas para a consecução de várias imposições legais; são, enfim, direitos altamente vinculados aos respectivos deveres.

Embora sendo o pátrio poder de ordem pública, o Estado só pode interferir em seu exercício, quando no interesse do próprio menor e nos casos previstos em lei (v.g., art. 395 do Código Civil). É múnus público, encargo, porém jamais obrigação indelegável, como sustentam alguns, sem o rigor da linguagem técnica do Direito. Com efeito, obrigação possui cunho patrimonial, logo indelegável, não se confundindo com outros deveres jurídicos, como adiante exporemos.

Quanto aos fundamentos do pátrio poder há quem o entenda como decorrente do fato da geração. Outros buscam liames religiosos, outros ainda o fundamentam em razões econômicas (Rangio Ruiz). Hobbes, coerente com sua concepção de autoridade, encontra as origens do pátrio poder na força física (do pai). Puffendorff apela para um pacto não escrito, que se supõe entre procriação e procriadores, lembrando Rousseau. Apenas o fato da geração, em-

(26) BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*, II, obs. ao art. 379.

bora importante, não é todavia suficiente, porquanto pode haver pátrio poder sem laço de sangue (adoção).

Os fundamentos religiosos e econômicos ficaram para os tempos de antanho; continuamos, pois, crendo em razões de imperatividade social. O interesse visado não é do filho exclusivamente, mas também da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

É este instituto, a um tempo, direito (poder) e, a outro, dever (múnus), direito e ônus simultaneamente. Pode-se ainda colher outro aspecto do pátrio poder, ou seja, o de ser um dever em relação à sociedade e ao filho e um direito firme, oponível *erga omnes*, do pai. O instituto, cujo estudo vimos fazendo, hoje sofre restrições como direito, porém como dever se avulta em imperiosidade e seu aspecto de indisponibilidade não busca violar o interesse que é da sociedade e do incapaz.

O pátrio poder, por todas essas propriedades, é por natureza um direito personalíssimo, não cabendo, por isso mesmo, a renúncia, que não se confunde com a delegação. Senão vejamos um e outro conceito:

**DELEGAÇÃO:** Conceder, transmitir, confiar, constituir, atribuir, enviar; a concessão ou a transmissão de um poder, atribuído ou inerente a uma pessoa, promovida por esta a outrem para que pratique atos que lhe eram confiados, ou exerça função que lhe era atribuída ou confiada (27).

**RENÚNCIA:** "Ato de abandonar direitos, de despojar-se deles, não o transferindo a terceiros. Desistência, abdicação" (28).

Leciona Caio Mário que a chamada renúncia translaticia é uma inexatidão técnica. Em rigor científico não se trata de renúncia (29). Vem o nomeado civilista roborar nossa tese de que quem transfere (ou delega) não está renunciando tecnicamente falando. Claramente, pode-se perceber que renúncia não é o mesmo que delegação; então, o pátrio poder é irrenunciável, porém, jamais, indelegável. Isto porque sabemos que deveres são irrenunciáveis; entretanto, podem ser, em alguns casos, cumpridos por outrem, desde que dentro das condições exigidas (v.g., obrigações não personalíssimas); assim sendo, há a noção subjetiva passiva (mudança da pessoa obrigada). Do pátrio poder depreende-se que a sua finalidade precípua não é fixá-lo rigidamente à pessoa do pai, mas sim, essencialmente garantir o suprimento geral do incapaz. O pai biológico é o primeiro responsável por esse encargo e, correlatamente, o primeiro facultado nos direitos respectivos, já que ele, por vontade livre, tacitamente, aceitou aquele direito onerado. Mas a concepção de que o pai é o primeiro responsável não pode prejudicar o atendimento às carências do seu filho, sob pena de inversão dos valores da *mens legis*; chegar-se-ia absurdamente à confusão entre meios e fins. O espírito da lei, como entendemos, tem o pai por meio para atingir-se o fim (amparo a um indefeso).

(27) SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 1975.

(28) MAGALHÃES, H. Piragibe; MALTA, Christóvão Piragibe Tostes, *Dicionário Jurídico*, 1975.

(29) PEREIRA, da Silva Caio Mário. *Instituição de Direito Civil*, vol. I, pág. 407, Ed. Forense, 1974.

Vemos, desde já, que a interpretação do pátrio poder deve ser sempre teleológica, tanto quanto possível. Tem ele uma função social a cumprir, assim como a propriedade. Ambos são direitos com certos ônus jurídicos, entretanto não descaracterizados por isso como direitos, nem tampouco passando à condição de deveres, ao invés de direitos. A característica de obrigação *lato sensu* do pai não é mais que uma sujeição, jamais pode ser confundida com obrigação jurídica *stricto sensu*. E é por causa desta confusão que, inopinadamente, se tem dado ao pátrio poder o caráter obrigacional, indelegável, prejudicando-se, assim, o próprio objetivo do instituto; o interesse do menor e o da sociedade. É, pois, delegável o pátrio poder, justamente por não ser o dever a ele inerente uma obrigação; tecnicamente falando, este termo, quando citado em alguns autores, tem um sentido de mera sujeição jurídica, enquanto que a obrigação jurídica só tem existência dentro das relações patrimoniais.

Em rápidas linhas, façamos um estudo das obrigações, para que fique clara a conceituação dessa espécie do gênero dever jurídico, tomada apenas na linguagem técnico-jurídica, pois que o leigo não faz qualquer dissemelhança entre obrigação, sujeição, ônus e dever.

Do romanismo nos vem este conceito de obrigação: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei* (incluso nas Institutas). Obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. É o conceito romano; conquanto mereça elogios dos civilistas, é insatisfatório em razão das interpretações que comporta a expressão *solvere rem*. Se entendida em sentido literal e restrito de pagar uma coisa, não abarca todas as espécies de obrigação, na concepção ampla de prestação que compreende todos os deveres jurídicos. Admite Orlando Gomes<sup>(30)</sup>, e em geral outros juristas, que a expressão se refere a todas as prestações patrimoniais.

Ainda nota-se que alguns dizem que é redundância falar-se que obrigação é vínculo jurídico, pois, se é obrigação, é jurídico; todavia constitui essa pseudo-redundância, ao nosso ver, um precioso reforço, para distingui-la de outras relações que não se apresentam como obrigacionais (como o pátrio poder), mas sim como deveres, ônus ou sujeições (compulsórios, entretanto jamais obrigação).

Certos autores chamam os sujeitos da relação obrigacional de credor e devedor, o que bem demonstra o conteúdo patrimonial das obrigações.

Poderíamos ir ao fundo da questão aqui tangenciada com o pensamento de Ihering, no que concerne ao seu "interesse tutelado", como prestação sem qualquer cunho pecuniário. Entretanto, no caso do pátrio poder, aquele interesse tutelado certamente não é a rígida fixação no sujeito passivo (pai) do exercício deste poder, mas sim o mínimo de atendimento às carências do filho ainda incapaz.

Isto posto, cremos que a tese negatória de validade à delegação do pátrio poder não mais vingará; até porque, buscar-se na remota história o argumento da inalteração subjetiva das obrigações, para com isso, por analogia falha, ne-

(30) GOMES, Orlando. *Obrigações*, 4ª ed., RJ, Forense, 1976.

gar-se a possibilidade da delegação do poder aqui questionado, é não ver a evolução do direito obrigacional (v.g., novação subjetiva passiva) para contrariar a própria origem do pátrio poder que era transferível em Roma (matrimônio *in manu*).

Nem a decadente noção de intransferibilidade das obrigações, nem o rijo entendimento do pátrio poder podem ser aceitos em detrimento do interesse do incapaz e até mesmo da sociedade.

Cabe aqui o realismo jurídico de Duguit que afasta o estéril historicismo de Savigny. O preconceito, a obstinação e a inflexibilidade são altamente infensos ao espírito do Direito do Menor; disto se apercebeu Mello Mattos, há quase meio século (arts. 131 e 160 do Código de Menores).

À guisa de melhor elucidação da questão em tela, cotejemos as definições de dever jurídico, sujeição e ônus:

*Dever jurídico*: “é a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico sob pena de incorrer numa sanção (esta sanção visa a proteger interesse alheio)”.

*Sujeição*: “é a necessidade de suportar as conseqüências jurídicas do exercício regular de um direito potestativo”.

*Onus jurídico*: “é a necessidade de agir de certo modo, para tutela de interesse próprio” (31).

Temos aí, na lição de Orlando Gomes, a distinção de meridiana clareza que se impõe fazer para a perfeita inteligência do instituto do pátrio poder, que hoje requer maior flexibilidade (de compreensão) para que seus desideratos sejam alcançados. Ao demais, a expressão latina *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém está obrigado ao impossível) é cabente, no caso de o exercício do pátrio poder ser impraticável, ou não cumprir suas finalidades, em condições satisfatórias em relação ao incapaz.

Nem razões obrigacionais, nem tampouco argumentos tradicionalmente históricos podem, como vimos, impedir a delegação do pátrio poder.

Em verdade, a fixação deste direito-dever, por causas naturais e também potestativas, na pessoa do pai (e subsidiariamente da mãe) é plenamente justificada. Porém, cabe salientar que tal dever imputado ao ser que faz gerar outro não pode e nem deve ir de encontro ao interesse do menor, pois este se constitui na razão de ser desta remota potestade. Assim, não é a obstinada sujeição do pai, em relação ao exercício do pátrio poder, o objetivo visado, porquanto, se assim for, trair-se-á o fim deste instituto. Hoje é de se repetir que não é mais cabível a consideração do aludido instituto, como direito pleno e discricionário do pai, em detrimento ao interesse do menor. É a jurisprudência reinante (*Revista dos Tribunais*, 205-223).

Até mesmo a Igreja já vem historicizando seus dogmas, para melhor coerência com a moderna sociedade. O mesmo precisa ocorrer com certos princípios seculares do Direito, sob pena de se tornarem ineficazes, por obsoletos.

(31) GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pág. 14.

O aspecto *intuitu personae* do exercício do pátrio poder é meramente informativo da 1ª pessoa a quem, por *naturalis ratio* incumbe tal encargo.

Seguindo aqui a visão Kelseniana de que o conceito é um recorte das possibilidades lógicas, podemos, assim, parafrasear, dizendo acerca do pátrio poder, que ele deve comportar lógicas possibilidades para perseguir seu alvo.

Já podemos concluir que a delegação aqui pretendida é racional, legal e utilíssima ao Direito do Menor, falecendo qualquer argumento à posição contrária. Vimos que a delegação é transferência e não renúncia (tecnicamente falando), é concessão. E assim temos a adoção, que é vínculo dissolúvel (art. 374 do Código Civil); o art. 35 da Portaria nº 555/65, baixada com base no art. 161 do Código de Menores, por Cavalcante de Gusmão (quando Juiz de Menores da Guanabara), regulando os processamentos dos feitos do Cartório do 1º Ofício daquele Juízo, e ainda o Provimento nº 4/65, do Juiz Aldo de Assis (de São Paulo), que cuida dos esclarecimentos e adequações da Lei 4.655, de 2-6-65 — Legitimação Adotiva — referem-se à delegação do pátrio poder; também assim é no art. 12, X, do Regimento Administrativo do Juizado desta Capital (Ato nº 294, de 17-9-76). Logo, temos respaldos suficientes, como acabamos de ver, para sustentarmos a delegabilidade do pátrio poder.

#### O DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AOS NÃO-ADULTOS, EM ALGUMAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Embora conscientes de que nossas soluções devem, tanto quanto possível, ser havidas em nosso meio, julgamos recomendável a experiência externa, pois que a questão do menor é universal.

O Direito Comparado é, hoje, de grande valia em face das crescentes e aceleradas influências entre as nações. Isto posto, vejamos como se está equacionando o problema do menor, noutras plagas, acentuadamente no que diz respeito à delinqüência juvenil.

A idéia de sujeitar o jovem delinqüente a um regime jurídico especial, diverso do Direito Criminal comum, em maior ou menor escala surge em nosso século, apesar de um grande rastro pela história. Em verdade, para determinar as conseqüências da prática de um crime, nunca foi irrelevante a idade do autor.

Já na Lei das Doze Tábuas (450 a.C.) encontramos duas disposições: uma relativa ao furto em flagrante, outra ao dano em seara e animais — com relevância à idade do delinqüente, fundamento da atenuação da pena. Ambas as disposições, apesar de cominarem penas bastante severas, amenizam tal rigor em relação ao autor impúbere, sendo então essas sanções substituídas por correções (*verberatio*) ministradas segundo o arbítrio do pretor, e ainda por medidas pecuniárias.

Na época clássica (130 a.C. — 230 d.C.) é que a jurisprudência vai firmando a célebre diferenciação do menor impúbere em: *infans, admodum impubes ou proximus infantiae e proximus pubertate*. Estas fases não são fixadas expressamente. Os glosadores (séc. XI) deram os limites de cada fase, assim: *infans*



é o menor de menos de 7 anos; o *proximus infantiae*, de 7 a 10 anos; o *proximus pubertate*, de 10 a 14 anos (esta última fase teve limite máximo de 14 anos estipulado por Justiniano). O *infans* e o *proximus infantiae* são isentos de qualquer punição, por não terem capacidade de dolo; o *proximus pubertate*, por já possuir esta capacidade, é equiparado ao adulto, logo plenamente responsável.

No período de Justiniano, embora se considere o jovem de 25 anos *minor aetate* e se lhe dispense certa proteção civil especial, entende-se que, em matéria penal, a *miseratio aetatis* não deve ser mais relevada. Apesar disso, verifica-se tendência para isentar o *minor aetate* de penas, atendendo a sua juventude.

A época do Império Absoluto (286, 776 d.C.), a máxima *malitia suppleat aetaten* buscou justificar muitas arbitrariedades cometidas na punição de jovens delinquentes, como uma reação ao período antecedente, mais indulgente.

No Direito Penal dos povos bárbaros, o menor *infra aetatem*, embora seja isento de sanção pública (*fredus*), está sujeito a sanções privadas (quantia em dinheiro paga pelos pais à vítima). Mais tarde, cremos que por influência do princípio romano da personalidade das penas, tende-se a atenuar a responsabilidade dos pais, fazendo-a intervir somente em caso de culpabilidade.

É de se notar que, enquanto os romanos usavam o critério da capacidade de dolo, os bárbaros recorriam à força física e à capacidade de usar armas (do menor).

A idade considerada como de desenvolvimento biológico suficiente para atingir-se a fase adulta varia de povo para povo (doze anos para os francos sálios e saxões; 14 anos para os suevos; 15 anos para os francos ripuários, visigodos e burgundos).

Temos na era medieval, também, a idade do delinquentes como relevante. Algumas leis e normas consuetudinárias fixam limite da menoridade, considerando que, antes desse limite, o menor é completamente irresponsável (assim o menor de 15 anos nos Assises de Jerusalém e nas Cartas de Lille, o menor de 12 anos no Espelho da Saxônia e nos velhos costumes saxões e escandinavos); ou então, este menor tem uma responsabilidade diminuída (tal acontece com o menor de 17 anos, nas leis espanholas de Afonso VII).

Outras legislações da Idade Média consagravam duas idades: a primeira, limite de um período de irresponsabilidade; a segunda, termo de uma fase de responsabilidade diminuída (as leis de S. Luís, relativas à punição de blasfêmia, que fixam respectivamente aquelas fases em 10 e 14 anos).

Na Noruega, a pena de "perda de pais" imposta a uma criança ou adolescente é acompanhada da faculdade de os pais prestarem assistência ao punido, forma de atenuação do castigo aplicado.

No costume escandinavo, o ofendido por um menor (12 anos) poderia castigá-lo como se fosse seu pai ou tutor. Assim também na Dalmácia, onde o menor (14 anos) não vai ao tribunal, mas sim à presença do Conde, que o pode castigar de acordo com sua idade.

Vemos já na época moderna, na Europa Ocidental, por força da influência do Direito romano, que a questão da menoridade não é mais regulada por leis ou costumes bárbaros, mas sim pelas regras do Direito de Roma.

Assim, vamos encontrar na *Constitutio Criminalis Carolina* (art. 164), o preceito de que ao ladrão de menos de 14 anos deve ser aplicada, em vez de pena de morte, uma pena corporal. Todavia, se ele se aproximar dos 14 anos, e houver circunstâncias agravantes, observar-se-á a máxima “a malícia supre a idade”, podendo esse jovem ladrão ser punido em seus bens, corpo ou vida. Para decidir nesta causa, deve o juiz ouvir o conselho dos “homens de leis” (tribunais e faculdades de Direito).

Para além dessa hipótese especial, a Lei Carolina admite, de um modo geral, a relevância da idade, quando o delinqüente não atingiu o “uso da razão” (art. 179), ou é possível determinar se a criança podia ou não fazer “uso da razão” (conselhos dos homens de leis).

Em França, a *Ordonnance Criminelle* de 1660 não tem qualquer referência à idade do delinqüente: omissão voluntária, pretendendo-se que se recorra ao Direito romano para resolver o problema, ao que parece.

Em Portugal, as Ordenações (Manoelinas — Livro III, Título LXXXVIII e Filipinas — Livro V, Título CXXXV) determinam que, se o delinqüente tiver entre 17 e 20 anos, fica ao arbítrio do Juiz aplicar-lhe a pena total ou atenuada, observando-se as circunstâncias em que o crime foi perpetrado e a pessoa do criminoso. Se esse delinqüente tiver menos de 17 anos, não pode ser condenado à pena de morte (na época a sanção mais rigorosa), ainda que mereça.

Neste período, o Direito Criminal português segue as orientações das fases da menoridade dos romanos (*infans*, *admodum impubes* e *proximus pubertate*). Grande margem de arbítrio é dada ao Juiz; o princípio da malícia suprimindo a idade é largamente usado. Só os *infans* são isentos de penas, assim mesmo ocorrendo exceções. Mais que a isenção, a atenuação é usada.

Muitas destas penas guardavam tão-só o caráter de exemplaridade (como a suspensão pelas axilas); poucas eram corretivas (como a pena de assistir ao suplício).

Quanto aos menores errantes (perambulantes), neste período, muitas leis já previam o internamento educativo (por exemplo: *Ordonnance* de 11-7-1682, em França). Outra *Ordonnance*, de 12-6-1722, indica que os contrabandistas de sal (delito tido à época como gravíssimo) menores de 14 anos serão presos numa casa de educação vigiada, ao invés das penas cruéis cominadas, para este crime, aos adultos.

Um outro período do tratamento criminal de delinqüentes jovens é iniciado com o Código Penal francês de 1791, que fazia depender a situação penal do menor (até 16 anos) do seu discernimento — resquício ainda da máxima “*malitia suppleat aetatem*” — sujeitando-o, em certos casos, a um regime represível especial.

Os diversos códigos do séc. XIX partem do princípio do discernimento, à semelhança do francês de 1791, e vários atuais diplomas penais recorrem a este artifício (ao nosso entender precário), com ligeiras distinções. Alguns deles fixam a idade para limite da maioridade, como o francês supracitado (16 anos); antes do menor atingir essa idade limite, é sempre suscitada a questão do discernimento. Esses códigos não conheceram nenhum período da vida humana em que a falta deste elemento se presume, em que a criança seja considerada inimputável, independente de qualquer exame do seu desenvolvimento intelectual. É esta orientação seguida pelo Código Penal francês de 1810 (art. 42, nº 1) e pelo belga (arts. 72-74); ambos fixam a idade de 16 anos para o limite da menoridade. Já em outros, esta presunção é reconhecida, sem qualquer exame, para concluir-se pela inimputabilidade, variando a idade limite para tal presunção. Assim tivemos: o Código Penal português de 1852 (sete anos); o Código Penal português de 1886 (dez anos); o Código Penal italiano de 1889 (nove anos).

A questão do discernimento só se levanta após esta idade e até a criança atingir o termo final da menoridade. Esta idade máxima estava fixada em 14 anos no Código Penal português de 1852; Código Penal português de 1886 (art. 46); aos 18 anos, no Código Penal alemão; aos 14 anos no Código Penal italiano de 1889 (art. 54).

Sendo considerado imputável, por ter havido com discernimento, é punido com as sanções comuns, porém atenuadas. Tal atenuação traduz-se ou na substituição das penas mais graves (morte, trabalhos forçados perpétuos, prisão perpétua) por prisão, ou na diminuição das medidas privativas da liberdade (arts. 67 e 69 do Código Penal francês de 1810; art. 73, parágrafo único, do Código Penal português de 1852; art. 109 do Código Penal português de 1886; arts. 73 e 74 do Código Penal belga).

Como veremos, a prisão é ainda a reação criminal normalmente aplicada ao menor considerado imputável. Ela deve, todavia, ser cumprida em estabelecimentos especiais e aí reside já um grande avanço. Assim é na legislação francesa de 1810 (art. 67), italiana (art. 54) e alemã (art. 57).

Acima dos limites máximos que indicamos, o jovem delinqüente é plenamente imputável, não havendo que falar em discernimento, contudo a juventude ainda exercerá influências na aplicação da pena.

A menoridade de 20 anos (art. 20, nº I, do Código Penal português de 1852) ou de 21 anos (art. 39, nº III, do Código Penal português de 1886; arts. 55/56 do Código Penal italiano) é considerada circunstância atenuante nestes países. Os dois últimos códigos mencionados tratam os jovens delinqüentes divididos em dois grupos: os de 14 a 18 anos e os de 18 a 21 anos, estabelecendo expressamente como deve ser realizada a atenuação da pena em relação a um e outro desses grupos.

Estes princípios nortearam as leis penais durante o século XIX.

Vejamos, de per si, algumas legislações referentes aos jovens delinqüentes, em alguns países da Europa:

## *França*

Neste país, o Código Penal de 1810 pouco foi alterado. Encontramos modificações marcantes apenas em 1906, com a Lei de 12-4-1906, que manteve a questão do discernimento e elevou a maioria de 16 para 18 anos. Contudo, o jovem de 16 a 18 anos não é absolutamente equiparado ao menor de 16 anos. O discernimento é o elemento decisivo; não o havendo, o jovem é absolvido e entregue à família ou internado, se conveniente, em colônias penitenciárias. Constatado o discernimento, há punição como a do adulto, sem qualquer atenuação.

As casas de correção, já previstas no Código Penal de 1791, só foram oficialmente criadas pela Lei de 5-8-1850.

Foi realmente a Lei de 22-7-1912 que introduziu o novo Direito Criminal do menor nesse país, mesmo assim de forma tímida, diante de outras leis noutros países, à mesma época. Em verdade, não há transição de um sistema repressivo para um regime protetor e educativo. Todavia, vemos na situação processual e na penal inovações, como órgãos especializados e introdução da liberdade vigiada.

Diferentemente das legislações portuguesa e belga, a lei francesa não tratou de menores de mero comportamento associal, mas tão-só do menor infrator das leis penais.

Nesta lei, temos a separação em grupos, conforme a idade do delinqüente — os menores de 13 anos, os de 13 a 16 anos e os de 16 a 18 anos —, derivando desta distinção importantes conseqüências, mui especialmente quanto à determinação do tribunal competente e das reações criminais aplicáveis. Há tribunais de 1ª e 2ª instância para os diversos grupos de jovens. A Lei de 1912 já introduz princípios processuais novos. A instrução é procedida por um Juiz especializado (nos grandes centros urbanos), que deve avaliar as condições de caráter e antecedentes do menor; é ainda de grande valor o ambiente passado e presente do incriminado, quanto à educação, moral e situação material de sua família. Se houver necessidade, poderão ser realizados exames médicos, geral ou específico.

A prisão preventiva é ao máximo restringida, sempre com anuência do Ministério Público, no caso de ser ela decretada, apesar de facultativa a critério do juiz.

A publicidade não é permitida (qualquer fotografia, relatos dos debates etc.) sempre que o delinqüente é menor de 18 anos. O nome do menor não é indicado, se não por uma inicial apenas (arts. 6º e 19). A citada lei introduz na França o princípio da inimputabilidade absoluta, sem qualquer influência do discernimento, em relação aos menores de 13 anos, só cabendo para essas crianças medidas puramente tutelares (vigilância e educação). Há certa variedade de medidas aplicáveis aos jovens que se acham à disposição dos tribunais, dependendo de circunstâncias agravantes, reincidência, ou da compleição moral, material, educacional e até médica do menor.

Já a Lei de 27-7-1942 revogou todo o sistema anterior e trouxe real desenvolvimento ao Direito Criminal dos menores. Criou Tribunais de Menores altamente especializados, dispondo de Centros de Observações anexos e suprimiu totalmente a questão do discernimento. A guerra retardou a vigência destas reformas, que só foram efetivadas com a *Ordonnance* de 2-2-1945, que revogou a Lei de 1942. Com poucas alterações (por exemplo: Lei de 24-5-1951 e *Ordonnance* de 22-12-1958), a *Ordonnance* de 2-2-1945 vigora até hoje <sup>(32)</sup>.

Para julgar os menores de 18 anos, que cometam infrações penais, são competentes: o Juiz de Menores, o Tribunal de Menores, a "Cour d'Assises" de menores e ainda o Tribunal da 2ª instância de menores. Os menores já pertencentes às Forças Armadas são julgados pelas Cortes Militares (arts. 5º e 6º, *Ordonnance* de 11-7-1945). Os menores de 21 anos estão sujeitos ao Juiz de Menores, se são doentes ou se sua segurança, moralidade ou educação estão comprometidas (art. 1º, *Ordonnance* de 23-12-1958).

Os órgãos judiciais menoristas estão compostos por juízes especializados e pessoas com conhecimentos afins (de ambos os sexos). O Juiz de Menores preside o inquérito social amplo do menor incriminado (de 18 anos). As medidas podem sempre ser alteradas para atender melhor aos interesses recuperativos. O jovem adulto (de 18 a 21 anos), na França, é submetido ao Direito Penal comum.

Tal como na Bélgica, na França foi a administração penitenciária que primeiro procurou uma solução digna para o problema do menor e do jovem-adulto (neste último caso na Bélgica), reservando estabelecimentos especiais para o cumprimento de pena para estes delinquentes (prisão-escola). É notória a validade dessa preocupação.

Na França há sempre necessidade de, em se tratando de jovem-adulto, pergunta-se: "Há lugar para substituir a pena por uma medida de defesa social?". Apesar do regime desta classe de delinquentes ser o mesmo dos adultos, a prática revela preocupações sociais, relativas às penas.

### *Alemanha*

Em comparação a outros países, foi com grande atraso que a Alemanha introduziu o Direito Criminal de Menores. Tal só ocorreu mesmo, apesar dos clamores generalizados aos 16 de fevereiro de 1923, com a Lei sobre Tribunais de Menores (*Jugendgerichtsgesetz* — JGG). Os menores de 14 a 18 anos (podendo a regra estender-se aos menores de 21 anos) são sujeitos a órgãos especializados. Em havendo coparticipação de maiores (18 anos), os processos são separados, para que o menor compareça perante a justiça especial. O órgão do Ministério Público deve ser também especializado.

A prisão preventiva é bastante restringida; o inquérito social é sempre seguido de exame médico do acusado.

---

(32) BOUZART, P. Pinatel, J. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, II, Paris, 1963.

O Ministério Público pode deixar de propor a acusação, bem assim o tribunal pode recusar a acusação, arquivando-se o processo, sempre que houver outra forma melhor para recuperar o menor, sem medidas repressivas.

Original é a apuração da responsabilidade sempre totalmente livre da questão o discernimento que é substituída pela avaliação da maturidade intelectual, moral e volitiva. Daí pode-se concluir da imputabilidade ou não do menor. Apesar de original, parece-nos este critério contar com as mesmas dificuldades do sistema do discernimento.

Assim, para que o menor seja declarado imputável, é preciso — como no direito antigo — que ele, ao tempo da infração, compreenda que pratica uma ação proibida (maturidade intelectual). Além disso, é preciso que ele próprio, com base nas noções de valor que fez suas, assim o considere (maturidade moral). Há que se notar, neste critério, a diferença entre capacidade intelectual e moral do menor; assim, ele pode entender o sentido da norma, mas não aceitá-la com a seriedade das exigências morais. Por outro lado, é indispensável que o menor tenha capacidade suficiente para resistir à prática da infração (maturidade volitiva), sobretudo nos casos de crimes contra a honestidade e a propriedade <sup>(33)</sup>.

É inegável que, durante a vigência do Nacional-socialismo, o caráter educativo do Direito Criminal do menor sofreu retrocessos; o punitivo-intimidativo superava a função de correção moral. Assim uma nova orientação foi introduzida, nesta época, na Alemanha, através da Lei do Reich sobre Tribunais de Menores (Reichsjugendgerichtsgesetz — RJGG), de 6-11-1943. Esta lei revogou a JGG de 1923, determinando penas aos menores, antes absolutamente inaplicáveis (por ex.: morte, prisão perpétua etc.). Volta-se mais para o evento crime que para a pessoa do delinqüente na aplicação da pena, chegando a cominar sanções para maiores de 16 anos, antes apenas atribuíveis aos adultos.

A evolução do Direito Criminal de Menores continuou com a JGG de 1953; esta lei veio expurgar da legislação criminal atinente aos menores os malefícios do período nazista. Ressurge a suspensão da pena e a extensão, em alguns casos, desta norma especial aos jovens-adultos (18 a 21 anos).

É esta lei que vigora ainda na Alemanha. Tal legislação, voltando-se mais para a personalidade do acusado do que para seu crime, estipulou reações criminais autônomas, assim distintas: *medidas educativas* — imposição de normas de conduta, assistência educativa e pedagógica; *medidas de correção* — repreensão, imposição de deveres especiais e detenção juvenil; *pena juvenil* — detenção de duração determinada ou indeterminada, conforme o caso.

Nota-se que esta legislação menorista é mais dirigida ao agente que ao ato praticado; as medidas não têm por fim tão-somente censurar, mas sim corrigir ou reeducar. É, enfim, prevenção especial o que se busca através da correção do jovem delinqüente, para que ele não venha a ser um adulto delinqüente.

---

(33) GERSÃO, Eliana. *Tratamento Criminal de Jovens Delinqüentes*, Coimbra, 1968.

Com referência à imposição de normas de conduta, a lei não é taxativa ao enumerá-las, deixando o Juiz utilizar a imaginação e a capacidade pedagógica para descobrir a norma mais adequada a cada menor. Cremos que o valor pedagógico destas normas de conduta se assenta precisamente na grande possibilidade de individualização que oferecem. É certo que há limites nesta liberdade dada ao Juiz: primeiro, limitações constitucionais e, depois, a natureza e o fim da medida. O tratamento médico pode ser complemento desta leve medida, mas para isso é mister a autorização dos educadores legítimos e do representante legal do menor e, se ele tem mais de 16 anos, o seu consentimento é imprescindível. Estas normas devem ser claras e de fácil controle para serem eficazes. Em face do insucesso, por culpa do menor e se ele tiver sido alertado, pode ser-lhe aplicada a detenção juvenil.

As normas de conduta, para Holzschuh<sup>(34)</sup>, Juiz de Menores de Adarmstadt, são de alto valor educativo, sendo a medida mais importante da JGG; e assim, adequada para resolver de 80% a 90% dos casos de delinquência juvenil. Segundo este Juiz, as normas de conduta destinam-se “a mostrar o caminho certo ao menor, que se tornou delinqüente por fraquezas ou por certas deficiências de educação”.

É de se destacar a solução trazida pela Jugendwohlfahrtsgesetz, de 11-8-1961, que, ao substituir a vigilância protetora pela assistência educativa, deu um passo largo em direção ao fim da pecha da irreuperabilidade, lançada a certos menores, que só chegam a tal extremo por abandono total (material, afetivo e até judicial), a não ser que se tome tal irreuperabilidade como carma, o que não nos parece científico. Esta medida vem provando, em plagas distantes, que a prevenção social é a solução mais recomendável à questão da delinquência juvenil.

Outra medida de realce doutrinário é a detenção de curta duração para o jovem, porém com rigor extremado. Com efeito, tenta-se compensar a duração mínima por dureza máxima. É uma detenção que atinge apenas as horas livres do menor (por ex.: aos sábados e domingos), cumprida em absoluto isolamento celular, sem qualquer conforto, além do estritamente necessário. Tais detenções, não ultrapassam três dias, sem que haja a sujeição ao regime comum (de maior duração). Tal reação criminal distingue-se da pena de prisão comum, acentuadamente pelo seu caráter de prevenção especial (ressociação). Isto não significa que não possua também a função retributiva que ao nosso entender é importante, na medida em que leva o delinqüente a assumir responsabilidades pelos seus atos. Assim já se expressou a culta prof<sup>a</sup> Armida Bergamini Miotto:<sup>(35)</sup> “o preso é sujeito de direitos, deveres e responsabilidades”; é a culpabilidade normativa (consciência do ilícito cometido) conforme a lição da precitada professora.

---

(34) Este magistrado menorista diz que “pelo bem, é que o homem deve ser educado para o bem”; logo, “quem destrói, deve construir”, e assim por diante. De artigo publicado em *Neue Wege*, Berlim, 1955.

(35) Magistral aula proferida por essa assessora do Ministro da Justiça, em março de 1977, na UnB.

Em relação aos jovens-adultos (18 a 21 anos), estes comparecem perante a Justiça de Menores como os delinquentes de 14 a 18 anos.

### *Itália*

Este país, dentre todos aqui mencionados, foi o último a conceder autonomia à Justiça de Menores, tanto em relação aos órgãos judiciais quanto à legislação. Além disso, as reformas que o movimento logrou alcançar não foram tão radicais, como nos outros países.

Surpreendente é verificar-se que, já em 1908, uma Circular do Ministro da Justiça traçava as primeiras linhas do tratamento do menor infrator. Previa, então, tal diploma que, nos tribunais onde houvesse mais de um Juiz de Instrução, um deveria cuidar especialmente dos processos referentes a menores. Seguindo ainda essa orientação, ficou estabelecido que, para evitar o contacto de delinquentes jovens com adultos, deviam os primeiros ser julgados em dias de pouco movimento no Tribunal.

Todavia, essa tendência não resultou renovadora, porquanto em tudo continuou-se a aplicar indistintamente o Código Penal de 1889, até que em 1930 surgiu novo Código Penal. Ao que parece, essa renitente imutabilidade legal não decorreu de esquecimento, pois vários projetos foram apresentados (por ex.: o do Codice dei Minorenni, de 1912; outro projeto foi o de Ferri, de 1921, voltado essencialmente para a personalidade do delinquentes).

Foi no Código de Processo Penal de 1914 que a causa menorista sofreu algumas inovações (substituiu-se a prisão preventiva por recolhimento em reformatório ou em sociedade de assistência, quanto a menores de 14 e até 18 anos, não sendo reincidente — art. 373).

Em 22 de setembro de 1929, a Circular Rocco (Ministro da Justiça) prescreveu as primeiras normas para a especialização da jurisdição de menores, com seções de tribunais ordinários atuando como tribunais de menores.

Com o advento do Código Penal de 1930, o regime jurídico para o menor infrator modificou-se, exceção feita ao princípio (ainda do séc. XIX) de que a reação criminal depende da afirmação ou negação da responsabilidade (que envolve mais que o simples discernimento).

O ponto primordial da renovação foi a fixação de novos limites de idade, para a fase de inimputabilidade absoluta, assim como para a fase de imputabilidade condicionada ao grau de desenvolvimento da personalidade. Esse desenvolvimento, como já afirmamos, não é só intelectual (discernimento, como no Código Penal de 1889) mas também é observado o desenvolvimento moral e volitivo do menor.

Assim, temos que, aos 14 anos, a inimputabilidade é absoluta (art. 97); acima desse limite e até 18 anos, necessário é pesquisar-se acerca da capacidade de entender (moral) e de querer (volitiva), para haver imputabilidade com pena atenuada (art. 98). Este último artigo enseja enormes dúvidas, quanto



ao que seja "capacidade de entender"; aliás, sobre essas dificuldades de prospecção da personalidade já discorreremos linhas atrás.

É necessário, ao analisar-se essas condicionantes da imputabilidade, determinar-se que, para ser responsável, não basta que o menor esteja com sua inteligência desenvolvida, preciso é que esteja terminado, ou bem adiantado, o seu processo de formação ética; é, ao demais, imprescindível que ele bem entenda aquilo que faz e também avalie adequadamente os motivos da vontade e ainda o caráter moral do fato e de suas conseqüências <sup>(36)</sup>.

Se o menor for socialmente perigoso e inimputável, o Juiz pode pronunciar as medidas de liberdade vigiada, medidas de segurança e internamento em reformatórios; sempre observando as condições morais da família do menor.

O art. 245 assegura total sigilo das audiências por razões de proteção psicossocial do menor.

Um decreto de 1934 manda que, em cada distrito judicial, devem existir centros de reeducação de menores. Estes centros podem conter em suas estruturas organizacionais: institutos de observações; seções médico-psicopedagógicas; serviço social; lares de semiliberdade; escolas; laboratórios; centros recreativos especiais; reformatórios judiciais e prisões-escolas.

Outra norma de interesse (art. 650 do Código de Processo Penal) é a que faculta ao Juiz impor às pessoas ou instituições encarregadas de menores, em regimes de liberdade vigiada, multas no caso de se não cumprirem as obrigações referentes à vigilância e educação do menor infrator.

Em relação ao jovem adulto, a Itália, do ponto de vista penal e processual, não evoluiu e até mesmo regrediu. É assim que o Código Penal de 1930 aboliu as atenuações de penas contidas no Código de 1889. Parece ter ficado comprovado para os legisladores italianos a completa maturidade psíquica aos 18 anos, o que é bastante discutível.

Neste parco panorama das legislações alienígenas sobre menores infratores, vimos clara a séria preocupação com esse problema, que, ao contrário do que ocorre entre nós, é do cotidiano de muitos, não de alguns poucos. A doutrina, a legislação, a sociedade enfim, dão conta de encargo social que a época atual nos impõe mais que qualquer outra.

Atentemos para o mal que é imensamente profundo e, por isso mesmo, carece de remédio heróico e de aplicação urgente.

## A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O PROBLEMA DO MENOR

A Previdência já ultrapassou a simples Assistência, e agora chegamos ao tempo da seguridade social.

---

(36) "La capacità di intendere e di valore del imputato minorenni", 1951, in *Revista da Escola Positiva*, Itália.

Logo ao término da Segunda Grande Guerra surge a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada em 10-12-1948, pela ONU, e que, em seu artigo 25, diz: “Todo homem tem direito a um padrão de vida, capaz de assegurar a si e à família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito de segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência, em circunstâncias fora de seu controle.” Desse artigo florescia o chamado Direito Social, direito de exigir do Estado padrões mínimos de vida, sem prejuízo da liberdade individual.

Discutia-se a respeito desta exigibilidade por parte do indivíduo contra o Estado; mas hoje é assente este direito.

A assistência social não provém da caridade, nem mesmo do paternalismo. É, desde Bismark (fins do séc. XIX), preocupação do Estado, possuindo mesmo um caráter de obrigação do Poder Público. E algumas Constituições já declaram este direito social como exigível pelo cidadão; é o pleno Estado do Bem-Estar (o *Welfare State*, dos americanos).

O nosso País foi pioneiro na extensão, a toda a população brasileira, dos benefícios da assistência social, através do Plano de Caixa Geral do Estado, de 20-10-1931. A lei consagradora destas vantagens generalizadas veio em 7-5-1945, Decreto-Lei nº 7.526 (Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil). Mas, apesar do nosso pioneirismo, o texto constitucional de 1969 (Emenda nº 1), aliás, repetindo as Constituições anteriores, só abrange os trabalhadores (art. 165). E só recentemente o trabalhador rural e, mais recente ainda, os domésticos obtiveram esses benefícios. Ainda há bem pouco, os velhos foram assegurados também (Lei nº 6.179/74); agora parece chegada a vez dos menores desamparados.

Creemos que a todos o Estado deve assistir, sem discriminações; eis aqui outro incentivo para o planejamento voluntário da família brasileira, consoante vimos sustentando. Neste passo, fazemos nossas as palavras de Angelopoulos: “A miséria é o desperdício de energia produtiva, inadmissível na sociedade moderna” (37).

Devemos atentar para o fato de que exatamente os relegados pela seguridade social são os mais carentes, os desempregados por falta de mínima qualificação; diga-se o mesmo em relação aos menores abandonados ou simplesmente carentes. E, para haver amparo previdenciário, é necessário apenas a prova, junto ao INPS, da dependência deste menor ao segurado, conforme o art. 11 da Lei Orgânica da Previdência Social; e essa dependência (econômica) é questão de fato e não de direito, de acordo com a melhor doutrina previdenciária. A dependência é conceito econômico e não jurídico, logo sua prova é extrajudicial por excelência (38).

---

(37) ANGELOPOULOS, Angelos. *Planisme et Progrès Social*, 1953.

(38) RUSSOMANO, M. Victor. *Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social*, vol. I, pág. 109. Idem in: VARES, de Vargas Paulino — *Compendio de Previdência Social*, pág. 27, Ed. Síntese, 1977.

## OBSERVAÇÕES DERRADEIRAS

Seguindo a mesma linha de raciocínio, vejamos agora algumas observações indispensáveis ao bom entendimento do nosso posicionamento teórico, dentro do tema aqui enfocado.

Os artigos 88, 89 e 90 do Código de Menores, que regulam o segredo de justiça, se nos apresentam como letra morta. Este sigilo é tanto imposto aos serventuários, como também à imprensa em geral. Se não bastasse a proibição legal, teríamos argumentos outros, dentro da função psicossocial do Juizado de Menores, para cumprir e fazer cumprir a lei.

No entanto, o que se observa são formas sub-reptícias de ilegalidade. Com efeito, procura-se por todos os modos alijar aquele interesse maior colimado pela lei, tarjando-se os olhos dos menores envolvidos em atos ilícitos, ainda muito comum o uso de mais de uma inicial do nome deste menor; publicam-se endereços denunciadores do menor envolvido; identificam-se os pais destes menores e outras irregularidades.

O que verdadeiramente almeja a lei é evitar a publicidade em torno do infrator como também da vítima, quando menores; logo qualquer forma que possa identificá-los é ilegal. O que se permite quanto à publicidade é unicamente a inicial de quaisquer dos nomes. A fotografia, o uso de mais de uma inicial são frontais desrespeitos à lei.

A sensibilidade da imprensa é notória quase sempre, não publicando qualquer identificação de mocinhas, vítimas de crimes sexuais. Mas talvez por desconhecimento da amplitude desta proibição, não poupa os menores que cometem atos anti-sociais, deles divulgando, as mais das vezes, todas as iniciais do nome, apelidos, pais, endereços e fotos.

Quanto ao inclemente problema de viagens de menores para o exterior, acompanhados por apenas um de seus pais, achamos que a permissão do Juizado deveria ser condição prévia para obtenção do passaporte. Assim evitar-se-iam sérios casos de burla ao direito adquirido por um dos cônjuges, de guardar os filhos comuns.

Quanto às viagens internas, que tornam quantiosos os casos de menores vadios, libertinos e errantes pelo País afora, só um esforço conjunto entre diversas autoridades federais e estaduais, afetas ao problema, essencialmente do DNER (Polícia Rodoviária) renderia resultados positivos.

## CONCLUSÃO

Se o princípio da retribuição é justiça em todos os seus aspectos segundo Kelsen, "psicologicamente tem ele raiz no instinto vingativo do homem. Este não é, decididamente, o pensar esperado de qualquer prudente" (39). Desta categórica afirmação, tiramos a ilação de que evidentemente a justiça dos tem-

(39) KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, 1963, Coimbra.

pos atuais não é ou não deve ser vingativa, visto que seus postulados essenciais não têm este caráter; se o tivessem, então, seria justa pena capital para aquele que matasse seu semelhante, e ainda justo e recomendável seria premiar o merecimento como gratidão.

Vemos nesta lógica construção que não há lugar para simplesmente punir-se, reter-se um menor, por seu ato anti-social; falamos apenas em menor, pois que é dele que estamos aqui tratando. Não advogamos a insensatez da imunidade dos menores, porém é inadmissível qualquer punição livre de incidências psicopedagógicas. É a própria lei penal (art. 26 do Código Penal de 1940) que, peremptoriamente, evita denominar as reações criminais de "penas", chamando-as de "medidas", quando trata do menor e o remete para a legislação especial, que, por sua vez, traz a mesma preocupação reeducadora.

Destarte, a correção do criminoso antes requer a correção da sociedade que o produz; é inarredável princípio de Direito vivo, não programático e tampouco supra-real. O crime, como o Direito, contém raízes sociais.

Não podemos olvidar que prevenção é difundir na sociedade ambiente desfavorável ao crime; eis por que certas reações à criminalidade ao nível tão-só do legal não resultam proficuas, pois padecem de maior atenção ao aspecto social que afasta o infundado tecnicismo. Nisto insistiremos sempre.

Sociedade e crime possuem fronteiras contíguas. Assim, os diversos estímulos sociais que fazem gerar alcoólatras, prostitutas, menores sem o mínimo amparo, preparam o avultar da criminalidade. E não surtirão efeitos sanções cada vez mais fortes, porquanto a causação do fenômeno não é só individual, mas também comporta condicionantes sociais, que precisam de freios. Convém considerar que, quando um jovem delinqüente recebe punição, a sociedade que o cerca também está sendo sancionada, abstratamente, por sua debilidade e sua incapacidade de recuperá-lo.

O menor hoje violento sofreu ontem variadas formas de violência. A sociedade hodierna, com sua alta competitividade desproporcional, seu egoísmo descontrolado, exalta a violência generalizada. Há violência econômica (salários, desempregos), há violência nas artes (filmes, até mesmo infantis), há violência afetiva (posições emocionais rígidas), há violência política (autoritarismo, poder de grupos). Enfim, a violência, atualmente, existe em quase todos os recônditos da vida social e individual, e se apresenta sob formas diversas, dissimuladas ou não; eis porque a macrovisão é essencial ao seu estudo.

Quem abandonou o menor, quem o desviou da conduta socialmente recomendada?

O avultar da delinqüência infanto-juvenil está a chamar a atenção para a genérica desorganização social.

Ou se combate eficazmente o problema do menor, ou nem sequer justificaremos nossa presença no âmbito da questão. E a prevenção se impõe em todos os níveis, como medida salutar. Não mais cabe a cômoda idéia do delinqüente lombrosiano; neste ponto, é mais convincente e positivo o

pensamento de Ferri, para quem o criminoso nato (de berço), se educado razoavelmente, será um homem honesto.

Um estudo sociográfico, de bases estatísticas, acerca da delinquência do menor, pode nos mostrar que a grande proporção destes delitos surge como meio facilitador do consumo, que, até mesmo ao nível do indispensável ao ser humano, é quase inexistente para aqueles menores. Desta forma, temos, em 1975 (no Juizado do Rio de Janeiro): crimes contra o patrimônio (roubo, furto e latrocínio) com 58% seguidos de lesões corporais, com 12% (brigas por pontos de venda, nas ruas). Ainda na mesma linha de raciocínio, temos as estatísticas do Departamento do Sistema Penal (DESIPE), do mesmo Estado: 95% da população carcerária é de pobres (desqualificados profissionalmente).

Deixamos ao leitor as variadas deduções destes dados.

Ainda segundo as estatísticas da FUNABEM, são fatores determinantes da marginalização do menor (e de seus atos anti-sociais): menor filho de pai desempregado, 95%; menor filho de mãe empregada doméstica, 90%; menor filho de pai ou mãe separados (vivendo com esta ou com aquele), 90%. Assim, para vencermos esse desafio social, carecemos do apoio de todos, essencialmente da comunidade, despertada pela imprensa; dos políticos, que precisam lembrar-se de que o problema do menor, nas proporções com que se apresenta, é do inteiro interesse da segurança nacional (a CPI do menor, em 1976, deu-nos alentadas esperanças, mas não se foi além disso). É ainda a FUNABEM que demonstrou, em suas pesquisas, que são cerca de 54 as variantes causadoras do problema aqui em estudo (40).

Com efeito, cremos estar a adequação da grave questão penitenciária diretamente vinculada à problemática do menor. Como vimos, noutros países, a causa desta remontou àqueloutra, não por mera conveniência, mas sim por imposição de lógica social.

Assim, ao encerrar este estudo, clamamos por maior atenção aos nossos menores marginalizados (carentes, abandonados e de conduta anti-social), somente assim teremos condições para abrandar esta desabonadora realidade nacional.

É inabalável nossa convicção de que aqueles que aguardam uma solução para a questão do menor, a partir deste trabalho, não terão nada além de meras aproximações do fenômeno social. Para estes recomendamos: debelem o mal com a prática do bem.

As noites insones não terão sido em vão, se este esforço lograr, ao menos, convocar a reflexão científica para a causa ora discutida.

Disse em linhas memoráveis Rui Barbosa: "A blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria" (41). Eis, então, nossa razão, nossa fé, dirigidas à humanidade e à civilização.

(40) FUNABEM. *Brasil Jovem*, RJ, n° 36, 1976.

(41) BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*.

# O artigo 106 da Constituição Federal e sua regulamentação

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da Faculdade de Direito da UFMG — Ex-Juiz do TRT da 3.<sup>a</sup> Região e Advogado em Belo Horizonte.

1. O problema da competência legislativa para a regulamentação da matéria enunciada no artigo 106 da Constituição Federal, em vigor, assim como o conteúdo que se deverá ter em vista nessa regulamentação fazemo-los precedidos de um equacionamento prévio, em colocações por nós expostas e que aqui ganham oportunidade.

2. 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, o 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, sendo Presidente da República o Marechal Castello Branco (Decreto do Presidente da República nº 58.818, de 14-7-1966, e Decreto Legislativo nº 20, de 19-7-1966, in **DO** de 19-7-1966, págs. 7.999-8.002. Revogadas essas normas, a Convenção foi denunciada ulteriormente e recentemente (Governo General Geisel) restabelecida.

O art. 104 firmou os supostos de apropriação da legislação do trabalho, que se aplicava aos **servidores** admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada (**verbis**).

Inserido o preceito na regra constitucional, passou a revelar princípio abrangente no que diz respeito às pessoas jurídicas de Direito Público Interno (União, Estados-membros, Municípios, autarquias ou outras quaisquer formas de institucionalização e/ou de personificação pública interna). Ao mesmo tempo, a norma distendeu-se e alcançou todas as situações jurídicas constituídas, de fato ou de direito (isto é, formalizadas ou não, declaradas ou não), ao tempo de sua vigência. Seu alcance no espaço e no tempo guardou sintonia com o princípio de captação da lei ordinária, observada a retrooperância de efeito fático estabelecida no art. 912 da CLT. Em face disso, os trabalhadores estatais, compreendidos na hipótese do art. 104 da Constituição passaram a gozar dos direitos previstos na legislação do trabalho, além da estabilidade quinquenária, prevista no art. 168, § 2º, da mesma Carta.

O que releva observar, à luz da regra constitucional, é que a legislação do trabalho passou a incorporar-se no patrimônio jurídico do trabalhador estatal de maneira inarredável. Estampa-se, em tal hipótese, a figura do direito adquirido ao patrimônio jurídico como um todo, aliás, resguardada na própria Constituição de 1967, pelo seu art. 150, § 3º

É inquestionável a natureza de regra auto-aplicável do art. 104 da Constituição de 1967. Preenche-se dos supostos objetivos e subjetivos de incidência e esses são constituídos pelos servidores admitidos temporariamente para obras ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada.

Afigura-se no preceito uma linha exauriente, e segundo a qual somente estariam amparados os trabalhadores temporários ou para obras e os trabalhadores especializados ou técnicos, ainda que vinculados a atividades permanentes. Sucede, todavia, que as funções burocráticas e as de execução de serviços públicos gerais impõem sempre especialização mínima ou um mínimo técnico (mecanógrafos, operadores, motoristas, atendentes, auxiliares setorializados, fiscais, compradores, instrutores etc.) e a admissão temporária para obras comporta sucessão de atividades, transferências, aproveitamentos em serviços diversos, que acabam por abarcar toda a atividade elementar desenvolvida pelo Estado.

Em sua direção teleológica, o art. 104 pretendeu a infiltração da legislação do trabalho por todos os serviços prestados por pessoas não funcionárias, isto é, não regidas por estatuto próprio ou que não **presentem** o Estado como órgãos e que não se qualificam como funcionários (por exemplo, as funções ou os cargos ocupados por processo eletivo). Doutrinadores autorizados definem o **servidor** em termos amplos, como o faz Denecke, citado por Pfenning. Assim se manifesta o publicista alemão: além dos funcionários, empregados e operários do serviço público, também o são (servidores) os ocupantes de funções aos quais se confia o exercício de atribuições em nome do Estado (staatlicher Aufgaben) e até aquelas pessoas que desempenham tarefas estatais paralelamente a outra atividade profissional própria (nur neben ihrer sonstigen beruflichen Tätigkeit), sem que estejam em uma especial relação jurídica com o Estado (Pfenning. Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner An-

gehörigen. Berlin, Duncker & Humblot, 1969, pág. 31). A denominação **servidor público** é onicompreensiva: desdobra-se em **funcionário** e em **contratado**, isto é, aqueles que prestam serviço ao Estado, seja pelo regime estatutário, seja pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A acepção é rigorosamente técnica e em seu enunciado expressa-se a Lei nº 6.185/74, pelo art. 1º Já a Constituição Federal, ao titular a Seção VIII do Capítulo VII, incorre em atecnia quando fala "Dos Funcionários Públicos", e isso porque os dispositivos compreendidos nessa Seção tratam dos **servidores**, isto é, do pessoal em regime estatutário e do pessoal em regime diverso, como se vê nos §§ 2º e 4º do art. 99 e na abertura do art. 106, que, aliás, penitenciando-se o constituinte e com toda a propriedade fala em **servidores** (cf. em doutrina recente, Caetano da Fonseca, **Função — Funcionário — Estatuto**. Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1964, pág. 17). Hely Lopes Meirelles divide os **servidores públicos** em **vitalicios, estáveis e instâncias**. Entre os últimos, como **pessoal de obras**, inclui os titulares de direitos decorrentes do contrato de trabalho, inclusive para fins de acidentes. ("Autarquias e Entidades Paraestatais". Rio de Janeiro. **Revista Forense**, v. 204, pág. 386). O art. 4º da então Lei nº 4.330, de 1º-6-1964, perpetrara elementar redundância e, ao vedar, em caráter excepcional, a greve, fala em **funcionários** e **servidores**.

Por outro lado, a aplicação da legislação do trabalho no domínio das relações de trabalho com o Estado importou na apropriação constitucional dos dispositivos da CLT que definem o empregado e o empregador (arts. 2º e 3º) como daqueles que prevêem, limitada e expressamente, a exclusão de servidores estatais de seu campo de aplicação (letras **c** e **d** do art. 7º). O que se afirma quanto à força de captação do art. 104 da Constituição de 1967 é que esse dispositivo, como suposto de incidência, não só se dirige a atos-fatos-trabalho prestados por servidores não-funcionários, mas também à própria rede de leis que é a legislação do trabalho, nela compreendidos os seus próprios supostos. Portanto, os supostos do art. 104 são os suportes de fato da relação de trabalho e os suportes jurídicos da legislação especial assim como dos fatos jurídicos por ela definidos.

Todos os servidores estatais não-funcionários que vinham prestando serviços e cujas relações se encontravam em curso na data da entrada em vigor da Constituição Federal de 1967, isto é, a 15 de março de 1967, assim como todos aqueles mesmos servidores que passaram a trabalhar para qualquer pessoa jurídica de Direito Público interno a partir daquela data, tornaram-se titulares dos direitos trabalhistas previstos na legislação do trabalho. Imediata a incidência, a regra constitucional não poderia ser modificada ou afastada por preceito de lei ordinária.

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." (**Verbis.**)



O princípio da tutela do trabalhador estatal exauriu-se em sua hegemonia constitucional, o que não ocorreu com a situação dos demais trabalhadores, que prestam serviços em atividades privadas ou em empresas públicas, cuja fonte direta de normação ainda se preserva na Constituição (arts. 165, 166 e 170, § 2º).

Concomitantemente à supressão da regra de direito material, a Constituição, pela Emenda de 17 de outubro de 1969, retirava da competência da Justiça do Trabalho a competência para decidir as causas entre a União, as autarquias federais e as empresas públicas federais e a comedia à Justiça Federal (arts. 110 e 125, I), que se instituiu para a tutela de interesses antes público-estatais que propriamente público-sociais e privados. (A Justiça do Trabalho tem por fim precipuo a tutela especial de um interesse político-social, composto nas relações de trabalho. Cf. Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. "Estrutura Orgânica da Justiça do Trabalho", in **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, abril-junho/1971, págs. 121 e segs. e Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. "Trabalhadores Estatais e Competência da Justiça do Trabalho" (Plano Constitucional), **Rev. Legislação do Trabalho**, maio-junho/1963, págs. 271 e segs.).

O quadro geral do Direito do Trabalho Brasileiro, em apreço à vinculação do Estado como empregador, revelou-se aparentemente diversificado.

Para os trabalhadores estatais admitidos até 29 de outubro de 1969 — na circunstância de que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro, segundo seu art. 2º, entrou em vigor a 30 daquele mês — aplica-se uniformemente a legislação do trabalho, **ex vi** do disposto no art. 104 da Carta de 1967, vigente até então.

O regime jurídico desses trabalhadores, sejam da União, dos Estados-membros, sejam dos Municípios ou das respectivas autarquias, conferido em preceito constitucional, incorporou-se em seu patrimônio jurídico e, como direito adquirido, não mais poderá ser arredado, do mesmo modo em que, para as situações pretéritas e constituídas, não foi. É o que acima se sustentou, com arrimo no art. 153, § 3º, da mesma Carta.

Para os trabalhadores admitidos posteriormente, o campo de apropriação manteve-se, entretanto, intacto, pois o art. 106 implantado pela Emenda nº 1, encontrou em vigor as Leis n.ºs 3.483, de 8-12-1958 (art. 3º) 3.780, de 12-12-1960 (arts. 23 e 24), e a própria Consolidação das Leis do Trabalho, em face do disposto nas letras **c** e **d** de seu art. 7º, aplicáveis pela interpretação **a contrario**.

Essas leis mantêm os servidores públicos não-funcionários incorporados na disciplina do Direito do Trabalho e só se romperiam suas diretivas se de outra maneira dispusesse lei federal posterior. Sucede que a lei federal adotou exatamente o conteúdo da tutela trabalhista, como o regula a recente Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974. Diploma ulterior, essa lei tornou discutíveis quaisquer limitações anteriores impostas aos servidores sob regime CLT, inclusive o pessoal docente do magisté-

rio federal, tal a hipótese dos arts. 2º, parágrafo único, 6º e seus §§, 13 e 16 da Lei nº 5.539, de 27-11-1968.

Por sua vez, o art. 111 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-1967, conflitando-se com o comando do art. 104 da então Constituição de 1967 — antes da Emenda nº 1 —, tem-se por manifestamente revogado (art. 2º, § 1º, segunda parte, da Lei de Introdução ao Código Civil). A regra maior, hierarquicamente superior, dirigiu-se diretamente à legislação trabalhista, cometendo-lhe regular as relações de emprego, dentro da definição de seus elementos constitutivos (CLT, arts. 2º e 3º). Revogado o art. 104 da Constituição, não se restaurou por isso só o art. 111 do Decreto-Lei nº 200, conforme dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

No contexto, cotejados os dispositivos, o vínculo empregatício continuou governado pelos supostos dos arts. 2º e 3º da CLT, eliminada a exceção da eventualidade aberta, anteriormente, pelo art. 111 do Decreto-Lei nº 200. Esse dispositivo não contém elemento algum indicativo da **eventualidade**, o que acabou vindo à tona com o Decreto nº 66.715, de 25-2-1967, que especifica o conteúdo do art. 111, qualificando **trabalho eventual**, prestado à Administração Pública, aquele constante de programas de emergência, de caráter assistencial, em virtude de fenômenos climáticos ou meteorológicos.

Desde que a admissão de pessoal se faça dentro desse círculo de suportes, verifica-se que a **ocasionalidade**, e não a **eventualidade**, é que vem a consumir-se, e o aplicador da lei não pode fugir ao conceito corrente de **eventual**, como o entendem os Tribunais do Trabalho, à luz da legislação do trabalho (cf. Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. “Relação de Emprego” (Estrutura Legal e Supostos). S. Paulo. Saraiva, 1975).

É de hábito, em setores estatais, contratar empregados, sobretudo em serviços de mecanografia, a título de **eventuais** e com base no Decreto nº 54.003, de 3-7-1964, que regula a contratação de servidores pela Administração Pública. Nessa hipótese, não há eventualidade e os serviços são integrados em funções normais e necessárias ao desenvolvimento da atividade pública. Pode ocorrer, isto sim, que a execução desses serviços se dê em caráter **temporário**, o que não significa **eventual**.

Observe-se, **en passant**, que na hipótese exposta do art. 111, completado pelo Decreto nº 66.715, não se exclui a responsabilidade por acidentes do trabalho.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 900, de 20-9-1969, que, em pontos exíguos, modificou o Decreto-Lei nº 200, nada inovou no tocante à **eventualidade** do art. 111. Ainda que dispusesse, seria norma irrita, porque, à data de sua edição, encontravam-se em pleno vigor os dispositivos da Carta de 1967, inclusive o seu art. 104.

Nada há de extraordinário em lembrar que os trabalhadores dos Estados-membros, de suas autarquias, dos Municípios e de suas autar-

quias, continuaram sujeitos aos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho, mas por fundamento diverso, além daqueles expostos. A competência para legislar sobre Direito do Trabalho é do Estado Federal, conforme o disposto no art. 8º, XVII, **b**, da Constituição. Reserva-se aos Estados e aos Municípios a organização de seus serviços e o estabelecimento de seu regime de trabalho estatutário, porque assim o autoriza a Constituição e não se desatenda aos preceitos básicos nela retidos (arts. 97 a 109).

Como se viu, a diversificação de regimes, no concernente ao direito material, é apenas aparente, pois, na realidade, os tribunais vêm encontrando os caminhos legais para a aplicação da legislação trabalhista aos trabalhadores do Estado, seja a União, seja o Estado-membro, seja o Município, ou suas autarquias.

Com o advento da Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, esfumou-se qualquer dúvida porventura existente, e o art. 106 da Constituição Federal, com a Emenda nº 1, passou a ter execução em lei ordinária, que mais amplamente lhe acolheu os fins e o espírito tutelar.

No plano constitucional, há um aspecto de relevância, cujo esclarecimento importa em definir competência. Trata-se de inserção, em Constituições Estaduais, de normas concedendo direitos a trabalhadores, pelas quais se obriga o Estado-membro ou com as quais visa obrigar as municipalidades.

Embora, como se afirmou acima e é de magistério corrente na doutrina nacional (Catharino, Maranhão, Sussekind, Pontes de Miranda), seja da União a exclusiva competência para legislar sobre trabalho (Constituição, art. 8º, XVII, **b**), a verdade é que, assegurados aos trabalhadores dos Estados-membros direitos em suas Constituições, os seus preceitos ganham expressão de normas regulamentares (Regulamento de Empresa) se são mais benéficas. Essas normas inserem-se nos contratos de trabalho e não mais podem ser retiradas ou restritivamente modificadas. Se ocorre a revogação e/ou a alteração dos preceitos constitucionais estaduais, os trabalhadores que o eram ao tempo de sua vigência não são alcançados. Nesse ponto, o princípio invocável extrapassa o art. 468/CLT e a Súmula nº 51, do Tribunal Superior do Trabalho (**verbis**: As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos posteriormente à revogação ou à alteração do regulamento).

As regras constitucionais estaduais ou as suas leis ordinárias são, em verdade, ociosas no que diz respeito à concessão de direitos que foram reconhecidos pela Constituição Federal e, através de seus comandos, pela legislação federal que os preenche. Se, porém, o Estado-membro concede mais, o direito torna-se inarredável e vincula-se o Estado.

As Municipalidades, que não são alcançadas por lei estadual no que toca "à organização dos serviços públicos locais" (Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969,

art. 15, **b**), são vinculadas pela legislação federal, como reza o citado art. 8º, XVII, **b**.

A qualificação do servidor municipal, a configuração da relação de emprego ou a sua definição pelo regime **estatutário** (funcionário público) não podem fugir ao exame de cada caso concreto. Ao juiz incumbe partir, primeiro, dos supostos que fisionomizam a condição de **funcionário público** e verificar se existem todos os requisitos configuradores do asseguramento da tutela estatutária, seja no seu lado formal, seja no seu lado material ou de conteúdo (cargo, ato de nomeação, investidura, acesso, garantias de remuneração, caminho à efetividade e à estabilidade, tempo de serviço e aposentadoria direta). Arredado qualquer desses supostos ou verificado que não se armam eles harmonicamente dentro de um quadro de direitos e deveres, a tarefa do magistrado volta-se para a configuração da relação de emprego, na forma dos arts. 2º e 3º da CLT.

A subsunção ou não da situação em exame à lei federal é inelutável e dela não poderá fugir o julgador (Constituição Federal, art. 142, que lhe fixa a competência como juiz do trabalho).

A regra padrão, no intercurso constitucional, da Carta de 1967 à Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, é o art. 7º, letra **d**, da Consolidação das Leis do Trabalho (Catharino, José Martins. **Contrato de Emprego**, Salvador, Ed. do Autor, vol. 1, págs. 201-209). É interessante atentar, no aspecto das assimilações, para a estrutura do Direito do Trabalho alemão, que instituiu, em lei própria e no plano do Direito Coletivo do Trabalho, o Regulamento de Empresa, que, no original, se pode tomar por Constituição da Empresa (Betriebsverfassung). (Cf. a obra de Dietz, Rolf e Richardi, Reinhard Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen (Kommentar). München. C. H. Beck'sche, 1973, esp. págs. 58 e segs. e a obra de Fritting, Karl e Auffarth, Fritz, Betriebsverfassungsgesetz (Handkommentar). München. Franz Vahlen, 1972, esp. págs. 71 e segs.).

No plano da legislação estadual, a conclusão não se modifica e a competência da Justiça do Trabalho é manifesta, pois a ela é que comete a Constituição (art. 142 cit.) a missão de dizer quem é e quem não é empregado. Processualmente, a exceção não envolve incompetência, mas o próprio mérito, limitada a defesa à preliminar de carência de ação. A impositação é hoje pacífica.

O art. 200 da Constituição em vigor é expressivo quando incorpora, nas Constituições Estaduais, dispositivos seus. A comunicação da regra jurídica hierarquicamente superior torna-se automática no que se refere aos princípios básicos que estruturam a ordem federal. O preceito estende-se às relações de trabalho dos Estados-membros, em que se fixam os direitos mínimos necessários para a configuração da situação de funcionário público.

Entre esses preceitos está a regra do art. 194 da mesma Carta, que preserva a estabilidade quinquenal do funcionário, assegurada pela le-

gisição anterior. Cumpre, contudo, atentar que essa estabilidade, na forma do art. 177, § 2º, da Constituição de 1967, alcançava a todos os servidores, isto é, os funcionários e os contratados, como, aliás, em inúmeros pareceres, se reconheceu no Governo da República.

“A estabilidade quinquenal passou à Constituição de 1969 como direito adquirido e insuscetível de modificação de natureza restritiva, inclusive no que concerne à exclusão de qualquer categoria das pessoas por ela compreendidas: os funcionários e os contratados” (Vilhena, Paulo Emílio de. **O Contrato de Trabalho com o Estado**. São Paulo, Ed. LTr, 1975, págs. 125/131).

3. Exposto o pensamento acima em formulações quase aos tropeços, em que as idéias se acumulam, se afirmam como soltas na injunção de manifestações legislativas trepidantes, torna-se indispensável, em face do que ora vem se sucedendo no plano judicial, melhor se esquematize e se organize a matéria jurídica sugerida pelo art. 106 da Constituição em vigor, nas suas implicações básicas, seja no campo dogmático da própria Carta de 1967, com o retoque de 1969, seja em sua vertente conceitual-histórica, resultante desse dispositivo de compromissos internacionais e entalhado em um quadro político-social que não pode ser retirado de suas bases.

Como observa, com acerto, Martins Catharino (cf. “Servidor Estatutário e a Legislação Trabalhista”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 14, nº 56, outubro a dezembro de 1977, pág. 118), entre o atual art. 106 da Constituição Federal (com a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969) e o anterior correspondente art. 104 do texto original, “houve alteração substancial, porquanto este ordenava a aplicação da **legislação trabalhista**, enquanto aqueloutro prevê lei especial, que já tarda, e há muito”.

Sucedem que dois Estados-membros — o Estado de São Paulo, com a Lei nº 500, de 19 de novembro de 1974, e o Estado do Paraná, com a Lei nº 6.508, de 13 de dezembro de 1973, regulamentada pelo Decreto nº 4.766, desse mesmo ano — entenderam-se titulados na competência imediata para regulamentar a matéria enunciada no art. 106 da Constituição, e o Supremo Tribunal Federal, já em três pronunciamentos, expressa e exaustivamente, ou por inferência, consagrou, à força de sua legitimação judicante, essa apropriação competencial.

O entendimento da Suprema Corte do País ou a sua direção manifestaram-se — e, saliente-se, sem discrepância quanto à conclusão do julgamento — nos Recursos Extraordinários n.ºs 88.875-6, do Paraná; 89.034-3 e 90.036-5, de São Paulo, todos julgados em junho e setembro de 1978, datando o último de 27 deste.

Duas observações importa ainda se façam. A esse entendimento se chegou à força de agravos de instrumento providos, pois aos recursos extraordinários, interpostos no Tribunal Superior do Trabalho, não se deu o contágio da eiva constitucional, que só veio a manifestar-se no próprio Supremo, com seu julgamento.

Por outro lado, o voto central, nos dois primeiros recursos, da lavra do Ministro Moreira Alves, depois de sustentar que "... O artigo 106 da Emenda Constitucional nº 1/69 permite a edição de legislação especial, que afaste a incidência das leis trabalhistas, outorgando um regime jurídico próprio a servidores de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada. Com isso, garante-lhes um regime jurídico legal, mas nenhuma razão existe — como, aliás, igualmente sucede com o regime jurídico dos funcionários públicos estaduais e municipais — para que se exija lei federal que estabeleça um regime unitário, vigente em todo o território nacional, para tais servidores" (*verbis*), serve-se de doutrina exclusivamente de administrativistas, tais como Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Caio Tácito.

Outras transcrições — do Recurso Extraordinário nº 88.875-6 — ainda se fazem necessárias. A primeira delas, do despacho denegatório do Recurso Extraordinário, que exprime a doutrina do Tribunal Superior do Trabalho, assim exposta:

"O Estado do Paraná interpõe recurso extraordinário, com fundamento nos artigos 119, inciso III, alínea **a**, e 143 da Constituição, contra o acórdão da 1ª Turma deste Tribunal que não conheceu da revista.

Afirma o recorrente infringidos os artigos 106 e 108 da Constituição. Cita doutrina.

Segundo o recorrente, esses dispositivos constitucionais dariam ao Estado competência para legislar sobre contrato de trabalho dos professores "temporários". Tal competência, no entanto, é da União, e não do Estado, tendo em vista o disposto no inciso XVII, alínea **b**, do artigo 8º do texto constitucional.

Não há falar, portanto, em violação desses dispositivos.

A Constituição prevê, apenas, dois tipos de trabalhadores sob tutela legal: uns têm regime contratual e outros estatutário.

Os autônomos e os avulsos, porque não têm subordinação jurídica ou econômica, têm disciplina especial.

Essa situação de independência, pelo princípio da isonomia, não permite dispensar-lhes idêntica proteção legal.

Desnecessário rebuscar a doutrina e analisar a história, bastando a leitura do art. 160 da Constituição, para certificar-se o estudioso de que as leis tutelares do trabalhador subordinado destinam-se a que o Estado realize "o desenvolvimento nacional e a justiça social".

Sem isso, inexistirão ordem, equilíbrio e paz social.

Essa a única verdade jurídico-social, que se demonstra através de várias leis ordinárias. Não é preciso ir mais longe. Basta ler a Lei nº 6.019, de 31-1-1974, que dá expressamente o conceito de trabalhador temporário. Só poderá assim ser qualificado o admitido "para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço" (art. 2º).

Considerar como temporário, passageiro, eventual ou precarista quem presta serviços para executar um plano de educação elaborado ou que não substitui pessoal regular e permanente, ou, ainda, que não realize serviços decorrentes de fatos extraordinários, indubiosamente é estabelecer conflito legal com as linhas mestras da Constituição e leis editadas pela União.

Para não se chegar à inconstitucionalidade do dispositivo, preferiu-se, a exemplo de decisões da Colenda Corte, interpretar o texto à luz da Lei Fundamental. Sequer um contrato a prazo certo, como disciplinado pelo art. 443 da CLT, procurou o recorrente celebrar. A solução que encontrou não se arrima na Lei Magna, e conflita-se com o contexto político-social.

Dentro desse critério, a questão converte-se em envolvimento de prova, aspecto inconciliável com a natureza do recurso extraordinário."

Embora concludente quanto à sua competência, a judiciosidade e o tangenciamento do voto do Ministro Leitão de Abreu também impõe transcrição, porque a doutrina nele perfilhada, cautelosa, não partilha de uma concepção discricionária na elaboração de leis de trabalho, a arbítrio dos poderes públicos, senão na consideração de determinados preceitos básicos que informam a estrutura do ordenamento jurídico nacional. Releva a sua transcrição, pois não coincide ela com a linha administrativista e, nesta exposição, serve como ponto de partida para o estudo que intentamos e o esforço de organizarmos as idéias básicas que governam, no plano material e no plano formal, a edição do aparentemente retrocedente art. 106 da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional de 1º de outubro de 1969.

Assim se manifesta o Ministro Leitão de Abreu:

"Também não tenho dúvida de que a lei especial a que se refere o artigo 106 da EC nº 1/69, é, na hipótese, a lei estadual. Nada tenho a acrescentar aos doutos votos do eminente Relator e dos Ministros, que acompanharam a sua opinião. Observo, unicamente, que o artigo 106 traz restrições implícitas à lei especial que se pretende expedir para estabelecer o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. As regras estabelecidas pela Constituição no tocante aos funcionários públicos representam, segundo doutrina que tenho como proce-

dente, garantias institucionais. Constituem princípios organizatórios do serviço público, estatuídas diretamente em benefício desse mesmo serviço, embora, indiretamente, favoreçam, ou possam favorecer, os funcionários públicos. Postulado fundamental, pois, no tocante aos serviços sob administração direta do poder público, é que este seja desempenhado por funcionários públicos.

O artigo 106 da Constituição Federal deve ser entendido assim, de acordo com esse dogma constitucional, que não tolera se institua, ao lado do regime do funcionário público, em sentido próprio, outro regime, a ele paralelo, aplicável a servidores em relação aos quais se atribua outro nome, como acontecia com os antigos extranumerários. Essa extravagância não é tolerada pelo citado artigo 106, uma vez que o regime jurídico dos servidores, a que se reporta, só é autorizado quando admitidos, como nele está dito, em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada. Temporário, segundo o artigo 106, há de ser o serviço ou a função; por via de consequência, temporária será a permanência do servidor na função ou serviço. Em outras palavras, a temporariedade da função, tomada em sentido material, é que acarreta a temporariedade do servidor, que como temporário não poderá ser havido, se permanentemente a função. Quanto às funções de natureza técnica ou especializada, é mister, para que se não estabeleçam regimes paralelos, que a função, técnica ou especializada, não encontre correspondência no serviço público permanente, porquanto, nessa hipótese, forçoso é que o exercício dela seja encarregado a funcionário público, submetido ao regime como da função pública. Essa interpretação, além de conciliar-se com o dogma de que a Constituição impõe, como tutela do próprio serviço público, seja este desempenhado por funcionário público, harmoniza-se com os próprios termos do artigo 106 do vigente estatuto político.

Feitas estas observações, que não colidem com as opiniões expressas, quer pelo eminente Relator, quer pelos Ministros Cordeiro Guerra e Cunha Peixoto, o meu voto é, também, no caso, pelo conhecimento e provimento do recurso.”

O Ministro Cunha Peixoto foi incisivo sob o aspecto da competência e afirmou:

“Estou em que razão assiste aos eminentes Ministros que me antecederam, pois o art. 106 da Emenda Constitucional nº 1/69, ao dispor que “o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial”, se submete à regra do art. 13, V, da mesma Constituição, que defere aos Estados a própria organização, inclusive quanto à legislação aplicável aos seus servidores.”



A distância entre o art. 104 da Constituição Federal de 1967 e o art. 106 do Estatuto Magno em vigor, como a lembrava Catharino, ganhou termos evidentes no voto do Ministro Moreira Alves, verbis:

“Rezava o artigo 104 da Constituição Federal de 1967:

“Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada.”

Essa disciplina foi, porém, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, em cujo artigo 106 se lê:

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

Afastou-se, portanto, nesses casos, a aplicação obrigatória da legislação trabalhista, admitindo-se que lei especial estabelecesse regime jurídico próprio a esses servidores públicos.”

4. Ao estabelecer a competência do Estado-membro para legislar em execução ao disposto no art. 106 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal partiu de determinados pressupostos não de índole formal, mas substancial e entre eles o de que conhecia ou conhece o teor das relações jurídicas objeto da legislação estadual e em que plano se situam os respectivos direitos e deveres comparativamente àqueles assentados na legislação trabalhista e àqueles dispostos no regime estatutário.

Contudo, não é tão simples como à primeira vista parece, e pareceu à Suprema Corte do País, o desate da questão.

Não se pode tratar qualquer tema científico — seja a ciência da investigação, seja a ciência da aplicação do Direito — sem, antes, atentar-se para uma postura metodológica, que indique o correto caminho a seguir, e isso porque, em Direito, poucas são as vezes em que precedentemente partimos de dados consumados.

Sob o enunciado do art. 106 torvelinham desdobramentos e implicações de mais variada e substancial espécie, que é indispensável se equacionem para que se possa ter uma idéia aproximada — já que não nos move a convicção da certeza — da solução legal a ser dada ao caso.

A partir do momento em que a focagem do quadro constitucional aberto pelo art. 106 passou à esfera jurisdicional, nada obsta se examine o problema das legitimações, para a edição de lei ordinária e quanto a seu conteúdo, partindo-se mesmo da perspectiva jurisdicional, em que a matéria vem sendo debatida.

O levantamento doutrinário que se pretende na área legislativa pode e deve ser feito na área jurisdicional, e isso porque a construção dos preceitos jurídicos, dentro de uma ordem jurídica, forçosamente guarda harmonia na interpenetração elaboradora dos dois Poderes, o Legislativo e o Judiciário. As deduções que se seguem melhor o elucidarão.

Na hipótese que ora se estuda, a do art. 106 da Constituição Federal, o **iter** competencial legislativo comporta um levantamento paralelo ao do **iter** da competência jurisdicional. Apenas os pontos de partida é que devem ser tomados às avessas: a abordagem da competência legislativa procede-se de cima para baixo, isto é, do termo programático e genérico da regra constitucional ao fato objeto de regulamentação; já a abordagem da competência judicial parte do pólo oposto, do fato consumado à norma da Constituição, passando-se, evidentemente, pela lei ordinária.

Exatamente aqui é que reside o intrincado da questão.

No quadro da jurisdição, uma primeira formação pode fazer-se: se se trata de relação jurídica administrativa regulada por lei estadual, isto é, composta na esfera do poder legiferante do Estado-membro, a matéria deixa de ser trabalhista e o conflito intersubjetivo nela fundado só poderá ser decidido, em última instância, pelo Tribunal de Justiça local.

Nesse quadro uma advertência logo salta à vista: o Supremo Tribunal ao admitir a competência legislativa do Estado-membro para preencher a vocação programática do art. 106 da Constituição define **a priori** a natureza da relação jurídica objeto de regulamentação, incorporando-a ou afastando-a dos regimes trabalhista e estatutário. Para assim decidir — e isto é axiomático —, a Suprema Corte não pode deixar de examinar o conteúdo das relações jurídicas regulamentadas pelo Estado-membro, isto é, deverá dizer se o trabalho que compõe essas relações é, **ex facto**, trabalho temporário e/ou contratado para funções de **natureza técnica especializada**.

Por outro lado e nessa mesma linha de pensamento, ao declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal reconheceu, implicitamente, que o limite da competência para julgamento do caso ficou retido na Justiça Estadual.

Desvenda-se, neste ponto, um aspecto crucial do problema: o julgamento da mais alta Corte do País manteve-se, em seu enunciado, adscrito à apreciação do aspecto formal da questão, quando somente a sua substância, a natureza e a espécie do trabalho prestado, é que poderia definir a legitimidade ou a ilegitimidade das leis estaduais a serem examinadas.

Ora, ocorreu, no caso, um fenômeno da superposição de instância julgadora e pelo efeito se extinguiu a causa.

No mesmo instante em que o Supremo Tribunal conhecia do recurso extraordinário e declarava administrativa a matéria e competente o Estado-membro, ele não poderia fazê-lo, porque estava apreciando, em consequência de mérito, matéria, cujo conhecimento se exauriu, em instância última, no Tribunal de Justiça Estadual.

Quer-se com isso significar que não era ao Supremo possível conhecer do recurso extraordinário, pois os suportes competenciais, de natureza formal, invocados pelos Estados do Paraná e de São Paulo para legislar estavam indissolúvelmente ligados à matéria objeto da lei.

Vê-se, então, que o problema da competência legislativa — visto sob o ângulo da jurisdicionalidade — diz antes com o problema da natureza da matéria de que é preenchida a relação jurídica.

O próprio jogo e cotejo dos preceitos constitucionais leva a essa conclusão, pois nada obsta se admita que o trabalho a que se refere o art. 106 da Constituição seja uma subespécie, uma categorização, do trabalho, captado *in genere* pelo seu art. 8º, XVII, letra b.

Bastaria isso para atermo-nos ao conselho de Black:

“If an ambiguity which cannot be cleared up by a consideration of the constitution itself, then, in order to determine its meaning and purpose, resort may be had to extraneous facts, such as the prior state of the law, the evil to be remedied, the circumstances of contemporary history, or the discussions of the constitutional convention.” (Se ocorre uma ambigüidade que não possa ser eliminada no sopeso da própria regra constitucional, então, para determinar-se o seu significado e o seu objetivo, recorre-se a fatos outros, tais como a anterior situação da lei, o dano a ser remediado, as circunstâncias da história contemporânea ou as discussões da convenção constitucional. Black, Henry Campbell. **Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws.** Second Ed. St. Paul. Wes Publishing Co., 1911, pág. 37.)

Exatamente na hipótese constitucional ora aberta, consubstancia Black:

“If the text is ambiguous, the endeavor must first be made to arrive at its meaning from other parts of the same instrument.” (Se o texto é ambíguo, o esforço deve primeiro ser feito para chegar-se ao seu significado de harmonia com outras partes do mesmo instrumento. Ob. e pág. cit.)

Quer-se, a essa altura, ressaltar que o simples exame formal da competência não esgota a virtualidade do art. 106 da Constituição nem basta à sua correta exegese.

A lição de Black encontra ressonância na mais autorizada doutrina dos nossos dias e a sùmula com extraordinária precisão Karl Engisch:

“Partimos do suposto de que as regras de um ordenamento contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos” (cf. sua obra **Introdução ao Pensamento Jurídico.** 2ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. Trad. de J. Baptista Machado, pág. 95).

Páginas adiante, expende o tratadista germânico:

“O sentido da lei logo se modifica pelo fato de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica” (ob. cit., pág. 143).

Por aqui já se percebem as cautelas da fundamentação do voto do Ministro Leitão de Abreu, sobretudo no instante em que afirma:

“... O artigo 106 da Constituição Federal deve ser entendido assim de acordo com esse dogma constitucional, que não tolera se institua, ao lado do regime do funcionário público, em sentido próprio, outro regime, a ele paralelo, aplicável a servidores em relação aos quais se atribua outro nome, como acontecia com os antigos extranumerários” (voto cit.).

Sente-se aí que a questão da competência se encontra visceralmente comprometida com o conteúdo das leis ou da lei que venha a regular as relações de trabalho entre o Estado-membro e categorias especiais de prestadores de serviço.

Observe-se que, até o momento, não foi empregada a expressão “servidor público”, em referência ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, embora ele o faça, sobretudo no voto do relator, o Ministro Moreira Alves.

A Constituição não é um termo de compromisso tão só resultante da vocação política interna de um povo. Ela representa também internacionalmente uma forma de convivência jurídica entre Nações e Povos e como tal ela se entende como um compromisso de ordem internacional.

Alguns dados de base prestar-se-ão melhor ao esclarecimento da natureza e função do art. 106, embora inserido na Carta de 1967 por uma forma transitória e anômala de edição de regra constitucional, que foi a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.

5. Do ponto de vista material, não se pode dissociar o art. 106 do conteúdo programático aberto no art. 165 da mesma Carta, assim como deverá ser ele informado pelas garantias também mínimas asseguradas aos funcionários públicos e constantes dos arts. 97 a 109.

Se há um claro no art. 106, deverá ele ser antes preenchido à luz da própria Constituição em exegese sistemática e teleológica, como, aliás, preconiza Carlos Maximiliano (cf. sua obra **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio—S. Paulo. Livr. Freitas Bastos S/A, 1951, págs. 378/379, nº 378).

O princípio geral da tutela constitucional do trabalho estendeu-se ao Estado como empregador, qualquer que seja a forma de trabalho prestado e o regime jurídico regulamentar. Ele revela-se ainda nos arts. 166 e 170, § 2º, da Constituição em vigor.

Ao restabelecer os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro com a Convenção nº 94, da Organização Internacional do Trabalho, o atual Governo da República, exemplando-se com a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, resguardou o princípio geral da tutela do trabalho prestado ao Estado e esse princípio é que governa a exegese de preceitos constitucionais em aberto, como o art. 106.

Atente-se que esse dispositivo, não sem significação, emprega a expressão “contratados”, o que faz pressupor trabalho sob regime con-

tratual e não regime estatutário. Exatamente dirigida à regulamentação desse trabalho elaborou-se a Convenção Internacional nº 94, que, na expressão de Nicolas Valticos, alcança todos os contratos subscritos por um órgão público e que visem à admissão de assalariados (cf. sua obra **Droit International du Travail**. Paris. Lib. Dalloz, 1970, pág. 336).

A abertura de regimes jurídicos esparsos, ao sabor dos Estados-membros e dos Municípios; a diversidade de regulamentações e a dispersão de direitos, assim como a evasão de garantias não atendem ao sentido unitário e harmonizador que deflui do contexto da **Constituição Federal**.

Ao vazio do art. 106, conquanto alumiado pela expressão "contratados", que definiria, de princípio, a natureza do regime jurídico e atiraria a competência regulamentadora para as mesmas fontes originárias do art. 8º, XVII, **b**, poder-se-á atar ainda uma vez o magistério de Black, adequado à hipótese:

"Every statute is understood to contain, by implication, if nor by its express terms, all such provisions as may be necessary to affutuate its object and purpose, or to make effective rights, powers, privileges, or jurisdiction which it grants, and also all such collateral and subsidiary consequences as may fairly and logically inferred from its terms." (Deve entender-se que toda a lei contém, por implicação, senão por seus expressos termos, todas as provisões que possam ser necessárias para alcançarem-se o seu objeto e os seus desígnios, ou para tornar efetivos direitos, poderes, privilégios ou a jurisdição que ela concede assim como todas as colaterais e subsidiárias conseqüências que possam ser judiciousa e logicamente inferidas de seus termos. Ob. cit., pág. 84.)

No tocante a seu conteúdo, o art. 106 refere-se a "servidores" estatais e quanto a estes, como se viu acima, sabe-se que compreendem em sua concepção a bipolaridade de regimes jurídicos providos de densa textura de direitos e deveres (obrigações) e que nada mais nada menos são do que os "funcionários públicos" e os "contratados" pelo regime da **Consolidação das Leis do Trabalho**.

Em sua acepção teleológica, o preceito constitucional não introduz qualquer novidade no **Direito Brasileiro** e não há espanto em dizer que a legislação que o deva preencher em seus "desígnios e objeto" já existe.

Nos ciclos evolucionais das garantias do trabalho prestado ao Estado, no Brasil, depreende-se que elas tiveram a princípio em vista os serviços "não burocráticos", não abrigados em "repartições". Tal é o sentido que se extrai do art. 7º, letras **c** e **d**, da **CLT**.

Para que se não aplicasse o regime trabalhista a tais prestadores de serviços, era indispensável que ou fossem "funcionários públicos" (letra **c**) ou "gozassem de situação análoga à dos funcionários públicos" (letra **d**).

Desde então se patenteou a polaridade de regimes e, em sua concepção global, a doutrina — à sombra da legislação constitucional e ordinária — passou a abrigar as duas categorias sob a denominação de “servidores públicos”, porque público era e é o credor do trabalho.

É verdade que o Ministro Cunha Peixoto, com sua extraordinária acuidade, diversificou o fundamento da decisão e trouxe à linha de frente o art. 13, V, da Constituição. Mas esse dispositivo circunscreve o quadro de atuação do Estado-membro a matéria tipicamente estatutária, pois fala em “funcionário público” e aqui, em linha paralela, coincide com o princípio revelado na letra c do art. 7º da CLT.

Ocorre, porém, uma referência mais expressiva. O art. 13, V, alude a servidores municipais e estaduais e sobrepõe, à regra competencial, a legislação federal, além de usar do conceito remuneração, que tem, como contraprestação de serviço, conotação especificamente trabalhista (CLT, art. 457), sabendo-se que na esfera do Direito Público (Administrativa), retém-se os conceitos de “vencimentos” e/ou “proventos”.

A seu turno, “os serviços de caráter temporário”, na formulação legal, compreendiam e compreendem o chamado “pessoal de obras”, os operários, cuja prestação se caracteriza por ser predominantemente braçal.

Já “as funções da natureza técnica especializada”, como o próprio nome indica, resguardam-se com o trabalho preponderantemente intelectual e se constitui de categorias admitidas para a cobertura de empreendimentos paralelos aos dos quadros regulamentares ou de atividades extraordinárias ou programadas que o Estado moderno cumpre nos mais diversos setores da vida econômica, administrativa e providencial.

Leis inúmeras denunciam essa progressiva disciplinação do trabalho estatal extra-estatutário, tomando como referência primitiva os trabalhadores temporários e os trabalhadores técnico-especializados. Vejam-se, exemplificativamente, o Decreto-Lei nº 8.249, de 29 de novembro de 1945; a Lei nº 2.193, de 9 de março de 1954, e, em arremetidas mais amplas, as Leis nºs 3.483, de 8 de dezembro de 1958 (art. 3º), e 3.780, de 12 de julho de 1960 (arts. 23 e 24), até chegar-se à Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974.

Demonstra-se, com isso, não só a construção harmônica da legislação federal, tendente sempre mais a definir a situação dos servidores públicos em dois feixes distintos de normas componentes do regime estatutário e contratual-trabalhista, assim como a precedente competência da União para regulamentar o então “trabalho temporário” e “ou técnico-especializado”.

Se se arrematou na legislação trabalhista, com sua aplicação aos servidores não-estatutários, absorvendo-se a dicotomia “pessoal de obras” e “pessoal técnico e especializado”, deve-se isto à extensão ao trabalho estatal de um dos princípios cardiais do Direito do Trabalho, o que veda a distinção entre trabalho braçal e trabalho intelectual. O fenômeno da assimilação e da universalização das relações de trabalho tornou-se a tônica na prestação dos serviços públicos e dos serviços privados.

Pensar o art. 106 da Constituição Federal em termos diferentes será abrir uma fresta no sistema da tutela jurídica do trabalho, enaltecida pela ordem jurídica nacional, cujo objeto, cujos fins ou desígnios, como diria Black, compõem a expressão de uma rede uniforme de princípios de organização sócio-econômica, tal como se condensa no nº II do art. 160 da Carta Constitucional, que preconiza a "valorização do trabalho como condição da dignidade humana".

Ao preceito básico do enunciado constitucional é irrelevante a natureza do trabalho e a pessoa do empregador — privado ou público.

6. A exposição seguem-se conclusões, que nos parecem inelutáveis, e são:

I — Se se reconhece competência aos Estados-membros para preencherem o comando do art. 106 da Constituição, essa competência não poderá ser negada também aos Municípios, que, também, organizam os seus serviços. Então, cair-se-á no caleidoscópio e teremos tantas formas de regulamentação de trabalho quantos sejam os Estados-membros e os Municípios brasileiros.

II — Se estatutário o regime, a competência é estadual e municipal, mas os direitos e deveres compor-se-ão de uma estrutura básica, assegurada em termos de vinculação e tutela pelos arts. 97 a 109 da Constituição.

III — se contratual o regime, a competência será da União, através da legislação trabalhista e as garantias fundamentais serão aquelas dos arts. 165, 166 e 170, § 2º, da mesma Carta, salvo as exceções nela mesma abertas para os servidores públicos (art. 162, v. gr.).

IV — Se especial for o regime, não será estatutário nem contratual.

Destituídos das garantias que ambos representam, resultará em forma violadora dos princípios básicos da tutela ao trabalho consagrada pela Constituição Federal, e a lei estadual ou municipal não será um exercício de competência constitucional, mas uma exceção aos pressupostos formais e materiais de disciplina do trabalho prestado ao Estado.

"De resto, expõe Karl English, também a interpretação teleológica constitui um método pluridimensional. Acabamos de referir, prossegue o autor tedesco, que os fins perseguidos pelas normas jurídicas tanto podem situar-se dentro como fora delas" (ob. cit., pág. 115) e ainda que se possa admitir, no comando do artigo 106 da Constituição, um "conceito indeterminado" (cf. English, págs. 173 e segs.) ele não consagra um "conceito arbitrário" tampouco enunciado do absurdo e através do qual a disposição do trabalho humano prestado ao Estado viesse a ser uma forma de evasão de garantias mínimas asseguradas pela ordem política e social brasileira.

À indagação de uma plurifacetada regulamentação do trabalho por Estados-membros e por Municipalidades, em linhas limítrofes da irresponsabilidade da parte empregadora, haver-se-á de alertar sempre que o Direito é uma técnica da maior segurança e do menor arbítrio (Carlos Campos) e um meio termo entre a anarquia e despotismo (Edgar Bodenheimer).

# O orçamento-programa e suas implicações

JANES FRANÇA MARTINS

Assessor de Gabinete do Tribunal de  
Contas do Estado do Espírito Santo.

## SUMÁRIO

- I — PLANO ESTRATÉGICO
- II — PLANO OPERACIONAL
- III — PROGRAMAÇÃO FINANCEIRA
- IV — CONTROLE INTERNO
- V — RESISTÊNCIA À MUDANÇA
- VI — CONTROLE EXTERNO
- VII — CONCLUSÃO
- BIBLIOGRAFIA

### I — PLANO ESTRATÉGICO

A Constituição estatui que o Governo da União (arts. 8º, V, 43, IV) se exerça através de um plano de desenvolvimento que abrange o orçamento plurianual de investimento (arts. 60, parágrafo único e 62, § 3º) relativo às despesas de capital (Ato Complementar nº 43, art. 5º, § 1º), e que o plano se execute através do orçamento anual (arts. 60 a 69), que é de iniciativa do Chefe do Governo (art. 57, I, A.C. 43, art. 1º).

Isto obriga também os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (A.C. 43, art. 9º).

O Plano será apresentado "sob a forma de diretrizes gerais de desenvolvimento, definindo objetivos e políticas globais, setoriais e regionais" (A.C. 43, art. 1º, § 1º), abrangendo ações coerentes, intercompatíveis e relacionadas com as finalidades da Administração Pública, integradas num todo que atue coordenada e continuamente, num período determinado.

O Plano de Desenvolvimento é o que o Governo adota em face do seu conhecimento da realidade social e dos recursos que admite poder



mobilizar. Isto pode depender só do bom senso, mas pode também ser auxiliado pela análise e interpretação das estatísticas, de pesquisas e estudos econômicos e sociais, equacionados através de projeções matemáticas; de qualquer forma, o plano define a política e os propósitos estratégicos a atingir ou, no dizer de Muñoz Amato, indica o grau de participação que cabe ao Governo na direção dos processos sociais.

O Plano não quantificará metas; fixará a orientação política.

São freqüentes os insucessos dos planos quantificados a longo e mesmo a médio prazo; Breno Genari, na **Revista de Administração Pública**, vol. 3/2, informa que um capacitado consultor do Banco Mundial mostrou ser essa a realidade em 136 nações que intentaram formular e implementar o desenvolvimento planificado no após-guerra.

A causa desses fracassos é identificada na falta de estatísticas confiáveis, nas limitações técnicas das projeções econômicas que não podem prever as reações do corpo social, na subjetividade dos critérios de fixação de prioridade dos problemas e dos projetos, na interferência obscurantista da política de clientela ou dos grupos de pressão econômica, e nos vícios da máquina burocrática estruturada em critérios tradicionalistas e não orientados para o trabalho de nível de projetos.

Quanto a este último aspecto, cabe lembrar que, entre nós, apesar de as leis de reforma administrativa estatuírem modelos sistêmicos e métodos modernos de organização e trabalho, os modelos, na verdade, acabam por não proporcionar a descentralização sistêmica, e a burocracia atua condicionada por um fundo psicológico que, na imagem de Aluizio Loureiro Pinto, é como um mecanismo de rejeição da idéia ou de resistência à mudança da rotina velha; ainda não conseguimos vencer os prejuízos de comportamento social que impedem trabalhar com assessoria, delegar atribuições, entender o processo de descentralização.

De qualquer forma, a discussão dos planos de desenvolvimento nos ambientes legislativos podem ter a utilidade de chamar a atenção dos políticos para os problemas fundamentais da Nação, do Estado ou do Município, os quais devem ficar acima dos interesses imediatos das próximas eleições.

Os propósitos estratégicos do Plano, relativos às despesas de capital, são consignados no **Orçamento Plurianual de Investimento**, que substitui o **Quadro de Recursos e de Aplicação de Capital** a que se referem os artigos 23 a 26 da Lei nº 4.320. O planejador terá considerado, certamente, que o investimento, ao criar serviço novo ou ampliar o que já existe, demandará maiores despesas de custeio, no futuro.

O Orçamento Plurianual de Investimento, ainda plano estratégico, é a transição entre a política do Govrno e o **Orçamento-Programa**, que é, afinal, o plano de operação que permite controlar e avaliar se os recursos financeiros obtidos estão sendo aplicados com a desejada otimização no atingimento dos propósitos previstos de atender as necessidades do povo.

## II — PLANO OPERACIONAL

O orçamento-programa parece ter ganho o favor do mundo depois que Mac Namara, Ministro da Defesa norte-americano, saído da empresa privada, o introduziu no Pentágono, em 1961.

O propósito fundamental é medir a eficiência de cada unidade administrativa e globalmente do Governo. A idéia beneficiou-se da prática do **management**, das empresas privadas dos países desenvolvidos.

Principalmente depois da Segunda Grande Guerra, na dura competição por uma fatia do mercado, as empresas privadas viram-se forçadas a investigar o que **fizeram**, o que **fazem**, e o que **querem ou podem fazer** dos seus recursos. Como lembra Parenteau, toda empresa, em face da pesquisa de mercado, estabelece sua política ou objetivo a alcançar, e trabalha com um orçamento que define a qualidade e quantidade da produção a obter em tempo certo, correlacionada com os seus fatores de produção. A concretização das hipóteses de base (metas ou objetivos) pode ir sendo confrontada com as realizações e os desvios apurados irem sofrendo a correção hierárquica interna. Os desvios que decorrem de fatores externos serão problemas da política ou decisão superior da cúpula dirigente; mas a velocidade da coerção dos escalões hierárquicos, isto é, a eficiência do controle interno, reflete a eficiência da administração.

Na Administração Pública as coisas não se passam ou não devem se passar de forma diferente, exceto quanto a que o espectro da atividade geral do Estado é desmedidamente mais amplo, as variáveis se multiplicam por ser praticamente imprevisível a interação dos fatos sociais, pois a ação se desenvolve em toda a área geográfica, nas mais diferentes atividades, com métodos, tecnologias e prioridades diferentes, além de ser financiada por recursos das mais diversas procedências.

Quanto aos recursos financeiros, cabe registrar que a estrutura tributária nacional não favorece as áreas menos desenvolvidas; obras e serviços necessários ao seu desenvolvimento econômico e bem-estar social dificilmente podem ser atendidos pelos recursos próprios. Mesmo computando os recursos oriundos da receita tributária federal, e que constitucionalmente lhes cabe, a renda mal atende as despesas de custeio da máquina administrativa. Os Governos regionais e locais, com modesta capacidade de endividamento, têm dificuldade para levantar empréstimos substanciais e, por isto, recorrem aos recursos e fundos da administração federal, direta e indireta, destinados a programas nacionais de desenvolvimento e que, afinal, nos próprios termos da descentralização preconizada na reforma administrativa federal, devem ser delegados "no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes", reservados à autoridade delegante "o controle e fiscalização" (Decreto-Lei nº 200, art. 10, §§ 5º e 6º).

Mas tanto as receitas próprias como as de fontes federais, ou quaisquer outras, não de estar orçamentariamente previstas porque "o orça-

mento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta como da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento", diz o art. 62 da Constituição.

Fora do quadro orçamentário não pode o Governo aplicar um centavo, excluídas as entidades paraestatais quanto à sua renda própria; a Constituição é muito exigente no que respeita aos princípios orçamentários da **universalidade** e da **unidade** (art. 60), sendo que a Lei nº 4.320, no art. 56, dá ênfase especial na proibição dos orçamentos paralelos: "O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais".

O orçamento, segundo Mosher, é um sistema de comunicação em toda a sua contextura; é o princípio da dupla direção (**two way**) a que se refere Harold Smith.

Esquemáticamente, a Proposta Orçamentária que o Governo envia à discussão do Legislativo, assim se processa: o Chefe do Governo avalia as prioridades das necessidades sociais, uma vez que são sempre escassos os recursos de que pode dispor, próprios ou exógenos; e, através dos Secretários de Estado, faz chegar sua orientação política e as instruções do órgão de orçamento (ou planejamento), inclusive o teto financeiro, até o nível da menor unidade administrativa responsável pela execução de um programa de trabalho específico, que ela mesma elabora; no regresso, os programas de trabalho dessas unidades, através da discussão entre os chefes dessas unidades administrativas, o órgão setorial de orçamento e o Secretário de Estado, vão se agregando na proposta orçamentária setorial; e as propostas setoriais, através da discussão entre os Secretários de Estado, o órgão central de orçamento e o Chefe do Governo, agregam-se afinal na Proposta Orçamentária do Governo.

Cada unidade administrativa levanta o seu programa de trabalho mediante opções entre alternativas possíveis, para obter o melhor resultado, ao menor custo, no prazo definido; os programas de trabalho das unidades vão sofrendo análise custo-benefício sucessivamente dos órgãos de orçamento setorial e central, e, através de ajustamentos, reformulações, substituições ou rejeições, é que acabam por agregarem-se na Proposta Orçamentária do Governo.

Nos métodos de elaboração do orçamento tradicional era corrente calcularem-se as dotações para pessoal, material ou serviços com base nos gastos do exercício anterior; o orçamento-programa é prospectivo; calcula esses fatores de produção em função do volume, custo, tempo e natureza do trabalho a dispender nos projetos e atividades a realizarem-se no futuro. Não é só quanto se **vai gastar**, mas principalmente o que se **vai fazer**.

Cada item, objetivo ou ação a desenvolver-se no programa de trabalho é individuado e enquadrado em escalas de medida de custo, volume,

qualidade e tempo de execução do produto final, que permitam acompanhar a sua execução. Haverá a respectiva folha de apropriação de custos que discrimine qual o pessoal ou serviço a contratar, de que nível e a que custo; quais os materiais a adquirir, tipo, qualidade e custo, para construir tantos quilômetros de quais estradas; ou tantos metros quadrados de quais construções ou obras; podendo-se, preferivelmente, adotar medidas **standards** ou custos-padrão, tais como aluno concludente do 1º ciclo/ano; pessoa ou animal vacinado/ano; manutenção-leito hospitalar/ano; custo km/rodovia construído ou km conservado/ano; ou qualquer outro método de quantificar, mesmo quando se cogita de serviços incorpóreos, como o tratamento de informações, pesquisa científica, serviços de fiscalização, policiamento ou saúde, em que se utilizam indicadores indiretos, como a duração das tarefas, clientes atendidos, ou quaisquer outros que indispensavelmente signifiquem um padrão aferidor de rendimento.

É da natureza intrínseca do orçamento-programa haver critério de racionalidade na tomada de decisão para gastar, de forma que cada projeto ou atividade será relacionado a um benefício mensurável, e sua execução controlável; é o instrumento de trabalho racional de quem tem um programa a cumprir, como acontece na **administração por objetivos** da moderna empresa privada.

Se as reformas administrativas modernizaram a máquina burocrática na base de sistemas abertos que permitem às chefias administrativas executarem autonomamente os seus programas de trabalho, sem dependerem de mais nenhuma ordem ou decisão hierárquica, então, uma vez votado o orçamento, as chefias administrativas passam a depender apenas da liberação dos recursos financeiros para iniciarem a execução dos programas que elas mesmas elaboraram.

### III — PROGRAMAÇÃO FINANCEIRA

A Programação Financeira de Desembolso, conforme a denomina a reforma administrativa federal, embora sem essa denominação, está caracterizada nos arts. 47 a 50 da Lei nº 4.320: “Imediatamente após a promulgação da Lei do Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar”; essas cotas “poderão ser alteradas durante o exercício, observados o limite da dotação e o comportamento da execução orçamentária”, e tem o objetivo de “assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil, a soma de recursos necessários e suficientes à melhor execução do seu programa anual de trabalho” e “manter, durante o exercício, na medida do possível, o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais deficiências de tesouraria”.

A Lei nº 4.320 não declara que esse **quadro de cotas trimestrais** é baixado em decreto; mas não pode deixar de ser assim porque, no dizer de Mário Mazagão, essa é a forma de o Chefe do Governo manifestar a

sua vontade, tanto mais que essas cotas definem prioridades, o que só o arbítrio do Chefe do Governo pode decidir. E essa decisão há que tornar-se pública, inclusive para orientar os fornecedores quanto à licitação dos bens e serviços programados no orçamento.

O decreto liberará as cotas trimestrais aos grandes órgãos setoriais (Secretaria de Estado e órgãos diretamente subordinados ao Chefe do Governo), cabendo a estes redistribuí-las até o nível das Chefias administrativas operacionais, para que desde logo se preparem para iniciar aqueles trabalhos programados que estiverem dentro da força da cota financeira liberada, e de acordo com as prioridades indicadas pelo Chefe do Governo e seus Secretários de Estado.

Salvo recorrendo a operações de crédito por antecipação da receita, as cotas não serão iguais para todos os trimestres porque a receita não aflui aos cofres públicos em volumes mensais equivalentes; há, sabidamente, o sazonalidade devido aos prazos díspares de recolhimento dos tributos, aos movimentos comerciais estacionais (compras de artigos de verão ou de inverno, de início de aulas ou de férias escolares), fluxo irregular do lançamento no mercado ou da entrega dos produtos industriais acabados, épocas diversas das safras agrícolas, ou por outros efeitos da conjuntura econômica; mas a probabilidade estatística permite elaborar, com grande margem de segurança, o quadro da liberação dos recursos setoriais.

Fica claro que os recursos a se receberem de convênios ou de fontes fora do Governo serão liberados, na medida em que se forem efetivando, através das modificações das cotas trimestrais.

No Governo Federal a cota de desembolso a favor de uma unidade administrativa significa a capacidade de sacar contra o Banco Oficial; a unidade, portanto, não poderá empenhar despesa além do que fica autorizada a pagar. Nas demais órbitas políticas não há razão para proceder-se de forma diferente, ressalvados os Municípios onde não haja Banco e talvez nem necessite levar a organização administrativa a tais requintes de segurança.

Decorre do texto da lei, que a programação financeira há de ser baixada antes de iniciar-se o exercício, e abranger todo o exercício.

Como regra, só se inicia um trabalho se a liquidez financeira o permite, para prevenir dificuldades futuras ou impasses totais.

Há programas de trabalho, que, uma vez iniciados, não podem ser interrompidos (pesquisas científicas) porque geralmente não podem ser retomados no ponto da interrupção, ou não convém sejam interrompidos (obras públicas em geral) devido ao encarecimento conseqüente à dispensa, ou remoção para outro local, dos fatores de produção, além das despesas adicionais com a recomposição da frente de trabalho; e há despesas repetitivas, como aluguéis ou o uso dos serviços de utilidade pública (água, luz, telefone, correios, telégrafos) que se empenham pelo valor do contrato ou por estimativa, para o ano todo; mas todas essas despesas cuja execução demanda meses e meses de trabalho ou são

necessárias todos os meses, não poderiam ser empenhadas pelo valor do compromisso a assumir-se no exercício, se a programação financeira ainda pudesse ser feita mês a mês ou, por má compreensão da lei, de trimestre a trimestre sucessivos.

O manejo técnico da programação financeira de desembolso tornou obsoleta a velha sistemática dos **duodécimos** e dos **planos de economia**; é em função do quadro das cotas trimestrais da despesa que cada unidade administrativa fica autorizada a utilizar, e das suas alterações conjunturais, que se vão definindo quais programas de trabalho devem ter sua execução imediatamente desenvolvida; quais devem aguardar as alterações futuras das cotas ou ter o seu comportamento condicionado por essas alterações; e quais finalmente devem ser abandonados por falta de recursos para implementá-los.

No regime da Lei nº 4.320 não mais se consentem aqueles empenhos em massa que se faziam (ou ainda se fazem) no último mês do exercício **para aproveitar a verba**; sabia-se não haver dinheiro para pagar e que se diferia a despesa para ser satisfeita com a receita do ano seguinte, com a fraude ideológica dos princípios orçamentários da **anualidade** e do **equilíbrio** orçamentários.

Aliás está no contexto da Lei nº 4.320 que o empenho da despesa implica haver recurso financeiro disponível; se a lei declara que o empenho “não poderá exceder o limite dos créditos concedidos” (art. 59), isto, entretanto, há de conciliar-se com a vedação implícita de qualquer unidade orçamentária comprometer-se além da cota de despesa que “fica autorizada a utilizar” (art. 47). Além dessa cota, ainda que haja saldo na verba orçamentária, não pode a unidade administrativa empenhar nenhuma despesa, porque empenho é confissão de dívida, é “obrigação de pagamento” (art. 58), e pagamento com a receita do exercício anual (art. 2º), é aquele que há de fazer-se exclusivamente com a programação (financeira) da despesa orçamentária (art. 49).

Isso, por outras palavras, é o que, para a União, está no art. 18 do Decreto-Lei nº 200: “Os compromissos financeiros só poderão ser assumidos (empenho) em consonância com a programação financeira”, e, para os Estados e Municípios, é o que está no art. 1º remanescente do Decreto-Lei nº 1.377, de 12-12-74:

“Art. 1º — Os Estados e Municípios não poderão firmar contratos de obras ou serviços, nem praticar quaisquer outros atos de que resulte compromisso financeiro, sem que os correspondentes de recursos estejam previstos na programação orçamentária e na programação financeira de desembolso.”

**Programação orçamentária** é o somatório dos programas de trabalho que a lei do orçamento discrimina; **programação financeira** é o fluxo de caixa que o decreto do Governo estabelece, ou seja, é o ritmo do desembolso, é o limite e a precondição legal para empenhar, é o somatório das “cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar”.

#### IV — CONTROLE INTERNO

No compacto **Guia Moderno de Administração**, Hanika informa ter Polya demonstrado que problemas aparentemente insolúveis cedem ao critério da analogia, pelo estabelecimento de paralelos, através do campo dos conhecimentos ou das experiências.

O controle de gestão, segundo Henri Migeon apareceu nos Estados Unidos depois da crise de 1929, e aperfeiçoou-se depois da última Grande Guerra, para imprimir à economia o máximo de eficácia; visa a oferecer análises de desempenho que orientem a Administração da própria empresa.

Basicamente estabelece a comparação entre a previsão e a realização; mostra os resultados positivos e negativos, e os motivos dos resultados negativos declarados pelos responsáveis pela gestão, sem lhes apreciar o mérito; é um informe neutro do que há.

Esse controle de gestão é o antepassado do controle interno que a Constituição (art. 71) imperiosamente ordena que exista para "acompanhar a execução de programas de trabalho" e "avaliar os resultados alcançados pelos administradores".

O orçamento-programa é valioso instrumento do administrador moderno porque, além do minucioso plano operacional, condicionado ao fluxo de caixa que vai assegurando a liquidez ou capacidade de resgatar os compromissos no vencimento, fixa unidades físicas de volume de trabalho ou do produto final que cada unidade administrativa deve produzir em escalas de tempo, custo e qualidade, o que permite acompanhar-lhe o desempenho e, afinal, a eficiência da Administração.

Uma reforma administrativa, elaborada sem o sentido superficial de impressionar com organogramas sofisticados e a criação de altos cargos técnicos (necessários), não pode desligar-se da preocupação com o controle físico-financeiro da execução dos programas de trabalho e a avaliação dos resultados.

Controle e avaliação são a contrapartida, a outra face da moeda do planejamento.

A contabilidade não pode continuar preocupada apenas com os elementos da despesa (pessoal, material, serviços de terceiros, etc.); cumpre-lhe adaptar-se para contabilizar o **custo dos programas**, e apurar relatórios financeiros mensais relativos aos programas em curso de execução.

Cabe ainda à Administração montar um método de acompanhamento capaz de produzir análises de como vai ocorrendo a execução dos programas, e servirem de base para o efeito de permitir às unidades operacionais corrigirem os desvios entre os objetivos e as realizações, ou fazerem as adaptações que se impuserem, ou abandonarem os objetivos que, em face da análise custo-benefício, se revelarem inviáveis.

Os sistemas do acompanhamento evoluídos trabalham com base em computadores e gráficos de barras ou de redes (Grant, Pert, caminho

crítico e outros). A avaliação técnica é extremamente complexa e difícil; mas o controle através de simples relatório físico-financeiro mensal, com a apreciação do órgão setorial de orçamento (planejamento), não está fora do alcance das chefias administrativas, mesmo de nível médio.

Trata-se, em suma, de “manter sistema de controle interno” que a Constituição (art. 71) exige, inclusive para “criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo”.

O sistema de acompanhamento vem sendo demasiadamente descuidado, pois, com as ressalvas devidas, a prestação de contas anual dos governos habitualmente não se faz acompanhar do relatório de desempenho.

## V — RESISTÊNCIA À MUDANÇA

Riggs diz ser o formalismo uma das características centrais das sociedades tradicionalistas, onde predomina a intenção sobre a ação; e o Prof. Hermann Böhr, ao examinar as dificuldades para **racionalizar** as estruturas administrativas (o que equivalerá ao **desenvolvimento organizacional**, que não é **reforma administrativa**), enumera, desde logo, o quadro de empregados, inclusive os superiores, que se opõem à racionalização sem poderem encontrar outras razões que não sejam motivos puramente do sentimento, que é inimigo da razão; e examina sucessivamente a **tradição mal compreendida** que, em lugar de limitar-se a **princípios**, antes se aferra às **formas** de trabalho irredutíveis às exigências do progresso; a **inércia e a rotina** que não se modificam só por si; a **falta de interesse pessoal**, porque a modernização administrativa será problema da instituição e não de cada qual; a  **vaidade dos chefes**; e a **incerteza e o receio da novidade**, que geram o pressentimento de uma possível queda de **status** político, social ou familiar.

O desaponto inicial dos técnicos que introduziram o orçamento-programa nas Filipinas, em 1956, foi objeto de cuidadosos estudos interdisciplinares, e a principal causa identificada foi o atraso do contexto social, despreparado para aplicar técnicas administrativas tão evoluídas. As normas eram moderníssimas; mas, ao serem postas em prática, eram inconscientemente reelaboradas pelos hábitos mentais da rotina tradicional; é o conhecido processo psicológico de resistência à mudança.

Vários Estados adotaram elaboradas **reformas administrativas**, mas o que lucraram em termos de **racionalização** de métodos de trabalho tem sido pouco ou nada, visto continuarem os hábitos e métodos administrativos tradicionais, quando não inovados para pior.

Apesar de o Estado ser normalmente um dos maiores compradores da sua área, e muitos possuírem um órgão central de compras, é raro contarem com um sistema de almoxarifado em que nenhum material deixe de ter registradas a entrada e a saída para um destino definido, de molde a permitir a apropriação com vista à contabilidade de custo dos projetos; ao contrário, continua corrente a aquisição de material através de adian-



tamentos (**suprimento**, na linguagem do D.L. nº 200) a servidor, que comumente nem é responsável pelo serviço de material setorial. Atomizam-se compras que, assim, pelo pequeno vulto, escapam ao crivo da licitação, e, desta forma, sem publicidade, a mesma pessoa seleciona o vendedor, encomenda o material, atesta o recebimento, liquida a despesa, ordena o pagamento e paga, com infringência da letra, e especialmente do espírito dos arts. 62, 63, 64, 65, 68, 70, 85, 94, 95 e indiretamente de outros da Lei nº 4.320, e mesmo da Lei nº 5.456/68.

Em alguns Estados ainda não se chegou a caracterizar a figura do **ordenador da despesa**. A irregularidade em uma prestação de contas, hierarquicamente aprovada pelo chefe que ordenou o empenho da despesa, torna esse chefe logicamente responsável pela irregularidade; mas é comum não se argüir a responsabilidade desse chefe e ir-se buscar o beneficiário da irregularidade. Isso tende a multiplicar as irregularidades porque não se busca estancá-las na fonte.

Há outras disposições da Lei nº 4.320 que continuam letra morta, como a do art. 109, por exemplo, pelo qual os orçamentos e balanços das "entidades autárquicas e paraestatais" devem ser publicados como complemento dos orçamentos e balanços da administração direta.

Obviamente os orçamentos dessas entidades não poderão deixar de ser orçamento-programa, substancialmente e não apenas formalmente; e os balanços gerais são fundamentalmente necessários em face da Lei nº 6.223, de 14-7-77, que atribui competência ao Tribunal de Contas para fiscalizar as entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença exclusiva ou majoritariamente à mesma unidade política do Tribunal.

A publicação do orçamento e do balanço dessas entidades é tão mais necessária quanto essas entidades vêm criando subsidiárias, as quais, na lição do Prof. Cotrim Neto, "as **sociétés mères**, como as denominam os franceses, transmitem às filiais a sua natureza orgânica de entidade estatal"; "ambas são órgãos de um serviço público que o Estado criou, direta ou implicitamente, e se externam e agem como entidades do mesmo gênero. Destarte, a personalidade jurídica de ambas deriva do organismo político-administrativo do Estado, fonte essencial de uma e, por via desta, da outra". Igualmente "a absorção, com o controle acionário de uma empresa qualquer, assumindo por entidade econômica auxiliar do Estado, transmitirá, à pessoa jurídica absorvida ou controlada, a natureza do órgão da Administração Indireta, como o é a empresa-líder", sendo este, ao que parece, o caso do **holding** Telecomunicações Brasileiras S.A. que, em novembro de 1975, já contava com 25 subsidiárias.

Mas onde a forma não corresponde ao fundo é, por excelência, o orçamento-programa, bem conceituado na Lei nº 4.320, e que, entretanto, muitos administradores não encaram como o instrumento da gestão administrativa, nem lhe emprestam o rigoroso sentido gerencial do empresário privado; olham-no como um documento formal cujos programas de trabalho exatamente não se sentem obrigados a executar.

Em geral, são orçamentos em que as dotações se referem a objetivos vagos, tais como "aumento de capital de entidades financeiras"; "construção, recuperação e aparelhagem de escolas" ou de "cadeias públicas" ou de "foruns", "expansão da rede elétrica rural", ou se referem a títulos secos como "reflorestamento", "saneamento básico", ou mesmo um multi-fário "desenvolvimento de microrregiões". Nada é individuado nem dimensionado; não se informa que entidades vão ter o capital aumentado nem em quanto; em que localidades se vão construir, reformar ou reaparelhar escolas, cadeias, foruns ou hospitais; quantos hectares vão ser reflorestados e onde; nem em que consistem as atividades do saneamento básico ou do desenvolvimento de microrregiões; é um documento que tem a forma de orçamento-programa mas não o fundo; tem a aparência mas não a substância; não é um orçamento-programa.

Nessas condições, o Administrador não suspeita que dentro do espírito do planejamento deve ao povo um relatório comparativo de resultados; apenas relata o que realizou, onde, não raro, há ações provocadas por velhas situações que se tornaram críticas e receberam soluções imediatistas que, desligadas de qualquer planejamento integrado, ao invés de interações benéficas, provocam novos problemas.

A individualização do programa e a sua quantificação são indispensáveis, pois, como mostra Breno Genari, é o **mecanismo corretivo** do controle interno que constitui a espinha dorsal ou a essência mesma do sistema de planejamento.

Segundo Luciano Ronchi, a iniciativa privada admite que a ação recíproca ou a **sinergia dos investimentos** integrados provoca uma utilidade adicional ou **valor de interação**.

No planejamento estatal, a ação recíproca dos programas integrados de setores de atividade os mais diversos oferece margem para ocorrerem importantes efeitos secundários ou valores de interação; um avanço em determinado setor pode provocar avanço em outros.

Em agosto de 1977, os jornais noticiaram que a ampliação da rede de abastecimento de água a bairros da população mais pobre da Grande São Paulo, que naturalmente visava diretamente a serventia e o conforto domiciliares, produziu apreciável queda da mortalidade infantil.

Por outro lado, têm-se ventilado a dissonância entre decisões do Tribunal de Contas da União e os congêneres, a prática de cada Tribunal só fiscalizar a aplicação da receita própria da unidade política a que pertence (com exclusão dos recursos financeiros exógenos), e o caso de Governadores e Prefeitos, diretamente ou através de entidades paraestatais, receberem transferências financeiras e as aplicarem sem as registram na contabilidade geral própria.

Quando o Tribunal de Contas Estadual ou o Conselho de Contas Municipais acompanha **in loco** a execução orçamentária, presume-se que o faz com maior meticulosidade do que o Tribunal de Contas da União à distância; e, se este admite rever suas decisões em caso de irregulari-

dade grave na aplicação do Fundo de Participação em face da comunicação de qualquer autoridade ou de simples cidadão (Súmula nº 21), é de admitir-se que com maior interesse acolherá a comunicação que lhe chegue antes da decisão, e relativa não apenas ao Fundo de Participação mas a qualquer transferência de recursos federais. Quanto à harmonia entre as decisões, poderá ser buscada na Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Contas da União, pois não há por que não admiti-lo como o modelo que constitucionalmente é, e na prática esforça-se por constituir-se.

Já a fiscalização só da receita específica da unidade política e não de todo o orçamento, inclusive das receitas de transferência que nem se registram na contabilidade geral, é um padrão de comportamento tradicionalista, que as leis não parece consentirem.

O orçamento-programa, fase operacional de um plano do governo, composto de programas coerentes e inter-relacionados, tem um sentido de globalidade, conexão, abrangência, que não consente a fiscalização fragmentária, pois haveria a perda da visão panorâmica dos resultados. Pelo império da Constituição, do orçamento devem constar obrigatoriamente todas as receitas e todas as despesas; o controle fragmentário impediria o Tribunal de Contas de cumprir a missão constitucional de relatar ao Poder Legislativo como foram executados os Programas de Trabalho que votou.

O Governo nada pode gastar fora do quadro orçamentário; não pode haver caixas nem contabilidades paralelas; a Constituição e a Lei nº 4.320 emprestam à unidade orçamentária e de tesouraria o carisma e intangibilidade das coisas sagradas (C.F., arts. 61, § 1º, d, 62 e 65, §§ 1º e 2º, e Lei nº 4.320, arts. 3º, parágrafo único, 6º, § 1º, 11, §§ 1º e 2º, 35, I, 47, 49, 56 e 66).

Outro fato que comumente se observa são os créditos equivocados: especiais quando deveriam ser suplementares ou vice-versa, embora ambos adicionais; o grave, porém, é, após encerrar-se o exercício, três ou mais meses depois, baixarem-se tais decretos datados do 31 de dezembro anterior, esquecendo-se que o ato só adquire eficácia na data da publicação. O orçamento é anual; no último dia do ano fica preterito; não se pode dar vida ao que está morto. Acrescente-se que muitos desses decretos são baixados com base em leis que delegam atribuições legislativas indelegáveis.

Ainda haveria o que acrescentar nesse rol de irregularidades que infringem conceitos, normas, leis, a Constituição; mas o estudo não é sobre isso.

## VI — CONTROLE EXTERNO

Simon Schwartzman, professor da Fundação Getúlio Vargas, ao escrever sobre **A responsabilidade pública dos governantes: paradoxos e perspectivas**, opina que "os controles contábeis formais devem ser substituídos por outros, do tipo orçamento-programa, que permitam uma comparação direta entre os resultados obtidos e os objetivos explicitamente

formulados pelos órgãos e pelo Governo. O papel do Tribunal de Contas deve ser reavaliado. Já que pode ser necessário dar-lhe uma função mais ligada ao controle das metas substantivas das atividades governamentais”.

Essa função de controlar metas, **deta venia**, está claramente estatuída na Lei nº 4.320: “Art. 75 — O controle da execução orçamentária compreenderá: ... III — o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços”, ou das “metas objetivas” referidas no art. 25.

Por justiça, cabe recordar que a Lei nº 4.320, apesar de editada em 1964, nasceu de um Projeto de Lei enviado ao Congresso logo após votadas as **Conclusões da III Conferência de Técnicos em Contabilidade Pública e Assuntos Fazendários**, realizada em 1949, por convocação dos Ministros da Fazenda e da Justiça, sob os auspícios do Conselho Técnico de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda, hoje extinto, mas de memorável atuação.

A longa tramitação legislativa foi benéfica no sentido de que ensejou beneficiar-se a lei dos então recentes avanços técnicos do **performance budget** norte-americano.

O **performance budget** evoluiu para o PPBS (**planning programming budgeting system**) e hoje se fala no SIPPO (Sistema Integrado de Planejamento, Programação e Orçamento), e Orçamento Base Zero; evolução mais de técnicas metodológicas do que de princípios.

A Lei nº 4.320 é suscetível de aperfeiçoamento como todas as coisas humanas; mas convém ser melhor estudada porque, na essência, continua uma lei moderna.

Talvez nem seja construtivo insistir-se em que a modernização financeira e orçamentária nacional (ainda apenas desejável) seja devida ao Decreto-Lei nº 200, que, afinal, destina-se ao serviço público federal. As suas normas relativas à licitação, por exemplo, só passaram a obrigar Estado e Município depois que a Lei nº 5.456/68 assim o estatuiu.

A Reforma Administrativa federal aponta rumos, fixa excelentes normas metodológicas de administração moderna; suas “normas de Administração Financeira e de Contabilidade”, para citar o que é pertinente ao orçamento, deveriam ser adotadas por todos os Estados e Municípios, no que lhes couber; mas há reformas estaduais que silenciam quanto a elas, o que não é de preocupar porque, afinal, elas decorrem do que substantivamente se encontra na Lei nº 4.320 e poderão, em qualquer época, ser baixadas por decreto regulamentar.

Foi a Lei nº 4.320 que deu à Administração Pública nacional o **controle interno** (arts. 75 a 80), a **programação financeira** (arts. 47 a 50) e reafirmou a figura do **ordenador da despesa**, vinda do velho Código de Contabilidade Pública da França, via Código de Contabilidade da União (ainda prestante), ou seja, a autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagar (art. 58); são normas metodológicas busca-

das ou praticadas na gestão empresarial moderna, e indispensáveis na gestão do orçamento-programa.

Foi com obediência à Lei nº 4.320 que ocorreu o primeiro orçamento-programa do Brasil, o orçamento federal para 1966, elaborado em 1965, no primeiro exercício financeiro subsequente à data da 4.320, antes da Constituição de 1967 e do Decreto-Lei nº 200. O que não será demais ressaltar é o critério e a firmeza da sua implantação no Governo Federal, o que talvez não ocorresse se não tivéssemos tido o Governo do Presidente Castello Branco e do seu esclarecido Ministro Roberto de Oliveira Campos.

A Constituição de 1967, posteriormente, integrou a Lei nº 4.320 no seu próprio sentido conceptual, ao qual, por si, não podia chegar porque a Constituição de 1946 não permitia: aboliu o controle prévio do Tribunal de Contas e determinou que o controle externo se apoiasse no controle interno. E se o controle interno deve criar as condições **indispensáveis** para assegurar a eficácia do controle externo (C.F. art. 71, I), parece indubitável que constitucionalmente cabe ao Tribunal de Contas reclamar a sua existência, inclusive porque está na inteligência da Constituição que a auditoria financeira e orçamentária do Tribunal já deve encontrar os certificados da auditoria interna e, em sendo esta competente, não há por que ficar repetindo o trabalho, ressalvada a ação vigilante da supervisão.

O controle prévio seria adequado para o orçamento público do fim do Império, quando o País ainda vivia basicamente da economia rural e de uma industrialização incipiente, que o Estado estimulava mas nela não intervinha; então contentava saber-se se as formalidades jurídicas da nota de empenho estavam atendidas.

Mas o orçamento de hoje não é mais o documento jurídico-contábil de então; é um plano complexo de trabalho, que envolve empresas de um volume financeiro de grande vulto, acionadas por técnicas administrativas as mais sofisticadas, cujos resultados precisam ser apurados, analisados, julgados ou avaliados.

A qualidade da Administração não pode repousar na habilidade de montar documentos que podem mascarar situações irregulares. Na notável conferência que, em anos recentes, pronunciou no Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, o Ministro Victor Amaral Freire mostra que, de certa feita, o Tribunal de Contas da União aprovou corretos documentos da despesa relativos à construção de um prédio em um dos Territórios nacionais, com todos os atestados, com todas as formalidades jurídicas cumpridas, e, posteriormente, o Governo verificou que o prédio não fora construído.

O registro prévio da despesa embaraça a Administração e não a controla.

Nessa conferência, o Ministro Amaral Freire, que dedicou sua vida ao controle externo, primeiro em São Paulo e depois na União, e é hoje um apóstolo da nova missão dos Tribunais de Contas, informa que no VI Congresso Internacional de Entidades Fiscalizadoras, realizado em Tóquio,

em 1968, no tema Métodos e Procedimentos de Controle Financeiro, concluiu-se que "o controle das finanças públicas vem sofrendo profundas transformações, perdendo dia a dia o seu caráter jurídico-administrativo, para, sem abandonar os aspectos legais, deter sua atenção para uma fiscalização econômico-financeira" e que "com o correr dos anos, o controle *in situ* adquire cada vez mais importância em relação ao controle documental".

O controle *in situ*, que preferimos chamar controle *in loco*, não é só para examinar aquilo que caracterizaria o orçamento tradicional: a formalidade jurídica da soma exata das faturas ou a classificação correta da despesa na verba própria; é para muito mais, é para verificar a essência do orçamento-programa, verificar "fatos que normalmente passam despercebidos na verificação documental"; é para examinar relatórios do controle interno e tudo o mais que torne "possível verificar, por exemplo, a execução dos projetos, o grau de cumprimento dos programas, etc. e confrontar a situação revelada pelos documentos com a situação real", em suma, controlar o desempenho da administração.

Hely Lopes Meirelles, que foi Secretário de Estado no Governo de São Paulo, terá sentido que, por ser inerente ao planejamento e, consequentemente, ao orçamento-programa, o controle não pode deixar de ser um controle de desempenho; são suas estas palavras: "é de se observar que, desde a Constituição de 1967, vigora no Brasil uma nova orientação no controle orçamentário e financeiro, visando a substituir as meras verificações formais de comprovação da despesa, pelo acompanhamento efetivo da conduta contábil e financeira da Administração, quer na execução do orçamento, quer no desenvolvimento dos programas de trabalho", o que atribui ao Tribunal de Contas "funções de maior relevância e de participação na dinâmica governamental".

É ainda do Ministro Amaral Freire, o missionário da idéia nova:

"Para a execução desse novo sistema, força é confessar, transformações profundas devem sofrer os nossos Tribunais de Contas, o que ainda não aconteceu, ou está acontecendo em poucos, a passo de tartaruga; há que ser cambiada a atual mentalidade fiscalizadora dos nossos Tribunais"; e "com a mudança de mentalidade, há que se implantar uma nova filosofia fiscalizadora."

Na mesma citada conferência ele fala do nosso atraso nacional em relação às **contralorias generales** da Venezuela, Peru e Chile, o que encheria de satisfação o saudoso Aliomar Baleeiro, tão partidário desse tipo de órgão unipessoal, e não colegiado, de controle, oriundo do reputado **Comptroller and Auditor General** inglês. Naqueles três países, pelo menos, terá frutificado a semente lançada pela **Missão Kammerer** que reorganizou as finanças públicas da Venezuela e das repúblicas sul-americanas do Pacífico, a partir de 1921, e lhes organizou o controle externo à semelhança do norte-americano.

No Peru, as modificações que "estão sendo feitas no seu sistema de controle interno e externo, que funcionam inteiramente acoplados, como entre nós, são de tal profundidade que, dificilmente, podemos avaliar à

distância. Para isso, tem contado com a colaboração do **General Accounting Office**, dos EUA, do Departamento Econômico e Financeiro da ONU, da USAID, do BID, da **Interagency Auditor Training Center**, etc. Além da reforma total do sistema de controle, feito com essa colaboração internacional, a **Contraloria** do Peru ampliou o quadro do pessoal técnico (...) dos quais 75% são de nível universitário, em grande parte contadores públicos; (...) recebeu por doação uma biblioteca de mais de 4.000 livros exclusivamente técnicos (...), possui em funcionamento uma Escola de Auditoria Governamental com professorado internacional e pessoal próprio já treinado no exterior, com os mais variados cursos, que vão desde três meses até dois anos (...); só de Auditoria há onze cursos diferentes, entre esses os de Auditoria Contábil, Auditoria Operativa, Auditoria Financeira, Auditoria Patrimonial, Auditoria de Empresa Pública (...); um professor do Instituto de Administração Pública do Estado de Nova Iorque presta serviços como assessor especial do **Contralor** pelo prazo de quatro anos (...); além de funcionários enviados ao exterior para treinamento em órgãos de controle”.

O conferencista informa que os Tribunais de Contas da União e de São Paulo, conscientizados da nova missão que a Constituição lhes confere, esforçam-se para se reaparelharem com novos métodos de trabalho, pessoal técnico especializado que receba sempre cursos de atualização de conhecimentos, e a utilização de processamento eletrônico de dados, pois pelo menos o Poder Executivo há de utilizar computadores que acompanhem a execução dos programas de trabalho.

A Constituição estatui que a Administração Pública se oriente por planos de desenvolvimento e atue operativamente mediante o orçamento dos programas de trabalho, que é o plano de desenvolvimento a curto prazo.

As virtualidades do orçamento-programa nos países em desenvolvimento foram examinadas pelos Profs. Itzhak Galnoor e Bertran Gross no trabalho “La nouvelle technique budgétaire fondée sur l’analyse des systèmes et son application dans les pays en voie de développement”, publicado no nº 1, de 1969, da **Revue Internationale des Sciences Sociales**, da UNESCO. Eles admitem que mesmo onde não há pessoal qualificado para realizar programação macroeconômica através de complexas projeções matemáticas, isto não será razão para não adotar-se o orçamento-programa, desde que os programas de trabalho se elaborem na base do levantamento de custos realísticos e se analisem os resultados, inclusive dos serviços não tangíveis, como os de educação, saúde ou aperfeiçoamentos tecnológicos da produção, onde pequenos avanços produzem repercussões apreciáveis na economia.

Trata-se, então, de analisar o sistema custo-benefício, ou entrada-saída-resultados, embora muitos resultados sociais não sejam de fácil avaliação monetária.

Aqueles professores reconhecem que orçamento é política; que o método da administração planificada aguça as rivalidades a que a utilização de recursos escassos dá lugar; mas a análise sistemática dos resultados deverá acabar interessando o povo e, assim, os novos conceitos

orçamentários poderão se inserir na trama do processo político-orçamentário. Numa evolução natural, dentro de pouco tempo nascerá o cuidado ou a necessidade de análises ainda mais avançadas, que, acima dos conflitos de interesses particulares dos Chefes eleitorais, servirão de apoio no processo democrático de tomada de decisão. E isto poderá começar a afastar o administrador que se recuse ou for incapaz de abrir o espírito às idéias modernas de orçamento.

O mundo não comporta mais o político que administra numa roda de admiradores interessados nas fatias que podem cair do Tesouro, seja um emprego para o parente ou correligionário, o calçamento da rua ou a construção da estrada vicinal para a sua propriedade ou a do amigo, ou seja, não admite mais a política imediatista da clientela de favores pessoais; antes reclama a política de sentido social com reflexos no tempo, ou seja, a administração planejada.

Se o administrador não se integra no sentido do planejamento nem adquire a consciência dos valores do orçamento-programa, não estará civicamente atendendo os superiores interesses da Nação que, inclusive, fez inscrever na Constituição e nas normas financeiras nacionais postulados que o obriga a ser contemporâneo da sua época.

O orçamento-programa reclama uma nova mentalidade, um novo padrão de comportamento dos que se envolvem na sua condução, seja o Governo, sejam os parlamentares, sejam quantos, em qualquer nível, o pensam, o elaboram, o executam, o controlam.

Na Corte de Contas da Itália reconhece-se que o seu problema presente é ter sido instituída para fiscalizar mediante o registro prévio da despesa e agora a lei a obriga a fiscalizar programas de trabalho, onde, como diz o **Contralor General** do Chile, é preciso ver o que está atrás das cifras. O que leva ao controle da **moralidade administrativa**, o grande sentido dos Tribunais de Contas, no entender de Seabra Fagundes.

O Tribunal de Contas, órgão técnico incumbido de dar parecer sobre as contas do Governo intervencionista de hoje, deve analisar e valorizar o trabalho dos seus órgãos auxiliares, onde pelo menos 75% dos funcionários necessitam ser de nível superior e incluir pessoal familiarizado com a contabilidade gerencial, o direito econômico, a análise financeira, a de projetos, a de custos, de produção, de estoques, de desempenho administrativo, e os demais conhecimentos ligados ao controle não apenas jurídico mas sobretudo econômico-financeiro.

Desejável seria que os próprios Tribunais de Contas, mediante convênio de adesão, montassem o **Sistema Nacional de Controle Financeiro**, em que cada qual, federal, estadual ou municipal, fiscalizasse a aplicação de todas as receitas de qualquer origem na órbita administrativa da sua jurisdição, segundo normas específicas baixadas pelo Tribunal de Contas da União, a quem, como órgão central do sistema caberá supervisionar em **feedback** a aplicação das normas. A norma nacional obviamente seria a Lei nº 4.320. O convênio deveria prever a instalação em Brasília da **Escola Nacional de Auditoria Governamental**, em nível de pós-graduação, mediante a contribuição perequacional de todos.



As leis existem e são modernas; mas é sempre repetido o pensamento de Lord Russell: não são as leis que fazem funcionar as instituições, são os homens; ou o de Woodrow Wilson: a função é a medida do homem.

Os Tribunais de Contas estão chamados a influir decisivamente na remoção de rotinas ou tradições mal compreendidas, incompatíveis com as exigências do progresso; a exercer pressão sobre os órgãos fiscalizados no sentido de modernizarem e aperfeiçoarem sua administração financeira; a se constituir em fator condicionante da mudança de mentalidade dos administradores menos atentos aos propósitos da Constituição, e que ainda não utilizam os instrumentos de administração há muito considerados indispensáveis no setor privado.

*Não pode ou não deve haver oposição de interesses entre o Tribunal de Contas e o Governo, porque ambos presumivelmente têm um objetivo comum na execução do orçamento-programa e na moralidade administrativa. Mas é preciso que haja uma coisa e outra.*

A Constituição põe nas mãos dos Tribunais de Contas a grande arma da representação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo quanto às irregularidades e abusos que verificar.

Ainda que o Chefe do Governo não dê maior importância à representação, o que não é provável que aconteça, no Legislativo há Partidos Políticos a quem ela não será indiferente; mas, principalmente, há a considerar que a representação chegará à imprensa, cujo tremendo poder de comunicação não pode ser desprezado, e deve mesmo ser utilizado desde que eticamente.

Onde há um povo tão carente dos benefícios da boa administração, há que ser usada a arma da representação com vista a elevar os padrões da administração pública, e usá-la acima de considerações pessoais de qualquer espécie, com sentido cívico, e até com o sentido evangélico com que Santo Agostinho aconselhava exterminar os erros, por amor dos homens.

## CONCLUSÃO

Tendo como certo:

- a)** que a Constituição, com vista ao desenvolvimento nacional, postula a administração planificada em todos os níveis da *organização política nacional*;
- b)** que o orçamento-programa não é apenas forma de apresentar o orçamento anual mas, substancialmente, é um agregado de programas de trabalho em que se definem obras e serviços a executar, quantificados em termos de volume, custo e tempo de execução;
- c)** que a implantação da Lei nº 4.320 e do orçamento-programa vem sendo desvirtuada através de práticas que infringem normas constitucionais e legais, cuja execução aos Tribunais de Contas cabe reclamar, ou influir para que se cumram;

d) que, constitucionalmente, cumpre aos Estados e Municípios respeitar os princípios de elaboração do orçamento, bem como a fiscalização financeira e orçamentária de acordo com o modelo federal, que gradativamente vem se aperfeiçoando;

e) que a exigência constitucional do controle interno do Poder Executivo não estará, em todo o País, sendo efetivamente atendida, de molde a criar as condições indispensáveis à eficácia do controle externo;

f) que é reconhecida, quer no País, quer no exterior, a dificuldade que têm encontrado os Tribunais de Contas (instituídos para fiscalizarem a execução do orçamento clássico do Estado economicamente não intervencionista) para se adaptarem à fiscalização do orçamento-programa do Estado intervencionista de hoje, em que é tão importante apurar resultado como em qualquer empresa privada;

#### Conclui-se:

I — cumprir aos Tribunais de Contas, onde se fizer cabível, mediante entendimentos informais e mediante a representação aos Poderes Executivo e Legislativo referida no art. 72, § 4º, da Constituição, influenciar firmemente para que o orçamento-programa e o controle interno do Poder Executivo sejam efetivamente implantados, bem como sejam rigorosamente obedecidos os postulados constitucionais e legais que estatuem constituir o orçamento o universo de todas as receitas de qualquer origem, recolhidas com estrita obediência ao princípio da unidade de tesouraria, vedadas as caixas especiais, só ressalvadas as exceções instituídas em lei;

II — caber aos Tribunais de Contas e órgãos congêneres buscar o entendimento comum no controle financeiro, que evolua com o dinamismo do meio ambiente, tendo em vista que isso poderá ser obtido:

a) mediante o estabelecimento de um **Sistema Nacional de Fiscalização Financeira**, que seria um sistema aberto dentro do sistema maior da Lei nº 4.320, de forma que cada órgão, sem perda da sua integral personalidade, fiscalizasse a aplicação de toda a receita (de qualquer origem) da órbita política da sua jurisdição, de acordo com as normas específicas (Súmulas) que o Tribunal de Contas da União (órgão central do sistema) baixasse e cuja aplicação verificasse em **feedback**, como é próprio da organização sistêmica moderna;

b) a fundação da **Escola Nacional de Auditoria Governamental**, que, em nível de pós-graduação, preparasse o pessoal técnico necessário ao acompanhamento e avaliação dos programas de trabalho da Administração Direta e Indireta. Essa Escola funcionaria com a possível cooperação dos órgãos próprios de treinamento do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Planejamento da Presidência da República.

## BIBLIOGRAFIA

### LIVROS

- AFONSO DA SILVA, José — *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Idem, idem, 1976.
- ANOHIN e outros — *Teoria dos Sistemas*. Rio, FGV, 1976.
- ANTHONY, Robert — *Contabilidade Gerencial*. São Paulo, Atlas, 1970.
- ARTHUR LEWIS — *A Teoria do Desenvolvimento Econômico*. Rio, Zahar, 1960.
- ASHBY, W. Ross — *Introdução à Cibernética*. São Paulo, Perspectiva, 1970.
- BALEEIRO, Allomar — *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio, Forense, 1976.
- BELCHIOR, Procópio — *Orçamento-programa*. Rio, Editora Americana, 1974.
- BELLAICHE — *Le Contrôle des Comptes*. Paris, Dunod, 1969.
- BERKLEY, George — *A Revolução Administrativa*. Rio, Expressão e Cultura, 1972.
- BERTANLAFFY, Ludwig von — *Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis, Vozes, 1973.
- BIAGIONI, Mario — *Atividades Econômico-Financeiras e Orçamento-Programa*. São Paulo, Nobel, 1976.
- BUCK — *El Presupuesto en los Gobiernos de Hoy*. Buenos Aires, Penser, 1946.
- BUCKLEY, Walter — *La Sociología y la Teoría Moderna de los Sistemas*. Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- BURKHEAD, Jesse — *Orçamento Público*. Rio, Fundação Getúlio Vargas (FGV), 1971.
- CARONE, Edgard — *A República Velha — Instituições e Classes Sociais*. São Paulo, Difel, 1975.
- CHURCHMAN, C. WEST — *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis, Vozes, 1971.
- D'AUMALE, Geoffroy — *La Programmation des Décisions*. Paris, Presses Universitaires, 1968.
- DRUKER, Peter — *Prática da Administração de Empresas*. Rio, Fundo de Cultura, 1964.
- DUCASSE, Pierre — *Analyse et Contrôle de Gestion d'un Organisme Administratif*. Paris, Dunod, 1968.
- DUNAUD, Philippe e GREFFE, Xavier — *Problèmes Budgétaires Contemporains*. Paris, Presses Universitaires, 1970.
- DUVERGER, Maurice — *Institutions Financières*. Paris, Presses Universitaires, 1957.
- ETZIONI, Amital — *Organizações Modernas*. São Paulo, Pioneira, 1967.
- FRANCIS FABRE — *Le Contrôle des Finances Publiques*. Paris, Presses Universitaires, 1968.
- GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel — *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1974.
- GRINAKER Y BARR, Ben — *Auditoria*. México, Editorial Continental, 1974.
- HANIKA — *Guia Moderno de Administração*. Rio, Forense, 1968.
- HOFMANN — *Les Graphiques dans la Gestion*. Paris, Editions d'Organisation, 1974.
- HINRICHS, Harlen e TAYLOR, Graeme — *Orçamento-Programa e Análise Custo-Benefício*. Rio, FGV, 1974.
- HOSTRA — *Les Nouvelles Techniques de Préparation et d'Aménagement du Budget*. Bruxelas, Instituto Internacional de Ciências Administrativas, 1965.
- JOHNSON, Robert — *Administração Financeira*. São Paulo, Pioneira, 1967.
- KATZ, Daniel e KHAN, Robert — *Psicologia Social das Organizações*. São Paulo, Atlas, 1970.

- KINDLEBERGER, Charles — *Desenvolvimento Econômico*. Lisboa, Clássica, 1960.
- KOONTZ, Harold e O'DONNELL — *Princípios de Administração*. São Paulo, Pioneira, 1972.
- LIKERT, Rensis — *Novos Padrões de Administração*. São Paulo, Pioneira, 1971.
- LOPES MEIRELLES, Hely — *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.
- MARTNER, Gouzalo — *Planificación y Presupuesto por Programas*. México, Siglo-veinteuno, 1972.
- MATHEUS, Florentino — *Auditoria Contábil*. Rio, FGV, 1975.
- MCCONKEY, Dale — *Gerência por Objetivos*. Rio, Expressão e Cultura, 1973.
- MAZAGÃO, Mário — *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- MÊLESE, Jacques — *A Gestão por Sistemas*. Rio, Livro Técnico, 1973.
- MEYER, Jean — *Gerência Financeira*. Rio, Livro Técnico, 1972.
- MICHAEL, Stephen — *Avaliação na Administração*. São Paulo, Atlas, 1968.
- MIGEON, Henri — *Le Contrôle de Gestion*. Paris, Fayard-Mame, 1970.
- MOURA, Paulo da Costa — *O Benefício das Crises*. Rio, Livro Técnico, 1978.
- MUNOZ AMATO, Pedro — *Introdução à Administração Pública*. Rio, FGV, 1971.
- Nações Unidas — *Estrutura do Orçamento e Classificação das Contas Públicas*. Rio, FGV, 1959.
  - *Manual de Presupuestos por Programa y por Realizaciones*. Nova Iorque, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 1966.
  - *Contabilidade Pública y Ejecución del Presupuesto*. Idem, idem, 1953.
  - *Manual para la Clasificación de las Transacciones del Gobierno Según su Carácter Económico y su Función*. Idem, idem, 1958.
- NAZARÉ DIAS — *A Reforma Administrativa de 1967*. Rio, FGV, 1969.
- ODIORNE, George — *Gestão por Objetivos*. Lisboa, Clássica Editora, 1972.
- PARENTEAU — *Controle de Gestão pelo Método Orçamental*. Lisboa, Clássica Editora, 1965.
- PERES CAJIAO, Hugo — *Aplicación de la Teoría General de Sistemas a la Administración Pública*. Santiago, OEA, 1974.
- PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda n.º 1, de 1969*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.
- RAMOS, Guerreiro — *Administração e Estratégia do Desenvolvimento*. Rio, FGV, 1966.
- Real Instituto de Administração Pública da Inglaterra — *Organização Administrativa para o Desenvolvimento*. Rio, FGV, 1964.
- RIGGS, Fred — *A Ecologia da Administração Pública*. Rio, FGV, 1964.
- RONCHI, Luciano — *Controle Econômico e Financeiro para a Alta Administração*. São Paulo, Atlas, 1965.
- ROSE — *Controle Administrativo*. Rio, Livro Técnico, 1971.
- SANTANA E SILVA, Sebastião — *Orçamento-Programa como Base do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo, Instituto Roberto Simonsen, 1966.
  - *Os Princípios Orçamentários*. Rio, FGV, 1962.
- SFEZ, Lucien — *L'Administration Prospective*. Paris, Armand Colin, 1970.
- SIMON, Herbert — *Comportamento Administrativo*. Rio, FGV, 1971.
- STAFFORD BEER — *Cibernética e Administração Industrial*. Rio, Zahar, 1969.
- TELXEIRA MACHADO JR. — *Administração Orçamentária Comparada*. Rio, FGV, 1960.
- TELXEIRA MACHADO JR. e COSTA REIS, Heraldo — *A Lei n.º 4.320 Comentada*. Rio, IBAM, 1978.

- **Orçamento-Programa a Nível Municipal.** Idem, Idem, 1970.
- THOMPSON, Victor — **Moderna Organização.** Rio, Freitas Bastos, 1967.
- TIMBERGEN, Jan — **Programação para o Desenvolvimento.** Rio, FGV, 1971.
- TROTABAS, Louis — **Droit Budgétaire et Comptabilité Publique.** Paris, Dalloz, 1972.
- VAENA, Maurício e HUETZ, Leopold — **Orçamento Empresarial e seu Controle.** São Paulo, Atlas, 1966.
- WAHRLICH, Beatriz — **Uma Análise das Teorias da Organização.** Rio, FGV, 1974.

#### REVISTAS

- BRANDÃO CAVALCANTE, Themístocles — “Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista” — **Revista de Direito Administrativo** — Vol. 128/1.
- BEZERRA, José — “Da Necessidade Imperiosa de Ser Reformulado o Controle Nacional de Administração Financeira” — **Anais do VI Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil** — T. II/289.
- AMARAL FREIRE, Victor — “Modificações do Sistema de Controle Financeiro e Orçamentário da Administração Pública Brasileira a partir de 1967” — **Revista do Tribunal de Contas da União**, n.º 10/35.
- COUTO E SILVA, Golbery — “Missão e Filosofia de Ação do Tribunal de Contas da União” — Idem, n.º 10/13.
- SEABRA FAGUNDES — “Posição Institucional e Competência dos Tribunais de Contas” — Idem, n.º 12/3.
- BERGAMINI DE ABREU — “Evolução da Teoria Administrativa e o Administrador do Futuro” — **Revista de Administração Pública** — 1969 — 2/33.
- GENARI, Breno — “A Modernização Operacional do Planejamento” — Idem — 1969 — 2/7.
- LOUREIRO PINTO, Aluizio — “A Institucionalização Organizacional como Estratégia do Desenvolvimento” — Idem — 1969 — 1/7.
- MELLO E SOUZA, Nelson — “O Planejamento Econômico no Brasil: Considerações Críticas” — Idem — 1968 — 4/59.
- SCHWARTZMAN, Simon — “Da Responsabilidade Pública dos Governantes: Paradoxos e Perspectivas” — Idem — 1976 — 2/31.
- I Seminário Nacional sobre Orçamento Público — “Conclusões e Recomendações dos Grupos de Trabalho I e II” — **Revista Associação Brasileira de Orçamento Público (ABOP)** — n.º 5/103.
- ARELLANO, Wlademiro — “A Avaliação das Ações do Setor Público” — **ABOP** — 1/73.
- LENG RUBER, João Batista e outros — “Posicionamento das Entidades da Administração Descentralizada, Órgãos Autônomos e Fundos no Contexto Orçamentário” — **ABOP** — 5/7.
- MEDANHA RAMOS, Naimar — “Aperfeiçoamento das Técnicas de Avaliação de Desempenho na Administração Pública” — **ABOP** — 9/9.
- NOELMO TOMBINI, Tildo — “Metodologia de Programação Orçamentária” — **ABOP** — 2/9.
- “Orçamento-Programa, seu Papel no Planejamento” — **ABOP** — 3/9.
- OLIVEIRA LIMA, Rubem — “O Controle Externo” — **ABOP** — 2/43.
- RESENDE, Fernando — “Finanças Públicas e Transferências Intergovernamentais” — **ABOP** — 4/76.
- SOUZA TERÊNCIO, Jaime — “Sistema Gerencial de Acompanhamento Físico-Financeiro” — **ABOP** — 6/125.
- TELXEIRA MACHADO JR. — “O Orçamento como Instrumento do Planejamento Governamental” — **ABOP** — 6/9.
- “Experiência de Orçamento-Programa no Brasil” — **ABOP** — 8/39.

# A argüição de relevância da questão federal

IDUNA WEINERT ABREU

Assessora de Ministro do Supremo  
Tribunal Federal

## 1 — O CONCEITO DE RELEVÂNCIA

## 2 — O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA EMEN- DA Nº 3/75 AO REGIMENTO INTERNO DO STF

### 1 — O CONCEITO DE RELEVÂNCIA

Apesar de sua importância e atualidade, não logrou a “Argüição de Relevância da Questão Federal”, criada pela Emenda nº 3 ao Regimento Interno do STF, despertar a atenção de doutrinadores e estudiosos do direito brasileiro para inúmeras de suas interessantíssimas facetas.

Realmente, verifica-se que os poucos trabalhos existentes se voltam, em sua essência, para a análise de aspectos de ordem processual, relacionados à prática do novo instituto, com rápidas e superficiais referências a

suas raízes históricas e suas implicações na vida judiciário-constitucional do País.

O objetivo não é, pois, aqui, produzir comentários sobre matéria meramente de direito adjetivo nem, tampouco, formular guia prático de interposição de recurso extraordinário à vista das alterações introduzidas pela referida emenda.

Busca-se, em verdade, algo mais substancial, que se acha subjacente à letra fria dessas normas; é o seu "espírito", que delas emana para revelar seus autênticos fundamentos e sua real destinação, impregnados, sem sombra de dúvida, como se verá, dos mais dignificantes propósitos.

O ponto de partida que se impõe adotar não pode deixar de ser a verificação do exato significado do termo "relevância".

"Relevância", diz Aurélio Buarque de Holanda Ferreira <sup>(1)</sup>, é "qualidade de relevante; grande valor, conveniência ou interesse; importância"; este o sentido lato da palavra que carrega em si mesmo forte dose de subjetivismo, conduzindo o raciocínio, necessariamente, à apreciação de fatores cuja mensuração impõe critérios estritamente individuais e, por isso mesmo, mutáveis.

No que concerne à matéria em estudo, argüir a relevância de uma questão federal perante o Supremo Tribunal significa submeter a um juízo prévio de admissibilidade seu valor, sua conveniência ou interesse, sua importância.

Por outro lado, decidir se uma determinada questão é relevante ou possui relevância federal implica, e de forma obrigatória, a consideração de toda uma problemática de valores, ou seja, a indagação dos pressupostos axiológicos e teleológicos que diretamente a informaram e que fincam suas raízes em todo o complexo sócio-econômico vigente.

O que cabe averiguar, em realidade, são as correlações existentes entre determinada questão suscitada e aqueles fatores aqui e agora positivamente valorizados, tanto pelo mecanismo estatal quanto pelas parcelas da população direta ou indiretamente envolvidas na contenda; indaga-se, por conseguinte, para quem é a mesma relevante, determinando-se, ainda, a exata medida em que seu deslinde irá afetar aqueles contingentes da sociedade.

Observa o Supremo Tribunal, nesse processo, critério avaliativo de extrema fluidez e subjetividade tendo em vista, nomeadamente, a maleabilidade dos modelos sociais, em função do tempo e do espaço em que vigem; atuam seus pares com total discricionariedade, orientando suas decisões de forma inteiramente pessoal e subjetiva, sugerida pela complexa engrenagem biopsico-social que compõe suas personalidades.

---

(1) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1975, pág. 1.222.

Frede Castberg (2), ao empreender a crítica do “*réalisme juridique*” de Alf Ross, fundado na “*théorie de la prévisibilité*” que considera “*les décisions des tribunaux comme équivalent d’une vérification des prévisions de la science juridique*”, pondera que é um absurdo dizer-se “*qu’un juge serai “obligé” de juger de telle ou telle manière, sans tenir compte de la pression psychique et de la contrainte sociale qui se font réellement sentir*” e que “*le régime juridique objectif, de caractère obligatoire pour le juge, est une chimère*”.

Analisando, ainda, os pontos vulneráveis do “*legal realism*”, concluiu Castberg que “*une théorie rationnelle de la prévisibilité devrait consister en une sorte de psychologie des juges*”, na medida em que, ao exercitar suas funções jurisdicionais, não se libertam eles de sua condição individual, até certo ponto imprevisível.

A referência ao ilustre jurista norueguês objetiva enfatizar, exatamente, a circunstância de que, na apreciação e julgamento das “*Argüições de Relevância*”, exercem os Ministros do Supremo Tribunal, em seu mais alto grau, os poderes discricionários de que são detentores, ocasião em que se deixam conduzir, de forma irresistível, por aqueles fatores biológicos, psíquicos e sociais que contribuíram para a formação de suas “*psychés*”.

Cumprido ressaltar, a este ponto, a existência de dois aspectos de subjetividade presentes na mecânica de apreciação da “*Argüição de Relevância*”: o de que se reveste, intrinsecamente, o exercício de toda a atividade jurisdicional, e o pressuposto “*relevância*”, que deve estar presente na causa para ensejar o acolhimento da “*Argüição*”; o primeiro diz respeito, pois, à pessoa do Juiz e o segundo, ao conteúdo da questão submetida à apreciação da Corte.

Efetivamente, o ato de julgar envolve, como bem lembrou o Ministro Victor Nunes Leal (3), forte dose de individualidade, de discricionariedade, não obstante os parâmetros que, ao Juiz, são impostos pela lei; conseqüentemente, diante dos mesmos fatos e na interpretação de idêntico texto legal podem resultar as mais diversas decisões.

A razão de ser do fenômeno reside em que, embora investido na magna função de “*dizer o Direito*”, não consegue o julgador, como já foi lembrado, desvincular-se de sua condição humana, pessoal e inconfundível, resultante de todo um longo processo de interação social, do somatório “*eu e minha circunstância*”, na síntese expressiva de Ortega y Gasset.

A conclusão imediata e inafastável é, então, a de que os juizes, como seres humanos, são falíveis no cumprimento de suas tarefas, circunstância que não impede, todavia, seja depositado o mais irrestrito crédito de con-

(2) CASTBERG, Frede. *La philosophie du droit*, Paris, Éditions A. Pedone, 1970, págs. 59 a 66.

(3) LEAL, Victor Nunes. Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo, em 24 de agosto de 1965, sob o título *O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal*.



fiança em seu discernimento e sabedoria, que os capacita a solver os mais intrincados conflitos de interesses surgidos no meio social.

Todos os juizes, de qualquer instância, devem merecer esse apoio, quer do povo, quer do Estado, sob pena de ver-se ruir toda a estrutura judiciária do País. Esse crédito torna-se especialmente imprescindível aos Ministros de nossa Corte maior, consideradas as peculiaridades de suas altas atribuições, bem como as qualidades excepcionais que lhes são exigidas.

A discricionariedade, dentro dos limites da lei, é uma das prerrogativas da função jurisdicional; foi, justamente, no sentido de consolidá-la, na exata medida em que deve ser atribuída aos seus pares, que o Supremo Tribunal, ao elaborar a Emenda Regimental nº 3, introduziu o requisito da "relevância da questão federal", elemento de natureza subjetiva das causas e destinado a funcionar como válvula de escape aos casos de não cabimento do recurso extraordinário de que tratam as letras a e d do inciso III do art. 119 da Constituição Federal.

A excepcionalidade da medida não se revela, apenas, no critério de julgamento, eminentemente subjetivo e, por isso mesmo, discricionário; transparece, ainda, na irrecorribilidade da decisão que rejeita a "Arguição de Relevância", na ausência de fundamentação para o decisório, na prescindibilidade de relator e na impossibilidade de pedido de vista, além do caráter secreto das sessões do Conselho destinadas a seu julgamento, de que são publicados, somente, os extratos das respectivas atas (art. 308, § 4º, incisos VII, VIII e IX).

A ampliação dos poderes discricionários da Corte, ao contrário do que possa parecer, veio a representar um ônus ainda maior para seus membros, na medida em que os obriga a transportar a matéria contida na lide para além de seus próprios limites, ou seja, a sobrepor aos interesses pessoais envolvidos os efeitos de ordem social que o seu deslinde provocará.

Aqui reside, precisamente, o caráter humanitário da inovação, exigindo que o acolhimento das "Arguições de Relevância" se funde, de forma obrigatória, dentre outras razões, no interesse coletivo que representam, a sobrepujar o de natureza meramente pessoal, nelas contido.

## 2 — O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA EMENDA Nº 3/75 AO REGIMENTO INTERNO DO STF

Duas etapas deverão ser percorridas, visando a cobrir tanto o aspecto genérico quanto o específico do embasamento constitucional que permitiu ao Supremo Tribunal Federal a elaboração da Emenda nº 3/75 ao seu Regimento Interno, com a criação de um novo instituto processual, a "Arguição de Relevância".

A primeira delas está afeta à competência que, nos termos abaixo transcritos, era, à época, deferida a nossa Corte maior pela Constituição Federal:

“Art. 120 — .....

Parágrafo único — O regimento interno estabelecerá:  
.....

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recursos;”

Cumpra lembrar, de início, que a matéria encontra seu fundamento primeiro em disposição preliminar constitucional concernente a todo o Poder Judiciário (art. 115, II) e que, ao transpor-se para o órgão supremo da Justiça do País, ganhou contornos mais amplos e definidos (art. 120):

“É de tradição venerável e sempre justa que o tribunal vote o seu Regimento Interno”, diz Pontes de Miranda (4), acrescentando o ilustre jurista que essa competência “é um dos elementos de sua independência, porque, se assim não acontecesse, poderiam os legisladores, com a aparência de reorganizar a Justiça, alterar a ordem dos julgamentos e atingir a vida interna dos tribunais.”

Efetivamente, inadmissível seria a hipótese acima aventada, não apenas para que fosse assegurada a interdependência dos Poderes da República como também por uma questão de isonomia, tendo em vista que o art. 30 da Carta Magna concede igual faculdade às Casas do Congresso e a mesma tarefa é desenvolvida pelo Executivo, relativamente a seus órgãos (art. 81, V).

O ponto crucial do problema reside, aqui, em determinar a exata compreensão que se deve dar ao dispositivo acima transcrito (letra c do parágrafo único do art. 120 do documento constitucional).

Que o STF foi investido, expressamente, de funções legislativas, isso é indiscutível; que está autorizado a legislar sobre direito adjetivo, é inegável; que as normas a serem editadas dizem respeito ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recursos, isso o próprio texto declara.

A aparente clareza abriga, todavia, expressivas indagações que dizem respeito, nomeadamente, à extensão desse poder legiferante para fora dos limites do próprio Supremo Tribunal e, igualmente, à medida em que as disposições regimentais tornam-se de observância obrigatória para os Tribunais inferiores, atingindo a sua **vida interna**, nas palavras de Pontes de Miranda, antes citadas.

Uma maior aproximação ao tema importa na verificação de que existem normas regulando o processo relativo ao recurso extraordinário tanto no Código de Processo Civil em vigor (arts. 541 a 546) como no Regimento Interno do STF (arts. 304 a 308).

(4) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Tomo III (arts. 32-117), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais — 2.ª edição revista.

Assim, diz o art. 546, do CPC:

“O processo e o julgamento do recurso extraordinário, **no Supremo Tribunal Federal**, obedecerão ao que dispuser o respectivo Regimento Interno” (grifo meu).

Ao introduzir, na norma citada, a expressão “**no Supremo Tribunal Federal**” quis o legislador ordinário, de forma inequívoca, limitar o âmbito de incidência das normas regimentais do STF no tempo e no espaço, traçando os parâmetros de atuação destas e dos preceitos da lei ordinária.

E por que o fez? Certamente inspirado na exegese que se consagrou, do texto constitucional permissivo, assim como na circunstância de que constitui matéria da competência exclusiva da União legislar sobre direito processual (art. 8º, inciso XVII, letra b).

Ainda o infatigável Pontes de Miranda merece lembrança quando, ao comentar o disposto no referido art. 546 do CPC (5), deixa translúcida a limitação das normas regimentais de nossa Corte Suprema **para dentro de suas paredes**, e inicia dizendo: “**no Supremo Tribunal Federal**, recebido o recurso extraordinário e observadas as formalidades que a lei ordinária exige...”; prossegue, afirmando, mais adiante que “**desde que chega ao Supremo Tribunal Federal**, o recurso extraordinário passa a ser objeto de regras jurídicas especiais, que se excluíram do Código, salvo onde regras gerais apanham a espécie” (grifos meus).

Mais objetivo, ainda, é o estudo feito sobre a matéria por Sérgio Bermudes, em judiciosa obra (6), ao afirmar não ser possível à legislação comum “estabelecer regras acerca do processo e do julgamento dos feitos da competência originária ou recursal do Supremo Tribunal Federal, **naquele Tribunal**”, acrescentando, porém, logo a seguir, que “pode e deve a legislação regular o processo dos feitos da competência de recurso do Supremo Tribunal Federal, enquanto estes estiverem no juízo recorrido. Foi o que fez o Código”. Entende, mesmo, o autor que “**será contrária à Constituição** qualquer norma da legislação que disciplinar o processo e o julgamento, na Corte Suprema”, tal a nitidez com que se distinguem as normas processuais ordinárias das regimentais, quanto ao seu âmbito de aplicação (grifos meus).

Merece referência, também, o excelente ensinamento de José Frederico Marques (7) sobre o assunto, estabelecendo, de maneira nitida, os contornos da competência conferida à nossa Corte maior.

(5) MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII, arts. 539-565, Rio de Janeiro, Forense, 1975, págs. 193 e 194.

(6) BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, arts. 496 a 565, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, pág. 293.

(7) MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 1.º vol., São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 28/29.

Ao exercer essa faculdade elabora o STF, por conseguinte, normas processuais destinadas a vigor ou a serem aplicadas aos feitos de sua competência originária ou de recursos a partir do momento em que ingressam através de suas portas, cabendo à legislação comum regular, quanto aos últimos, os procedimentos a serem observados no juízo recorrido, cumprindo o que dispõe o já referido art. 8º, XVII, letra **b**, da Constituição.

O Regimento Interno do STF, bem como os dos demais tribunais, é lei processual interna, conforme bem assinala João de Oliveira Filho (8), "cuja violação dá direito a recurso, na forma do mesmo Regimento". Acrescente-se, ainda, que essas normas regimentais processuais são de natureza complementar ou supletiva da legislação ordinária, embora possuam aplicação imediata, segundo lição ministrada em magnífico voto proferido pelo Ministro Barros Monteiro, em acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 57, págs. 156/158.

A União, usando da competência que lhe foi consagrada no texto constitucional, através da atuação de seu Poder precipuamente qualificado, o Legislativo, promulgou a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, já antes referido, e que veio a substituir o diploma anterior, de 1939.

O novo Código, no Capítulo VI do Título X, relativo aos Recursos, discrimina os que são cabíveis para o STF, referindo-se, na Seção I, à Apelação Cível e ao Agravo de Instrumento e, na Seção II, ao Recurso Extraordinário, valendo assinalar que, em ambas as seções, acham-se inscritas normas que preservam a competência deferida ao Supremo Tribunal para legislar, no Regimento Interno, sobre o processo e o julgamento, no Tribunal, dos feitos de sua competência originária e recursal (art. 540, parágrafo único, e art. 546).

As normas do Código Processual Civil regulam não apenas os procedimentos a serem observados no Tribunal a quo, assim como a atuação de seu Presidente, a quem incumbe examinar os requisitos de admissibilidade dos apelos tendo em mira, fundamentalmente, os preceitos da Lei Magna que regem a matéria.

Fácil é, pois, a observação de que se preocupou o legislador comum em não se exceder, em sua tarefa, aos poderes que lhe foram conferidos, evitando, acertadamente, editar normas de direito adjetivo que transpusessem os umbrais do Supremo Tribunal, campo a ser coberto por suas regras regimentais.

O segundo passo a ser dado é de natureza mais específica e visa a uma análise mais aprofundada do tema proposto, relativamente ao seu embasamento constitucional imediato, já que o mediato, focalizado, relaciona-se ao poder de que foi investido o STF, para legislar sobre matéria processual.

---

(8) OLIVEIRA FILHO, João de. *Quer Conhecer a Constituição? Textos e Notas*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 317.

Invoca-se, no **caput** do art. 308 do Regimento Interno do STF, objeto da reforma introduzida pela Emenda nº 3/75, o parágrafo único do art. 119, que dispõe, **verbis**:

“As causas a que se refere o item III, alíneas **a** e **d**, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à natureza, espécie ou valor pecuniário.”

Diz o citado art. 119, no seu inciso III, letras **a** e **d**:

“Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:

.....

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

**a)** contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

.....

**d)** der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

Vale fazer, preliminarmente, pequeno parêntesis para situar o critério abraçado pelo legislador constituinte ao fixar os limites da competência do Supremo Tribunal Federal.

Já é da tradição do direito constitucional brasileiro que nossas Cartas tragam expressamente discriminadas, em seu texto, a competência que confere aos diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário e, entre eles, em primeiro lugar, o STF.

Nesse sentido afirmou, mesmo, categoricamente, o Ministro Victor Nunes Leal (9): “a jurisdição do Supremo Tribunal é considerada rígida, isto é, objetiva”, muito embora pretendesse ele desmascarar essa rigidez invocando a forma subjetiva de atuação da Corte, ao determinar a exata exegese a ser emprestada aos termos dos dispositivos constitucionais que lhe são pertinentes, bem como na análise do que poderia ser tido como “erro enorme” ou “erro conspícuo”, cometido pelos tribunais inferiores.

O raciocínio não parece invalidar, contudo, a objetividade com que o texto constitucional definiu as hipóteses em que a nossa Corte Suprema é competente para julgar; a subjetividade, nos casos invocados, seria implícita a toda atividade jurisdicional, na tarefa de interpretação das leis e, no que respeita ao órgão, com maiores reflexos, em face da supremacia de que está investido, para dar a palavra final sobre a exegese de dispositivos constitucionais.

(9) LEAL, Victor Nunes. Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo, em 24-8-65, sob o título O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal.

Nesse mesmo caminho, poder-se-ia considerar, igualmente, despida de rigidez a discriminação feita da competência dos demais órgãos do Poder Judiciário, quer tribunais quer juízes singulares, tendo em vista o subjetivismo intrínseco à função que exercem, o que não parece ser verdadeiro.

Em realidade, o STF esteve sempre, em todas as épocas de sua existência, estritamente vinculado aos dispositivos maiores que consubstanciam sua competência originária ou recursal, embora, dentro desses parâmetros, tenha desenvolvido excepcional trabalho exegético, de indiscutíveis méritos doutrinários e pragmáticos.

A discricionariedade de sua atuação bem como o subjetivismo de suas decisões esbarraram, ao longo do tempo, infalivelmente, nos contornos estabelecidos pela Lei Maior, não representando o fato, todavia, restrição à importância e ao elevado respeito de que a Corte sempre foi merecedora. Trata-se, na verdade, de opção legislativa constituinte, que estendeu o critério da rigidez discriminatória de competência a todos os componentes do organismo judiciário.

Em face da crise que, com visto, fazia mergulhar o Supremo na exaustiva apreciação de milhares de recursos extraordinários, decidiu-se, com a Emenda Constitucional nº 1/69, dotar o órgão de novo instrumental para o equacionamento da angustiante questão, que se materializou nos termos do parágrafo único do art. 119, antes transcrito.

A 15 de outubro de 1970, aprovou o Tribunal nova redação de seu Regimento, lastreando-se no permissivo para proceder, no art. 308, à discriminação das causas que autorizavam o cabimento do recurso excepcional, atendendo, para isso, “à sua natureza, espécie e valor pecuniário”.

Efetivamente, o exame do art. 308, citado, revela, claramente, a forma através da qual, atendendo estritamente à faculdade que lhe deferira a Lei Maior, procedeu o Supremo à discriminação das causas que ensejavam o cabimento do recurso extremo. Senão vejamos:

- no inciso II referiu-se a causas tendo em vista sua **natureza**;
- nos incisos I e III tratou das causas quanto a sua **espécie**;
- no inciso IV discriminou-as em razão de seu **valor pecuniário**.

Atuou a Suprema Corte, então, dentro dos limites que lhe impusera o texto constitucional, de forma rígida e atentando, primordialmente, para os elementos objetivos da pretensão manifestada em juízo.

Das expressões grifadas impõe-se uma análise o mais possível acurada, vez que consubstanciam, ao que parece, o núcleo da competência constitucional exercitada pelo STF para a edição da Emenda Regimental nº 3/75, com a criação de novo instrumento processual destinado a proporcionar a verificação da relevância da questão federal suscitada.

Qual a exegese que se deve dar ao dispositivo? O que pretendeu dizer o constituinte ao empregar as palavras “natureza”, “espécie” e “valor pecuniário”? Qual a inteligência que resulta de uma interpretação sistemática do texto, bem como da consideração dos critérios que nortearam o legislador excepcional?

A pesquisa do tema resulta quase totalmente estéril e decepcionante no que tange aos comentaristas constitucionais, alguns eméritos; prevalece, infelizmente, o sistema da paráfrase cômoda e redundante, que nada acrescenta.

A alternativa são os autores de teorias gerais em matéria processual que conseguem fixar, ao menos, o consenso doutrinário em torno do assunto.

O conceito de “natureza da causa” está, como se verá, estreitamente ligado ao seu conteúdo, ou seja, à matéria de que trata a relação processual nela contida; envolve, por isso mesmo, toda a problemática concernente à jurisdição e à competência dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

É exatamente a natureza da causa, ou seja, o objeto substancial do conflito de interesses submetido à apreciação do Judiciário que serve como um dos critérios classificatórios da jurisdição e, conseqüentemente, da competência.

João Mendes de Almeida Júnior faz expressa referência a esse aspecto <sup>(10)</sup>, dizendo que “alguns ainda dividem a jurisdição, quanto à sua extensão, em ordinária e extraordinária, segundo conhece, em geral, de todos os negócios ou especialmente dos de **certa natureza**”, e que, “dividem-na, também, em cumulativa e exclusiva; a cumulativa é a que tem um juiz para conhecer **das causas da mesma natureza** das que também pode conhecer outro da mesma circunscrição; exclusiva é a que tem um juiz para conhecer **causas de determinada natureza**, com privação de todos os outros da mesma circunscrição” (grifos meus).

Em trabalho bem mais recente <sup>(11)</sup>, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco focalizam igualmente o problema da jurisdição e da competência, na medida em que ambos estão intrinsecamente ligados à natureza da causa. Após assinalarem a presença, na doutrina brasileira, de uma dicotomia entre **jurisdição especial** e **jurisdição comum**, que se apóia no próprio texto constitucional, e colocarem, na segunda categoria, a Justiça Federal e as Justiças Estaduais ordinárias, explicam que, “para as chamadas Justiças especiais, a Constituição atribui

(10) ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*, 5.ª edição, adaptada por João Mendes Neto, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1960.

(11) CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, págs. 96 e 97.

competência para processos que tenham por conteúdo **lides de determinada natureza**: Justiça do Trabalho, lides oriundas da relação do trabalho (art. 142); Justiça Eleitoral, matéria relacionada com eleições políticas (art. 137); Justiça Militar, lides penais fundadas no direito penal militar (arts. 129 e 144, § 1º, d)''.

As obras mais específicas, de direito processual civil, seguem o mesmo rumo ao tratarem, no capítulo reservado à fixação da jurisdição e da competência dos órgãos do Poder Judiciário, do critério **ratione materiae**, fundado na natureza do conflito.

Valem ser lembrados, nesse sentido, os trabalhos de processualistas civis do porte de Moacyr Amaral Santos <sup>(12)</sup>, Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho <sup>(13)</sup> e João Bonumá <sup>(14)</sup>, que abordam detidamente a questão.

Menção especial será feita, todavia, ao ensinamento de José Frederico Marques <sup>(15)</sup>, não apenas por afirmar, categoricamente, que "é sobre a natureza da pretensão que descansa a regra legal de competência" como também por lembrar, com muita oportunidade, que "os elementos da pretensão que devem servir para a fixação da competência podem ser objetivos ou subjetivos", incluindo, entre aqueles, "os que dizem respeito à sua natureza e nomen juris, ou os que se relacionam com o valor da causa" (grifos meus).

Não estão sozinhos, em suas doutrinas, os autores nacionais; magníficos trabalhos de processualistas estrangeiros poderão ilustrar, com a mesma eficiência, o raciocínio que se desenvolve, no sentido de demonstrar que a natureza da causa está diretamente relacionada à matéria nela contida e que essa mesma natureza funciona como elemento objetivo, determinante da competência dos órgãos judiciais.

Jaime Guasp <sup>(16)</sup>, ao lado de Francisco Carnelutti <sup>(17)</sup>, constrói relevante teoria em torno dos critérios definidores da competência, com expressa referência à "competencia por razón de la naturaleza de la pretensión".

Igualmente Enrico Redenti pode ser lembrado e chega, mesmo, a afirmar, como princípio geral e introdutório do tema, que "la competencia es

---

(12) SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1.º vol., 4.ª Ed., Max Limonad, 1973, págs. 101/102.

(13) REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1962.

(14) BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*, 1.º vol., São Paulo, Saraiva, 1946, págs. 315/318.

(15) MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, págs. 266/267.

(16) GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Tomo Primeiro, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 126 e segs.

(17) CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del nuevo Proceso Civil Italiano*, Traducción y notas de Jaime Guasp, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, págs. 129 e segs.



determinada por la demanda" (18); Giuseppe Chiovenda labora no mesmo rumo, citando, em seu trabalho, o art. 67 do Código de Processo Civil italiano que declara ser a competência "determinada per **materia** o **valore**, per **territorio**, per **conessione** o **continenza** di causa", acrescentando, a seguir, que o critério **objetivo** de determinação da competência decorre "dal **valore** della causa (competenza per **valore**) o dalla **natura** della causa (competenza per **materia**)". (19)

O "Nouveau Répertoire de Droit", da Dalloz (20), testemunha que a doutrina francesa sobre direito processual civil caminha na mesma direção, nas palavras de Cuche et Vincent ("Procédure civile et commerciale," n.º 160 et s.), Garsonnet et Cézard-Bru (t. 1. n.º 1 et s.), Glasson, Tissier et Morel (t. 1, n.º 1 et s.) e Pochon ("La Théorie de la Compétence et la Réforme Judiciaire" — D. 1960, Chron. 145), assinalando, ao tratar das regras gerais de competência "d'attribution", que "ce sont les termes mêmes de la demande que déterminent la compétence tant par la **nature** (**ratione materiae** ou qualitative) que par l'évaluation de la valeur du litige (quantitative)".

Os depoimentos de tão renomados processualistas não autorizam mais, ao que parece, qualquer hesitação em dar à expressão "natureza", empregada no parágrafo único do art. 119 da Constituição, o entendimento que a vincula exclusivamente à matéria envolvida na contenda ou, ainda, ao conteúdo da relação jurídica constituída, ao direito subjetivo **sub judice**, seja ele civil, penal, trabalhista, previdenciário, militar ou eleitoral ou, de outra forma, de natureza comum ou especial.

A consideração da natureza da causa como critério definidor da jurisdição e da competência para julgá-la poderia ensejar, talvez, indagação fundada na existência dos chamados "crimes de responsabilidade", relacionados ao exercício de suas atribuições por agentes dos mais elevados escalões da República.

Poderiam tais delitos ser submetidos ao julgamento da Justiça comum ou teriam natureza especial, devendo ser apreciados pelos órgãos judiciais investidos de jurisdição também especial? Estaria contido, nesse particular, ponto-chave a invalidar todo o raciocínio desenvolvido?

Certamente que não. A resposta à questão toma rumos inteiramente diversos, levada pela excepcionalidade da situação.

Os crimes de responsabilidade cometidos por agentes do poder público não são crimes comuns, pois muito bem a Constituição os distingue,

(18) REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, págs. 331 e segs.

(19) CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. — Eugenio Jovene, 1965, págs. 483 e segs.

(20) "Nouveau Répertoire de Droit" — Tome Premier, Deuxième édition, Paris, Jurisprudence Dalloz, 1962, págs. 858 e segs.

nem possuem natureza especial, *ratione materiae*, que os conduzisse à decisão dos tribunais aos quais se cometeu jurisdição específica.

Possuem, como ressalta do texto da Lei Maior, natureza excepcional, excepcionalíssima até, dando causa, inclusive, a que se deferisse ao Senado Federal, órgão do Poder Legislativo, privativamente, a competência para julgar o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nessa hipótese, com as limitações previstas (art. 42, incisos I e II, e parágrafo único).

A jurisdição se fixa, aí, tendo em vista, essencialmente, a alta relevância dos cargos, quaisquer que sejam seus ocupantes; estaria em cogitação não apenas o conteúdo material da causa como, e principalmente, a figura do agente e a expressão de seu cargo no contexto da Federação brasileira.

Os crimes de responsabilidade acham-se definidos na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e a competência para julgá-los é fixada, em cada caso, pela Constituição.

Outra objeção que poderia, ainda, ser levantada, quanto à exata exegese do termo “natureza”, diz respeito a toda uma série de construções doutrinárias versando sobre a “natureza jurídica” do processo.

Teria o legislador constituinte desejado, no dispositivo em estudo, referir-se à problemática da natureza jurídica dos recursos extraordinários?

Parece que não, basta que se tome, apenas como exemplo, o magnífico estudo desenvolvido pelo ilustre Couture <sup>(21)</sup> em torno das diferentes teorias que buscam explicar a natureza jurídica do processo, qualificando-o como contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica ou mesmo como instituição; a obviedade do equívoco dispensa maiores aprofundamentos, nomeadamente se considerada a intenção do constituinte em restringir-se, no preceito em tela, aos pressupostos objetivos da ação.

No que concerne às expressões “espécie” e “valor pecuniário” empregadas no preceito constitucional que faculta ao Supremo Tribunal indicar, em seu Regimento Interno, as causas a que se refere o item II, letras **a** e **d**, do art. 119, cabe, apenas, ressaltar que não despertam maiores controvérsias doutrinárias.

Efetivamente não diferem, quanto ao conteúdo, as diversas classificações apresentadas por juristas brasileiros de todas as épocas para as **espécies** de ações, ou causas, ou litígios, ou lides, ou processos, ou seja, quanto ao **nomen juris** a eles atribuído.

---

(21) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, págs. 124 e segs.

Apenas como ilustração, e até mesmo a título de curiosidade, será lembrado interessante trabalho realizado pelo insigne Teixeira de Freitas (22), de adaptação ao "Foro do Brazil" da doutrina das ações elaborada por José Homem Corrêa Telles e que permanece atual, em sua quase totalidade.

No Título I dessa obra, sob a designação "Das diversas espécies de ações", são elas agrupadas segundo "o estado da pessoa", o *jus in re* ou a "obrigação pessoal", chamando-se às primeiras de "ações prejudiciais", às segundas de "ações reais" e às últimas de "ações pessoais".

Segue-se a referência minuciosa às várias espécies de ações compreendidas nos três grupos citados que consubstanciam, em verdade, os alicerces da teoria das ações, modernamente defendida pelos nossos autores, cumprindo salientar, somente, que às então denominadas "ações prejudiciais" correspondem as atuais medidas cautelares, inscritas no Livro III — Do Processo Cautelar, do novo Código de Processo Civil.

De menor expressão, ainda, são os comentários cabíveis relativamente ao "valor pecuniário", como tratado no dispositivo em análise; a questão envolve, evidentemente, considerações em torno de alçada, ou, mais precisamente, de critérios a serem utilizados no cálculo e fixação do valor da causa, para o efeito de cabimento do recurso extraordinário.

Em 1970, como já foi dito, ao elaborar seu novo Regimento, utilizou-se o Supremo Tribunal da faculdade que lhe conferira a Constituição, ao indicar, no art. 308, quais as causas que, em razão de seu valor, estavam excluídas do repertório de admissibilidade do apelo extremo, tornando-se alvo de duras críticas.

O exercício da função legiferante, quer seja pelo órgão precipuamente investido dessa competência, quer seja por outro poder, em razão de autorização excepcional de natureza constitucional, deve envolver, sempre, a contínua preocupação de observância dos parâmetros fixados à atividade.

Não obstante a real dificuldade em estabelecer esses limites, há, todavia, que considerar a exorbitância deles, o extravasamento dos círculos rigidamente traçados na Lei Magna, como uma das manifestações de inconstitucionalidade sobre as quais não pode pairar qualquer dúvida, como bem o registra Lúcio Bittencourt (23), em trabalho de grande conceito.

A falta de competência do órgão legiferante corresponde, efetivamente, ao lado do desrespeito à forma prescrita, da inobservância de condição estabelecida e da violação de direitos e garantias individuais, a uma das

---

(22) TELLES, José Homem Corrêa. *Doutrina das ações*, Acommodada ao foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1902, págs. 1 a 11.

(23) BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, atualizado por José Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Forense, 1968, págs. 71 e segs.

formas por que se evidencia a eiva da inconstitucionalidade, o vício imperdoável do afastamento dos preceitos inscritos no documento político básico.

Alude, ainda, o mesmo autor, a que “a lei, por exemplo, que pretender decidir uma contenda que, por sua natureza, cabe à jurisdição dos tribunais, será manifestamente inconstitucional, assim como a que, **verbi gratia**, estabelecer um regimento interno para os tribunais, em cuja competência se inclui a sua elaboração”.

Na mesma linha de raciocínio, a contrário senso, poder-se-ia afirmar, então, que o regimento interno de um tribunal, ao exorbitar de sua destinação intrínseca, traçando normas a serem observadas para fora de suas paredes, em áreas a serem cobertas pela legislação geral, incide na mácula da inconstitucionalidade? E se a hipótese diz respeito ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é essa constitucionalidade, ao menos, discutível, em face, sobretudo, da lição de Dicey, referida por Rui Barbosa (24), de que não tendo apelação as suas sentenças, a Magistratura vem a ser não só a guarda mas o oráculo da Constituição e, no contexto, o Supremo Tribunal o seu expoente máximo?

Não se pense, contudo, que a questão levantada é original, ou seja, que ainda não havia sido, até hoje, cogitada.

Já em novembro de 1915, José da Silva Costa, (25), advogado militante junto à Corte, assinava interessante trabalho acerca da obrigatoriedade do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, analisando a introdução, nesse documento regimental, de dispositivo de natureza processual (§ 3º do art. 176), quando, à época, competia ao Poder Legislativo legislar sobre o direito adjetivo da República.

Concluindo por ser inexequível o novo dispositivo acrescentado, lembra não ser novo o fato de “que os regimentos, além de versarem sobre determinado objeto — qual o que ficou referido —, não podem exorbitar das leis gerais, **maxime** dos preceitos constitucionais, cuja ofensa implica manifesta nulidade”.

Assinalando que “a espécie reveste particular importância, quando se reflete que ao Supremo Tribunal cabe conhecer e julgar da validade das leis e dos tratados contrários à Constituição Federal, como no seu art. 59, se determina”, indaga: **Quis custodiet custodem?**

A resposta é ele próprio quem dá: “Contra a adoção de disciplinas que não tenham por imprescindível apanágio a mais plena conformidade com

---

(24) BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*, Capital Federal, Companhia Impressora, 1893, pág. 62.

(25) COSTA, José da Silva. “Obrigatoriedade do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”, in: *Revista do Supremo Tribunal*, n.º 7, 1916, págs. 425 a 432.

as leis em vigor e especialmente com a lei fundamental do Estado, há o Direito de Petição que as Constituições Políticas das nações cultas solenemente consagram na *Turris eburnea*, de que fala Raul de La Grasserie e que a Constituição Federal consigna no seu art. 72, § 9º”

Para introduzir em seu diploma regimental a Emenda nº 3/75, alicerçou-se o Supremo Tribunal Federal em dois permissivos constitucionais, a saber, a letra **c** do parágrafo único do art. 120 e o parágrafo único do art. 119, referido no **caput** do art. 308, que foi o objeto das alterações.

Preferiu a Corte proceder à indicação que lhe foi cometida de forma negativa, ou seja, determinando os casos de não cabimento do recurso extraordinário de que tratam as letras **a** e **d** do inciso III do art. 119 constitucional em razão da natureza, espécie e valor pecuniário da causa; inovou, todavia, introduzindo a figura da relevância da questão federal, elemento de índole subjetiva da lide, como exceção aos casos indicados e cuja apreciação e julgamento cabe, discricionariamente, aos membros da Corte, como já demonstrado.

#### NOTA DA AUTORA:

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, reenumerou os dispositivos concernentes à competência conferida ao Supremo Tribunal Federal, tendo introduzido, no texto daqueles que serviram de fundamento à elaboração da Emenda Regimental nº 3/75, as expressões abaixo assinaladas, com o que se investiu a Corte, agora de forma explícita, de poderes para proceder a uma seleção prévia dos recursos extraordinários mediante a apreciação de um elemento de natureza subjetiva das causas: a relevância da questão federal.

Veja-se:

“Art. 119 — .....

III — .....

§ 1º — As causas a que se refere o item III, alíneas **a** e **d**, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e **relevância da questão federal.**”

“§ 3º — O regimento interno estabelecerá:  
.....

**c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal.**”

# O "certiorari" americano e a advocatória no STF

IGOR TENÓRIO

Professor da Universidade de Brasília  
e Membro do Serviço Jurídico da  
União

## S U M A R I O

- 1 — *Antecedentes brasileiros*
- 2 — *A pesquisa judiciária no STF (1974/75)*
- 3 — *O acolhimento da advocatória*
- 4 — *O "Certiorari" e a advocatória*
- 5 — *A advocatória na Constituição*
- 6 — *O primeiro caso de advocatória*
- 7 — *Conclusões.*

### 1 — *Antecedentes brasileiros*

O mais antigo regimento dado ao Ouvidor Geral do Brasil (1628) dispõe, em seu nº 11:

"Poderá o ouvidor, no lugar em que estiver, e quinze léguas ao redor, *avocar* a seu arbítrio os feitos cíveis ou crimes, que se tratarem perante os ditos capitães e ouvidores, procedendo neles com a alçada, e segundo a forma já estabelecida."

Na atual legislação brasileira o poder de *avocar* processos ocorre em diversos ramos do direito. Na Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, por exemplo, o Procurador-Geral tem a possibilidade de *avocar* inquéritos (art. 27, item I, nº 18).

No regime de CLT (parágrafo único do art. 734), o Ministro do Trabalho pode *avocar* ao seu conhecimento os assuntos de natureza administrativa referentes ao INPS. Mas a faculdade se transformou, depois, em poder de reforma de decisões de órgãos e autoridades (art. 25 do Dec.-Lei nº 72 e art. 315 do Dec. nº 60.501).

No campo do direito tributário há o exemplo de *avocação* de processo pela Junta de Recursos Fiscais do GDF (Lei nº 4.191, de 1962, art. 255), declarando-se que "não sendo proferida decisão, no prazo legal, nem convertido o julgamento em diligência, poderá o interessado requerer ao Presidente da Junta de Recursos Fiscais a *avocação* do processo".

Já na Reforma Administrativa (Dec.-Lei nº 200, art. 170), o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, pode *avocar* e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal.

O poder de *avocar* processo, pois, não é estranho ao direito brasileiro.

Na opinião do Ministro Evandro Lins, no tocante ao STF, a advocatória deu ao Tribunal a faculdade de chamar a si o julgamento de qualquer causa, mas não é uma inovação:

“Entendemos que esse poder estava implícito nas Constituições anteriores. Há precedentes em que o Supremo, mesmo na vigência da Constituição de 1946, entendeu que devia intervir para conter abusos, suspendendo a execução de decisões judiciais; um exemplo notório foi a suspensão da execução de um mandado de segurança concedido pelo Tribunal Federal de Recursos para evitar grave e irreparável lesão aos direitos da União.” (Suspensão Liminar nº 2, julgada em 16-3-64.)

### 2 — *A pesquisa judiciária no STF (1974/75)*

Precedeu à elaboração da reforma constitucional do Poder Judiciário a execução de tarefas de coleta, classificações e análise de dados e informações relacionadas com aquele propósito e para as quais contou o STF com a colaboração da Universidade de Brasília.

Em julho e agosto de 1974, a Prof<sup>a</sup> Ana Maria Villela prestou seu concurso à Presidência do STF realizando pesquisa de direito comparado, com referência ao Poder Judiciário, quer em Brasília, quer na Europa, quando de sua viagem de estudos à Holanda.

Igual cooperação prestou ao STF, a Prof<sup>a</sup> Cordelia Robalinho Cavalcanti, no tocante à pesquisa bibliográfica.

Constituído o Grupo de Trabalho de Pesquisa Judiciária para assessorar a Presidência do Supremo, foram designados Presidente do mesmo o Sr. Jayme de Assis Almeida (então Secretário-Geral da Presidência do STF), e membros o Prof. Luiz Rodrigues (então Diretor Administrativo do STF) e o Prof. Igor Tenório, o qual funcionou também como relator. O Grupo de Trabalho concluiu o levantamento efetuado em 91 volumes, contendo as respostas aos questionários, as sugestões, os relatórios parciais, legislação estadual e a pesquisa de direito comparado, e abrangendo, ainda, dita pesquisa, 120 quadros estatísticos e 50 fichas de sugestões, tudo conforme se lê no *D.J.* de 21-2-1975. (Relatório Anual da Presidência do STF.)

O GTPJ foi instituído por Portaria do STF, que tomou o nº 90, em 25 de junho de 1974.

O GTPJ tinha a missão precípua de elaborar pesquisas e estudos preliminares, no STF, de assuntos concernentes à Reforma do Poder

Judiciário, e servir, no particular, como órgão de assessoramento à Presidência do Tribunal.

O mecanismo de funcionamento do GTPJ foi extremamente simples. Seus membros realizaram reuniões mensais para elaboração das diretrizes administrativas e técnicas, trazidas, então, à aprovação da Presidência. A Secretaria-Geral do Tribunal designou, quando se tornou oportuno, um reduzido número de funcionários para execução de serviços de apoio.

O plenário do GTPJ preferiu que os modelos de pesquisa elaborados para a coleta e análise de dados junto aos Tribunais Estaduais e Tribunais Superiores não significassem padrões rígidos de atendimento, resguardando-se aos órgãos do Poder Judiciário inteira liberdade de ação.

Assim, ao encaminhar à Justiça dos Estados o Questionário de Pesquisa Judiciária, o Caderno de Sugestões, e Diretrizes para o seu preenchimento, em 26 de junho de 1974, frisou a Presidência do STF, que “apenas com a intenção de cooperar para os planejados trabalhos, o Prof. Igor Tenório preparou caderno de sugestões, sem a pretensão de que elas sejam completas. E, certamente, não o são. Aos Tribunais não de ocorrer problemas, locais ou gerais, que exigirão outras investigações. Em todo o caso, remeto a V. Ex<sup>ª</sup>, cópia daquelas sugestões, que representam contribuição pessoal do Prof. Igor Tenório”.

Para cada um dos Ministros do STF, foi também elaborado um jogo completo de cópias dos Questionários e Cadernos que compuseram a Pesquisa Judiciária, e cujo objetivo era o de coleta de elementos informativos de natureza geral, em forma sistematizada, com o objetivo de permitir análises sobre o Poder Judiciário, como um todo, tanto de seus órgãos federais, quanto dos tribunais e juízes estaduais.

Os questionários relativos aos Tribunais Superiores Federais e à Justiça dos Estados objetivam verificar as necessidades de cada um dos órgãos do Poder Judiciário, bem como lançar os fundamentos para o planejamento continuado das atividades da administração da Justiça, em função do volume anual dos feitos e do previsível crescimento da demanda de serviços, por força de progresso econômico e do crescimento demográfico, com uma listagem ampla de assuntos.

Em relação ao STF, considerou-se sua competência constitucional (art. 119 da CF), bem como as normas de seu Regimento Interno.

Por conseqüência, dois grupos de perguntas couberam na Pesquisa Judiciária, no âmbito do STF:

I — as de natureza constitucional ou legislativa, de competência da União, e que diziam respeito, em geral, ao Poder Judiciário;

II — as de natureza regimental, no âmbito do STF.



No questionário do STF constava:

“Item nº 11 — O Dec.-Lei nº 200/67 (Reforma Administrativa) estabeleceu, em seu art. 170, hipótese em que o Presidente da República possa avocar e decidir qualquer processo administrativo, em qualquer fase de sua tramitação. Nos EUA consta dos arts. 19 a 27 do Regimento da Suprema Corte a *jurisdição discricionária* (CERTIORARI), através da qual um processo vem para *revisão* ou como *meio de prova*. Como o CERTIORARI é instrumento, por igual, de redução do número de apelações, sendo, às vezes, o caminho único de acesso à Corte Suprema, não julga V. Ex<sup>ª</sup>, conveniente um melhor exame da hipótese de sua introdução no STF?”

### 3 — O acolhimento da advocatória

No documento *Reforma do Poder Judiciário* (Diagnóstico), editado em 1975 (Relatório da Comissão Especial dos Ministros do STF), cujo texto resultou do oferecimento de sugestões e emendas de todos os Ministros da Colenda Corte, e apresentando a redação definitiva dos estudos, assim se situou o problema da advocatória:

“Recomendável é também estabelecer-se advocatória para que, consoante deliberação em Conselho, possa o Supremo Tribunal Federal chamar a si o exame das causas em que ocorra risco de grave lesão à ordem, à segurança ou às finanças públicas, podendo sustar os efeitos de decisões já proferidas em instâncias inferiores, até definitivas apreciações da espécie.”

### 4 — O “certiorari” e a advocatória

Conforme a lição da Prof<sup>ª</sup> Linda Alden Rogers, da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia, o “certiorari” é um mandado ou documento legal formal, expedido por um tribunal superior requisitando os autos de ação, de uma corte inferior, ou de uma entidade administrativa, para que o tribunal superior possa determinar se o tribunal inferior foi além de seus poderes ou julgou com violação dos direitos legais das partes. O mandado é usualmente obtido pela parte vencida. Não é matéria de direito, e assim sua emissão é dentro da discreção do tribunal superior. Donde a denegação de *certiorari* pela Suprema Corte dos Estados Unidos não determina, por si mesmo, nenhum processo legal. O assunto da jurisdição discricionária da Corte Suprema americana está, aliás, registrado por Osvaldo Flávio Degrazia, na sua magnífica monografia “O Poder Judiciário através dos tempos”, e onde comenta:

“O atravancamento dos feitos na Corte Suprema fez com que o Congresso reduzisse o número de apelações e alargasse gran-

demente o âmbito do *certiorari*. Através da Lei Judiciária de 1925, este tornou-se o único método de acesso à Corte Suprema das decisões do Juízo do Distrito de Colúmbia e dos Tribunais de Apelações, com exceção dos casos já mencionados. Por essa razão, a Corte Suprema tem freado drasticamente o uso deste remédio, dando lugar a críticas, inclusive sobre a falta de critérios uniformes de julgamento, o que torna o conhecimento ou não do *certiorari* absolutamente imprevisível.

Para a concessão do *certiorari* não é necessário maioria, bastante quatro votos em nome para sua concessão.”

Pela alínea o do item I do art. 119 da Constituição (redação da E.C. nº 7, de 1977) compete ao STF processar e julgar originariamente “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

### 5 — A avocatória na Constituição

Através da Emenda Regimental nº 5, foi incluída na competência do Plenário processar e julgar originariamente “o pedido de avocação das causas a que se refere a Constituição, art. 119, I, o, bem como ficou estabelecido o modo de registro do Pedido de Avocação. A Emenda Regimental nº 6 veio, em seguida, regular a avocação de causas.

O cabimento é o mesmo do texto constitucional, “salvo se a decisão se adstringir a incidente da lide, caso em que o conhecimento a ele se restringe”.

Não cabe o pedido “se a decisão impugnada houver transitado em julgado, ou admitir recurso com efeito suspensivo”.

O primeiro caso de avocatória no STF ocorreu em questão relativa à indenização de corretores de navios.

### 6 — O primeiro caso de avocatória

Conforme o noticiário da imprensa, essa questão teve início no STF, quando o Presidente da Colenda Corte recebeu um requerimento do Procurador-Geral da República, informando ter recebido, por sua vez, um ofício do Ministro dos Transportes alegando que a ameaça de penhora de navios prevista na sentença do Juiz Federal de Santa Catarina representava, naquele momento, o risco de suspensão de linhas de navegação. O ofício do Ministro dos Transportes que motivou a avocação do processo pelo STF evitou a penhora dos bens das empresas para

pagamento das comissões dos corretores sob a alegação de que tal penhora, admitida na sentença, acarretaria prejuízos à balança comercial, com reflexos nas áreas dos Ministérios da Fazenda e Relações Exteriores.

O processo foi remetido pelo Juiz Federal de Florianópolis, ao cumprir decisão do STF, que acolhera o despacho do Ministro-Presidente avocando o caso para a competência da Suprema Corte, ao considerar auto-aplicável a emenda constitucional do "pacote de abril", que permite a avocação de autos. O Juiz deu ganho de causa aos corretores, concedendo o mandado de segurança para penhorar bens das empresas em pagamento das reclamadas comissões. Essa sentença fora sustada, e agora o STF vai decidir a questão, dizendo se a ação de indenização deve ou não prosperar nas mãos do Juiz ou depende de julgamento de seus Ministros o reconhecimento do direito dos corretores.

### 7 — Conclusões

Embora a atual lei processual brasileira desconheça a advocatória, ela já ocorria em outros ramos do Direito, e notadamente, no campo administrativo.

Sua mais antiga manifestação, como vimos, ocorreu no regimento de 1628, e tem, pois, boa tradição.

Mas o *poder discricionário* hoje concedido ao Supremo somente será bem avaliado no futuro.

Noutra oportunidade, e escrevendo sobre a "Reforma do Poder Judiciário e a reestruturação do STF", o Dr. Seabra Fagundes fez uma advertência quanto ao emprego de instrumentos de restrições e sobre cuja advertência cabe meditar-se, embora fosse quanto às restrições ao emprego do recurso extraordinário:

"Tem se argumentado em favor de fórmula discricionária para a admissão do recurso extraordinário, com o que sucede nos Estados Unidos. A transplantação do critério se nos afigura perigosa ante o nosso temperamento como povo e ainda em face do relevo que esse recurso assume em nosso País, confrontando com o que ocorre naquele. Aqui, porque federais o direito civil, o direito mercantil, o direito processual etc., há uma enorme gama de direitos subjetivos pedindo a proteção do recurso extraordinário contra injustiça que, embora sem maiores repercussões no âmbito do interesse coletivo, nem por isso deixam de ser relevantes. Lá, ante a pluralidade dos direitos material e formal, o apelo à Suprema Corte só tem oportunidade em casos numericamente raros, mas ao mesmo tempo envolvendo problemas de repercussão mais genérica, e isso torna a discricção desse Tribunal de muito menor significação para a proteção dos direitos de cada um."

# O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro

**ALCIDES DE MENDONÇA LIMA**

Catedrático de Direito Processual Civil  
da Faculdade de Direito da Universi-  
dade Federal de Pelotas

"Sebbene nel processo si svolga una lotta in cui ciascuno si vale liberamente delle armi disponibili, questa libertà trova un limite nell'obbligo di osservare le "regole del gioco": queste esigono che i contendenti si rispettino reciprocamente nella loro veste di contradditori in giudizio, secondo il principio dell'uguaglianza delle loro posizioni rispettive." (ENRICO T. LIEBMAN — **Manuale**, t. I, pág. 163, nº 82.)

## SUMÁRIO

### I — INTRODUÇÃO

### II — A EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO: DO REGULAMENTO Nº 737, DE 1850, AO CÓDIGO DE 1973

### III — AS PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES VIGENTES

- a) Quanto aos juízes
- b) Quanto aos auxiliares da Justiça
- c) Quanto ao Ministério Público
- d) Quanto a situações gerais
- e) Quanto às partes e aos procuradores

### IV — CONSIDERAÇÕES FINAIS

## BIBLIOGRAFIA

---

Trabalho escrito para "Studi in onore di ENRICO TULLIO LIEBMAN", a convite da Faculdade de Direito da Universidade de Milão, ao ensejo do seu 45.º aniversário de ministério.

## I — INTRODUÇÃO

1. A origem do Direito, nos mais primitivos grupos sociais, prende-se aos preceitos religiosos e, portanto, aos morais. Confundiam-se, assim, as regras morais e jurídicas. Inexistiam disposições escritas impondo o comportamento dos indivíduos, para a prática e para a omissão de atos na convivência com seus semelhantes.

Dentro da concepção clássica de que "o homem é um animal", houve necessidade de situá-lo em plano mais elevado na escala biológica mediante acréscimo na definição para distingui-lo dos outros animais: ser dotado de razão. Estabeleceu-se, assim, uma diferença específica, considerando-se, particularmente, o lado moral. Em virtude desse atributo, inerente ao gênero humano, JULES BARNI afirmou: "Par la raison, l'homme est capable de s'élever à l'idée du bien, du bien moral, du devoir, par conséquent, ou de l'obligation; il devient ainsi un être moral."

Apesar de algumas objeções, não se pode negar a validade ainda da idéia de BENTHAM quanto aos círculos concêntricos formados pela moral e pelo direito, resultando a seguinte conclusão: toda regra de direito está situada dentro da área da moral, que é a maior; mas as regras da moral não se acham contidas dentro da área do direito, que é a menor. Por conseguinte, não se pode imaginar uma ordem jurídica, como criação do homem, que não tenha fundamento na moral. Mas há preceitos morais que não se revelam em normas jurídicas, concretizadas em disposições legais, não sendo, assim, impostas coercitivamente pelo Estado, para valerem, apenas, conforme a consciência de cada um. A grande diversidade, portanto, entre as normas morais e as normas jurídicas é que aquelas não se revestem de coercibilidade externa e as últimas são impostas aos componentes da sociedade e, se violadas, podem ser aplicadas, coativamente, pelas vias jurisdicionais.

2. Para o devido equilíbrio social, porém, as normas jurídicas, na sua quase totalidade, são respeitadas espontaneamente pelos indivíduos, no interesse recíproco de todos, sem necessidade de seu cumprimento ser exigido sistematicamente. Se assim não fosse, ocorreria aquela patética situação delineada por EDUARDO COUTURE:

"El día em que fuera necesario demandar a todos los padres para mantener sus hijos, o demandar a todo contribuyente a pagar sus impuestos, o demandar a todos trabajadores para que fueran a trabajar, la máquina del Estado saltaría hecha pedazos."

Se, porém, houver infringência do direito material, o Estado, que passou a vedar a defesa privada desde eras longínquas (apenas ainda admitida em casos excepcionais expressamente estipulados em lei), oferece ao lesado um instrumento para a devida reparação da ilegalidade sofrida, com o restabelecimento do império da norma desrespeitada, em nome da paz social e da própria autoridade estatal. Este instrumento é o processo, cuja finalidade suprema é a de fazer justiça, compondo a lide conforme o direito, na acepção de CARNELUTTI.

Ora, se o processo visa, exatamente, à incidência da norma primária e se é da essência dessa um resultado ético, impossível conceber-se a preservação do seu preceito se necessária a invocação coativa, sem postulados informativos também éticos. O processo não é um meio isolado, mas, junto com o direito material, forma o complexo da ordem jurídica, em sua unidade e em seus fins. Como integrante deste conjunto, todo ele sob a égide da moral, o processo não pode permitir que os elementos que nele atuem, de qualquer modo, ajam fora dos limites da probidade, quer por atos comissivos, como omissivos.

3. Os interesses privados são também o alvo das sentenças judiciais, nas quais colima toda a atividade normal do processo. Mas a idéia moderna da publicação do processo, com os poderes do juiz dilatados para bem desempenhar suas funções com a necessária autoridade e imparcialidade, o torna infenso a atitudes desonestas pelos que nele participam, sob pena de desvirtuar-se sua finalidade primacial: o primado do direito e o da justiça. O silogismo é muito fácil de ser armado: o direito material se funda na moral; o direito processual visa, precipuamente, a restabelecer o direito material, quando violado; logo os meios de que se serve para atingir aquele objetivo não podem utilizar-se de situações ímprobas, maculando o próprio resultado pretendido. Se assim fosse, em última análise, por via do julgamento do juiz, o Estado estaria impedido de dar uma solução justa e legal — e, portanto, moral — para o conflito de interesses revelado na lide. Daí a necessidade de os Códigos de Processo — ou leis extravagantes similares — conterem regras que, no seu entrelaçamento, tracem o comportamento do próprio magistrado, dos órgãos do Ministério Público, das partes, dos intervenientes, dos auxiliares da justiça e dos terceiros, em geral, tudo em consonância com os ditames teleológicos do processo.

4. Estas regras de sentido ético formam o “princípio da probidade”, como insito ao próprio desenrolar da atividade jurisdicional na sua variada gama de atos. Normalmente, esse “princípio” é invocado para a atuação das partes, segundo a exigência do chamado “dever da lealdade”, que mais se evidencia no “dever da verdade”, sendo esse variante ou modalidade daquele, que tem acepção ampla. Entretanto, aquele “princípio” não se cinge somente aos litigantes e aos intervenientes, mas, sim, igualmente, estende-se aos demais elementos que figuram no desenvolvimento do processo — desde os juizes até as testemunhas e os peritos. Exatamente porque, sendo o processo equiparado a um jogo entre as partes, essas é que podem ter maior interesse em falsear a verdade, agir com chicana, deturpar fatos ou fundar-se capciosamente em texto de lei, em proveito próprio, para obter a vitória a qualquer preço. Com isso, estarão iludindo o juiz, que formará falsa convicção e, conseqüentemente, proferirá sentença que se afaste da realidade do caso e da solução que seria a verdadeira. Quanto aos demais elementos, o interesse não será direto, embora possam favorecer qualquer das partes ou dos intervenientes, em detrimento do adversário, seja conseguindo vantagens ilícitas, seja sem qualquer benefício material, mas, num ou noutro caso, conspurcando o veredicto judicial, pelo desvio de escopo.

5. Tradicionalmente, o comportamento ético já era exigido dos juízes, pois sempre se permitiu a "exceção de suspeição" (englobando, aliás, os atuais casos expressos de impedimento com os propriamente de suspeição), para vedar o seu exercício em determinadas causas; ou das testemunhas, excluindo as que pudessem depor com parcialidade ou sem isenção de ânimo, caindo sob a pecha da suspeição; ou dos agentes do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, se ocorresse uma das situações acima, embora sejam casos mais raros.

6. Mas apenas depois que o processo foi considerado como um instituto de direito público, pelo interesse também do Estado na solução dos conflitos das partes, é que as leis começaram a inserir dispositivos regulando a atividade dos litigantes, sob o pálio do "princípio da probidade". Matéria de difícil conceituação e formulação legal, porque, de certo modo, poderia implicar em exigir da parte tal conduta que, em decorrência, pudesse criar vantagem para o adversário e, conseqüentemente, lesividade para si própria, o que seria, sem dúvida, violar a natureza humana.

Não se trata, porém, de exigir que a parte ofereça ao adversário armas para que esse triunfe, mas, sim, obstar que, **maliciosamente**, use de meios que fraudem a função jurisdicional. Isso, evidentemente, é possível e necessário, em nome da própria ordem social, da qual o Poder Judiciário é um dos esteiros e guardiães, quando reequilibra as situações jurídicas, sobretudo restaurando infringência legal e, corolariamente, atentado aos direitos subjetivos do lesado.

## II — A EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO: do Regulamento nº 737, de 1850, ao Código de 1973.

7. A exemplo da diretriz que predominava nos sistemas processuais mais adiantados da época, o regime brasileiro — desde o Regulamento nº 737, de 1850, até os Códigos de Processo Civil e Comercial legislados pelos Estados-membros (durante a vigência da Constituição Federal de 1891, a primeira da República, que adotara a dualidade processual — da União e dos Estados, como nos Estados Unidos, Argentina, México e outras federações) escassamente continha normas a respeito. Havia, apenas, o intuito de obstar os atos de má-fé em suas linhas gerais, sem maiores especificações. Entretanto, os efeitos foram minguados, como advertiu OSCAR DA CUNHA: "Se, até certo ponto, em alguns Códigos, introduzidos foram princípios sancionadores da protelação e infração da verdade, na prática, ao que eu saiba, resultaram inúteis na sua aplicação."

8. Sob a influência da doutrina privatística do processo, entendia-se que não era possível traçar normas legais a respeito da atividade das partes ou, então, que, sem preceito expresso, não cabia qualquer sanção. Parece que prevalecia a incidência da tradicional regra de Direito Penal: **sem lei, não há pena**. A repressão exigia, sem dúvida, uma pena, uma sanção, ao litigante ímprobo, por faltar à verdade, servindo-se do embuste ou da mentira. Mas, como tudo tinha de ser apreciado por um

intenso critério subjetivo, na realidade a punição deixava de funcionar, pela falta de certeza de que houvesse o ânimo de não ser leal.

9. O Código de Processo Civil de 1939, em vigor desde 1º de março de 1940 — e que se manteve por 33 anos e 10 meses —, deu um passo à frente, embora tenuemente. Realmente, de modo expresso, somente se preocupava com o “dever de dizer a verdade ou o dever da veracidade”, que, como já afirmamos noutra oportunidade, “é mais restrito do que o dever da lealdade ou probidade, que abrange todas as violações de caráter ético ou moral”. O seu art. 3º tratava do abuso do direito de demandar; o art. 63 e §§ responsabilizavam, com sanções financeiras, “a parte vencida que tiver alterado intencionalmente a verdade”; “quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário no curso da lide em qualquer incidente ou ato do processo” ou, “quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação”. A punição poderia recair no procurador, “se a temeridade ou malícia for imputável” ao mesmo. De um modo geral, essas eram as prescrições básicas do regime daquele ora revogado diploma.

10. Entretanto, o Código de 1973, em vigor desde 1º-1-1974 (\*), deu outra conotação à matéria. Refere-se a vários casos de “improbidade”, não só mantendo o “dever da verdade”, mas outros criando. Da mesma forma, estendeu, de modo mais concreto, o “princípio da probidade” a todos mais que intervêm no processo: juiz; Ministério Público; auxiliares da justiça e testemunhas. Alargou-se, portanto, a esfera de incidência daquele princípio, que não se circunscreve mais exclusivamente às partes.

11. Se, na verdade, como de longa data se sustenta, o comportamento que se exige das partes em suas relações regidas pelo direito material deve ser o mesmo dentro do processo, por ser esse instituto igual a qualquer outro da ordem jurídica em geral, é evidente que o Código tinha de coibir, tanto quanto possível, atitudes ímprobas de todos quanto atuem nos feitos de qualquer natureza — de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária. É claro que o mais importante é a ocorrência na jurisdição contenciosa (nos processos, propriamente ditos), pois, aí, é que há conflitos de interesses, para cujo êxito as partes podem ser tentadas a usar de todos os meios — dignos, ou não — para conseguirem seu objetivo final. Já na jurisdição voluntária (nos procedimentos) com “interessados” e, não, com partes, já é mais difícil de acontecer, pela ausência de lide e, portanto, de vitória ou de sucumbência. Mesmo assim, poderá haver falsas afirmações ou comunicações ao juiz, as quais não devem ficar imunes a sanções. Desde que o juiz tenha de intervir, tanto para solver um conflito de interesses (contenciosa), como para exercer administração pública de interesses privados (voluntária), não pode e não deve ser iludido. Evita-se que sua sentença ou seu provimento não venha a expressar a realidade jurídica do caso, formando-

(\*) Lei n.º 5.869, de 11-1-1973, já com várias alterações em leis subseqüentes, sendo as principais as de n.º 5.925, de 1.º-10-1973, n.º 6.014, de 27-12-1973, e n.º 6.071, de 3-7-1974.



se uma pseudacção ou uma errada determinação, em face dos subsídios com que contou para seu pronunciamento, num ou noutro caso.

12. Presentemente, o direito positivo de vários povos, sobretudo aqueles cujos ordenamentos sempre exerceram influência no processo brasileiro (austríaco, alemão, italiano e português), consagra disposições estabelecendo penas ao "improbus litigator", tomada a expressão em sentido lato. Mas, ainda que nada seja prescrito, a corrente "más numerosa sino también la más autorizada", como já admitia COUTURE, é a que assevera existir um *dever de verdade* — como síntese do "princípio da probidade" — com texto expresso e sem texto expresso, com sanções específicas e sem sanções específicas. O mesmo ocorre com o "princípio da probidade" com a gama, hoje extensa, de seu alcance: vale ainda que não formulado no direito positivo. Entretanto, quanto maior o número de normas, e desde que não sejam consideradas como exaustivas, mas meramente elucidativas, melhor para o exercício da função jurisdicional — a principal, como contenciosa, ou a secundária, como a voluntária. Esta foi a orientação básica do legislador do Código de 1973, do Brasil: inserir várias normas de carácter repressivo e sancionador, principalmente para as partes e interessados, mas abrangendo, igualmente, todos quantos intervenham nos autos. Com isso, aperfeiçoou a aplicabilidade daquele princípio, como imperativo de alto sentido social, pelo que a vida forense representa como fonte do respeito, do prestígio, da autoridade e da confiança que o Poder Judiciário deve inculcar no espírito da coletividade.

13. Por esta diretriz, o Código brasileiro de 1973 deixou de ser platónico neste tema, como foi acusada a própria Z.P.O. alemã pelo seu parágrafo 138. GOLDSCHMIDT, com ênfase, considerava, "lex imperfecta" pela ausência de sanções. Em última análise, o diploma germânico, que se inspirou no austríaco (Z.P.O., § 178), acolheu verdadeiro preceito moral em ordenamento de direito positivo, pois o característico desse é prescrever penas aos infratores de seu texto. Todo o ato que tenha um fim ético, traçando às partes (ou aos interessados) uma atitude proba, na busca da verdade judiciária, quer impondo como vedando um comportamento, já deve ser prescrito juntamente com a sanção correspondente.

14. Embora as partes (ou os interessados) sejam as figuras mais visadas, exatamente pelos interesses diretos que têm na solução do processo (na acepção ampla), todos os demais elementos também têm de ser controlados, porque o resultado final se forma do conjunto das atividades de todos. Na verdade, poderá não bastar que as partes ajam honradamente, sem nenhuma infringência legal, assim como seus procuradores, e, mesmo assim, por má atuação do juiz, ou do membro do Ministério Público, ou de auxiliares da justiça, ou de testemunhas, a verdade colimada não seja atingida, prejudicando a própria prestação jurisdicional ofertada, causando, assim, ilegalidade ou injustiça. Se a presença de quem quer que seja foi necessária ou indispensável para o desenvolvimento do processo, não será possível dar-lhe livre trânsito, sem qualquer freio, não obstante que, do seu ato, haja perniciosa influência no julgamento. Daí porque o Código de 1973 procurou estender o

“princípio da probidade”, sem limitá-lo, apenas, às partes, como, aliás, já o fazia o diploma de 1939, mas de modo menos intenso.

### III — AS PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES VIGENTES

15. O “princípio da probidade”, pela amplitude e pela importância em relação às partes, geralmente é invocado apenas para regradar o comportamento delas, quer as originárias, como as que venham intervir posteriormente à formação do processo, no plano daquelas, ou as que surjam secundariamente. Antes mesmo do assunto ser estudado a fundo, doutrinariamente, e ser transformado em norma legal, de maneira mais precisa, a partir do século XIX, a essência do “princípio” já se encontrava em disposições tradicionais e seculares relativas aos juizes. Entretanto, essas mesmas se apresentam, agora, mais dilatadas, configurando situações que, antes, eram ignoradas. O mesmo quanto aos órgãos do Ministério Público (ainda que não atuem como partes, pois, aí, estariam na posição própria delas) e os auxiliares da justiça. De qualquer forma, as normas relativas às partes são em maior número e a preocupação do legislador é mais acentuada neste ponto do que com referência aos outros elementos que participem de um processo (na acepção lata).

16. Abstraindo das concepções estritamente doutrinárias ou teóricas, dada a aceitação generalizada de que o “princípio da probidade” é insito ao processo, conforme as modernas concepções que justificam a sua instituição, cingir-nos-emos a ressaltar, no texto do nosso Código de 1973, os dispositivos que concretizam o “princípio da probidade”, refletindo a mentalidade brasileira contemporânea, no sentido de aperfeiçoar a busca da verdade judiciária. Quanto mais se reforçam os poderes do juiz, mais devem ser cerceadas as atitudes de improbidade, de quem quer que seja, evitando que a atuação do magistrado pudesse tornar-se inócua, se como o representante do Estado pudesse ser iludido, mal orientado ou burlado em sua missão de fazer justiça e de preservar a legalidade. A autoridade judiciária, portanto, encontraria óbices incompatíveis, como é óbvio, com a moderna posição a que foi erigida, em nome da própria ordem social, política e jurídica.

#### A — Quanto aos juizes

17. A lei não podia ser rigorosa com as partes, ao exigir-lhes comportamento probó, e omitir-se junto aos demais participantes do processo. Se as mesmas são as maiores interessadas na solução do caso (tanto na jurisdição contenciosa, como na jurisdição voluntária, nessa com o **nomen juris** de “interessados”), nem por isso o Direito Processual poderia deixar que, ao contrário, sobre elas se refletissem atos de improbidade dos demais elementos que atuem nos autos. O primeiro a dar o exemplo tem de ser o juiz. Ainda que se tenha de presumir sua isenção de ânimo e seu zelo em favor do melhor resultado conforme os ditames da justiça e das prescrições legais, o legislador tinha de considerar a condição humana do magistrado, sujeito, portanto, à inexorável falibilidade e, até, a influências maléficas.

18. Por isso, acolheu o vetusto postulado "quod non est in actis non est in mundo", para a apreciação da prova. O art. 131 prescreve: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento." Já no Código de 1939 a orientação era igual. Da oração inicial poder-se-ia deduzir que fora adotado o sistema da "livre apreciação". Entretanto, isso somente é possível quanto ao exame das provas dos autos, isto é, o que neles se contém, salvo quando é exigido forma especial para certos atos. Tudo o que o juiz possa saber por fora não deverá servir para a sua convicção expressa na sentença. O art. 130 dá ao juiz poderes para, de ofício, também "determinar as provas necessárias à instrução do processo", ou seja, trazer para os autos subsídios que ele próprio considere essenciais ao julgamento, além dos que as partes possam requerer e cuja produção seja deferida. Isso cerceia o arbítrio, pois as partes e, se for o caso, os tribunais, em grau de recurso, podem aferir, perfeitamente, os fundamentos da convicção do juiz. É garantia de controle da atuação do magistrado. Completando a primeira parte, a segunda do mesmo dispositivo exige a "motivação", o que é ratificado no art. 458, ao tratar dos "requisitos essenciais da sentença", ou seja, no inciso II: "os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito". Não basta, assim, que as provas estejam nos autos, não sendo fruto, portanto, de captação externa. O modo como o juiz as apreciou, as avaliou, as considerou para formar sua convicção, deverá ser exteriorizado, como meio de evitar que fatores espúrios hajam maculado o julgamento. O juiz poderá ter errado; mas ao menos revelou "os motivos que lhe formaram o convencimento". Nunca haverá, assim, a dúvida sobre seu comportamento. O erro, conhecido, é admissível pelas contingências humanas; mas nem mesmo o acerto, se forem desconhecidos os motivos em que se fundou, deve prevalecer, pelo perigo que a omissão pode representar quando houver falha no julgamento. O relevante é a revelação dos "motivos do convencimento" — quer quando acerte, quer quando erre, não importando o resultado. Com tal regra preventiva, o juiz, que não pode ser tachado de impedido ou de suspeito, por ausência dos casos legais, fica privado de, no fundo, agir mal na realidade, lesando qualquer parte ou qualquer interessado, conforme a natureza do feito. Embora o art. 131, combinado com o art. 458, II, se cinja, normalmente, à jurisdição contenciosa, é, contudo, aplicável à jurisdição voluntária, sempre para salvaguardar a lisura do julgamento. Apenas quando se trata de sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267), é permitida que seja dada "em forma concisa" (art. 459). Os reflexos, nesta hipótese, são relativos, não chegando a atingir o direito do vencido, e, pois, não havendo maior prejuízo, como se houvesse o julgamento do mérito (art. 269).

A falta de motivação é caso de nulidade de sentença, mesmo que não prescrita de modo expresso (arts. 243 a 250). Mas, como é considerada como um dos "requisitos essenciais", a cominação é ínsita, sob pena de tornar-se inócua a exigência legal, se dependesse de interpretações. Assim sendo, por via do recurso próprio ou, até, de ação rescisória (art.

485, inc. V: "violar literal disposição de lei"), a sentença imotivada poderá ser anulada ou tornada ineficaz, para outra ser proferida devidamente motivada ou fundamentada, ainda que nova venha a ser igual à primeira. Mas, com isso, se salvaguarda a prevalência da regra de tanto relevo, com acentuado sentido ético.

19. Se bem que possa ser entendido como inócuo, o Código estabelece, no art. 133, que "responderá por perdas e danos o juiz, quando: I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II — recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte". O parágrafo único fixa o momento em que se verifica a hipótese do inciso II: "só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias". Esta norma se completa, praticamente, com o art. 198, que permite que "qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público, poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei". Dificilmente, todos esses dispositivos têm aplicação na dinâmica forense. A prova de ausência de "justo motivo" é muito difícil, em face da pleora dos serviços judiciários, que, por enquanto, no Brasil e em vários países, impedem que tudo corra normalmente, dentro dos pretórios. Por outro lado, ainda que não haja "justo motivo", sendo evidente a desídia, a negligência ou, até, a parcialidade do juiz, em não cumprir prazos ou realizar alguma providência, lesando uma parte ou um interessado, existe natural temor ou constrangimento de ser feita a acusação, receiando o procurador (que, a rigor, é quem toma a iniciativa, embora em nome do cliente) possíveis represálias, no próprio feito ou em outros a seu cargo. O fim visado é louvável. Entretanto, a norma não deve funcionar nunca, sobretudo porque todos reconhecem que, de um modo geral, os atrasos são resultantes do próprio funcionamento do Poder Judiciário, como entidade, por mal aparelhado, e, não, por causas de ordem pessoal dos magistrados, salvo exceções raras, que não afetam o conceito geral da magistratura, pelo menos a brasileira.

Por sinal, que, no Liv. I, Tit. IV, Cap. IV, a Seção I trata "Dos poderes, dos deveres e da **responsabilidade** do juiz" (sem grifo no original). Esta nomenclatura já revela que o magistrado pode sofrer sanções se mal exercer suas funções. Embora lhe calba, como um de seus poderes fundamentais, "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (art. 125, III), ao juiz, principalmente, compete comportar-se em nome desse próprio cânone. Apesar do termo estar no singular, como se referindo, apenas, ao titular do órgão de primeiro grau, o mesmo se aplica igualmente aos membros do tribunal, qualquer que seja o título adotado, sobretudo aos que podem agir individualmente, como os Presidentes e os relatores de cada feito, e, não, somente, quando atuem em conjunto com seus pares, nas câmaras ou turmas, isoladas, reunidas ou em grupos, ou em plenário. As "penalidades" estatuídas da Seção II, Cap. III, Tit. V, do Liv. I, porém, incidem somente sobre os juizes, como órgãos de primeiro grau, pois as relativas aos membros dos tribunais são "na forma que dispuser o seu regimento interno" (art. 199).

A diferença entre o que ocorre com o juiz e as partes — que são os elementos principais num processo — é que aquele é “policiado” pelas partes, as quais lhe são subordinadas, de certo modo podendo isso criarlhes algum problema; enquanto que as partes são fiscalizadas pelo juiz, com toda a ascendência que lhe cabe sobre elas, usando dos poderes que a lei lhe concede, de modo expresso ou implicitamente.

20. Quanto aos casos “de impedimentos e de suspeição”, os mesmos apenas agora foram melhor estipulados do que anteriormente, pois é nítida a separação atual (arts. 134 e 135). Tanto o juiz pode abster-se ou declarar-se suspeito, como poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 137). A iniciativa das partes é por via da respectiva exceção (arts. 304 a 306; 312 a 314). Enquanto a suspeição obsta a ação rescisória, o impedimento é um dos casos desse remédio extremo (art. 485, II). As duas modalidades que privam o juiz de atuar ou continuar no feito se fundam, em última análise, no mínimo, num daqueles quatro motivos clássicos das Ordenações do Reino: ódio, amor, interesse ou temor. Em essência, nunca deixaram de ser inseridos os casos atuais, para o fim de ser o juiz afastado de um processo; apenas a técnica legislativa de agora é mais apurada. Mas o legislador sempre se preocupou com o fato de o juiz ser impedido ou suspeito, e não se haver declarado espontaneamente ou ter resistido à arguição da parte para alijá-lo do processo (na acepção ampla). Tanto assim que, acolhida a exceção (de impedimento ou de suspeição), o tribunal “condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal” (art. 314). Tal norma tem sido criticada, por injusta para o juiz, porque esse pode estar convencido de que não tem vínculo que obste o seu exercício, sem ter agido de má fé para merecer a penalidade imposta. O fato de o tribunal haver decidido ao contrário não deveria ser motivo para qualquer sanção, salvo a prova manifesta de qualquer ato ímprobo do magistrado, para tentar permanecer no feito.

21. Essas regras procuram resguardar a aplicação do chamado “princípio da imparcialidade”, que, sem dúvida, é variante do “princípio da probidade”, pelo seu extenso raio de alcance. Não se pode falar em atuação do juiz sem pensar-se em sua imparcialidade, que revela sua capacidade subjetiva, cuja falta, originando a imparcialidade, lesa extremamente a própria relação processual. Para cercar o juiz de condições que lhe assegurem agir com imparcialidade, é que o sistema constitucional brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824 até a vigente Constituição Federal de 1967, em ascendente aperfeiçoamento, resguarda os magistrados de garantias e proíbe os tribunais de exceção (arts. 113 e 114; 153, §§ 4º e 15).

## **B — Quanto aos auxiliares da Justiça**

22. De certa maneira, a posição dos auxiliares é, teoricamente, sem reflexos na solução dos processos. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que, na prática, os mesmos têm meios de influir no seu andamento, para favorecer uma parte e prejudicar a outra, exatamente por

um daqueles motivos já indicados quanto aos juízes — ódio, amor, interesse ou temor. Sobretudo o escrivão (ou similar, com outra terminologia, como “oficial judicial”), que é o auxiliar mais importante, sem o qual o juízo não pode funcionar, tem papel saliente. Antigo adágio enunciava: “boa demanda ou má demanda, escrivão na nossa banda”, ou seja, sempre procurar ter esse serventuário a seu lado (máxime do procurador, com quem as relações são constantes no foro), ao menos para não colocar entrave, ainda que não seja para beneficiar diretamente. Não se trata da corrupção fundada em recompensas materiais; bastará o simples ato de cortesia, de amizade ou de lisonja, facilitando um prazo, propiciando uma diligência, avisando alguma ocorrência sigilosa etc. A situação está equiparada à dos juízes, tanto que o Código estatui no art. 138: “Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I — .....; II — ao serventuário de justiça; III — ao perito e assistentes técnicos; IV — ao intérprete”. Esse dispositivo se articula com o art. 139, que contém a relação “dos auxiliares da justiça”. Estes servidores são fiscalizados pelos juízes, quando algum “excedeu, sem motivo legítimo, os prazos que este Código estabelece” (arts. 193-194). O procedimento respectivo se rege pela Lei de Organização Judiciária, que é de competência dos Estados-membros. Assim sendo, o Código, como diploma geral e aplicável em todas as unidades da Federação, traça as normas de incidência uniforme, restando aos Estados apenas prescrever o que for necessário quanto ao procedimento de apuração da falta apontada pelo juiz, segundo as condições de ordem local.

**23.** Não se pode deixar de reconhecer que o escopo destas regras é, sempre, o de visar à probidade no processo, tudo com o objetivo de manter a pureza de descoberta da verdade judiciária que qualquer julgamento deve conter, para o maior prestígio, autoridade e confiança de que o Poder Judiciário se deve revestir, para impor-se no meio social.

### **C — Quanto ao Ministério Público**

**24.** Embora os órgãos do Ministério Público possam agir como partes (art. 81), também atuam, imparcialmente, como “fiscal da lei” (arts. 82 e 83). Sua ausência, nos feitos em que o agente de instituição deva estar presente, gera a nulidade do processo (em acepção ampla), conforme os arts. 84 e 246. Entretanto, pela posição especial de seus membros, ainda que, aparentemente, fosse desnecessária a indicação de normas respectivas, porque sua atuação já estaria incluída entre as “partes” em geral, o Código entendeu melhor ressaltar os casos em que se exige comportamento ético dos agentes da entidade, inclusive prevendo a aplicabilidade de sanções.

**25.** O art. 85 determina: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.” Pelo teor do dispositivo, ficam excluídos os casos em que o agente haja com erro, embora grosseiro, para não tolher sua atividade, desde que ocorreu boa fé. A lei exclui a responsabilidade por culpa, exigindo “dolo ou fraude”, isso é, o artifício ou a malícia. Por um

dos dois fatos, o agente do Ministério Público poderá ser "civilmente responsável": **a)** por atuar de modo temerário; **b)** por omitir-se, não agindo ou não intervindo, quando a lei lhe impõe. Como o juiz só oferece a prestação jurisdicional quando provocado ("no procedat iudex ex officio"), isso ocorre quando a iniciativa é das partes, propriamente ditas, ou do Ministério Público, pois sua posição processual é igual à daquelas. Ora, a omissão do Ministério Público pode ocasionar, portanto, verdadeira denegação de justiça, lesando o interessado que necessitava da providência do agente da instituição, desde que a lesão ao direito se possa tornar irreversível.

**26.** Mesmo em relação ao Ministério Público, não se deve confundir a responsabilidade civil com a responsabilidade processual: aquela se baseia nos arts. 16 e 85; a última nos arts. 19 e 29, que tratam das despesas judiciais.

**27.** As disposições do Código quanto à "responsabilidade" e às "sanções" relativas às "partes" se aplicam ao órgão do Ministério Público, quando sua atividade se equipara à daquelas; mas há regras referentes especificamente aos agentes da entidade, para maior clareza do preceito e segurança de sua incidência.

As comuns às duas situações são, como exemplo, as dos arts. 16 a 18, que tratam "da responsabilidade das partes por dano processual", assim rezando o citado art. 16, como norma básica: "Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé, como autor, réu ou interveniente." Articulando o mesmo com o mencionado art. 85, decorre também a responsabilidade do agente do Ministério Público, quando atua como "parte".

Mas o Ministério Público não fica imune à obrigação de ressarcir as despesas do adversário, quando agiu como "parte". É, pois, aplicável, no caso, o art. 20, que contém o princípio geral sobre responsabilidade por despesas e honorários do advogado do vencido com relação ao vencedor. Mas, no art. 29, há referência expressa ao Ministério Público, sem incluí-lo entre as "partes": "As despesas dos atos que forem adiados ou tiverem de repetir-se ficarão a cargo da parte, do serventário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição." É norma tendente a evitar o retardamento injusto dos processos, com evidente sentido ético, punindo a procrastinação de má fé.

**28.** Os casos de impedimento e de suspeição dos juizes, para preservar, igualmente, a imparcialidade do agente do Ministério Público, quer como "parte", quer como "fiscal da lei", são estendidos ao órgão respectivo: "**Art. 138** — Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I — ao órgão do Ministério Público, quando não for parte e, sendo parte, nos casos previstos nos n.ºs I a IV do art. 135." O dispositivo tem sido censurado, porque não menciona o inciso V do mesmo art. 135, que torna suspeito o juiz quando "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes". Mas a hipótese pode ocorrer, igual-

mente quanto ao Ministério Público, desde que o agente seja interessado no julgamento da causa em favor da parte contrária. Apesar da omissão legal, se o fato for provado ("o interesse"), é evidente que, por imperativo ético, o agente deverá ser afastado da causa.

**29.** Como os prazos são estabelecidos para a devida regularidade do processo no tempo, os mesmos deverão ser normalmente obedecidos, salvo os casos de força maior ou de justo motivo. Em regra, ninguém deve infringi-los, pois isso tumultua os feitos, gera prejuízos aos interessados diretos e desorganiza os serviços forenses. O cumprimento dos prazos pelas partes lhes ocasiona um ônus, pois, se não fizerem, decorrerá a preclusão e, até, a coisa julgada formal ou material, conforme a hipótese concreta. Mas, quanto aos juízes e serventuários, os efeitos não atingem a situação das partes, salvo os eventuais prejuízos pelo retardamento, se bem que não quanto ao litígio em si mesmo, na jurisdição contenciosa, ou aos interesses, na jurisdição voluntária. O agente do Ministério Público (e a própria Fazenda Pública) também pode ficar sujeito a penalidades ou a sanções se não cumprir determinados prazos, sem contar, naturalmente, aqueles cuja inobservância gere preclusão ou coisa julgada. São os relativos ao próprio retardamento pela não devolução dos autos no prazo legal, cuja conseqüência é de duas origens: **a)** ser riscado tudo quanto haja sido escrito nos autos ou desentranhar as alegações e documentos que hajam sido apresentados tardiamente (art. 195); **b)** perda da vista dos autos fora de cartório e aplicação de multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo; e o juiz ainda comunicará o fato ao Conselho Superior ou ao Corregedor-Geral do Ministério Público, para a punição disciplinar do agente (art. 195 e parágrafo único, aplicáveis conforme a remissão no art. 197).

**30.** Para as sanções previstas pelo indevido exercício das funções do agente do Ministério Público, o Código, como é evidente, não leva em conta se a atuação é como "parte" ou como "fiscal da lei", pois o que interessa é o fato em si mesmo, independentemente da posição legal assumida, que somente influi quanto ao objetivo da presença do órgão: defendendo interesses de certas pessoas ou entidades (art. 81) ou defendendo a ordem legal (art. 82). Mas, com referência à maneira com que é desempenhada a função, é o comportamento em si mesmo que gera efeitos sancionatórios: portar-se como qualquer litigante de má fé (arts. 16 e 17); exceder injustamente prazos legais. Ambas as situações infringem o fim ético do processo, que deve ser instrumento apenas da realização da justiça e da aplicação das normas jurídicas pertinentes. Devem ser obstadas, com rigor, interferências de meios escusos, que venham a deturpar aquele escopo e, máxime, obstar a plena efetividade da prestação jurisdicional, concretizada, principalmente, na sentença de mérito, para o provimento judicial poder transformar-se em coisa julgada, como símbolo de paz social.

#### **D — Quanto a situações gerais**

**31.** Há normas que não se referem nem aos juízes, nem aos auxiliares da justiça, nem ao Ministério Público, nem às partes: têm um alcance



indeterminado, geral, abrangendo terceiros que estão fora do processo. Entretanto, por circunstâncias, de nítido caráter ético, o Código prevê vedações, preservando alguma consequência que pudesse deslustrar a integridade da própria justiça, como entidade.

**32.** Duas disposições podem ser indicadas quanto a este ponto: **a)** a que torna alguns atos sob sigredo de justiça, como exceção ao princípio da publicidade (art. 155); **b)** a que proíbe que certas pessoas lancem em praça ou leilão, seja qual for o processo em que a arrematação possa realizar-se (art. 690, § 1º, I).

**33.** O art. 155 prescreve: "Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em sigredo de justiça, os processos: I — em que o exigir o interesse público; II — que dizem respeito a casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores."

Se a publicidade é um meio de democratizar a justiça, evitando os julgamentos sigilosos, que são próprios dos regimes de força ou de exceção, às vezes é mais prejudicial do que a realização de atos a "portas fechadas" (art. 444). Não há a obrigatoriedade de os atos forenses — sobretudo a audiência — se efetivarem com as portas escancaradas, podendo estar cerradas, mas sem que o acesso ao local seja proibido. Com isso, não se pretende que a sala fique repleta, tumultuando os trabalhos. Pelo "poder de polícia" assegurado ao juiz (art. 445), cabe-lhe limitar a entrada, sem qualquer privilégio quanto a ser, ou não, vinculado à causa ou às partes, mas franqueado o lugar a pessoas indeterminadas, dentro, porém, de certo número. Se assim acontecer, o princípio da publicidade estará mantido.

**34.** Mas, naquelas ações especificadas e nas que possam estar arroladas em leis extravagantes, aí, sim, a restrição é total, não dependendo do juiz ou do requerimento das partes: é automática. Ora, com tal medida, pelos reflexos na vida íntima das partes e pela revelação, em regra, de fatos por via de depoimento pessoal, de peritos ou de testemunhas que podem originar constrangimentos ou susceptibilidade, o interesse social exige que, na sede do ato, somente permaneçam os interessados diretos: juiz, o auxiliar que o assessora, e, não, qualquer outro; partes; agente do Ministério Público; e, se houver, peritos e testemunhas. Nem os parentes das partes podem ter acesso, salvo se for necessário, por motivo de doença ou incapacidade física, dependendo, assim, de auxílio.

Se "interesse público" do inciso I tem acepção deveras ampla, ficando muito a critério subjetivo do juiz, conforme a espécie, as causas do inciso II são de critério objetivo, mesmo que, no curso do ato, nada se revele de inconveniente. Tal circunstância não influi para a aplicabilidade prévia da norma: o acesso tem de ser vedado desde o início. Apesar de o dispositivo referir-se a "processos", dando idéia de ser apenas os feitos da jurisdição contenciosa, a sua incidência atinge os "procedimentos de jurisdição voluntária", quando, por exemplo, tratar-se de "desquite por mútuo consentimento" (art. 1.122); "interdição" (art. 1.181)

etc., porquanto, pela natureza da matéria, deve ser evitada a publicidade, para imperar o "segredo de justiça".

35. O fundamento da proscricção da publicidade é, indiscutivelmente, fazer prevalecer a moral na realização do ato, subtraindo os fatos narrados e discutidos da curiosidade geral, violando, sobretudo, o próprio recesso do lar das partes ou outras situações que merecem ficar dentro apenas de um círculo restrito. Na discreção, note-se, sem dúvida, uma preocupação ética, desde que a finalidade é, exatamente, a de poupar as partes, ou quem esteja envolvido, de prejuízos que são evitados por uma questão de probidade.

36. O art. 690, § 1º, determina: "É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens. Excetuam-se: I — os tutores, os curadores, os testamenteiros, os administradores, os síndicos, ou liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade; II — os mandatários, quanto aos bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III — o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça."

37. Os dois primeiros incisos referem-se a pessoas vinculadas às partes e o último a membros da justiça, sendo que esses poderiam ser tratados nos itens respectivos — do juiz e dos auxiliares da justiça.

A vedação se aplica aos processos da jurisdição contenciosa, como, v.g., na execução e inventário; e aos procedimentos de jurisdição voluntária, como, v.g., na extinção de condomínio. É óbvio o sentido da exclusão: impedir que, pela interferência nos processos das pessoas indicadas houvesse aproveitamento ilícito lesando o dono do bem. Haveria sempre possibilidade de ser conseguida a avaliação pequena, que serviria de base ao preço oferecido; ou, por via de artimanhas, afastar eventuais pretendentes; ou, por qualquer modo, dificultar a arrematação por estranhos. É, portanto, norma de caráter preventivo contra possíveis (ainda que não prováveis) atitudes de desonestidade. Em última análise, portanto, é aplicabilidade do princípio da probidade.

#### E — Quanto às partes e aos procuradores

38. É, sem dúvida, o campo de maior incidência do "princípio da probidade". Foi concebido para refrear os impulsos (de certo modo explicáveis, mas não justificáveis) dos litigantes e de seus procuradores, no sentido de obstar que transformassem o processo em meio de entrosamento de interesses escusos, com o emprego de toda a série de embustes, artifícios, atitudes maliciosas e, sobretudo, a mentira. Com isso, as partes não pleiteiam, em última análise, o reconhecimento de um "direito", mas, sim, de um falso "direito", que se transmudaria em injustiça e em ilegalidade, burlando o juiz, que poderia terminar sendo cúmplice inocente e involuntário da nociva solução.

39. Nesta situação, é incontroverso o acolhimento da tese quanto a serem inseridas normas no direito positivo procurando impedir a figura do **improbis litigator** — como autor, réu ou interveniente — e impor

sanções aos que infringirem as disposições legais, quer por atos comissivos, como por omissivos. As objeções doutrinárias, ao longo das primeiras décadas deste século, foram superadas, mormente pela proliferação de dispositivos em vários ordenamentos processuais de diferentes povos, embora menos completos do que o nosso (ELICIO CRESCI SOB<sup>o</sup>). A censura de GOLDSCHMIDT ao direito alemão (item nº 13 supra) deixou de ter cabimento, sobretudo no sistema brasileiro vigente. Há, até, quem sabe, algum exagero nas prescrições do nosso Código, mas vale a intenção nobre do legislador em formulá-las.

40. Não trataremos, assim, do tema do ponto de vista histórico e teórico, porque o mesmo passou a dispensar qualquer fundamentação ou exposição, pela generalidade do resultado favorável ao seu incremento e a seu desenvolvimento. Vale-nos a seguinte observação em abono de nossa idéia: "benchè sia da lungo tempo ritenuta superata invece dalla dottrina o addirittura apertamente sconfessata dalla legislazione di molti altri Paesi" (M. CAPPELLETTI). Não se nota mais nenhuma voz inteiramente dissonante, como, nos primórdios da questão, ainda aparecia, em nome do excessivo respeito, sem sentido, aliás, pelos interesses privados das partes, antes de ser atentado para o caráter publicístico do processo. O problema tem sido resolvido de modo mais racional, não defendidas nem liberdade absoluta no comportamento, nem uma obrigação incondicional.

41. Os arts. 14 e 15 tratam "dos deveres das partes e dos seus procuradores". O primeiro contém o cerne do "dever da lealdade", que é considerado a maior manifestação do "princípio da probidade", sendo do seguinte teor: "Art. 14 — Compete às partes e aos seus procuradores: I — expor os fatos em juízo conforme a verdade; II — proceder com lealdade e boa fé; III — não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV — não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito." Este dispositivo, portanto, abrange o comportamento das partes e dos procuradores na propositura da ação; na defesa; e no seu andamento, inclusive, expressamente, quanto à produção de prova. De certa maneira, dispensaria seu texto outras normas explícitas, pois todas as demais se acham contidas no seu conteúdo. Entretanto, houve o intuito de ressaltar toda e qualquer situação, evitando apenas que a matéria fosse estipulada de modo genérico, com os perigos de poder ser mal interpretada e mal aplicada. No Código de 1939, o art. 63, que é apontado como fonte do atual art. 14, tinha redação ampla, quanto à atitude das partes, referindo-se "a que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados". Agora, porém, a idéia é desdobrada nos vários casos que a configuram, tornando mais acessível a verificação, para a possível penalidade.

O art. 15 menciona um ato especial de improbidade processual: uso de "expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las"; ou, "proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use,

sob pena de lhe ser cassada a palavra" (parágrafo único). Visa, evidentemente, aos procuradores.

Se, teoricamente, o "dever de lealdade" é das partes, não se pode deixar de reconhecer que, na prática ou na dinâmica forense, o mesmo é mais dos procuradores do que delas, sobretudo quando o cliente não apresenta condições sociais, profissionais e culturais suficientes para engendrar os fatos recriminados na lei. O alcance do preceito ao procurador tem sua justificativa na seguinte advertência de LIEBMAN: "Ma è certo che anche l'abilità e l'accortezza devono sentire un freno e non possono passare certi limiti, che il costume e la morale sociale stabiliscono." Para a parte prejudicada com os fatos constantes dos autos pleitear a responsabilidade, porém, o que vale é a atitude do adversário, diretamente ou por meio de seu patrono, como no caso dos arts. 45; 113, § 1º; 161; 195 e 196. Sendo difícil separar uma atividade da outra, a lei abrange o cliente e o advogado. Se, contudo, o causídico, por seu comportamento, trouxe prejuízo ao seu constituinte, porque esse ficou responsável perante o contendor, o cliente poderá entrar com ação regressiva contra seu procurador para ressarcir-se.

**42.** A violação do "dever de lealdade" não gera, por si só, a derrota na demanda do infrator, pois apesar disso, poderá triunfar no julgamento final, assim como poderá sucumbir. O descumprimento daquele "dever" apenas pode ocasionar a aplicabilidade das sanções previstas, sem que a solução da lide sofra qualquer influência, salvo em caso de "processo simulado ou fraudulento", *ex vi* do art. 129, pois, aí, "o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes".

**43.** Quando as partes transgridem as regras do art. 14, tornam-se litigantes ímprobos, porque pleiteiam ou defendem-se com "má fé". Se assim é, então "respondem por perdas e danos", qualquer que seja a posição: autor, réu ou interveniente (art. 16). Como autor ou réu, estão incluídos os litisconsortes e o oponente, porque esses somente podem aparecer numa daquelas figuras centrais.

**44.** O art. 17 completa o art. 14, condensando as várias hipóteses mais comuns do exercício do direito de ação ou do direito de defesa com má fé, algumas das quais são quase que repetidas noutros dispositivos. Eis seu teor: "Reputa-se litigante de má fé aquele que: **I** — deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; **II** — alterar intencionalmente a verdade dos fatos; **III** — omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; **IV** — usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; **V** — opuser resistência injustificada ao andamento do processo; **VI** — proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; **VII** — provocar incidentes manifestamente infundados".

**45.** E o art. 18, reiterando a imputação da responsabilidade pelas perdas e danos, ainda impõe ao infrator: "indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou". Pelo sentido ético da norma, aquele que venceu, mas infringiu os mandamentos do art. 17, no curso do processo, está sujeito às sanções do art. 18. Do contrário, ficaria sempre impune a má conduta

daquele que tem, efetivamente, razão no direito que pleiteia. E isso não é possível, porque, “mesmo quem tem o direito a seu favor, deve agir corretamente em juízo para a sua defesa” (CELSO BARBI. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA — “nem sequer o ter vencido ou perdido”).

46. Qualquer infração a um ou mais preceitos do art. 17 qualifica o litigante que a cometeu como “de má fé”. Daí a sua responsabilidade. Mas nem todos os casos são de caráter objetivo; até pelo contrário: a quase totalidade exige apreciação subjetiva, que fica na dependência do critério do juiz, que poderá ser mais tolerante ou mais rígido na aferição do comportamento da parte. Realmente, a falta de fundamento da pretensão ou defesa deve ser “razoavelmente” desconhecida (inc. I); ou a verdade dos fatos foi “intencionalmente” alterada (inc. II); ou foram omitidos “intencionalmente” fatos essenciais ao julgamento (inc. III); ou a resistência oposta foi “injustificada” (inc. V); ou foi procedido de modo “temerário” (inc. VI); ou, finalmente, que os incidentes provocados sejam “manifestamente” infundados (inc. VII) — tudo isso ficará a critério do juiz para vislumbrar, ou não, a malícia do litigante, conforme as suas condições pessoais e as circunstâncias da causa. Apenas o inciso IV trata de resultado concreto revelando má fé: “usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal”, quando deverá o juiz agir conforme o art. 129, ao qual já nos referimos (item 42 supra).

47. Desses, há incisos que se articulam, diretamente, com outros dispositivos: o V com os arts. 599-II a 601, ou seja, quando, na execução, o devedor, por praticar ato considerado atentatório à dignidade da justiça, e, se advertido, incidir na falta, será punido com a privação de “requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena” (item nº 62 infra); o VII com o art. 31 e com o art. 130, isto é, a responsabilidade pelas “despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos”, os quais, aliás, poderão ser indeferidos pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte; e com o art. 22, especificamente contra o réu, “por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide”, cabendo-lhe pagar as custas “a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor da causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios”. Mesmo vencendo, portanto, sofrerá sanções, pelo mau comportamento, desde, porém, que considerado incidente “manifestamente” infundado ou resistência “injustificada”, conforme entenda o julgador.

Também por omissão, pode ser infringido o “dever de lealdade”, conforme a espécie regulada no art. 267, em duas modalidades: paralisação do processo, por negligência das partes, durante um ano (inc. II) ou abandono pelo autor, por “não promover os atos e diligências que lhe competir” (inc. III). Em tais circunstâncias, como sanção ao descaso das partes, emperrando, inutilmente, os serviços forenses, o juiz deverá proferir sentença extinguindo o processo, mas sem julgamento do mérito. “Punese, assim, a inércia dos litigantes que faltem ao seu dever de lealdade e colaboração com o órgão jurisdicional, a fim de que o litígio seja prontamente solucionado” (LAURIA TUCCI).

48. Na nomeação à autoria, há responsabilidade pelas perdas e danos daquele a quem incumbiu promovê-la, mas deixa de fazê-la ou indica "pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa" (art. 69, I e II). Não estará a espécie enquadrada no conteúdo do citado art. 17, inc. III, VI e VII? Mesmo assim, foi melhor explicitar a sanção com os fatos que a originam do que pretender inseri-la em disposições tão genéricas, podendo tornar inócua a repressão.

49. Pela relevância da incompetência absoluta, em face do vício macular, em qualquer tempo, todo o processo, é natural que a mesma seja levantada no momento próprio, logo que ocorrer o fato em que se funde (art. 305), se bem que, em regra, o seja na contestação (art. 297). Entretanto, deixando de ser deduzida "no prazo da contestação ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas" (art. 113, parágrafo único). Deve entender-se que são as custas com o retardamento do processo e, não, as totais da causa (HÉLIO TORNAGHI). A pena não alcança, porém, o réu ausente, revel, pois, aí, não se lhe pode atribuir omissão, embora a incompetência deva ser declarada, de ofício, pelo juiz (CELSO BARBI). Não estará o caso inserido nos incisos III ou VI do mencionado art. 17?

50. Até no aspecto formal do processo, o Código, a exemplo do anterior, se preocupou em resguardar a atividade ética, impedindo que, além dos escritos normais, outros se lançassem paralelamente, por meio de "cotas marginais ou interlineares", devendo o juiz mandar riscá-las e impondo a quem as escreveu (em regra os procuradores) multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo (art. 161). Com isso, evita-se que os autos se transformem num amontoado de borrões ou anotações espúrias, numa apresentação incompatível com a própria austeridade da justiça. Mas há juizes que têm o hábito de fazer glosas quando estudam os autos. A quem caberá, aí, mandar riscar, mormente se forem membros dos tribunais?

51. Dentro do que o art. 17, inciso VII, chama de "incidentes manifestamente infundados", pode ser incluído o art. 233, que pune "a parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II", mediante o pagamento de cinco vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo. É verdade que a afirmação tem de ser "dolosa", a ser provada pelo citando e aferida pelo juiz. É sempre a intenção de prever sanções específicas, quase que esvaziando o próprio art. 17 em vários incisos.

52. Com relação às nulidades, pelos reflexos que sua declaração possa ter, retardando, quiçá, o andamento do processo (art. 17, III ou V), as mesmas devem ser alegadas "na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão" (art. 245). Mas isso apenas quando se trata de nulidade relativa, pois a absoluta fica imune pelo parágrafo único respectivo, pois pode ser conhecida até de ofício pelo juiz. Somente a parte se livrará daquela sanção, se provar legítimo impedimento. A aplicabilidade da pena de suspensão tem evidente caráter ético, "como corolário do dever de lealdade" (MONIZ DE ARAGÃO). A nulidade não pode ficar no "bolso do colete", como acontecia no regime de anta-

nho das Ordenações; do Regulamento nº 737, de 1850, e dos códigos estaduais, para ser usada quando conviesse ao interessado, segundo o tramitamento da causa.

**53.** O autor tem o direito de ir a juízo, mesmo que, no final, sua pretensão seja rejeitada, sendo a ação julgada improcedente. O resultado contra ele, em si mesmo, não espelha sua má fé, pois isso somente ocorre quando a falta de fundamento é "razoavelmente" conhecida (art. 17, I), ou que haja ciência de ser destituída de fundamento (art. 14, III). Entretanto, pode acontecer que a lide não seja julgada, mediante sentença de mérito, extinguindo-se o processo por motivos anormais, mediante sentença que não julgue o mérito, sendo terminativa, nos casos do art. 267. Quando o fato ocorre, o autor é condenado a pagar honorários e custas ao réu. Se, porém, quiser renovar o pedido, para o deslinde do litígio, somente poderá fazê-lo se provar a satisfação daqueles encargos (art. 268, parte final). Mas apenas são permitidas três renovações (parágrafo único, *idem*).

**54.** Se a petição inicial estiver em ordem, será ordenada a citação do réu para, querendo, responder. Mas, além das formalidades tradicionais contidas no art. 225 e parágrafo único, o art. 285, na segunda parte, indica uma nova medida de alta significação: "do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor". Tal exigência está de acordo com os efeitos drásticos (combatidos, aliás, por alguns processualistas brasileiros, que, a nosso entendimento, exageram em suas críticas), que a revelia, em regra, passou a gerar, conforme o art. 319, no qual se lê: "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor". A inércia do réu, salvo se ocorrer uma das hipóteses do art. 320, provocará o "julgamento antecipado da lide", *ex vi* do art. 330, II, caso em que, praticamente, o autor vencerá, e o réu, por ser revel, sucumbirá, ainda que possa apelar, se, mesmo sem ser intimado, tiver ciência da sentença. A revelia não suscita, obrigatoriamente, o acolhimento do pedido com a condenação do réu; mas, na realidade forense, assim acontecerá na maioria dos processos. Um dos mais veementes opositores da diretriz do nosso Código, neste ponto, já afirmou que "o revel no direito brasileiro deixou de ser um ausente para se tornar um delinqüente" (CALMON DE PASSOS). Por tudo isso, é que se tornou necessária aquela advertência expressa ao citando (cuja omissão anula o processo), no sentido de lhe dar conhecimento claro dos resultados lesivos que lhe poderão decorrer, se não "contestar", ainda que "responda", por mão de exceção ou de reconvenção.

Acentuando, por ênfase, não ser "irreverente", CALAMANDREI criou a célebre alegoria: "Il processo come gioco". Nem por isso, os participantes devem agir no escuro, mas devem ter, ao menos, noção, ainda mesmo que pálida ou imperfeita, de suas conseqüências, pois "il processo serva alla giustizia" como o mestre italiano completa sua original comparação. Não basta, portanto, que, como era tradicional, o réu apenas soubesse vagamente que, se não contestasse, "ficaria sujeito às penas da revelia". Tal expressão era muito técnica e, segundo a média mentalidade para

baixo, dificilmente seria percebido seu sentido e seu alcance tão nocivo ao citando. Presentemente, porém, está bem explícita a situação que se originará “não sendo contestada a ação”. O réu ficará alertado quanto à presunção de veracidade contra ele dos fatos articulados pelo autor. Com isso, o legislador procura proteger o réu de possível ignorância que lhe poderá ser fatal para a defesa dos direitos que tiver para alegar. Evitou fórmula da qual o autor se pudesse servir para agir com insídia, como verdadeira armadilha envolvendo o réu. A norma procurou estabelecer o equilíbrio entre as partes, segundo o “princípio da igualdade processual”, que, no fundo, revela uma faceta do “princípio da probidade”: não serem as formalidades legais fontes de possíveis injustiças, dificultando as partes (no caso o réu) na conquista de seus direitos.

**55.** O “princípio da imediatividade do juiz com a prova” e o “princípio da concentração na audiência” sofrem exceções na sua finalidade quando há expedição de carta precatória ou rogatória, porque outro juiz, que não o da causa, colherá a prova, e que, por isso mesmo, não se produzirá na própria audiência de instrução e julgamento. Em muitos processos, esta cooperação judicial é indispensável conforme os fatos a serem provados. Mas, em algumas ocasiões, tal providência pode ser requerida como medida procrastinadora, enquadrando-se no que o Código denomina de “resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, V); ou de “incidentes manifestamente infundados” (art. 17, VII); ou de “diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130). Como se trata de prova cujo indeferimento poderá ser considerado como “cerceamento de defesa” (do autor ou do réu, pela amplitude do termo “defesa”), o Código, conciliando o alegado interesse da parte com a incidência do “princípio da brevidade”, permite, no art. 338, que a “carta precatória e a carta rogatória não suspendam o processo, no caso de que trata o art. 265, IV, b, senão quando requeridas antes do despacho saneador”. Se for antes dessa oportunidade, ou seja, da designação da audiência de instrução e julgamento (art. 331), se o juiz entender que tem fim protelatório, poderá indeferir o pedido de expedição, usando dos poderes concedidos pelo art. 130; se, porém, for depois, não haverá inconveniente em deferir, pois poderá encerrar o processo, realizando a audiência, ainda que não haja a respectiva devolução pelo juízo deprecado ou rogado até aquele ato. Não sendo obrigatória a espera da volta da carta, o Código cortou qualquer possibilidade escusa de retardar o andamento da ação, geralmente, pretendida pelo réu. A regra, que tem sua fonte no § 364, 3º item, da Z.P.O. alemã, já era consagrada no nosso Código de 1939, nos arts. 213 a 215. Somente ocorrendo “justa causa”, invocada pelo interessado e aceita pelo juiz (art. 183), é que o retorno poderá ser aguardado até à audiência. A orientação legal tem, sem dúvida, um fim moralizador, obviando a chicana, sob o aparato de interesse na prova, quando, na realidade, é situação fictícia sem qualquer influência normal na solução do litígio. A formulação específica, em lugar de incluí-la em dispositivos genéricos (arts. 17, V e VII; e 130), torna sua aplicação mais fácil no sentido de coarctar os atos de alicantina.

**56.** É regra tradicional, em vários ordenamentos, remontando, em essência, ao próprio direito romano, que a parte intimada para prestar de-



poimento pessoal se sujeita à “pena de confissão”, deixando de comparecer ou, se presente, silenciar. Assim sempre foi no sistema processual brasileiro e subsiste presentemente conforme o art. 343, § 2º: “Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão”. Essa penalidade somente cabe quando o depoimento for requerido pelo adversário e, não, quando for determinado pelo juiz, de ofício, usando do poder conferido pelo art. 342. A “confissão tácita, presumida ou ficta” tem tais conseqüências para a parte, que o Código exige, a exemplo do que acontece com a citação (item nº 54 supra), conste do mandado de intimação da parte, “que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor” (art. 343, § 1º). O nosso diploma não seguiu a moderna diretriz, que restringe os efeitos da ausência ou da recusa, para conferir ao juiz ou tribunal o poder de apreciar o fato e considerar, ou não, que houve confissão ficta. Na França (art. 336), na Alemanha (§ 446), na Itália (art. 232), na Espanha (arts. 586 e 593), na Argentina (art. 417), os resultados deixam de ser rigorosos como têm sido em nossos sucessivos Códigos. Realmente, no direito comparado, o juiz poderá, ou não, entender que há confissão presumida, conforme as circunstâncias. Por conseguinte, a simples ausência ou a mera negativa em depor não induzem a aplicação imediata da “pena de confesso”. No Brasil, porém, a conseqüência não fica ao arbítrio do juiz, que tem de admitir a confissão, embora, nem por isso, a parte venha a tornar-se vencida no pleito. Apenas poderá enfraquecer sua posição quanto ao direito alegado em torno dos fatos cuja prova poderia depender do depoimento pessoal. A omissão, portanto, desde o direito romano, tem sido considerada como procedimento desleal. Realmente, “aquele litigante que, sem embargo do direito do adversário, do dever do juiz e do próprio interesse social, se recusa a depor ou a falar, apenas fundado no seu direito de permanecer inativo ou silencioso, abusa desse direito” (AMARAL SANTOS). Inquestionavelmente, existe uma das mais antigas aplicações do “princípio da probidade”, dentro do “dever de lealdade”, ainda que outras normas não configurassem a situação no direito positivo. Não sendo, propriamente, uma novidade, serve como consagração de constante tendência insita ao processo brasileiro.

Entretanto, ainda que haja o “dever de depor”, o mesmo sofre limitações, nos casos expressamente especificados:

“**Art. 347** — A parte não é obrigada a depor de fatos: I — criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II — a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. **Parágrafo único** — Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.” A norma é novidade no direito brasileiro, embora remontando às Ordenações do Reino. Serve-lhe de fonte o art. 554, nº 2, do Código de Processo Civil português. Os casos diferem entre si: o do inc. I diz respeito à própria parte; e o do inciso II a terceiros, quando a parte sabe do fato em virtude de sua própria condição, ou seja, sacerdote, médico, advogado etc. O preceito, porém, é contra a melhor doutrina no direito comparado, com reflexos na brasileira, com base em lição de MATTIROLO: “a imoralidade está na ação desonesta; quem, depois de praticá-la, se recusa a reconhe-

cê-la, produz novo mal, ajunta à primeira uma segunda imoralidade" (**apud AMARAL SANTOS**). A matéria é controvertida, não cabendo ser tomado partido neste estudo, por suas limitações. Apenas ressaltamos a regra jurídica brasileira, cujo fim ético é o de preservar a intimidade da parte, para não coagi-la a revelar fatos que lhe poderiam originar o opróbrio geral. Do "dever de depor", portanto, a parte fica isenta ocorrendo uma das aquelas hipóteses, passando a ter o "direito de silenciar".

**57.** Outra norma acolhida de longo tempo em nossos diplomas processuais, que aparece também no direito comparado, é quanto à "obrigação de exigir documento", isto é, aquele em poder de uma parte que deverá trazê-lo para o processo por determinação judicial ou a requerimento do adversário (arts. 355 e 356). Somente em casos justificados, pode ser acolhida a recusa: "**Art. 358** — O juiz não admitirá a recusa: I — se o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II — se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III — se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes." Os casos dos itens I e III são de direito material e o do II é de direito processual, fundado no "princípio da comunhão da prova".

Como há "obrigação de exhibir", a parte arca com ônus se não o fizer injustificadamente. A omissão pode significar desrespeito à ordem judicial ou ocasional prejuízo ao adversário, e, conseqüentemente, obstar um julgamento mais preciso exatamente por falta de um elemento que possa ser necessário à convicção do juiz.

É meio de opor "resistência injustificada ao andamento do processo" (art. 17, V), deixando de "proceder com lealdade e boa fé" (art. 14, II). Não haverá, propriamente, punição pelo ato em si mesmo. Mas os efeitos lesivos para a parte recalcitrante terão o dom de verdadeira sanção, se bem que, mesmo assim, ainda possa ser vencedora na ação. Se, porém, das diligências decorrerem custas, caberá à parte que se recusou a exhibir o documento a responsabilidade pelo seu pagamento, independentemente do resultado final (art. 35: "As sanções impostas às partes em conseqüência de má fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; . . .").

**58.** O Código procurou coibir todos os atos de possível má fé, realizados com intuito, não de obter um direito, mas, sim, de protelar o desfecho do processo ou de embaraçar o adversário em detrimento, outrossim, da própria justiça. Não se limitou a traçar as linhas gerais nos dispositivos básicos como os arts. 14 a 18. A cada passo, conforme as circunstâncias e as possibilidades de uma fraude específica, foram inseridas normas de cunho preventivo, por via da cominação de pena, tentando cercear atitude impropria de qualquer interessado. A parte, portanto, pesará na balança o que mais lhe convém: usar de medida que possa ser considerada desleal, e que, a rigor, o juiz, normalmente, não pode evitar, em face do "princípio dispositivo", mas arcando com o risco de uma sanção; ou, temendo a penalidade, eximir-se da prática do ato, por ausência de vantagem objetiva.

Por isso, na ação rescisória, o Código criou uma inovação imposta ao autor respectivo: "**Art. 488** — II — "depositar a importância de 5%

(cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente." O dispositivo prevê as duas situações quanto a resultado: admissibilidade ou improcedência, que se diferenciam tecnicamente, embora, sob o ângulo prático, possam ser consideradas idênticas.

Em qualquer das hipóteses, ou seja, se o autor não conseguir julgamento favorável, mas se for unânime, perderá o **quantum** depositado em favor do réu. A ausência de um voto sequer a favor do autor o torna passível de uma pena, em evidente presunção de que mal agiu ao provocar a atividade jurisdicional por via de um remédio extremo, que visa, justamente, à coisa julgada. Não se perquire de sua intenção, dos motivos subjetivos: o resultado é que resolve o destino do depósito — caberá ao réu ou será restituído ao autor. Se, porém, houver qualquer outro caso de infringência do "dever de lealdade", mas expresso e, não, presuntivo, o autor se sujeitará às sanções respectivas, ainda que venha a ser devolvida a importância depositada, e o réu, em igual situação, poderá sofrer as mesmas penas e receber o depósito. Por outro lado, se o depósito vier a competir ao réu, a esse o autor ainda terá de pagar as despesas judiciais, como custas e honorários de advogado. Assim sendo, o **quantum** de depósito — que, em regra, é alto, porque as ações rescisórias têm valor elevado, pelos interesses em jogo, sendo dificilmente propostas contra acórdão proferido em causa pequena economicamente — objetiva, apenas, demover o autor de servir-se da ação rescisória, mormente porque foram ampliados os fundamentos para sua propositura (art. 485). É um desestímulo à multiplicação de rescisórias, de modo que o autor somente o fará se imbuído de convicção muito forte de seu direito. Mas de que adianta tal idéia arraigada, se, com ou sem boa fé, a multa lhe será aplicada igualmente, se não contar ao menos com um voto a seu favor? Na realidade, apenas o litigante com recursos econômicos a instaurará, pois o remediado — mas que não esteja em condições de obter a assistência judiciária gratuita, a qual isenta o beneficiário do depósito — não se arriscará a perder a causa, por unanimidade, e, conseqüentemente, a quantia depositada, além de ter de solver os encargos processuais. Preferirá conformar-se com a coisa julgada, que seria acatada, mesmo a considerando ilegal, suscetível, assim, de, possivelmente, incidir em ação rescisória. Mas o risco pode não compensar tantos ônus. Se, portanto, a norma tem alvo ético — obstar o uso abusivo da ação rescisória —, por outro lado, é entrave injusto aos que, mesmo honestamente, almejam a reparação de uma ilegalidade, mas lhes falta dinheiro para ir a juízo. Isso é desolador, pois a justiça não deve ficar dependendo da situação financeira dos litigantes. É algo mais sublime e mais elevado, que não pode estar sujeito às contingências secundárias, a par de outras que já marcam e diferenciam os indivíduos na ordem social. Embora haja precedentes no direito comparado — Espanha, Itália e Vaticano —, o dispositivo é de duvidoso merecimento, pelos malefícios que possa causar ao litigante de boa fé, se bem que venha a ser vencido. Melhor seria se ao tribunal fosse dado apreciar dos propósitos do autor, para, então, aplicar-lhe a sanção normal como a qualquer **improbis litigator**. Não haverá injustiça também em evitar que, por falta de meios financeiros, alguém se encontre privado

de pleitear a ineficácia de uma sentença transitada em julgado, maculada de um dos vícios graves que autorizam a ação rescisória? E, de certo modo, não estará violado o “princípio da probidade”, pela imutabilidade irreversível de uma situação ilegal, somente porque o autor não tem dinheiro? Por conseguinte, o fim de coarctar o autor ímprobo, apenas presuntivamente, pode impedir, contudo, que o autor de boa fé se tenha de sujeitar à coisa julgada ilegal. O Código, nessa última hipótese, se tornará fonte de revolta e de desespero, e não instrumento de alento e de esperanças para os que entendem que foram tão gravemente violados em seus direitos.

59. Situação similar à supra se delinea quanto aos embargos de declaração, *ex vi* do art. 538, parágrafo único: “Quando forem manifestamente protelatórios, o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.” O objetivo é análogo ao da multa imposta na ação rescisória, inadmissível ou improcedente, por votação unânime, mas com diferenças: **a)** o acórdão não precisa ser unânime; **b)** o simples não conhecimento ou a improcedência não geram a aplicabilidade da multa, pois não é presumida a intenção de protelar do embargante, precisando que o tribunal o declare “expressamente”. Esta aferição do comportamento do embargante — equiparado ao autor na ação rescisória, para o caso — é que entendemos devesse ocorrer outrossim na ação rescisória (item nº 58 supra). Aí, sim, existe fim ético da norma, pois apenas pune o ímprobo, conforme o julgamento do Tribunal, mas ampara o recorrente honesto, que agiu de boa fé. Fez a justa discriminação, impondo pena somente a quem merece e isentando o inocente. Como os embargos declaratórios suspendem o prazo dos recursos subsequentes cabíveis para ambas as partes, podem ser utilizados como meio procrastinador, ainda que, teoricamente, sejam julgados rapidamente (art. 537), pois, na realidade, podem levar meses desde a oposição até ser publicado o acórdão.

Enquanto isso, o vencedor ficará na expectativa de ser, ou não, ainda interposto o recurso normal contra o acórdão embargado e, conseqüentemente, perdendo tempo para a futura execução do julgado. A medida é moralizadora, mas atingindo apenas quem deva receber a sanção, conforme as circunstâncias reconhecidas, em cada caso, pelo tribunal. No Código de 1939, não havia multa; mas, se os embargos fossem considerados protelatórios, o embargante poderia perder o prazo para o eventual recurso subseqüente. Agora, pois, este risco desapareceu, surgindo a sanção econômica. Aquele efeito, porém, era mais rigoroso; porquanto, dificilmente, a parte tentaria interpor os embargos de declaração, com receio de não poder usar do recurso normal; ou, então, nem aguardaria o julgamento dos embargos, já interpondo o outro, que poderia ser afetado com a decisão naqueles. De qualquer forma, o “princípio da probidade” inspirou a regra sancionatória, nas duas modalidades. Nota-se, porém, que os embargos de declaração também podem ser interpostos contra as sentenças dos juizes e, nesta hipótese, não cabe sanção alguma, sendo, ou não, julgados protelatórios, por ausência de regra a respeito (art. 465 e parágrafo único): **nulla poena, sine lege**. O preceito, contudo,

ético deverá incidir em ambas as modalidades, pela similitude entre as duas.

60. Como critério objetivo para caracterizar a violação do "dever de lealdade", o Código estabelece: "**Art. 529** — Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas". Como o Código, no entendimento generalizado, não permite que o juiz a quo negue seguimento ao mesmo, "ainda que interposto fora do prazo legal" (art. 528), foi preciso uma providência para obviar a pleora desse recurso tipicamente luso-brasileiro, embora sem efeito suspensivo, na quase totalidade dos casos em que é hábil. Sendo vedado ao juiz de primeiro grau denegar o agravo, "naturalmente abre ensejo a lei à subida de agravos interpostos fora do prazo. Daí, sem dúvida, resulta um grave risco: o da multiplicação desmedida de agravos, a sobrecarregar, muitas vezes, inutilmente, o trabalho dos tribunais. O risco é tanto maior quanto são amplas, amplíssimas, no sistema do Código, as oportunidades que se têm de agravar (**omissis**). Assim, se busca atalhar as manobras protelatórias armadas sobre a interposição de agravos fora do prazo" (BARBOSA MOREIRA). A norma visa, outrossim, a que sejam "embaraçados os objetivos do Código sobre a ampla recorribilidade das interlocutórias" (CARLOS NORONHA), pois "o espírito do legislador foi o de punir o litigante que não recorre, tempestivamente, acarretando transtornos para o adversário" (SÉRGIO BERMUDEZ). Tudo isso revela a infringência do "dever de lealdade", exigindo a devida penalidade ao agente. Na incerteza, porém, o tribunal deverá conhecer do recurso. Somente em casos incontroversos de intempestividade, é que não o conhecerá e aplicará a multa prescrita em lei. Como norma punitiva somente é aplicável à espécie prevista, embora devesse ser estendida, expressamente, aos agravos não preparados, tornando-se desertos, porquanto é situação análoga à de intempestividade pela objetividade dos motivos. Como o fim é não incentivar a chicana, "para embargar a cada instante a marcha do processo e relegar o julgamento da lide para as calendas gregas" (BARBOSA MOREIRA), é evidente o sentido moralizador do dispositivo.

61. O recurso extraordinário é recebido apenas no efeito devolutivo e, portanto, permite a execução provisória do acórdão pelo mesmo atacado (arts. 497; 543, § 4º; e 587). O recorrido, até então parte vencedora, poderá executar o julgado mas com as cautelas de execução provisória (art. 588). Para isso, porém, terá de extrair "carta de sentença", pois o recurso extraordinário se processa nos próprios autos da ação, que subirão ao Supremo (art. 543 e §§ ), servindo aquele documento como título judicial (art. 589, 2ª parte). Por conseguinte, as despesas com a "carta" são ônus para o vencedor-recorrido decorrentes do ato do vencido-recorrente. É justo, pois, que o vencido-recorrente não impeça ou dificulte o vencedor-recorrido naquilo que tem a faculdade de fazer: a execução provisória do acórdão sujeito a recurso extraordinário. Por isso, o Código exige que, como custas adicionais às do recurso extraordinário interposto pelo vencido, sejam incluídas as referentes à "carta de sentença" que o vencedor-recorrido requeira, para instruir a execução contra o vencido-

recorrente, devendo ser por esse pagas, "sob pena de deserção" (art. 545), ou seja, do recurso extraordinário interposto. Observa-se a constante de o Código prevenir "o abuso do direito" por quem tenha interesse em protelar o desfecho das causas, antes de pleitear um direito com honestidade. Sempre que haja margem para duvidar do comportamento de uma parte, mesmo exercendo um direito, o legislador estatuiu uma penalidade. Cabe ao interessado, se quiser, arcar com o ônus, desde que entenda lhe ser mais conveniente o encargo do que abster-se de um ato permitido em lei, mas com restrições. Há, pois, sinais evidentes de intentos moralizadores, balizando o desempenho dos litigantes, no último recurso que é possível na sistemática brasileira, instituído e garantido pela Constituição Federal, exatamente para o mais alto órgão do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal.

**62.** A execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados. É o momento em que o vencedor deve conseguir a concretização do direito que lhe foi assegurado e, portanto, em que o vencido se encontra na situação de sofrer o peso da condenação (ou, nas ações declaratórias ou constitutivas, ao menos dos encargos processuais, desde que, nas mesmas, não há verdadeira condenação). Mais do que nunca, portanto, o juiz deverá ser armado de poderes para obstar as atitudes de improbidade do devedor, sempre o mais interessado em adiar o final da execução. Por isso, o Código insculpiu os seguintes dispositivos: "**Art. 599** — O juiz pode, em qualquer momento do processo: I — ordenar o comparecimento das partes; II — advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça"; "**Art. 600** — Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I — frauda a execução; II — se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III — resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV — não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução". "**Art. 601** — Se, advertido, o devedor perseverar na prática de atos definidos no artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena. **Parágrafo único** — O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios."

Antes de visar ao interesse do credor-exeqüente-vencedor, a norma tem por alvo o interesse do Poder Judiciário, consubstanciando no que for "atentatório à dignidade da justiça", cujos atos são relacionados nos incisos do art. 600, acima discriminados.

É regra sem precedente no direito comparado, pois não pode ser equiparada nem ao art. 485 do Código de Processo Civil italiano, porquanto, nesse, o objetivo não é propriamente ético, como no brasileiro, e, sim, de ordem prática, acertando o melhor modo de ser levada a cabo a execução. Em outra oportunidade, comentando o Código, já afirmamos: "Normalmente, é o devedor que tem interesse em procrastinar a execução ou colocar embaraço ao seu andamento e a seu término. Mas o

credor também poderá prejudicar o processo, tanto que o art. 620 previne a hipótese de o credor escolher modo mais gravoso, o que deverá ser evitado pelo juiz. O dispositivo, portanto, procurou configurar a hipótese mais comum e mais normal, porque seria difícil conciliar regras que abrangessem as duas partes: credor e devedor, pela posição antagônica de cada um" (ALCIDES M. LIMA). Enquanto, porém, subsistir o texto, nenhuma pena pode ser aplicada ao credor, com base no art. 601, mas, apenas, como **improbis litigator, ex vi** dos arts. 14 a 17. A regra lembra dispositivo do Projeto do Código de Processo Civil do Uruguai elaborado em 1943, por EDUARDO COUTURE, e que, até hoje, não foi transformado em texto definitivo (HENRIQUE VESCOVI), no item 7 sobre "Principio de la Probidad", no qual aparece a mesma expressão "cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia". Não confiamos muito na aplicabilidade da sanção do art. 601, conforme antes pessimistamente externamos nosso ponto de vista: "Temos a impressão de que, na realidade, o dispositivo se tornará letra morta, porque muito exigiu (**omissis**). Por ser tão rigoroso, é que terminará por não incidir. Quis atingir tanto o devedor, que, paradoxalmente, o deixará livre..." (ALCIDES M. LIMA).

O problema é para os juízes, pois a norma existe e, se for preciso, deverá ser aplicada. O legislador a prescreveu nimbada de propósitos éticos, embora de difícil verificação do ato desonesto pelo devedor e de difícil aferição pelos juízes. Por isso, alhures, advertimos: "Não temos, assim, muita fé no êxito pretendido pelo legislador, no sentido de coibir o abuso do direito de defesa na execução por parte do devedor. De qualquer maneira, valerá como a espada de Dâmocles sobre a cabeça do devedor. O legislador cumpriu sua missão; cumpram, agora, os juízes a sua, se puderem" (ALCIDES M. LIMA).

63. Ainda dentro da execução, o Código acolheu, de modo preciso, a medida que corresponde às "astreintes": "Art. 644 — Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária, por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz. Art. 645 — A condenação da pena pecuniária deverá constar na sentença que julgou a lide". É evidente o alcance: impedir que, nas obrigações infungíveis, por contrato ou por lei, o devedor não a satisfaça, no tempo e no modo adequados. A multa prevista não se confunde com as perdas e danos, pois essas não podem exceder o valor da obrigação não prestada, e a coação que emana das "astreintes" é "casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma" (COUTURE). O legislador apenas errou em exigir que a condenação na pena deva constar da sentença exequenda. Ora, as futuras atitudes do devedor podem não ser previstas no processo de conhecimento e, sim, surgirem na execução. Por conseguinte, melhor fora estatuir aquele momento apenas como regra geral, mas dando possibilidade de, se não estiver fixada sanção, cominada na execução, conforme seja o comportamento dele. O "bom" réu pode tornar-se um "mau" devedor na execução, ao aproximar-se o instante fatal em que terá de cumprir a obrigação a que foi condenado. Se bem que as "astreintes" tenham caráter econômico, o seu alvo é ético, por ser meio coativo contra os atos de protelação do devedor, bur-

lando a finalidade da justiça antes de atentar contra os direitos do credor-exeqüente, como adversário. É o prestígio da justiça que está em jogo, pois se trata de assegurar aquilo que seus órgãos julgaram a favor do credor-exeqüente. O sentido, assim, é duplamente moral: resguarda a autoridade do Estado e protege os direitos subjetivos do credor.

**64.** Ainda podemos apontar alguns casos em que é nítida a preocupação do legislador em colocar óbices a atitudes incorretas das partes, para prejudicar ou dificultar os direitos do adversário e, igualmente, desrespeitar o próprio Poder Judiciário, envolvido por manobras espúrias do "improbis litigator". Entre esses, embora outros haja em leis extravagantes, que refogem ao tema específico deste estudo, servem de exemplos dentro do Código os seguintes:

**Processo cautelar** — A medida cessa "se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806", isto é, em 30 dias de sua efetivação; ou "se não for executada dentro de trinta (30) dias" (art. 808, I e II), e, conseqüentemente, o requerente "responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida", e cuja "indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar" (art. 811 e parágrafo único). Com tal precaução e ameaça ao requerente, esse não poderá simplesmente promover a medida cautelar e, apenas para complicar o requerido, não propor a ação principal à qual aquela se acha vinculada, sem nenhuma vantagem legal, portanto, para ele próprio, de vez que o conflito de interesses permanecerá em aberto, por falta de propositura da ação principal respectiva.

**Atentado** — Trata-se de violação, a rigor, contra ato judicial, ou seja, "inovação ilegal no estado de fato" (art. 879 e incisos). É o desrespeito a uma ordem judicial em outro processo, procurando burlá-la, modificá-la, contrariá-la e, com isso, lesar os direitos do adversário que fora o beneficiado. É, sem dúvida, de suma gravidade, pois não é tanto o direito individual do outro contendor que está em jogo, mas máxime, o prestígio e a autoridade do Estado, representado pelo órgão do Poder Judiciário atingido em seu provimento. É medida tradicional, de origem remota, e que subsiste no Código, que ainda estabelece: "**Art. 881** — A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado." (Afora esta vedação, poderá haver condenação também a perdas e danos que a parte lesada "sofreu em conseqüência do atentado") — (*idem*, parágrafo único). As sanções são de duas ordens: as processuais e a de direito material.

**Ação de Consignação em Pagamento** — Se o devedor se sente compelido a ir a juízo para satisfazer ao credor, quando esse não quer receber, não seria justo que o autor ainda tivesse de arcar com o ônus dos encargos processuais (custas e honorários), se o réu resolvesse aceitar o pagamento, sem discutir. Tal fato revela que a recusa fora sem motivos, apenas para causar dano ao devedor, pois, em caso contrário, o credor não receberia e contestaria, alegando porque se opusera ao pagamento espontâneo.



Como pena à atitude de capricho ou de emulação do réu-credor, demonstrando a inutilidade da ação proposta pelo autor-devedor, é imposta àquele o ressarcimento das despesas com a ação, pois o juiz "declarará extinta a obrigação e condenará o réu no pagamento das custas e honorários advocatícios" (art. 897). Embora a doutrina e a jurisprudência, no regime do Código de 1939, fossem preponderantes conforme a diretriz atual, inexistia norma expressa a respeito, mas que passou a ser consagrada presentemente. É sanção, assim, pela falta de cumprimento do "dever de lealdade", revelado pela recusa sem motivo.

#### IV — CONSIDERAÇÕES FINAIS

65. O "princípio dispositivo", na sua configuração tradicional e clássica, pode dificultar o devido cumprimento do "princípio da probidade", conforme haja os interesses preponderantes das partes, na salvaguarda daquilo que possam revelar ou praticar, mas que lhes seja lesivo. Nos regimes socialistas, entretanto, "le parti **debbono dedurre in giudizio la fattispecie integrale e reale**, senza omissioni e senza reticenze oltrechè senza falsificazioni, nemmeno spressamente o tacitamente concordate" (M. CAPPELLETTI). Seus prosélitos, assim, censuram o "processo burguês", considerando que nesse "l'obbligo di verità sarebbe qualcosa di "incerto, artificioso e assolutamente inconciliabile colla costruzione" sistematica di esso stesso processo" (M. CAPPELLETTI).

66. Se, verdadeiramente, chega um momento em que é difícil regular e comprovar a atitude necessária e honesta na defesa do direito, diferenciando-a da que for ociosa e ímproba, a experiência forense tem fornecido subsídios valiosos ao legislador, que procura formular, no ordenamento positivo, regras — algumas gerais e outras particulares — abrangendo os casos mais comuns praticados pelo "improbis litigator". A principal fonte, portanto, para essa criação legal é a jurisprudência, com sua observação direta, sobre a vida. Sempre escapam situações para estarem contidas na lei, máxime porque, infelizmente, o mal é fértil em sua exteriorização, sendo praticamente impossível prever todas as hipóteses. Como se trata de aplicação de pena, o intérprete pode esbarrar no velho axioma: **nulla poena sine lege...**

67. Em outra oportunidade, já sustentamos: "Por conseguinte, é necessário que os juizes tenham a agudeza de espírito, a perspicácia, o senso, para discernir entre aquilo que a parte faz, em sua defesa, por estar convencida de que é certo, e aquilo que faz por espírito de maldade e de improbidade" (ALCIDES M. LIMA). Neste assunto, dentro do processo, não se pode abstrair do elemento humano, que se torna muito importante para a solução do problema, quer quanto às partes, como, outrossim, quer quanto aos próprios juizes ou quanto aos que também venham atuar no processo, cujo resultado, legal e justo, dependerá da atuação em conjunto de todos. Na dúvida, em relação aos litigantes, preservar a defesa, para prevenir eventual injustiça, por excessivo rigor na aferição do comportamento deles, levado por exagerado escrúpulo ou susceptibilidade.

68. O fato de nosso processo reger-se pelo "princípio dispositivo", em suas linhas gerais, mesmo com as atenuações que nele têm sido in-

seridas, em consonância com as hodiernas diretrizes, não importa em diminuir ou, até, evitar a atividade repressiva dos juizes. Nem cabe, aqui, invocar o ensinamento de E. VESCOVI: "En cuanto a las formas de represión nos parece que, sin abandonar los principios fundamentales del proceso dispositivo que también sufre importante transformación y siguiendo la tendencia moderna, debemos aumentar los poderes del Juez para reprimir y sancionar las manifestaciones de conducta dolosa dentro del proceso, ya sea de las partes o sus representantes o abogados, y establecer ciertas normas generales — amenudo traduciendo jurídicamente preceptos morales — que impongan los deberes de decir verdad, de lealtad y probidad, de buena fe, y, en general, obliguen a todos los participantes del drama procesal a actuar de acuerdo a la regla moral en el proceso."

Somente assim, quando o direito é alcançado em juízo, lisa e limpidamente, como expressão da vontade do Estado e como emanção da justiça (em que pese ainda, à inevitável falibilidade humana), é que o processo atinge o clímax de seu alvo. Para ser alcançado este objetivo, tão necessário à própria estabilidade social, é imprescindível que o "princípio da probidade", em suas várias imprevisíveis modalidades, envolva todos quantos atuem em juízo, sem desvirtuar ou macular o julgamento. E isso porque "el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por cansancio al adversario que tenga razón; ha de representar un camino breve y seguro para obtener una sentencia justa y no un vericuetto interminable y peligroso para consumir al atropello" (ALCALÁ-ZAMORA).

Com esta diretriz ética, os pretórios, antes de se metamorfosearem em palco de desesperos e de angústias dos vencidos em face da conquista ímproba dos que lograram triunfar, se tornarão o refúgio sagrado das esperanças e da confiança de todos que batam às suas portas, como um dos meios perenes gerados pela civilização, que asseguram o ideal de confraternização individual e o fortalecimento das instituições fundamentais da sociedade.

#### PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto — "Proceso, Autocomposición y Autodefensa", 2ª ed., 1970.
- AMARAL SANTOS, Moacyr — "Comentários ao Código de Processo Civil", da coleção "Forense", 2ª ed., Rio de Janeiro, 1977. "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 5ª ed., São Paulo, 1977.
- ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos — "Teoria Geral do Processo", São Paulo, 1974, em colaboração com ADA P. GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO.
- ARRUDA ALVIM — "Código de Processo Comentado", I a III vols., São Paulo, 1975 a 1976.
- BARBI, Celso — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, da Coleção "Forense", Rio de Janeiro, 1975.
- BARNI, Jules — "La Morale dans la Démocratie", 2ª ed., Paris, 1885.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, da Coleção "Forense", 2ª ed., Rio de Janeiro.
- BERMUDEZ, Sérgio — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VII, da Coleção "Tribunais", São Paulo, 1974.

- CALAMANDREI, Piero — "Il processo come gloco", in **Riv. Dir. Proc. Civile**, vol. I, 1950.
- CALMON PASSOS, José Joaquim — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III, da Coleção "Forense", 2ª ed., Rio de Janeiro, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro — "La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oraltà", Milão, 1962.
- "El Proceso Civil en el Derecho Comparado", trad. castelhana, Buenos Aires, 1973.
- CARNELLUTTI, Francesco — "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. castelhana, Buenos Aires, 1974.
- CASTRO FILHO, José Olympio de — "Abuso de Direito no Processo Civil", Belo Horizonte, 1955.
- COUTURE, Eduardo — "Proyecto del Código de Procedimiento Civil", Buenos Aires, 1945.
- "Anais do Congresso Jurídico Nacional", vol. II, Porto Alegre, 1950.
- "El Deber de las Partes de Decir la Verdad", in **Estudios de Derecho Procesal Civil**, vol. III, págs. 233 a 258, Buenos Aires, 1950.
- "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3ª ed. (póstuma), Buenos Aires, 1958.
- CRESCI SOBÒ, Elicio — "Dever de Veracidade nas Partes no Novo Código de Processo Civil", São Paulo, 1975.
- CUNHA, Oscar da — "O Dolo e o Direito Judiciário", Rio de Janeiro, 1936.
- DINAMARCO, Cândido Rangel — "Teoria Geral do Processo", São Paulo, 1974, em colaboração com ADA P. GRINOVER e ARAUJO CINTRA.
- ECHANDIA, Hernando Davis — "Compendio de Derecho Procesal Civil", 5ª ed., Bogotá, 1976.
- GELSI BIDART, Adolfo — "Proceso y Regla Moral", in **Rev. de la Facultad de Derecho de México**, tomo X, 1960.
- GOLDSCHMIDT, James — "Principios Generales del Proceso", trad. espanhola, Buenos Aires, 1961.
- GRINOVER, Ada Pelegrini — "Teoria Geral do Processo", São Paulo, 1974, em colaboração com ANTONIO CARLOS ARAUJO CINTRA e CÂNDIDO R. DINAMARCO.
- GUASP, Jaime — "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", 2ª ed., Madrid, 1958.
- LAURIA TUCCI, Rogério — "Do Julgamento Conforme o Estado do Processo", São Paulo, 1975.
- LIEBMAN, Enrico Tullo — "Manuale di Diritto Processuale Civile", Milão, 1955.
- LIMA, Alcides de Mendonça — "O Dever da Verdade no Código de Processo Civil" — in **Rev. Forense**, vol. 172, Rio de Janeiro; **Rev. Fac. Dir. Univ. Fed. Pelotas**, vol. 3º, Pelotas; **Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, Montevideo, vol. 9, em homenagem à memória de EDUARDO COUTURE.
- "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VI, da Coleção "Forense", 2ª ed., 1977.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. II da Coleção "Forense", 2ª ed., Rio de Janeiro, 1977.
- NORONHA, Carlos S. — "Do Agravo do Instrumento", Rio de Janeiro, 1977.
- PALACIO, Lino Enrique — "Manual de Derecho Procesal Civil", 4ª ed., Buenos Aires, 1975.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. — "Comentários ao Código de Processo Civil", 1973 — Rio de Janeiro, 1974 a 1977.
- ROSENBERG, Leo — "Tratado de Derecho Procesal Civil", trad. castelhana da 5ª ed. alemã, Buenos Aires, 1955.
- TORNAGHI, Hélio — "Comentários ao Código de Processo Civil", vols. I e II, da coleção "Tribunais", São Paulo, 1974.
- VESCOVI, Enrique — "La Regla Moral en el Proceso Civil", Montevideo, 1959.
- "Fraude Procesal — Sus Características, Configuración Legal y Represión", in **Rev. de Estudios Procesales**, t. 2, Rosário.
- "Derecho Procesal Civil", vols. I a III, Montevideo, 1974 a 1976.

# A recente evolução jurisprudencial na interpretação da Lei n.º 4.121

ARNOLDO WALD

Professor catedrático da Faculdade de  
Direito da Universidade do Estado do  
Rio de Janeiro

1. Poucas leis mereceram tantas críticas quanto a de nº 4.121, de 1962, que, embora refletindo o consenso das aspirações sociais e jurídicas do nosso tempo, não primou pela técnica adequada. Basta lembrar que, em virtude do mencionado diploma, os frutos civis do trabalho e da indústria de cada cônjuge passaram a ser excluídos da comunhão universal (art. 263, XIII, do Código Civil com a nova redação da Lei nº 4.121) enquanto eram incluídos na comunhão parcial (item VI do art. 271 do Código Civil), ensejando uma contradição flagrante de difícil solução para a doutrina e a jurisprudência, pois a comunhão universal passou a ser menos universal do que a comunhão parcial.

2. Não foram menores as dificuldades decorrentes da interpretação do art. 3º da Lei nº 4.121, que estabeleceu que, no caso de ser o regime vigente o da comunhão universal, responderiam pelos débitos os bens particulares do cônjuge que os assumiu e os comuns até o limite da meação. O problema já existia antes, na vigência do Código Civil, em relação a determinadas obrigações, como por exemplo a fiança e a responsabilidade por ato ilícito que, *ex vi legis*, não incidiam sobre a comunhão, mas sim sobre o patrimônio do cônjuge. Mas o número de casos sendo mais restrito, a jurisprudência oscilou longo tempo entre várias soluções e o problema não tinha, então, a relevância econômica que passou a ter com o advento da lei, que regulou a situação jurídica da mulher casada.

3. No passado, três teses se afrontaram na matéria. A primeira pretendia que somente após a dissolução da sociedade conjugal poderia o credor exigir o pagamento do débito que era da responsabilidade de um só dos cônjuges, pois, na vigência da sociedade, não se poderia alterar o regime de bens. A segunda corrente admitia a execução sobre a metade da comunhão, mas não definia com clareza o regime legal dos bens que tinham sido preservados para o cônjuge, que não assumiria a obrigação ou a responsabilidade, ou seja, dos bens residuais do cônjuge não responsável. Finalmente, uma terceira orientação, liderada pelo eminente mestre do nosso direito civil, o saudoso Professor ARNOLDO

**MEDEIROS DA FONSECA**, defendia a comunicabilidade externa e a incomunicabilidade interna das obrigações. Assim sendo, em relação aos terceiros, a obrigação recairia sobre a comunidade, mas, nas relações entre os cônjuges ou seus sucessores, no momento da dissolução, os pagamentos seriam imputados ao cônjuge devedor a fim de respeitar os direitos do outro.

4. Logo após o advento da nova lei, várias tendências se firmaram nos tribunais, devendo ser salientada a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão da lavra do então Desembargador e hoje ilustre Ministro **CUNHA PEIXOTO** que adotava a lição de **Arnoldo Medeiros da Fonseca** (**Revista Forense**, vol. 202, pág. 380).

5. Posteriormente, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como a doutrina se firmaram no sentido de admitir a penhora da metade dos bens comuns, sem que tivesse havido uma definição clara do regime dos remanescentes que passaria a pertencer a um dos cônjuges após a penhora.

6. Várias decisões das diversas Turmas do Supremo Tribunal Federal pressalvaram a meação da esposa na ação executiva contraída pelo marido, inclusive quando se tratava de título de crédito decorrente de sua atividade comercial (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 64/752). As decisões frisavam que, em tais hipóteses, ao autor da ação cabia provar a existência de alguma vantagem por parte do outro cônjuge, para que pudesse recair a penhora sobre os bens do mesmo. Assim, por exemplo, em julgamento de 27-3-1973, a Primeira Turma da nossa Corte Suprema decidiu que descabia a execução de bens da mulher, no caso de aval do marido, pois o exequente não comprovara que a operação proporcionara qualquer vantagem ou proveito à família do avalista (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 65/386).

7. A partir do ano passado, sentimos uma importante evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que passou a consagrar na matéria uma presunção *juris tantum* da existência de vantagens para o outro cônjuge, atribuindo-lhe o ônus da prova da inexistência de qualquer benefício em seu favor. Essa presunção foi sendo estendida por decisões recentes que consideram toda obrigação assumida na atividade comercial do marido como envolvendo responsabilidade da mulher, só se excluindo os bens do outro meeiro no caso de aval dado por mera liberalidade, sem qualquer interesse econômico ou compensação. Essa tese que já surgira no passado em votos isolados como o do Ministro **AMARAL SANTOS** (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 65/389) está atualmente dominando ambas as Egrégias Turmas do Supremo Tribunal Federal.

8. Assim, a Primeira Turma firmou o princípio da presunção *juris tantum* em recentes acórdãos proferidos respectivamente nos RE nºs 85.085, julgado em 11-5-1976 (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 79/659) e 83.878, julgado em 28-9-1976 (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 79/984). As respectivas ementas são as seguintes:

“Mulher casada — Dívida contraída pelo marido. Presunção que visa ao benefício do casal, competindo à mulher a prova

em contrário.” (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 79/659.)

“Mulher casada. Meação. Para a sua exclusão, cabe à mulher provar que a dívida do marido não foi contraída em benefício da família.” (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 79/984.)

9. No primeiro acórdão, do qual foi relator o eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, foram invocados vários julgados da própria Primeira Turma (RE nº 81.019) e dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina (**Revista dos Tribunais**, 433/212) e de São Paulo (**Revista dos Tribunais**, 431/96), além da lição do ilustre Mestre de Processo, Ministro AMARAL SANTOS (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 65/389).

10. No RE nº 83.878, o douto Ministro Relator, Professor BILAC PINTO, esclarece no seu voto que:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se apura da ementa do RE nº 76.583, Segunda Turma, sessão de 19-9-1975, é no sentido de que, **para a exclusão da meação da mulher, CABE A ELA, EM REGRA, PROVAR QUE A DÍVIDA DO MARIDO NÃO FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA.**

Na espécie, segundo o aresto impugnado, a mulher deixou de provar que a dívida do marido não fora no interesse da família. Portanto, este acórdão não destoa de recentes julgados desta Corte.” (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 79/986.)

11. Idêntica é a posição da Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica pela decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 69.167, julgado em 7 de dezembro de 1976, (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 80/510) e do qual foi relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA. A emenda do acórdão, que reconhece estar pacífica a jurisprudência do Supremo na matéria, é a seguinte:

“É entendimento predominante na jurisprudência, na interpretação do art. 3º da Lei nº 4.121, de 27-8-1962, que a MULHER PARA EVITAR QUE A SUA MEAÇÃO SEJA ATINGIDA PELA PENHORA, DEVERÁ PROVAR, CUMPRIDAMENTE, DOIS REQUISITOS ESSENCIAIS:

a) QUE A DÍVIDA NÃO TROUXE BENEFÍCIO AO CASAL;

b) .....

(**Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 80/510.)

12. No seu bem fundamentado voto o relator acrescenta que:

“A lei de proteção à mulher casada não eliminou o regime de comunhão de bens, nem tornou obrigatória a outorga uxória

para a concessão de aval, o que condenou foi o ato de liberalidade não justificado, capaz de atingir a meação da mulher.

Ora, na espécie o que se verificou foi o que consta do acórdão recorrido, isto é, os avais foram dados pelos maridos das agravantes, para garantia de um financiamento industrial da empresa de que eram diretores e da qual tiravam o sustento próprio e de suas famílias (fls. 32/33).

Não eram assim atos de mera liberalidade fulminados pela lei e pela jurisprudência; por outro lado, considero incensurável o acórdão, quando diz (fl. 34):

.....  
"2. É entendimento predominante desta Câmara, na interpretação do art. 3º da Lei nº 4.121, de 27-8-1962, que a mulher, para evitar que a sua meação seja atingida pela penhora, deverá provar, cumpridamente, dois requisitos essenciais:

- a) que a dívida não trouxe benefício ao casal, e
- b) que o gravame atingiu, efetivamente, a sua meação.

3. E, na espécie, os dois apontados requisitos não ficaram suficientemente delineados, quanto ao primeiro, como acentua o Dr. Juiz na motivação da sentença apelada, a dívida originou-se de avais prestados a financiamento obtido pela firma da qual os executados são diretores; têm eles, portanto, interesse direto em dito financiamento e os avais, em consequência, não foram prestados por mera liberalidade; ..." (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 80/512.)

13. A tese também tem sido abraçada pelo Ministro CUNHA PEIXOTO, com outro fundamento que já defendera no Tribunal de Minas Gerais e que considera a comunhão devedora perante terceiros, devendo os cônjuges, em seguida, acertar internamente as suas posições. Neste sentido, manifestou-se o eminente Professor e jurista no excelente voto que proferiu no RE nº 70.562 (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 79/465) no qual salientou que:

"A terceira solução, para harmonizar os diversos dispositivos da lei, é a aceitável. Por ela se admite a execução sobre o patrimônio do casal, ficando, entretanto, a cargo do cônjuge que firmou a obrigação, seu ônus por ocasião da partilha. É a incomunicabilidade entre os cônjuges e a comunicabilidade com relação a terceiro.

É a lição de ARNOLDO DE MEDEIROS, em comentários ao art. 263, nº VI, do Código Civil, que exclui da comunhão as obrigações provenientes de ato ilícito:

"concluímos, pois, que a exclusão da comunhão prescrita no art. 263, nº VI, do Código Civil, quanto às obrigações provenientes de atos ilícitos, se aplica apenas às relações

entre os cônjuges e quando não há proveito para o casal, só se tornando assim efetiva por ocasião da dissolução da sociedade conjugal” (**Revista Forense**, 77/245.)

Esta solução, sobre harmonizar os diversos dispositivos do Código Civil, mais se ajusta aos princípios norteadores de nossa lei substantiva e com a realidade da vida.

Ora, entre o cônjuge e o terceiro, evidente que a cota de sacrifício deve ser debitada àquele, pois foi ele que, pelo casamento, se comprometeu a participar da vida do outro na bonança e no infortúnio.

Por outro lado, a solução contrária, sobre trazer sérios empecilhos na vida prática, principalmente quando o marido, responsável pelo sustento da família, fosse comerciante, transformaria a chefia da sociedade conjugal em chefia conjunta, obrigando a participação de ambos os cônjuges nos atos externos, o que, hoje, se repudia nas próprias sociedades comerciais.

Por outro lado, a jurisprudência tem se encaminhado no sentido de que, em princípio, e por presunção, as dívidas contraídas por um dos cônjuges visam ao benefício do casal. Para que as dívidas não atinjam o patrimônio do casal, é indispensável que se prove haverem sido contraídas em seu prejuízo.

Assim, compete à mulher, ou ao marido, conforme o caso, demonstrar que a dívida não trouxe benefício ao casal, mas, sim, prejuízo a seu patrimônio.”

14. Para outros eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, a transformação do bem comum em separado em virtude de execução decorrente de débito ou responsabilidade de um dos cônjuges seria automática e decorreria da própria Lei nº 4.121. Neste sentido, é a importante lição do Ministro RODRIGUES ALCKMIN no voto que proferiu no mesmo caso, esclarecendo que:

“Tenho que a exata interpretação do art. 3º é a que permite, desde logo, que o cônjuge que não assinou título de dívida (ainda que casado pelo regime da comunhão universal de bens) exclua da execução a sua meação no bem dela objeto. Essa meação no bem passa a ser bem de propriedade exclusiva de tal cônjuge. Não há ver, assim, possibilidade de subsequente comunicação dele, pela metade, ao outro cônjuge, como se alega, o que tornaria inútil a separação . . . Nem procede o argumento de que se alteraria, de tal forma, o regime da comunhão universal. Não se altera: antecipa-se (e a lei ordinária pode fazê-lo, sem encontrar mandamento superior algum que o impeça) a qualificação de um bem como pertencente somente a um dos cônjuges, porque o outro dispôs, a seu exclusivo benefício, de sua metade.



Reservar para o momento de desfazimento da sociedade conjugal um **acerto de contas**, em que se creditaria um dos cônjuges pelas quotas correspondentes à meação em bens de que o outro dispôs, com empenhar a sua responsabilidade exclusiva em títulos, seria dar **garantia ilusória ao primeiro e desatender** aos claros termos da lei. Aí não se diz que o cônjuge terá o direito de exigir, do outro, que lhe reponha meação de bens levados à execução. Diz a lei que a meação de um dos cônjuges nos bens comuns **não responderá** pelos títulos de dívida firmados pelo outro cônjuge. Logo, se o bem levado à execução é comum, permitir que ela abranja a meação da mulher para, quando houver o desfazimento da sociedade conjugal, tentar ela, se for ainda possível, uma compensação com receber maior porção de bens que o marido ou sucessores (se bens houver), não parece atender nem ao teor nem à finalidade da lei." (RTJ, 79/470.)

15. A atual tendência jurisprudencial do Excelso Pretório que na realidade não discrepa das decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados (*Revista dos Tribunais* 431/96 e *Revista dos Tribunais* 433/212) se reveste de especial importância no momento em que uma nova legislação sobre o divórcio pretende reacerar as ambigüidades decorrentes da Lei nº 4.121, justificando-se que a matéria seja objeto de um texto claro e inequívoco. Poderia, assim, a nova lei reconhecer expressamente que os bens comuns excluídos da penhora na execução contra um dos cônjuges passariam a ser considerados como pertencentes ao patrimônio próprio e exclusivo do outro, confirmando assim a tese do Ministro Alckmin e evitando a respeito as dúvidas que continuam a existir tanto na jurisprudência, como na doutrina. Para fins práticos, seria aconselhável que fosse averbada a decisão judicial, no registro de imóvel para o conhecimento de terceiros, dando-lhe a posição jurídica exata dos bens. Assim haveria a possibilidade de dar publicidade à natureza jurídica da propriedade no tocante aos bens comuns e aos particulares.

16. Outra inovação importante poderia consistir em incluir um artigo permitindo a modificação do regime de bens, em virtude de ação judicial e respeitados os direitos dos credores, na hipótese de má gestão dos bens comuns pelo marido ou de desordem financeira nos seus negócios. Já existe uma disposição neste sentido no Código Civil para justificar a separação do dote (arts. 308 e 309). No direito estrangeiro, a alteração do regime tem sido admitida mediante decisão judicial, em casos especificados previstos pela lei. Parece-nos que, assim, atendendo-se à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, às necessidades sociais do nosso tempo e às exigências da justiça, seria viável dar maior segurança às relações jurídicas, esclarecendo adequadamente os casos de responsabilidade da meação, o regime jurídico dos bens excluídos e a possibilidade de se alterar, em casos especiais e sob a fiscalização dos tribunais, o regime de bens, dando-se assim uma estrutura legal a situações que, no momento, dependem de interpretações controversas e ensejam divergências jurisprudenciais.

# Desenvolvimento do Direito de Autor no Brasil após a Lei n.º 5.988/73

ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Civil e Diretor  
da Faculdade de Direito da Universi-  
dade de São Paulo

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### O DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

- I – O Conselho Nacional de Direito Autoral
- II – As associações arrecadadoras
- III – O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

#### O DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO E O FUNDO DO DIREITO DE AUTOR

#### ANTOLOGIAS E COMENTÁRIOS

#### O ESTUDO DO DIREITO DE AUTOR. PUBLICAÇÕES

#### O INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITO DE AUTOR (IIDA)

### INTRODUÇÃO

Sinto-me feliz com a oportunidade que me oferece a *Revue Internationale du Droit d'Auteur* de descortinar, para os seus leitores, um panorama que sem dúvida lhes é desconhecido: o da evolução do direito de autor, num país tradi-

---

Colaboração publicada pela *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, de julho de 1977, e atualizado pelo autor para a *Revista de Informação Legislativa*.

cionalmente respeitador dos seus postulados fundamentais, que sempre se alinhou entre os primeiros signatários, no continente americano, das grandes convenções internacionais, de grande potencialidade em todos os ramos da produção e que emerge como potência internacional, com possibilidades de exercer exemplaridade no desenvolvimento da disciplina entre os países em desenvolvimento.

Começam, com efeito, finalmente, a entrar em funcionamento os órgãos estruturados pela nova lei: o Conselho Nacional de Direito de Autor e o Escritório Central de Arrecadação, sacudindo com tal violência, pela base, todas as posições assentadas, que não podia mesmo deixar de repercutir — como era necessário — num *statu quo* absolutamente incompatível com as condições atuais da sociedade e com os novos meios de comunicação do pensamento.

Embora com falhas e deficiências, a *Lei nº 5.988, de 14-12-1973*, representa sem dúvida um marco. Deveria substituir os obsoletos dispositivos do Código Civil, ainda sob a epígrafe “Da propriedade literária, científica e artística”, e de dezenas de diplomas legais que procuravam acomodá-los às conquistas do cinema, da radiodifusão e da televisão. Longe, porém, de consolidá-los para substituí-los, modernizando-os, ressalva o art. 134 “a legislação especial que com ela for compatível”, gerando sempre a incerteza de quais os dispositivos que estão e quais os que não estão mais em vigor.

Um pouco mais de ousadia e de imaginação teria, sem dúvida, tornado moldar a reforma.

Deixemos porém de recriminações e abramos nossos corações à esperança. O que interessa é acompanhar os primeiros movimentos, as tendências que revelam e as possibilidades que oferecem.

A idéia originária era muito mais ambiciosa: um verdadeiro *Código de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cujo anteprojeto, elaborado pelo ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, foi publicado no *Diário Oficial* da União de 16-6-1967, compreendia 351 artigos. (1)

Nomeada a Comissão Revisora, houve cisão de opiniões. O Presidente da mesma, antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Prof. CÂNDIDO MOTTA FILHO, ofereceu um substitutivo de 98 artigos, mantendo os critérios tradicionais, nada inovando. Os demais membros, o mesmo desembargador e o signatário destas linhas, ofereceram um projeto que procurava consubstanciar as conquistas das legislações mais modernas em 198 artigos, distribuídos em três partes: Direito do Autor, Transmissão, Defesa.

A primeira tinha três títulos: Generalidades (a obra, autoria), Atributos (direito moral e direitos patrimoniais) e Limites (duração, restrições e domínio público).

---

(1) Vide *Revista de Informação Legislativa* nº 25 (jan./mar. 1970), pág. 329.

A segunda, dois: Transmissão *causa mortis* e Transmissão *inter vivos*. Este, porém, desdobrava-se em vários capítulos relativos à cessão das diversas categorias de obras, bem como à resolução e revogação dos contratos.

A terceira, um só: Órgãos, medidas cautelares e sanções (desdobrando-se em seis capítulos, dos quais dois tratavam particularmente das sociedades de defesa dos direitos do autor e conexos e do Conselho Nacional de Direitos do Autor).

Diante do impasse criado, o Governo incumbiu de elaborar um novo projeto ao Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, então Procurador-Geral da República e hoje membro do Supremo Tribunal Federal. Pressionado pela urgência, reduziu o projeto de Código a um simples projeto de lei, que, em sua redação final, foi publicado no *Diário do Congresso Nacional*, de 28-11-1973.

Foram apresentadas 233 emendas (a primeira das quais, pelo Senador FRANCO MONTORO, retomava o Projeto BARBOSA-CHAVES), mas o prazo exíguo de 10 dias imposto aos debates não permitiu senão a aprovação de algumas poucas: as mais urgentes.

Promulgada, finalmente, a Lei nº 5.988 apresenta 134 artigos divididos em nove títulos: Disposições preliminares – Das obras intelectuais – Dos direitos do autor – Da utilização de obras intelectuais – Dos direitos conexos – Das associações de titulares de direitos do autor e dos que lhe são conexos – Do Conselho Nacional de Direito Autoral – Das sanções à violação dos direitos do autor e direitos que lhe são conexos – Disposições finais e transitórias.

## O DIREITO DE AUTOR NO BRASIL

O exercício do direito de autor, no Brasil, assenta, hoje em dia, em três elementos essenciais:

- O Conselho Nacional de Direito Autoral.
- As sociedades arrecadadoras.
- O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Examinemo-os sucessivamente.

### I. *O Conselho Nacional de Direito Autoral*

Órgão supremo, compete-lhe orientar toda a política governamental em matéria de direito de autor. É definido pela lei como “órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhe são conexos”.

Suas atribuições, especificadas como estão pelo art. 117, podem ser compendiadas em dois objetos principais:

- *no âmbito interno*, zelar pela exata aplicação das leis e pelo bom funcionamento das associações de titulares de direitos do autor e dos direitos con-

xos, com poder de intervenção e até mesmo de cassação da autorização para funcionarem, de fiscalização dessas entidades e do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição; fixação de normas para a unificação de preços, sistemas de cobrança e distribuição; gerência do Fundo de Direito Autoral; manifestação sobre conveniência de alterar as normas de direito autoral e problemas a ele concernentes;

— *no âmbito internacional*, zelar de maneira análoga pela exata aplicação dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil; manifestação sobre conveniência de alteração de normas na ordem internacional e sobre os pedidos de licenças compulsórias previstas em tratados e convenções internacionais.

Não podiam ser mais amplas, nem mais importantes, como se vê, para um país, cioso do desenvolvimento em que se lançou de corpo e alma, as atribuições de um órgão destinado a influir decididamente na política do direito autoral, isto é, naquilo que se espera seja, finalmente, um verdadeiro estímulo às forças vivas da própria nacionalidade, no que têm de mais expressivo, mais criativo e mais representativo.

Foi o Decreto nº 76.275, de 15-9-1975, que, em seus 12 artigos, organizou o Conselho, fixou-lhe a sede em Brasília e indicou dever constituir-se por cinco elementos, nomeados por três anos, renovando-se os mandatos cada dezoito meses alternadamente, por dois e por três Conselheiros, admitida a recondução uma só vez.

Decreto sem número da Presidência da República, publicado no *Diário Oficial* de 3-2-1976, pág. 1.683, nomeou o Prof. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, representante do Ministério da Educação e Cultura, presidente; o Dr. ARY SANT'ANNA ÁVILA, representante do Ministério da Justiça, e o Dr. ANTÔNIO AGUIAR FILHO, representante do Ministério do Trabalho, com mandato de três anos; o cantor ROBERTO CARLOS BRAGA e o compositor FERNANDO DA COSTA LOBO, com mandato de 18 meses. (2)

Precisava mesmo a inteira estrutura do direito de autor, no Brasil, receber uma revisão completa nas suas próprias bases, anquilosadas por vícios, defor-

---

(2) Atual composição do Conselho Nacional de Direito Autoral:

Conselheiros:

Presidente: Carlos Fernando Mathias de Souza

Adonias Aguiar Filho

Ary Sant'Anna Ávila

Fernando de Castro Lobo

Roberto Carlos Braga

Ad hoc: Noel Edmar Samways

Sérgio Filippi Sambiase

Secretário-Executivo: Fernando Paulo de Rezende Pardellas

**mações e defeitos que causam grande descrédito no âmbito interno e um lamentável desprestígio no âmbito internacional.**

Nem poderia ser melhor a orientação governamental: a situação em que se encontrava o direito de autor no País era decorrente exatamente da ausência de um órgão superior, habilitado a atender às constantes reclamações, seja por parte dos usuários, como dos próprios titulares dos direitos de autor e direitos conexos no que diz respeito à cobrança e distribuição dos proventos pecuniários.

A simples exigência da apresentação do rol completo dos associados e das peças ou composições de cada um deles melhoraria a situação, sabido como é que a maioria das associações pretende vender “pacotes” fechados, nos quais, com algumas músicas mais populares, os usuários são obrigados a ingerir maioria de peças que jamais serão executadas, obrigando os interessados a comprar outros “pacotes” de outras associações.

Mas, nas primeiras providências que tomou, o CNDA ultrapassou as balizas que lhe foram fixadas pelo Decreto nº 76.276, avançando um pouco para o território reservado aos órgãos legislativos.

A função administrativo-normativa, abstraindo-nos mesmo da circunstância de não constar da lei básica de direito de autor, só pode dizer respeito, na verdade, às regras complementares para a boa execução da lei, sempre com cega obediência aos seus mandamentos, nem sequer sonhando em preencher claros e lacunas, função que não é própria de um órgão “administrativo”, por mais “normativo” que possa pretender ser.

A missão de controle, de consulta e assistência que lhe incumbe obriga-o de maneira indiscutível, marca-o indelevelmente com a obrigação de limitar-se a traçar preceitos de mera atuação e cooperação construtiva com as associações arrecadoras de direito de autor, órgãos privados com os quais, bem ou mal, têm aqui contado autores e intérpretes para a arrecadação de seus direitos.

## II. *As associações arrecadoras*

Logo na elaboração do seu regimento interno, deixou o CNDA claro o propósito de eliminar completamente todas as associações arrecadoras, colocando-se em substituição às mesmas.

Não que sejamos contrários à fusão de todas as sociedades arrecadoras de direitos autorais num organismo único. É, ao contrário, uma tese que defendemos há vinte e cinco anos.

De há muito se reconhece que, embora sejam condenáveis os monopólios e os privilégios, o interesse público justifica às vezes a sua existência. Determinados serviços dificilmente podem ser realizados de maneira eficiente por múltiplos concessionários.

Por isso, ao mesmo passo que a Constituição Federal assegura (§ 23 do art. 153) o livre exercício de qualquer officio ou profissão, limita-o à observân-

cia das “condições de capacidade que a lei estabelecer”, usando assim o Estado de um verdadeiro poder de polícia, que se poderia enquadrar dentro de um título geral de política das profissões.

Desenvolvendo considerações que motivam nossa preferência pela sociedade única — mais do que conveniente, necessária —, fazíamos ver, em nossa obra *Direito Autoral de Radiodifusão* (São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, pág. 409) que ninguém mais se dá à discussão da constitucionalidade da Ordem dos Advogados, “órgão de seleção, defesa de disciplina da classe dos advogados em toda a República”, e que a exclusividade do exercício de certas atividades técnicas definidas em lei em proveito de certas pessoas cuja competência é igualmente reconhecida pela lei já existe para engenheiros, médicos, químicos, farmacêuticos, agrônomos, dentistas, barbeiros, construtores, radiotelegrafistas, jornalistas, enfermeiros, contadores, oficiais de náutica, conferentes de carga, práticos de barra, despachantes aduaneiros, leiloeiros, corretores de fundos públicos e muitos outros.

E concluíamos:

“Uma só sociedade, abrangendo todos os autores e compositores que a ela queiram filiar-se, nada tem de inconstitucional, é prática, viável e unicamente benéficos poderia proporcionar não só aos interessados, como ao público em geral.”

Força é convir, todavia, que a solução encontrada apresentava-se altamente lesiva não apenas às próprias associações, que, finalmente, legalmente organizadas, não podem, sem expresso texto de lei, ser sumariamente condenadas ao desaparecimento, mas, outrossim, aos autores e intérpretes, aos usuários de suas obras, ao público em geral e ao próprio Governo.

Ao se cogitar de uma reformulação dos dispositivos legais relativos a tão delicada matéria, duas alternativas são possíveis ao legislador:

— formar uma entidade autárquica incumbida de arrecadar, administrar e distribuir os direitos de autores, com todos os inconvenientes e as dificuldades decorrentes do exercício, em setor especializado, de uma atividade confiada a poucos conhecedores da matéria, tanto nos escalões de direção como nos técnicos;

— manter as associações existentes, submetendo-as, porém, a uma fiscalização rigorosa, que estas, por sua vez, proporcionariam a seus associados, por meio de contratos-tipo.

Sem coragem para tomar uma diretriz segura, deixou a Lei nº 5.988 às associações a mais ampla liberdade de organização, não aproveitando sequer a magnífica oportunidade, a pretexto de obediência ao princípio da liberdade de associação, para proibir a constituição de outras entidades do gênero.

De qualquer maneira, optou a Lei nº 5.988 pela segunda alternativa.

A própria mensagem presidencial consignava, ao remeter ao Congresso o respectivo projeto:

“Do exame desses títulos, verifica-se que o projeto considera imprescindível para a defesa dos direitos autorais a existência das associações por eles integradas, traçando-lhes os princípios básicos indispensáveis ao seu funcionamento para alcançar os objetivos a que se destinam.”

Embora salutarmente vedando pertencer o interessado a mais de uma associação da mesma natureza, o Título VI (arts. 103 a 115) regula amplamente as associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos, subordinando-as expressamente, para que possam funcionar no País, à prévia autorização do CNDA.

Indica, no art. 106, quais os elementos que os estatutos da associação devem conter, seus órgãos fundamentais, regras pertinentes ao seu bom funcionamento para, finalmente, no art. 115, determinar que organizem um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD.

O CNDA não poderia ter alterado, sem autorização legislativa prévia e expressa, semelhante orientação. Mas, na verdade, o fez, decretando a curto prazo a extinção das sociedades arrecadoras, pondo em funcionamento, a partir de 1º-1-1977, o referido Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, com a finalidade precípua de, nos termos da Resolução nº 1, arrecadar e distribuir, “em todo o território nacional, com exclusividade”, os direitos de execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais e fonogramas.

As duas palavras fatídicas *com exclusividade* contêm a condenação à morte das sociedades arrecadoras.

Exigia o art. 23, que os Estatutos do ECAD, que deveriam ser redigidos pelas próprias Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são conexos, fossem submetidos à aprovação do CNDA até 1º-11-1976.

Ainda que pudessem ser redigidos, discutidos e julgados bons dentro do prazo tão breve, seria difícil que o ECAD estivesse em condições de colocar em funcionamento o novo e enorme sistema, convocado para substituir as associações que dispõem de centenas de agentes espalhados em todo o território nacional.

Passarão os autores e artistas intérpretes por um fatal período caótico, em que os usuários deixarão de pagar as associações, proibidas como estão de arrecadar a partir de 1º-1-1977 sem que o ECAD esteja desde logo em condições de substituí-las.

Duas semanas depois da Resolução nº 1, o CNDA emanou mais outra relativa à autorização prévia das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são conexos para funcionarem. Essa resolução deixa claro que, na conformidade do art. 133, as associações deverão começar por modificar seus estatutos em função das normas fixadas pela lei.



### III. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

O anteprojeto primitivo do Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA continha a proposta da criação de um Escritório Central de Arrecadação, destinado, segundo a exposição de motivos, a ser a pedra angular do sistema no que tange à arrecadação dos proventos dos direitos de autor e conexos.

Nas discussões travadas pela Comissão Revisora, tivemos oportunidade de sustentar que semelhante escritório manteria todos os inconvenientes decorrentes da atual multiplicidade de associações: filiais a serem estabelecidas nas principais cidades, grande número de funcionários, burocracia inevitável.

Parecia-nos preferível dar ao CNDA maior soma de poderes de verificação e fiscalização das associações e incorporá-las no funcionamento do sistema. Esses princípios foram acolhidos no projeto revisto, de preferência à proposição anterior, tida como superada.

O alvitre foi, no entanto, reexumado pela Lei nº 5.988, que, depois de ter prestado homenagem, nos arts. 103 e seguintes, às associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos, decidiu em seu art. 115, que as mesmas associações organizassem, *elas próprias*, "no prazo fixado e consoante as normas a serem estabelecidas pelo CNDA, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas".

Não há, pois, senão uma interpretação possível. Cabe iniludivelmente ao Conselho estabelecer normas gerais, que às associações não resta outro remédio senão obedecer, para colimar aquela finalidade, desenvolvendo, quando muito, uma ação esclarecedora e persuasiva, de resto utilíssima, não só orientar os trabalhos, como até mesmo evitar desperdício de tempo e de esforços decorrente das frustrações de uma eventual não-aprovação futura pelo CNDA.

Em perfeita harmonia com esse critério, determinou o art. 11 do Decreto nº 76.275 que, uma vez instalado, o Conselho elaborasse o seu regimento interno, "bem como as normas relativas à constituição, funcionamento e fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição".

Vencido o prazo fixado, decorrido mesmo um lapso posterior razoável de espera, sem que nenhuma das associações existentes manifestasse o menor propósito de colaborar, ou não tivesse conseguido fazê-lo, apesar de sua boa vontade, então sim, com razoabilidade, poderia o CNDA, suprindo-lhes a falta, chamar a si o encargo.

Longe de assumir semelhante posição, baixou desde logo uma série de resoluções que tinham o ECAD como definitivamente constituído.

A matéria é da maior importância e gravidade, ponto de partida para todo o desenvolvimento do direito de autor no Brasil.

Ou se admitia o ECAD como devidamente constituído, diante dos textos lembrados (quando menos seja, para pleitear o reconhecimento da sua ilegalidade), ou convinha-se em que ainda não se personalizou, para exigir-se a revogação da Resolução nº 1 em todos os tópicos que não possibilitam às próprias

associações a oportunidade de se organizarem segundo os princípios traçados pela Lei nº 5.988.

Tivemos oportunidade, a pedido da SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), de emanar parecer a propósito da situação, que, juntamente com o de outros eminentes colegas, alicerçou pedidos de mandado de segurança em que fundamentalmente ela e as demais associações interessadas pediam a revogação da Resolução nº 1.

Tendo o Tribunal Federal de Recursos acolhido em parte o pedido, o Conselho Nacional de Direito Autoral, através da Resolução nº 6, de 25-11-1976, revogou o art. 5º da Resolução nº 1, que determinava fosse o ECAD administrado por uma Comissão Executiva de cinco membros, dos quais três (inclusive o superintendente e o secretário-administrativo) seriam designados pelo presidente do CNDA e dois somente pelas associações integrantes do ECAD.

Prorrogou ainda para o dia 13-12-1976 o prazo fixado até 1-11-1976 para que os Estatutos do ECAD fossem submetidos à aprovação do CNDA.

Foi uma saída honrosa para ambas as partes: para o Conselho, que terá sentido mais próxima a vigilância da Justiça; para as sociedades, que, na firmeza da orientação do Conselho, terão percebido ter chegado o momento do saneamento definitivo do ambiente da cobrança dos pequenos direitos e que era necessário submeter-se de bom grado a uma fiscalização rigorosa de seus estatutos, de sua direção e de seus repertórios, bem como submeter a processo de computação eletrônica a aplicação de todas as quantias arrecadadas, e até mesmo, dos contratos de cessão de direitos, o que será, sem dúvida, altamente positivo, justificando a revolução que se opera com a criação do Conselho.

Instaura-se, assim, definitivamente em nosso País o sistema há tanto tempo em uso de arrecadação e distribuição dos direitos autorais por processamento eletrônico, eliminando completamente os critérios subjetivos os mais diversificados que estavam em uso e que tantas reclamações ocasionavam.

Papai Noel havia no entanto de trazer um prêmio para as associações bem comportadas, pois em data de 22-12-1976, o CNDA aprovou os estatutos do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, que lhe foram apresentados pela SICAM, a SOCIMPRO, a SBACEM e a SBAT, sociedades de direitos de autor já autorizadas a funcionar. Com o estatuto aprovado, estas sociedades deviam, até o dia 1º de janeiro seguinte, instalar o escritório em Brasília e nomear os membros que deveriam integrá-lo.

Cumpriu, assim, o CNDA os prazos que havia fixado para a definição das normas legais que permitissem o início de funcionamento do ECAD em 1977. O ano de 1976 foi, sem dúvida, produtivo para o CNDA: regulamentou o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, disciplinou o registro da obra intelectual, estruturou o fundo de direito autoral, baixou normas para a unificação de preços e sistemas de arrecadação e distribuição, além de, entre outras iniciativas, haver examinado os processos de autorização para funcionamento de sociedades de direitos do autor e de constituição do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Outra resolução, de 24-12-1976, fixou as percentagens de dedução da arrecadação de direitos autorais.

Para a manutenção do ECAD, os descontos seriam, no primeiro trimestre de 1977, de 30%, no segundo, de 25% e no terceiro, de 20%, e, a partir de 1º de outubro, de 15%.

Para o funcionamento das associações, os descontos seriam de 5% no primeiro semestre de 1977 e de 3% a partir de 1º-7-1977, devendo ser recolhido ao fundo de direito autoral o percentual que seria destinado às associações que não foram autorizadas a funcionar.

Medir-se-á a importância do passo decisivo que isto representa para a moralização almejada, sabendo-se que nada menos de 50 e até 60% das quantias arrecadadas eram dispendidas pelas associações, sempre em luta com a deficiência de pessoal e as grandes extensões territoriais a serem fiscalizadas.

Uma outra resolução fixou as bases de uma uniformização das tarifas e do sistema de cobrança e distribuição dos direitos, inclusive os relativos à radiodifusão e projeção cinematográfica.

Na fixação dos preços dos direitos autorais, os usuários serão classificados em grupos, tipos, níveis e regiões, em função da natureza de sua atividade, de sua capacidade financeira, das regiões sócio-econômicas às quais pertencem.

A distribuição deve ser feita de acordo com o número efetivo de execuções das obras, ou, quando impossível, adotados critérios de amostragem.

Os direitos devidos pelas emissoras de rádio e televisão serão calculados sobre a receita bruta faturada aos anunciantes proveniente das execuções musicais e de fonogramas.

Facilmente se poderão calcular as críticas, reclamações e resistências que o sistema vai provocar por parte de certos meios interessados na manutenção de uma situação que lhes convinha, mas incompatível com o progresso cultural. Oxalá num setor tão importante e no momento histórico, destinado a transpor uma nova etapa nesta evolução do direito de autor no Brasil até agora apenas teoricamente delineada pela Lei nº 5.988, possa o Conselho, com a altanaria decorrente das altas atribuições que lhe foram conferidas, mas, ao mesmo tempo, disposto a receber de boa mente as observações que lhe forem endereçadas, encontrar o caminho que permita ao direito de autor alcançar suas verdadeiras finalidades.

## O DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO E O FUNDO DO DIREITO DE AUTOR

É outro assunto de importância fundamental.

O Projeto BARBOSA-CHAVES oferecia uma proposição que, com insignificantes alterações, foi aproveitada no art. 48 da lei, que declara pertencerem ao domínio público:

- as obras cujo prazo de proteção aos direitos patrimoniais expirou;
- as de autores falecidos sem sucessores;
- as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;

— as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil e que não confirmem aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores das obras publicadas em seu território.

O art. 93 (calcado no art. 60 daquele projeto) dispõe, por sua vez, que a utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do CNDA. (8)

Se a utilização visar lucro, deverá ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra se foi protegida, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

O art. 119, finalmente, instituiu o Fundo de Direito Autoral, que tem por finalidade estimular a criação de obras intelectuais, auxiliar órgãos de assistência social das associações e sindicatos de autores e intérpretes, publicar obras de autores novos, custear as despesas do CNDA, bem como o funcionamento do Museu do mesmo Conselho.

A matéria foi objeto da Resolução nº 4, de 17-8-1976, que faz depender de uma autorização expressa do CNDA não só a utilização das obras intelectuais

- (3) Em 16 de março de 1977, o Senador Luiz Viana apresentou projeto, suprimindo o art. 93 e seu parágrafo único da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

A proposição foi aprovada pelo Senado, recebendo o seguinte Parecer da Comissão de Redação:

**PARECER N.º 612, DE 1978**

**Comissão de Redação**

**Redação final do Projeto de Lei do Senado n.º 22, de 1977**

**Relator: Senador Dirceu Cardoso**

A Comissão apresenta a redação final do Projeto de Lei do Senado n.º 22, de 1977, que suprime o artigo 93, e o parágrafo único da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, esclarecendo que, em decorrência da revogação prevista no projeto, deverá também ser suprimido do texto da lei, o inciso I do artigo 120, que a ele faz referência. Nesse sentido a Comissão de Redação, no texto oferecido, faz a necessária alteração.

Sala das Comissões, 28 de setembro de 1978. — Adalberto Sena, Presidente — Dirceu Cardoso, Relator — Jarbas Passarinho.

**ANEXO AO PARECER N.º 612, DE 1978**

**Redação final do Projeto de Lei do Senado n.º 22, de 1977**

**Revoga o artigo 93 e o inciso I do artigo 120 da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.**

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º São revogados o artigo 93 e o inciso I do artigo 120 da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Publicado no DCN (Seção II) de 29-9-78.

nacionais e estrangeiras caídas em domínio público, como também a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração dessas obras. Objetivando lucro, deverá o requerente esclarecer, em formulário específico, quais os trabalhos que pretende executar.

A resolução fixa da seguinte maneira o montante das retribuições (que, nos termos do art. 93 da lei, devem representar 50% do que caberia ao autor no caso de utilização de uma obra protegida):

I — publicação de livros, obras musicais e gravuras de obras plásticas, para finalidades não didáticas, 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda ao público;

II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional;

III — representação pública em recintos com cobrança de ingressos, 5% (cinco por cento) sobre o total da arrecadação, e, quando num mesmo espetáculo houver obras que não pertençam ao domínio público, o recolhimento será proporcional ao programa apresentado de acordo com a frequência observada.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% (dez por cento) que caberiam ao autor serão considerados:

- a) para as hipóteses do item I supra, 1% (um por cento) sobre o preço de venda ao público;
- b) para as do item II, 0,84% (zero vírgula oitenta e quatro por cento) sobre o preço de venda;
- c) para as hipóteses do item III, 1% (um por cento) sobre o total da arrecadação.

O disposto aplica-se às reproduções e apresentações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 11) e os editores ou os produtores que pretendam utilizar obra do domínio público são obrigados a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

Pela primeira vez enfrenta o Brasil o problema das obras em regime de domínio público remunerado, que tanta controvérsia tem levantado nos países que tentaram sua aplicação. A matéria não é regulamentada nas grandes convenções internacionais, e parece chegado o momento para que comece a ser considerada a necessidade de fixar alguns princípios a respeito, atendendo ao vulto das obras estrangeiras que podem ser aproveitadas. Cumpre, em todo caso, lembrar a distinção fundamental que existe entre a obra caída em domínio público e a sua tradução, que por sua vez pode ser protegida. O que não impede, frente à lei brasileira, que outras traduções, sem aproveitamento de qualquer elemento das já existentes, possam ser levadas a efeito, recaindo assim sob a regulamentação do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Editores e gravadores terão, pois, que se adaptar aos novos critérios, o que terá, parece, o resultado altamente positivo de evitar, ou, pelo menos, de diminuir o perigo de ver obras publicadas ou traduzidas estabelecerem concorrência entre si.

Muita celeuma tem sido levantada a respeito dessa resolução. Não percebo nela qualquer ilegalidade ou qualquer afronta às Convenções Internacionais. Nem vejo por que não possa o CNDA cobrar pela concessão de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira. Paralelamente, ninguém poderá se opor a que obras brasileiras caídas em domínio público sejam publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

O art. V da Convenção de Berna garante aos autores dos países unionistas os mesmos direitos que os concedidos aos autores nacionais, direitos esses, em virtude do art. VII, alínea 1, compreendendo a vida do autor e 50 anos depois da sua morte.

Passado esse período, as obras caem em domínio público, sob reserva das disposições do art. 6º, *bis*, relativas ao direito moral.

Além disso, o art. XVIII, alínea 1, ressalva aplicar-se a convenção a todas as obras que não tenham caído ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.

Daí se deduz que a alusão que faz a resolução citada às convenções especiais já celebradas ou a celebrar confirma a conveniência que apresentaria, em matéria de domínio público remunerado, uma regulamentação internacional.

## ANTOLOGIAS E COMENTARIOS

No âmbito judiciário, a decisão mais importante nestes últimos anos foi relativa às antologias.

O art. 666, nº I, do Código Civil não considerava ofensa aos direitos de autor “a reprodução de passagens ou trechos de obras publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja, compilação destinada a fim literário, didático ou religioso, indicando-se, porém, a origem, de onde se tomaram os excertos, bem como o nome dos autores”.

Com base nesse dispositivo (reproduzido de resto mais resumidamente no art. 49, I, *a*, da Lei nº 5.988), o poeta CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE e o romancista AUTRAN DOURADO propuseram ação de indenização contra a empresa Bloch Editores que — sem autorização, mas de inteira boa fé, pois confiara, quanto à legalidade editorial dos trabalhos, nos compiladores —, reproduzira trechos de obras de ambos.

A circunstância de não acompanhar dita publicação qualquer comentário dos compiladores quanto ao estilo dos autores, quanto às suas imagens, ou quanto à técnica, levou os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal à conclusão, em data de 30-11-1976, de que não podia ser aceita a defesa da editora baseada no cunho didático do livro, reformando, assim, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

O mais interessante é o aspecto constitucional assumido pela questão. Com efeito, o art. 153, § 25, da Constituição de 1969 assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, autores de obras literárias, artísticas e científicas, o direito exclusivo de *utilizá-las*, direito esse transmissível por herança pelo tempo que a lei fixar.

O emprego da palavra grifada, substituindo a expressão *reproduzi-las*, constante do texto correspondente da Constituição de 1946, de âmbito evidentemente mais restrito, assinala uma evolução importante.

O Ministro BILAC PINTO, em longo e erudito voto em que estabelece comparação entre os dispositivos da lei brasileira e os dos principais países do mundo, chegou à conclusão de que a norma do Código Civil estava revogada: sempre que houver reprodução de obra literária, terá direito o autor a indenização.

Os modernos e variados meios de comunicação, como a televisão, o computador e o cinema haviam agravado consideravelmente o problema da autoria das obras de criação intelectual e seu amparo. Como não podia deixar de ser, o direito procura acelerar a sua evolução, para ficar em condição de assegurar a proteção do autor. Invocou, a título de exemplo, as legislações da França, da Grã-Bretanha e da Alemanha Federal.

Foi o ponto de vista que prevaleceu por três votos contra um, sem embargo de não estar concluído o julgamento em virtude de pedido de vista formulado pelo Presidente da Turma, Ministro ELOY DA ROCHA: a vitória dos antologiadors, condenada a editora a pagar Cr\$ 30.000,00 aos dois escritores.

Embora a quantia seja irrisória, tem uma grande significação moral, principalmente no momento em que a literatura brasileira, vencendo a barreira decorrente da pouca divulgação da língua portuguesa e da dificuldade de encontrar tradutores idôneos, começa a ser mais amplamente divulgada no estrangeiro.

Implicando o acórdão do Supremo a revogação do mencionado inciso do Código Civil, terá que ser tal fato proclamado pelo Senado Federal e não poderá deixar de ter reflexos também no texto atual da Lei nº 5.988.

## O ESTUDO DO DIREITO DE AUTOR. PUBLICAÇÕES

O interesse despertado por algumas aulas de Direito de Autor que ministrei no ano de 1970, no Curso de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ocasionou a criação de uma cadeira de Direito de Autor

em nível de pós-graduação, que venho ministrando desde 1973, em dois semestres.

Isto permitiu a formação de vários especialistas, alguns dos quais defenderam teses do maior interesse: WALTER MORAIS, *Artistas Intérpretes e Executantes*, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, 341 páginas; FABIO DE MATTIA, *O Autor e o Editor na Obra Gráfica. Direitos e Deveres*, Saraiva, 1975, 396 páginas (publicou também *Estudos de Direito de Autor*, pela mesma editora, 1975, 112 páginas); CARLOS ALBERTO BITTAR, *O Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, 172 páginas, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.

Fora desse ambiente, merecem ainda referência as seguintes monografias: HERMANO DUVAL, *A Publicidade e a Lei*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, 170 páginas; BRUNO JORGE HAMMES, *Elementos Básicos do Direito de Autor Brasileiro*, S. Leopoldo, Unisinos, 1976, 289 páginas; e uma *Consolidação das Normas de Direito de Autor*, de autoria do advogado da SICAM, HERCOLES TECINO SANCHES, São Paulo, SICAM, 1973.

### O INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITO DE AUTOR (IIDA)

Por iniciativa de NATALIO CHEDIK, bem conhecido internacionalmente, durante a XVIII Conferência da Federação Interamericana de Advogados (FIA), celebrada no Rio de Janeiro, em agosto de 1973, foi criado o Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA), que, em homenagem ao fato de ter sido a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a primeira a ministrar um curso da matéria, escolheu-a como sede do novo Instituto, outorgando a mim a desmedida honra de sua presidência.

O IIDA, associação internacional de caráter privado e sem fim lucrativo, cujo objetivo é incrementar o estudo e o progresso dos direitos de autor nas Américas, coordenando os esforços de especialistas e de entidades desejosas de contribuir para a defesa mais eficaz dessas prerrogativas, adquiriu personalidade jurídica em 17-4-1974, data em que seus estatutos foram registrados sob nº 58.702, no Cartório Medeiros, em São Paulo.

Vencendo dificuldades econômicas, tem promovido, em obediência ao que determinam seus estatutos, ou participado de numerosas atividades.

Assim, *no âmbito internacional*, no ano de 1974, participou, no mês de outubro, do Seminário Interamericano de Direito de Autor, celebrado em Quito, onde apresentamos uma tese sobre Direitos dos Artistas Intérpretes e Executantes, e tomamos parte nas discussões de dois projetos de lei equatoriana, de que participaram também representantes da Argentina, do México, do Equador, da Venezuela e do Paraguai. Em suas linhas gerais, foram aceitas as diretrizes do Projeto BARBOSA-CHAVES, um exemplar do qual foi deixado em mãos do relator, o licenciado RAMÓN OBÓN LEÓN, do México.

Pouco tempo depois, ao Seminário Latino-Americano sobre Direito de Autor, promovido pelo Centro Regional para o Fomento do Livro na América Latina, da UNESCO, comandado por ARCADIO PLAZAS, comparecemos, eu, que fiz uma exposição sobre "O Desafio da Reprografia à Proteção do Direito de Autor", HERMANO DUVAL, apresentando "Contrato de Cessão, de Licença e



de Edição no Direito Internacional Privado”, e FABIO DE MATTIA, “Direito de Sequêla nas Obras Intelectuais”.

Em outubro de 1975, ao Seminário Latino-Americano sobre Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão, patrocinado pelo governo mexicano, UNESCO, BIT e OMPI, compareceu WALTER MORAIS, expondo com sucesso as conclusões de sua tese sobre *Direitos dos Artistas Intérpretes e Executantes*.

Merece ser assinalado também o trabalho de divulgação do direito de autor desenvolvido por FRANCISCO PONCE ESCALANTE, representante na América Central do IIDA, em El Salvador.

No âmbito interno, o IIDA realizou, no mês de março de 1976, uma série de palestras sobre direito de autor nas obras arquitetônicas, na sede do Sindicato dos Arquitetos, em São Paulo, e outra série de dez conferências, sob os auspícios da Universidade da Paraíba, em João Pessoa.

No mês de agosto, no III Salão de Humor de Piracicaba, fizemos uma exposição sobre “O Direito de Autor do Cartunista e do Desenhista em Quadri-nhos”, daí resultando, pelos 500 participantes, a decisão de formarem a Associação Paulista do Artista Gráfico, vinculado a publicações culturais e periódicas, e na III Semana de Estudos de Editoração, junto à IV Bienal do Livro, fizemos uma exposição sobre a “Proteção Legal do Autor e do Editor”, com vistas principalmente ao problema das apostilas, da reprografia e de outras produções não autorizadas.

No mês de setembro de 1976, o IIDA promoveu, em Brasília, seu III Ciclo de Estudos Autorais, proporcionando aos participantes um verdadeiro curso de direito de autor, com duração de 30 horas, dando-lhes direito de obterem um certificado de frequência com título de extensão universitária. Houve participação de eminentes autoraisistas dos Estados Unidos, da Argentina, da Venezuela e do México.

De 5 a 10 de junho de 1977 realizaram-se em São Paulo, promovidos pelo IIDA, sob os auspícios da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), a Primeira Conferência Continental de Direito Autoral e o 1º Congresso Brasileiro de Direito Autoral.

Tendo como tema geral *O Direito Autoral nas Américas*, foram desenvolvidos os seguintes painéis: A Atuação das Organizações Internacionais; Diretrizes para o Desenvolvimento do Direito Autoral nas Américas; Repressão Penal e Civil às Violações de Direitos Autorais; Sistemas de Remuneração e Arrecadação de Direitos Autorais — A Realidade Brasileira e Internacional; Proteção à Arte Aplicada; Reprografia; Direitos Conexos; O Domínio Público Remunerado e o Problema Editorial Brasileiro, com participação de representantes da OMPI, da UNESCO, do México, Argentina, Colômbia, Chile, Bolívia e Estados Unidos da América.

Finalmente, o IIDA recebeu do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso (IPEAC) solicitação, provocada pelo Senador FRANCO MONTORO, de uma pesquisa sobre a legislação autoral não revogada pela Lei nº 5.988, decidindo, então, realizar uma consolidação de todas as disposições em vigor, tarefa para a qual solicitou o prazo de um ano.

## Reverendo a legislação previdenciária

SULLY ALVES DE SOUZA

Da dinâmica atualmente imposta à programação previdenciária decorre a sua permanente atualização.

Ultimamente, ao mesmo tempo que aparecem novos dispositivos legais ou regulamentares, outros já se encontram em elaboração, fruto de incessante revisão de normas e reavaliação de conceitos e procedimentos.

Sabe-se, por exemplo, dos estudos que agora estão sendo feitos sobre o novo contencioso previdenciário e sobre a maior abrangência, inclusive em relação aos Estados-membros, do regime geral executado pelo INPS.

A guisa de colaboração nesses estudos, apresentamos a seguir alguns comentários sobre determinados pontos da legislação previdenciária que, a nosso ver, merecem reexame.

As referências serão feitas à CLPS, salvo quando se tratar de dispositivo não consolidado.

## A FINALIDADE BÁSICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NA PARTE DE BENEFÍCIOS

Parece aconselhável que se modifique a referência (art. 1º da CLPS, reproduzindo a expressão da lei) “aos meios indispensáveis de manutenção”, como finalidade básica do regime, a qual não corresponde à realidade.

Com efeito, enquanto os segurados da previdência urbana, que percebem até 10 salários mínimos, estão garantidos por benefícios de valor semelhante ao do salário, os que percebem salário maior do que aquele limite estão drasticamente cerceados pela limitação do art. 28-II, e os segurados rurais, com o seu meio salário mínimo, não chegam sequer àquele mínimo indispensável.

Tal diversidade se mostra ainda mais claramente no benefício acidentário, que mantém o salário de contribuição, e no salário-maternidade, onde este limite é superado, mantendo-se o salário real em sua integridade.

Por outro lado, o entendimento literal da expressão “meios indispensáveis de manutenção” exigiria um padrão — a ser freqüentemente revisto — semelhante ao que se pretendeu com o salário mínimo, como se sabe, de valor inteiramente defasado da realidade, por razões econômicas que nada têm a ver com a finalidade da instituição.

De duas uma: ou os “meios indispensáveis de manutenção” seriam um mínimo para o brasileiro viver, igual para todos, qualquer que fosse o seu ganho, ou seria um mínimo proporcional ao seu salário e não caberiam as atuais limitações.

No momento, a previdência brasileira não cuida nem de uma nem de outra hipótese, mas sim dos meios “admitidos”, isto é, daqueles entendidos como cabíveis dentro da possibilidade previdenciária brasileira.

## O BENEFÍCIO ACIMA DO MENOR VALOR-TETO

A Lei nº 5.890/73 elevou o teto de contribuições e de benefícios, mas o fez de maneira desconcertante.

Com efeito, enquanto o novo teto de contribuição foi exigido a partir da data da vigência da lei, os benefícios além do “menor valor-teto” passaram a ser calculados em duas parcelas, valendo a segunda delas 1/30 do salário de benefício por ano de contribuição.

Como a legislação anterior continha a contribuição no que hoje se chama “menor valor-teto”, só foram vertidas contribuições sobre o excesso a partir da lei nova, em 1973.

Conseqüentemente, a primeira fração de 1/30 só operou em 1974, e a última delas só será aplicada no ano 2003.

Não temos conhecimento atuarial que permita a crítica técnica do dispositivo, mas diversas manifestações, inclusive de entendidos de previdência, deixam ver que a fixação do acréscimo anual de 1/30 foi arbitrária, visando defender as finanças do INPS contra a possibilidade de maior desembolso a curto prazo sem o correspondente custeio.

O resultado se mostra chocante. Em 1978, quando aquela fração somente chegou a 5/30 ou seja 1/6 do excesso do “menor valor-teto”, um segurado que vem pagando a contribuição máxima, isto é, sobre o salário de contribuição de Cr\$ 28.940,00, obterá uma aposentadoria por tempo de serviço de pouco mais de 50%, ou seja, de valor aproximado de Cr\$ 16.000,00.

O Congresso bem que deu pela enorme disparidade entre a contribuição e o benefício no caso citado. A mensagem que mencionava a fração de 1/35 foi apenas amenizada, nesse ponto, pela Emenda nº 181, do Deputado João Alves, que propôs a redução para 1/30 sob o argumento de que teria sido esquecida a mulher, que se aposenta aos 30.

Assim, não logrou êxito a Emenda nº 185 do Deputado Francisco Amaral (que posteriormente à sanção da lei, apresentou projeto, também rejeitado, revogando o dispositivo), propondo a fração de 1/10, inclusive, com estes argumentos:

“... Ao que parece, nunca se legislou em nosso País com tal antecedência sem se levar em conta que, durante tantos anos, fatalmente, muito modificadas serão as condições de vida e as próprias condições sociais da atualidade...”

Também não foi acolhida a Emenda nº 187, do Deputado Osnélli Martinelli, visando o mesmo resultado.

Parece oportuno, entretanto, rever-se o assunto.

Os cinco anos que decorreram da Lei nº 5.890/73 permitem um balanço financeiro dos resultados obtidos com os novos índices de custeio, tendo-se em vista, especialmente, a “faixa de reserva” que impede o salário de benefício de encostar no salário de contribuição (diferença de 20%).

Tais resultados permitiram, aparentemente, a instituição da renda mensal vitalícia, sem contribuição.

Quanto à incidência dos grandes números, parece, que o quadro salarial brasileiro não permite, ainda, uma percentagem muito grande de trabalhadores que atinjam a segunda faixa do salário de benefício.

Assim, não estaria a previdência social fugindo às suas finalidades se reduzisse aquela fração de 1/30 para 1/20 ou mesmo 1/10, chegando a um resultado final muito aquém, ainda hoje, do valor do salário de benefício.

## O PRESIDÁRIO

Com o aumento do número de detentos que trabalham e recebem remuneração nos presídios cabe uma ponderação sobre o auxílio-reclusão.

O artigo 63 da CLPS prevê tal auxílio, como se fosse uma pensão aos dependentes, condicionado, entretanto, a que o detento "não perceba qualquer remuneração da empresa".

Ainda bem que vem sendo entendido que o presídio, na hipótese, não é uma empresa, daí não operar a condição, tanto que o dinheiro ganho não se considera salário e não sofre desconto previdenciário. Reforça-se o argumento com este outro: o trabalho não tem destinação econômica, tratando-se de terapia.

Veja-se, em primeiro lugar, que a natureza terapêutica é própria de qualquer trabalho que, além de proporcionar a subsistência, envolve uma obrigação social e uma ocupação necessária ao homem. Assim é que a falta de atividade dos aposentados preocupa os estudiosos pela marginalização que decorre da desvinculação social e pela queda psicológica decorrente da quebra do hábito laboral.

Em segundo lugar, não é verdade que o trabalho prestado nas prisões não tenha finalidade econômica. Se prestado na ajuda a serviços no próprio presídio, o Estado estará economizando mão-de-obra que, de outra forma, teria que desembolsar. Se prestado em outras atividades (normalmente, serviços de carpintaria e marcenaria, empalhamento de cadeiras etc.), elas se traduzem em produtos facilmente vendáveis.

Uma outra hipótese, até aqui não ventilada, seria a de o presidiário ser obrigado ao trabalho para pagar as despesas de sua internação...

Sabe-se que, na maioria dos casos, o dinheiro ganho pelos detentos não lhes é entregue, sendo depositado em fundo, somente liberado com a própria libertação do detento.

Assim, a renda obtida com o seu trabalho, destina-se, em verdade, a permitir melhores condições de reingresso do presidiário na sociedade, que, é sabido, recebe-o de volta com naturais restrições.

Tais rendas, portanto, não chegam à sua família, durante a prisão, o que é mais um argumento em favor da concessão do benefício.

Enquanto não se resolve, em outros termos, o problema do presidiário (por exemplo, dando-lhe tratamento previdenciário semelhante ao dado aos empregados domésticos), poder-se-ia, simplesmente tornar expresso que o direito ao auxílio-reclusão não se altera ante as rendas que o presidiário aufera por trabalho prestado na prisão. A menção, assim simples e generalizante, envolveria qualquer trabalho (com finalidade comercial ou não) e anularia qualquer possível alegação de que o presídio, no caso, não deva ser considerado empresa, mas muito ao contrário, afirmando esta posição para os efeitos previdenciários e permitindo a contribuição previdenciária do detento independentemente do auxílio-reclusão concedido aos dependentes.

### O SALÁRIO-FAMÍLIA

Parece lógico que a maior ou menor abrangência deste programa deva depender, em cada país, da respectiva política demográfica.

Ainda assim, vale observar que a previdência brasileira, adotando o limite de 14 anos, não se situa bem no confronto internacional, pois a maioria dos países condiciona a concessão deste benefício à idade-limite situada entre 15 e 18 anos (dados da publicação "Social Security throughout the world", SSA, Estados Unidos da América).

Países que têm extensão territorial semelhante à do Brasil adotam estes limites: Canadá (18), Austrália (16 e, se for estudante, 18).

Na América Latina, nos países com capacidade de expansão demográfica assemelhada ao Brasil: Argentina (15, se estudante, 18), Chile (18, se estudante, 23), Colômbia (18).

Se olharmos para países de desenvolvimento semelhante ao nosso, veremos: Espanha (18), Itália (18).

Se procurarmos países de previdência social considerada desenvolvida teremos: Nova Zelândia (16, se estudante, 18), Suécia (16, se estudante, 19).

Finalmente, dos 5 companheiros do Brasil na idade-limite de 14 anos (Romênia, Portugal, Senegal, Tunísia e Uruguai) os quatro últimos admitem a extensão, se o filho for estudante, até 24, 21, 20 e 16, respectivamente, de modo que até nesta faixa (outra idade-limite para o estudante) só o Brasil e a Romênia se omitiram.

Como não se tem adotado no Brasil, pelo menos ostensivamente, a política de restrição de natalidade, talvez ante os imensos espaços vazios ainda existentes, tudo indica haver defasagem, nesta parte, entre o programa previdenciário e a política demográfica nacional, parecen-

do cabível estender-se, inicialmente, o limite da concessão à idade de 18 anos.

O estudo — que poderia envolver também o próprio valor do benefício — permite a abordagem do problema sob o aspecto da melhoria das rendas da massa de menor salário (coincidentemente, a de maior número de filhos), ou seja, de mais um fator de distribuição de renda.

## A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR OFICIAL

O artigo 105 da CLPS prevê a realização de “seguros coletivos que tenham por fim ampliar os benefícios”.

No parágrafo único se estipula que as condições “serão estabelecidas mediante acordo entre os segurados, o INPS e as empresas e aprovados pelo Ministério”.

Em várias ocasiões, o Ministério, através de vozes autorizadas, inclusive a do próprio Ministro, tem anunciado a posição de não entrar neste campo, até aqui reservado à iniciativa das empresas.

A recente legislação sobre a previdência privada disciplinou o assunto com a divisão definida entre entidades fechadas e abertas.

Ocorrem, entretanto, circunstâncias que parecem aconselhar a participação do INPS nesse programa.

Como se sabe, à exceção dos grupos diplomáticos, policiais, fiscais e de magistratura, o regime de trabalho predominante no serviço público é o da Consolidação das Leis do Trabalho, o que importa no regime previdenciário executado pelo INPS.

Está, assim, a administração pública com o problema de disparidade de tratamento previdenciário de seus próprios servidores, conforme sejam eles estatutários ou celetistas, não só pela manutenção daqueles grupos no regime estatutário mas por nele se manterem os antigos servidores de administração direta e autárquica.

É que, além daqueles grupos, continuam no regime estatutário os antigos servidores da administração direta e autárquica e os poucos das antigas autarquias que se transformaram em fundações oficiais e que não optaram pelo regime CLT.

Convivem, assim, na administração pública os dois regimes, às vezes da mesma entidade.

Adotado o regime CLT, o antigo servidor estatutário passa a ter o Fundo de Garantia para substituir a garantia do tempo de serviço, goza das mesmas férias de 30 dias e passa a receber o 13º salário, valendo como compensação por não ter licença especial.

Mas na doença e na aposentadoria, não há compensação quando se tratar de servidor ganhando mais de 10 salários mínimos. Enquanto seu colega estatutário tem garantido, em ambas as hipóteses, o seu vencimento integral, o servidor trabalhista daquela faixa pouco receberá além desse teto, pois o cálculo do INPS tem sérias limitações.

Não se trata, pois, de igualar estatutários a celetistas, mas sim de garantir a estes, na doença e na aposentadoria, o mesmo salário da atividade.

Há, no momento, por exemplo, mais de 200 fundações criadas pelo Governo Federal, inclusive as de caráter universitário, órgãos públicos pela destinação, fiscalização e origem de recursos, sendo poucas as que têm previdência complementar.

Entidades desse tipo, que estiverem organizadas para prestar serviços (pesquisas encomendadas ou trabalhos especiais), talvez possam obter verbas que permitam a implantação da previdência complementar, a única permitida às entidades fechadas. Mas ainda assim, é preciso que tais verbas tenham volume suficiente para o suporte de programas previdenciários razoáveis.

Normalmente, sem tais recursos, a previdência não poderá ser tomada. E não se sabe se a União admitirá dotação com essa finalidade.

Este é apenas um exemplo a demonstrar que parece necessário implantar-se, ao lado da previdência privada, a previdência complementar para os órgãos oficiais que não tenham condição de implantá-la. A começar, aliás, pelos próprios servidores celetistas do INPS, onde ocorre o problema.

Não seria uma interferência no sistema, em termos de execução, mas sim a presença oficial naqueles pontos da administração pública (é claro que as fundações oficiais aí devem ser incluídas) que, pelas razões expostas, estão à margem dela.

Na prática, o INPS, dando vida ao artigo 105 da CLPS, poderia estabelecer um programa de complementação de benefícios (auxílio-doença e aposentadoria) com a participação de segurados e empregadores em bases técnicas calcadas na sua imensa experiência no ramo.

Sem esta previdência e sem a concessão de verbas destinadas à previdência complementar, para as entidades oficiais que não tenham condições de implantá-la, brevemente o Governo estará com um sério problema entre os servidores celetistas de salários acima de 10 salários mínimos, ante a defasagem — que aumenta com o valor do salário — entre este e a renda da inatividade.



## A SUSPENSÃO, PELO INPS, DE BENEFÍCIO CONSIDERADO ILEGAL

O artigo 211 da CLPS, reproduzindo norma do artigo 14, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 72/66 (com a redação dada pela Lei nº 5.890/73), dispõe no sentido de que o INPS, convencido da ilegalidade de um benefício concedido, pode suspendê-lo.

Em seguida, se sobre ele houver decisão originária da JRPS, submeterá o processo ao CRPS. Se não houver, abrirá ao interessado o prazo para recurso à Junta.

Quanto a esta última parte, ainda se pode admitir o procedimento. Com efeito, sem qualquer procedimento contencioso anterior, o próprio INPS, que concedeu o benefício, dá pelo seu engano e o nega. Ao suspender a concessão e abrir o prazo para o recurso à Junta (que só pode ser o de 30 dias) estará dada a oportunidade ao segurado para defender a licitude da concessão.

Isso, é claro, se o INPS, na comunicação ao segurado, bem esclarecer as razões da suspensão.

A outra hipótese, entretanto, merece ser reformulada.

Um benefício que já tenha sido objeto de exame pela Junta não pode ser suspenso arbitrariamente pelo INPS, sob alegação de ilegalidade de concessão, pois assim estará a autarquia previdenciária sustentando, a seu único critério, os efeitos da decisão da Junta.

Com esta permissão, amesquinha-se o contencioso administrativo previdenciário, quando, ao contrário, o seu fortalecimento parece ser uma das metas do Ministério, como se vê da restrição recente à advocacia ministerial e dos estudos que visam à reformulação do processo administrativo previdenciário em moldes assemelhados ao trabalhista.

Por outro lado, a revisão direta pelo CRPS prejudica o segurado, que não apresenta razões de recorrido e, normalmente, não tem condições de assistir ao julgamento.

Outro aspecto importante é o da cessação abrupta do pagamento do benefício, providência tanto mais séria quanto o caso deve ser submetido a outra instância administrativa.

Uma sugestão para o caso, com a conseqüente alteração legal: sem interromper os pagamentos, o INPS — ante os novos elementos colhidos — pediria à própria Junta a revisão do julgado. Aparentes vantagens: a) maior rapidez de decisão na primeira instância; b) a JRPS abriria vista para contra-razões; c) o INPS e o interessado teriam oportunidade de participar da sessão de julgamento.

# Fusões e incorporações de empresas

OTTO GIL

Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes

O estudo da matéria jurídica respeitante à fusão de Sociedades, em sentido genérico, é por demais amplo, pois compreende, além da fusão *típica*, o estudo das sociedades coligadas, o do agrupamento de empresas e das conglomeradas, talqualmente das "Holdings", dos "Trusts", dos "Cartels", a serem explicitados nos verbetes pertinentes a essas matérias.

Examinaremos, aqui, ao propósito de fusão, as sociedades *multinacionais*, que constituem, hoje, uma séria preocupação de economistas e de juristas, como se verificou na IV Conferência Nacional de Advogados, realizada em São Paulo, em 1971, onde foi adversado o tema "Contribuição das Sociedades Plurinacionais para o Desenvolvimento Econômico e sua Disciplina Jurídica", a cargo do Dr. JOÃO PEDRO GOUVÊA VIEIRA.

Afastaremos, no trato da  *fusão* , os aspectos econômicos que decorrem da fusão ou agrupamento de empresas, quando essa  *fusão*  ou esse agrupamento se configura como  *abuso do poder econômico* .

A esse aspecto aludiremos, apenas  *en passant* , nesta fase de notória preocupação econômica das fusões, dos agrupamentos e das conglomeradas, visando o estágio da macroempresa, eis que o nosso Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se reserva para, numa verificação  *a posteriori*  do fato consumado, apurar se teria havido infringência do art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Essa é, pelo menos, a orientação que se deduz de uma de suas decisões, divulgada no  *Diário Oficial*  (Seção I, Parte I) de 18 de abril de 1972, págs. 3.423/6.

Iniciaremos este estudo dando uma notícia, tão breve quanto possível, do que entendemos por  *incorporação e fusão de empresas* , para, depois, examinar os aspectos jurídicos e fiscais dessas operações que são rigorosamente distintas, embora às vezes confundidas: a  *incorporação*  e a  *fusão* , ou seja, a  *incorporação* , como  *espécie*  do gênero fusão, como já assinalava, muito ao propósito, o Mestre J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, em lição que antecedeu, de muito, a norma que foi adotada pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, que não foi de nenhum modo alterada pelas leis posteriores a esse decreto-lei, que disciplinaram a fusão das empresas, em geral, e das de Seguros e das Usinas de Açúcar, em particular (respectivamente, Decretos-Leis n.ºs 1.115, de 1970; 1.182, de 1971, e 1.186, de 1971), nem pelo mais recente diploma legislativo que regula a matéria, a Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

E, como preâmbulo, indicaremos algumas das obras, de edição recente, nas quais o problema da  *fusão*  e do  *agrupamento de empresas*  foi versado autorizadamente:

RODIÈRE –  *Groupements Commerciaux*  – Dalloz, 1971.

BERNARD SIMÉON –  *Les Fusions et Scissions de Sociétés*  (Ed. Dunod – 1971).

GUY BAUDEU ET BELLARGENT –  *Fusion de Sociétés*

*Travaux de la Faculté de Droit et Sciences Economiques de Montpellier* .

*L'Ordonnance du 23 Septembre de 1967 sur les groupements d'intérêt économique*  – Paris – 1978.

FÁBIO KONDER COMPARATO –  *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*  – São Paulo – 1970.

*Simpósio sobre Fusões e Incorporações*  – Federação Brasileira de Associação de Bancos – São Paulo – 1972.

KREKEL – van der WOERD et WOUTERSE –  *Concentración y Fusión de Empresas*  – Bilbao – 1970.

JORGE JOAQUIM LOBO –  *Grupos de Sociedades*  – Tese premiada pela OAB – Rio de Janeiro – 1977.

## DA INCORPORAÇÃO

A *incorporação* é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 227 da Lei nº 6.404, de 15-12-1976). Este *texto* reproduz, *ipsis litteris*, o do art. 152 do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, que é o da nossa precedente Lei de Sociedades por Ações.

Essa conceituação é, aliás, pacífica na nossa doutrina, eis que, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, escrevendo antes do Decreto-Lei nº 2.627/40, já fazia notar que:

“... dando-se, na *incorporação*, a transferência do patrimônio da sociedade, que desaparece, para outra, que continua, este fato não significa mais do que a *compra e venda ou cessão* de uma indústria, de um fundo de negócio.”

E acrescenta:

“... os credores mantêm todos os seus direitos em face desse ato, no qual a sociedade assume o papel de vendedora ou cedente de seu patrimônio.”

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA sugere, então, a melhor forma de se processar a incorporação, e essa forma foi adotada, em suas linhas gerais, pelo Decreto-Lei nº 2.627/40, por uma redação bem simples:

Uma das sociedades aumenta o capital; a outra decreta a sua dissolução e nomeia liquidantes, autorizando estes a subscreverem ações correspondentes àquele aumento, realizando-o com o seu patrimônio livre e desembaraçado (bens e direitos).

A Lei nº 6.404, de 1976, em vigor, nos §§ 1º, 2º e 3º do seu art. 227, diz a mesma coisa, por outras palavras:

“Art. 227 — .....

§ 1º — A assembléia-geral de companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento do capital a ser subscrito e realizado pela incorporação...

§ 3º — Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, *extingue-se a incorporada*...”

Como se vê, mesmo em face da nova disciplina legal das sociedades anônimas (Lei nº 6.404, de 1976) continua inalterada a lição da excelente doutrina de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA: “a incorporação para a sociedade anônima subsistente nada mais fez do que aumentar o seu capital. E para a sociedade absorvida é, apenas, um “modo econômico e rápido de sua liquidação” (*Tratado de Direito Comercial* — vol. IV, nº 1.378).

A nossa nova Lei de Sociedades por Ações criou um documento novo — o *Protocolo* — a ser submetido às sociedades “incorporadora” e “incorporada” (art. 227, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.404/76).

Esse *protocolo* está disciplinado no art. 224 da Lei nº 6.404/76, e tem por objeto disciplinar as *condições da incorporação*, que estão enumeradas nos incisos I a VII do mesmo art. 224, sem forma taxativa (eis que o item VII admite *outras condições* que, não, as dos incisos I a VI). São estas as dos incisos I, III, IV, V e VI:

I) número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios (que se extinguirão) . . .

III) os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a *avaliação*, e o tratamento das avaliações patrimoniais posteriores;

IV) a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V) o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI) o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação."

Deixa de ser transcrita a alínea II do art. 224 porque se refere, especificamente, aos casos de "cisão".

Os acionistas das sociedades incorporadora e incorporada, tomando conhecimento dos termos do "protocolo", deverão autorizar os respectivos administradores a praticar todos os atos legais necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

A fase final da incorporação está mencionada no § 3º do art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976, e que é a *aprovação*, pela assembléia-geral da incorporadora, do laudo de avaliação e da incorporação.

Compete à sociedade incorporadora promover o arquivamento, no Registro do Comércio respectivo, dos atos de incorporação, fazendo, na forma da Lei nº 6.404/76, a competente publicação pela imprensa (art. 289 e seus §§ da Lei nº 6.404/76).

A *Certidão*, passada pelo Registro do Comércio, da incorporação, é documento hábil *para a averbação*, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações (art. 234 da Lei nº 6.404, de 1976).

A *Incorporadora* sucede à incorporada em todos os seus direitos e obrigações, inclusive nas de natureza fiscal e trabalhista (art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976).

## A ESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS ATRAVÉS DA INCORPORAÇÃO

É inegável a desmedida estatização das empresas privadas, pelo processo sumário da incorporação.

Depois de criada a ELETROBRÁS, vem ela incorporando, uma após outra, empresas elétricas privadas para, através de uma sociedade de economia mista, absorver o mercado consumidor de energia elétrica e poder dar, assim, utilização à produção das grandes centrais elétricas do Estado. É o que se fez, no Estado do Rio de Janeiro, através da CELF; no Estado de Minas Gerais, pela CEMIG, e no Estado de São Paulo, pela Cia. Paulista de Eletricidade.

A incorporação estatizante objetiva não só a ampliação das atividades da empresa incorporadora, como o seu indistinto controle de mercado.

### *O que não constitui incorporação*

Não há como considerar — *como incorporação* — a compra, por uma empresa, do controle acionário de outra empresa. Quando esse for o caso, as duas pessoas jurídicas continuam a existir, como pessoas jurídicas distintas, autônomas, embora o controle acionário possa determinar, e via de regra determina, modificações substanciais no funcionamento e na organização de empresa, cuja maioria de capital foi negociada, tais como: a) alteração no quadro da *Administração* e no do *personal* (objetivando a unidade de comando e redução das despesas operacionais); b) supressão de filiais; a unificação de representantes e de agentes de venda, também com o objetivo de diminuir os custos operacionais.

Esse tipo de operação, também, *não é fusão*, nem agrupamento de empresas. E, muito menos conglomerado é.

Representa, nas mais das vezes, a formação de uma “holding” ou uma operação ou negócio preliminar da fusão ou incorporação, tal como previsto, expressamente, pelo Decreto-Lei nº 1.182, de 1971.

## A FUSÃO

(Arts. 228 e 230 da Lei nº 6.404/76)

A fusão de empresas, que o antigo Decreto-Lei nº 2.627/40, disciplinava nos seus arts. 153 e 154, continua a ser uma preocupação constante do empresário que busca a macroempresa, para fugir às crescentes dificuldades que hoje encontram, do ponto de vista econômico e financeiro, a pequena e a média empresas.

### A FUSÃO FACE À LEI VIGENTE SOBRE SOCIEDADES POR AÇÕES

O art. 228 da Lei nº 6.404, de 1976, define a fusão como “a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes

sucedará em todos os direitos e obrigações". Esta definição reproduz, em sua integridade, o conceito de fusão do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, e, por isto, para a boa interpretação do novo texto legal, são válidas as lições de WALDEMAR FERREIRA – *Tratado de Sociedades Mercantis*; de TRAJANO VALVERDE – *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*; do Ministro CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO – *Sociedades por Ações* (Ed. Saraiva, 5 vols., 1973).

Mas a idéia central do que seja a fusão de sociedades mercantis é a mesma do ensinamento de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, no seu *Tratado de Direito Comercial* (vol. III, nº 583).

A sociedade nova (que resultará da fusão) sucedará em todos os direitos e obrigações as sociedades que se fundiram (vide *parte final* do art. 228 da Lei nº 6.404, de 1976; idem J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, loc. citado, e o art. 153 do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940).

Entre as obrigações que a nova sociedade assume se incluem as obrigações resultantes das leis trabalhistas, sendo de notar, neste passo, que ainda que omisso tivesse sido o art. 228 da Lei nº 6.404/76, o art. 10 da *Consolidação das Leis Trabalhistas* já dispunha, categoricamente, que "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados". Nem afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados (*Consolidação das Leis Trabalhistas*, art. 448).

Uma leitura menos atenta do art. 228 da Lei nº 6.404/76, poderia deixar a impressão de que essa lei prevê, apenas, a fusão de companhias ou sociedades anônimas, ou seja, sociedades do mesmo tipo.

Mas, não é assim; pode haver fusão entre sociedades de tipos jurídicos diferentes. O próprio § 2º desse art. 228, ao aludir aos "sócios" ou "acionistas" das sociedades, deixa claro que o legislador possibilitou a fusão entre sociedade mercantil cujo capital pertence aos sócios (sociedade de pessoas) com aquelas em que o capital é dividido em ações e pertence aos acionistas. Esse dispositivo consoa com o § 1º do antecedente art. 226 da mesma lei.

O Decreto-Lei nº 2.627/40 era bem mais explícito que a atual Lei nº 6.404/76, ao assegurar o respeito ao direito dos credores (art. 154) e quanto à formalização da fusão, indicando a forma como se devia proceder à fusão (§ 1º do art. 153 do Decreto-Lei nº 2.627/40) e como os acionistas receberiam as novas ações.

A Lei nº 6.404/76 é bastante sumária, no particular, limitando-se a declarar, no seu art. 225 que disciplina a "justificação", que deverá ser apresentada à assembléia-geral das companhias interessadas na fusão:

"a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;"

e mais:

“o valor do reembolso das ações a que tenham direito os acionistas dissidentes” (art. 225, nºs III e IV).

## DIREITO DE RETIRADA

“O acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, tem direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações” (art. 230 da Lei nº 6.404/76).

“O prazo (\*) para o exercício desse direito será contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o protocolo ou justificação da operação, mas o pagamento do preço de reembolso somente será devido se a operação vier a efetivar-se.” (Parágrafo único do mesmo artigo.)

## ASPECTOS ECONÔMICOS DA FUSÃO

1 — Entende-se que a fusão objetiva a junção de forças econômicas de produção, ou para aperfeiçoá-la, ou para desenvolvê-la.

2 — Mas o agrupamento de indústrias, para defesa de sua produção, *não é de hoje*. As organizações de defesa do comércio e da indústria, com a denominação de *pools* ou *cartels*, datam do século passado. E, quando assumiam monopólio absoluto, eram denominadas *corners* e *trusts*.

(Vide: ANTONIO GAGLIANO — Gli amministratori delle società anonime — e a bibliografia por ele citada à página 31, nota 2.)

3 — Note-se que, *no antigo direito romano*, era proibida qualquer forma de coalizção de empresas (GAGLIANO, ob. cit., pág. 32).

4 — A fusão de empresas, objetivando a defesa da produção, pode constituir o *trust*, que a nossa Constituição Federal não tolera, quando se refere, no art. 160, nº V, à “repressão ao *abuso do poder econômico*, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

5 — Mas, em princípio, nem a fusão, nem a *coligação de empresas* poderão ser consideradas prejudiciais à economia do Estado, por encobertar finalidades monopolísticas.

Na era em que estamos vivendo, em que os próprios Estados se unem para obter o desenvolvimento e o controle de sua produção, como é a finalidade do Mercado Comum Europeu e, de alguma forma, o é, também, a da ALALC, e o das binacionais, não se pode considerar maléfica a concentração de empresas,

(\*) Esse prazo é de *decadência*.



nem a forma mais antiga, da fusão, nem na dos atuais conglomerados nem mesmo das chamadas empresas plurinacionais ou multinacionais.

6 – Todos os países estão incentivando a criação da *macroempresa*, porque reconhecem que, em futuro próximo, a verdadeira concorrência comercial *será travada entre produtos novos e técnicas novas* (FÁBIO COMPARATO – *A Macroempresa*, pág. 5).

7 – Quem ignora, *v.gr.*, a concorrência que se está travando entre os grandes fabricantes de cerveja, ao propósito de nova técnica de embalagem? É a que já se anuncia, quando se concretizar o aproveitamento das embalagens, em geral, como produtos alimentícios?

8 – O Estado não pode ficar indiferente a essas perspectivas da nova industrialização e, por isso, aqui, e em toda parte, o Estado facilita, senão incentiva, a fusão e a coligação de empresas. De ontem era, entre nós, a legislação específica sobre a fusão de seguradoras; depois, veio a lei especial sobre as *usinas produtoras de açúcar*. E já demonstram os seus anseios, por legislação que lhes facilite a fusão, as *sociedades construtoras* e as *empresas* atuantes no *mercado imobiliário* (*Jornal do Brasil*, de 25-4-72).

9 – Daí, por certo, a nova legislação brasileira, visando atender à evolução do direito societário e às justas pretensões do empresariado nacional, que quer seguir as pegadas do próprio Governo, quando incorpora empresas de produção e distribuição de energia elétrica e projeta o *holding* das empresas estatais que exploram a siderurgia.

## OBJETIVOS DA FUSÃO

O que objetiva a fusão de sociedades comerciais?

- a) dilargar o âmbito de atuação empresarial pelo aumento de clientela;
- b) aumentar, conseqüentemente, o volume de operações;
- c) aglutinar recursos financeiros e aumentar o crédito bancário;
- d) reduzir os custos operacionais.

A crítica à *euforia* com que se estão realizando as fusões e incorporações, e formando as sociedades coligadas, aponta o desaparecimento da média e da pequena empresas. E a indagação, que somente no futuro terá resposta, é esta: haverá vantagens na extinção, ainda que gradativa, da média e da pequena empresas?

Sociedades de objetos diferentes realizam a fusão. Aumentam o seu poderio econômico. Depois, subdividem as suas atividades, passando cada uma delas a ser exercida por uma empresa autônoma.

Figuremos o caso de uma instituição financeira (banco), que tem como atividade complementar a de investimentos ou corretagens e se funde com outra financeira que também exercita algumas dessas atividades. Depois da

fusão, a nova empresa separa, em sociedades distintas, cada uma das atividades coligadas. E, assim, resultante da fusão-cisão serão: um banco, uma financeira e uma corretora.

## ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A fusão, a incorporação e a coalizão podem constituir formas de abuso do poder econômico (art. 2º, a, c, da Lei nº 4.137, de 10-9-62).

*A fusão de empresas, objetivando a eliminação da concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio é crime previsto no art. 3º, nº III, da Lei nº 1.521, de 26-12-1951.*

## A CISÃO

A cisão é uma espécie do gênero  *fusão* e vem, assim, definida no art. 229 da Lei nº 6.404, de 1976:

“A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.”

“Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira, anteriores à cisão.” (Art. 233 da Lei nº 6.404.)

“O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão” (Lei nº 6.404, parágrafo único do art. 233).

“Sem prejuízo do disposto no art. 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.” (Art. 229, § 1º, da Lei nº 6.404.)

“Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembleia-geral da companhia à vista de justificção que incluirá as informações de que tratam os números do art. 224; a assembleia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser

transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia” (grifos nossos) (art. 229, § 2º, da Lei n.º 6.404).

“A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições *sobre incorporação* (art. 227).” (Grifos nossos.) (Lei n.º 6.404, art. 229, § 3º)

“Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.” (Art. 229, § 4º, da Lei n.º 6.404.)

### A FUSÃO E A INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE FACE ÀS LEIS QUE CRIARAM INCENTIVOS ESPECIAIS A ESSAS OPERAÇÕES

O primeiro desses diplomas legislativos foi o Decreto-Lei nº 1.182, de 16 de julho de 1971, aplicável, tão-somente: *a)* às empresas que forem consideradas de interesse para a economia nacional; *b)* às empresas que assumirem o compromisso de proceder à abertura do seu capital; *c)* nos casos em que a transferência do controle acionário seja o meio de efetuar a fusão e/ou a incorporação.

Para examinar as condições necessárias à fusão ou incorporação, pelo regime especial desse decreto-lei, criou o legislador a “Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas” que, sob a sigla “COFIE”, começou, logo, a funcionar, baixando “resoluções”, através das quais foram fixadas as normas para a formulação e apreciação dos pedidos de incorporação e fusão.

Essas normas foram, de começo, *tão minuciosas e tão severas* que a lei dos incentivos à fusão de sociedades não incentivou essas fusões.

E, a tal ponto chegou o desinteresse pela invocação desses “incentivos especiais” por parte das empresas que das mesmas se poderiam valer, que o Governo Federal reformulou, às completas, o primitivo Decreto-Lei nº 1.182, de 1971, o qual, por sua vez, veio a ser modificado pelo Decreto-Lei nº 1.532, de 30 de março de 1977, cuja vigência foi prorrogada até 31 de dezembro de 1979, pelo Decreto-Lei nº 1.602, de 20 de janeiro de 1978.

Na vigência do Decreto-Lei nº 1.532, de 30 de março de 1977, baixou a COFIE a sua Resolução nº 9, que, complementando a imediatamente anterior, nº 8, de 3 de maio de 1977, traça normas quanto ao *enquadramento* das empresas para efeito do exame de obtenção dos incentivos fiscais, *ao processamento do pedido*, desde a sua apresentação, até o laudo de avaliação dos bens reavaliados.

Estas duas últimas Resoluções da COFIE, minuciosas, esclarecem bem a matéria a ser apreciada pela Comissão de Fusão e Incorporação das Empresas, que é presidida pelo Secretário-Geral do Ministério da Fazenda.

O que vigora, presentemente, é, pois, o Decreto-Lei nº 1.346, de 1974, com os seus objetivos ampliados pelo Decreto-Lei nº 1.532, de 30 de março de 1977.

A fusão e a incorporação de empresas (com os benefícios desses dois diplomas legislativos) deverá vigorar até 31 de dezembro de 1979, salvante nova prorrogação.

A disciplina, para a concessão dos incentivos fiscais, está pormenorizada nas Resoluções nºs 8 e 9, da COFIE, amplamente divulgadas no *Diário Oficial* da União e nos jornais de maior circulação em todo o País.

Para gozar dos benefícios especiais dessa legislação de exceção, a fusão ou incorporação terá que ser de empresas consideradas de interesse para a economia nacional (art. 1º do Decreto-Lei nº 1.346, de 1974), considerando o legislador como de interesse para a economia nacional, os projetos de fusão, incorporação ou associação de empresas, cujos objetivos se enquadrem, isolada ou cumulativamente, nas diretrizes a serem estabelecidas pela COFIE. E esta se desincumbiu dessa atribuição legal, na sua Resolução nº 8, de 3 de maio de 1977, em que declara, minuciosamente, quais as empresas, por suas atividades, enquadráveis no âmbito da lei (Portaria nº 8, itens 3 a 8).

## SOCIEDADES PLURINACIONAIS

Por sua alta significação nos programas ou planos de desenvolvimento econômico, as sociedades denominadas "plurinacionais" ou "multinacionais", estão merecendo a atenção dos juristas de todo o mundo, já tendo sido objeto de tema de conferência internacional.

### CONCEITO:

*Empresa multinacional ou plurinacional* é a associação de pessoas e de capitais, de diferentes países, com o objeto de operar num determinado país, para a *produção ou a venda de bens e serviços*, de acordo com um programa de integração econômica.

### OBJETO:

a) *reunir capitais* de maior vulto do que aqueles que se poderia obter num só país;

b) *produzir bens e serviços em grande escala*, aproveitando as economias adequadas a essa forma de operação;

c) *desenvolver e aproveitar a tecnologia* mais avançada;

d) ter maior facilidade de acesso aos mercados internacionais de capital e aos organismos internacionais de financiamento;

d) favorecer o desenvolvimento econômico da região.

#### CARACTERÍSTICAS DA EMPRESA MULTINACIONAL:

a) que o seu capital seja proveniente, em sua maioria, dos países da região e pertença a nacionais dos Estados que a integram, porém, *sem excluir a participação do capital estrangeiro*;

b) que o controle da política, da administração e do poder de decisão dependa dos sócios ou acionistas do país onde a empresa vai atuar;

c) que a entidade (a empresa plurinacional) tenha por objeto essencial o cumprimento de uma finalidade de *tipo regional*, a saber, a produção de bens e serviços em um ou mais países da região.

#### REMOÇÃO DE OBSTÁCULOS:

Para estabelecer empresas multinacionais é necessário eliminar os obstáculos que, até aqui, têm impedido a sua constituição; obstáculos devidos a causas internas e externas.

Entre os primeiros estão: a falta de capacidade financeira das empresas dos diferentes países; a falta de capacidade para produzir uma *tecnologia original*, para obter financiamento adequado, e, finalmente, a falta de capacidade administrativa ou de gerência.

Entre os *fatores externos* se incluem os obstáculos para a transmissão da tecnologia; os óbices à livre circulação das mercadorias, pessoas e capitais; o espírito eminentemente nacionalista preponderante em alguns países; a falta de estabilidade monetária e os diferentes regimes fiscais, com a dupla tributação.

É necessário tomar estas medidas para facilitar a instituição de *empresas multinacionais*:

a) liberar o movimento de mercadorias, capitais e pessoas dentro de uma determinada região (onde vai atuar a empresa multinacional);

b) manter razoável *estabilidade monetária*;

c) criar, através de lei, condições que permitam o funcionamento de empresas multinacionais, atendidos os aspectos jurídicos, tributários e trabalhistas;

d) harmonizar o tratamento que os diferentes países da região concedem às inversões estrangeiras;

e) realizar convenções ou tratados que impeçam a bitributação;

f) criar facilidades para financiar os distintos aspectos da produção e comercialização externa e interna dos bens e serviços das empresas multinacionais.

## DOS INCENTIVOS:

Ao lado da remoção de obstáculos, havia que *criar incentivos* para as *empresas multinacionais*, tais como:

a) igualdade de tratamento tributário com as *empresas nacionais*;

b) evitar a *dupla tributação*;

c) acesso ao crédito das instituições financeiras do País;

d) dar as mesmas vantagens e privilégios outorgados pelas leis do país a empresas nacionais que se dediquem a atividades semelhantes às das plurinacionais;

e) dar apoio à solicitação de crédito, das empresas multinacionais, às instituições de crédito ou financeiras internacionais;

f) facilitar a fusão de empresas nacionais;

g) permitir que as ações das empresas multinacionais sejam cotadas nas Bolsas de Valores, em igualdade de condições com as empresas nacionais;

h) dar *vantagens cambiais* para as operações das empresas multinacionais; ingresso ou saída de capitais, de seus respectivos rendimentos e do serviço de juros.

## BIBLIOGRAFIA

BELLARGENT, Guy Baudeau — *Fusion de sociétés*. Paris, 1970.

CAPUTO, Alfredo — *I consorzi d'impese*. Milano, 1938.

COMPARATO, Fábio — *Macroempresa*. S. Paulo, 1971.

FERREIRA, Waldemar — *Tratado de Direito Comercial*. Vols. I a XV. Ed. Saraiva, S. Paulo, 1960 a 1968.

KREKEL, T. G. Van der Woend et Wonterse — *Concentración y fusión de empresas*. Ed. Deusto. Bilbao, 1970.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de — *Tratado de Direito Comercial*. Vol. I — 2ª edição. Tipografia do *Jornal do Comércio*. 1930. Vols. II e segs. — 2ª edição. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro.

SEMO, Giorgio de — *La fusione delle società commerciali*. Roma, 1921.

SIMEON, Bernard — *Les fusions et scissions de sociétés*. Paris, 1971.

VIEIRA, João Pedro Gouvêa — *Contribuição das sociedades plurinacionais para o desenvolvimento econômico e sua disciplina jurídica*. S. Paulo, 1970.

*Les Ordonnances de Septembre 1967 et le Droit Commercial: les groupements d'intérêt économique* (Travaux de la Faculté de Droit et de Sciences Économiques de Montpellier, 1968).

*Simpósio sobre a Reforma da Legislação relativa às Sociedades por Ações*. São Paulo, 30-10-70 (Relator: Oscar Barreto Filho).

## LEGISLAÇÃO

Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-1940 — “Dispõe sobre as sociedades por ações”.

Lei nº 4.137, de 10-9-1962 — “Regula a repressão ao abuso do poder econômico”.

Decreto nº 52.025, de 20-5-1963 — “Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico”.

Lei nº 4.728, de 14-7-1965 — “Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento”.

Decreto-Lei nº 1.115, de 24-7-1970 — “Concede estímulos às fusões e às incorporações das sociedades seguradoras, e dá outras providências”.

Decreto-Lei nº 1.182, de 16-7-1971 — “Concede estímulos às fusões e às incorporações e à abertura de capital de empresas, e dá outras providências”.

Decreto-Lei nº 1.186, de 27-8-1971 — “Concede estímulos à fusão, incorporação e realocização de unidades industriais açucareiras, e dá outras providências”.

Decreto-Lei nº 1.346, de 25-9-1974 — “Altera o sistema de estímulos às fusões e incorporações de empresas, e dá outras providências”.

Lei nº 6.404, de 15-12-1976 — “Dispõe sobre as sociedades por ações”.

Decreto-Lei nº 1.532, de 30-3-1977 — “Autoriza a concessão dos incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei nº 1.346, de 25 de setembro de 1974, nos casos que especifica, e dá outras providências”.

Decreto-Lei nº 1.602, de 20-1-1978 — “Prorroga, até 31 de dezembro de 1979, o regime especial de que trata o Decreto-Lei nº 1.532, de 30 de março de 1977”.

Resoluções da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas: nº 8, de 3 de maio de 1977, e nº 9, de 19 de junho de 1977.

# O acionista controlador na Lei de Sociedades por Ações

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Advogado do Banco Central do Brasil  
— Departamento Regional de São  
Paulo

## I

I — Podemos dizer que a tentativa do legislador de definir o acionista controlador dentro da lei de sociedades por ações é, no mínimo, louvável. A novidade da figura como instituto, porém, dá à jurisprudência uma oportunidade única de fazer-lhe a doutrina e traçar-lhe os contornos definitivos (1).

E por que a jurisprudência seria incumbida de tão relevante função? A meu ver porque a moldura estabelecida nos arts. 116 e 117 da Lei das S.A. quer apenas dizer que o controle da vontade social gera para o acionista uma responsabilidade diferente daquela do detentor comum de ações. A extensão desta responsabilidade e a verificação da sua legitimidade, entretanto, só podem ser averiguadas caso a caso. Generalizações e principiologias rígidas, quando tratamos do poder — fenômeno social plurifacetado —, esbarram sempre na mobilidade incontrolável das situações humanas.

---

(1) Apesar da novidade do instituto em questão societária, o controlador já era objeto da previsão legal em diversas hipóteses. Assim, pela Constituição Federal (art. 174), as empresas jornalísticas devem ter por sócios ou acionistas exclusivamente brasileiros e pessoas físicas. O controle por capital estrangeiro é fator que impede remessas a título de *royalties* entre subsidiária e companhia-mãe (Lei n.º 4.131/62, art. 34). A relação de controle acionário também é relevante na legislação do imposto sobre renda para caracterizar a distribuição disfarçada de lucros. Outra vez a posição controladora de acionista estrangeiro limita a obtenção de crédito das entidades estatais e fundos públicos (arts. 38 e 39 da Lei n.º 4.131/62). Estes poucos exemplos demonstram como vinha crescendo e se impondo o conceito de uma responsabilidade especial dos controladores.



**2 —** Institucionalmente, i.e., na definição da lei, o acionista controlador, com responsabilidades qualificadas, pode ser pessoa natural ou jurídica, ou também grupo de pessoas, naturais ou jurídicas, vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum. Esta própria enumeração ressalta que o objetivo da lei não é dar uma definição estreita: o que se quer é realmente possibilitar a distinção daqueles que conduzem a vontade social, separada ou conjuntamente.

Como o direito de voto ficou propositadamente reservado às ações nominativas (art. 112), a identificação da pessoa singular controladora deve ser mais fácil. Os grupos controladores, por sua vez, são identificados ou pelos acordos de voto (art. 118), ou pelo controle comum a que estejam submetidas as pessoas jurídicas. Ora, este “controle comum” pode ser expresso tanto no caso dos grupos de sociedades constituídos na forma do capítulo XXI (arts. 265 a 277), quanto nas ligações societárias que se sujeitem às previsões do próprio art. 116, alíneas a e b e art. 246.

Destas disposições, bem se vê, pode-se chegar encadeadamente às pessoas naturais que eventualmente dirijam os negócios das sociedades. É aqui, exatamente, que começam as nossas indagações: até que ponto se pode levar esta responsabilidade sem afetar o princípio fundamental do art. 1º, i.e., a responsabilização do acionista — institucional ou não — pelo só montante do preço de emissão das ações quando se trata do interesse de terceiros?

**3 —** Requisitos para caracterizar o acionista controlador são:

- a) a titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem permanentemente a maioria dos votos na deliberação da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;
- b) o efetivo exercício de seu poder para dirigir a atividade social.

Do primeiro requisito é importante ressaltar que o legislador não deu números ou cifras. Aí está, pois, o cuidado a ser tomado: a qualidade de controlador pode depender muito mais dos outros acionistas do que do titular das ações. Assim, as cifras podem variar muito de sociedade a sociedade. A simples detenção de um grande número de ações não implica no controle, porque o absentismo ou a desorganização dos titulares destes direitos não lhes capacita concretizar o segundo requisito: o efetivo exercício do poder (2).

Na alínea b, por outro lado, há uma presunção de que a eleição de administradores pode implicar no controle da atividade social. A presunção, no caso concreto, pode ou não verificar-se. O administrador pode ser eleito exatamente para conduzir a sociedade de maneira técnica, sem se compor-

(2) Piero Verrucoli, por exemplo, usa nesse caso a expressão “maiorias desorganizadas” (“majorités desorganisées”) no seu *Évolution et Perspectives du Droit des Sociétés*. (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, pág. 6.)

tar como **longa manus** do acionista <sup>(3)</sup>. Considerando, porém, que os administradores são destituíveis a qualquer tempo pela assembleia (arts. 140 e 143), fica sempre a vinculação dos diretores e conselheiros como prepos- tos dos acionistas. Mesmo assim, não é impensável que os administradores se comportem com ampla liberdade e as tentativas de responsabilizar a **priori** seus eleitores pelos seus erros é, sem dúvida, ir longe demais, confundindo o acionista e o administrador. Suas responsabilidades são distintas.

4 — Deve-se ver o vínculo que liga o acionista soberano à companhia, aos outros acionistas e aos credores, visto que, afetados pela sua conduta, devem estar “os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham” e a “comunidade em que atua — cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (parágrafo único do art. 116) <sup>(4)</sup>.

5 — Parece, pois, que a lei tem especial atenção para aqueles que mais diretamente se envolvem com o acionista-empresário. São, pois, os minoritários os primeiros a receber a proteção da legislação. Esta é uma tendência mais ou menos universal hoje em dia <sup>(5)</sup>.

Tendo-se por verdadeira a posição do Prof. Ascarelli, de que a companhia é instituída por um contrato plurilateral, o controlador tem para com seus coparticipantes na empresa o dever de fazer prosseguir o negócio da maneira mais favorável e menos onerosa para todos. Na linguagem da lei (art. 116, parágrafo único), ele tem o dever de “fazer a companhia realizar o seu objeto”. Desta perspectiva há para ele um dever primeiro para com seus pares. É a lealdade. As minorias, ou maiorias desorganizadas, não podem ser tratadas como prestadoras de capital apenas, mas como prestadoras de capital dentro do que a lei e, principalmente, os estatutos dispuserem. Se a alteração estatutária pode ser comandada pelo controlador, nem por isso pode chegar à arbitrariedade.

Por exemplo, a abertura do capital a investidores, em geral desorganizados, tem nitidamente o aspecto de “financiamento” da sociedade com capital de risco: o empresário, porém, não abre mão de seu privilégio decisório, tratando de conservar as grandes questões da empresa dentro de sua

---

(3) Da dissociação da propriedade do capital e da sua gestão já se fez estudo clássico em matéria de sociedades anônimas conduzido por Berle e Means nos EUA, conforme notícia minuciosamente o Prof. Fábio Comparato no seu **O poder de controle na sociedade anônima**. Porque isto foi constatado, acentuou-se a tendência de impor uma responsabilidade mais ampla ao gestor do que ao proprietário. “La tendance qui se dégage facilement est d'imposer une responsabilité plus étendue à ceux auxquels la gestion de la société est confiée” (Piero Verrucoli, ob. cit., pág. 7.)

(4) “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (art. 116, parágrafo único, Lei n.º 6.404/76).

(5) “En premier lieu, du fait même de la dimension que prennent les sociétés, il apparaît que la protection des minorités est de plus en plus nécessaire et qu'elle doit être accrue par des moyens législatifs plus efficaces” (Piero Verrucoli, ob. cit., pág. 6).

esfera de influência. Mesmo a eventual delegação de autonomia diretiva ao administrador técnico tende a ser limitada, protegida pela própria natureza dos cargos de direção (demissões a qualquer tempo pela assembléia geral). Ora, neste processo de abertura de capital, fatalmente os investidores serão tidos como meros prestadores de capital. O risco a que se submetem, portanto, não está totalmente dentro de seu controle; ao contrário, pode estar sendo manipulado pelo acionista soberano. Nesta linha de pensamento, o controlador assume uma espécie de função fiduciária em relação ao patrimônio que toca à minoria, ou maioria desorganizada.

É exatamente aqui que nos deparamos com a maior dificuldade na delimitação da responsabilidade do controlador. Se dizemos que ele é um fiduciário de todo patrimônio societário, estamos a equipará-lo ao administrador. É bem verdade que a intenção do legislador foi equipará-lo ao “administrador de fato” (6). Mas equiparar não é identificar e por certo deve haver traços que os diferenciem.

Considero, portanto, que em primeiro lugar está a responsabilidade do acionista para com seus pares. Isto fica evidente quando se lê o art. 246, § 1º, pois ali se define a legitimação ativa para propor a ação de reparação de danos causados à companhia: acionistas que representem 5% ou mais do capital social ou qualquer acionista, desde que caucionado o pedido. Embora o dispositivo se refira especificamente à controladora pessoa jurídica, vê-se que a perspectiva deste artigo é extensiva aos arts. 116 e 117, mesmo quando o controlador é pessoa natural.

Aqui vale lembrar o quanto a história e a evolução da sociedade anônima se ligam ao desenvolvimento das democracias burguesas. É fato notório que o sistema político democrático baseia-se na “lei da maioria”. Mas é também notório hoje em dia o quanto as minorias (ou às vezes maiorias marginalizadas) se vêm organizando nos países ocidentais e impondo uma exigência de maior representatividade nas decisões políticas. Foi assim objetivo expresso da lei a ampliação das técnicas de defesa dos acionistas minoritários (7).

6 — A idéia do contrato pode aparecer ainda sob a forma de obrigação entre acionistas e sociedade. Reconhecendo-se a personalidade da sociedade e sua autonomia nas relações jurídicas, reconhece-se uma relação obrigacional entre acionista e companhia. Esta relação, aparente após a criação da pessoa jurídica, gera para o prestador de capital uma expectativa de direito. Nas negociações das ações no mercado secundário ou na sua própria emissão é bem aparente este caráter do relacionamento acionista/companhia, pois negocia-se, entre outros, o direito ao dividendo. Entre os deveres da companhia está o de gerir o próprio patrimônio segundo os fins

(6) Exposição de Motivos n.º 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda.

(7) “A mobilização da poupança popular e seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas” (Exposição de Motivos n.º 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda).

para que foi criada (8). Se a sociedade anônima se submete de modo absoluto à vontade de um acionista, claro está que este "soberano" é quem promove o descumprimento dos fins sociais.

De qualquer modo é repreensível a atitude do controlador que provoca de forma indesejável e danosa a alteração do equilíbrio contratual nas relações acionista/sociedade ou acionista/acionista, distanciando-as das regras anteriormente estabelecidas. Vista a questão deste ponto, o controlador que chega a desfigurar a anônima pela sua própria atuação, rompeu as premissas sobre que se havia constituído a empresa; rompeu, pois, o seu próprio contrato com a entidade empresarial se buscou mais os seus interesses pessoais do que os interesses da sociedade, como personalidade negocial distinta.

Alterada a fisionomia corporativa da empresa, fatalmente estariam alteradas as condições de seu comportamento no mercado, diretamente diante de seus credores e indiretamente *vis-à-vis* toda a comunidade em que atua, inclusive o Estado.

7 — Em segundo lugar está a responsabilidade para com terceiros: empregados, credores etc. A eventual responsabilidade **externa corporis**, porém, só pode surgir indiretamente e após verificação de que a sociedade não pode de fato ou de direito cumprir a obrigação e seu envolvimento se deu pura e simplesmente no interesse do controlador.

A filosofia que inspirou a criação do Acionista Controlador, com uma responsabilidade especial e insistiu na atuação ética da companhia, é a da função social da propriedade. Mais que da propriedade em si, a função social do poder econômico, exercido por várias formas através das sociedades anônimas. Quero crer que estamos diante de um dado fundamental para a apreciação da figura: o direcionamento do poder.

A lei assumiu a posição mais ou menos tradicional do direito anglo-saxão, isto é, de que à sociedade anônima é dada a responsabilidade distinta da de seus acionistas para a atuação dentro de estreitos limites de interesse da comunidade, supervisionada pelo Estado. Desta forma, a limitação do campo de atividades da companhia protege não só seus acionistas com relação aos administradores e controladores (9), como a própria comunidade em que existe. Os desvios porventura cometidos são imputados aos responsáveis: normalmente os administradores, isto é, aqueles por meio dos quais a companhia age; excepcionalmente aos controladores, que lhe impuseram uma política determinada.

---

(8) "Each shareholder has a contract with the corporation, by which the corporation has agreed to hold and manage its assets for the purpose of carrying out objects for which it was created" (Henry W. Ballantine. *Ballantine on Corporations*, Chicago, Callaghan & Company, 1946, pág. 339).

(9) "The Company has no capacity to commit any act that falls outside its own objects as stated in the memorandum... To this extent the *ultra vires* principle protects the shareholders investment." "K. W. Wedderburn". "The Relationship of Management and Shareholders in the English Company" in *Evolutions et Perspectives du Droit des Sociétés* (cit., pág. 195).

Pela definição de princípios do art. 2º da lei, por exemplo, a área de ação da sociedade anônima é definida pela licitude de seu objeto, além da sujeição aos bons costumes e à ordem pública. Significa que não basta o objeto ser lícito: a ordem social, geral ou particularmente considerada, não deve ser perturbada. A mesma idéia é repetida no art. 154, quando se define o dever do administrador de gerir a companhia conforme a lei e os estatutos “para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Repete-se a intenção da lei no art. 116, parágrafo único, quando claramente se condiciona o exercício do poder de controle ao fim de “a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social”.

8 — Outro aspecto relevante no exame da questão, e fatalmente surgirá, é o do modo pelo qual o acionista controlador poderá lesar a sociedade, isto é, se pode ser responsabilizado por atitudes omissas. Parece-me evidente. A responsabilidade civil depende de ação ou omissão voluntária (art. 159, Código Civil). A recusa de um acionista em praticar determinados atos, ou sua injustificada ausência em momentos críticos da vida societária, impõe-lhe o dever de indenizar os prejudicados. Outra vez devem ser considerados, porém, os aspectos concretos, para se verificar a voluntariedade da omissão danosa.

9 — Todas as anotações até agora levam-me à conclusão de que o controlador é um vulto de traços fugidios. É evidente que as várias relações em que se envolve só podem ser bem pesadas nos casos individuais, já que o seu comportamento é lícito ou não por uma questão de grau, apenas. Aliás, a idéia que domina o instituto é a de **abuso** do poder ou de direito. É fora de dúvida que o acionista soberano tem o direito de influir no curso da atividade social, pelo menos porque é, presumivelmente, o mais afetado em casos de lucro e prejuízo. Mas o que a lei cria em responsabilidade a mais é somente uma gradação: não se pode interpretar genericamente as fixações legais, sob pena de se atravancar a iniciativa empresarial. Que se use o poder é aceitável: abusar dele é inconveniente. A função mais importante, pois, é aquela do julgador do caso concreto: ver onde cessa o uso normal e principia o abuso.

## II

### O administrador de fato e os administradores

1 — A hipótese prevista na nossa lei de que um acionista venha a exercer de fato a administração da companhia pelo uso efetivo de seu poder de controle da vontade social torna-o realmente um administrador de fato da sociedade. Anteriormente à disposição dos arts. 116 e 117 da Lei nº 6.404/76, a jurisprudência poderia ter encontrado alguma dificuldade em estender ao acionista dominante as responsabilidades dos diretores ou conselheiros de uma anônima. Hoje, a dificuldade é plenamente superável.

2 — O controlador pode tornar-se um co-obrigado solidário pelos atos da administração. Isto por duas razões: ou o majoritário escolheu e con-

segiu eleger membros da administração que possam servi-lo como desejo — e aí é evidente que o administrador agiu mal em deixar o seu nome encobrir a atuação do acionista —, ou o acionista “onipotente” impediu a destituição dos mesmos nas assembléias. Nessas duas circunstâncias, porém, sua ação ou omissão serviu de endosso às decisões dos órgãos executivos da sociedade.

Claro que os primeiros afetados seriam os minoritários que vêem seus investimentos mal dirigidos. Em seguida viriam os credores sociais, num caso em que se levasse a companhia à insolvência, **v. g.**

Ora, a responsabilidade do administrador de direito é para com a companhia (art. 159) ou acionista prejudicado (art. 159, § 7º). Mas também pode chegar a ser para com terceiro (art. 159, § 7º).

O controlador, que de forma efetiva — por ação ou omissão voluntária — endossou-lhe a administração, passa, a meu ver, ao mesmo nível de responsabilidade. Sem dúvida a figura criada pela lei torna a nossa sociedade anônima uma comandita potencial.

**3 —** As sociedades em comandita são forma quase desusada no Brasil. A experiência nacional, entretanto, comprovou uma certa prática abusiva no uso da estrutura anônima. Vinha até se tornando comum a expressão: “a empresa vai mal, mas o empresário vai bem, obrigado”. Ora, a força da empresa privada reside exatamente num sistema de eficiência e responsabilidade, incompatível com aqueles abusos.

Hoje, portanto, a lei do anonimato tornou legal a extensão dos efeitos jurídicos do exercício da administração societária, mesmo nos casos em que exteriormente não haja sido obedecida a formalidade de eleição e investidura. É o fato gerando o direito <sup>(10)</sup>.

**4 —** No entanto, é fundamental relevar a distinção entre o administrador de direito e o simples acionista majoritário. O primeiro é órgão da sociedade e age diante de terceiros com toda a eficácia <sup>(11)</sup>.

Também vem se tornando mais ou menos comum a escolha de administradores técnicos, cujas decisões podem freqüentemente escapar das mãos do acionista-empresário. Neste caso a equiparação de administradores de fato e de direito é impossível.

Finalmente há casos em que o administrador responde amplamente pelas obrigações da companhia: os casos de responsabilidade objetiva <sup>(12)</sup>.

(10) O Prof. Fábio Comparato, no seu já clássico **O poder de controle na sociedade anônima**, levanta diversas questões em torno do poder dentro da sociedade anônima e da empresa em geral. Essa preocupação em conciliar os fatos novos com a norma é que enriquece o estudo desta figura originalmente criada na lei das sociedades anônimas.

(11) A questão dos atos *ultra vires* vem sendo considerada pela jurisprudência norte-americana como problema interno, inoponível a terceiros de boa fé.

(12) É o caso, **v.g.**, dos administradores, de instituições financeiras (Lei n.º 6.024/74). Estamos aqui diante de uma sociedade anônima paracomandita (cf. Rubens Requião. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo, Saraiva, 1975, pág. 221).

Nesta situação, a dissemelhança entre os dois tipos é ressaltada, já que o administrador de fato, como diz a expressão, depende de uma variedade de circunstâncias fáticas para se definir, sob pena de aliviar-se injustamente a responsabilidade do administrador de direito.

A identificação é ainda mais delicada porque o diretor ou conselheiro de direito torna-se pela lei, uma vez cumpridas as solenidades previstas, um fiduciário dos acionistas <sup>(13)</sup>. Se o majoritário assume de fato as rédeas do negócio, nem por isso os administradores legítimos perdem suas funções diante dos outros acionistas ou terceiros. Se o empresário faz uso da figura eleita (o boneco, como se diz nos E.U.A. — **the puppet executive**), quem se deixa assim usar não é menos culpado. A função de confiança que detém impõe-lhe o dever de lealdade para com a companhia e a assembléia geral (art. 155), não para com um acionista em particular.

Em particular, a distinção acionista/administrador é aceita pela lei ao disciplinar dois órgãos sociais: o Conselho de Administração e a Diretoria. Elegibilidade para o Conselho depende da condição de acionista, vale dizer, apesar de representada por diretores, a sociedade tem explicitamente acionistas com funções políticas e executivas. Ambos os órgãos, entretanto, subordinam-se à mesma disciplina geral como administração.

### III

#### **Acionista controlador e desconsideração da personalidade jurídica**

1 — Em que medida a responsabilidade do acionista administrador de fato se equipara à desconsideração da personalidade jurídica da companhia?

A desconsideração ocorre quando há fraude ou abuso do privilégio legal de empreender atividades com patrimônios distintos. A personalidade jurídica existe, pois, como técnica de limitação de responsabilidade, mas dentro das condições da lei, naturalmente. Quando se busca o responsável ulterior pela companhia, estão envolvidos os direitos dos credores ou terceiros. Não estamos mais diante das relações diretas — como a de acionistas entre si, ou com a própria companhia —, mas de laços jurídicos originariamente existentes entre os terceiros e a sociedade. A desconsideração é a maneira de ligar diretamente o acionista ao credor da sociedade, não interessando nas questões entre acionistas <sup>(14)</sup>.

2 — A jurisprudência norte-americana, tradicional agasalhadora da doutrina de desconsideração, mostra-se sempre aberta a examinar a possi-

---

(13) "Os administradores deixam de ser os detentores do poder executivo, para assumirem a posição de fiduciários dos direitos e interesses, garantidos pela lei e pelos estatutos, dos acionistas e terceiros" (J. X. Carvalho de Mendonça. **Tratado de Direito Comercial**, vol. 4.º, pág. 39).

(14) No Brasil uma das decisões pioneiras da espécie está publicada na **Revista Forense** 188/269, sobre a doutrina do abuso de direito.

bilidade de buscar o responsável pela empresa, mas não sem alguma parcimônia <sup>(15)</sup>.

O grande perigo em acolher a doutrina norte-americana está na distinta concepção que o direito anglo-americano tem da sua própria principiologia. A doutrina, nos países da **common-law**, é feita pelos tribunais e não se define tanto como nos direitos romanísticos em princípios gerais e abstratos aplicáveis a todos os casos. Na presente questão, por exemplo, só é geral a idéia de não se permitir injustiças pelo reconhecimento das personalidades separadas: nada mais. As circunstâncias dependem sempre de cada caso, de modo que se conserve o espírito de não sancionar fraudes ou abusos, não obstante o respeito ao ato jurídico constitutivo da sociedade.

A própria doutrina — por natureza — tem caráter excepcional, já que é antagônica ao consagrado princípio de limitação de responsabilidade. Este princípio, sem a menor dúvida, é o grande responsável pelo crescimento da economia dos séculos XIX e XX e assegurador da iniciativa privada, devido à redução acentuada do risco pessoal do comerciante.

**3 —** Pelo que se vê, a disposição dos arts. 116 e 117 dá a possibilidade de um acionista vir a responder pelas obrigações da companhia, mas é suficientemente ampla para deixar ao julgador aplicar o princípio com sabedoria e reservas <sup>(16)</sup>.

Além disso, aquelas disposições não falam especificamente na obrigação do acionista para com os credores sociais, senão em reparação de

---

(15) No seu manual sobre as sociedades americanas, o Prof. Ballantine recomenda o exame de cada caso, sem se atrever a generalizar. Ao contrário, sugere a visão da responsabilidade limitada como um privilégio que não deve ser abusado. Diz que não é o caso de desconsideração, mas de suspensão do privilégio:

"The problems involved, however, are to be solved not by 'disregarding' the corporate personality, but by a study of the privilege of separate capacity under particular circumstances in view of its proper use and functions... Each situation must be considered by the court on its merits. The facts presented must demonstrate some misuse of the corporate privilege in that situation or the need of limiting it in order to do justice" (op. cit., pág. 292). Já os tribunais colocam a seguinte posição: "If any general rule can be laid down, in the present state of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but, when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons" (voto do juiz Sanborn caso U. S. x Milwaukee Refrigerator Transit Co., apud Ballantine's on Corporation, cit., pág. 293).

(16) Comentando a posição de Mossa — que radicalmente considerava o acionista único ou soberano pessoalmente responsável pelas dívidas sociais —, Ascarelli argumenta: "acabaria, na prática, de um lado, por negar o próprio princípio da responsabilidade limitada, pois que este ficaria aplicável apenas no caso de faltar, na sociedade, um grupo de maioria; de outro lado, por descuidar dos casos mais perigosos, ou seja, daqueles em que uma minoria acaba, à vista do descaso da maioria, por controlar a sociedade" (Problemas de sociedade anônima e Direito Comparado, São Paulo, Saraiva, 1969, pág. 129).



danos em geral. Interpretação muito extensiva implicaria em desprezitar o art. 1º da lei. De igual modo, a legislação falimentar perderia o sentido se os credores sociais pudessem sempre haver do controlador os seus créditos. Harmoniosamente, por exemplo, existe a regra do art. 218 que dá ao credor não satisfeito o direito de reaver dos acionistas o pagamento de seu crédito até a soma por eles recebida na liquidação da sociedade.

Finalmente, a se aceitar uma interpretação extremada, ver-se-ia o desaparecimento do risco do negócio para quem transacionar com uma sociedade anônima. Estaria sempre aberta para o terceiro credor a porta do art. 116. Ao se retirar uma parte do risco dos negócios, deve-se retirar parte correspondente do lucro. Este se justifica empresarialmente como remuneração aleatória, inversamente proporcional àquele.

Não se deve esquecer, entretanto, que os danos podem se limitar não ao negócio com a sociedade em si, mas a outros negócios dele dependentes, ou a uma expectativa razoável de ganhos.

#### IV

A noção de um acionista responsável pelos negócios sociais, enfim, equivale ao reconhecimento de uma situação notória na atividade das companhias brasileiras. E não serviu apenas para sobrecarregá-lo de obrigações. Veja-se a disposição do art. 150, § 2º, em que o maior acionista — não necessariamente, porém, o controlador — administra provisoriamente a sociedade.

O Conselho de Administração, para o qual são elegíveis apenas os acionistas, significava o reconhecimento da função política e decisória que lhes cabe mesmo fora da Assembléia Geral. Fica, pois, bastante explícita a vinculação dos empresários com suas empresas em forma de sociedade anônima.

Todas estas disposições devem auxiliar os intérpretes e aplicadores da nova lei. A realidade e a própria experiência empresarial do Brasil devem guiar o sensível e razoável uso dos novos instrumentos legais. Se a empresa vai mal e o empresário, bem, de forma constante, alguma distorção pode estar ocorrendo. Os abusos que se foram verificando forçaram a investida legislativa na matéria. A prudência e cautela dos tribunais deverão torná-la eficaz, sempre lembrando a lição do professor Tulio Ascarelli de que ao direito interessam, em última análise, os fatos relativos aos homens, aos nascidos de mulher.

Destas considerações, penso que se evidencia o cuidado a ser dispensado às inúmeras variáveis de fato nos casos em si. A verdade é que os requisitos da lei são cumulativos, interdependentes e necessariamente verificáveis a cada caso concreto que o julgador venha a ter diante de si.

# Tributação urbana

FIDES ANGÉLICA OMMATI

Professora da Universidade Federal do  
Piauí. Procuradora do Estado do Piauí

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

#### I. INTRODUÇÃO

- I.1 — Evolução da atividade do Poder Público. O comando da vida sócio-econômica.
- I.2 — A concentração urbana. Repercussão na administração municipal.
- I.3 — A situação urbana, no Brasil. A problemática do Município brasileiro.

#### II. A RECEITA DO MUNICÍPIO. TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL

- II.1 — Receita. Classificação.
- II.2 — A receita tributária do Município. Situação brasileira.

#### III. A TRIBUTAÇÃO URBANA E O FINANCIAMENTO DO MUNICÍPIO. OUTROS MECANISMOS DE RECEITA

- III.1 — Dificuldade financeira dos Municípios. As finanças municipais, no Brasil.
- III.2 — As perspectivas de incremento da receita municipal. As novas opções.
  - III.2.1 — Imposto sobre a propriedade imobiliária urbana.
  - III.2.2 — Contribuição de melhoria.
  - III.2.3 — Desapropriação por zona.
  - III.2.4 — A concessão de uso de bem público.
  - III.2.5 — O mecanismo do solo criado.

#### IV. A TRIBUTAÇÃO URBANA E SUA FUNÇÃO

- IV.1 — Os tributos municipais. Função fiscal e parafiscal.
- IV.2 — Experiência municipal de aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana com função extrafiscal.

### CONCLUSÃO

### BIBLIOGRAFIA

## APRESENTAÇÃO

Os aglomerados urbanos geram uma série de necessidades coletivas, que vão desde serviços inerentes ao progresso técnico — tais como iluminação pública e domiciliar, fornecimento de água potável e de gás, rede telefônica — até os que dizem respeito ao transporte de massa, locais de passeio e de lazer, e, ainda, à estética urbanística.

Sendo realidade atual a urbanização, a que não foge o Brasil, que já é um "País de Cidades", coloca-se como problema aos governos locais o financiamento de todos os serviços e obras públicas que o meio urbano e o progresso exigem, além da orientação do desenvolvimento cidadão, de modo harmonioso ou, pelo menos, mais satisfatório.

A problemática municipal brasileira apresenta-se na compatibilização entre uma série de medidas e metas a serem conseguidas pelas comunas, e a possibilidade do financiamento com suas próprias forças locais.

Procura-se abordar, pois, nesta oportunidade, o aspecto de tributação municipal, o seu posicionamento, consoante o Direito brasileiro, a sua prática e as suas potencialidades a par do exame de mecanismos outros que poderão ser utilizados pelos Municípios, a fim de que fortaleçam as suas finanças. Ao lado, e como complementação desse enfoque, considera-se a utilização de tributos e outras medidas com fins urbanísticos.

Desse modo, se não foi esgotado o assunto — e seria, cremos, impossível, pela sua complexidade e tendo em conta as limitações deste estudo —, pelo menos terá tido amplo exame, consideradas as mais recentes idéias e os mais atualizados debates acerca do problema municipal e seu equacionamento. Uma pesquisa em legislação de vários Municípios, das diferentes regiões brasileiras, comprova os dados realísticos, de modo a basear as sugestões aqui apresentadas.

### I. INTRODUÇÃO

I.1 — Evolução da atividade do Poder Público. O comando da vida sócio-econômica. I.2 — A concentração urbana. Repercussão na administração municipal. I.3 — A situação urbana, no Brasil. A problemática do Município brasileiro.

#### **I.1 — Evolução da atividade do Poder Público. O comando da vida sócio-econômica**

É fenômeno universal o constante incremento da atividade do Estado, mormente quando deixa este de ser mero espectador da vida social para exercer o seu comando, com o fim de garantir o bem-estar da comunidade.

A partir do século XIX, quando se acentuaram as desigualdades sócio-econômicas, motivadas pela Revolução Industrial, e, ainda, em conseqüên-

cia das idéias sociais que, então, se difundiram, o Estado foi reclamado a não apenas garantir as liberdades e direitos individuais, senão também a criar condições para que se efetivassem, na prática. E foi no atual século que tomou feição generalizada esse novo papel do Poder Público, quando, intervindo na ordem social e econômica, procurou promover a justiça social.

Esse comando da sociedade cristalizou-se com as Grandes Guerras, quando se concentrou ponderável soma de atividades no Poder Público, que, também, passou a ter ingerência em todos os setores e aspectos da terra e do povo sobre o qual exercia a sua autoridade.

Atualmente, é sabido que, mesmo nos regimes de governo mais liberais, ou tradicionalmente liberais, existe o intervencionismo estatal, que varia em gradação, apenas.

Por outro lado, também é generalizadamente crescente o papel administrativo do Poder Público, e a Administração Pública hipertrofia-se, em todos os lugares, sob qualquer regime político, ensejando a preponderância do Poder Executivo (1).

## 1.2 — A concentração urbana. Repercussão na administração municipal

O crescimento populacional, causado por fatores vários, também é fenômeno universal, nos dias de hoje. E os grandes centros urbanos, em se constituindo, geram uma série de necessidades que os governos locais são chamados a satisfazer.

Realmente, como afirmou Harry J. Cole, "onde há população há problema de desenvolvimento, de ajustamento da comunidade aos seus anseios de melhoria econômica". (In **Desenvolvimento Urbano no Brasil**, RAM, Rio, IBAM, nº 104:7 — 23, jan./fev. 1971, pág. 18.)

A vida urbana, ampliando-se e intensificando-se, importa em aumento constante de obras e serviços públicos de natureza vária: ruas, pavimentação, iluminação pública, extração de resíduos, água potável, esgotos, desaguamentos pluviais, ordenamento do trânsito, lugares de estacionamento de veículos, controle de alimentos, ordenamento das construções, assistência médica, serviços contra incêndios, cemitérios, mercados, transportes coletivos, terminais de ônibus, eletricidade, gás, campos de esportes e recreação, passeios públicos, bibliotecas, e muitos outros. (Ver Benedicto Caplan, in **Finanzas Municipales**, Buenos Aires, Centro Interamericana de Capacitación en Administración Pública, OEA, 1971, págs. 2/3.)

Além do mais, como acentua Diogo Lordello de Mello, o fenômeno de urbanização tem como resultado "uma mudança qualitativa de proporções consideráveis nas aspirações populares", tendo em vista participar

(1) A respeito da preponderância do Poder Executivo, diz Antonio Amílcar de Oliveira Lima: "A supremacia de fato do Poder Executivo, dentro do sistema político, passou a ser uma situação generalizada nos países contemporâneos, quaisquer que sejam as ideologias ou os regimes políticos por eles adotados. Tanto é registrada na União Soviética, como nos Estados Unidos; tanto em Portugal, como na França; tanto no Brasil, como na Argélia, Grécia ou Índia" (in **O Poder Executivo nos Estados contemporâneos**, Rio, Artenova, 1975, pág. 23).

dos frutos do progresso, a partir do momento em que toma conhecimento deles ("O Fenômeno Urbano no Brasil", in **O Município e o Direito Urbano**, Rio, IBAM, 1974, pág. 16). Se considerarmos que o progresso das comunicações enseja o conhecimento imediato de todo o progresso, em todas as partes do mundo, podemos aquilatar a pressão que os Governos Municipais sofrem no sentido de propiciarem à sua população as conquistas mais recentes da técnica e o conforto que o progresso oferece.

Nesse sentido, e ao proceder a análise dos centros urbanos, traz J. John Palen a seguinte afirmação de Lewis Mumford: "Ninguém pode estar satisfeito com a forma que a cidade hoje assumiu. Nem como mecanismo funcional nem como meio social a cidade preenche as grandes esperanças que a civilização moderna despertou ou sequer chega a atender a exigências modestas" (in **O Mundo Urbano**, trad. de Ronaldo Sérgio de Biasi e Ruy Jungmann, Rio, Forense — Universitária, 1975, pág. 490).

### 1.3 — A situação urbana no Brasil. A problemática do Município brasileiro

Esse problema urbano é bem acentuado, no Brasil, devendo-se a um rápido crescimento de seus aglomerados urbanos, o que valeu o título afirmativo dessa realidade, constante de documento elaborado pelo IBAM — **Brasil, um País de Cidades**. Com efeito, acusa esse documento que, em 1950, pouco mais de uma terça parte da população brasileira vivia nos espaços urbanos, enquanto, em 1970, foi atingido um índice de 56% (cinquenta e seis por cento) de população vivendo em cidades e vilas. Além do mais, houve impacto para o governo local motivado pelo crescimento de suas cidades. É que se registrou, nesse documento, que a população dos Municípios com cidade de mais de vinte mil habitantes cresceu, no último decênio, à base de 50,1% (cinquenta e um décimo por cento), enquanto que as cidades cresceram à base de 60,6% (sessenta e seis décimos por cento), no mesmo período; pelo que, nesse conjunto de Municípios, de todo o crescimento demográfico neles ocorrido, em média 94,7% (noventa e quatro e sete décimos por cento) processou-se nas cidades (in **Brasil, um País de Cidades** — Documento elaborado pelo Centro de Pesquisas Urbanas do IBAM, sob supervisão de Ana Maria Brasileiro, in RAM, Rio, IBAM, nº 115, nov./dez. 1972, págs. 58 e 65).

Por outro lado, para se ter melhor idéia do incremento urbano brasileiro, é bom considerar os dados seguintes: da população total do Brasil, a urbana era de 36%, na década de 1940-1950, e, na de 1960-1970, de 60% (sessenta por cento). Além do mais, em 1940, havia, no Brasil, trinta e sete aglomerados humanos de mais de vinte mil habitantes, subindo, extraordinariamente, esse número para trezentos e cinquenta e um, em 1970. (Ver Diogo Lordello de Mello, ob. cit., pág. 21.)

Esse vertiginoso crescimento urbano traz, para o Brasil, como um todo, e, em especial, para os Municípios brasileiros, uma grande soma de problemas, que têm por conteúdo principal a execução de serviços e obras reclamados pelo incremento da população e pela extensão territorial do perímetro urbano, a que se acrescenta a orientação do desenvolvimento da cidade, em termos estéticos e em termos de bem-estar geral.

O crescimento vertiginoso implica em pressão constante para que o Município garanta toda a infra-estrutura de que necessita a população para viver, trabalhar e desfrutar de lazer. Isso importa em necessidade de expansão da administração pública, com toda uma variada gama de novos serviços públicos, e, por outro lado, na consecução de receita suficiente para fazer face ao crescente aumento de despesas que essa expansão administrativa e a melhoria dos serviços impõem.

Eis a problemática do Município brasileiro: acompanhar o crescimento urbano, orientando-o. Se isso é difícil em termos de máquina administrativa e de apoio e colaboração dos habitantes das cidades, mais se agrava a dificuldade pela escassez dos recursos públicos municipais. Portanto, apresenta-se, como urgente, a equação do problema das finanças municipais, incluindo-se o da tributação municipal.

## II. A RECEITA DO MUNICÍPIO. TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL

II.1 — Receita. Classificação. II.2 — A receita tributária do Município. Situação brasileira.

### II.1 — Receita. Classificação

A receita é constituída pelos recursos que o Poder Público obtém na economia privada, através de contribuição compulsória ou da oferta de serviços ou utilidades. (Ver Joaquim Castro Aguiar, in **Sistema Tributário Municipal**, Rio, José Konfino, 1971, pág. 10.)

As receitas são classificadas em dois grandes grupos, considerada a adoção, ou não, pelo Poder Público, do seu **jus imperii** — originárias e derivadas. As primeiras resultam do arrendamento de terrenos ou edifícios, de renda de títulos ou ações, enfim, da utilização do patrimônio público, ou, ainda, de serviços prestados. As receitas derivadas, porém, são provenientes da contribuição que o Poder Público impõe aos particulares, pessoas físicas e jurídicas. Decorre, assim, da tributação.

A receita derivada é resultante de tributo, definido por Rubens Gomes de Sousa como “a receita derivada que o Estado arrecada mediante o emprego de sua soberania, nos termos fixados em lei, sem contraprestação diretamente equivalente, e cujo produto se destina ao custeio das atividades próprias do Estado” (in **Compêndio de Legislação Tributária**, ed. póstuma coordenada pelo IBET, São Paulo, Resenha Tributária, 1975, pág. 161), sendo, entretanto, hoje, acolhida expressamente pela legislação brasileira a definição seguinte: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º do Código Tributário Nacional — Lei nº 5.172/66).

### II.2 — A receita originária do Município. Situação brasileira

Examinando a situação financeira municipal, nos diversos países, Benedicto Caplan conclui ser fenômeno universal a absorção, pelas enti-

dades governamentais que estão acima do Município, de recursos originariamente deste, o que constitui uma ameaça pendente sobre os governos locais, impedindo-os de fazer frente ao desafio do grande aumento demográfico (in ob. cit., pág. 13).

No que tange à situação tributária dos Municípios brasileiros, temos que a atual Constituição restringiu a competência tributária local. Essa diminuição, segundo estudiosos do assunto, tais como Josaphat Linhares e Dagoberto Liberato Cantizano, não importou em detrimento das finanças municipais (2).

Ao dispor sobre o Sistema Tributário, a Constituição do Brasil garante ao Município a cobrança dos três tipos de tributos reconhecidos em nosso Direito, tais como imposto, taxa e contribuição de melhoria.

Quanto aos impostos, são de competência municipal:

I — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana;

II — imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados (art. 24, caput, da Constituição).

O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana foi definido na legislação que complementou a norma constitucional, constituída pelo Código Tributário Nacional:

“Art. 32 — O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.”

Tal imposto, que é de antiga competência municipal, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, não apenas o imóvel por natureza, mas também o que resultar de acessão física, tal a edificação, desde que esteja localizada na zona urbana do Município.

A zona urbana é de delimitação municipal, mas o Código Tributário Nacional estabeleceu condições mínimas a serem consideradas, para que possa ser fixada a zona urbana do Município. Tais são a existência de, no mínimo, dois dos melhoramentos seguintes: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; escola primária ou posto de saúde a uma

(2) Assinala Josaphat Linhares que a Reforma Tributária atribuiu aos Municípios maiores recursos, com controle eficaz na sua aplicação, o que melhorou bastante a situação financeira das comunas (in *A reforma tributária e a sua implicação nas finanças dos Estados e Municípios*, Rio, FGV-UFRJ, 1973, pág. 413).

De outra parte, Dagoberto Liberato Cantizano assinala que, em análise superficial, pode-se concluir pela diminuição da receita tributária municipal, o que não ocorreu em vista de o imposto sobre serviços de qualquer natureza haver atingido amplas áreas, então objeto de tributação do imposto sobre Indústria e profissões e imposto sobre diversões públicas (in *O novo sistema tributário brasileiro*, Rio, Forense, 1969, pág. 174).

distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado (art. 32, § 1º, incisos I **usque**, V, do CTN). Além da zona urbana, tal a que contenha, pelo menos, dois dos melhoramentos supra-indicados, existe, ainda, a permissibilidade para que o Município considere zona urbana as "áreas urbanizáveis ou de expansão urbana", tais aquelas constituídas de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes e destinadas a habitação, indústria ou comércio, ainda que sejam localizados fora das zonas urbanas (art. 32, § 2º, CTN).

Como acentua Aliomar Baleeiro, houve flexibilidade do Código Tributário Nacional no padrão ou modelo de zona urbana, porque poderá esta "abranger zona rural, do ponto de vista econômico, pois a existência simultânea de escola a 3 km e de iluminação pública sem distribuição domiciliar pode ocorrer e, às vezes, ocorre nas rodovias à margem das quais se situam verdadeiras fazendas" (in **Direito Tributário Brasileiro**, 9ª ed., Rio, Forense, 1977, pág. 148).

Entretanto, esse critério de localização, estabelecido pelo CTN, foi alterado pela Lei nº 5.868/72, que adotou o da destinação econômica não rural. A citada norma legal considerou como sujeitos ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana os imóveis que não se destinem à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial, com área igual ou inferior a um hectare, independentemente de sua localização (art. 6º e parágrafo único da Lei nº 5.868, de 12-12-72).

Baseia-se o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana no valor venal do imóvel, ou seja, aquele valor "que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado" (ver Aliomar Baleeiro, ob. cit., pág. 149).

Portanto, cumpre ao Município proceder ao cálculo do valor venal para, sobre este, fazer o cálculo do imposto, por meio da aplicação da alíquota, que ficou da livre determinação do legislador municipal, consoante sua conveniência.

O outro imposto de competência municipal é o incidente sobre serviços de qualquer natureza. Esses serviços são todos aqueles prestados por profissionais autônomos ou por pessoas jurídicas, com ou sem caráter de habitualidade, e, ainda, que não estejam na órbita de tributação da União nem dos Estados.

Mais genérica a redação do CTN, foi substituída pela constante do Decreto-Lei nº 406, de 1968, que fez listagem dos serviços que constituem fato gerador do ISS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias (art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68). Essa lista, que, atualmente, vigora com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 834, de setembro de 1969, é a seguinte:

#### SERVIÇOS DE:

1. Médicos, dentistas e veterinários.
2. Enfermeiros, protéticos (prótese dentária), obstetras, ortópticos, fonoaudiólogos, psicólogos.



3. **Laboratórios de análises clínicas e eletricidade médica.**
4. **Hospitais, sanatórios, ambulatórios, prontos-socorros, bancos de sangue, casas de saúde, casas de recuperação ou repouso sob orientação médica.**
5. **Advogados ou provisionados.**
6. **Agentes da propriedade industrial.**
7. **Agentes da propriedade artística ou literária.**
8. **Peritos e avaliadores.**
9. **Tradutores e intérpretes.**
10. **Despachantes.**
11. **Economistas.**
12. **Contadores, auditores, guarda-livros e técnicos em contabilidade.**
13. **Organização, programação, planejamento, assessoria, processamento de dados, consultoria técnica, financeira ou administrativa (exceto os serviços de assistência técnica prestados a terceiros e concernentes a ramo de indústria ou comércio, explorados pelo prestador de serviço).**
14. **Datilografia, estenografia, secretaria e expediente.**
15. **Administração de bens ou negócios, inclusive consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens (não abrangidos os serviços executados por instituições financeiras).**
16. **Recrutamento, colocação ou fornecimento de mão-de-obra, inclusive por empregados do prestador de serviços ou por trabalhadores avulsos por ele contratados.**
17. **Engenheiros, arquitetos, urbanistas.**
18. **Projetistas, calculistas, desenhistas técnicos.**
19. **Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM).**
20. **Demolição, conservação e reparação de edifícios (inclusive elevadores neles instalados), estradas, pontes e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM).**
21. **Limpeza de imóveis.**

22. Raspagem e lustração de assoalhos.
23. Desinfecção e higienização.
24. Lustração de bens móveis (quando o serviço for prestado a usuário final do objeto lustrado).
25. Barbeiros, cabeleireiros, manicures, pedicures, tratamento de pele e outros serviços de salões de beleza.
26. Banhos, duchas, massagens, ginástica e congêneres.
27. Transportes e comunicações, de natureza estritamente municipal.
28. Diversões públicas: **a)** teatros, cinemas, circos, auditórios, parques de diversões, **táxi-dancings** e congêneres; **b)** exposições com cobrança de ingresso; **c)** bilhares, boliches e outros jogos permitidos; **d)** bailes, "shows", festivais, recitais e congêneres; **e)** competições esportivas ou de destreza física ou intelectual, com ou sem participação do espectador, inclusive as realizadas em auditórios de estações de rádio ou de televisão; **f)** execução de música, individualmente ou por conjuntos; **g)** fornecimento de música mediante transmissão, por qualquer processo.
29. Organização de festas e "buffet" (exceto o fornecimento de alimentos e bebidas, que ficam sujeitos ao ICM).
30. Agências de turismo, passeios e excursões, guias de turismo.
31. Intermediação, inclusive corretagem, de bens móveis e imóveis, exceto os serviços mencionados nos itens 58 e 59.
32. Agenciamento e representação de qualquer natureza, não incluídos no item anterior e nos itens 58 e 59.
33. Análises técnicas.
34. Organização de feiras de amostras, congressos e congêneres.
35. Propaganda e publicidade, inclusive planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade; elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários; divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade, por qualquer meio.
36. Armazéns gerais, armazéns frigoríficos e silos; carga, descarga, arrumação e guarda de bens, inclusive guarda-móveis e serviços correlatos.
37. Depósitos de qualquer natureza (exceto depósitos feitos em bancos ou outras instituições financeiras).
38. Guarda e estacionamento de veículos.

39. Hospedagem em hotéis, pensões e congêneres (o valor da alimentação, quando incluído no preço da diária ou mensalidade, fica sujeito ao imposto sobre serviços).
40. Lubrificação, limpeza e revisão de máquinas, aparelhos e equipamentos (quando a revisão implicar em conserto ou substituição de peças, aplica-se o disposto no item 41).
41. Conserto e restauração de quaisquer objetos (exclusive, em qualquer caso, o fornecimento de peças e partes de máquinas e aparelhos, cujo valor fica sujeito ao imposto de circulação de mercadorias).
42. Recondicionamento de motores (o valor das peças fornecidas pelo prestador do serviço fica sujeito ao imposto de circulação de mercadorias).
43. Pintura (exceto os serviços relacionados com imóveis) de objetos não destinados à comercialização ou industrialização.
44. Ensino de qualquer grau ou natureza.
45. Alfaiates, modistas, costureiros, prestados ao usuário final, quando o material, salvo o de aviamento, seja fornecido pelo usuário.
46. Tinturaria e lavanderia.
47. Beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, acondicionamento e operações similares de objetos não destinados à comercialização ou industrialização.
48. Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos prestados ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido (excetua-se a prestação do serviço ao poder público, a autarquias, a empresas concessionárias de produção de energia elétrica).
49. Colocação de tapetes e cortinas com material fornecido pelo usuário final do serviço.
50. Estúdios fotográficos e cinematográficos, inclusive revelação, ampliação, cópia e reprodução; estúdios de gravação de **video-tapes** para televisão; estúdios fonográficos e de gravação de sons ou ruídos, inclusive dublagem e "mixagem" sonora.
51. Cópia de documentos e outros papéis, plantas e desenhos, por qualquer processo não incluído no item anterior.
52. Locação de bens móveis.
53. Composição gráfica, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia.
54. Guarda, tratamento e amestramento de animais.

55. Florestamento e reflorestamento.
56. Paisagismo e decoração (exceto o material fornecido para execução, que fica sujeito ao ICM).
57. Recauchutagem ou regeneração de pneumáticos.
58. Agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio e de seguros.
59. Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos quaisquer (exceto os serviços executados por instituições financeiras, sociedades distribuidoras de títulos e valores e sociedades de corretores, regularmente autorizadas a funcionar).
60. Encadernação de livros e revistas.
61. Aerofotogrametria.
62. Cobranças, inclusive de direitos autorais.
63. Distribuição de filmes cinematográficos e de **video-tapes**.
64. Distribuição e venda de bilhetes de loteria.
65. Empresas funerárias.
66. Taxidermista.

É importante ressaltar que existe discordância, entre os estudiosos, sobre se a lista supra é taxativa, ou se meramente exemplificativa, podendo o Município tributar qualquer outra prestação de serviços, desde que sobre ela não incida tributação da União ou do Estado.

Sobre o assunto, diz Aliomar Baleeiro ser opinião geral de que a lista é taxativa e, pois, somente serão tributados os serviços nela mencionados, apesar de que os diversos itens comportem interpretação ampla e analógica. O grande tributarista indica opinião discordante da sua, qual a de Rubens Gomes de Sousa, para quem existe incompatibilidade entre taxatividade e analogia (in ob. cit., pág. 270).

Entendendo não ser taxativa a lista do art. 8º do Decreto-Lei número 406/68, Joaquim Castro Aguiar assinala que a finalidade da enumeração foi distinguir as atividades sujeitas ao ISS daquelas sobre as quais deve incidir o ICM. Como acrescenta Castro Aguiar, a enumeração taxativa pode deixar atividade sem tributação, o que seria desigual e injusto (in **Sistema Tributário Municipal**, Rio, José Konfino, 1971, pág. 65).

O imposto sobre serviços, contrariamente ao incidente sobre propriedade imobiliária urbana, tem sua alíquota máxima fixada pelo legislador federal, consoante mandamento maior (art. 24, § 4º, da Constituição). Assim, o Ato Complementar nº 34, de 30 de janeiro de 1967, estabeleceu alíquota máxima geral de 5% (cinco por cento), sendo que, para a execução de obras hidráulicas ou de construção civil, essa alíquota é reduzida para 2% (dois por cento), enquanto se eleva para 10% (dez por

cento), quando se tratar de jogos e diversões públicas (art. 9º do AC nº 34/67).

Além dos dois impostos, já examinados, incluem-se na competência municipal as taxas e a contribuição de melhoria, de forma ampla.

Esses tributos são definidos no art. 18 da Carta Magna, que estabelece normas outras atinentes à sua cobrança.

Acatando o delineamento constitucional, o CTN indica como fato gerador da taxa "o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição".

Essa definição de taxa, de nosso direito positivo, corresponde à noção que a doutrina clássica construiu desse tributo, exceto no que tange ao exercício do poder de polícia.

Distingue-se, assim, a taxa do imposto por ser esse cobrado de modo generalizado, sem contraprestação de serviço público específico, em proveito do contribuinte.

Ao Município abre-se um elenco de taxas, consoante a maior ou menor extensão do exercício do seu poder de polícia, ou dos serviços postos à disposição dos contribuintes.

Em estudo elaborado, o IBAM relaciona os serviços municipais que podem ser cobrados por taxas:

#### TAXAS PELO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

- Licença para abertura, localização e funcionamento de estabelecimento de produção, indústria, comércio ou prestação de serviços, bem como profissionais individuais.
- Licença de renovação anual para localização de estabelecimentos de produção, indústria, comércio ou prestação de serviços, bem como de profissionais individuais.
- Licença para funcionamento de estabelecimentos industriais, comerciais e prestadores de serviços em horário extraordinário.
- Licença para o exercício do comércio eventual, ambulante e de feirante.
- Licença para execução de arruamentos e loteamentos em terrenos particulares.
- Licença para publicidade.
- Licença para ocupação de áreas em vias e logradouros públicos.
- Licença para o abate de gado fora do matadouro municipal.
- Outras que possam decorrer do tipo especial de economia do Município.

## TAXAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

- de limpeza pública;
- de iluminação pública;
- de conservação de vias e logradouros públicos;
- de pavimentação de vias públicas;
- de expediente;
- de apreensão de animais em vias públicas;
- de alinhamento e nivelamento;
- de cemitério;
- de vistoria;
- de coleta de lixo;
- outras que possam decorrer do tipo especial da economia do Município (in **Análise das fontes e possibilidades de financiamento para as regiões metropolitanas** — Estudo elaborado pelo CPU do IBAM, sob patrocínio da CNPU, Rio, IBAM, 1978, páginas 52-3).

A contribuição de melhoria é o terceiro do elenco dos tributos, e pode ser cobrada pelo Município.

É um tipo de tributo que tem por fato gerador a valorização imobiliária decorrente da execução de obra pública. Nos termos constitucionais (art. 18, II), é essa contribuição limitada total e individualmente. O limite total é o de despesa realizada pelo Município, no caso, e o individual é o do valor acrescido ao imóvel beneficiado com a obra executada.

Foi esse tributo definido pelo CTN, art. 81, conforme a noção da Lei Maior, sendo que o Decreto-Lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967, deu-lhe regulamentação. Aliás, devendo regular esse tributo, na órbita federal (é a contribuição de melhoria de competência das três esferas governamentais), traz, entretanto, disposições atinentes aos Estados e Municípios, pelo que são por estes observadas.

As obras públicas de que resultar valorização imobiliária de proprietários privados, em relação às quais cabe a cobrança da contribuição de melhoria, são as seguintes: abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas; construção ou ampliação de sistemas de trânsito rápido, inclusive todas as obras e edificações necessárias ao funcionamento do sistema; serviços e obras de abastecimento de água potável, esgotos, instalações de redes elétricas, telefônicas, transportes e comunicações em geral ou de suprimento de gás, funiculares, ascensores e instalações de comodidade pública; proteção contra secas, inundações, erosão, ressacas, e de saneamento e drenagem em geral, diques, cais, desobstrução

de barras, portos e canais, retificação e regularização de cursos de água e irrigação; construção de estradas de ferro e construção, pavimentação e melhoramento de estradas de rodagem; construção de aeródromos e aeroportos e seus acessos; aterros e realização de embelezamento em geral, inclusive desapropriações em desenvolvimento de plano de aspecto paisagístico (art. 2º, itens I a VIII, do Decreto-Lei nº 195/67).

Portanto, desde que o Município execute algumas das obras públicas indicadas, poderá promover a cobrança da respectiva contribuição de melhoria.

Entretanto, a cobrança desse tributo obedece a sistemática, indicada no CTN, que importa em edição de lei contendo requisitos mínimos catalogados no art. 82, o que foi complementado pelos arts. 3º e 7º do Decreto-Lei nº 195/67.

Assim, deverão os contribuintes ter prévia ciência da obra, com todas as suas especificações, e o custo para cada imóvel por ela beneficiado, podendo cada proprietário, que se sentir prejudicado, impugnar item do edital, que será obrigatoriamente publicado pelo Município. Também, consoante determinação legislativa federal, a contribuição de melhoria será calculada através do rateio do custo parcial ou total da obra, *proporcionalmente, entre os imóveis beneficiados, levando-se em conta a situação do imóvel, testada, área, finalidade de exploração econômica e outros elementos que importem na apuração do acréscimo de valor decorrente da obra* (art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 195/67).

### III. A TRIBUTAÇÃO URBANA E O FINANCIAMENTO DO MUNICÍPIO. OUTROS MECANISMOS DE RECEITA

III.1 — Dificuldade financeira dos Municípios. As finanças municipais, no Brasil.

III.2 — As perspectivas de incremento da receita municipal. As novas opções. III.2.1 — Imposto sobre a propriedade imobiliária urbana. III.2.2 — Contribuição de melhoria. III.2.3 — Desapropriação por zona. III.2.4 — A concessão de uso de bem público. III.2.5 — O mecanismo do solo criado.

#### III.1 — **Dificuldade financeira do Município. As finanças municipais, no Brasil**

A escassez de recursos da Fazenda Municipal é uma realidade, não apenas no Brasil, mas na América Latina, conforme observa Diogo Lordello de Mello, que faz referência ao que chama "curioso fenômeno de causação circular: o Município, por falta de recursos, não presta os serviços que lhe competem; o Governo central o substitui na execução dos serviços públicos; e, como resultado, fica com o Município a competência formal mas não o serviço nem a renda que dele deriva" (Diogo Lordello

de Mello e Jacaúna de Alcântara, in **O Município na América Latina**, RAM, Rio, IBAM, nº 111:55-78, março/abril, 1972, pág. 59) (3).

Na verdade, o Município brasileiro, de um modo geral, tem reduzida expressão financeira. E, se atentarmos para a sua competência tributária e a receita própria, sem computarmos as transferências do Estado e da União, é, ainda, mais desanimadora a situação financeira municipal.

Aliás, segundo estudo feito pelo Ministério da Fazenda, atualmente, a carga dos tributos, no Brasil, é dividida nas seguintes proporções: 64,5% (sessenta e quatro e meio por cento) para a União; 30,6% (trinta e seis décimos por cento) para os Estados; e 4,9% (quatro e nove décimos por cento) para os Municípios (in Josaphat Linhares, **A reforma tributária e sua implicação nas finanças dos Estados e Municípios**, Rio, FGV-UFRJ, 1973, pág. 426).

Sobre essa limitada competência tributária, agrava a situação financeira do Município brasileiro a parcimônia com que cobra os seus tributos, isso por motivos de ordem administrativa, política e econômica, como constatou estudo promovido pelo Centro de Pesquisas Urbanas do IBAM (in **Análise das fontes e possibilidades de financiamento, para as regiões metropolitanas**, citado, pág. 37).

Nesse mesmo sentido, técnicos do Banco Mundial verificaram que as prefeituras do Estado de São Paulo não estão arrecadando, com as suas próprias fontes de receita, metade do que poderiam obter (ver **O Estado de S. Paulo**, edição de 9-7-69).

E essa perspectiva negativa, no que tange à receita tributária municipal, é consubstanciada no já referido estudo do IBAM, assim posta: "Embora possamos recomendar um esforço sistemático visando ao aumento da arrecadação do IPTU e do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), através de medidas de natureza técnico-administrativa, não há muita probabilidade de que somente estes dois tributos possam produzir receita suficiente para cobrir a gama de necessidades presentes numa região metropolitana (in **Análise das fontes e possibilidades de financiamento, para as regiões metropolitanas**, pág. 37).

### III.2 — **As perspectivas de incremento da receita municipal. As novas opções**

A realidade municipal é a de insuficiência de receita para fazer face ao crescente volume de serviços e de obras, que deve o Governo local prestar e executar, em vista do crescimento urbano e das exigências do progresso.

Portanto, põe-se como problema de urgência às municipalidades a melhoria de sua arrecadação, o fortalecimento de suas finanças.

(3) Observa Paul Hugon que "a superposição das três unidades administrativas — União, Estados e Localidades ou Municípios — apresenta problemas especiais e árduos de discriminação e de repartição fiscal". E, mais adiante, traz esta citação de Seligman: "E como as necessidades aumentam mais depressa no domínio da administração local que no domínio do governo nacional, são sobretudo as questões referentes às receitas dos Estados e das localidades que se tornam cada vez mais embaraçosas" (in **O imposto**, 2.ª ed., Rio, Edições Financeiras, s/d, provavelmente, 1951).



Sob o aspecto tributário, infelizmente, no que diz respeito aos impostos, não há competência residual, e, pois, deve restringir-se à cobrança dos autorizados pela Constituição Federal.

Entretanto, se não pode aumentar o número de impostos, poderá o Município promover o incremento dos recursos oriundos de sua cobrança, seja na atualização dos valores que constituem sua base de cálculo (4), seja na diligência junto aos contribuintes em atraso.

Com efeito, inexistente obstáculo de ordem constitucional ou legislativa para a majoração de tributos. E o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 14 de setembro de 1977, declarou inconstitucional o art. 19 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que limitava o aumento dos tributos estaduais e municipais ao índice inflacionário (in **Análise das fontes e possibilidade de financiamento para as regiões metropolitanas**, citado, pág. 39).

Muito interesse deve causar o imposto sobre serviços, imposto principal, que pode carrear substancial receita para o erário do Município.

E, ainda, pode também ser aperfeiçoado o mecanismo de cálculo do imposto sobre a propriedade imobiliária.

Examinemos, pois, essas perspectivas de incremento da receita municipal, com ênfase no imposto sobre a propriedade imobiliária e contribuição de melhoria, no campo tributário, e, ainda, a utilização da desapropriação por zona, da concessão de uso público e do mecanismo do solo criado.

### III.2.1 — Imposto sobre a propriedade imobiliária urbana

O imposto sobre a propriedade imobiliária, típico do Município, tem tido preferência antiga, talvez, como diz Caplan, por ser a "forma patrimonial mais localizada" (in ob. cit., pág. 75). E é tributo que tem condição de garantir boa receita para as municipalidades, além de servir para fins extrafiscais no que diz respeito a prioridade de construção em determinadas zonas, ou a desestímulo à manutenção de prédios em ruínas ou em mau estado de conservação.

O passo decisivo para que seja aumentada a arrecadação desse tributo é a fixação de sua base de cálculo de modo realístico. É que, na letra da lei, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel. E, na prática, os Municípios fixam valor venal, para efeito de tributação, que não se aproxima, sequer, do valor de mercado, do imóvel. Normalmente, o "valor venal" tributado equivale à quarta ou quinta parte do real "valor venal" do imóvel.

---

(4) A respeito da necessidade de atualização de valores do imposto sobre imóveis, diz Geraldo Ataliba, em parecer que emitiu sobre tributação municipal: "Se os valores imobiliários são mutáveis (incrementam-se e deterioram-se sob influência de muitos fatores) e variáveis (não são os mesmos em todos os lugares) devem ser revistos periodicamente, para assegurar o incremento proporcional da receita tributária" ("Imposto Predial Urbano e Taxas de Serviços Urbanos", in RDP, São Paulo, RT, n.º 11:118-139, Jan./março. 1970, pág. 126).

Para a fixação do valor venal do imóvel, de um modo geral, os Códigos Tributários Municipais estabelecem os critérios, que incluem a pesquisa de preço, em cartórios e no mercado imobiliário.

Entretanto, a fixação é sempre aquém da realidade, muito aquém, importando em valores ínfimos arrecadados, na cobrança desse tributo. Isso, por sinal, vai agravado pelo fato de que, feita uma avaliação, não vai esta atualizada anualmente demorando tempo suficiente a torná-la quase simbólica.

Portanto, é necessário, para o incremento da receita tributária municipal proveniente do IPTU, que seja organizado um cadastro imobiliário, criteriosamente e periodicamente atualizado.

Além do mais, nota-se uma grande variação de alíquotas tanto do imposto sobre a propriedade territorial, quanto sobre a propriedade predial, nos diversos Municípios. É necessário que se reexaminem alíquotas excessivamente baixas, porque estas, aliadas à fixação, em bases inferiores à real, do "valor venal" do imóvel, resulta em um valor mínimo do imposto a pagar.

### III.2.2 — Contribuição de melhoria

Esse tributo tem precedentes muito remotos, que datam do Digesto (livro I, t. 47, § 1º) e das Ordenações Manuelinas (lei de 6-7-1596), havendo uso análogo em Florença, no século XIII, e na Inglaterra, nos séculos XIII e XV, sendo que, no século XVII, foi utilizada em Londres e em New York. O êxito maior desse tributo, porém, verificou-se nos Estados Unidos, onde recebeu a denominação de **special assessment**, e foi muito utilizada na construção de rodovias (ver Aliomar Baleeiro, ob. cit., págs. 328-9).

No caso americano, consoante salienta o mestre Aliomar Baleeiro, havia predominância do fator benefício sobre o custo, ou seja, predominava o benefício que da obra pública resultava para o imóvel, sobre o custo da obra pública (ob. cit., págs. 329-30).

Mas, segundo Bandeira de Mello, os americanos terminaram, por força de seu espírito prático, por substituir o **benefit assessment** pelo **cost assessment** (in **Contribuição de melhoria e autonomia municipal**, São Paulo, Prefeitura Municipal, 1952, pág. 22) (5).

No que tange à experiência brasileira, acusa recente estudo do IBAM, já mencionado, não ser expressivo. E isso se deve a dificuldades que o Município tem encontrado para a sua aplicação.

(5) Sobre a contribuição de melhoria e a substituição promovida pelos norte-americanos, tendo em vista a dificuldade no seu cálculo, diz O. A. Bandeira de Mello: "Trocaram a sedução das fórmulas da retribuição com base na valorização — com o esplendor democrático de participação do contribuinte no estudo e fiscalização do empreendimento, em que se vislumbram anseios de perfeita justiça distributiva, no compor a indenização pela obra por parte dos beneficiados, na proporção da vantagem estritamente calculada em face do novo valor do imóvel — por sistema mais objetivo, que não acarretasse tantas delusões entre as reais condições sociais, políticas e administrativas dos ambientes, onde essas concepções cerebrinas teriam de desacreditar o instituto e acarretar o seu completo fracasso e abandono pelos homens do governo" (in ob. cit., pág. 22).

É certo que a contribuição de melhoria é destinada a situações em que o imóvel se valoriza em decorrência de obra pública, de modo que visa a impedir que a mais valia se incorpore ao patrimônio do respectivo proprietário, através da cobrança do valor correspondente, transferindo-a para a coletividade, que a financiou.

E, por isso, considerando as dificuldades que se apresentam, na prática, no sentido de identificar a "mais valia", refere-se José Washington Coelho à formação de uma corrente que visa a reduzir esse tributo a simples técnica de financiamento, o que, para ele, é inaceitável, pois que, então, seria reduzido ao que não é (in **A contribuição de melhoria como instrumento legal para aquisição de recursos**. "O Decreto-Lei nº 195 e a realidade municipal brasileira", in **O Município e o Direito urbano**, Rio, IBAM, 1974, págs. 114, 147).

Aliás, esse problema foi focalizado em Seminário que se realizou em novembro de 1967, sob promoção do IBAM e com patrocínio do SERFHAU, *contendo o documento que convocava o Encontro o aspecto da natureza desse tributo, pondo em face a alternativa de se tratar de tributo sobre a mais valia ou, simplesmente, uma técnica de financiamento de obras públicas* (in RAM, Rio, IBAM, nº 86, 1968, pág. 63).

E, a respeito, assegura Joaquim Castro Aguiar que "a contribuição de melhoria só se tornará um tributo constitucionalmente exequível, pelo menos para a grande maioria dos Municípios brasileiros, quando considerado técnica de financiamento de obras públicas. A doutrina da mais valia ou levará ao arbítrio indiscriminado, ou será impraticável" (in *ob. cit.*, pág. 138).

No entanto, o que se verifica, em generalidade, é verdadeira inoperância da contribuição de melhoria, que tem, por sua natureza mesma, condição de carrear aos cofres do Município quantias razoáveis, de modo a desenvolver as obras públicas.

É certo que se faz necessário tomar uma série de providências, para as quais são exigidos pessoal e equipamento. Mas, considerando que sempre devem ser executadas, a cada dia com mais dispêndios, obras públicas municipais, é necessário que se disponha o Governo local a providenciar no sentido de que seja esse tributo exequível.

E, como pondera Aliomar Baleeiro, não são tão grandes as dificuldades para que se promova a cobrança da contribuição de melhoria, indicando como razões, além de a lei excluir a aplicação nos casos de pequena arrecadação, as seguintes: a parte mais penosa do cálculo é feita pelas repartições técnicas de engenharia, que fazem os levantamentos sobre as zonas atingidas, áreas, estado atual, projeto da modificação a realizar, especificações, cálculo do custo total e unitário da obra; os imóveis com provável valorização já estão avaliados segundo os cadastros fiscais, para fins de tributação imobiliária; é aplicável a técnica da avaliação para desapropriação, conhecida e praticada até para casos individuais e de pequeno valor; e, ainda, considera que "a prelação pode resolver os casos extremos, resistentes aos processos de con-

ciliação ou de avaliação, insinuados no sistema brasileiro em vigor" (in ob. cit., pág. 332).

Portanto, é certo que a contribuição de melhoria é exequível, se bem que exija, por parte do governo municipal, uma série de providências. Mas, nem por isso deverá ser ignorada, como vem ocorrendo, porque, mormente nas obras de grande vulto, é de grande importância para garantir aos cofres municipais o retorno, senão total, pelo menos parcial, da despesa realizada.

### III.2.3 — Desapropriação por zona

A desapropriação por zona é, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, "a desapropriação de uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, por abranger a zona contígua a ela, tendo em vista reservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou revendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto" (citação de Manoel Oliveira Franco Sobrinho, in **Desapropriação**, São Paulo, Saraiva, 1973, pág. 157).

Essa modalidade de desapropriação, cuja finalidade já foi tão clara e precisamente indicada por Celso Antonio Bandeira de Mello, não é novidade em nosso Direito, se bem que não tenha sido nem venha sendo utilizada com a freqüência que seria de se esperar.

Na verdade, há mais de trinta anos existe legislação regulando essa modalidade desapropriatória. Já o art. 4º da Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, dispunha autorizativamente sobre a expropriação em área superior à necessária, desde que houvesse valorização excessiva.

Portanto, é bem indicada essa forma de desapropriação quando, na realização de obra de grande vulto, o governo municipal cientificar-se de grande valorização imobiliária decorrente. Contando com áreas adjacentes à obra realizada, poderá não apenas garantir, através da venda posterior dos imóveis, o retorno dos dinheiros empregados, mas também impedir que sejam excessivamente beneficiadas determinadas pessoas — no caso, os proprietários dos imóveis, com recursos de toda a comunidade.

Assim, a desapropriação por zona, se bem não um instrumento tributário, substitui, satisfatoriamente, em muitos casos, a contribuição de melhoria.

Por sinal, já reconhecia essa possibilidade, logo após a publicação da Lei nº 3.365/41, o grande jurista Miguel Seabra Fagundes, na sua obra **Da Desapropriação no Direito Brasileiro**, quando afirma que "constitui, sob certo aspecto, um substitutivo da contribuição de melhoria. O Estado, em vez de cobrar do beneficiário um tributo correspondente ao aumento de valor, que a obra pública acarreta aos imóveis adjacentes, chama estes imóveis ao seu patrimônio pelo preço antecedente à realização da obra, e, alienando-os posteriormente, beneficia-se com a diferença entre o preço de aquisição e o de revenda" (citação de O. A. Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 58).

Seria, pois, bem interessante que, nos casos de realização de obra pública de relevo, fosse examinada a possibilidade da desapropriação de faixa superior à necessária para que, após, a Administração Municipal procedesse à venda de imóveis já beneficiados, portanto com preço compensador, de molde a fazer face às despesas realizadas.

#### III.2.4 — A concessão de uso de bem público

Constitui-se a concessão de uso de bens públicos na transferência, pelo Estado, da posse de um bem público, para uma pessoa privada, a fim de que esta o utilize em atividade de interesse comum.

A concessão de uso é ato bilateral, consubstanciando-se em contrato, em que, naturalmente, cabe a resolubilidade, mas garante aos contratantes estabilidade na relação jurídica. Assim, garante o particular contra a possibilidade, pura e simples, de revogação do ato, como seria o caso de um ato administrativo precário, tal a permissão.

A concessão de uso de bens públicos é regulada, no Direito brasileiro, e não tão recentemente. Dispõe sobre ela o Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que assim estabelece no seu art. 7º, *verbis*:

“Art. 7º — É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.”

Portanto, delineada positivamente, a concessão de uso de bens públicos pode efetivar-se, desde que seja no interesse social, e com a finalidade indicada na lei, que, também, estabelece normas de operacionalização dessa nova figura do direito real público.

A permissibilidade legal de utilização, pela pessoa jurídica de direito público, de seus bens, para garantia de melhor aproveitamento e utilização destes, em prol da comunidade, abre perspectivas boas ao Município, que conta com mais uma fonte de receita, no fortalecimento de suas fracas finanças, além de garantir oportunidade de melhoria local sem que seja necessário efetivar despesas. De qualquer forma, a concessão de uso de bem público poderá ser utilizada, pelo Município, como excelente instrumento de melhoria coletiva, seja na captação de recursos, seja no oferecimento de novas opções de lazer, de diversão, de cultura etc., sem necessidade de o governo municipal promover grande investimento.

Portanto, o Município poderá aproveitar prédios dominiais desafetados, ou parcialmente afetados, para incrementar uma série de atividades. São exemplos, dentre o vasto número de possibilidades que se abrem ao Município, na utilização da concessão de uso de seus bens a particulares:

— Na comercialização de alimentos, a concessão de uso possibilitaria localizar mercados, feiras e abatedouros, enquanto na

atividade produtiva rural, promoveria o incremento de fazendas-modelo e de granjas.

— Culturalmente, poderia beneficiar-se com uma série de atividades de interesse coletivo, tais como estabelecimentos de ensino, teatros, cinemas, discotecas.

— No que diz respeito ao turismo e ao lazer, a concessão de uso de bem público teria excelentes possibilidades para parques de diversões, zoológicos, de preservação natural, de "camping", bem como para hotéis, motéis, balneários, termas, bares, restaurantes, campos de desportos, piscinas públicas, dentre outros (ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, in "A concessão de uso no urbanismo". "Concessão de uso como geradora de Direito real público", in **O Município e o Direito urbano**, Rio, IBAM, 1974, págs. 95-111).

A concessão de uso de bem público apresenta-se, assim, como nova fonte de renda para a Municipalidade, através da cobrança de uma tarifa para ocupação do imóvel, além de possibilitar novas oportunidades à classe empresarial, na abertura de diversas formas de empreendimentos mediante a utilização de imóveis públicos, no que redundará em benefício generalizado para toda a comunidade.

### III.2.5 — O mecanismo do solo criado

Esse mecanismo denominado de "solo criado" tem, nos dias atuais, grande interesse para urbanistas e administradores municipais, tendo em vista a possibilidade de aplicação, que é feita com mais de uma finalidade.

Na França, Itália, Espanha e Estados Unidos, consoante indicam os estudiosos e confirmam os Encontros para exame do assunto (ver **O solo criado**, Anais do Seminário de São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima, 1977), já existe uma experiência, com regulamentação legal.

No Brasil, os primeiros estudos foram realizados pela Fundação Prefeito Faria Lima, através do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal — CEPAM, do Estado de São Paulo, os quais tiveram uma tendência nitidamente urbanística. Mais tarde, porém, foi desenvolvida a idéia do solo criado para aplicação fiscalista, devendo-se a sua apresentação, em maio de 1976, no II Congresso de Municípios do Estado de São Paulo, pelo então Prefeito da capital paulista.

Portanto, colocam-se essas duas funções básicas ao mecanismo do "solo criado", quais a de controle do uso do solo, para garantir melhores condições de urbanização, e a de fonte de recursos municipais.

Em seminário realizado pelo já referido CEPAM, em São Paulo, o Professor da Universidade de Illinois, John Costonis, expôs a experiência norte-americana relativamente a solo criado, focalizando a cidade de Chicago, e, ainda, a de Porto Rico. Ressaltou que, em ambas as cidades, o mecanismo foi utilizado como meio de preservação de patrimônio his-

tórico, equilibrando o novo e o velho, na cidade, e, pois, sem objetivo de desenvolvimento econômico. Assim, em Chicago, diz que a idéia do solo criado, também chamado de “transferência de direitos de construção”, teve por fim “tratar com justiça dos interesses dos proprietários dos terrenos dos governos municipais e do interesse público na preservação do patrimônio da comunidade” (in **O solo criado**, Anais do Seminário realizado em São Paulo, já citado, pág. 82).

Em que consiste esse mecanismo do solo criado?

Ele se constitui na construção além do permitido pelo chamado “coeficiente único de aproveitamento”.

O “coeficiente de aproveitamento”, bem como a “taxa de ocupação” constituem institutos fundamentais do zoneamento, que tem por finalidade restringir o exercício da atividade de construção de imóveis, no interesse coletivo.

O coeficiente de aproveitamento consiste na relação entre a área construída — incluindo a soma dos pisos utilizáveis, em todos os pavimentos — e a área total do terreno em que é situada a edificação. Por outro lado, a taxa de ocupação expressa a relação entre a área ocupada, ou seja, a área construída acima do nível do solo, em plano horizontal, e a área total do terreno em que a edificação se situa.

O solo criado parte da fixação de um “coeficiente único de aproveitamento” para um Município, ou para uma região, ou para um país. No Município, seu próprio governo estabelecerá esse “coeficiente único de aproveitamento”. Nesse caso, solo criado seria a área construída que ultrapassasse esse coeficiente único, que fixaria o direito de construir a uma determinada quantidade, proporcional à área do terreno.

Para que fosse permitido construir além do “coeficiente único de aproveitamento”, teria o proprietário que comprovar a aquisição do direito de construir inerente a outro terreno. Nesse caso, há duas soluções básicas: uma seria adquirir esse direito de outros terrenos, sejam particulares ou públicos; a outra seria a aquisição desses direitos apenas do poder público, mediante pagamento em dinheiro, ou através da doação de terrenos.

A tese do solo criado apresenta-se, assim, primordialmente, como solução de caráter urbanístico, voltada ao controle de uso do solo, a que se somou o enfoque financeiro, pela oportunidade que abriria às Prefeituras Municipais, na transferência ou na venda do “direito de construir”.

Sob o aspecto financeiro, a natureza tributária foi afastada, havendo opinião de que se trata de uma relação contratual (Prof. Eros Roberto Grau, **Aspectos jurídicos da noção do solo criado**, in Anais do Seminário de São Paulo, já citado, pág. 150).

Entretanto, tem sido cogitada a constitucionalidade da implantação, no Brasil, do solo criado, bem assim da necessidade, ou não, de alteração da lei ordinária civil.

A respeito, Eros Roberto Grau pondera que a criação artificial de solos, nos centros urbanos, implica aumento na demanda de serviços públicos de infra-estrutura, cujo custo distribui-se por toda a comunidade, razão por que é coerente com o princípio constitucional da função social da propriedade, além do de justiça social, que seja definido um padrão ou um coeficiente único de aproveitamento. Quanto a este, pode ser definido em lei ordinária, porque é da competência da comunidade definir o papel do direito de propriedade, inexistindo necessidade de alteração constitucional. A lei ordinária seria de órbita municipal, porque o controle do uso do solo urbano e a sua compatibilização ao interesse público é de interesse local. E como não se trata de legislar sobre a propriedade civil, de competência federal, mas somente da preservação do interesse da comunidade urbana, não haverá incompatibilidade com a lei civil nem invasão de competência da União, pelo Município (in ob. cit., págs. 143-9).

Também Dalmo do Valle Nogueira Filho concorda em que o solo criado não constitui transgressão constitucional, em vista de se harmonizar com a função social da propriedade. Entende que se trata de uma concessão onerosa de faculdade que o Poder Público faz a determinados particulares, pelo que não há criação de um tributo, mas concessão de um direito, da mesma maneira que ocorre quando se quer construir e se requer licença para a construção. Frisa que o direito de construir, no sistema jurídico nacional, é inerente ao direito de propriedade, diferentemente do que ocorre na Alemanha e Itália, onde é distinto, tendo por consequência a necessidade de obter esse direito do Poder Público. Mas, o nosso Código Civil permite a limitação do exercício do direito de construir (in **O solo criado**, Anais do Seminário de São Paulo, citado, pág. 65).

Diferentemente dessas opiniões levanta-se o ponto de vista do professor Geraldo Ataliba, segundo o qual implica a tese do solo criado no problema constitucional, concernente ao conteúdo do direito de propriedade assegurado na Carta Magna, como o direito de usar, gozar, fruir e dispor, estando, pois, incluído, no caso de imóvel, o direito de construir. Frisou que, na Alemanha, é o direito de construir separado do direito de propriedade, consoante o direito positivo, tranqüilamente aceito pela consciência popular. No caso da Inglaterra, assinala que o direito de propriedade se assenta, historicamente, em bases diversas do direito brasileiro. Daí por que aconselha seja considerada a experiência da França, assim como da Itália e da Espanha, cujos sistemas jurídicos são semelhantes ao nosso (in **O solo criado**, Anais do Seminário de São Paulo, já citado, págs. 99-102).

Não resta dúvida de que o direito de construir, em nosso direito, é inerente ao direito de propriedade, se bem que possa ser limitado por interesse coletivo, consoante a orientação constitucional (art. 160, III, da Constituição do Brasil). Dessa maneira, seria necessário harmonizar a teoria do solo criado aos princípios do sistema jurídico nacional, legislando o Município de maneira a restringir o direito de construir, mas não transferindo ou vendendo, como detentor desse direito. A não ser que, considerado o "coeficiente único de aproveitamento", transferisse ou



cedesse os direitos inerentes aos bens do patrimônio municipal, assegurado igual direito a proprietários privados. Desse modo, estaria respeitada a feição do nosso direito de propriedade.

Por outro modo, garantindo sempre o pagamento ao Poder Público do Município, entendemos que, com ênfase ao aspecto financeiro, constituir-se-ia, necessariamente, numa licença para construir a mais.

Entretanto, conforme dá conta, pesquisa de opinião promovida pela Assessora Técnica do IBAM, Ana Maria Brasileiro, os juristas entendem que existe permissibilidade para a implantação do solo criado. Assim, para o jurista Sérgio Ferraz, não existe "do prisma constitucional, empecilho a que, no direito de propriedade, se destaque a faculdade de construir"; enquanto para Eurico Azevedo "é possível ao Município adotar o solo criado sem suporte de legislação federal, desde que o faça na mesma linha de exigência feita aos loteamentos" (in **Análise das fontes e possibilidades de financiamento para as regiões metropolitanas**, Rio, IBAM, 1978, pág. 78).

Em estudo sobre esse mecanismo, o eminente jurista M. Seabra Fagundes considera que a construção com superposição de múltiplos pisos, em vista de sobrecarregar os equipamentos e serviços públicos locais, deve ter um ônus maior, através de tributo, que teria característica própria, bem distinta da contribuição de melhoria. Teria tal tributo, com incidência sobre os favorecidos pela criação de solo, seu fundamento no § 5º do art. 18 da Constituição Federal (in **Aspectos jurídicos do solo criado**, RDA, Rio, FGV, nº 129:1-10, jul./set. 1977, págs. 7-8).

Por outro lado, afirma que a competência para legislar sobre solo criado suscita dúvidas de difícil solução, porque envolve não somente aspectos de edificação, típico interesse local, mas também diz respeito a aspectos do direito de propriedade, que é regulada pela União Federal, além de, no respeitante às regiões metropolitanas, incidir na área de competência estadual (ob. cit., págs. 8-9).

Como é de notar pela diversidade de opiniões, ainda está o mecanismo do solo criado em franco debate e em necessária maturação, a fim de ser possível a sua generalizada adoção, ou o seu repúdio, por parte de administradores e juristas.

Registre-se, por outro lado, que já se verificaram experiências brasileiras, nas Prefeituras de São Paulo e do Rio de Janeiro, nesta através da permissão aos empreendedores de construir um andar a mais, condicionando a que o pavimento térreo seja aberto, em pilotis. Por outro lado, a Lei Municipal nº 7.288, de 2 de abril de 1969, da Prefeitura de São Paulo, permitiu, tendo em vista o alargamento da Avenida Paulista, que os proprietários computassem área de terreno doada ao Município para o fim de cálculo do índice de aproveitamento. Também se registre a do Município de São Bernardo do Campo, que, em 1976, promoveu a instituição do índice de aproveitamento único, para os terrenos da cidade, sendo que, em locais de maior densidade, seria permitido maior coeficiente, compensada a possibilidade de construir a mais com

área verde para a população (in **O solo criado**, Anais do Seminário de São Paulo, citado, pág. 28).

De qualquer modo, está em franco desenvolvimento o estudo, e já iniciada a prática, do mecanismo do solo criado, que, se bem dê ênfase ao urbanismo, consoante o início de sua aplicação no Brasil, bem assim segundo experiência estrangeira, tal a norte-americana, pode e deve ser utilizado como fonte de receita municipal.

Dependerá, entretanto, de acurada observação do sistema jurídico nacional e das peculiaridades locais, a fim de que possa ser implantado sem restrições de ordem constitucional ou legislativa, e, por outro lado, renda os frutos que dele se espera, em proveito do Município e de sua população (6).

#### IV. A TRIBUTAÇÃO URBANA E SUA FUNÇÃO

IV.1 — Os tributos municipais. Função fiscal e parafiscal. IV.2 — Experiência municipal de aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana com função extrafiscal.

##### IV.1 — Os tributos municipais. Função fiscal e parafiscal

Os tributos municipais, como ocorre com os de outras pessoas públicas, têm precípua função fiscal, que diz respeito à arrecadação de receitas, através da utilização do seu **jus imperii**.

Essa função tem grande importância, e, no caso do Município brasileiro, como vimos, por sua limitada e insuficiente competência tributária, assume especial relevo, devendo constituir preocupação dos governos locais a adoção de normas regulamentares que permitam, dentro de suas realidades, o máximo de arrecadação. Por isso, no que tange ao imposto sobre a propriedade imobiliária, exige o interesse tributário do Município que seja efetivamente estabelecido um "valor venal" do imóvel condizendo com a noção que tem esse valor venal, não simbolicamente, muito aquém da realidade, como se processa, generalizadamente, nos dias atuais. Além disso, é preciso que a alíquota não seja tão baixa, a fim de ser garantido imposto razoável.

O mesmo cuidado deve ter a municipalidade relativamente à correta e suficiente fixação dos valores das taxas cobradas, bem assim procurar promover a cobrança de contribuição de melhoria.

A essa função fiscal, da maior importância, soma-se a outra função dos tributos municipais, também de realce, qual a extrafiscal, ou parafiscal. Esta diz respeito à utilização dos tributos como mecanismo de orientação do desenvolvimento urbano, portanto, como meio de execução de uma política de urbanismo.

(6) A propósito das atividades municipais, já em 1972, o Ministro do Planejamento, em conferência realizada no 1.º Seminário Nacional sobre Desenvolvimento Urbano, no Rio de Janeiro, indicou como meta prioritária dos Municípios, para cuja consecução deveriam contar com o apoio do Governo Federal, dentre outras, o do uso do solo urbano (in **O Brasil como sociedade urbana**, RAM, Rio, IBAM, n.º 115:79-84, nov./dez. 1972, pág. 83).

É certo que, na escassez de recursos, e tendo em vista as constantes e crescentes necessidades sociais que uma comunidade urbana apresenta, a utilização extrafiscal do tributo pode auxiliar muito as administrações no sentido de assegurar a satisfação de uma parcela desses reclamos dos Municípios.

Não se pode, pois, no estudo da tributação urbana, deixar de fazer registro dessa função extrafiscal, ao mesmo tempo ressaltando a urgência de uma boa utilização da parafiscalidade.

Assim, no que tange à boa utilização do solo, o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana poderá servir como desestímulo à existência de terrenos baldios, ou com mau aspecto, nas zonas centrais da cidade, ou, ainda, estimular construção em determinadas zonas ou locais.

#### **IV.2 — Experiência municipal de aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana com função extrafiscal**

Existe uma distinção entre função fiscal e extrafiscal de tributos, se bem que, na política geral do Município, sejam ambas de grande e, mesmo, fundamental importância.

Já examinamos a debilidade da receita tributária municipal e sua necessidade de fortalecimento, através de critérios que visem a tornar mais realística e efetiva a cobrança desses tributos.

Entretanto, um estudo comparativo dos Códigos Tributários Municipais demonstra a variedade na alíquota cobrada, bem assim nos critérios de isenção do imposto sobre a propriedade imobiliária, sem contar com os demais aspectos, tais o elenco e valor das taxas.

O imposto sobre a propriedade territorial urbana tem, geralmente, alíquota superior à do incidente sobre a propriedade predial, representando desestímulo do legislador municipal à permanência de terrenos, à espera de valorização, mormente nas zonas comerciais da cidade. Nestas, as alíquotas sobem sensivelmente, atingindo, em certas cidades, percentuais muito altos, tais Niterói—RJ, Manaus—AM e Porto Velho—RO, que chegam a 10% (dez por cento), 16% (dezesesseis por cento) e 20% (vinte por cento), respectivamente.

Relativamente ao imposto predial, a menor alíquota cobrada, dos Códigos Tributários pesquisados (7) é a do Município de St<sup>o</sup> Antônio das Missões—RS, no percentual de 0,10% (dez centésimos por cento), que se aplica a prédio que o proprietário ocupa exclusivamente para residência; enquanto a alíquota mais alta é a de Goiânia—GO, que atinge 3% (três por cento), tendo em vista fixação, pelo Poder Executivo, com o fim de maior ou menor adensamento populacional dentro das áreas da zona urbana e de expansão urbana, sendo tal situação, porém, transitória,

(7) Foram examinados os Códigos Tributários dos seguintes Municípios: Cabo Frio-RJ, Itaguaí-RJ, Rio de Janeiro-RJ, Niterói-RJ, Olinda-PE, São Francisco do Conde-BA, Recife-PE, São Caetano do Sul-SP, Curitiba-PR, Manaus-AM, Porto Velho-RO, Conselheiro Lafaiete-MG, Itajubá-MG, Porto Alegre-RS, Santo Antônio das Missões-RS, Salvador-BA, Vitória da Conquista-BA, Feira de Santana-BA, Campina Grande-PB, Fortaleza-CE, Polânia-GO, Teresina-PI, São Bernardo do Campo-SP, Cuiabá-MT, Teófilo Otoni-MG, Novo Hamburgo-RS, Macapá-Amapá, Rio Branco-AC.

devendo, posteriormente, a lei fazer a fixação das alíquotas. É de ressaltar que também em Porto Alegre—RS verifica-se alíquota normal mais alta, ou seja, de 1,8% (um e oito décimos por cento), sendo que há situação especial relacionada a telheiros utilizados, que se localizem nas 2ª e 1ª divisões fiscais, quando, então, serão cobradas alíquotas de 3,5% (três e meio por cento) e de 6% (seis por cento), respectivamente.

A alíquota mais generalizada, porém, desse tributo é de 1% (um por cento), que, na forma da própria caracterização do imposto, aplica-se ao valor venal do imóvel.

Quanto ao imposto sobre a propriedade territorial urbana, as oscilações, em termos de mínimo e máximo, são também expressivas, e, no mesmo Município, existe, na grande maioria, variabilidade, em função da localização, das condições em que se encontra o terreno e de sua destinação. Assim, a menor alíquota aplicada verifica-se em Goiânia—GO, fixada em 0,3% (três décimos por cento), e que obedece aos mesmos critérios da aplicação do imposto predial, seguindo-se Itaguaí—RJ, Campina Grande—PB, Fortaleza—CE, e Rio de Janeiro—RJ, com alíquota de 0,5% (cinco décimos por cento), sendo que, neste último Município, existe variação até 3% (três por cento), consoante a zona de localização do terreno; enquanto que, em Fortaleza, esse máximo eleva-se para 5% (cinco por cento), também conforme a localização do imóvel tributado.

É de ser registrado que, em torno de variação, a mais acentuada, além da de Fortaleza—CE, é a de Niterói—RJ, cuja alíquota máxima é o décuplo da mínima.

Outro aspecto a ressaltar, no que tange a alíquota do imposto sobre a propriedade territorial urbana, diz respeito às alíquotas mínima e máxima dos Municípios de Manaus—AM e Porto Velho—RO. Em Manaus, a mínima é de 5% (cinco por cento), podendo elevar-se até 16% (dezesseis por cento), enquanto Porto Velho—RO, que também tem a mínima de 5% (cinco por cento), faz variação até 20% (vinte por cento).

Entretanto, esse imposto imobiliário tem, de modo geral, alíquota variável em torno de 1% (um por cento) e 3% (três por cento). Em separado, para fins de melhor exame comparativo, a tabela contendo as variações de alíquotas do imposto sobre a propriedade imobiliária urbana, nas modalidades predial e territorial, colhidas em Códigos Tributários de Municípios das diversas regiões e Estados brasileiros.

Na utilização do imposto imobiliário como instrumento de política municipal, mormente no que diz respeito a urbanização, desincentivando a permanência de terrenos na zona comercial ou de urbanização prioritária, estimulando o melhoramento da aparência dos terrenos e seu bom aproveitamento, os Municípios têm estabelecido sistema de redução ou de agravamento do tributo.

Assim, em Teresina—PI, é prevista redução do imposto territorial, por prazo até 5 (cinco) anos, para proprietários de terrenos, com área não inferior a vinte mil metros quadrados, que tenham promovido, sem ônus para o Município, melhoramentos tais: 1) canalização de água potável,

que vale redução de 15%; 2) esgotos, de 15%; 3) pavimentação, de 15%; 4) canalização ou galerias de águas pluviais, de 15%; 5) de guias e sarjetas, de 5%. Além disso, o mesmo Município oferece incentivo à utilização de terreno para fins de estacionamento de veículos, de uso público, através da redução de 30% (trinta por cento) do valor do imposto devido; enquanto agrava, no mesmo percentual, o tributo relativo a terreno situado em logradouro com calçamento e que esteja com construção em ruína, incendiada ou paralisada, ou, ainda, que esteja sem muro ou passeio (arts. 139, 141 e 142).

Essa forma de incentivo ou de desestímulo, através da redução ou aumento da alíquota, é generalizada, variando, somente, os percentuais, de Município para Município.

Também outra modalidade de utilização do imposto imobiliário, com fim extrafiscal, e para garantir melhores condições urbanísticas à cidade, diz respeito à equiparação a terreno, tendo por consequência cobrança de tributo com alíquota mais alta, de construção que for inadequada à situação, dimensão, destino ou utilidade — prevista nos Municípios de Rio Branco—AC, Olinda—PE, Volta Redonda—RJ, Novo Hamburgo—RS, Salvador—BA.

É ainda de ser destacada a ênfase à justiça social que marcou o imposto imobiliário, no Município de Americana—SP, cuja Lei Tributária nº 614, de 6 de outubro de 1964, foi objeto de mais de uma ação judicial, logrando subir, em grau de recurso, ao Supremo Tribunal Federal. Esse Município estabeleceu adicional do imposto, ou seja, alíquota variável crescente, para os proprietários de mais de um terreno, pelo que contribuintes inconformados recorreram à Justiça, entendendo que os adicionais do imposto, variando segundo o número de terrenos de cada proprietário, feriam o princípio constitucional de isonomia. No recurso julgado pelo Pretório Excelso, o grande jurista Ministro Victor Nunes Leal reconheceu a finalidade social relevante da variação, considerando-a legal, vez que se baseava em critérios objetivos, citando, no seu acórdão, trecho do parecer do representante do Ministério Público: “nada mais fez o legislador do que valer-se da chamada extrafiscalidade para o atingimento de fins sociais, tendo em vista a utilização dos terrenos baldios. Onerando na proporção do número destes os proprietários, visa a lei compeli-los, na medida de suas fortunas, a edificar. Escopo político-social legítimo, como bem demonstram Aliomar Baleeiro, Rubens Gomes de Sousa, Meireles Teixeira e Hely Lopes Meirelles” (in RTJ, nº 41:607-9, setembro-1967) (8).

Ressalte-se, por outro lado, que, em estudo elaborado pela Fundação Prefeito Faria Lima, de São Paulo, foi proposta a eliminação do imposto imobiliário incidente sobre edifícios — ou seja, o Predial, elevando o imposto sobre terrenos. Esse estudo cita informação de Angy Castro Díaz, segundo a qual, já em 1961, houve conferência no Canadá nesse sentido (ver **O desempenho das Prefeituras e o desenvolvimento urbano — Elimi-**

(8) Recentemente, em recurso de ação proposta contra a mesma Prefeitura de Americana e a propósito da mesma lei, o Tribunal de Alçada de São Paulo teve oportunidade de pronunciar-se pela constitucionalidade e legitimidade da incidência progressiva do imposto sobre a propriedade territorial urbana (ver acórdão de 12-12-1974, publicado na RDA, Rio, FGV, n.º 125:170-3, julho/set. 1976).

**nação do imposto predial** — Estudo elaborado pela Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, junho, 1977, folha 1).

Entretanto, apesar da conclusão do estudo supramencionado no sentido de que não foram verificados, na prática, os efeitos da extrafiscalidade dos impostos imobiliários, face a seu reduzido valor (fl. 2), concordamos com Hely Lopes Meirelles no sentido de que "lícito será, ainda, à Administração Pública, recorrer à parafiscalidade (agravamento, isenção ou atenuação de tributos) como meio de afastar as construções ou atividades desconformes, e fomentar as convenientes aos objetivos da área zoneada" (in **Direito de construir**, São Paulo, RT, 1961, pág. 140).

É certo que, atualmente, grande preocupação existe relativamente à utilização dos tributos municipais, bem assim no que diz respeito à procura de novos instrumentos de urbanismo e de incremento das parcas receitas do governo local, que, a cada dia, é mais pressionado para prestar mais e mais serviços.

Retratou bem este momento atual de necessidade de reformulação financeira pública Fernando Sainz de Bujanda, em trecho que, apesar de longo, é bom que se transcreva: "A transformação dos instrumentos financeiros — o imposto, o crédito público, as despesas — em executores ou auxiliares dos planos econômicos, explica a crise dos conceitos "clássicos" de finança, conceitos que se inspiravam no princípio fundamental do orçamento no jogo das forças econômicas. É aventurado prognosticar o futuro que aguarda os novos métodos e as idéias em que se sustentam; mas o que se pode prever com certeza é que há de transcorrer largo tempo antes que a ciência das finanças elabore um sistema de conceitos ajustado à realidade econômico-social que se está forjando" (in **Hacienda y Derecho**, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, vol. I, prólogo, XVI).

## CONCLUSÃO

O crescimento da atividade estatal, seja em volume, seja em diversidade de serviços, é fenômeno universal, nos dias de hoje. E, no que tange ao Município, é este pressionado para prestar, a cada dia, mais serviços e executar mais obras públicas, tendo em vista o desejo que as populações sentem, mercê das facilidades de comunicações, de participar do progresso.

Por outro lado, é também fenômeno universal o aglomerado urbano, que exige toda uma infra-estrutura de obras e serviços, que vão desde as vias de trânsito ao transporte coletivo, aos locais de lazer, à energia elétrica, água potável, sistema de esgotos e canalização de gás, dentre muitos outros, que são dispendiosos.

No caso brasileiro, a urbanização verificou-se vertiginosamente, multiplicando, em duas décadas, por muitas vezes, o número de aglomerados humanos superiores a vinte mil pessoas, e aumentando enormemente a população dos maiores centros urbanos.

Tal situação criou o problema da execução da infra-estrutura urbana, dificultada pela debilidade das finanças municipais.

Com reduzida competência tributária, o Município conta com transferência da União e do Estado, que, entretanto, não atendem às suas necessidades de gasto. Essa situação vai agravada pela timidez das municipalidades na cobrança de seus tributos, traduzidos na baixa alíquota ou, simplesmente, na falta de utilização da modalidade tributária. Assim, verifica-se a *reduzida alíquota estipulada, em geral, pelos Municípios, para seus impostos imobiliários*, e, sobre isso, a irrealidade do seu cálculo do "valor venal" dos imóveis, resultando bem abaixo do valor de mercado. E, ainda, soma-se a falta de utilização da contribuição de melhoria, tributo de boa potencialidade no financiamento de obras públicas.

Esse impasse, nada positivo, que se põe ao governo local de garantir o crescimento regular e satisfatório da cidade, sem contar recursos suficientes, tem preocupado municipalistas, juristas e administradores, que visam, através de estudos e debates, encontrar novas formas de financiamento do Município. Nesse sentido, *apareceu e tomou corpo a idéia do "solo criado"*, que pode ser utilizado tanto com finalidade urbanística como financeira.

Na procura de solução para a tributação urbana, é de ser dado relevo ao aperfeiçoamento, no caso brasileiro, dos tributos da competência municipal, seja na sua regulamentação em bases realísticas, seja na melhoria dos mecanismos de apuração de valores.

Com ênfase no aspecto da utilização do solo, apresentam-se como instrumentos de boa operacionalidade o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana e a contribuição de melhoria, no campo tributário, bem assim os relacionados à utilização de bens municipais — tal a concessão de uso de bem público, regulada em nossa legislação, e, ainda, os que se prendem à utilização social da propriedade privada — a desapropriação por zona, também prevista em nosso Direito Positivo, e o mecanismo do solo criado, em franco estudo, pesquisa e discussão.

#### BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Joaquim Castro — *Sistema tributário municipal*. Rio, José Konfino, 1971.
- ATALIBA, Geraldo — "Imposto predial urbano e taxas de serviços urbanos", in *RDP*. São Paulo, RT, nº 11:118-139, jan/março, 1970.
- BALEEIRO, Aliomar — *Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed., Rio, Forense, 1977.
- BUJANDA, Fernando Sainz de — *Hacienda y Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, vol. I.
- CANTIZANO, Dagoberto Liberato — *A reforma tributária e a sua implicação nas finanças dos Estados e Municípios*. Rio, FGV-UFRJ, 1973.
- CAPLAN, Benedicto — *Finanzas municipales*. Buenos Aires, Centro Interamericano de Capacitación en Administración Pública, OEA, 1971.
- COELHO, José Washington — "A contribuição de melhoria como instrumento legal para aquisição de recursos. O Decreto-Lei nº 195 e a realidade municipal brasileira", in *O Município e o Direito Urbano*. Rio, IBAM, 1974.
- COLE, Harry J. — "Desenvolvimento urbano no Brasil", in *RAM*. Rio, IBAM, jan./fev., 1971, nº 104:7-23.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira — *Desapropriação*. São Paulo, Saraiva, 1973.

- GRAU, Eros Roberto** — "Aspectos jurídicos da noção do solo criado", in **O solo criado**, Anais do Seminário de São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.
- HUGON, Paul** — **O imposto**, 2ª ed., Rio, Edições Financeiras, s/d.
- LIMA, Antonio Amílcar de Oliveira** — **O Poder Executivo nos Estados contemporâneos**. Rio, Artenova, 1975.
- LINHARES, Josaphat** — **A reforma tributária e sua implicação nas finanças dos Estados e Municípios**. Rio, FGV-UFRJ, 1973.
- MEIRELLES, Hely Lopes** — **Direito de construir**, São Paulo, RT, 1961.
- MELLO, Diogo Lordello de** — "O fenômeno urbano no Brasil", in **O Município e o Direito Urbano**. Rio, IBAM, 1974.
- e **ALCANTARA, Jacaúna de** — **O Município na América Latina**. RAM, Rio, IBAM, março-abril/1972, nº 111:55-78.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de** — **Contribuição de melhoria e autonomia municipal**. São Paulo, Prefeitura Municipal, 1952.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo** — "A concessão de uso no urbanismo. Concessão de uso como geradora de Direito Real Público", in **O Município e o Direito Urbano**. Rio, IBAM, 1974.
- PALEN, J. John** — **O mundo urbano**, trad. de Ronaldo Sérgio de Blasi e Ruy Jungmann. Rio, Forense — Universitária, 1975.
- SOUSA, Rubens Gomes de** — **Compêndio de legislação tributária**, ed. póstuma coordenada pelo IBET. São Paulo, Resenha Tributária, 1975.
- VELLOSO, João Paulo dos Reis** — "O Brasil como sociedade urbana", in **RAM**. Rio, IBAM, nº 115:79-84, nov./dez/1972.
- "Análise das fontes e possibilidades de financiamento para as regiões metropolitanas", Estudo realizado pelo CPU do IBAM, sob patrocínio da CNPU, Rio, IBAM, 1978.
- "Brasil, um país de cidades" — Documento elaborado pelo CPU do IBAM, supervisão de Ana Maria Brasileiro, in **RAM**, Rio, IBAM, nov./dez./1972, nº 115:58-65.
- "O desempenho das Prefeituras e o desenvolvimento urbano — Eliminação do Imposto Predial", Fundação Prefeito Faria Lima, junho, 1977. **Revista de Direito Administrativo**, Rio, FGV, nº 125, jul./set./1976.

**DEMONSTRATIVO DAS ALIQUOTAS DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA, EM DIVERSOS MUNICIPIOS**

Município	Imposto sobre a propriedade predial	Imposto sobre a propriedade territorial urbana
Cabo Frio-RJ	0,5%	1,5%; 2%; 2,5%; 3% e 3,5% — do 1.º ao 5.º ano do lançamento
Iguai-RJ	0,25% a 1,5% — de acordo com a zona	0,5% a 1,5% — segundo a zona
Rio de Janeiro-RJ	0,8%	0,5% — Zona C; 1,5% — Zona B; 3% — Zona A
Niterói-RJ	1%	1% até 10% — p/ zona comercial
Oitinda-PE	1%	2%
Recife-PE	1%	2%
São Francisco do Conde-BA	0,5% — e 1,5% (zona Industrial)	1% e 2% (zona Industrial)
Salvador-BA	0,7% a 1,5% — variação segundo destinação do prédio	1,25% a 4% — variação segundo condições e forma de utilização



Município	Imposto sobre a propriedade predial	Imposto sobre a propriedade territorial urbana
Vitória da Conquista-BA	0,7% a 1% — variação conforme destinação	3%
Feira de Santana-BA	0,6%	1% a 3% — segundo condição de terreno e localização
São Caetano do Sul-SP	0,25% (único imóvel residencial) e 0,5%	1%
São Bernardo do Campo-SP	0,15% (residência do proprietário) e 0,30%	1% e 2% (em zona comercial)
Curitiba-PR	1%	2%
Manaus-AM	1%	5%, podendo ir até 16%
Conselheiro Lafaiete-MG	1%	1% a 3% — progressivo quanto ao número de lotes
Itajubá-MG	1%	1%
Teófilo Otoni-MG	1%	1%, sendo 3% para terrenos não loteados
Porto Alegre-RS	de 0,85% a 1,8% variação consoante localização e valor venal; situação especial — de 3,5% a 6% para telheiro na 2. <sup>a</sup> e 1. <sup>a</sup> zonas	de 2,5% a 6%, de acordo com a localização em zonas fiscais
Santo Antônio das Missões-RS	0,10% a 0,35%, conforme localização	de 1% a 5%, variação quanto à localização
Novo Hamburgo-RS	0,40%	1,5% até 3,5% — segundo a localização
Campina Grande-PB	1%	0,5 a 3% — conforme localização e destinação
Fortaleza-CE	1%	0,5% a 5% — conforme localização
Goiânia-GO	0,3% a 3% — fixado pelo Poder Executivo, que obedecerá a maior ou menor adensamento populacional dentro das áreas da zona urbana e de expansão urbana, e sendo, posteriormente, cessados os motivos, fixada alíquota por lei	a mesma situação do imposto sobre a propriedade predial
Teresina-PI	0,30% a 0,7% — variação segundo destinação	1% a 3% — variação conforme a localização
Cuiabá-MT	0,8%	0,8%
Macapá-Amapá	1% — sendo 0,25% para residência de proprietário	3%
Rio Branco-AC	8,6%	1%

# Emenda Constitucional n.º 12, de 17 de outubro de 1978

## SUMÁRIO

- I — Leitura
- II — Comissão Mista
- III — Parecer
- IV — Discussão em primeiro turno
- V — Votação em primeiro turno
- VI — Discussão e votação em segundo turno
- VII — Promulgação

### I — Leitura

Na sessão conjunta do Congresso Nacional de 23 de agosto de 1978, foi lida a Proposta de Emenda à Constituição nº 13, de 1978, que teve como primeiro signatário o Deputado Thales Ramalho (MDB—Pernambuco) (1):

#### PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N.º 13, DE 1978

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — Renumerem-se os artigos 166 e seguintes e dê-se ao artigo 166 esta redação:

“**Art. 166** — É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

- I — educação especial e gratuita;

---

(1) DCN — Sessão Conjunta — 24-8-78, pág. 1415

II — assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

III — proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.”

#### Justificação

Norman Acton, presidente do Conselho de Organizações Mundiais em Benefício dos Deficientes Físicos e Mentais, órgão coordenador de 37 grandes organizações mundiais não governamentais, declara que “pe-lo menos uma entre 10 crianças precisam do que chamamos de educação especial. São crianças “incapacitadas”, ou “defeituosas”, ou “excepcionais”.

Se esses meninos não recebem uma assistência especial, podem experimentar uma vida mais difícil do que o normal e acabam se sentindo como seres estranhos no mundo.

A Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 1959, diz que “toda criança deve receber uma educação que lhe permita tornar-se componente útil da sociedade”.

O problema de garantir uma educação especial não abrange, no entanto, apenas o mundo das crianças.

Ele é, infelizmente, muito mais amplo e alcança esse universo ignorado, que é o dos deficientes de todas as categorias e de todas as raças, crenças e sexos.

A Organização Mundial de Saúde calcula que existem, no mundo, 400 milhões de deficientes. Um número igual às populações dos Estados Unidos e União Soviética, somadas.

Forma-se e cresce, em quase todas as nações, a consciência de que eles têm o direito de ser como os demais. Que é urgente e necessário pôr um fim à segregação dos deficientes, que é urgente e necessário derrubar as barreiras físicas e sociais que ainda impedem a sua total integração na sociedade e no processo de produção e de trabalho de cada país.

Nos Estados Unidos, por exemplo, calcula-se que cada dólar gasto em reabilitação produz um retorno de 35 dólares. O custo da reabilitação é, igualmente, devolvido sob a forma de impostos pagos pelo reabilitado dentro de um prazo de 10 anos.

No Brasil somos, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, cerca de 28 milhões de deficientes.

E podemos afirmar, sem o menor receio de estar incorrendo em erro de injustiça, que esses 28 milhões de brasileiros são um peso morto para a sociedade e para o Estado.

Os deficientes brasileiros não têm direito a nada, a não ser a uma aposentadoria por invalidez, quando contribuintes do INPS.

Em 1975 — são os últimos números fornecidos pelo IBGE — existiam 4.001.229 nesse caso.

É verdade que recentemente, na administração do Ministro Nascimento e Silva, nota-se a preocupação de enfrentar, pela primeira vez, o problema, mas nesta área restrita.

A política do Governo, no setor, uma política integrada em benefício do deficiente, praticamente inexistente.

É claro que a questão do deficiente não é, somente, do Governo. Ela pertence a toda a comunidade nacional.

Mas cabe ao Governo, com urgência, criar, através de um amplo programa, condições essenciais para que seja possível dar início à solução de um problema que atinge a mais de 20% da população brasileira.

Há carência de quase tudo, inclusive do fundamental: há carência de recursos humanos. Existem em todo o País apenas 12 cursos de Fisioterapia e menos de 4.000 fisioterapeutas.

Centro de reabilitação, funcionando como deve funcionar, também não existe.

Há esforços de organizações não governamentais, como a ABBR, no Rio, e ACP, em São Paulo, além dessa formidável e admirável obra de solidariedade humana que é a APAE, muitas vezes abençoados, mas ainda longe de serem considerados centros modernos de reabilitação.

Esta emenda à Constituição pretende ser um primeiro passo no sentido de encontrar uma solução para o problema.

Que o deficiente do Brasil tenha, inscritos na Constituição, os seus direitos fundamentais: o direito de viver em sociedade, e não segregado; o direito ao trabalho, nos limites de sua capacidade; e o direito de ir e de vir, de andar pelas ruas e de entrar e de sair dos edifícios, nas ruas e nos edifícios que os homens construíram sem atentar que existem milhões de patricios seus que não podem, nas suas cadeiras de roda, com seus aparelhos ortopédicos, com suas muletas, ou sem a luz dos olhos, vencer as escadarias, as escadas rolantes, as imensas barreiras que encontram, a cada passo, até para subir uma simples calçada de qualquer rua.

Sala das Sessões. — DEPUTADOS: Thales Ramalho — Tancredo Neves — Ulysses Guimarães — Magnus Guimarães — Israel Dias-Novaes — Joel Ferreira — Frederico Brandão — José Carlos Teixeira — Francisco Studart — Alceu Collares — Getúlio Dias — João Cunha — Jairo Brum — Antônio Mota — Hélio de Almeida — Humberto Lucena — Carlos Santos — José Mandelli — Octacílio Queiroz — Jader Barbalho — Vinicius Cansação — Eloy Lenzi — José Zavaglia — Leônidas Sampaio — José Bonifácio Neto — Edgard Martins — Paes de Andrade — Dias Menezes — Argilano Dario — Jorge Ferraz — Aloísio Santos — Pedro Lauro — Carlos Cotta — Fernando Gama — Antônio Bresolin — José Mauricio — Rubens Dourado — Florim Coutinho — Fernando Coelho — Marcondes Gadelha — Antônio Carlos — Juarez Batista — Oswaldo Lima — Arnaldo Lafayette — José Maria de Carvalho — Léo Simões — Milton Steinbruch — Walber Guimarães — Gamaliel Galvão — Minoru Massuda — Joel Lima — Padre Nobre — Harry Sauer — Nelson Maculan — Figueiredo Correia — Aurélio Campos — Antônio Annibelli — Paulo Marques — Cotta Barbosa — Rosa Flores — Celso Barros — Alcir Pimenta — Sílvio Abreu Jr. — Laerte Vieira — Pacheco Chaves — Walter Silva — Adhemar Santillo — Ademir Furlan — Jorge Moura — Airton Sandoval — Fernando Cunha — Fábio Fonseca — Francisco Rocha — Abdon Gonçalves — Antônio Pontes — Odacir Klein — Nabor Júnior — Samuel Rodrigues — Lauro Rodrigues — Júlio Viveiros — JG de Araújo Jorge — Ernesto de Marco — José Thomé — Adalberto Camargo — Olivir Gabardo — Antunes de Oliveira — Antônio Florêncio — Ruy Lino — Octávio Torrecilla — Athié Coury — Yasunori Kunigo — Octacílio Almeida — João Arruda — Aluizio Paraguassu — Sérgio Murilo — Mário Moreira — Jorge Paulo — Henrique Alves — Genival Tourinho — João Gilberto — José Camargo — Expedito Zanotti — Antônio José — Noide Cerqueira — Erasmo Martins Pedro — Eptácio Cafeteira — Ney Ferreira — Jerônimo Santana —

Luiz Couto — Tarcísio Delgado — João Menezes — Francisco Líbardoní — Ruy Côdo — Aldo Fagundes — Juarez Bernardes — Rubem Medina — César Nascimento — Jaison Barreto — Renato Azeredo — Genervino Fonseca — Oswaldo Buskel — Mac Dowell Leite de Castro — Marcelo Medeiros — Miro Teixeira — Pedro Faria — Prisco Viana — Gerson Camata — Raimundo Diniz — Edison Bona — Murilo Badaró — Siqueira Campos — Hélio Campos — Nereu Ghidi — Hugo Napoleão — Daso Coimbra — Jarbas Vasconcelos — Jonas Carlos — Ruy Brito — Flexa Ribeiro — Alberto Hoffman — Ubaldo Bares — Gomes da Silva — Sinval Boaventura — Jorge Vargas — Alípio Carvalho — Murilo Rezende — Nina Ribeiro — Jorge Arbage — Theobaldo Barbosa — Lygia Lessa Bastos — Aderbal Jurema — Nelson Marchezan — Carlos Alberto Oliveira — Rezende Monteiro — Gabriel Hermes — José Zavgaglia. — SENADORES: Jarbas Passarinho — Evelásio Vieira — Saldanha Derzi — Benjamim Farah — Fausto Castelo-Branco — Leite Chaves — José Sarney — Alexandre Costa — Evandro Carreira — Cunha Lima — Mauro Benevides — Teotônio Vilela — Dirceu Cardoso — Itamar Franco — Franco Montoro — Accioly Filho — Otto Lehmann — Helvídio Nunes — Mendes Canale — Agenor Maria — Cattete Pinheiro — Daniel Krieger — Magalhães Pinto — Eurico Rezende — Petrónio Portella.

## II — Comissão Mista

De acordo com as indicações das lideranças, ficou assim constituída a Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a matéria (2):

Pela Aliança Renovadora Nacional — Senadores Altevir Leal, Cattete Pinheiro, Helvídio Nunes, Itálvio Coelho, Jarbas Passarinho, João Calmon, Lourival Baptista, Ruy Santos e os Srs. Deputados Ademar Pereira, Mauro Sampaio, Adriano Valente, Darcílio Ayres, Pinheiro Machado e Henrique Pretti.

Pelo Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Franco Montoro, Gilvan Rocha, Adalberto Sena e os Srs. Deputados Roberto Carvalho, Sérgio Murilo, Celso Barros, Figueiredo Corrêa e Renato Azeredo.

A reunião de instalação da Comissão Mista realizou-se a 24 de agosto (3), quando foram eleitos Presidente e Vice-Presidente, respectivamente, os Deputados Renato Azeredo (MDB — Minas Gerais) e Pinheiro Machado (ARENA — Piauí). Foi designado Relator o Senador Jarbas Passarinho (ARENA — Pará).

## III — Parecer

PARECER N.º 94, DE 1978 (CN)

Da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de estudo e parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 13, de 1978-CN, que “dá nova redação ao art. 166 da Constituição Federal” (4)

Relator: Senador Jarbas Passarinho

“Excepcional — termo interpretado de maneira a incluir os seguintes tipos: os mentalmente deficientes, todas as pessoas física-

(2) DCN — Sessão Conjunta — 24-8-78, pág. 1416

(3) DCN — S. II — 29-8-78, pág. 4141

(4) DCN — Sessão Conjunta — 23-9-78, pág. 1699

mente prejudicadas, as emocionalmente desajustadas, bem como os superdotados, enfim todos os que requerem consideração especial, no lar, na escola e na sociedade — Helena Antipoff."

A Proposta de Emenda à Constituição sob exame, de iniciativa do nobre Deputado Thales Ramalho, insere, entre os artigos 165, que define os direitos especiais dos trabalhadores, e o 166, que trata da livre associação profissional ou sindical, matéria nova, que "dá nova redação ao artigo 166", adequada ao Título "Da Ordem Econômica e Social" com o intuito de assegurar aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, propiciando-lhes o Estado:

**I** — educação especial e gratuita;

**II** — assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

**III** — proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

**IV** — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos."

Dos itens previstos, apenas o III é auto-aplicável, desde que expresse claramente uma proibição contra qualquer tipo de discriminação do deficiente, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e ao serviço público, proibidas exceções salariais.

Caberá à lei ordinária não apenas regulamentar os demais itens do novo artigo 166, como também definir a figura jurídica do "deficiente", embora a Medicina e a Higiene do Trabalho já o tenham feito e sua situação venha sendo amplamente debatida em organismos internacionais.

Conquanto discutível a estatística em que se terá baseado a Organização Mundial de Saúde para atribuir-nos a existência de 28 milhões de deficientes, dado que os números oficiais se situem em torno de 10% da população, o certo é que o problema é da maior gravidade e se constitui num imperativo de ação pública. Ao Estado compete, posto que não em caráter paternalista, a responsabilidade básica pelo atendimento aos excepcionais. Poder-se-ia argumentar que, num País como o Brasil, engajado num processo acelerado de desenvolvimento, onde há, infelizmente, ainda, um número considerável de crianças entre os 7 e os 14 anos de idade sem escola, e onde a lei estabelece igualdade de direitos para todos, quanto à educação, não se justificaria uma prioridade assistencial, ao nível da Constituição, para os deficientes.

Nada mais desarrazoado, mesmo levando em consideração que a educação dos excepcionais é cara, exigindo pessoal especializado, materiais didáticos, instalações e equipamentos igualmente especializados. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente o direito que têm todas as pessoas de desenvolver ao máximo as suas potencialidades. Os objetivos da ação educativa visam à auto-realização da pessoa, preparando-a para o exercício consciente da cidadania, qualificando-a para o trabalho, sem discriminar umas das outras e sem marginalizar um contingente apreciável de seres humanos, marcados pela excepcionalidade. Por outro lado, o atendimento não se esgota no campo da educação. Do ponto de vista da economia, urge incorporar os deficientes à força de trabalho ativa do Brasil, sem barreiras preconceituosas. Do ângulo técnico, há a necessidade de sistematizar o trabalho, de proporções modestas, que se desenvolve no Brasil, em relação à educação especial, de sorte a

envolver os aspectos relativos à saúde, ao trabalho, à justiça e à assistência social.

O atendimento aos deficientes, sobre ser um imperativo, filosófico e político, e posto que seja de custo elevado, representa também do ponto de vista econômico um investimento compensador permitindo a sua integração na sociedade. De resto, comparados os custos dessa educação, com os que adviriam da manutenção dos deficientes em estado de dependência por toda uma vida, fácil é concluir do acerto da política de proporcionar-lhes educação e treinamento adequados.

Como salienta o nobre autor da proposta, porém, "o problema de garantir uma educação especial não abrange, no entanto, apenas o mundo das crianças. Ele é, infelizmente, muito mais amplo e alcança esse universo ignorado, que é o dos deficientes de todas as categorias e de todas as raças, crenças e sexos".

No Brasil, ao contrário do que afirma o nobre Deputado Thales Raimalho, a ação pública de assistência aos excepcionais existe. Precisa naturalmente ser incrementada, mas existe. A Lei n.º 5.692/71 criou condições favoráveis para o atendimento às diferenças individuais dos educandos, prescrevendo, inclusive, um tratamento especial para os excepcionais (artigo 9.º). No MEC, foi estabelecido um projeto prioritário, para implementar a política de estendimento recomendada na lei citada, e se encontra em pleno desenvolvimento. Finalmente, a 3 de julho de 1973, pelo Decreto n.º 72.425, foi criado o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), órgão central, de direção superior, com autonomia administrativa e financeira tendo por finalidade promover, em todo território nacional, a expansão de melhoria do atendimento aos excepcionais.

Força é convir, porém, que se trata de passos iniciais, embora até gigantesco, e que, portanto, se impõe, como afirma o ilustre autor da proposta:

"Que o deficiente do Brasil, tenha, inscritos na Constituição, os seus direitos fundamentais: o direito de viver em sociedade, e não segregado; o direito ao trabalho, nos limites de sua capacidade; e o direito de ir e de vir, de andar pelas ruas e de entrar e de sair dos edifícios, nas ruas e nos edifícios que os homens construíram sem atentar que existem milhões de patricios seus que não podem, nas suas cadeiras de roda, com seus aparelhos ortopédicos, com suas muletas, ou sem a luz dos olhos, vencer as escadarias, as escadas rolantes, as imensas barreiras que encontram, a cada passo, até para subir uma simples calçada de qualquer rua."

Isto posto, somos pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 13, de 1978.

Sala das Comissões, 22 de setembro de 1978. — Deputado **Pinheiro Machado**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Senador **Jarbas Passarinho**, Relator — Senador **Altevir Leal** — Deputado **Adriano Valente** — Senador **Helvídio Nunes** — Senador **João Calmon** — Senador **Ruy Santos** — Senador **Lourival Baptista** — Senador **Gilvan Rocha** — Senador **Franco Montoro** — Deputado **Henrique Pretti** — Deputado **Celso Barros** — Deputado **Mauro Sampalo** — Senador **Adalberto Sena** — Senador **Cattete Pinheiro**.

#### IV — Discussão em primeiro turno

Na sessão conjunta de 11 de outubro <sup>(5)</sup>, destinada à discussão em primeiro turno da Proposta de Emenda Constitucional nº 13/78, somente ocupou a tribuna o autor da Proposta, Deputado Thales Ramalho:

**O SR. THALES RAMALHO (MDB — PE.)** — Sr. Presidente, Srs. Congressistas, depois de três longos anos, esta é a primeira vez que consigo vencer, com as próprias pernas, esses degraus.

O esforço, para mim, é semelhante ao de quem escalou uma montanha.

A cadeira de rodas ficou lá embaixo, e eu estou aqui não para que os Senhores vejam nesse fato um acontecimento extraordinário, mas para que todos testemunhem que a deficiência, física ou mental, pode ser vencida.

Pode e será sempre vencida, desde que o deficiente seja submetido a um adequado programa de reabilitação.

Saint-Exupéry conta, em **Terra dos Homens**, a história de um companheiro seu, Guillaumet, que caiu, com o seu monoplane nos Andes, e ficou perdido durante dias, subindo e descendo escarpas de montanhas de gelo, e rompendo vales intermináveis, até ser encontrado, quase morto, perto de uma cidadezinha argentina.

A primeira frase inteligível que ele pronunciou depois de toda a sua epopéia pessoal foi a seguinte:

“Palavra de Deus, o que eu fiz nenhum bicho, só o homem seria capaz de fazer.”

A frase, sem nenhuma dúvida, qualifica o homem na escala animal e a atitude pode ser vista, de acordo com as idéias de cada um, como prova da imortalidade da alma; ou da força de vontade e de espírito de um lutador destemido; ou de um homem, para quem os compromissos com o mundo e a sociedade tinham uma responsabilidade comparável somente à própria responsabilidade de existir, de viver.

É uma bela história e um exemplo, como tantos outros, admirável.

Mas o universo dos deficientes, dos milhões de deficientes de todas as categorias, dos deficientes físicos e mentais, dos cegos, dos surdos, dos mudos, das crianças e dos excepcionais de todas as idades, é tudo isso, e mais do que isso, multiplicado por um número ainda desconhecido pelo homem.

Odylo Costa, filho, transmite uma lição desse grande universo ignorado, vívida por ele mesmo:

“A menina nasceu tão bem... O rosto depois cresceu e nunca refletiu nele a mutilação que a impedia de falar, de andar, de coordenar, mesmo os mais pobres movimentos... Era preciso, pacientemente, pacientemente, pacientíssimamente, esperar que a pasta de alimentos dada por mão de quem lhe queria bem descesse devagarinho pela garganta... Era preciso — tantas coisas se fizeram a esse comando imperativo! — que os irmãos, os que vieram antes e os que chegaram depois, todos sadios de corpo e de mente, se ha-

(5) DCN — Sessão Conjunta — 12-10-78, pág. 1850



bituassem com ela. Assim ela viveu sua frágil vida em nossa casa, e tudo foi natural no nosso sofrimento sem remédio... Dei o melhor de mim no meu ofício. Minha mulher, o melhor de si à sua tarefa. Ri. Rimos. Demos o exemplo de rir... Agora, porém, que extravasei um pouco do pranto reprimido, deixem-me dizer ainda umas coisas. "Isto, por exemplo, aos que só têm filhos normais e julgam que o assunto só interessa a uns poucos por cento: o problema é de todos, e não só por dever de solidariedade humana. É que qualquer casal, por mais sadio, pode vir a ter uma criança diferente, excepcional. O que se sabe até hoje das causas, no geral, é tão pouco! Você, que hoje se encolhe no seu egoísmo sob ênfases ideológicas para julgar que o tema é menor — mais urgente é mudar o mundo — poderia estar amanhã a braços com essa profunda e desenganada dor humana. Tudo apenas começa a ser feito. A consciência coletiva apenas começa a acordar..."

"A consciência coletiva apenas começa a acordar..." Começa, realmente a acordar.

Ah, e os tetraplégicos, os paraplégicos, no seu duro mundo de cadeira de rodas, cercados de barreiras por todos os lados, barreiras físicas, sociais, econômicas, uns degradados no seu pequeno planeta sobre rodas! E os deficientes físicos de todas as categorias...

Que sabemos nós, muitos ou quase todos de nós, dos que se movem e vivem na escuridão total ou dos outros desterrados numa vida, num teatro, de silêncio?

A Organização Mundial de Saúde calcula que somos, hoje, no mundo, 400 milhões, número igual às populações dos Estados Unidos e da União Soviética somadas.

Calcula, também, que, no Brasil, esse número, o número de deficientes, já alcança a casa de 28 milhões.

A Proposta de Emenda Constitucional que ora se discute, e a qual o seu autor faz questão de colocá-la acima de partidos e de quaisquer outros interesses, pretende ser um primeiro passo no sentido de encontrar uma solução para o problema.

Que o deficiente do Brasil, tenha, inscritos na Constituição, os seus direitos fundamentais: o direito de viver em sociedade, e não segregado; o direito ao trabalho, nos limites de sua capacidade; e o direito de ir e de vir, de andar pelas ruas e de entrar e de sair dos edifícios, nas ruas e nos edifícios que os homens construíram sem atentar que existem milhões de patricios seus que não podem, nas suas cadeiras de roda, com seus aparelhos ortopédicos, com suas muletas ou sem a luz dos olhos, vencer as escadarias, as escadas rolantes, as imensas barreiras que encontram, a cada passo, até para subir uma simples calçada de qualquer rua.

Era tudo que eu tinha a dizer.

Encerrada a discussão, foi adiada a votação por falta de quorum.

## V — Votação em primeiro turno

Na sessão de 13 de outubro (6), usaram da palavra os Deputados Thales Ramalho (MDB—Pernambuco) e José Zavaglia (MDB—São Paulo):

O SR. THALES RAMALHO (MDB — PE.) — Sr. Presidente, Srs. Senadores, Srs. Deputados, a simples presença, nesta tribuna, de um deficiente físico, con-

(6) DCN — Sessão Conjunta — 14-10-78, pág. 1874

denado a nunca mais levantar-se de uma cadeira de rodas, é um fato que justifica, melhor que um discurso, o grande sentido da Proposta de Emenda Constitucional que iremos votar hoje.

Desejo acrescentar, apenas, que, se for aprovada, ela estabelecerá, pela primeira vez no Brasil, o princípio da igualdade perante a lei, entre os deficientes e os não deficientes, extinguindo discriminações.

O artigo 71 da nova Constituição portuguesa é exemplar:

“1 — Os cidadãos física ou mentalmente deficientes gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

2 — O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos deficientes, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo de efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais e tutores.”

O Congresso Nacional, esta noite, como um todo, pelo voto dos representantes da ARENA e do MDB, com certeza decretará o fim dessa intolerável desigualdade.

É o que, em Deus, esperam os deficientes do Brasil. (Palmas. O orador é cumprimentado.)

**O SR. JOSÉ ZAVAGLIA (MDB — SP.)** — Sr. Presidente, Srs. Congressistas, a Proposta de Emenda à Constituição n.º 13, de 1978, de autoria do nobre e ilustre Deputado Thales Ramalho, tem por finalidade dar nova redação ao art. 166 da Constituição Federal. Se aprovado, o referido artigo passará a ter a seguinte redação:

**Art. 166** — É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante: **I** — educação especial e gratuita; **II** — assistência, reabilitação, reinserção na vida econômica e social do País; **III** — proibição de discriminação, inclusive quanto a admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salário; **IV** — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

A referida emenda recebeu parecer favorável da Comissão Mista do Congresso Nacional, através de seu Relator, o eminente Senador Jarbas Passarinho. Reputo-a de grande importância.

Nesta oportunidade, saúdo o eminente Deputado Thales Ramalho por tão importante propositura, que vem amenizar o sofrimento de todos aqueles que necessitam da nossa Constituição para que possam ter segurança no futuro. Por esse motivo, Sr. Presidente e Srs. Congressistas, ocupo esta tribuna para dar o meu apoio o meu voto favorável no sentido de que esta emenda seja aprovada.

A Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 1959, diz que “toda criança deve receber uma educação que lhe permita tornar-se componente útil da sociedade”.

Como acentua o autor da emenda, em sua justificação,

“Forma-se e cresce, em quase todas as nações, a consciência de que eles têm o direito de ser como os demais. Que é urgente e necessário pôr um fim à segregação dos deficientes, que é urgente e neces-

sário derrubar as barreiras físicas e sociais que ainda impedem a sua total integração na sociedade e no processo de produção e de trabalho de cada país."

Sr. Presidente e Srs. Congressistas, não importa se existem 28 milhões de deficientes ou se constituem eles 10% da população, conforme afirma o ilustre Senador Relator Jarbas Passarinho. A verdade é que o problema existe e não pode ser ignorado por nenhum brasileiro, cabendo a todos a obrigação de se conscientizar a respeito.

Com efeito,

"Mas cabe ao Governo, com urgência, criar, através de um amplo programa, condições essenciais para que seja possível dar início a solução de um problema que atinge a mais de 20% da população brasileira.

Há carência de quase tudo, inclusive do fundamental: há carência de recursos humanos. Existem em todo o País apenas 12 cursos de Fisioterapia e menos de 4.000 fisioterapeutas."

Sr. Presidente, Srs. Congressistas, há esforços de organizações não governamentais, principalmente por parte das APAEs, que prestam grandes serviços aos excepcionais. Conheço o problema com profundidade. Milito na assistência social há cerca de 38 anos. Poderia dar testemunhos de estarrecer.

Por este motivo, Sr. Presidente e Srs. Congressistas, voto de coração aberto pela aprovação da emenda. É o primeiro passo no sentido de se encontrar uma solução para o problema. Sei o quanto esta emenda será valiosa para todos os deficientes que necessitam do amparo da lei.

Era o que tinha a dizer.

Posta em votação, a Proposta foi aprovada por 292 votos, não havendo voto contrário.

A Comissão Mista apresentou o Parecer para o segundo turno regimental:

#### **PARECER N.º 100, DE 1978-CN**

**Da Comissão Mista do Congresso Nacional, Redação para 2.º turno, da Proposta de Emenda à Constituição n.º 13 de 1978-CN, que "dá nova redação ao artigo 166 da Constituição Federal".**

**Relator: Senador Jarbas Passarinho**

A Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de estudo e parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 13, de 1978-CN, que "dá nova redação ao artigo 166 da Constituição Federal", oferece, em anexo, a Redação para o 2.º turno, da referida proposição.

Sala das Comissões, 13 de outubro de 1978. — Deputado **Pinheiro Machado**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Senador **Jarbas Passarinho**, Relator — Senador **Altevir Leal** — Deputado **Adriano Valente** — Senador **Helvídio Nunes** — Senador **João Calmon** — Deputado **Henrique Pretti** — Senador **Ruy Santos** — Senador **Lourival Baptista** — Senador **Cattete Pinheiro** — Senador **Gilvan Rocha** — Senador **Franco Montoro** — Deputado **Mauro Sampaio** — Deputado **Celso Barros**.

## ANEXO AO PARECER N.º 100, DE 1978-CN

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

**Artigo único** — É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

- I — educação especial e gratuita;
- II — assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;
- III — proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Lido o Parecer, o Senhor Presidente (Petrônio Portella) convocou sessão destinada à apreciação da matéria em segundo turno.

### VI — Discussão e votação em segundo turno

No mesmo dia, realizou-se a sessão destinada à discussão e votação em segundo turno da Proposta de Emenda Constitucional n.º 13/78 (7).

Encerrada a discussão sem oradores, a matéria foi submetida a votos, sendo aprovada pela unanimidade dos 294 Congressistas presentes.

### VII — Promulgação

A 17 de outubro (8), na Presidência da sessão do Congresso Nacional destinada à promulgação da Emenda Constitucional n.º 12/78, falou o Senador Petrônio Portella, ao declarar abertos os trabalhos:

A presente sessão do Congresso Nacional foi convocada com o objetivo de, solenemente, promulgar-se a Emenda Constitucional que assegura ao deficiente melhoria de sua condição social e econômica.

A Emenda Constitucional, cuja tramitação ora chega a termo, origina-se da Proposta de Emenda à Constituição n.º 13, de 1978, de autoria do Senhor Deputado Thales Ramalho e de outros Senhores Parlamentares.

Para o estudo da Proposta, lida na sessão conjunta de 23 de agosto, foi designada Comissão Mista composta dos Senhores Senadores Altevir Leal, Cattete Pinheiro, Helvídio Nunes, Itálvio Coelho, Jarbas Passarinho, João Calmon, Lourival Baptista, Ruy Santos, Franco Montoro, Gilvan Rocha e Adalberto Sena; e dos Senhores Deputados Ademar Pereira, Mauro Sampaio, Adriano Valente, Darcillo Ayres, Pinheiro Machado, Henrique Pretti, Roberto Carvalho, Sérgio Murilo, Celso Barros, Figueiredo Corrêa e Renato Azeredo.

(7) DCN — Sessão Conjunta — 14-10-78, pág. 1878

(8) DCN — Sessão Conjunta — 18-10-78, pág. 1966

Coube a Presidência da Comissão ao Senhor Deputado Renato Aze-  
redo; a Vice-Presidência ao Senhor Deputado Pinheiro Machado e a  
função de Relator ao Senhor Senador Jarbas Passarinho.

O Plenário aprovou a matéria em dois turnos, por unanimidade de  
votos, observado o quorum da maioria absoluta exigido pela Constituição.

A Emenda, que ora se promulga, não pode ser considerada, apenas,  
sob o ângulo do sentimentalismo, porque traduz não só o impulso huma-  
nitário como o sentido de responsabilidade do Congresso Brasileiro no  
encontro de solução capaz de integrar o deficiente no processo econômico  
e social do País.

A Constituição, com a transcrição dos direitos fundamentais do defi-  
ciente, registra a mentalidade de uma comunidade que passa a se preo-  
cupar objetivamente com uma classe desprotegida pela natureza, mas com  
a mesma potencialidade dos demais seres humanos.

Os autógrafos da Emenda Constitucional, que tomará o número 12,  
acham-se sobre a Mesa.

Deles foram preparados cinco exemplares destinados, respectiva-  
mente, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ao Supremo Tribu-  
nal Federal, à Presidência da República, e ao Arquivo Nacional.

O Senhor Primeiro-Secretário fará a leitura da Emenda Constitu-  
cional número 12 e, em seguida, proceder-se-á à assinatura dos autó-  
grafos.

### EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 12

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos ter-  
mos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda  
ao texto constitucional:

**Artigo único** — É assegurado aos deficientes a melhoria de sua  
condição social e econômica, especialmente mediante:

- I — educação especial e gratuita;
- II — assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica  
e social do País;
- III — proibição de discriminação, inclusive quanto à admis-  
são ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Brasília, 17 de outubro de 1978.

A Mesa da Câmara dos Deputados: **Marco Maciel**, Presidente — **João  
Linhares**, — 1º-Vice-Presidente — **Adhemar Santillo**, 2º-Vice-Presidente  
— **Djalma Bessa**, 1º-Secretário — **Jader Barbalho**, 2º-Secretário — **João  
Clímaco**, 3º-Secretário — **José Camargo**, 4º-Secretário.

A Mesa do Senado Federal: **Petrônio Portella**, Presidente — **José  
Lindoso**, 1º-Vice-Presidente — **Amaral Peixoto**, 2º-Vice-Presidente — **An-  
tonio Mendes Canale**, 1º-Secretário — **Mauro Benevides**, 2º-Secretário —  
**Henrique de La Rocque**, 3º-Secretário — **Renato Franco**, 4º-Secretário.

DCN — S. II — 18-10-78, pág. 5433

Obras publicadas pela  
Subsecretaria de Edições Técnicas

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— n.º 1 (março/1964) .....	10,00
— n.º 2 (junho/1964) .....	esgotada
— n.º 3 (setembro/1964) .....	”
— n.º 4 (dezembro/1964) .....	”
— n.º 5 (março/1965) .....	”
— n.º 6 (junho/1965) .....	”
— n.º 7 (setembro/1965) .....	”
— n.º 8 (dezembro/1965) .....	”
— n.º 9 (março/1966) .....	”
— n.º 10 (junho/1969) (reimpressão) .....	30,00
— n.º 11 (setembro/1966) .....	esgotada
— n.º 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão) ....	25,00
— n.ºs 13/14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão) .....	15,00
— n.ºs 15/16 (julho a dezembro/1967) .....	esgotada
— n.º 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão) .....	20,00
— n.º 18 (abril a junho/1968) (reimpressão) .....	30,00
— n.º 19 (julho a setembro/1968) .....	10,00
— n.º 20 (outubro a dezembro/1968) .....	10,00
— n.º 21 (janeiro a março/1969) .....	10,00
— n.º 22 (abril a junho/1969) .....	esgotada
— n.º 23 (julho a setembro/1969) .....	10,00
— n.º 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão) ....	esgotada
— n.º 25 (janeiro a março/1970) .....	esgotada
— n.º 26 (abril a junho/1970) (reimpressão) .....	20,00
— n.º 27 (julho a setembro/1970) .....	esgotada
— n.º 28 (outubro a dezembro/1970) .....	esgotada
— n.º 29 (janeiro a março/1971) .....	esgotada

	Cr\$
— nº 30 (abril a junho/1971) .....	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971) .....	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971) .....	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972) .....	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972) .....	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972) .....	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972) .....	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973) .....	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973) .....	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973) .....	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973) .....	20,00
— nº 41 (janeiro a março/1974) .....	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974) .....	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974) .....	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974) .....	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975) .....	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975) .....	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975) .....	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975) .....	30,00
— nº 49 (janeiro a março/1976) .....	30,00
— nº 50 (abril a junho/1976) .....	30,00
— nº 51 (julho a setembro/1976) .....	30,00
— nº 52 (outubro a dezembro/1976) .....	30,00
— nº 53 (janeiro a março/1977) .....	30,00
— nº 54 (abril a junho/1977) .....	30,00
— nº 55 (julho a setembro/1977) .....	30,00
— nº 56 (outubro a dezembro/1977) .....	30,00
— nº 57 (janeiro a março/1978) .....	30,00
— nº 58 (abril a junho/1978) .....	30,00
— nº 59 (julho a setembro/1978) .....	30,00
— nº 60 (outubro a dezembro/1978) .....	30,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA —  
NÚMEROS 1 a 60” — enviaremos gratuitamente a quem  
nos solicitar.

“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, legisla-  
ção (1963)

— Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)

— Debates parlamentares — Senado Federal (1963) ..... esgotada

“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 ..... esgotada

“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* n.ºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) .... esgotada

“LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) – legislação correlata – 4 volumes ..... esgotada
- 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 Emílio 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 ..... esgotada
  - 2º volume, contendo 314 páginas
    - Ato Institucional nº 5
    - Atos Complementares n.ºs 38 a 40
    - Decretos-Leis n.ºs 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada
  - 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 ..... esgotada



— 4º volume, contendo 490 páginas	
Atos Institucionais n.ºs 8 e 9	
Ato Complementar nº 51	
Decretos-Leis n.ºs 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
— 5º volume, contendo 336 páginas	
Ato Institucional nº 10	
Atos Complementares n.ºs 52 a 56	
Decretos-leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 6º volume, contendo 488 páginas	
Ato Institucional nº 11	
Atos Complementares n.ºs 57 a 62	
Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	30,00
— 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	35,00
— 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00

	Cr\$	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– 13º volume, contendo 406 páginas               <ul style="list-style-type: none"> <li>Atos Complementares n.ºs 78 a 94</li> <li>Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....</li> </ul> </li> </ul>	30,00	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– 14º volume, contendo 487 páginas               <ul style="list-style-type: none"> <li>Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....</li> </ul> </li> </ul>	30,00	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– 15º volume, contendo 247 páginas               <ul style="list-style-type: none"> <li>Atos Complementares n.ºs 95 a 97</li> <li>Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....</li> </ul> </li> </ul>	20,00	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– 16º volume, contendo 424 páginas               <ul style="list-style-type: none"> <li>Atos Complementares n.ºs 98 e 99</li> <li>Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei n.º 1/65 .....</li> </ul> </li> </ul>	40,00	
<p>“ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Quadro Comparativo</i>: 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 .....</li> </ul>		esgotada
<p>“ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– 1º volume – Antecedentes da Constituição através do noticiário da imprensa</li> <li>– 2º volume – Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional – Discussão e Votação do Projeto</li> <li>– 3º volume – Discursos pronunciados em sessões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados</li> <li>– 4º volume (2 tomos) – Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional</li> <li>– 5º volume – Comissão Mista</li> <li>– 6º volume (2 tomos) – Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição</li> <li>– 7º volume – Quadro Comparativo da Constituição de 1967 – Projeto originário do Poder Executivo – Emendas aprovadas (artigo por artigo) .....</li> </ul>		120,00

"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)
- marginália (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas .....

45,00

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" - QUADRO COMPARATIVO (2ª edição) .....

esgotada

Contém, comparadas em todos os artigos:

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69; nº 2, de 9-5-72; nº 3, de 15-6-72; nº 4, de 23-4-75; nº 5, de 28-6-75; nº 6, de 4-6-76; nº 7, de 13-4-77; e nº 8, de 14-4-77.

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais n.ºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional número 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" (Edição de 1970)

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 .....

15,00

"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos - profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971) .....

esgotada

"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)

- Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....

45,00

"PARTIDOS POLITICOS" (2 tomos) (Edição de 1971)

- Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 –  
 "Lei Orgânica dos Partidos Políticos" ..... esgotada

"LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR"

(Edição de 1972)

contendo:

- Emendas Constitucionais – Atos Institucionais – Atos  
 Complementares – Leis Complementares.
- Legislação citada – sinopse (com suplementos: I, de  
 1973; II, de 1974; III, de 1975; IV, de 1976; e V, de  
 1977) ..... esgotada

"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)

- Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 –  
 "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de  
 27 de agosto de 1971 – "Dá nova redação aos artigos que  
 menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica  
 dos Partidos Políticos" ..... 70,00

"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) – Histórico  
 (3 volumes)

– 1º volume (3 tomos)

- Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "ins-  
 titui o Código de Processo Civil" (Projeto do  
 Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos,  
 tramitação completa na Câmara dos Deputados e  
 no Senado Federal, discursos)

– 2º volume (2 tomos)

- Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Pro-  
 jeto do Executivo que deu origem à Lei  
 nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congres-  
 so Nacional)
- Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Proje-  
 to do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73  
 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)

– 3º volume

- Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que "reti-  
 fica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro  
 de 1973, que institui o Código de Processo Civil"
- Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que "adap-  
 ta ao novo Código de Processo Civil as leis que  
 menciona"

– Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”	
Preço da coleção .....	180,00
<b>“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)</b>	
– Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal” .....	45,00
<b>“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)</b>	
– Quadro Comparativo (Novo Código Penal – Código Penal de 1940)	
– Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata)	
– Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) .....	esgotada
<b>“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)</b>	
– Lei Orgânica da Previdência Social atualizada	
– Notas – Remissões – Comparações – Regulamentações	
– Jurisprudência Administrativa	
– Ementário de legislação .....	20,00
<b>“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)</b>	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos) .....	70,00
<b>“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (Edição de 1974)</b>	
– Texto atualizado da CLT	
– Comparação com o texto original e alterações	
– Legislação correlata	
– Notas .....	esgotada
<b>“REFORMA ADMINISTRATIVA” (2ª edição – 1976)</b>	
– Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações	
– Legislação: alteradora, citada e correlata	
– Legislação de Pessoal .....	esgotada
<b>“PROCESSO LEGISLATIVO” (2ª edição – 1976)</b>	
– Aspectos Fundamentais	
– Emenda Constitucional nº 1	

- Regimento do Congresso Nacional
  - Regimento do Senado Federal
  - Regimento da Câmara dos Deputados ..... 15,00
- “DIREITO FINANCEIRO” (2ª edição – 1976)
- Lei nº 4.320, de 17-3-64
  - Diretrizes de Interpretação
  - Regulamentação
  - Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75) ..... esgotada
- “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” – Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)
- 1ª volume
    - Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)
  - 2ª volume – Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:
    - legislação correlata;
    - jurisprudência;
    - doutrina;
    - emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;
    - Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;
    - legislação estrangeira; e
    - remissões.

Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73 ..... esgotada
- “CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”
- Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) 2ª edição (julho de 1977) ..... 150,00
- “LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (edição 1976)
- Textos atualizados em vigor das Leis Orgânicas Municipais dos Estados da Federação Brasileira. Índice e notas (2 tomos) ..... esgotada

<b>"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"</b>	
– Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos) .....	150,00
<b>"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"</b> (4ª edição – 1979) (formato bolso)	
– Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77; 10, de 14-11-77; 11, de 13-10-78, e 12, de 17-10-78 (com índice analítico-remissivo) .....	25,00
<b>"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"</b>	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda .....	70,00
<b>"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS"</b> .....	80,00
– Quadros comparativos anotados	
– 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40	
– 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
<b>"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL"</b> (atualizado) (edição 1978)	50,00
<b>"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA"</b> (3ª edição – agosto de 1978) .....	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978 .....	25,00
<b>PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA</b>	
<b>"REGIMENTO INTERNO"</b> (edição 1976)	
– Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 ..	15,00

## REEMBOLSO POSTAL

Peça o **Catálogo de Publicações** da Subsecretaria de Edições Técnicas e escolha as publicações de seu interesse.

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160