A NULIDADE NO PROCESSO PENAL

Romeu Pires de Campos Barros
Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado de Goiás e Professor Titular
de Direito Penal da Universidade Federal
de Goiás

SUMÁRIO

1. Sistema da legalidade das formas — tipicidade processual.
2. A invalidade e a nulidade do ato processual penal.
3. Remédios contra a imperfeição dos atos processuais.
4. Nulidade, inexistência e ineficácia: preclusão, decadência e inadmissibilidade.
5. Algumas manifestações da jurisprudência.

1. SISTEMA DA LEGALIDADE DAS FORMAS — TIPICIDADE PROCESSUAL.

1.1 — O exercício dos direitos, faculdades e poderes do processo.

1. A ação penal, a relação processual, o ato processual, constituem as vigas mestras que disciplinam o processo penal.

Através da ação penal, entra-se na indagação sobre o momento inicial da relação processual e sobre o órgão legitimado a tal atividade, na instauração da instância penal. O estudo da relação processual delineia a estrutura do processo e se dirige à identificação do sujeito que o impulsiona, regulando e disciplinando, de forma unitária, toda a atividade que nele se desenvolve. No entanto, o ato processual é a expressão desse movimento da relação processual, disciplinando o comportamento de tais sujeitos. Isto porque os sujeitos se movem, agem, colaborando no dinamismo processual, surgindo a necessidade de regular, delimitar e coligir tais atividades. Assim, os sujeitos processuais, tais

---

Conferência proferida pelo Prof. Romeu Pires de Campos Barros, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no curso relativo a TEMAS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO PENAL, em 29 de outubro de 1980.

como o juiz, seus órgãos auxiliares, partes e sujeitos secundários, têm pela lei faculdades, poderes, obrigações e ônus em relação ao processo. Para o exercício desses direitos, faculdades e poderes, e ainda para observância das obrigações e ônus, devem ter eles um certo comportamento, adotar uma certa atividade, que se denomina atividade ou ato processual (1).

1.2 — Sentido finalístico da processualidade do ato.

2. A processualidade do ato, em que pesem as diversas concepções doutrinárias, deve ser entendida em sentido formal ou finalístico. Daí se indagar se o ato processual é aquele que se realiza em sede processual ou pelos sujeitos processuais. Encontram-se duas tendências doutrinárias acentuadas: na primeira restringe-se a noção de ato processual aos realizados durante a relação processual e pelo sujeito processual, disso resultando outras subespécies descritas como categorias afins. Estas consistem de atos extraprocessuais anteriores ao processo e atos extraprocessuais contemporâneos ao processo. A outra corrente estende a noção de ato processual às ações voluntárias de qualquer sujeito, produtivas de conseqüências jurídicas sobre a relação processual, ainda que esses sujeitos a ela sejam estranhos. A primeira parte de uma premissa formal, enquanto que a segunda obedece a um critério substancial. Em nosso direito, esta última concepção pode ser aceita, tendo em vista que diversos atos realizados na fase investigatória, antes de iniciada a relação processual, são disciplinados pelo Código de Processo Penal, tal como acontece com aqueles previstos no art. 6o., praticados pela autoridade policial (que não é sujeito processual), e que projetam os seus efeitos no curso dessa mesma relação processual, o mesmo acontecendo com outros atos, notadamente os exames periciais (arts. 159 a 184), que não são praticados em sede processual, nem por sujeitos do processo e produzem efeitos no processo; quer se realizem antes da instauração da instância, quer sejam eles contemporâneos à relação processual. Daí adotar Giovanni Leone, como forma de identificação do ato processual, o seu sentido finalístico, tendo em vista a influência direta do ato sobre o processo, com a destinação exclusiva de servi-lo, definindo-o da seguinte forma: "Ato processual é a ação humana voluntária de um sujeito processual ou de um sujeito estranho à relação processual, que a lei utiliza para os fins da constituição, do desenvolvimento, da modificação ou da extinção da relação processual". Aliás, outro não é o pensamento de Carnelutti, quando afirma que o ato, em substância, é processual, não porque nasce e vive na relação processual,

mas porque nasce e vive para os fins da relação processual, limitando a sua influência à constituição, ao desenvolvimento e aos fins daquela (2).

1.3 — O modelo do ato

3. O Prof. Clamon dos Passos, traçando um paralelo entre o direito material ou substancial, que estabelece normas para as relações entre homens, e o direito processual, explica que, naquele, o legislador não predetermina comportamento para os homens, interditando todos os demais. Ao inverso, estabelece, com antecipação, certas consequências para forma definida de comportamento, ficando indiferente a todas as outras. Assim, tudo quanto ele não proíbe é lícito. Já no campo do direito processual, as normas de comportamento humano, às quais se pretende emprestar relevância jurídica, são predeterminadas, existe uma única forma de comportamento para se obter determinados efeitos jurídicos, ficando interditadas todas as demais, resultando que somente o que o legislador prescreve é lícito. E nessa ordem de idéias, adota o referido mestre o pensamento carneluttiano, afirmando que para garantir tanto a conveniência quanto a justiça do ato, o direito faz suas certas regras técnicas ou éticas, prescrevendo sua observação mediante mandatos; assim, as regras técnicas e as regras éticas se convertem em regras jurídicas. A conformidade do ato com as regras jurídicas constitui a sua legalidade. Tais regras jurídicas, ditadas para garantir a conveniência e a justiça do ato, constituem uma espécie de **modelo** do mesmo. Os caracteres deste modelo são os requisitos do ato, do modo de ser dos quais depende a sua legalidade. E esse modelo, segundo ainda acentua o douto professor, no direito processual, se faz relevante, por força daquela diversidade de inspiração, já apontada. A circunstância de estarmos diante de formas de comportamento prefixadas e erigidas à condição de únicas permitidas, autoriza-nos a pensar na atividade processual como uma atividade típica, atividade que se compõe de fatos típicos, definidos na lei, e aos quais se deve adequar o comportamento dos sujeitos no processo (3).

1.4 — Da tipicidade processual

4. A análise das relações jurídicas, tendo em vista os diversos ordenamentos que compõem a ordem jurídica, ensejou o estudo da relevância que um desses ordenamentos pode ter sobre o outro.

5. Em arrojada construção científica, Santi Romano demonstra que o ordenamento jurídico expressa uma variada, complexa organi-

zação, com numerosos mecanismos e engrenagens, ligando a autoridade e a força, que produzem, modificam, aplicam e garantem a norma jurídica (4).

6. Esse conceito não é estranho à teoria da combinação jurídica, utilizada tanto em relação às coisas, quanto em relação aos negócios jurídicos.

7. Depois de analisar os diversos elementos do ordenamento jurídico, através da vinculação de uns sobre outros, afirma Sabatini (5) que essa coligação constitui a essência do fenômeno jurídico e o modo por que ela se realiza constitui a forma. Dessas considerações, conclui por demonstrar que a atividade processual é uma das fontes da causalidade jurídica.

"Todo processo implica movimento; este produz a transformação que opera progressivamente, através das sucessivas reações e combinações de elementos".

8. Corresponde, por isso, ao interesse geral do Estado o respeito e a atuação da ordem jurídica, o que é conseguido por intermédio do processo penal, atuação esta que nem sempre exige a realização concreta de todas as fases em que o procedimento se desenvolve.

Disso resulta a sua divisão em fases, com finalidades próprias, atendendo ao nascimento e desenvolvimento da relação processual.

9. Mas, essa relação processual nasce, sofre vicissitudes e morre, em função de uma outra relação de ordem material, de cuja existência também depende. Ora, para que esta exista, dando àquela vida, procurou-se estudar o delito como um "ente jurídico", incluindo-o no quadro geral da ontologia jurídica. A ciência dos "entes" ou "fenômenos jurídicos", considerados por seus aspectos comuns e invariáveis, é a teoria geral do direito, que estuda os fenômenos jurídicos em seus lineamentos formais, fixando seus característicos mediante um processo de abstração, generalização e classificação, construindo uma hierarquia de princípios que tem valor lógico — cognoscitivo, ou seja, científico (6). Se é verdade que os vários ramos do Direito têm dissemelhanças históricas e dogmáticas, impondo respeito às respectivas autonomias, até pela Teoria Geral do Direito, ciência eminentemente unificadora, existe um campo comum, no qual a generalização coloca o "delito" e o "fato processual" tendente a demonstrá-lo num sentido de apreciação idêntica, e isto acontece no terreno dos **"fatos e atos jurídicos"**.

1.5 — A espécie e o modo de atuar jurídico dos fatos.

10. Acentua Carnelutti que a massa dos fatos jurídicos, desde os romanistas e civilistas, até, ultimamente, pelos cultivadores da Teoria Geral do Direito, tem sido submetida a um trabalho de seleção, atualmente muito avançado. Procurou-se a diferença entre os vários fatos jurídicos, segundo a raiz e a razão de sua atuação no campo do Direito; nesta direção, a ciência elaborou a distinção entre contrato e delito, ainda recentemente, entre negócio jurídico e ato ilícito; por último, desenvolve-se no sentido de outras classificações.

11. Já se procura estudar o critério da espécie e o modo de atuar jurídico dos fatos; neste ângulo visual se tem diferençado, entre todos, os fatos jurídicos constitutivos dos fatos "impeditivos, extintivos e modificativos", e, ainda, os fatos jurídicos materiais ou "substanciais" dos fatos jurídicos "processuais" (7). Estudando o fato punível, os penalistas procuraram uma fórmula que exprimisse, com clareza, o delito, para evitar a incerteza e a falta de segurança jurídica. Para isto, o Direito Penal, de maneira precisa e inequívoca, a criou com a necessária claridade, mediante um meio extremamente engenhoso: o "tipo".

12. Ensina Mezger, que a palavra "tipo" é empregada em um sentido técnico especial, mas comporta uma determinação mais concreta. Explicando que antes de tudo aparece o "tipo", no sentido da Teoria Geral do Direito, "como o confronto de todos os pressupostos a cuja existência se liga uma conseqüência jurídica" (8).

1.6 — Tipicidade e sanção processual

13. Assim, o Direito Penal substantivo, só existindo em potência, age e atua por intermédio do processo; e não se apresenta contrário ao estudo das normas do Direito processual a adoção de um método comum.

14. Em substancioso estudo sobre o assunto, Salvatore Messina, professor da Universidade de Perugia, põe de relevo que a tipicidade, em substância, é o aspecto descritivo da norma, salientando que tal noção é a "expressão de um método de estudo" (9).

15. O estudo do Direito Processual Penal, sob o plano da tipicidade, importará num rigoroso controle metodológico, possibilitando exame mais atento do objeto dessa disciplina jurídica, visto importar numa apreciação da norma processual, como regra de atividade processual.

16. Possibilita, assim, determinar o conteúdo da norma ou preceito, desde que aquela seja entendida, na aguda acepção de Grispigni, como "norma reguladora do exercício do poder jurisdicional e, em gênero, da atividade dos órgãos da jurisdição" e o preceitc como "a reunião dos requisitos que condicionam o provimento jurisdicional" em sentido amplo (10).

17. Disso resulta que, para construção da tipicidade legal, não será necessária a existência de uma sanção processual. Bastará a reunião dos elementos, da qual surja, normalmente, qualquer conseqüência processual, como, por exemplo: a possibilidade de ser emitido um provimento, a faculdade ou o dever de ter um determinado comportamento, e assim por diante.

1.7 — O entendimento do Prof. Tornaghi.

18. Essa doutrina tem inteira acolhida na construção dogmática do nosso Direito processual penal, conforme demonstra o culto professor Hélio Tornaghi, ao proclamar: "O processo jurisdicional se caracteriza pela observância da forma, lugar e tempo prescrito em lei para os atos processuais. As normas do processo penal são normas perfeitas, contêm "preceito e sanção" (11).

1.8 — Da realidade do ato processual.

19. A arrojada construção científica de Carnelutti, concernente à teoria do ato processual, demonstra que o processo é um meio preordenado a um fim, e esclarece que o legislador processual construiu um modelo, ao qual o juiz, os assistentes e as partes devem ajustar-se agindo pelo modo nele indicado. Esse modelo é a tipicidade do ato, ou seja, aquele tanto do fato jurídico que o legislador fez refletir na realidade normativa do direito objetivo, daí por que fala o mencionado mestre em "amostra do ato" (12).

20. No entanto, mesmo admitindo o afastamento do rigorismo formal, o Direito processual, em comparação com o Direito penal, é somente formal, visto que se limita a providenciar o procedimento que serve para a sua realização, consoante assinala Beling (13).

21. O ato processual é um fato no mundo da realidade que se manifesta no lugar e no tempo, com determinados elementos, ou seja, de determinado modo, que é a "forma". Esta tem importância para a eficácia do ato, prevendo a lei conseqüências que resultam na inobservância dos limites formais do ato (14). A forma consiste, pois, em sentido estrito, no modo como se manifesta o conteúdo do ato, na sua aparência exterior. É o corpo do ato, ou seja, a descrição antecipada que a lei faz dele, não traçando o seu retrato, mas seu modelo, por isso que não observa um ato realizado, mas a realizar-se.

22. Portanto, não seria arrojo de construção científica falar-se em tipicidade do ato processual, como expressão do movimento, do comportamento dos sujeitos da relação processual. Agindo, movendo, colaboram esses sujeitos no dinamismo processual, surgindo a necessidade de delimitar e coligar tais atividades.

1.9 — Da perfeição e eficácia do ato processual.

23. É certo que a expressão "fato típico processual" poderá confundir-se com o fato ou fatos históricos objeto da imputação, devido ao conceito já firmado de tipicidade no Direito penal substantivo. Neste sentido, não se pode esquecer que a função do processo penal é propriamente verificar se um fato típico de natureza penal se integrou, ensejando diferenciação do fato típico processual, que é, precisamente, aquele fato a que vêm ligados efeitos meramente processuais. Esta noção torna-se imprescindível no objetivo de evitar confusões, notadamente quando se estuda a perfeição do ato processual, pela sua exata correspondência a um modelo legal, e a sua "eficácia" como produção ou determinação de certos efeitos jurídicos.

24. Desde que se entenda por fato típico processual o complexo dos elementos necessários e suficientes para determinação de um certo efeito jurídico, e se afaste a identificação do modelo do fato com o fato típico notadamente no campo da perfeição e eficácia, desaparece essa fonte de incertezas e obstáculos, consoante assinala Giovanni Conso, afirmando que, se é verdade que todos os fatos que produzem efeitos jurídicos são fatos típicos, não é, entretanto, verdade que todo fato típico resolva num fato jurídico e por só referir-se à relação de fato jurídico concreto histórico. Por outro lado, embora fato jurídico concreto implique um fato histórico, não é exato que todo fato histórico seja também um fato jurídico (15).

25. Acentua, assim, o citado processualista italiano que a perfeição é o enquadramento do fato em certo modelo, e a eficácia é a produção dos efeitos previstos naquele modelo.

2. A INVALIDADE E A NULIDADE DO ATO PROCESSUAL PENAL.

2.1 — Doença da relação processual.

26. Todo vício que enferma os atos de constituição do vínculo jurídico-processual adoece a própria relação.

Mas uma demanda nula é, em todo o caso, existente, e enseja o aparecimento de uma relação processual, já que ao juiz cabe a obrigação de, ao menos, declarar a nulidade.

Acontece que no direito processual moderno os remédios são inúmeros e muito raros os casos em que o ato viciado não pode convalescer (C.P.P., arts. 568 a 572).

De modo que a simples nulidade da demanda não importa a inexistência nem mesmo necessariamente a insanabilidade da relação processual (16).

2.2 — Sistema do direito pátrio.

26. O nosso Código de Processo Penal, embora subordine a decretação da nulidade ao critério da finalidade da lei e do prejuízo (arts. 563 e 566), enumera, especificamente, os casos em que ela decorre, em regra, da simples transgressão do dispositivo legal, o que independe de exame para verificação do prejuízo de qualquer das partes e da argüição destas. É o que se verifica com a norma contida no art. 564, com exceção dos casos previstos no n. III, letra "d", "e", 2a. parte, "g" e "h", e no n. IV, casos em que a nulidade não pode ser decretada sem argüição da parte que tenha legítimo interesse, por força do disposto no art. 572. Todavia, mesmo naqueles casos de nulidade enumerados, sem ressalva, nada obsta a que o juiz diligencie no sentido de saná-las. Certo é que, dentre a enumeração constante do n. III, do mencionado artigo 564, muitos dos casos são de "inexistência" e não de "nulidade". Daí a necessidade de um estudo detalhado dos diversos vícios que podem invalidar o ato processual, tendo em vista a importância deles. A doutrina, nesse sentido, apresenta soluções ousadas, procurando graduar os defeitos do ato processual, ensinamentos esses que podem ser observados, desde que respeitadas as normas legais constantes do sistema positivo de direito.

2.3 — Imperfeição do ato processual.

28. O ato processual formado dos requisitos prescritos pela lei pode chamar-se ato perfeito, imune de todos os vícios: como tal é eficaz, isto é, produz os efeitos jurídicos. Neste caso, estabelece a correspondência entre perfeição e eficácia.

29. Quando, ao invés, abandona o campo da perfeição, da observância integral das regras da lei, da imunidade absoluta dos vícios, apresenta uma série progressiva de situações: o vício, que com ele se inicia, faz cessar a perfeição, pode assumir uma relevância mínima (irregularidade) e uma relevância máxima (inexistência); vícios que dão lugar à nulidade, às nulidades absolutas e relativas.

30. Antes de delinear o esquema dessas três situações, ocorre considerar que a maior ou menor relevância do vício é em relação à sua consistência e à sua incidência sobre a relação processual.

31. Às vezes, são inobservâncias de preceitos da lei processual que não produzem a inidoneidade da relação processual, por não atingirem aqueles elementos mínimos que lhe asseguram a existência, nem a idoneidade da relação processual para adquirir nulidade (nulidade absoluta), nem a idoneidade do ato processual para produzir efeitos jurídicos (nulidade relativa).

32. Noutras oportunidades, são inobservâncias da lei processual que não tocam a radical "existência" da relação processual, mas atingem a "validade" da relação processual (nulidade absoluta) ou a consistência de um ato processual (nulidade absoluta), determinando-lhe a incapacidade para produzir qualquer efeito jurídico, que a lei liga ao esquema de determinados atos (nulidade relativa).

Ou são, enfim, inobservância de preceitos da lei processual que produzem a inidoneidade radical da relação processual para vir a ter existência e produzir efeitos jurídicos: nesta terceira hipótese, o vício é coisa radical, ataca a base, a essência e a função da relação, excluindo **a priori** toda a possibilidade de produzir efeitos.

33. As três situações correspondem às seguintes categorias: a) irregularidade; b) nulidade; c) inexistência.

34. Naturalmente, tal construção não obedece a um critério lógico; a disciplina da imperfeição da relação processual ou do ato é variável nos diversos sistemas legislativos e chegou a exigências tão complexas de não se poder delinear um sistema lógico ou conceitual de irregularidade, o que se firma apenas no direito positivo. Em nosso direito, a imperfeição da relação processual que se forma perante o juiz incompetente é nulidade relativa, anula apenas os atos decisórios (art.

567). Disso resulta a conceituação de irregularidade como "a mera inobservância de forma ou de prazo que não produzem nulidade".

2.4 — Ineficácia do ato processual.

35. Daí dizer o mestre Tornaghi: "A categoria dos fatos e relações inexistentes tem sido negada por inúmeros juristas que a incluem naquela outra de nulidade. No entanto, o conceito de existência é anterior ao de validez e tem que ver com a presença ou não dos elementos componentes do fato ou da relação. Para que haja casamento, v.g., são necessárias duas pessoas de sexos diferentes, mútuo consenso e a celebração. Se falta um desses elementos o casamento não existe. Não se pode dizer que seja nulo, porque para que algo nulo seja é necessário, antes do mais, que exista. Se concorrem os três elementos, mas um deles está viciado, então se pode falar de nulidade ou anulabilidade".

"Não se trata de uma gradação, de uma diferença quantitativa. Ao contrário, de um descrime qualitativo. Também não se trata de matéria de fato, irrelevante para o direito. A questão cai numa outra, de filosofia jurídica. A ordem do direito passa por três camadas sucessivas: a primeira, dos "fatos naturais", cuja existência se apura; a segunda, de "valorações dos fatos"; a terceira, do estabelecimento das "normas", tendo em conta os fatos e os valores. Para afirmar que o fato é nulo é preciso, antes de tudo, verificar-lhe a existência. Negada esta não há objeto para a validação: nada há de curar. Responde-se negativamente ao **aut sit** na mais radical de suas formas".

"A relação jurídica falece quando falta um de seus pressupostos elementares. Neste caso, é claro que não produz efeito algum e que a causa da inexistência não precisa ser prevista em lei. A inexistência é de sua própria natureza insanável. Não constitui uma doença, mas uma ausência de vida. É nula a relação quando existe eivada de vício. Pode produzir efeitos diversos daqueles que acarretaria como relação processual e ser, excepcionalmente, sanável o vício. Existe uma "tipicidade processual não diferente da tipicidade material": para que um ato processual produza efeitos é necessário que se conforme ao modelo da lei. Se praticado em desconformidade com o tipo é "inválido e ineficaz", ou, por outra, é nulo. Ensina Carnelutti: "Se a conformidade de um ato com o modelo e, portanto, a presença nele dos requisitos que constituem estes últimos se requerem para que produza efeitos jurídicos, compreende-se que ao vício do ato lhe corresponde a ineficácia, ou seja, a inidoneidade para produzir os tais efeitos".

"A nulidade será absoluta ou relativa, conforme possa ou não sanar-se e deva ou não ser declarada de ofício. Com a "nulidade relativa" não se confunde a "anulabilidade". O "ato relativamente nulo" não produz todos os efeitos que deveria produzir (conquanto possa produzir alguns, p. ex.: no cível, a citação ordenada por juiz incompetente constitui o devedor em mora e interrompe a prescrição (C.P.C. art. 166, § 1o.) até que seja convalidada. O ato anulável produz todos os efeitos até que seja invalidado. O ato nulo é como um braço paralisado: não se mexe até que seja curado. O anulável é como o braço atacado de doença que pode levar à paralisia: movimenta-se até que fique imobilizado. A inexistência é a falta do braço; a nulidade absoluta, a paralisia incurável, e a anulabilidade é a enfermidade que pode levar à paralisia" (17).

3. REMÉDIOS CONTRA A IMPERFEIÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.

3.1 — Sanatórias

36. A nulidade relativa é doença debelável e os remédios para ela recebem o nome de sanatórias.

37. Em nossa lei, têmo-las: a ratificação dos atos praticados por ilegítimo representante de parte (C.P.P., art. 568); o comparecimento do indiciado não citado ou citado de maneira inválida (C.P.P., art. 572, II); a consecução do fim a que o ato visava (C.P.P., art. 572, n. I e III). O nosso direito adotou o sistema das nulidades taxativas, embora confunda algumas causas de nulidade com inexistência.

38. Devem ser tidas por absolutas a do art. 564, inc. I, 2a. e 3a. partes (suspeição e suborno do juiz), a do inciso II (apesar dos dizeres do art. 568, porque este não se refere à parte, mas ao representante dela) e às do inciso III, letras i, j, k, l, m, n, o, porque não há forma alguma no Código que lhes estabeleça qualquer sanatória e mais **ex vi** do art. 573, todos do C.P.P.

39. O art. 572, I, do mesmo estatuto, considera sanatória a disposição do ônus de argüir as nulidades previstas no art. 564, n. III, letras **d**, **e**, (2a. parte), **g**, **h**, n. IV, quanto a este último com desprezo da máxima: "forma dat esse rei", pois, em processo, o critério tem de ser teleológico e não antológico. Nos casos de nulidade relativa, há mister que o excipiente tenha interesse na declaração de nulidade da relação processual.

40. Mas a estimação do interesse não há de ser feita em caso por caso, e sim deve ter por base a situação material e processual do

excepcionante, em face da lei que, de uma vez por todas, segundo **id quod plerunque accidit**, procedeu à avaliação (18).

3.2 — Aquiescência

41. A nulidade relativa encontra uma robusta afirmação doutrinária no recente estudo de Carlo Massa — **"L'acquiescenza nel processo penale"** — expondo a posição da doutrina em quatro correntes: a) a primeira que considera a aquiescência como uma aceitação expressa ou tácita do provimento do juízo; b) a segunda que reduz a aquiescência a uma adesão ao provimento impugnável ou contra o qual cabe ainda reclamação; c) a terceira identificando a aquiescência com a renúncia; d) finalmente, uma quarta corrente de opinião segundo a qual a aquiescência consiste ou em um comportamento, mais ou menos de conformidade com a presumível intenção da parte, impossibilitando impugnar ou invalidar um ato nulo, uma decisão do juiz, um ato administrativo ou um negócio de direito privado; ou também num comportamento que sendo conforme ao que a parte teria se o ato não fosse viciado, demonstrando a inocuidade do vício, extinguindo a possibilidade de impugnar ou invalidar o ato viciado. Esta posição defendida pelo citado processualista italiano, que afasta a possibilidade de ser a aquiescência um negócio jurídico, parece apresentar com maior segurança a posição do nosso direito (art. 572, n. I a III, do C.P.P.) (19).

4. NULIDADE, INEXISTÊNCIA E INEFICÁCIA: PRECLUSÃO, DECADÊNCIA E INADMISSIBILIDADE.

4.1 — Inexistência e nulidade.

42. A inexistência do ato processual é vício mais radical que a nulidade, visto que importa na impossibilidade de convalidação, nem desaparece com a coisa julgada. Isso porque, na verdade, o que não existe no mundo do direito não pode jamais produzir qualquer efeito. Nem a circunstância do o C.P.P. ter enumerado como nulidade absoluta alguns casos de inexistência altera o sentido emprestado pela doutrina ao instituto, visto que o nada é indefinível, e a expressão legislativa em nada modifica o conceito de inexistência, por consistir esta no ato ao qual faltam os elementos essenciais para que possa surgir. Tanto que Santoro (20) assim enumera as características próprias da inexistência: a) insanabilidade; b) pode ser apreciada de ofício; c) tem como conseqüência a invalidação de todos os atos subseqüentes; d) não necessita ser declarada pelo juiz; e) pode ser deduzida em todo o estado e grau do processo, e também na fase de execução.

43. O conceito e a espécie de invalidade têm suma importância no campo do processo penal, não só no aspecto doutrinário como também do ponto de vista prático. Diante disso, convém que se destaquem as formas pelas quais se revela a ineficácia do ato processual e a consideração que lhe dá o nosso direito processual penal.

44. É bom relembrar, ao propósito, que ineficazes não são somente os atos nulos e inexistentes, mas também aqueles sujeitos a observância de determinadas oportunidades processuais e não exercitados no momento devido, tendo ocorrida a preclusão. Outras vezes, a invalidade resulta da não realização do ato processual dentro de um prazo, peremptório, disso resultando a decadência. Finalmente, a inobservância de formalidades indeclináveis ou condições exigidas por lei para o exercício de determinada faculdade processual torna inadmissível o ato que se pretenda realizar.

45. Isso impõe um exame detalhado das diferenciações desses institutos, acentuando-se, mais uma vez, a inexistência e a nulidade que se situam, propriamente, dentro da formação e eficácia dos atos processuais e, seguindo-se, um confronto entre a nulidade, a inadmissibilidade e a preclusão, no sentido de aclarar o denso nevoeiro que aparece no amplo campo da ineficácia dos atos processuais.

4.2 — Inexistência.

46. É a inidoneidade de todo desenvolvimento dos atos (e não só de um determinado ato) para enquadrar-se no esquema de uma relação processual. Verifica-se não em um ato processual, mas em toda a relação ou a uma fase dela; e, também, quando aparece como vício de um determinado ato (promoção da ação penal, sentença, impugnação); em substância, toca toda a relação processual ou uma fase dela. Em tal modo, a inexistência vai identificada somente na falta dos pressupostos processuais.

4.3 — Nulidade absoluta.

47. É a inidoneidade de todo o desenvolvimento dos atos (e não só de um determinado ato) para enquadrar-se no esquema de uma "válida" relação processual; deste, sobre a válida constituição da relação processual, irradia-se sobre toda a relação processual, que nasceu ou

desenvolveu-se (no seu curso) inválida, refutando toda possibilidade sanatória.

48. A insanabilidade da nulidade absoluta encontra em sua própria causa a justificação; porque esta invalida não só o ato em que se encerra, bem como toda a relação processual; não é possível convalescer; importa a possibilidade de um ato, não obstante a nulidade, conseguir igualmente seus efeitos pela interseção de um elemento sucessivo (ato ou comportamento), o qual pode referir-se a um determinado ato e não a toda a relação processual (pode verificar-se só com o julgado que preclude todo o relevo da nulidade absoluta). Nisto está também a explicação das diferentes conseqüências entre inexistência e nulidade absoluta. Se a inexistência invalida também o julgado (pois é um aparente julgado), é devido a que o que não existe (juridicamente) não pode mais produzir efeito e, portanto, o juiz, sobre a base de uma inexistente relação processual, não pronuncia a decisão (também esta é dada aparentemente), porque faltam os pressupostos da decisão. Se a nulidade absoluta encontra na **res iudicata** um limite preclusivo é porque uma relação processual inválida pode, todavia, terminar numa decisão, a qual encontra razão de consistência na "aquiescência" da parte. Em substância, o que é juridicamente inexistente não pode mais ser sanado; o que é inválido (isto é, existente, mas doente) pode ser sanado.

49. Nulidade relativa é, enfim, o vício de um ato; e também quando tal aparece como projetado sobre toda a relação processual (ex.: nulidade da citação), esta, em essência, é sempre vício de um ato que se estende a outros sucessivos e algumas vezes também a antecedentes, mas não se irradia mais sobre toda a relação processual (recorde-se, neste ponto, para não incorrer em equívoco, que outra é a relação processual, outros são os complexos dos atos processuais que não se confundem com a relação processual).

50. Na inexistência, é a relação processual que não nasce (se entende juridicamente); na nulidade absoluta, a relação processual nasce inválida; na outra, nasce sã, ficando inválida; na nulidade relativa, é só um ato que é viciado.

51. Assim: 1) Inexistência é a inidoneidade daquilo como relação processual (ou de uma fase desta) para enquadrar-se no esquema da relação processual e para produzir, portanto, efeitos jurídicos, também somente processuais, e particularmente o máximo e final efeito jurídico que é a coisa julgada; com a conseqüente insuscetibilidade de ser em qualquer tempo sanada; 2) nulidade absoluta é a inidoneidade da relação processual para enquadrar-se no esquema de uma válida relação processual, com a possibilidade de uma convalescência final re-

presentada pela passagem em julgado da sentença; 3) nulidade relativa é a inidoneidade potencial de um ato processual para produzir efeitos jurídicos, que, todavia, podem produzir-se em concreto, por efeito de uma sanatória (21).

4.4 — Diferença entre inadmissibilidade, nulidade e preclusão.

52. Inadmissível é a demanda da parte. Nulos podem ser também os atos do juiz e de seus auxiliares. A nulidade, neste caso, pode ser sanada; a inadmissibilidade é insanável. Defronte da nulidade o interesse prevalente é o interesse público. A inadmissibilidade deve sempre ser declarada de ofício; da nulidade, o juiz deve ao invés decretar de ofício somente aqueles atos que violam o princípio do contraditório, e, comumente, daqueles taxativamente declarados absolutos ou insanáveis pela lei. Com isso puramente se pode revelar a diferença entre inadmissibilidade e decadência pela finalização de um prazo peremptório. A inadmissibilidade produz a impossibilidade de levar a um exame do mérito uma demanda. A decadência é o efeito de uma inatividade, quando se deveria agir dentro de um prazo, enquanto a inadmissibilidade é, ao contrário, a conseqüência de uma atividade exercida num caso ou com a forma inadequada. A decadência tem de comum com a inadmissibilidade a "insanabilidade" e a decretação de ofício.

53. A nulidade exprime incapacidade do ato processual para alcançar a finalidade determinada na lei; isto é, a ineficácia do ato, enquanto é uma conseqüência jurídica, que torna o ato incapaz de alcançar o efeito a que é dirigido. A nulidade deriva ou de um vício de forma ou de um vício que ataca o conteúdo do ato. A nulidade é sempre sanável, a preclusão, colocando-se como um fato processual, é ineliminável e produz efeitos. Enquanto a preclusão não se refere a um ato, a nulidade refere-se sempre a um ato; ainda, a preclusão não é uma sanção de invalidade, conforme acontece com a nulidade.

54. O ato precluso, por isso, não é um ato viciado; é um ato, ao qual é negado o nascimento por consumação do interesse. Pela causa, ainda, a preclusão se diferencia dos outros institutos, sendo autônoma e com finalidade própria.

55. A preclusão, em suma, não é uma sanção processual. Representa um limite a uma atividade, limite este que pode surgir como efeito de uma atividade exercitada de conformidade com a lei. Não nasce em função de uma inobservância da lei, não podendo por isso mesmo a preclusão representar uma sanção processual, visto que resulta ela de

uma consumação do interesse ou de uma incompatibilidade pelo desenvolvimento processual conseguido (22).

4.5 — Os vícios da vontade na realização do ato processual.

56. O ato processual, conforme acontece com toda conduta juridicamente relevante, ao ser avaliado, tendo em consideração a finalidade da lei, pode ser apreciado sob dois aspectos: aquele referente à sua estrutura interna e o da perfeição e eficácia. O primeiro aspecto consiste na correspondência entre o ato e a vontade do sujeito, ou seja, da inocorrência de vícios psíquicos na constituição do ato. Já o segundo aspecto, consoante atrás se considerou, consiste na subsunção do ato no seu modelo legal. Disso resultou a expressiva comparação feita por De Marsico entre a conduta que dá vida ao crime, e a que dá vida ao ato processual, as quais podem ser observadas no seu aspecto subjetivo e no objetivo, ou seja, no aspecto interno e extrínseco (23). Essa matéria é conexa ao tema da invalidade e da inexistência, impondo-se o exame de cada um dos vícios da vontade e os remédios, que poderão possibilitar a eficácia do ato.

4.5.1 — Erro

57. Nas declarações de vontade dos sujeitos públicos, desde que não se trate de ato de conteúdo negocial, o elemento da vontade tem limitado relevo. Assim, levar-se-á em conta mais a parte declarativa do ato. Não obstante, a sentença é ato processual em que o erro do juiz pode importar na sua ineficácia absoluta. O erro desse ato poderá resultar não só na falsa interpretação e aplicação de uma norma jurídica, na errônea interpretação factícia ou em qualquer outro vício de raciocínio. Pode, pois, a sentença ser inválida por vícios da vontade. Quando o erro consiste na ignorância de uma norma jurídica ou na falsa interpretação ou inexata aplicação dela, denomina-se erro de direito. Mas quando o erro tem por objeto um fato é chamado erro de fato, ensejando a impugnação do ato por **vitium in procedendo e in iudicando**. Doutra parte, há que considerar o erro de raciocínio na sentença do juiz, visto que a motivação, assentando-se em premissas falsas, não conduz a um dispositivo, que é a parte culminante desse ato, atendendo à realidade do julgamento.

58. Examinado o aspecto em que o erro mais compromete a vida da relação processual, que é a sentença, não se pode deixar de acentuar que o erro do juiz, quase sempre, encontra forma de ser atacado através dos meios de impugnação, sendo que alguns recursos admitem, antes do seu seguimento, que esse erro possa ser corrigido pelo próprio prolator da decisão. Portanto, se o erro dos outros sujeitos do processo pode ser corrigido pelo juiz, o erro deste reveste-se de maior gravidade porque pode importar numa também errônea distribuição da justiça.

4.5.2 — Dolo

59. Esse vício da vontade encontra a sua reprimenda na tutela penal do processo, através das figuras típicas previstas no Código Penal não só no título XI, onde são tipificados os crimes contra a administração pública em geral, mas, particularmente, no Capítulo III, desse mesmo título, que cuida especificamente "dos crimes contra a administração da justiça" (art. 338 a 359). Embora enérgica essa tutela penal, o Código de Processo Penal não faz expressa referência ao dolo processual, o qual se infere da realização de uma dessas condutas típicas pelos sujeitos do processo, comprometendo a segurança da manifestação livre da vontade, não só por aqueles, mas também da parte de todos os sujeitos secundários que participam do desenvolvimento da relação processual, colaborando com os sujeitos principais, tais como: peritos, intérpretes e testemunhas.

60. Se a tutela penal do processo tem a finalidade de resguardá-lo, evitando que seus atos se enfermem desse vício, no próprio Código de Processo Penal, encontram-se diversas normas pertinentes à prevenção desse vício. Assim, os motivos de impedimento e suspeição do juiz (arts. 252 e 254, C.P.P.); a advertência feita à testemunha ao ser compromissada (art. 203); as perguntas do interrogatório e outras tantas providências.

4.5.3 — Violência.

61. Quando se fala em ato processual viciado por força da coação contra os sujeitos ou terceiros com atividades no processo, a violência apresenta-se através da **vis compulsiva**. Isso porque na violência, física **(vis absoluta)**, segundo o entendimento de Leone (24), dificilmente ela se apresenta, e a sua incidência será causa de inexistência e não de nulidade. Mas, para que a violência possa suprimir a vontade, viciando o ato processual em que ela ocorreu, é preciso que seja ela manifestada através da coação em forma capaz de ser comprovada no curso da relação processual, ensejando ao juiz oportunidade de conhecê-la, e

mandar corrigir o defeito do ato mediante a renovação. Nos demais casos, é sempre fundamento de ações de pretensão de liberdade, visando afastar o erro judiciário, tais como o **habeas corpos** ou a revisão criminal.

62. Finalmente, se alguns dos vícios da vontade podem ocasionar a inexistência do ato, outros são previstos em nosso Código de Processo Penal como causas de nulidade, tal como ocorre com a suspeição ou suborno do juiz (art. 564, I). Embora não se possa olvidar o ensinamento de Alfredo de Marsico, segundo o qual o erro, o dolo e a violência não importam em inobservância da forma prescrita em lei, mas em defeitos psíquicos do ato processual, visto que estes são insanáveis, não se identificando com as nulidades que são sempre sanáveis (25). Isso ocorre no direito italiano, no qual, antes da reforma de 1.955, todas as nulidades eram sanáveis.

4.6 — O Anteprojeto Tornaghi.

63. O Anteprojeto Tornaghi procurou definir as imperfeições dos atos processuais, levando em consideração não só a parte subjetiva como a objetiva, conceituando o excesso e abuso de poder com as seguintes normas:

> "Art. 196. Constitui ilegalidade a inobservância de norma legal sobre a forma, o lugar ou o tempo de atos ou negócios processuais".

Da mesma sorte procurou definir em que consiste a inexistência:

> "Art. 199. Consideram-se inexistentes os atos ou negócios aos quais falta elemento por lei considerado essencial".

Já no tocante aos vícios da vontade assim se expressa:

> "Art. 200. São irregulares os atos ou negócios, embora com todos os elementos por lei considerados essenciais, quando:
>
> I — praticados de boa fé, decorrem, entretanto, de vício da inteligência (ignorância, erro) ou da vontade (coação);
>
> II — praticados de má fé, com dolo, simulação ou fraude".

Também no que se refere aos defeitos dos atos, estabeleceu o anteprojeto as providências a serem observadas, graduando a relevância da nulidade, chegando a distingui-la em **lato sensu** e **stricto sensu**,

explicitando as formas de reconhecimento desses defeitos dos atos processuais:

> "Art. 201. São írritos os atos ou negócios que, conquanto existentes e regulares, em si mesmos, fogem, não obstante, ao rito legal".
>
> "Art. 202. São nulos **lato sensu** os atos ou negócios que, além de irregulares ou írritos, causem prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou para a apuração da verdade ou para a decisão da causa".
>
> "Art. 203. Os atos ou negócios nulos **lato sensu** poderão ser:
>
> a) nulos **stricto sensu;**
>
> b) anuláveis".
>
> "Art. 204. Os atos ou negócios nulos (s.s.) não produzirão efeitos até que sejam convalidados (nulidade relativa). Se a nulidade for por lei considerada insanável, o ato nulo jamais produzirá efeitos (nulidade absoluta)".
>
> "Art. 205. Os atos ou negócios anuláveis produzirão efeitos até que sejam invalidados. Se não for promovida a invalidação, os atos ou negócios anuláveis sempre produzirão efeitos".
>
> "Art. 206. A nulidade pode ser "declarada"; a anulação tem de ser "decretada".
>
> "Art. 207. A decisão que declara a nulidade produz efeitos **ex tunc;** a que decreta a anulação produz efeitos **ex nunc**".

É certo, todavia, que essa proposta legislativa, apesar de especificar as nulidades absolutas e as relativas, na casuística, adotou a mesma enumeração do Código atual.

4.7 — O Anteprojeto José Frederico Marques.

64. Já o Anteprojeto José Frederico Marques, embora tendo mantido as nulidades textuais, adotou normas de maior alcance, consoante se verifica da redação do art. 221, e ss. não contendo, porém, qualquer disposição relativa aos vícios da vontade, nem regras pertinentes à distinção entre as diversas formas de imperfeição do ato processual, adotando, no entanto, melhor técnica que o estatuto vigorante. Outro ponto inovador dessa proposta legislativa é a menção expressa

aos casos de preclusão (art. 227 e 228), o que não consta do Anteprojeto Tornaghi, nem do código atual.

5. ALGUMAS MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

5.1 — Ações através das quais são decretadas a invalidade do processo ou da sentença.

65. O nosso direito prevê duas formas para após o julgamento postular a decretação da nulidade, desde que esta favoreça o réu: o **habeas corpus** (art. 648, VI, C.P.P.) e a revisão criminal (art. 621, 1a. parte, c/c art. 626, **in fine**, do C.P.P.). Consoante se vê, trata-se de ações de natureza constitutiva, que somente poderão ser exercitadas pelo réu, nunca pelo querelante ou pelo órgão do Ministério Público. Tendo tais ações por fundamento uma pretensão de liberdade, somente podem ser exercitadas contra a decisão condenatória ou contra ato da autoridade que ameace ou possa causar constrangimento ilegal.

66. No entanto, tal situação poderá ocorrer de forma inversa: suponha-se a sentença absolutória, que transitou em julgado, mas que se enferma de gravíssimo erro judiciário, e que deveria ser invalidada, por força de quaisquer dos vícios examinados? Conquanto aqueles doutrinadores, que advogam a adoção **de lege ferenda**, da revisão criminal **pro societate**, entendam ser esta a única forma de solução da questão, parece que a fecunda elaboração doutrinária relativa ao alcance do conceito de inexistência resolve o assunto, sem necessidade de tornar ainda mais vulnerável o alcance e a eficácia do julgado. Ora, se a sentença e o processo enfermam-se de defeitos tão graves tornando-os inexistentes, não há que se falar em coisa julgada, podendo o Estado, por meio de seu órgão ou o seu substituto processual, propor outra ação postulando a sua pretensão punitiva, já que o que não existe independe de qualquer valorização jurídica.

5.2 — Expressiva decisão do Supremo Tribunal Federal.

67. A 14 de maio de 1.976, julgando o **habeas corpus** n. 53.379, em acórdão de que foi relator o Ministro Thompson Flores, assim se pronunicou o Pretório Excelso:

"A pretensão do impetrante é obter a prevalência da decisão absolutória proferida pela Justiça Civil Comum, pelo fato de ter transitado em julgado.

A toda evidência não pode prevalecer, eis que o crime é militar como bem o considerou o parecer a cujos fundamentos me reporto.

O fato de haver transitado em julgado aquele veredito não lhe empresta qualquer eficácia, eis que sequer jurisdição dispunha o magistrado que a proferiu. Em tais casos, o procedimento instaurado é insubsistente, como bem preleciona J.F. Marques, invocando ensinamento de doutrinadores nacionais e estrangeiros. Preleciona ele "in Da Competência em Matéria Penal, p. 307":

"Quando o vício da incompetência deflui da falta de jurisdição, é ele totalmente insanável, ocorrendo assim incompetência absoluta. Neste caso a autoridade judicante, por não ter jurisdição para a causa, não julgou como órgão judiciário. O que há, na espécie, são atos inexistentes, pois como diz Hélie "onde não há jurisdição, não pode haver julgamento, e o ato, quaisquer que sejam os seus característicos e finalidade, é considerado não existente".

Há falta de jurisdição, sempre que exista incompetência em sentido objetivo, ou seja, quando uma categoria de juízes e tribunais decide de causa afeta a outra categoria. Isto acontece quando órgãos da justiça especial decidem questões da justiça comum ou vice-versa.

Também ocorre incompetência absoluta quando, nos próprios quadros de uma mesma jurisdição, juízes investidos apenas da jurisdição civil decidam casos criminais. Patente e claro que tais sentenças são inexistentes, mesmo quando absolutórias". (26).

68. No caso em referência o Supremo Tribunal Federal entendeu inexistente a sentença proferida pela justiça incompetente **ratione materiae.** Anota Bellavista, com referência ao direito italiano (27), que em doutrina e jurisprudência os mais pacíficos casos de inexistentência são as sentenças proferidas por quem não é juiz; a sentença sem dispositivo; a omissa ou errada citação do imputado e outros.

69. Entendimento diversos teve a 3a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a 3/6/76, em acórdão de que foi relator o ilustrado processualista desembargador Wellington Pimentel, no qual se afirma: "Tratando-se de sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, que haja absolvido o réu, não há forma, nem possibilidade legal de descontituí-la eis que não se admite, no sistema vigente, a revisão **pro societatis**" (28).

70. Esse chocante contraste entre as duas decisões, tendo em vista os fundamentos da última, explica-se pelo respeito que esta consagrou à coisa julgada, visto que entendeu ter a sentença absolutória, ainda que errada, transitado em julgado.

Embora isso tenha ocorrido, impõe-se a consideração de que,

sendo a sentença proferida por um órgão sem o poder de julgar, é um ato inexistente e, como tal, não poderá produzir qualquer efeito. Neste aspecto parece mais avançada a decisão do Supremo Tribunal Federal, que enfrentou o "mito da coisa julgada", denominação esta emprestada ao instituto pelo doutíssimo Giovanni Leone, na sua prolusão ao assumir a cátedra de Processo Penal da Universidade de Roma, nos idos de abril de 1.956. Nessa oportunidade, salientou o mestre que o culto exagerado da coisa julgada degenera numa medrosa preclusão da luz da verdade e da justiça (29).

71. Por mais que se aprofunde no estudo da patologia processual, já que a doutrina usa a denominação doença aos atos incapazes de produzir efeitos no processo, o que dela resulta é que a coisa julgada pode abrigar a nulidade absoluta, que é o ato enfermo, mas não aquele que não nasceu.

Não se pode assim, num direito tão cheio de imperfeições legislativas como acontece com o nosso em vigor, deixar de usar o conceito de inexistência para evitar que produzam efeitos situações de tamanha gravidade, como aquela da sentença absolutória iníqua, por inexistente.

BIBLIOGRAFIA

(1) — Giovanni Leone — Trattato di Diritto Processuale Penale — Casa Editrice Dott. Eugênio Jovene — Napoli — 1961; vol. I, ps. 593/594.
(2) — Francesco Carnelutti — Teoria General del Delito — Trad. Vitor Condé Editorial Revista de Direito Privado — Madrid — 1952.
(3) — José J. Calmon de Passos — A nulidade no Processo Civil — Imprensa Oficial da Bahia — 1959 — ps. 31 a 35.
(4) — Santi Romano, L'Ordenamento Giuridico, ed. 1946, Firenze — p. 15.
(5) — Giuseppe Sabatini, Trattato del Procedimenti Incidentali nel Processo Penal, UTET — Torino — 1955.
(6) — Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, vol. I, p. 263 — Editorial Temis, Bogotá; 1954.
(7) — F. Carnelutti; Ob. Cit. p. 20
(8) — Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Editorial "Rev. Derecho Privado" — Madrid — 1955 — Tomo I, p. 365.

(9) — Salvatore Messina, Sul'utilità della Nazione de "Frattispecie" nel Diritto Processuale Penale, in Scritti Giuridici in Onore di Vicenzo Manzini, Pádua — Cedam — 1954; ps. 592/602.
(10) — Filippe Grispigni, Diritto Processuale Penale; 1.45 — ps. 6, 48 e 53.
(11) — Hélio Bastos Tornaghi — Processo Penal — Ed. Coelho Branco — Rio — 1953 — vol. I p. 99.
(12) — Francesco Carnelutti — Leciones sobre el Processo Penal — vol. III ps. 9/10, Ed. Jurídicas Europa-América, B. Aires, 1950.
(13) — Ernest Belling — Derecho Procesal Penal Ed. Labor S/A, 1943 p. 141.
(14) — Abraham Bartoloni Ferro — El Processo Penal y los actos jurídicos processuales penales — Libreria y Editorial CASTELVI Sociedad Anônima — Santa Fé; Argentina, 1944 — ps. 324/325.
(15) — Giovanni Conso, I Fati Giuridici Processuali Penali, Dott. A. Giuffré Editore — Milão — 1955 — ps. 13/15.
(16) — Tornaghi — Ob. Cit. vol. I ps. 96/97.
(17) — Tornaghi — Ob. Cit. vol. I ps. 98/99.
(18) — Tornaghi — Ob. Cit. vol. I ps. 100/101.
(19) — Carlo Massa — L'Acquiescenza Nel Processo Penale — Ed. Eugenio Jovene — Nápoli — 1954 — p. 17 e ss.
(20) — Arturo Santoro — Manuale di Diritto Processuale Penale — Ed. Torinense — Itália — 1954.
(21) — Giovanni Leone — Lineamenti di Diritto Processuale Penale — 4a. ed. — Ed. Dott. E. Jovene — Nápoli — 1956 — ps. 247/249.
(22) — Stefano Riccio — La Precluzione Processuale Penale — Ed. Dott. A Giuffrè — Milano — 1951 — ps. 85/88.
(23) — Alfredo De Marsico — Lezioni di Diritto Processuale Penale 3a. Ed. Nápoli — Ed. Dott. E. Jovene — 1955 — ps. 124/125.
(24) — G. Leone — Ob. Cit. vol. I p. 206 e ss.
(25) — Ob. Cit. p. 131 e ss.
(26) — Rev. Trimestral de Jurisprudência — vol. 82 — ps. 349/351.
(27) — Girolamo Bellavista — Lezione di Diritto Processuale Penale — Milano, 1956 — p. 144.
(28) — Ementário Forense — 1977 — ano XXIX — n. 342.
(29) — G. Leone — I 1 Mito del giudicato — in Revista di Diritto Processuale Penale — abril-junho — 1956 — ps. 167/198.

A PRISÃO CIVIL *

Romeu Pires de Campos Barros
Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado de Goiás e Professor Titular
de Direito Penal da Universidade Federal
de Goiás

Sumário: — I — Origem da prisão. II — A prisão no direito atual. III — A prisão civil. IV — Principais casos de prisão civil. V — Controle jurisdicional da prisão civil.

I — ORIGEM DA PRISÃO

1. Perde-se na noite dos tempos a origem da prisão, como medida de privação da liberdade de alguém, tendo em vista determinada finalidade. Todavia, é justamente pela finalidade que surge a prisão em sua mais remota regulamentação, inicialmente como comprovação da própria situação de flagrância, quando o agente era surpreendido no momento em que praticava o crime para que se evidenciasse a autoria, e pudesse a punição seguir-se sem mais delongas: **ex-abrupto.** No entanto, inexistia a esse tempo a prisão pena. Assim é que ULPIANO insurgiu-se contra o abuso das prisões decretadas pelos prefeitos, e, insistindo na inconveniência dessa prática, fez ver que a prisão era mera forma de **detenção e nunca pena ou repressão: "Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet (1)".** Por isso que os mais antigos estudiosos que se ocuparam do assunto indicam a prisão não como pena, e sim **ad custodiendum.** Era um meio de assegurar o réu para facilitar a prova até o julgamento, e também para que dele se pudesse dispor, aplicando-se-lhe a pena corporal, mediante sentença condenatória e sua execução. Na Idade Média, especialmente, quando a confissão era a rainha das provas, e o **tormento,** a **tortura,** um meio de investigação legalmente admitido, o indiciado era supliciado para que se descobrisse a verdade, através dele próprio, e também para purificar-se, notadamente, na época das "ordálias" ou "Juízos de Deus".

(1) ATALIBA NOGUEIRA — Pena sem Prisão — Saraiva — SP — 1956 — ps. 62/63.

* — Conferência feita pelos Des. Romeu Pires de Campos Barros no encerramento do Encontro Regional dos Advogados do Banco do Brasil, realizada no Auditório da Faculdade de Direito — UFG, em 30.4.1981.

2. No entendimento dos processualistas, parece que a prisão civil, por dívidas, é a origem das diversas medidas cautelares de que se serve o direito moderno para assegurar o êxito do processo de conhecimento. ROSENBERG, por exemplo, afirma que a origem histórica do **arresto, no direito alemão, estaria no procedimento contra o delinqüente** capturado em flagrante, em particular o ladrão. Como ladrão se considerava também o devedor incapaz de pagar e fugitivo que, se encontrado, podia também ser preso pelo credor ainda quando já se houvesse homiziado, o que se denominava **arresto do fugitivo.** Desde os fins do século XIII, podia também ser preso o devedor de cuja fuga se suspeitasse; e no século XIV, tratou-se como suspeito de fuga o devedor incapaz de pagar ou inseguro (2).

3. Verifica-se por isso que a prisão civil como forma de satisfação do credor era imposta contra o devedor, que se transformava, no direito bárbaro, em escravo, pagando a dívida com o produto do seu trabalho. O que somente desapareceu pelo passar dos séculos, e as idéias filosóficas que germinaram uma nova concepção do mundo e das relações sociais, e que se cristalizaram no século XVIII, que se denominou, acertadamente, de Século das Luzes, por ter surgido das noites escuras e tenebrosas da Idade Média.

4. As idéias de ROUSSEAU, VOLTAIRE, e MONTESQUIEU, os mais acentuados pensadores da filosofia iluminista, tiveram tal penetração na época, a ponto de incentivar um outro pensador coevo que, embora de nobre estirpe, condoído do homem que se via envolvido nas malhas da justiça, escreveu esse pequeno livro, que pela profundidade das idéias nele contidas veio a se tornar o catecismo da ciência penal que se seguiu. Ao influxo desses ideais é que surgiu "Dei delitti e de le pene", de CEZARE BONEZANNA, o Marquês de Becaria.

5. A evolução e os ideais já dominantes é que forçaram o nosso Governo Imperial a baixar a Constituição de 25 de março de 1824, a Primeira Carta Política brasileira, que em seu artigo 179, entre os direitos e garantias individuais, dispunha no n. 8o.: "Ninguém poderá ser preso sem culpa formada. Exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada,

(2) LEO ROSENBERG — Tratado de Derecho Procesal Civil — Versão castelhana de Angela Romera Vera, Buenos Aires, 1955 — Tomo III, p. 260.

fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome de seu acusador, e o das testemunhas, havendo-as". Estabelecia ainda o número 10, desse mesmo artigo: "À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar".

6. A essa Carta Política, seguiu-se a primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, que, em seu artigo 72, pertinente à **declaração dos direitos**, dispunha no parágrafo 13: "A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente". E, para que tais garantias se tornassem eficazes, ainda no parágrafo 22, desse mesmo artigo, estabelecia: "Dar-se-á o **habeas-corpus**, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder". Preceitos esses mantidos na Constituição de 16 de julho de 1934 que, no capítulo: "Dos direitos e garantias individuais", em seu artigo 113, §§ 21 e 23, acrescentou no primeiro destes: "A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora". No entanto, melhor ainda explicitando os direitos e garantias individuais, esse estatuto básico, no § 30 do mencionado art. 113, dispunha: "Não haverá prisão por dívidas, multas e custas". Embora este preceito não tivesse sido reestabelecido na Constituição de 10 de novembro de 1937, — o que se explica pela forma com que foi baixado esse ato, — por força de um golpe de Estado, implantando-se uma ditadura, — já na Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, art. 141, nos §§ 21, 22 e 23, foram asseguradas as garantias fundamentais, estabelecendo o § 32: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do **depositário infiel** e o **inadimplemento de obrigação alimentar** na forma da lei". Norma essa constante do art. 153, § 17, da atual Constituição Federal, promulgada em 1967, com as emendas que lhe seguiram. Notando-se que essa norma básica deixa expressa a admissibilidade da prisão do inadimplente de obrigação alimentar e do **depositário infiel**, sendo esta a mais comum das formas de prisão civil.

II — A PRISÃO NO DIREITO ATUAL

7. Colocado o assunto partindo da sua regulamentação constitucional, o que se verifica é que a prisão, qualquer que ela seja, está sujeita ao controle jurisdicional, notando-se que a prisão civil somente poderá ser decretada pelo juiz. O instrumento de que se serve o juiz para impor essa medida é o processo. Portanto, o exame da jurisdição impõe-se no seu funcionamento prático, no sentido de se verificar a regularidade da prisão. Mas, o escopo da jurisdição é o de tornar efetiva a ordem jurídica e de impor, através dos órgãos estatais adequados, a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica, consoante o ensinamento de LIEBMAN (3). Disso resultando que a jurisdição compreendendo os diversos atos imprescindíveis à realização do processo, a fim de alcançar o de julgamento e execução, compõe-se, assim, de cinco elementos tradicionais na sua função: **notio, vocatio, coertio, judicium** e **executio**. O primeiro define a faculdade de conhecer da causa e ordenar os atos respectivos. A **vocatio** é o chamamento de alguém a juízo para responder aos termos da demanda e também daqueles cuja cooperação seja necessária. Enquanto a **coertio** é o direito que tem o magistrado de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas que lhe possam ser feitas no exercício de suas funções, daí o brocardo latino: **jurisdictio sine coertione nulla est.** Compreendendo esse elemento da função jurisdicional o emprego de medidas **coercitivas** e **cautelares** para garantir a aplicação da lei. Ao passo que o **judicium** é o poder de conhecer e julgar a causa proposta. Finalmente, a **executio** consiste no direito de, em nome do poder soberano, tornar obrigatória e cumprida a decisão ou sentença (4).

8. Diante dessa posição é que o douto professor VICENTE RÁO apresenta um quadro revelando a coercibilidade do direito: I — Por modo **potencial**: como poder de coerção, ou possibilidade de se invocar o uso da força: a — para amparar o direito ameaçado, b — restaurar o direito violado; c — reparar ou punir as consequências da violação. II — Por modo atual: mediante o emprego da força, para os mesmos fins acima, inclusive no sentido de assegurar o cumprimento das penas ou das reparações em caso de violação consumada.

9. As medidas efetivas de coerção também por dois modos se praticam: por ação **indireta**, que seriam as medidas preventivas em geral, e por ação **direta**, mencionando as que recaem sobre as pessoas, como as medidas de segurança, a **detenção**, a **prisão**, a **apreensão de menores**, etc... Disso concluia o saudoso mestre que o poder de coercibilidade só

---

(3) ENRICO TULLIO LIEBMAN — Corso di Diretto Processuale Civile — 1952 — p. 10.

(4) JOSÉ FREDERICO MARQUES — Da competência em matéria Penal — Saraiva São Paulo — 1953, ps. 25/30.

pode pertencer ao Estado, acentuando: "Psicologicamente considerada, a coerção equivale à coação, por forçar o violador da lei a proceder contra a sua vontade. Mas, de uma coação legítima e juridicamente disciplinada aqui se trata, necessariamente por modo substancial à vida e à eficácia do direito normativo (5)".

10. Dessa posição explicam-se as modalidades de prisão, em nosso direito atual, cumprindo salientar que a palavra prisão, no direito penal substantivo, é pena privativa da liberdade que se impõe ao delinquente, e que se cumpre mediante clausura em estabelecimento para esse fim destinado. É de salientar que no processo penal ela aparece regularmente como **carcer ad poenam** para tal finalidade. Todavia, para assegurar o profícuo resultado do processo, ela existe como **carcer ad custodiam**, com finalidade cautelar. Além dessa prisão, existe a **prisão civil**, a prisão administrativa, a prisão processual e a prisão compulsória. Conquanto bastante controvertidas algumas dessas denominações, poderão ser destacadas pela função que se liga à prisão. A prisão penal e cautelar não oferece dificuldades. Já a **prisão disciplinar**, conceituada como **castigatio domestica**, consiste em providência que a lei concede para as autoridades conseguirem a obediência e a ordem que devem reinar em determinados serviços. Apresenta certa semelhança com a prisão compulsória, visto que ela por vezes é imposta contra quem deve praticar um determinado ato ou agir de determinada forma. No entanto, elas não se confundem, isto quer quando seja jurisdicional ou administrativa ou disciplinar, visto que esta tem em consideração também uma falta já cometida. A compulsória que tanto pode ser imposta pela autoridade administrativa ou judiciária, visa a compelir o seu destinatário a executar um comando jurídico. Nessa conformidade existe em nosso direito a **prisão civil** do depositário infiel (art. 1.287, do Código Civil); de quem não cumpre obrigação alimentar (C. P. C., art. 733, §§ 1o., 2o. e 3o.); dos remissos e omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo (C.P.P., art. 319, n. II); do síndico que não presta contas (Lei de Falências, artigo 69, § 7o.); da testemunha que se recusa a depor (C.P.C. art. 412, **in fine**; e C.P.P., artigo 218); e, bem assim, do ofendido ou acusado, quando estes desatendam o chamamento a juízo para fins de processo (C.P.P. arts. 260 e 201, § único).

11. Não há, porém, que se confundir a prisão como providência cautelar com prisão processual. Esta é toda aquela decretada pelo juiz exercitando a jurisdição, consistente na **potesta coercendi**, ou na **exe-**

(5) O Direito e a vida dos direitos — São Paulo — 1952 — Ed. Max Limonad — vol. I, ps. 214/216.

cutio, que é função imanente do poder judiciário. Prisão compulsória é também jurisdicional, mas não é assegurativa, e visa a compelir alguém a praticar algum ato: a que entregue a coisa depositada, na prisão do depositário infiel; a do inadimplente de obrigação alimentícia, para que este cumpra essa obrigação.

12. O Prof. José Frederico Marques faz nítida distinção entre prisão administrativa, prisão civil, prisão penal e prisão processual, pelo aspecto formal, começando por afirmar que: "A prisão civil se opõe à prisão penal (6)". Acrescentando que o conceito daquela é dado por exclusão: toda prisão que não for penal tem a natureza de prisão civil, acentuando que é penal a prisão decretada na justiça penal. Em seguida, depois de distinguir a prisão cautelar da prisão efetuada para o cumprimento de pena, também anota como providências tomadas no juízo penal aquelas apontadas como medidas compulsórias constantes dos artigos 218 e 656, § único, 771, § 1o., todas do C.P.P., para concluir que em sentido amplo a prisão penal compreende toda providência que prive alguém do seu direito de locomoção, decretada no processo penal.

13. É de se notar ainda que no citado estudo, com a denominação de prisão civil está compreendida, em sentido amplo, a própria prisão administrativa. Inobstante, em sentido estrito contempla como prisão civil somente aquelas decretadas no curso de uma relação processual de caráter não penal, mas por força da jurisdição. Assim a prisão processual pode ser penal ou civil, conforme emane de juízo penal ou juízo civil, e esta última é que nos interessa nestas considerações.

III — PRISÃO CIVIL

14. A prisão civil em sentido estrito, ou seja, a prisão processual decretada na jurisdição civil, não deixa de conter a função coercitiva, embora em alguns aspectos também se revele disciplinar, tal como ocorre na prisão do falido no direito falencial (art. 35, da Lei de Falências). Pelo seu resquício da exigência de uma prestação que, em última análise, visa a compor litígios oriundos do direito privado, embora afastada a prisão por dívidas, ainda é bastante combatida na doutrina do processo e aplicada de forma mitigada pelos nossos tribunais. Nesse aspecto, anota DORESTE BATISTA que a própria prisão civil do devedor de alimentos é medida odiosa, combatida pela doutrina, onde aparece a crítica veemente e prestigiosa de MARTTIROLO. Importando na supressão

(6) Da prisão no Direito Brasileiro, in Estudos de Direito Processual — Forense — Rio 1960 — ps. 219/222.

da liberdade individual para satisfazer uma obrigação civil. Assim, anota mais que os códigos dos povos mais cultos, inclusive o nosso, consagram o princípio de que "só o patrimônio do devedor pode ser objeto de execução", notando ainda que toda execução é real, devendo ser feita no patrimônio, e não na pessoa do executado (7). —

15. Esse contraste no campo da jurisprudência e da doutrina é também exposto por CARVALHO SANTOS, apontando divergências entre Câmaras da então Corte de Apelação do antigo Distrito Federal, tão logo passou a vigorar a Constituição Federal de 14 de julho de 1934 que, pela vez primeira, erigiu em seu texto no § 30, do art. 113, esta proibição formal: "Não haverá prisão por dívidas, custas e multa". Entendendo que essa proibição não atingiria o depositário infiel, citava o ilustre civilista um comentário do grande jurista J.M. Azevedo Marques, o qual explicava que nas Ordenações do Reino que por muito tempo vigorou entre nós, admitia-se a prisão corporal dos devedores que não pagavam suas dívidas em dinheiro, mas que desde 1774 fora abolida tanto no direito português como no brasileiro a "prisão por dívida" (8). Nessas considerações, o acatado jurista explicava que o próprio texto constitucional explicitando "dívidas, multas e custas" não abrangeria o depositário, que não é propriamente um devedor, que não contraiu, expontaneamente em seu interesse pessoal, uma dívida de dinheiro, a cujo pagamento se obrigasse. A obrigação de restituir a coisa que ele guarda não é uma dívida sua, embora seja uma rigorosa obrigação, que nem se transmite aos herdeiros, como se transmite a dívida. Todavia, na atualidade, parece que o assunto é tranquilo na jurisprudência de nossos tribunais.

IV — PRINCIPAIS CASOS DE PRISÃO CIVIL

16. A prisão civil aparece em diversas leis em nosso direito, principalmente no direito civil, processual, comercial e falimentar. A mais frequente é no direito civil, referente ao depositário infiel, assim disciplinada no art. 1.287, do Código Civil: "seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que o não restituir, quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273). Essa norma é genérica

(7) DORESTE BATISTA — Do processo executivo — Forense Rio — 1975 — p. 37.

(8) J. M. de Carvalho Santos — Código Civil Brasileiro interpretado — F. Bastos Rio — 1938, vol. XVIII, ps. 96/107.

e diversas outras leis, regulando as mais variadas relações contratuais, a ela se reportam, especificando que aquele a quem compete a guarda da coisa, oferecida em garantia do negócio, é considerado "fiel depositário".

17. O Prof. Hélio de Bastos Tornaghi aponta, além do que foi mencionado, diversos outros casos de prisão civil, tais como (9): a do comerciante que recusa exibir livros (Código Comercial, art. 20); a do corretor que se nega a exibir em juízo o seu protocolo (art. 50, Código Comercial); prisão dos trapicheiros e de administradores de armazéns de depósito (Código Comercial, art. 91 e Decreto 1.202, de 21 de novembro de 1903, art. 38): a prisão dos condutores e comissários de transportes (art. 114, c/c art. 284, do Código Comercial); prisão dos empresários, gerentes, superintendentes e administradores dos armazéns gerais (Decreto 1.202, de 21 de novembro de 1903, art. 11, n. I); prisão de quem recusa a entrega de letra de câmbio recebida para aceite ou pagamento (Lei 2.044, de 31.12.1908, art. 31, e seu parágrafo); prisão do falido (Lei de Falências, art. 35 e seu §); prisão do síndico (Lei de Falências, art. 69, § 5o. e 7o.). Além desses casos, existem outros em que a própria lei estabelece a situação de depositário, em determinados contratos, como ocorre com a lei 4.728, de 1965, na forma do art. 66, do Decreto-lei 911, de 1969, em que se admite a decretação da prisão civil do devedor, alienante fiduciário.

18. A ação de depósito, prevista nos artigos 901 a 906 do atual C.P.C., é o meio idôneo para postular em juízo todos os casos de depósito constantes da legislação especial, sendo que o parágrafo único do art. 904, estabelece como medida coercitiva para forçar a entrega da coisa depositada a prisão do depositário infiel. Ainda o citado C.P.C., em seus arts. 732 a 740, disciplinando a execução de prestação alimentícia, regulamentada pela Lei 5.478, de 25.7.68, estabelece a prisão coercitiva do inadimplente de obrigação alimentícia, pelo prazo de um a três meses; em seu artigo 733, § 1o., acentuando-se que aquela lei, em seu artigo 19, parágrafo 1o., admitiu também a renovação da imposição dessa medida, quando já aplicada anteriormente. É certo que o art. 733, § 2o., do mencionado Código havia estabelecido a proibição da imposição da prisão pela segunda vez, ainda que por inadimplemento posterior no entanto, conforme decidiu o S.T.F., pelo voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra: "Tal preceito, que não se justifica moral ou tecnicamente, de tal modo se revelou incompatível com a realidade que a Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973, em seu art. 4o., restabeleceu

(9) Manual de Processo Penal — Ed. F. Bastos — Rio — 1963, vol. II, ps. 767 e 797.

na sua plenitude o § 1o., do art. 19, da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, derrogando a injustificada restrição constante do § 2o., do art. 733 do nosso Código de Processo Civil (10).

19. Dentre as leis especiais que admitem a situação de depositário ao devedor, é interessante relembrar a que regula o penhor rural e a cédula pignoratícia, Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937 que, no seu art. 35, prescreve a pena de depositário infiel, ao devedor ou terceiro que der os seus bens ou animais em garantia da dívida, e que o tenham desviado, abandonado, depreciado, ou permitido que esses bens venham a aparecer. Essa lei bastante aplicada no inadimplemento de dívidas assumidas por pecuarista com o Banco do Brasil S/A, por força de contrato de abertura de crédito, mediante penhor de rebanho bovino, teve grande repercussão nos idos de 1945 a 1952, devido à chamada "crise do zebu", que atingiu o nosso meio rural, notadamente nesta região. Os arestos dos nossos tribunais registram casos interessantes ocorridos nessa época. Essa dolorosa situação somente terminou com leis federais de moratória, perdão das dívidas e anistia concedida aos pecuaristas, consoante relata o douto jurista Dr. Camilo Nogueira da Gama, em sua interessante monografia relativa ao assunto (11).

20. Nesse rápido bosquejo, em que se faz referência apenas enunciativa às diversas leis em vigor, que admitem a prisão civil imposta por via jurisdicional, em que pese a restrição constante do artigo 153, § 17, da Constituição Federal, verifica-se que a nossa legislação vem aumentando consideravelmente a sua casuística, emprestando a situação de depositário infiel às mais variadas posições que o devedor assuma no mundo dos negócios.

V — CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO CIVIL

21. Explicitou-se em forma sumária as ações reguladas pelo Código de Processo Civil, através das quais com observância dos respectivos procedimentos poderá ser imposta a prisão civil. Não obstante, proferida qualquer decisão nesse sentido, no curso de tais procedimentos, impondo a prisão, cuida-se de saber a forma pronta e eficaz para impugnar essa decisão. O critério de escolha do recurso para impugnar determinada provisão judicial é o da **natureza do julgado** e não o da denominação legal, no entendimento dos mais importantes doutrinadores (12). Disso resulta que decretada a prisão civil pelo juiz da primeira instância, o meio normal de impugnação será o agravo de instrumento, podendo o agravante postular tanto perante o juiz ou o relator, no Tribunal, seja outorgado efeito suspensivo a esse recurso, já que no sistema atual tal efeito não se opera "pleno jure", pela simples interposição do meio recursal, na forma prevista pelo artigo 558, e seu parágrafo único do Código de Processo Civil. No entanto, denegada a suspensão dos efeitos dessa decisão, desde que esta denegação se enferme de ilegalidade, outra via judiciária surge para a defesa dos direitos de liberdade: o **habeas-corpus**.

22. Não se pode olvidar, no caso, que a liberdade física do cidadão, em nosso sistema constitucional, é direito e garantia individual, estando sujeita a sua restrição ao regime de estrita legalidade, sendo que a Constituição Federal, art. 153, § 17, quando admite a exceção, exige que a prisão se faça na "forma da lei", assegurando no § 20 o uso desse remédio jurídico para assegurar a liberdade.

23. Essa ação de pretensão de liberdade pode ser exercitada em qualquer caso de **ilegalidade e abuso de poder**, o que tem sido proclamado inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal. É certo que esse exame se restringe à parte formal do julgado, no sentido de que tenham sido observados todos os pressupostos legais pertinentes à imposição da medida de exceção. Numa dessas decisões explicitou o Ministro Xavier de Albuquerque, que também é douto processualista: "Qualquer constrangimento se ilegal, provocado por autoridade quanto à liberdade do paciente em seu direito de **ir** e **vir**, salvo nos casos de punição disciplinar, enseja correção via de **habeas-corpus**, como determina o art. 647 do Código de Processo Penal em interpretação reiterada deste Pretório Excelso (13)". Não fora a flexibilidade do direito brasileiro, adotando esse instrumento admirável para a defesa da liberdade de locomoção, que é o **habeas-corpus**, e a sua aplicação frequente pelos nossos tribunais, por certo que a **prisão civil**, que tantos vexames causa ao cidadão na grande variedade prevista nos diversos ramos do direito, teria sido uma afronta aos direitos fundamentais, previstos em todas as magnas cartas, editadas desde o regime imperial.

24. Apesar de delimitada a liberdade jurídica do cidadão, é no

(10) Revista Trimestral de Jurisprudência, 79/448, no mesmo sentido, 69/400, 69/357 e 78/309-311).

(11) Dívidas dos Pecuaristas — Reajustamento pela Lei n. 1.728, de 10.11.1952 — R.J. — 1953.

(12) Pontes de Miranda, José Carlos Moreira Alves, citados por Carlos Silveira Noronha in **do agravo de instrumento** — Rio — Forense 1978, p. 94.

(13) Revista Trimestral de Jurisprudência, vols. 79/877-880; 82/297-700.

próprio direito legislado que ela encontra o seu respiradouro e, ao propósito, não se pode deixar de relembrar, para finalizar, uma veemente afirmativa do grande processualista pátrio, Prof. Canuto Mendes de Almeida: "A liberdade assim delimitada seria a natural liberdade residual, intocada pela virtude ou força restritiva da lei se da evolução político-jurídica dos povos não emergissem os juízes, instituídos pela autoridade estatal, especificamente para defendê-la, mediante verificação, declaração e fixação dos termos de incidência concreta da lei, sobre o individuado fato causante e a relação jurídica causada. Nasce e vive assim a função jurisdicional do Estado predestinada a testar a legalidade das pretensões de direito, cogentes de quem quer que seja, assestadas contra a liberdade de outrem. E isso é que converte aquela liberdade residual, natural, em liberdade jurídica, se e enquanto posta sob tutela judiciária (14)".

(14) A "liberdade jurídica" no direito e no processo — Ed. Resenha Universitária — São Paulo — 1976 — p. 13.

ASPECTOS JURÍDICOS DA IMPLANTAÇÃO DE ÁREAS E DISTRITOS INDUSTRIAIS (*)

TOSHIO MUKAI
Mestre em Direito pela USP.
Professor e Advogado. Assessor
Jurídico da Confederação Nacional
de Municípios.

1. Introdução

1.1 O processo de criação e de implantação de um Distrito Industrial deve estar previsto num Plano de Urbanização devidamente aprovado pelo Município. O Distrito Industrial deve resultar de um planejamento urbano equacionado a nível técnico e legal, posto que sua localização, suas características em face da proteção ambiental e do zoneamento urbanístico, são condições intrínsecas de sua existência, em harmonia com os demais valores que devem ser preservados, em atenção à vida da comunidade.

Portanto, a implantação de um Distrito Industrial envolve uma escolha prévia do local de sua instalação e isto o Município o fará, mediante o estabelecimento de um Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado e do zoneamento das diversas atividades no seu território (art. 3o., VIII e IX da Lei Orgânica dos Municípios).

Através do zoneamento, na zona industrial, prever-se-á a localização do Distrito ou da Área Industrial. Um estudo de viabilidade técnico-econômica e de localização, levando-se em conta a proteção ambiental, deve ser providenciado desde logo, para indicar os recursos necessários à implantação do Distrito Industrial, bem como para garantia de que o complexo daí decorrente não venha prejudicar a qualidade de vida da população.

Quanto à denominação aplicável a esse complexo, têm-se utilizadas as expressões área, pólo, zona ou distrito industrial. O Prof. Hely Lopes Meirelles critica a expressão distrito industrial, como sendo imprópria, posto que "distrito" significa divisão administrativa estadual.

(*) O presente trabalho foi elaborado a partir de uma Conferência sob o mesmo título, pronunciada pelo autor no dia 14.9.79, por ocasião da realização do I Congresso de Desconcentração do Crescimento Industrial e Urbano e I Mostra de Viabilidade da Descentralização Industrial e Urbana — 12 a 14.9.79 — Parque Anhembi. Patrocínio da Secretaria de Indústria, Comércio, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo.

Contudo, a recente Lei n. 6.602/78, que adiante examinaremos, consagrou a expressão distrito industrial.

Em seguida às providências para a localização técnica e planejada do Distrito Industrial, dever-se-á providenciar a Lei Municipal que aprove o projeto de implantação do D.I. (§ 2o. do art. 5o. do D.L. n. 3.365/41, com a redação data pelo art. 1o. da Lei n. 6.602/78). Esta Lei também deverá aprovar: normas de uso do solo e um Código de Edificações e Posturas, especiais para o D.I.; normas básicas que regerão as condições de venda ou locação dos lotes e estrutura administrativa interna do D.I.; a celebração de convênios, eventualmente necessários à implantação do D.I.; verbas necessárias para a deflagração do processo de implantação e autorização para efetivação de eventuais empréstimos internos ou externos.

Após tais providências, publicada a lei, passar-se-á a aquisição das áreas necessárias à implantação do Distrito Industrial.

Tal aquisição poderá ser efetuado por compra, mediante prévia avaliação e autorização legislativa (art. 64 da L.O.M.), ou por desapropriação, que poderá ser amigável ou judicial. A desapropriação amigável será formalizada por escritura pública e registrada no Registro de Imóveis. A desapropriação judicial ensejou e enseja problemas jurídicos delicados e, por essa razão, dedicar-lhe-emos, em seguida, maior atenção.

2. Problemas jurídicos da desapropriação para criação de Distritos Industriais.

Examinaremos aqui os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e legais relacionados com o problema.

2.1 Desapropriação para revenda

2.1.1 **Doutrina** — A doutrina, em sua maioria, sempre entendeu válida a desapropriação para fins de implantação de Distritos Industriais, inclusive com doações de lotes, com base na alínea "i" do artigo 5o. do D.L. n. 3.365/41, ("loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica higiênica ou estética "ou" planos de urbanização").

2.1.2 **Jurisprudência** — A jurisprudência, salvo em alguns casos isolados estaduais, sempre se mostrou contrária à possibilidade de se desapropriar imóveis, com base no D.L. n. 3.365/41, para fins de implantação de industrias, porque, basicamente, inadmitia a tredestinação dos lotes desapropriados com aquela finalidade. Exemplo dessa

orientação é o caso relacionado com o Distrito Industrial de Campos (RJ), onde o S.T.F. não admitiu como válida a desapropriação, posto que a lei que admitia a revenda ou locação era a de n. 4.132/62 (por interesse social) e esta (a desapropriação) seria de competência privativa da União porque, no caso, tratava-se de desapropriação de imóveis pertencentes à empresa rural (RE n. 76.296 — RTJ — 72/435).

Quanto à admissão da revenda de bens expropriados, embora referida à reurbanização, pela primeira vez o S.T.F. a sufragou, ainda que por um voto a favor, nos já famosos casos de Santana e Jabaquara. Porém, para fins de implantação de indústrias, só recentemente o Pretório Excelso admitiu a revenda para este fim, com base na letra "i" do artigo 5o. do D.L. n. 3.365/41. Isto ocorreu nos seguintes casos:

1. R.E. n. 90.035-7 — SP — 2a. T. — un. — Rel. Min. Djaci Falcão — "Desapropriação sobre imóveis urbano, para implantação de indústrias, estabelecendo o diploma legal correspondente à realização prévia de concorrência pública entre os interessados. Inexistência de vulneração do § 22 do artigo 153 da Constituição Federal, ou, ainda, de preceito do Dec.-lei n. 3.365/41. Dissídio jurisprudencial não comprovado. R.E. não reconhecido — 14.8.79 "(in D.J.U. 14.9.79).

2. R.E. n. 88.742-3-M.G. — Ponte Nova — 1a. T. — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — "Desapropriação por utilidade pública de imóvel rural destinado à implantação de D.I. Não compromete sua legitimidade a circunstância de que se deverem vender a particulares, que neles hajam de levantar estabelecimento industriais, lotes extraídos da área expropriada. 22.5.79" (in D.J.U. 8.6.79).

Esses dois casos foram examinados à luz do texto original do D.L. n. 3.365/41, onde não havia menção expressa à venda ou locação dos lotes, o que veio a ser feito pela Lei n. 6.602, de 7.12.78 (D.O.U. 12.12.78), que examinaremos em seguida. Registre-se que o último caso citado está pendente de julgamento, em face de recurso interposto pelo particular junto ao Pleno do S.T.F., onde certamente será discutida outra feição do problema: a possibilidade de Estados e Municípios desapropriarem imóveis rurais.

2.2 Desapropriação de imóveis rurais

2.2.1 **Doutrina** — Quanto a este aspecto, a doutrina sempre entendeu (em sua maioria) que Estados e Municípios, com base no artigo 153, § 22 da C.F., não estão inibidos de desapropriar imóveis rurais, desde que a indenização seja em dinheiro e não seja para fins de reforma agrária, sendo privativa da União, apenas aquela hipótese de desa-

propriação por interesse social, pagável em títulos da dívida pública e para fins de reforma agrária (art. 161 e seus parágrafos da Constituição).

2.2.2 **Jurisprudência** — De modo geral, a jurisprudência do S.T.F. era firme em não admitir a possibilidade de que Estados e Municípios desapropriem imóveis rurais em geral, por interesse social.

Com efeito, essa posição ficou delineada no já citado caso de Campos (RJ), onde o S.T.F. afirmou que a desapropriação não podia ser intentada por utilidade pública, mas sim por interesse social (que admite a venda ou locação) e esta modalidade seria de competência exclusiva da União, quando incide a desapropriação sobre imóveis rurais.

Repetiu-se a mesma orientação no caso de Campinas, onde o S.T.F. declarou que a expropriação de terras de empresa rural para fins de desenvolvimento econômico era de competência da União (R.E. n. 78.501, 1a. T. — 31.5.77).

Também em outro caso (de Mairiporã — SP), onde se tratava de desapropriação de área rural para criação de núcleo industrial, com base no precedente do R.E. n. 76.269 já citado, negou legalidade à atuação municipal.

Finalmente, essa orientação cristalizou-se no R.E. n. 89.880-8 — PA., em decisão unânima do Plenário do S.T.F., datada de 8.8.79, tendo sido Relator o Min. Leitão de Abreu, e cuja Ementa é do teor seguinte: "Desapropriação. Propriedade territorial rural. É da competência exclusiva da União (C.F. art. 161, § 2o.). Sem a delegação prevista no § 4o. do artigo 161 da Constituição Federal, não pode o Estado efetuá-la. Precedente do Supremo Tribunal Federal: R.T.J. — 81/502. R.E. conhecido e provido". (in D.J.U. 14.9.79).

Em outro caso, também recente, onde se discutiu sobre a incidência do artigo 161, § 2o. da Constituição, o S.T.F., pela sua 2a. Turma, em decisão unânime, sendo Relator o Min. Djaci Falcão, decidiu: "Desapropriação por utilidade pública, de terreno situado dentro do perímetro urbano, delimitado pela Lei n. 3/53, do Município de Santa Margarida. Inexistência de questão relacionada com o artigo 161, § 2o., da Constituição Federal. Dissídio Jurisprudencial não caracterizado. R.E. não conhecido". (in D.J.U. 14.9.79).

Contudo, surpreendentemente o S.T.F. veio, mais recentemente ainda, de alterar sua posição, adotando a tese da doutrina segundo a qual nada impede que Estados e Municípios desapropriem imóveis rurais, desde que não para fins de reforma agrária, mediante pagamento em dinheiro.

É o que ficou expresso no R.E. n. 86.041-1 — SP; Rel. o Min.

Décio Miranda, cuja ementa é a seguinte: "Administrativo. Desapropriação. Interesse Social. Criação de distrito industrial no Município. Invocado no decreto declaratório de utilidade pública de área rurais adjacentes à área urbana, para fins de desapropriação o fundamento da "utilidade pública" (Dec. lei n. 3.365/41) e o fundamento do "interesse social" (Lei n. 4.132, de 1962) prevalece este último. A desapropriação de área rural adjacente, para formação de distrito industrial, ajusta-se ao inciso legal que autoriza. "O aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades da habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico (Lei n. 4.132, art. 2o., I). Só é privativo da União a desapropriação de imóveis rural por interesse social mediante pagamento em títulos especiais da dívida pública; não a que se faz com pagamento em dinheiro. Decisão que não colide com outras, proferidas pelo Tribunal, que invalidaram desapropriações para a mesma finalidade, mas efetuadas com invocação do fundamento da utilidade pública". (S.T.F. — Pleno D.J.U. 23.11.79).

2.2.3 Exame das interpretações da doutrina e da jurisprudência em face dos processos hermenêuticos aplicados.

A doutrina, como se pode constatar, está baseada no seguinte processo hermenêutico de exegese jurídica: se o artigo 161 da C.F. diz que a União poderá desapropriar propriedade territorial rural, em títulos da dívida pública, limitada a mesma desapropriação às áreas incluídas em zonas prioritárias e só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, a contrário senso, quando se tratar de imóvel rural não incluído em zona prioritária e desde que o pagamento da indenização se faça em dinheiro, Estados e Municípios, com base no artigo 153, § 22 da C.F. podem efetuar tal desapropriação.

Trata-se, portanto, de um raciocínio por exclusão, embora calcado no texto genérico.

Já a orientação do S.T.F. fundava-se em processo racionalizador fundamentalmente diferente: se o artigo 161 fala em desapropriação de propriedade territorial rural e esta é da competência da União, quando efetuada por interesse social, seja ou não para fins de reforma agrária, Estados e Municípios não podem desapropriar imóveis rurais, porque nesse caso a hipótese configuraria caso compreendido no Título referente à Ordem Econômica e Social. O processo de raciocínio no entanto, foi abandonado, para adotar o da doutrina.

2.2.4 Consequências jurídicas do posicionamento do S.T.F. na matéria e do advento da Lei n. 6.602/78

Após a decisão dos casos de reurbanização (de Santana e Jabaquara), o S.T.F. não poderia deixar de admitir que a letra "a" do artigo 5o. do D.L. n. 3.365/41 possibilitava a revenda e, assim, não poderia deixar de admitir que poderia haver desapropriação por utilidade pública de imóvel rural. Contudo, ainda no caso de Campinas, não admitiu a hipótese, como vimos, assim como no caso de Mairiporã. Somente após o caso de Ponte Nova — MG. é que admite a hipótese.

E no caso do R.E. 86.041-1 — SP acaba por admitir também a desapropriação por Estados e Municípios de imóvel rural por interesse social, já que a Lei n. 4.132/62 admite a revenda.

Em face dessas premissas, deve-se observar que na hipótese de implantação de Distrito Industrial, parece-nos claro que, como advento da Lei n. 6.602/78, que admitiu expressamente a hipótese como um caso de utilidade pública, e além do mais, admitiu a revenda dos lotes expressamente, os argumentos do S.T.F. não mais podem subsistir, tanto assim que o Min. Cunha Peixoto, votando com o Relator no caso citado (R.E. 89.880-8), teve ocasião de observar com acuidade: "Vou além, porque, mesmo para utilidade pública, foi preciso uma lei, promulgada em dezembro do ano passado, permitindo que Estados e Municípios desapropriassem áreas rurais. Anteriormente, para qualquer desapropriação de área rural era necessário ouvir o INCRA."

Tendo em vista essa evolução, pode-se concluir o seguinte sobre desapropriação de imóvel rural para fins de implantação de Distrito Industrial:

a) — antes dos casos de reurbanizações (de Santana e Jabaquara) e do advento da Lei n. 6.602/78, a desapropriação fundada em utilidade pública sofreria impugnação do S.T.F., porque a Lei n. 4.132 (por interesse social) era a única que expressamente admitia a revenda dos lotes e esta era de competência da União, segundo o Tribunal;

b) — depois desses eventos, o S.T.F. não tem como impugnar desapropriações por utilidade pública para fins de implantação de Distrito Industrial, de imóveis rurais, porque hoje, tal procedimento não ofende sua própria orientação, eis que: 1) trata-se de hipótese em que a revenda está expressamente autorizada em lei, tal como ocorre na Lei n. 4.132/62; 2) a hipótese é declarada como um caso expresso de utilidade pública na lei de desapropriações não podendo, portanto, o S.T.F. desqualificá-la para caso de interesse social sob fundamento de que objetiva a consecução de finalidade da Ordem Econômica e Social;

c) — afirma-se, a partir dessas considerações, que, com base no artigo 153, § 22, da C.F., Estados e Municípios podem desapropriar por utilidade pública (com fulcro na letra "i" do artigo 5o. do D.L. n. 3.365/41, com a redação dada pela Lei n. 6.602/78) ou por interesse social (com fundamento no inciso I do artigo 2o. da Lei n. 4.132/62) qualquer imóvel rural não incluído em área prioritária para desenvolvimento e exploração agrícola (caso em que somente com autorização do Presidente da República poderá ser efetivada a desapropriação);

d) — afirma-se também que a utilização da desapropriação de propriedade rural por interesse social não é da competência exclusiva da União, se a área a ser desapropriada não estiver incluída em zona prioritária para o desenvolvimento e exploração agrícola. Se a área rural a ser desapropriada, por interesse social, estiver incluída em área prioritária, são delegável pelo Presidente da República as atribuições referidas, mas privativa deste a declaração de prioridade (conforme preceitua o § 4o. do artigo 161 da Constituição);

e) — não havendo problema de desapropriação de área rural, a hipótese somente poderá ser viabilizada mediante utilização da desapropriação por utilidade pública (não p/ interesse social), uma vez que incidirá sobre imóvel urbano.

2.3 O direito positivo

2.3.1 A aquisição da área via desapropriação — A Lei n. 6.602/78 permite: a desapropriação para construção ou ampliação de distritos industriais; o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, assim como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas.

A efetivação da desapropriação depende de aprovação prévia e expressa do Poder Público competente (Legislativo e Executivo), do projeto de implantação do Distrito Industrial.

A desapropriação de imóvel rural, por Estados e Municípios, em

área declarada prioritária para reforma agrária depende de decreto autorizativo do Presidente da República, para se poder efetivar a criação ou ampliação de distritos industriais, não se aplicando, nesse caso, o disposto no artigo 2o. do D.L. n. 554, de 25.4.69. (Art. 3o. da Lei n. 6.602/78). O artigo 2o. do D.L. n. 554/69 dispõe que se o imóvel está posto dentro da área considerada prioritária para reforma agrária e satisfizer os requisitos para ser classificado como empresa rural, ele não pode ser desapropriado.

2.3.2 **A subdivisão em lotes** — Se o D.I. for constituído de subdivisão de áreas, com abertura de novas vias ou logradouros públicos e/ou prolongamento ou modificações de existentes, será um loteamento (§ 1o. do art. 2o. da Lei n. 6.766 de 19.12.79). Se não ocorrer abertura de novas vias ou logradouros, ou não forem modificados os existentes, será um simples desmembramento, no qual o Poder Público imporá previamente condições especiais de utilização das vias e equipamentos comuns, mas que serão administrados por uma entidade criada para tal (§ 2o. do art. 2o. da Lei n. 6.766/79).

Acresça-se que, se a área desapropriada for rural, o loteamento (ou desmembramento) reger-se-á pelo Decreto-lei n. 58/37 e se for urbana, pela Lei n. 6.766/79 (nova lei de loteamentos).

2.3.3 **A tredestinação dos lotes às empresas interessadas** — Como a Lei n. 6.602/78 só admite a venda ou locação, não há, para tal, nem a necessidade de outra lei autorizando a mesma coisa (lei municipal) nem outra lei municipal poderá admitir outra forma de tredestinação (doação por exemplo). São inaplicáveis, no caso, os artigos 63 e seguintes da Lei Orgânica dos Municípios bastando para a venda ou locação a prévia qualificação dos interessados (art. 5o., § 1o. do D.L. n. 3.365/41, com a redação dada pelo artigo 2o. da Lei n. 6.602/78). Contudo, se o preço da venda for inferior ao preço de custo, há necessidade de lei municipal, autorizando a concessão do incentivo à aquisição dos lotes.

Registre-se que os bens desapropriados, no caso, situam-se num outro contexto jurídico, diferente daquele aplicável a outros bens imóveis municipais. Assim, referindo-se à desapropriação por interesse social (Lei n. 4.132/62), o S.T.F. já teve oportunidade de fixar o seguinte entendimento: "Não há necessidade de outra lei que autorize a venda, porque a de n. 4.132/62 expressamente a permite. Os bens desapropriados por interesse social não serão incorporados aos de uso especial, nem aos dominicais, nem aos de uso comum do povo, mas constituem uma categoria especial, com destino predeterminado, autorizado legislativamente". (S.T.F. Rev. Trim. Jur., v. 40, ps. 98-196).

Em qualquer caso (venda ou locação) a tredestinação deve ser

efetuada com os encargos do industrial perfeitamente definidos: prazos de construção da fábrica, de cumprimento dos cronogramas de implantação, de funcionamento, etc., tudo sob pena de retomada do imóvel pela Administração, ou rescisão do contrato de locação. Também a possibilidade ou não, bem como as condições de alienação ou cessão do contrato de locação devem ser objeto de preocupação.

Um último aspecto há que ser enfocado, como problema jurídico da implantação de distritos industriais.

Sabe-se que o Poder Público só poderá ter título de domínio do bem expropriado após o trânsito em julgado da sentença final, quando então, de posse da respectiva Carta de Sentença, levará esta a registro no Registro de Imóveis. Pois bem. Antes disso o Poder Público possui apenas o auto de imissão de posse. Como então garantir o industrial, se pode a Municipalidade apenas celebrar com ele um compromisso de compra e venda? Por outro lado, o industrial necessita, muitas vezes, de financiamento visando a construir sua fábrica, o que envolve a necessidade de constituir hipoteca do bem que fora desapropriado e segundo o Código Civil só pode hipotecar aquele que for dono. Como resolver tais problemas?

Quanto à primeira questão, resolve-se em parte com o registro da ação de desapropriação no Registro de Imóveis, como direito real, com base no artigo 167, ítem I, n. 21, da Lei n. 6.015, de 31.12.73.

Quanto à segunda questão, o Conselho Monetário Nacional resolveu de forma prática o problema, ao tornar possível, através da Resolução n. 506, de 21.12.78, do Banco Central, que as instituições financeiras públicas federais e estaduais e os bancos de investimentos aceitem, como garantia de operações de financiamentos, caução de direitos decorrentes de alienação ou promessa de alienação de imóveis que sejam objeto de ações de desapropriação (ítem IV), desde que registrados no Registro de Imóveis o compromisso quitado, a ação e o auto de imissão de posse.

(*) Transcrito da Revista MUNICÍPIO PAULISTA ASPECTOS JURÍDICOS do Centro de Estudos da P.G.E. de S.P. n. 15, ps. 17-26, out./dez. 1979.

CRIMINALIDADE VIOLENTA (*)

EDGARDO SEVERO DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Juiz aposentado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

e

DJALMA LÚCIO GABRIEL BARRETO
Subprocurador da Justiça de São Paulo e
Professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Não há como falar-se de violência sem que se faça necessária remissão aos delineamentos fixados em primeira manifestação pelo Centro de Estudos de Defesa Social após o último conflito mundial, hoje universalmente reconhecidos como indispensáveis para perfeita elaboração de política preventiva do delito e demais surtos violentos.

Em nosso país, infelizmente, não se havia ainda chegado à impositiva conclusão de que os meios atualmente adotados, com ênfase na parte repressiva do crime, jamais poderiam conduzir ao controle delinqüencial.

Impossível, pois, fugir-se à regra de considerar a delinqüência como fenômeno social, cujo desenvolvimento deve ser acompanhado por instrumental equivalente do mecanismo político de defesa social. Jamais se pensou nesta última, porém, como parte do planejamento do desenvolvimento do país, a despeito de a segurança nacional estar a ela estreitamente vinculada. Inseridas em suas finalidades se encontram, não apenas a prevenção, como a repressão da delinqüência e bem assim a reabilitação do criminoso, de molde a exigir ação conjunta dos diversos organismos especializados em nível setorial, coordenados por órgão de planificação nacional.

Da mesma forma, portanto, como o governo federal está pretendendo criar um órgão específico para orientar a localização de empreendimentos industriais, um Banco de Dados e Informações Técnicas, que apontaria aos empresários quais as áreas mais adequadas para implantação de projetos, — tudo no sentido de regular as migrações, — a criação de novos pólos de desenvolvimento deve passar a obedecer a planejamento coordenado com os interesses de defesa social.

Por outro lado, os problemas crônicos geradores de violência já

estratificados devem ser submetidos à idêntica sistemática, para a tentativa de solucioná-los a médio prazo, já que imediatamente parece impossível a obtenção de eventual miraculosa medida.

A formação de pessoal especializado demandará algum tempo uma vez que essa espécie de mão-de-obra inexiste no país, dirigida que deverá ser à investigação criminológica e bem assim à especialização em instrumentos de prevenção, repressão e reabilitação.

De outro lado, algumas providências imediatas podem ser tomadas para tentar minimizar os surtos violentos, quais sejam:

a) reforço às pretensões já manifestadas pelo Exmo. Senhor Ministro do Interior, no sentido de dedicar-se especial atenção à problemática da contenção do crescimento das grandes cidades, tentando limitar a convergência de fluxos migratórios e descentralizando a in dústria.

E isso porque a população urbana do Brasil, que em 1940 situava-se em 31% do total populacional, passou para 63% na atualidade, prevendo-se que em 1979 sua participação corresponda a 87% do PIB, com 70% da frota de auto-veículos.

As migrações de massa para os centros urbanos culminam por formar conglomerados de pessoas desqualificadas profissionalmente que se instalam em favelas, oferecendo oportunidade à formação de menores delinqüentes e prostitutas.

Afigura-se mais provável que alguém promova ataques ao patrimônio e à pessoa de outrem quando possua pouca coisa ou nada; se não lhe foi oferecida educação para arranjar meios honrados de subsistência; se não há empregos disponíveis; se não lhe ensinaram a cumprir a lei, ou se, por vezes, assiste a outros transgredirem-na impunemente.

Indubitavelmente, porem, as condições de alta pressão populacional nas grandes cidades são responsáveis pelas perturbações neuróticas, a alta criminalidade, o uso de entorpecentes e a violência generalizada que afetam a vida urbana. Estima-se em 40% o índice de pessoas neurotizadas que residem nas grandes metrópoles.

Nem se diga, todavia, que nos países considerados superdesenvolvidos o índice de criminalidade obedeça à escala decrescente.

Em determinados edifícios norte-americanos, seus moradores consideram-se refugiados, mediante reforço de fechaduras duplas, com circuitos fechados de televisão e polícia particular, tudo para fugir da falta de segurança das ruas, tornando-se cada vez mais isolados do resto da comunidade.

Apesar de na Suécia inexistirem favelas, que sempre foram consideradas como focos de crime, não se conseguiu diminuir naquele

país o índice delinqüencial, — chegando alguns a afirmar que o grau de desenvolvimento de um país se mede apenas verificando sua taxa de criminalidade. Inobstantemente, a violência perpetrada por cidadãos bem colocados dispõe de outras causas, bem diferenciadas daquelas impostas pela miséria e falta de educação, que costumam imperar nos países considerados em desenvolvimento.

b) apressamento da tarefa atribuída ao Grupo de Trabalho designado para analisar a melhor forma de oficialmente implantar o controle da natalidade no país, e constituído no âmbito dos ministérios da Saúde e Previdência Social.

Ainda mesmo se admitindo que o crescimento populacional não venha agora a situar-se em nível de 2,9% ao ano, consoante ocorreu entre 1960 e 1970, não há que se fugir à realidade de contarmos cerca de cento e vinte milhões de habitantes em 1980. Encontra-se a explosão demográfica em íntima conexão com o êxodo rural e conseqüente fixação das populações junto aos grandes centros urbanos, correspondendo, outrossim, à demonstração de indigência econômica, cultural ou moral das massas. — De alguma forma está, pois, a merecer controle.

Apenas exemplificativamente, admitindo-se que a taxa anual de criminalidade na Grande São Paulo cresça a uma percentagem de 13,5% anual, conforme vem acontecendo, daqui a vinte anos São Paulo terá dez crimes por minuto, ou 633 por hora, ou ainda 15.204 por dia, permitindo-se prever que, de cada três e meio paulistanos, um será, todo ano, vítima de um delito, ficando sujeito à média de dezessete crimes durante sua vida.

Reconhecendo-se, outrossim, que a proliferação maior ocorre na faixa mais pobre, segue que o número dos chamados menores carentes tende a reproduzir-se geometricamente, com envolvimento criminológico hoje reconhecido de forma universal. Daí por que a sugestão subseqüente, ou seja;

c) imediata adoção do "Plano Especial de Emergência" proposto ao Exmo. Senhor Presidente da República pelos dirigentes da L.B.A. recentemente, por ocasião de seu V Encontro Nacional, objetivando beneficiar a criança e mãe carentes mediante adequado investimento em programas de proteção, consubstanciado em creches, ações de saúde e complementação alimentar.

Certo é que nem todas as crianças oriundas de favelas tornam-se mais tarde criminosos, uma vez que contam por igual a intranqüilidade pessoal e os problemas psicológicos resultantes de relações familiares desequilibradas.

Contudo, o delinqüente em especial somente cuida de evitar ser

"humilhado" como o fora na infância, transformando-se dita preocupação no fulcro do comportamento anti-social. Essa personalidade neurótica agressiva passa a dispor de seus próprios valores, sempre num sentido egoísta, de molde a não considerar os danos ou prejuízos ocasionados aos outros. Conseqüentemente, todas as atitudes podem ser por ele legitimadas no plano subjetivo e conduzidas à realidade, ainda que se situem no âmbito anti-social. Esse comportamento, porém, é mais freqüente entre as pessoas de menor poder aquisitivo, exatamente porque, à falta de educação que os próprios pais não dispõem e dificilmente poderiam transmitir, soma-se a circunstância de a criança-adulta desejar as coisas que os outros têm e a vida lhe negou. — As chamadas crianças carentes atingem atualmente cerca de vinte milhões, em expressiva significação quanto à magnitude do problema.

d) estímulo à manutenção dos padrões familiares nos termos conservados secularmente pelos brasileiros.

A família devidamente constituída, núcleo social tão combatido pelos avançados radicais, apesar de alguns reconhecidos defeitos, ainda se apresenta como fator primordial para o equilíbrio do comportamento humano.

Diversas amostragens evidenciam que cerca de 80% das crianças, com roteiro delinqüencial elegido ainda na juventude, procedem de famílias dissociadas, ou por morte dos pais, ou por separações — o que reforça a idéia da necessidade da constelação familiar completa, para a evolução normal da sociabilidade da criança.

De outro lado, ainda mesmo na eventualidade da constância familiar, a criança tiranizada na infância pelos pais torna-se receosa e tímida, hostilizando-se pela própria debilidade. Como ninguém, todavia, poderá odiar-se eternamente, a auto-agressividade transformar-se-á paulatinamente em hetero-agressividade, surgindo o crime como decorrência da necessidade equívoca de auto-afirmação pelo ato anti-social.

Assim, ceder ao bom senso, às normas sociais vigentes, é considerado pelo criminoso como secundário e demonstração de fraqueza indigna de homem. A única forma, porém, de modificar personalidade de tal ordem distorcida é procurar que o delinqüente supere seu legado mórbido infantil, recriando um eu natural, social e saudável — valendo-se especialmente do instrumental oferecido pela educação e meios de comunicação.

e) assessoria aos meios de comunicação que, exageradamente comercializados, recorrem às mensagens da velha consciência coletiva brasileira para levar a cabo a sua tarefa de estimulação do consumo.

A partir do pressuposto de que o homem é passível de todas as

sugestões e que existem meios e modos para assim atingi-lo, entendeu-se de entregar ao consumo exatamente os produtos supérfluos ou inferiores, mais rentáveis que os outros, reconhecidamente úteis e necessários.

Os meios de comunicação passaram então a ser utilizados para essa finalidade, com ótimos resultados para seus manipuladores. A psicologia coletiva mereceu atenções, até então inéditas, para a verificação da melhor forma de conduzir o consumidor a aquisições do supérfluo. Para tal fim, todos os recursos são utilizados, pouco importando se alteram ou destroem valores reais.

A figura "sexy" da mulher é largamente utilizada para as mais variadas finalidades, assim como se procura orientar o consumidor para os "verdadeiros" prazeres da vida, segundo o produto que se lhe queira inculcar.

De acordo, outrossim, com pesquisa realizada recentemente, dos três aos catorze anos uma criança assiste na televisão a cerca de onze mil crimes, contrabandos, combates, estupros, assaltos, raptos e espancamentos, — configurando-se a ocorrência de um verdadeiro assassinato coletivo legalizado, e de uma indução coletiva à criminalidade programada.

Em meio a esse verdadeiro pandemônio, seria muito pretender-se que o homem conserve íntegra sua normalidade psíquica e se lhe exija obediência ao quadro sistemático e tradicional de vida. As pessoas ficam, assim, cada vez mais impedidas de compreender as coisas ou de agir de acordo com sua compreensão, uma vez saibam estar seu psiquismo dirigido por outrem para fins nada éticos.

f) maior controle sobre o tráfico de drogas e adequada organização para a recuperação de alcoólatras e drogmaníacos, face à evidência de estarem os problemas do alcoolismo e do consumo de tóxicos em geral relacionados diretamente com os da criminalidade.

O Prof. Josué de Castro, que representou o Brasil no VII Congresso Mundial de Psiquiatria em 1977 calculou em cinco milhões o número de alcoólatras de nosso país, responsáveis por 20% das internações psiquiátrico-hospitalares, contra oito milhões nos Estados Unidos e quinze milhões na Rússia.

O alcoólatra típico é casado, católico, funcionário público, alfabetizado, filiado ao INAMPS, tem salário igual ou inferior ao mínimo e normalmente procede do interior.

Da amostragem pesquisada, 78,3% se declara desajustada profissionalmente; 80% tem antecedentes de alcoolismo, e 45% de outras doenças mentais.

A invasão dos tóxicos pela qual passa atualmente o país está a exigir urgência na elaboração do decreto que institui o Sistema Nacional de Prevenção na Lei número 6.368/76 para formulação de uma política nacional antitóxicos, mediante a compatibilização dos planos nacionais com os regionais, respectiva fiscalização executória, estabelecimento de prioridades e bem assim o tratamento e recuperação dos viciados em estabelecimentos especializados.

* * *

Uma vez estabelecidos os parâmetros de ordem social, a que não pode fugir a estipulação da norma jurídica, e tendo em vista as medidas recentemente tomadas no sentido de atenuar a problemática da desigualdade na distribuição da renda, de promover a elevação do poder aquisitivo das faixas menos favorecidas e bem assim da maior amplitude intervencionista do Estado no mercado alimentício, quais sejam a revisão bianual dos salários, barateamento de artigos de consumo popular, com ênfase para alimentos e roupas, há que se aguardar repercussões favoráveis na área da violência.

A partir, todavia, da criação da entidade sugerida incialmente para coordenar os diversos organismos especializados em defesa social, equivalente ao Instituto Nacional de Criminologia proposto por Jean Pinatel para a França, medidas mais específicas, já no setor de reformas jurídicas e institucionais, poderiam ser tomadas, na tentativa de solucionar mais prontamente o problema.

Ei-las:

I — Urgência da reforma penitenciária, de molde que, a par do caráter repressivo da pena, possa também o delinqüente ressocializar-se, mediante o respeito e a consideração próprios e uma política de reintegração e reeducação.

Os maiores problemas das penitenciárias brasileiras situam-se em sua superlotação, na ociosidade dos presos e na falta de tratamento especial para os diversos tipos de delinqüente, e bem assim de funcionalismo capacitado.

Demonstração evidente de que o sistema penitenciário atual não regenera, estabelece-se na ilustrativa circunstância de haver 70% de reincidência por parte dos egressos das prisões.

Para se avaliar, todavia, o descompasso existente entre os diversos setores incumbidos de reformular a parte da execução da pena nestes últimos anos, basta atentar-se para a cronologia dos fatos: a) atribuiu-se

primeiramente a Roberto Lyra, em 1963, a elaboração de anteprojeto de Código das Execuções Penais, tarefa prontamente concluída, porém sem ulterior aproveitamento; b) posteriormente, em 1970, a mesma tarefa foi confiada a Benjamin Moraes Filho, que, por igual, elaborou prontamente o anteprojeto respectivo, o qual sequer foi aproveitado pelo Projeto de Código de Processo Penal de autoria de Frederico Marques, que previu a execução da pena em outros moldes. E isso porque o Grupo de Trabalho criado no Ministério da Justiça para estudar o problema, considerou "inoportuna a elaboração de um Código Penitenciário ou das Execuções Penais", entendendo que deveria apenas ser proposta a reformulação da Lei n. 3.274, de 2 de outubro de 1957, como suporte para a pretendida reforma do sistema penitenciário, "que será compatibilizada com os novos Código Penal e de Processo Penal" (D.C.N., I, de 23.10.75, p. 9.190). Uma vez que superveio a desistência das novas legislações processual e penal, segue-se que tornamos ao início em matéria de reformulação do sistema penitenciário.

A par da educação a ser ministrada nas prisões, por igual deve ser permitido trabalho digno aos encarcerados, tudo aditado com equilibrado suporte religioso, de forma a transformar as prisões em escolas, hospitais, oficinas e igrejas.

II — Extensão dos benefícios previdenciários às famílias dos detentos e das vítimas.

Não se trata de propor inovação legal, uma vez que medidas a respeito vêm previstas na Lei n. 3.274, de 1957, há pouco mencionada. Tratar-se-ia de colocar em prática real a assistência proposta, uma vez que o estado de penúria a que ficam relegadas as famílias dos encarcerados e das vítimas constituem-se em outros focos de inconformismo e violência.

III — Institucionalização do exame de personalidade do criminoso, pelo menos para os acusados de delitos patrimoniais e contra a vida; iniciando-se esse exame com o processo-crime propriamente dito, para efeito de fornecer a medida da periculosidade eventualmente apresentada pelo agente.

Conforme facilmente se percebe, o Direito Penal, ao lado de seu caráter repressivo, possui profundo sentido preventivo, especialmente pela previsão do estado perigoso e a correspondente disciplina das medidas de segurança.

Em São Paulo, o Centro de Classificação e Triagem que deverá funcionar a partir do ano próximo examinará os condenados para distribuí-los, de acordo com suas características, para um dos dezesseis estabelecimentos penais que compõem o sistema estadual, figurando

a Penitenciária de Araraquara desde já como paradigma de integração do sistema educativo-laborativo-religioso na recuperação do reeducando.

Em seqüência do diagnóstico de personalidade, na parte executória da pena, dever-se-iam criar conselhos nas penitenciárias, em tempo integral, compostos por psiquiatras, psicólogos, sociólogos e criminalistas, que teriam a incumbência de analisar a personalidade de delinqüente, o crime cometido — suas causas e efeitos, origens sociais e educacionais, para o fim de encaminhá-lo na direção de sua recuperação social.

IV — Maior elastério legislativo para os benefícios do livramento condicional e suspensão condicional da pena.

Devendo os prognósticos quanto à periculosidade do detento ser elaborados pelo Conselho previsto no item anterior, a concessão do benefício do livramento condicional ou a transferência para o regime de semiliberdade devem passar a obedecer ao critério da periculosidade e não mais o da quantidade da pena imposta. A técnica da predição ou prognose criminal tem grande atuação nos Estados Unidos onde existe a pena indeterminada, tornando-se de difícil aplicação nos países onde funciona um Direito Penal rígido, tecnicista, como no Brasil, sem maior interesse pela personalidade e pelo caráter do acusado e do condenado.

Não obstante, alargando-se a área de arbítrio judicial para a concessão do livramento condicional e do **sursis**, poder-se-ia chegar a nível médio de adaptação a tal sistema, em que sociedade e condenado se beneficiem.

Face, outrossim, ao sucesso apresentado pela adoção do recente sistema de prisão albergue, nada impede que se caminhe no sentido de adotar também o regime da **probation**, com notória vantagem sobre o **sursis**, porquanto não abandona, durante o estágio probatório, o delinqüente à sua própria sorte, — tentando, ao contrário, sua readaptação social mediante adequada assistência.

V — Maior celeridade no julgamento dos processos-crime, por via da necessária adaptação legislativa.

Em diversas unidades da Federação, ocorre maior índice de ocupação dos cárceres durante as fases policial e processual, que propriamente no período da execução da pena, em permanente demonstração da lentidão processual, que emperra a Justiça Penal.

Se, de um lado, instituir-se os Tribunais de Instrução como sistemática ideal para corrigir as atuais distorções na captação dos elementos informativos e probantes dos delitos transforma-se em medida que, pela sua amplitude, exigiria maiores delongas e sólida

estruturação, — de outro, não há porque exigir-se rapidez apenas para os crimes de entorpecentes, consoante dispõe a Lei 6.368/76, não o fazendo para os demais delitos de rito ordinário.

Indubitavelmente o processo sumaríssimo constitui meta almejada dos países mais adiantados em matéria de processo, tanto criminal quanto civil, podendo ser alcançada com pequenas adaptações legislativas sem prejuízo ao direito de amplitude de defesa.

VI — Nessa mesma ordem de consideraçãoes, aperfeiçoamento da Justiça Criminal, para que os magistrados se libertem da massa de serviços burocráticos e possam cumprir sua função mais alta, de apreensão do fenômeno criminoso e individualização da pena, com a melhor visão possível da personalidade do delinqüente, à luz da criminologia.

Atualmente, por defeito da estrutura judiciária, o juiz é uma figura estática, condenado a passar horas em uma sala ouvindo depoimentos e despachando processos; cuidando ainda de toda a vida administrativa da comarca ou da vara. Em decorrência, apesar da cultura jurídica e experiência da maioria, as decisões ressentem-se de frieza e distanciamento do fato social — ou, em outras palavras, de relativo academicismo. Medidas de ordem prática podem ser facilmente adotadas, como a colheita de depoimentos através de fita magnética ou estenografia (como fazia um dos autores deste trabalho, desde 1967, na presidência do 1o. Tribunal do Júri de São Paulo).

Por outro lado, não pode o juiz ficar adstrito ao conhecimento técnico haurido na faculdade, vivendo a seguir restrito à prática e ao casuísmo. Deve o magistrado criminal renovar e ampliar periodicamente seus conhecimentos através de cursos, principalmente de criminologia. Já traz a Lei Orgânica da Magistratura Nacional disposições nesse sentido (artigos 80, § 1o., II e 87, § 1o.), mencionando esse último dispositivo que a lei poderá condicionar o acesso e a formação, pelo critério do merecimento, à freqüência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrados. No caso dos juízes criminais, parece-nos que esse curso deveria fazer-se em escola oficial de criminologia.

Outrossim, deveriam os aludidos magistrados visitar periódica e obrigatoriamente os presídios e as repartições policiais, para constatar pessoalmente o funcionamento de outros setores importantes da administração da justiça criminal, e traduzir essas realidades nas suas sentenças e acórdãos.

Ampliação das funções do Ministério Público no sentido de efetiva fiscalização das diligências policiais.

Em São Paulo, mercê da criação do Centro de Acompanhamento

e Execução (CAEX), procura-se atingir o ideal da designação de um Promotor Público para fiscalizar os inquéritos e demais diligências em cada Delegacia Seccional de Polícia coibindo, na medida do possível, eventuais irregularidades ou abusos.

De toda conveniência, outrossim, se afigura evitar as chamadas detenções cautelares, que na maioria das vezes submetem à contaminação carcerária inocentes de toda ordem, com seqüelas irreversíveis para seu comportamento futuro.

Considerando-se que a **vis coativa** inerente à ação policial pode dar origem, se desmedida, a revides e revolta traduzidas em violência, necessária se faz sua limitação a níveis indispensáveis à manutenção da ordem pública. Aliás, no Estado de São Paulo o grau de profissionalização e pesquisa, na polícia, é modelar; podendo servir de padrão a outras unidades federativas.

VII — Padronização, em termos nacionais, do aparelhamento policial. Ante a fácil verificação de que as maiores falhas apontadas no policiamento, ou preventivo, ou repressivo, advêm do despreparo e da própria complexidade do aparelhamento policial, a elaboração de paradigmas para a estruturação desse organismo transformar-se-ia em medida de salutar efeito para futuras reformulações, com o objetivo de dinamizar a Polícia e conceder-lhe o necessário grau de prestígio e confiança perante o público.

VIII — Especialização na Polícia, Ministério Público e Magistratura.

Para perfeito desempenho de suas elevadas funções deverão tais instituições formar pessoal especializado no desempenho das tarefas mais delicadas.

A ação policial, v.g., nos casos de delinqüência juvenil é das mais melindrosas e importantes, porque dela pode resultar um erro que transforme jovem delinqüente ocasional e corrigível em um recidivista, como também dela pode advir uma ação recuperadora que conquiste para a sociedade um elemento que dela parece transviado. Na parte do Ministério Público, a formação de equipes com objetivos definidos, para atuação no setor dos delitos de maior gravidade, como os praticados contra a vida e o patrimônio, vem oferecendo resultados encorajadores em São Paulo, merecendo ser estendida às demais unidades da Federação.

Quanto à Magistratura, cuja lei orgânica infelizmente não promoveu as reformas indispensáveis em sua primeira instância, dever-se-ia exigir de seus membros com jurisdição criminal formação especializada

em criminologia e disciplinas afins, de molde a humanizar a aplicação da lei penal, rígida em sua substância; como foi detalhado antes.

Maiores exigências deveriam ser feitas aos encarregados do Juízo das Execuções Criminais e Corregedoria da Polícia, face à própria natureza especial de suas funções.

IX — Maior rigor na punição dos chamados delitos de trânsito.

Ante a evidência de que a Lei 4.611/65 não vem surtindo os desejados efeitos em oferecer melhor dinâmica à apuração dos delitos de trânsito, consagrando, pelo contrário, o regime da impunidade, — providências legislativas devem ser tomadas para alterar a atual situação, corrigindo-se o índice punitivo-legal e alterando a sistemática da instrução nas repartições policiais.

A existência de íntima relação entre a inadaptação à vida em sociedade e a freqüência dos acidentes já é fato inconteste, afigurando-se como ponto comum nos motoristas infratores a sensação de frustração, da qual decorre agressividade reivindicatória permanente e tendência para a revolta — atualmente sem qualquer controle.

Efetiva alteração desse quadro defluiria de medidas educativas e penais-regenerativas.

Para obtenção de documento de habilitação o motorista, além de submeter-se a psicotestes, freqüentaria um curso (subordinado ao centro oficial de criminologia), onde seriam ministrados conhecimentos sobre o respeito aos direitos coletivos e individuais, o fenômeno da agressividade e sua prevenção, etc.

Esse curso deveria ser periodicamente renovado.

Paralelamente, campanhas educativas seriam realizadas em centros comunitários e transmitidas pelos veículos de divulgação.

Quanto à parte repressiva, as penas corporais, sempre que possível, seriam substituídas por serviços comunitários obrigatórios. Esses serviços, preferencialmente, seriam prestados em fiscalização viária ou hospitais de assistência a acidentados, ou de regeneração de defeitos oriundos de acidentes.

X — Elaboração de estatística criminal, e datiloscopia.

Enquanto não se estrutura o organismo encarregado de coordenar informações criminais em nível nacional, há de exigir-se que o boletim individual do indiciado, preenchido durante a feitura do inquérito policial seja efetivamente encaminhado às repartições até agora incumbidas da elaboração estatística, de maneira a permitir provisoriamente o estudo da criminalidade, e eventuais soluções.

O indiciamento datiloscópico das pessoas envolvidas em inquérito policial vem se convertendo em humilhante procedimento quando

tais pessoas já estão identificadas na repartição própria; mormente face à possibilidade de não serem posteriormente objeto de ação penal.

A par da identificação, em tais casos, vir se transformando em verdadeira coação pessoal exercida **a priori**, costuma provocar sentimento de revolta e vindicta por parte do coagido, acendrando confrontações absolutamente desnecessárias e dispensáveis, com efeitos agudos sobre a harmonia social.

XI — Proibição de menores freqüentarem **fliperamas.**

Os estabelecimentos desse gênero vêm se constituindo em verdadeiro cancro social nas grandes cidades, funcionando como ponto de encontro para tráfico de entorpecentes e bem assim para coordenação de empresas delinqüenciais de todo o gênero.

Bastaria, para obviar o problema, que proibisse aos menores de dezoito anos a freqüência desses recintos; medida que estava consignada no projeto do novo Código de Menores, em má hora, ao que tudo indica, alterada.

XII — Necessidade de automatizar a reabilitação criminal e extinguir a medida de segurança de internação em manicômio judiciário.

Na esteira da política de apoio ao egresso dos estabelecimentos penais, e bem assim de apagar as seqüelas naturais da condenação em geral, propomos seja promovida **ex officio** a reabilitação criminal daqueles que, após quatro anos da extinção da pena não tenham se envolvido em qualquer prática criminal.

A reabilitação criminal, nos moldes atualmente vigorantes, vem sendo parcamente utilizada pelos condenados de menor poder aquisitivo, não promovendo, por conseguinte, os efeitos de caráter social para ela reservados. Sua promoção — de ofício — virá, ainda que tardiamente, corrigir tais distorções.

Por fim, ante a evidência manifestada no II Congresso de Antropologia Criminal, de que os alienados praticantes de crimes "assemelham-se em todos os pontos aos outros alienados da mesma categoria, diferindo essencialmente dos novos criminosos", não haveria como remanercer a presunção legal de sua periculosidade manifestada no artigo 78 do Código Penal.

Seu tratamento deverá ocorrer, de preferência, no seio da própria família ou em nível ambulatorial, figurando como exceção a necessidade de internamento em estabelecimento próprio para terapia da enfermidade mental, — tornando-se de todo desaconselhável, na atualidade, a mantença do recolhimento ao manicômio judiciário como impositiva medida de segurança.

* * *

Parece-nos que a efetivação de tais sugestões, passíveis de serem concretizadas em curto prazo, permitirá por algum tempo diminuir o índice de violência atual, facultando sejam esquematizadas medidas mais amplas e ambiciosas, as quais, finalmente, colocarão sob definitivo controle os fenômenos de criminalidade e violência.

São Paulo, 29 de setembro de 1979.

(*) Transcrito da Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n. 13/15 ps. 73/88, dez. 1978/dez. 1979.

ÍNDIO (*)

ANTÔNIO CHAVES
Diretor da Faculdade de
Direito da USP.

SUMÁRIO

1. A legislação anterior ao Estatuto.
2. O Estatuto do Índio.
3. A proibição da catequese.
4. A emancipação individual do índio.
5. A discutida emancipação tribal.
6. As terras ocupadas pelos índios.

1. A legislação anterior ao Estatuto

Anteriormente à promulgação do Estatuto do Índio, que revogou legislação precedente, o Decreto n. 9.212, de 15.12.1911, aprovou o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, constituído de 87 artigos.

O Código Civil, art. 6o., arrolou os silvícolas entre os relativamente incapazes, sujeitando-os ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais, cessando à medida que forem se adaptando à legislação do País.

O Decreto n. 5.484, de 27.6.1928, regulava a situação dos índios nascidos no território nacional.

Seus 50 artigos estavam distribuídos em cinco títulos, com capítulos:

I — Situação Jurídica dos Índios (disposição preliminar e classificação, prerrogativas e restrições, arts. 1o. - 7o.);
II — Das Terras para Índios (I — Terras do Patrimônio Nacional; II — Terras Pertencentes aos Estados, arts. 8o. - 10);
III — Do Registro Civil dos Índios (I — Disposições Preliminares; II — Dos Nascimentos; III — Dos Casamentos; IV — Dos Óbitos, arts. 11-22);
IV — Disposições de Direito Penal (I — Dos Crimes contra Índios; II — Dos Crimes Praticados por Índios, arts. 23-32);

V — Dos Bens dos Índios (I — Isenções e Regalias; II — Da Gestão dos Bens, arts. 33-39);
Disposições Gerais, arts. 40-50.

O Decreto n. 24.700, de 12.7.1934, transferiu, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio para o da Guerra o Serviço de Proteção aos Índios.

O Decreto n. 736, de 6.4.1936, aprovou, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios a que se refere o Decreto n. 24.700.

Seus 47 artigos eram distribuídos, com exclusão do preambular, em seis capítulos: I — Da Proteção aos Índios (arts. 2o.-6o.); II — Da Nacionalização e Incorporação dos Índios (arts. 7o.-12); III — Da Organização do Serviço de Proteção aos Índios (arts. 13-29); IV — Do Pessoal (arts. 30-36); V — Dos Deveres dos Funcionários (arts. 37-30); e VI — Disposições Gerais (arts. 41-47).

O Decreto n. 10.652, de 16.10.1942, aprovou o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura.

O Decreto n. 58.824, de 14.7.1966, promulgou a Convenção n. 107, sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, adotada em Genebra a 26.6.1957, por ocasião da quadragésima sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

É constituída de 37 artigos, divididos em oito partes: princípios gerais; terras; recrutamento e condições de emprego; formação profissional, artesanato e indústrias rurais; segurança social e saúde; educação e meios de informação; administração e disposições gerais.

Na impossibilidade de transladarmos todos esses dispositivos, salientemos alguns dos mais característicos:

ARTIGO 2o.

1 — Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.

2 — Tais programas compreenderão medidas para:

a) — permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população;

b) — promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida;

c) — criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

3 — Esses programas terão essencialmente por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo.

4 — Será excluída a força ou a coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional.

ARTIGO 3o.

1 — Deverão ser tomadas medidas especiais para proteger as instituições, as pessoas, os bens e o trabalho das populações interessadas durante o tempo que sua situação social, econômica e cultural as impeça de gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem.

2 — Serão tomadas providências para assegurar que tais medidas especiais de proteção:

a) — não sirvam para criar ou prolongar um estado de segregação;

b) — não permaneçam em vigor além do tempo que perdurar a necessidade de proteção especial e na medida em que for necessária tal proteção.

3 — Essas medidas especiais de proteção não deverão importar em qualquer prejuízo para o gozo, sem discriminação, da generalidade dos direitos inerentes à qualidade do cidadão.

ARTIGO 4o.

Na aplicação das disposições da presente convenção relativas à integração das populações interessadas, será preciso:

a) — tomar devidamente em consideração os valores culturais e religiosos e os métodos de controle social peculiares a tais populações, assim como a natureza dos problemas que se lhes deparam, tanto do ponto de vista coletivo como individual, ao serem expostas a modificações de ordem social e econômica;

b) — tomar consciência do perigo que pode advir da subversão dos valores e das instituições das referidas

populações, a menos que os mesmos possam ser substituídos de maneira adequada e com o consentimento dos grupos interessados;

c) — empenhar-se em aplainar as dificuldades experimentadas por essas populações na adaptação a novas condições de vida e trabalho".

A Lei n. 6.015, de 31.12.1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, dispensa no art. 51, § 1o., os índios, enquanto não integrados, da inscrição do nascimento. Esta poderá ser feita em livro próprio do órgão federal de assistência aos índios.

Aos 20.10.1967, acompanhado de longa e brilhante Exposição de Motivos do Ministro do Interior AFONSO AUGUSTO DE ALBUQUERQUE LIMA, o Governo remeteu ao Congresso Nacional, pela Mensagem n. 16, projeto de lei que autorizava a instituição da Fundação Nacional do Índio (Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 25.10.67, p. 2598) transformado na Lei n. 5.371, de 1967.

Um belo estudo a respeito desse problema é constituído pelo voto vencido (apenas no tocante às emendas) do Senador VASCONCELLOS TORRES, publicado no mesmo Diário, Seção II, de 21.11. 1967, ps. 3.048—3.052, em que examina, sucessivamente, a proposição do Governo, os antecedentes históricos, a política indigenista, as emendas oferecidas.

O projeto foi afinal convertido na Lei n. 3.371, de 5.12.1967, que autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio", e dá outras providências, cujas finalidades estão indicadas no art. 1o.;

"I — estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais;

b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;

c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;

d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II — gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III — promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV — promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V — promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI — despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII — exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único — A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais".

2. O Estatuto do Índio

Foi publicado no DCN — Seção I — de 27.10.1970, ps. 5.195-5.197, o Projeto n. 2.328, de 1970. Elaborado pelo Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que considera o índio como "criatura humana, igual a qualquer um de nós, com os mesmos direitos e possibilidades, com a liberdade de viver no seu **habitat**, mas de aperfeiçoar as suas condições de existência, sempre admitindo melhores possibilidades de sua comunicação com o "nosso mundo", por solicitação do Ministério do Interior, e revisto pelo Ministério da Justiça, foi convertido na Lei n. 6.001, de 19.12.1973, que "dispõe sobre o Estatuto do Índio".

É constituída por 68 artigos, divididos em sete títulos (alguns subdivididos em capítulos): I — Dos Princípios e Definições; II — Dos Direitos Civis e Políticos (I — Dos Princípios; II — Da Assistência ou Tutela; III — Do Registro Civil; IV — Das Condições de Trabalho); III — Das Terras dos Índios (I — Das Disposições Gerais; II — Das Terras Ocupadas; III — Das Áreas Reservadas; IV — Das Terras de Domínio Indígena; V — Da Defesa das Terras Indígenas); IV — Os Bens e Renda do Patrimônio Indígena; V — Da Educação, Cultura e Saúde; VI — Das Normas Penais (I — Dos Princípios; II — Dos Crimes contra os Índios); VII — Disposições Gerais.

Sublinhava a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID ter sido atendido o sistema de Convenção de Genebra, complementando-o com duas novas categorias: índios em processo de integração e já assimilados.

Realçava os quatro princípios fundamentais fixados pelo projeto quanto ao exercício e gozo dos direitos civis e políticos:

"a) — o de que os índios gozam dos mesmos direitos assegurados a todos os brasileiros;

b) — o de que o exercício por si dos direitos civis e gozo dos direitos políticos estão condicionados à assimilação do índio ao sistema da vida da comunidade nacional;

c) — o de que serão respeitados os usos, costumes e a religião dos índios não assimilados; e

d) — o de que nas relações dos índios com pessoas estranhas à comunidade indígena é obrigatória a aplicação da legislação ordinária".

Tendo em vista a caracterização do indígena como relativamente incapaz (Código Civil, art. 6o., inciso IV), o projeto colocava-o sob tutela, enquanto não assimilado. Em princípio, a proteção seria exercida pelo órgão federal de assistência aos índios. Poderia, no entanto, o encargo ser delegado a outras pessoas ou órgãos, com audiência do Ministério Público e autorização judicial. Neste último caso, a tutela estaria sujeita às normas da legislação civil, dispensadas a especialização de bens imóveis para hipoteca legal e a oferta de caução real ou fidejussória.

O tutor interviria em todos os atos que os índios praticassem segundo o direito comum. Seu consentimento seria necessário à validade do ato, podendo ser suprido judicialmente em caso de recusa.

Cessaria a tutela com a integração do indígena à comunidade nacional, reconhecida judicialmente, verificados certos pressupostos.

3. A proibição da catequese

Noticiava **O Estado de São Paulo**, de 4.5.1968, que a catequese de índios por missões religiosas seria proibida no País, para evitar a destruição dos componentes formadores de sua cultura e a marginalização social e econômica "de um povo que se considera feliz em seu estado natural e vivendo de acordo com suas tradições milenares".

Essa providência, segundo o representante do Ministério do Interior na Fundação Nacional do Índio, Sr. JOSÉ QUEIROZ CAMPOS, não representa repúdio à religião, mas um instrumento de defesa para impedir a destruição das estruturas sociais e psíquicas dos índios que ainda permanecem em estado natural.

"Através da catequese o que acaba acontecendo é a introdução de novos costumes, que os índios não podem assimilar adequadamente e que, em geral, não são suficientes para transformá-los em cidadãos civilizados".

Lembra que o respeito à pessoa do índio e às constituições e comunidades tribais é previsto pela Lei n. 5.371, de 5.12.67, que garante o resguardo da cultura espontânea do índio, de forma que a sua evolução sócio-econômica se processe livre de mudanças bruscas.

Qualquer instituição, pública ou privada, brasileira ou estrangeira, que pretenda auxiliar os índios, tanto no estágio natural, como de contato transitório ou permanente com civilizados, apenas poderá fazê-lo com a autorização e supervisão da Fundação Nacional do Índio.

Cumpre-se, por essa forma, o disposto no parágrafo único do art. 6o. do Código Civil, determinando que os silvícolas fiquem sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

4. A emancipação individual do índio.

A Lei n. 6.001/73 coloca os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional sob o regime tutelar por ela estabelecido, que incumbe à União, aplicando-se-lhe, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, ou de prestação de caução real ou fidejussória.

Considera nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena sem assistência do órgão tutelar competente, a menos que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, e que este não lhe seja prejudicial.

Preenchidos os requisitos de: I) idade mínima de 21 anos; II) conhecimento da língua portuguesa; III) habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV) razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional, qualquer índio poderá obter do Juiz competente a sua liberação do regime tutelar indicado, investindo-se na plenitude da capacidade civil.

Realizada instrução sumária, na qual serão ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil, a pedido escrito do interessado poderá o órgão de

assistência, mediante declaração formal, reconhecer ao índio a condição de integrado, cessando toda restrição à sua capacidade.

Põe em realce DALMO DE ABREU DALLARI um dado que considera "de extrema importância, que explica, inclusive, como é possível a integração sem o processo formal de emancipação: a legislação brasileira só dá tratamento diferente ao índio enquanto este não se acha integrado na comunhão nacional.

Uma vez ocorrida a integração, ele é um brasileiro como todos os demais, não tendo qualquer influência sua origem numa comunidade indígena. Embora quanto à etnia não se possa alterar as características da origem, é rigorosamente certo que, do ponto de vista jurídico, o índio deixa de ser índio quando se integra na comunidade brasileira. A partir desse momento ele é um cidadão brasileiro comum, sem nenhum privilégio e sem qualquer proteção ou restrição especial".

Assinala que em outras legislações, como a norte-americana, o índio goza de uma situação especial: continua sendo tratado juridicamente como índio, mesmo depois de integrado na comunhão nacional. Existe mesmo a previsão da preservação da condição de índio, para efeitos legais, depois de casamentos mistos, para os decendentes de índios, chegando-se a manter privilégios para quem tiver 1/64 de sangue índio.

Na legislação brasileira a antiga condição de índio não exerce qualquer influência. Desde que integrado à comunhão nacional, o índio passa a ser um cidadão comum, com os mesmos direitos e obrigações que cabem a todos os brasileiros.

No dia 16.11.1978, foi divulgado o projeto que dispõe sobre o desenvolvimento de comunidades indígenas, o exercício da tutela pela FUNAI e o processo de deliberação do regime tutelar, publicado pela imprensa no dia seguinte.

Constituído por sete artigos, cria, sob a coordenação do Ministério do Interior, uma Comissão de Apoio aos Índios e às Comunidades Indígenas, encarregada de promover a elaboração e a execução de um plano integrado de ação de desenvolvimento das comunidades indígenas, a ser desdobrado com medidas de curto, médio e longo prazos, para permitir maior assistência técnica, econômica e social àquelas comunidades, e aos silvícolas, visando a incorporá-los, gradativamente, à comunhão nacional, mediante a integração ou emancipação, de forma a assegurar-lhes, conseqüentemente, o pleno exercício de seus direitos civis.

De acordo com o art. 2o., a tutela dos índios e das comunidades indígenas é exercida, nos termos dos artigos 1o., parágrafo único, da Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, e 7o. parágrafo 1o., da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, pela Fundação Nacional do Índio,

acrescentando o dispositivo seguinte que à FUNAI, além dos poderes inerentes ao exercício da tutela, conferidos pela legislação comum e pela legislação especial, e das demais finalidades previstas no seu estatuto, incumbe, especialmente, assegurar aos índios e às comunidades indígenas: a) a posse permanente das terras que habitam, bem como o usufruto exclusivo das riquezas naturais e assistência educacional e oportunidade de trabalho, respeitadas as peculiaridades de sua condição (Lei n. 6.001, art. 2o., item III), d) integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional.

A FUNAI manterá atualizados os registros a que se refere o artigo 13 da Lei n. 6.001, de 19.12.1973, bem como a relação dos índios eleitores, ou que tenham concorrido a cargos eletivos, daqueles que tenham prestado serviço militar e dos que tiverem concluído curso superior, visando a instruir, na devida oportunidade, processo de emancipação ou integração.

Mediante suprimento judicial, na conformidade do que dispõe o artigo 7o., parágrafo 1o., da Lei n. 6.001, de 19.12.1973, aplicar-se-á a legislação comum, para efeito de emancipação, ao índio maior de 18 (dezoito) anos que satisfaça qualquer das exigências do artigo 9o., parágrafo 1o., do Código Civil.

O suprimento judicial será requerido, ouvido o índio, pela FUNAI.

A sentença concessiva da emancipação será transcrita no Registro Civil (arts. 4o. e 5o. §§ 1o. e 2o.).

> "Art. 6o. — A requerimento do interessado, ou **ex-officio** pela FUNAI, ouvido o índio, será declarada a sua condição de integrado, desde que o mesmo, comprovadamente, preencha os seguintes requisitos estabelecidos no artigo 9o. da Lei n. 6.001, de 19.12. 1973: I — idade mínima de 21 (vinte e um) anos; II — conhecimento da língua portuguesa; III — habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV — razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.
> Parágrafo único — A validade do ato formal, que reconheça ao índio a sua condição de integrado, depende de homologação judicial e de inscrição no Registro Civil".

5. A discutida emancipação tribal

Mas o art. 11 da Lei n. 6.001 admite ainda, mediante decreto do Presidente da República, seja declarada a emancipação da inteira comunidade indígena e de seus membros, desde que preencham os requisitos indicados, comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

O Estado de São Paulo promoveu no dia 7.3.77, uma mesa-redonda, tendo como tema a legislação indigenista, de que dá ampla notícia uma reportagem, de duas páginas, de VITU DO CARMO, publicada no exemplar de 30.3.77. A lei, apesar de tudo, é boa para o índio, não devendo, por isso, ser alterada, — essa foi a conclusão básica.

As lacunas que possa apresentar serão cobertas por decretos, que regulamentarão o documento principal, preservando, naturalmente, seu espírito, ao passo que a emancipação do índio, ou sua discutida integração, além de obedecer a um processo gradativo, dependerá de definições que garantam às tribos a continuidade de seu domínio sobre as terras que ocupam.

Criticando a falta de unidade de orientação em tema da emancipação do índio brasileiro por parte do Ministério do Interior, ora favorável à aculturação dinâmica, à integração rápida na sociedade e à sua emancipação, ora manifestando-se pela posição de não forçá-la, o mesmo órgão da imprensa, em editorial publicado 17 dias depois, fazia ver não haver, até então, solução para o problema da regulamentação do Estatuto do Índio.

> "E enquanto ela não surgir, enquanto não houver garantias legais de que a tribo emancipada não perderá sua terra, sob a pressão dos grandes proprietários rurais que olham a Amazônia com olhar cobiçoso, não se pode nem se deve pensar, sugerir, ou sequer falar em emancipação tribal".

Havia, evidente, caso de emancipação de indivíduos, abusos de alguns índios que não mais são índios. São vereadores, motoristas de praça e não querem emancipar-se, simplesmente para continuar beneficiando-se da legislação do indigenato, não respondendo perante a justiça comum nem pagando impostos.

> "Não se trata, porém, de elementos representativos. O Estatuto do Índio não prevê, ao que parece, como agir em tais casos. Mas é simples, e a FUNAI já chegou a propor uma solução. Caberia à justiça comum, ao juiz local, decidir sobre a emancipação desses índios, individualmente. Se já abandonaram a vida tribal, se já se beneficiam francamente de todos os benefícios da civilização, se já vivem como todos os civilizados, devem arcar também com as mesmas responsabilidades civis destes".

Tais exemplos, contudo, nada tinham a ver com a situação de tribos que, não desejando a emancipação, não devem ser pressionadas.

Adverte ABREU DALLARI dos perigos inerentes à idéia aparentemente generosa da emancipação, considerando os eventuais resultados avaliados pela convivência sem as cautelas adequadas, recomendando várias medidas preliminares.

Em primeiro lugar, rever as condições da tutela especial, sobretudo para que o órgão tutelar tenha mais autonomia, inclua elementos desvinculados da administração federal, dê voz mais ativa aos próprios índios na solução dos assuntos que para eles são fundamentais e possa, afinal, fixar uma política indigenista que propicie a gradativa integração dos índios à comunhão nacional, sem a destruição de seus valores culturais e sem o risco de sua degradação como seres humanos.

> "A par disso, é necessário o exame cuidadoso do problema das terras habitadas por índios, pois, a Constituição lhes assegura a posse e o usufruto das terras que eles escolheram para habitar, não havendo autorização constitucional para que algum órgão da administração pública escolha para eles outro local e os obrigue à mudança.
>
> Com a participação do índio, tutelado de modo a não ficar inteiramente subordinado à política de desenvolvimento estabelecida pelo governo da União, é bem provável que se encontrem soluções conciliatórias, que preservem a dignidade do índio, respeitem seus valores culturais e lhes permitam integrar-se na comunidade brasileira, como beneficiário e não como vítimas da integração".

Sem embargo, insiste o projeto de decreto-lei publicado no dia 17.11.1978, art. 7o., em que a emancipação de comunidade indígena e de seus membros poderá ser declarada, por decreto do Presidente da República, a requerimento da maioria dos membros do grupo.

> "Parágrafo Único — A expressão maioria da comunidade deve ser entendida com a representação, no mínimo, de 2/3 (dois terços) dos seus membros, maiores de 21 (vinte e um) anos, residentes nas terras habitadas

pelo grupo requerente, e que satisfaçam os requisitos do artigo 9o., da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973".

Na forma do art. 8o., a emancipação de comunidade indígena e de seus membros a requerimento da maioria do grupo, dependerá, conforme determina o artigo 11 da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, de inquérito procedido pelo órgão federal de assistência ao índio, destinado a comprovar o preenchimento dos requisitos legais exigidos para a liberação do regime tutelar.

"§ 1o. — O inquérito de que trata este artigo será efetuado, no prazo fixado, por pessoas especializadas em matéria indigenista relacionada, de preferência, com a comunidade requerente, designadas pelo presidente da FUNAI, cujos estudos e formulários próprios, por elas preenchidos, serão encaminhados à Presidência da Fundação Nacional do Índio, com relatório opinando pela efetivação ou não da emancipação.

§ 2o. — Os formulários próprios referidos no parágrafo anterior serão elaborados pelos órgãos competentes da FUNAI com a audiência do Conselho Indigenista, que poderá ouvir, para esse fim, a seu critério, pessoas de notório conhecimento em assuntos indigenistas.

§ 3o. — Ao receber o inquérito, efetuado na forma do parágrafo 1o., o presidente da FUNAI, após a apreciação do Conselho Indigenista, designará comissão especial, para manifestar-se quanto à sua validade e à conveniência da adoção das medidas propostas nas conclusões do relatório.

§ 4o. — A comissão especial de que trata o parágrafo anterior, concluídos os seus estudos, encaminhará o processo ao presidente da FUNAI, com parecer conclusivo opinando pela liberação ou não do regime tutelar da comunidade indígena".

Aditam os dispositivos seguintes que o presidente da FUNAI, decidindo pela liberação do regime tutelar da comunidade indígena e de seus membros, encaminhará o processo ao Ministro de Estado do Interior, anexando exposição fundamentada das razões de seu convencimento, bem como projeto de decreto declaratório da emancipação, a ser submetido ao Presidente da República.

Caso, da apreciação do Conselho Indígena prevista no parágrafo 3o. do artigo 8o. deste decreto, resulte parecer favorável ao requerimento da comunidade indígena, proceder-se-á, de imediato, à elaboração de um plano de assistência econômica e social, com a participação direta de membros da comunidade interessada na emancipação, e por ela indicados.

A FUNAI continuará prestando assistência técnica e social ao índio emancipado ou integrado, bem como à comunidade indígena emancipada e seus membros.

O Ministério do Interior manterá entendimentos com outros Ministérios, no sentido de que se desenvolva uma ação integrada de apoio às comunidades indígenas emancipadas.

O reconhecimento da condição de integrado e a emancipação de índio ou de comunidade e seus membros não implicam na anulação da identidade indígena.

Finalmente, decretada a emancipação de comunidade indígena e de seus membros, caberá à própria comunidade, com assistência permanente dos órgãos governamentais, a responsabilidade sobre os menores nela existentes.

A Exposição de Motivos do Ministro do Interior, RANGEL REIS, sustentou que eram medidas postas em prática pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com a eficiência possível mas não a desejada, pois muitas outras providências se colocam fora do âmbito de sua atuação ou exigem meios de que a Fundação não dispõe. Cabe por isso a emissão de um juízo crítico.

"A FUNAI realiza eficientemente o que tem sido possível realizar sem no entanto, pelos motivos aludidos, fazer tudo o que se julga necessário para completa consecução dos objetivos finais da política indigenista legalmente definida. Esses objetivos não poderão ser alcançados sem que o Estado procure cumprir primeiro o seu dever de possibilitar o atendimento de providências preliminares. Na verdade, não se pode pensar na incorporação dos silvícolas à sociedade nacional, que deve ser progressiva, harmoniosa e sem mudanças bruscas, se antes não se oferecem às comunidades indígenas condições adequadas de desenvolvimento técnico, econômico e social. Isto porque não se pretende agora, como nunca se pretendeu, ver o índio marginalizado, senão participante como qualquer cidadão, das vantagens, direito e deveres comuns

aos membros da sociedade brasileira. Tudo se resumiria, afinal, no exercício de uma tutela eficaz. Para conseguir este objetivo é que se propõe, nos termos do projeto, a criação de uma comissão especial de apoio aos índios e às comunidades indígenas.

Enseja-se com esta providência o apoio à FUNAI de outras áreas da administração possibilitando-a de cumprir as disposições legais que lhes são próprias como entidade que exerce a tutela indígena em nome da União".

Concluiu serem esses os reais objetivos do projeto de decreto e não outros que precipitadamente lhe foram atribuídos. Pretende-se, em resumo, primeiro assistir de uma forma mais efetiva os índios e as comunidades indígenas objetivando seu desenvolvimento econômico e social. Segundo, já como conseqüência natural de uma tutela mais eficaz, promover, quando legal, oportuna e conveniente, a liberação do regime tutelar.

Sem embargos, poucas iniciativas terão conseguido reunir desaprovação mais generalizada.

Já em data de 13.9.1978 o **Jornal de Brasília** encarecia ter sido o projeto recusado por diferentes setores que atuam em áreas indígenas, entre estes a Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, a Escola Paulista de Medicina, a Universidade de São Paulo e ainda alguns antropólogos como CARMEM JUNQUEIRA, PEDRO AGOSTINHO, da Universidade Federal da Bahia, OLÍMPIO SERRA, antropólogo e diretor do Parque Indígena do Xingu, LUX VIDAL, da USP, e ainda o jurista DALMO DALLARI.

De acordo com o documento da Universidade de São Paulo "emancipar grupos indígenas agora é, pois, entregá-los desarmados a forças infinitamente mais poderosas que lhes arrebatarão em maior ou menor prazo as terras, a vil preço, por grilagem ou por execução de dívidas, absorvendo-o como mão-de-obra barata. Diz ainda o documento que "estamos assistindo agora à derradeira e talvez mais forte investida da expansão interna em todo Centro-Oeste e Norte do País, liberada por grandes grupos empresariais. Trata-se, pois, de um momento inoportuno para deixar os índios desprotegidos".

Incorporando o editorial em seu discurso transcrito no Diário do Congresso Nacional Seção II, de 17.10.1978, ps. 5.387-5.389, o Senador EVANDRO CARREIRA concluía merecer o índio "uma preocupação maior, não pelo que possamos lhe dar, mas pelo que ele possa nos oferecer. O índio merece ser preservado nas suas reservas,

nos seus caldos de cultura, não pelo que possamos fazer por ele, porque não podemos fazer nada pelo índio; nós só podemos poluir e prostituir o índio. O índio, sim, pode fazer alguma coisa pelo homem pseudo-civilizado: ele pode transferir esses conhecimentos que o homem não tem; ele pode trazer uma contribuição cultural, para que o homem aprenda nas suas tradições, nas suas legendas, nos seus cânticos, nos seus costumes; da sua farmacopéia podemos tirar muito em benefício do próprio homem".

Concluiu apelando ao Sr. Ministro RANGEL REIS para que "reveja a sua posição e arquive o projeto de emancipação do índio, pois ele constitui uma imoralidade. Desde que S. Exa. assuma a única e exclusiva responsabilidade, lhe cobraremos, no futuro, esse gesto tresloucado de expor o índio à gana e à sanha do antropófago citadino".

No dia 8.11 do mesmo ano realizou-se no Teatro da Universidade Católica de São Paulo ato público em repúdio ao projeto, promovido pela Associação Nacional dos Cientistas Sociais e pela Comissão-Pró-Índio, com apoio de várias entidades civis brasileiras e estrangeiras.

A reação do cacique APOEMA, da reserva xavante de São Marcos, foi no sentido de que o governo devia rasgar o projeto, no que foi acompanhado por outro chefe xavante, ANICETO:

> "O governo tem que pegar este documento, rasgar e enterrar no cemitério para que ninguém pense mais em emancipar o índio. Nós não queremos a emancipação, porque não pretendemos ter uma vida igual à do branco. A vida de vocês é muito complicada, é uma vida de palhaços. Os brancos só pensam em dinheiro e muitos índios ainda não sabem disso; por isso, não estão preparados para perder a FUNAI. O índio é liberdade, é dono de sua terra, é o brasileiro de verdade. Se acabarem com a cultura do índio, ele morrerá, e o culpado será o governo".

6. **As terras ocupadas pelos silvícolas**

Não pretendemos traçar aqui o histórico dos "dares e tomares", a que se refere SERAFIM LEITE, de terras dos e aos índios, que começaram com a doação, por Jerônimo Leitão, "capitão desta capitania de São Vicente, pelo Sr. Pero Lopes de Souza, e governador dela por el-rei nosso senhor" aos índios de Piratinim, da aldeia dos Pinheiros e da aldeia de Ururaí, em 12.10.1850, seis léguas em quadra, em Carapicuíba.

Para isso remetemos ao estudo de MÚCIO DE CAMPOS MAIA, "Domínio das aldeias de índios. Enfiteuse e usucapião", publicado na

Rev. dos Tribunais, vol. 376, 1967, ps. 45-51 e bibliografia aí citada, em que mostra constituírem as terras dos antigos aldeamentos de índios terrenos devolutos por definição legal.

As terras que os silvícolas ocupam são objeto de regulamentação especial.

Não as considera a Constituição propriedade deles, e sim bens da União (art. 4o., IV).

Complementa, por isso, o art. 198, serem inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Declaram os parágrafos 1o. e 2o. a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, sem direito aos ocupantes a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

A matéria é regulada pela Lei n. 6.001, de 19.12.1973, de cujos 68 artigos (alguns vetados), 30 são a elas consagrados.

Compõem o Título III "Das terras dos índios", dividido em cinco capítulos, que versam, respectivamente, disposições gerais, terras ocupadas, áreas reservadas, terras de domínio indígena e defesa das terras indígenas, e o Título IV, "Dos bens e renda do patrimônio indígena".

Distingue o art. 17 três espécies de terras indígenas:

I — as ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os aludidos artigos da Constituição;

II — as áreas reservadas de que trata o Capítulo III desse Título;

III — as de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Não poderão elas ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas, sendo vedada, nessas áreas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como da atividade agropecuária ou extrativa (art. 18).

O art. 22 outorga aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Possibilita à União o art. 26 estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios,

onde possam viver e obter meios de subsistência com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Sem confusão com as de posse imemorial das tribos indígenas, poderão organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

a) reserva indígena;

b) parque indígena;

c) colônia agrícola indígena;

d) território federal indígena.

Define o art. 32 as terras de domínio indígena: são as de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, quando havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Constituem bens do patrimônio indígena (art. 39):

I — as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas;

II — o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas;

III — os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título.

Condicionado como está o direito à fruição das terras aos índios, ao fato de as habitarem, é bem de ver que, ao se integrarem, individualmente ou em grupos, à coletividade nacional, perdem aquelas vantagens, passando a terem os mesmos direitos e os mesmos deveres reservados por lei aos demais habitantes do País.

Lembra DALMO DE ABREU DALLARI dispor o Estatuto do Índio que as áreas ocupadas por comunidades indígenas deverão ser demarcadas, para que a posse possa ser protegida, mas prevê também a possibilidade de remoção de comunidades indígenas para outros locais, mediante a instituição de áreas reservadas para ocupação pelos índios. Nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Estatuto, as áreas reservadas "não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas", isto é, a área reservada não será aquela habitada pela comunidade indígena por sua própria decisão, mas será outra escolhida pela União. O Estatuto prevê inúmeras hipóteses em que uma comunidade indígena pode ser removida das terras que ocupa, por decisão exclusiva da União, transplantando-se a comunidade para uma reserva, um parque indígena, uma colônia agrícola indígena ou um território federal indígena.

"Como todas as terras habitadas por índios são de propriedade da União e como são, em princípio, inalienáveis enquanto estiverem na posse dos indígenas, verifica-se que tanto na hipótese de emancipação de uma comunidade (quando os índios deixam de ser juridicamente índios), como na hipótese de remoção da comunidade indígena para outro local, essas terras passam à posse e ao domínio pleno da União. Poderá, então, a União usar as terras para o fim que desejar, usufruir todos os benefícios que elas proporcionarem (incluindo-se o solo e o subsolo, isto é, incluindo-se também as reservas minerais eventualmente existentes nessas terras), podendo ainda alienar as terras, que deixam de ser inalienáveis quando não mais habitadas por índios".

Também a este propósito o projeto de decreto-lei sobre o desenvolvimento de comunidades indígenas oferece três dispositivos:

"Art. 14. As terras delimitadas e demarcadas, nas quais vivam e trabalhem as comunidades indígenas que vierem a ser emancipadas, continuarão a constituir bens inalienáveis da União, na forma do artigo 198 da Constituição, cabendo aos silvícolas a sua posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Art. 15. A FUNAI pleiteará a doação das terras referidas no artigo anterior à comunidade indígena emancipada, se providência melhor atender aos interesses desta, e desde que constem do ato de liberalidade cláusulas de inalienabilidade, de proibição de arrendamento, ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela donatária.

Art. 16. Cabe à comunidade indígena emancipada decidir sobre a forma de exploração das terras, se coletiva, individual ou mista, cumprindo, à FUNAI e às entidades e órgãos públicos especializados em assistência técnica às atividades agropecuárias, proporcionar apoio às referidas comunidades, mediante plano integrado promovido pelo Ministério do Interior".

A referida Convenção n. 107 contém, a propósito, quatro dispositivos bem terminantes:

Artigo 11

O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.

Artigo 12

1 — As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do País ou no interesse da saúde de tais populações.

2 — Quando, em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidades de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias.

3 — As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por toda perda ou dano por elas sofrido em conseqüência de tal deslocamento.

Artigo 13

1 — As modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposições das terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às necessidades de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

2 — Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos interessados em relação à lei, com o objetivo de adquirir a propriedade ou o uso de terras pertencentes a essas populações.

Artigo 14

Programas agrários nacionais deverão garantir às populações interessadas condições equivalentes às de que se beneficiam os demais setores da comunidade nacional, no que respeita:

a) à concessão de terras suplementares quando as terras de que tais populações disponham sejam insuficientes para lhes assegurar os elementos de uma existência normal ou para fazer face a seu crescimento demográfico;

b) à concessão dos meios necessários ao aproveitamento das terras já possuídas por tais populações".

BIBLIOGRAFIA

CHAVES, Antônio — Lições de Direito Civil, Parte Geral, 3, São Paulo, Bushatsky, 1972, ps. 97-100.

Idem — Direito das Coisas, 2, São Paulo, 1976, ps. 176-178.

DALLARI, Dalmo de Abreu — "Os Direitos do Índio", O Estado de São Paulo, Suplemento Cultural, 5.11.1978, ps. 10 e 11.

(*) Transcrito da Revista de Informação Legislativa — Brasília a. 16 n. 62 abr./jun. 1979, ps. 117/132.

O DIREITO DE GREVE NO BRASIL (*)

Aspectos sociais, econômicos e políticos de uma perspectiva weberiana

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
Advogado do Banco Central do Brasil
em São Paulo

SUMÁRIO

Introdução

I. O DIREITO DE GREVE

1. Greve como manifestação de força
2. A tutela da violência no direito
3. A greve e o Estado moderno
4. Greve e consciência de classe
5. Greve e vias de fato

II. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE GREVE NO BRASIL

6. A consciência da legitimidade
7. A garantia constitucional
8. Constituições anteriores
9. Disciplina legal ordinária
10. O anteprojeto da C.L.T. de 1979

III. AS GREVES DO PERÍODO 1978-1979

11. Descompasso do Estado com a sociedade civil
12. A greve dos metalúrgicos de São Paulo
13. Ação de classe e relação de poder
14. A greve dos funcionários públicos
15. Divisões estamentais dos funcionários públicos
16. Efeitos econômicos sobre o Estado empregador

IV. A GREVE COMO ELEMENTO INOVADOR NO SISTEMA SÓCIO-JURÍDICO

17. Institucionalização e controle da greve
18. Greve como elemento do sistema

INTRODUÇÃO

As transformações que atualmente se insinuam na sociedade brasileira vêm apresentando, como reflexo natural, alterações no ordenamento jurídico. O desenvolvimento econômico-industrial do País nas duas últimas décadas exigiu diversas mudanças na legislação trabalhista. Finalmente, em 2 de maio de 1979 (1), foi apresentado à opinião pública nacional o texto do anteprojeto da nova Consolidação das Leis do Trabalho elaborado pela Comissão Interministerial de Atualização da C. L. T., criada pela Portaria 542, de 19 de setembro de 1975.

O anteprojeto, apresentado ao Presidente da República em 11 de março de 1979, deverá, após um período de coleta de sugestões, ser encaminhado ao Congresso Nacional. Parece, pois, oportuno tecer algumas considerações sobre a disciplina do direito de greve, no anteprojeto regulada pelos artigos 608 a 624. A perspectiva deste trabalho não é apenas legal, senão sócio-jurídica, tomando como instrumental sociológico alguns conceitos básicos da Sociologia Compreensiva de Max Weber. Como o Direito não é apenas o abstrato sistema normativo, mas também, e principalmente, manifestação cultural de um povo, a análise sociológica da matéria deve sempre provar-se valiosa, especialmente no momento de legislar.

I. O DIREITO DE GREVE

1. A greve é antes de tudo uma manifestação de força. A força de uma classe social numa ação social de natureza omissiva (2). A greve é um processo reivindicatório e, talvez mais além, um processo de imposição de vontade a outro grupo ou associação. Neste sentido a greve é

(1) Publicado no Diário Oficial da União como Suplemento ao n. 82, Seção I, Parte I, em 2 de maio de 1979.

(2) Natureza omissiva não significa passividade. Ao contrário, a omissão aqui tem o mesmo caráter da "desobediência civil" antologicamente exposta, por exemplo, no Desobediência Civil de Henry David Thoreau.

uma manifestação de poder, segundo Weber a capacidade de impor a própria vontade. Esta força, quando dirigida com um sentido e visando atuar sobre o comportamento alheio, tem a característica potencial de um poder social — aqui não confundido com o poder da associação política (Estado).

Esta descrição da greve como manifestação de força e poder parece evidente por si mesma. Naturalmente sua eficácia varia de caso para caso, na medida em que ela possa ou não afetar as associações contra as quais é feita, e, portanto, atingir seus objetivos mais imediatos.

2. Quando se fala em "direito de greve", não se fala em nada mais do que numa espécie de violência. Violência é entendida aqui como a ação de força executada fora dos canais monopolizados de coação. Os canais monopolizados hoje em dia são os meios estatais de aplicação das sanções. A greve claramente é um canal individual (ou classista), no sentido de não recorrer ao Estado, processando-se, pois, longe de um contexto anonimizado e terceiro (indiferente), que o Estado põe em geral à disposição dos interessados. Na greve o conflito não é resolvido pelo terceiro, mas se estabelece a confrontação imediata das partes envolvidas.

Em outras palavras, a greve é um fato. O sistema jurídico e a própria sociedade não podem ignorá-la ou extingui-la. Tentam, pois, discipliná-la. Assim é que a greve na história teve seu tratamento alterado conforme variaram as circunstâncias concretas das sociedades, até atingir hoje o **status** de direito dos trabalhadores.

A disciplina de formas semelhantes do que chamo violência individual institucionalizada mostra outros exemplos bastante esclarecedores. No Direito Civil, por exemplo, a defesa de posse, nos casos urgentes, é legitimada ao próprio indivíduo. O instituto aparece no Código Civil, art. 502. No Direito Penal aparece outra forma, a da legítima defesa, que desqualifica a conduta como criminosa. O ato que seria crime deixa de sê-lo porque a conduta da vítima foi anteriormente injusta. Isto é, aquele que sofre a agressão injusta fica legitimado a opor-se a ela pelas vias de fato. Sua legitimação depende apenas da qualificação da atitude patronal como injusta.

A greve não é nada mais do que uma forma de reação fática e não estatal, que passa a ser tutelada pelo sistema jurídico, porque a evidência de sua força e a necessidade de sua presença para a manutenção do próprio sistema produtivo não permitem que o Estado a ignore ou extirpe.

3. Consciência axiológica da justiça ou injustiça das atitudes pa-

tronais é que deveria influenciar a disposição do Estado a respeito, classificando as greves em legítimas ou ilegítimas.

O Estado burocrático racional, como o conhecemos hoje, é instituição nascida com o capitalismo mercantilista, forjando-se a partir mais ou menos do século XII. O mercantilismo, por sua vez, gerou o capitalismo industrial com sua característica explosão urbana. A crescente racionalização do sistema de produção da sociedade ocidental foi acompanhada da crescente racionalização do Estado burocrático. Este criou um sistema político despersonalizado, mas de tal maneira sofisticado, que só as classes possuidoras tinham acesso a ele e sabiam manejá-lo.

Fenômeno paralelo foi o aparecimento de uma nova classe tipificada na sociedade: os trabalhadores ou proletários. Recrutados primeiro no campo, vieram compor o enorme contingente de mão-de-obra de que a crescente produção industrial em massa necessitava. Caracterizavam-se por sua condição de não possuidores de bens de produção ou mesmo de bens de consumo (**desposeídos**). Esta legião, porém, foi alijada do processo de decisão política. Passou a ocupar nitidamente uma posição de classe na sociedade: não representavam uma comunidade senão uma constelação de interesses comuns por sua posição no mercado de trabalho (3).

O Estado organizou-se, porém, debaixo de uma forma de governo que serviu a determinados objetivos. Em outras palavras, sendo o governo a forma de cristalizar uma relação de dominação, o Estado burocrático passou a ser governado por uma "plutocracia". Ora, sendo o Estado o que assumiu a legitimação normativa da associação política, e estando sua organização controlada pelas classes possuidoras, é evidente que as ações contrárias ao interesse daquelas passaram a se considerar como contrárias ao bem do Estado e, via de conseqüência, ao bem público.

Naturalmente a greve foi tratada como um desvio, e mereceu a punição do sistema. Não havia mesmo outro caminho. O fenômeno já era conhecido, por exemplo, de Adam Smith, que se refere a ele dizendo que "sempre que a legislatura tenta regular as diferenças entre patrões e trabalhadores, os seus conselheiros são sempre os patrões" (4). A greve, porém, recurso de que dispõem os trabalhadores como classe,

(3) Max Weber, Economía Y Sociedad, 2a. ed., México, Fundo de Cultura Econômica, 1974, p. 683.

(4) Adam Smith — Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações, 2a. ed., São Paulo, Abril Cultural, 1979.

tem por objetivo a consecução de melhoria das condições de trabalho. Liga-se à concepção de que há valores a preservar, as condições de dignidade do homem trabalhador, o salário que assegure a sobrevivência da família etc. . . — tão importantes quanto a liberdade de apropriação, ferrenhamente defendida pelas classes possuidoras.

4. Tanto os interesses de capitalistas e proletários se definiram na economia de mercado que suas divisões como classe causaram uma situação de confronto. Assim a distribuição da posse dos bens na sociedade distingue nitidamente aqueles que têm o patrimônio apenas estável dos que têm o patrimônio dinâmico e potencial (capital), tanto quanto dos que têm apenas a força de seu trabalho.

Mas se o capital para pôr-se em marcha precisa da força laboral, esta adquiriu a consciência de que a interdependência era mútua. Vale dizer que no sistema de produção capitalista não só o trabalhador depende do capital e se encontra numa posição de ofertador de serviços, senão também o patrão depende do trabalhador para pôr em funcionamento a empresa. Isto significa que o proletariado não só reconheceu mas também aceitou sua posição no sistema ao aceitar a greve como seu instrumento reivindicatório.

5. Quando falamos, pois, em direito de greve, falamos muito mais num direito às vias de fato, às próprias razões. Estamos diante de um fenômeno na realidade parajurídico, porque independe do sistema jurídico para existir e nem deriva a sua efetividade. Ao contrário, faz-se efetivo — a duras penas, é verdade — apesar dele. No caso da greve, parece-me que o Direito é meramente homologatório, ou, como dizem os juristas, não tem caráter constitutivo: reconhece o fato para disciplinálo.

II. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE GREVE NO BRASIL

6. Descrevi acima apenas os pressupostos sociais do surgimento da greve como meio de pressão dos trabalhadores. O peso específico que a classe obreira adquiriu no mercado obrigou a um rearranjo do tratamento dispensado à greve. A progressiva manifestação de valores humanos, superiores aos simples interesses da economia de escala, desembocou na consciência jurídica (**opinio juris vel necessitatis**) de que a greve respondia muitas vezes a uma conduta abusada, intolerante e não racional dos patrões. Esta consciência levou progressivamente à aceitação da greve como meio legítimo — embora extremo — de impor a vontade

de um grupo sobre um outro, isto é, achou-se para a greve um fundamento semelhante àquele da legítima defesa.

O Brasil está — no que toca a seu processo de industrialização — reconhecidamente atrasado em relação às nações desenvolvidas no mundo ocidental. As razões são inúmeras e se prendem, a meu ver, muito mais a diferenças qualitativas e culturais do que à quantitativa incapacidade de produção de riqueza. Reflexo destas diferenças é a tardança com que a greve passa a ser tutelada como direito na legislação brasileira.

7. O direito de greve foi pela primeira vez inserido na Constituição Federal em 1946, na seguinte forma:

> "Art. 158 — É reconhecido o direito de greve cujo exercício a lei regulará."

Esta disposição encaixava-se numa moldura bastante liberal que surgia no Brasil com a derrubada do Estado Novo e quase um ano após a derrota do nazifascismo. Naturalmente também o reconhecimento do direito à greve inseria-se numa sociedade de forte e acelerado processo de capitalização e industrialização (5) iniciado sob o patrocínio do próprio Estado Novo.

Na Constituição de 1967, temos no capítulo que dispõe sobre a ordem econômica, a seguinte norma:

> "Art. 158 — A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social;
>
> .....
>
> XXI — greve, salvo o disposto no art. 157, § 7o."

À diferença da Constituição de 1946, a de 1967 guindou ao nível constitucional não só a garantia do direito de greve como também as exceções, isto é, as áreas em que não se admitiria a greve: serviços de interesse público e de segurança nacional. Ora, estas mesmas áreas eram vedadas no regime de 1946, através de lei ordinária (Decreto-lei n. 9.070, de 15.3.1946, art. 3o.). Só esta disposição (. . . Salvo. . .) já denuncia a implantação de um regime mais severo de controle da greve, e isto precisamente quando o modelo econômico se voltava para um capitalismo financeiro industrial a todo vapor.

Finalmente, a reforma da Constituição em 1969, manteve a mesma redação da Constituição de 1967 (art. 165, XX).

As normas transcritas acima figuram como linhas programáticas

(5) Nelson Werneck Sodré, **Formação Histórica do Brasil**, 8a. ed., São Paulo, Brasiliense, 1973.

inseridas na disciplina da Ordem Econômica, ao mesmo tempo em que se disciplina o capital particular e a intervenção estatal no domínio econômico. A perspectiva é nitidamente classista, porque a greve é direito do trabalhador e não do cidadão, ou estaria incluída no art. 153 que define os direitos e liberdades individuais.

8. O tratamento da greve como direito garantido ao trabalhador opõe-se totalmente à sua disciplina até a Constituição de 1967.

De fato, as Constituições do Brasil de 1824 e 1891 não se preocuparam com o assunto. A Constituição Imperial apareceu numa sociedade ainda sujeita a um sistema econômico ligado à agricultura. A primeira Constituição da República também não diferia muito, nesse aspecto, já que sabidamente a grande força da economia brasileira era o café, e a questão escravista havia sido resolvida há apenas três anos, não se fazendo sentir, até então, a presença de uma classe trabalhadora definitivamente urbana.

O problema passa a se complicar com as transformações da economia nacional. A Revolução de 1930 vem exatamente num período de início da urbanização e industrialização, até mesmo com o objetivo (ou resultado inconsciente?) de promovê-las.

É muito sintomático que a Constituição de 1934, por exemplo, tenha já um título (**Título IV**) dedicado às normas programáticas da ordem econômica e social. O art. 121 desta Carta enumera as garantias do trabalhador, mas também sintomaticamente exclui delas o direito de greve. Aliás, a greve não é mencionada na Constituição.

Já a Constituição de 1937 vai retomar o assunto da ordem econômica e social. Como a de 1934 ela reitera as garantias do trabalhador. Contrariamente àquela, porém, menciona, explicitamente, a greve, só que taxando-a de ilegítima, praticamente proscrevendo-a. É o que se lê no art. 139:

> "A greve e o **lock-out** são declarados recursos antisociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional."

O Estado Novo colocava-se assim de pleno acordo com os interesses das classes patronais, desenvolvendo o capitalismo brasileiro de modo escancaradamente paternalista. Em troca, subordinava as regalias concedidas à livre empresa a uma intervenção mais ou menos ampla do domínio econômico.

Esta característica só foi exacerbada, não criada pelo Estado Novo. Cumpre lembrar aqui que a História Econômica do Brasil se prende à iniciativa privada sempre amparada, estimulada e dirigida pelo Estado.

A tradição se inicia com o sistema de capitanias hereditárias, semelhantes a autarquias monárquicas. Isto posto, obedecendo o Estado ocidental a uma aliança com os interesses capitalistas desde o seu nascedouro (6), não é surpresa que o Estado Novo, optando pela chamada "via prussiana" para o desenvolvimento, tenha se colocado como o estimulador da capitalização, apesar da classe trabalhadora.

9. Subordinando a disciplina da greve à lei, a Constituição de 69 abriu uma certa flexibilidade ao legislador. Em 1964, havia já surgido a Lei n. 4.330 que dispunha sobre as condições para o exercício do direito de greve. Por aquela lei a greve se transformava em um último recurso sujeito à aprovação de assembléias de classe, com determinação de todo um procedimento preliminar. Sujeitava-se a legitimação da greve ao formalismo do próprio sistema jurídico. As atitudes que implicassem em greve sem as formalidades de lei seriam até consideradas crime (art. - 29).

Em 1978, entretanto, o País atravessou um período de certa comoção e foi surpreendido com o Decreto-lei n. 1632, em que se discriminavam os campos em que seria absolutamente proibida a greve. O decreto-lei, mais surpreendentemente ainda, fundava-se no art. 55, I, da Constituição, isto é, passava a tratar a greve como assunto de segurança nacional (7). Mais do que isso, o decreto-lei concedeu um grau muito grande de discricionariedade ao Presidente da República ao outorgar-lhe capacidade para definir por, simples decreto, outras atividades em que a greve seria proibida. A restrição ao princípio constitucional foi generalizadamente tida como excessiva.

Ao lado destas disposições está ainda o art. 201 do Código Penal tipificando como crime a paralisação do trabalho de interesse coletivo.

10. O anteprojeto proposto à Nação consolida os dispositivos atualmente em vigor. A deflagração da greve continua presa a limites formais que visam assegurar a representatividade da decisão da assembléia sindical ou dos trabalhadores. Assim, o inciso IV do art. 620 na redação proposta pela Comissão Interministerial classifica de ilegal a greve deflagrada sem a observância dos requisitos e prazos estabelecidos pela própria lei. Ora, parece, no entanto, que uma greve assim chamada ilegal poderá ser legítima segundo a própria lei; já que o art. 608 diz textualmente ser legítima a greve que tenha o objetivo de "obter

(6) M. Weber, ob. cit., p. 1054.

(7) Isto significaria que o Estado via-se ameaçado pelas greves que começavam a proliferar no País, mais especialmente em São Paulo.

melhores condições ambientais e contratuais de trabalho, de exigir o cumprimento da legislação em vigor ou de fazer respeitar os efeitos de acordos coletivos e decisões judiciais".

Vê-se nitidamente o potencial conflito entre reivindicações legítimas e procedimentos meramente formais, instrumentais. Neste ponto convém aperfeiçoar a disciplina proposta.

Merece aplausos a disposição que permite ao Presidente da República tirar o caráter de essencialidade de qualquer das atividades classificadas no art. 609, § 1o. Mas é repreensível o mesmo dispositivo (art. 609, § 2o.) quando autoriza a inclusão de outras atividades no campo daquelas essenciais. Qualquer restrição a direitos não deve ser decidida tão livremente por uma única autoridade do Executivo.

III. AS GREVES DO PERÍODO 1978-1979

11. Dos últimos anos para cá ocorrera no Brasil uma espécie de geral amortecimento dos movimentos operários. As razões de ordem política fogem ao escopo deste trabalho para merecerem enumeração. Basta repetir o que foi afirmado acima: o Estado brasileiro aliou-se abertamente aos interesses das classes possuidoras, na crença de um desenvolvimento acelerado da capitalização "nacional" (8).

O descompasso da legislação trabalhista com o acelerado processo de industrialização é flagrante. O texto fundamental continua sendo a Consolidação das Leis do Trabalho. O salário perdeu sua negociabilidade e passou a ser ditado pelo Executivo. As "conquistas" trabalhistas do período 1964-1969 não foram conquistas efetivas: foram concessões do Estado paternal, e o que tinham de qualitativa e potencialmente aproveitável foi drasticamente feito inexpressivo pela quantitatividade reduzida.

Em síntese, parecia desarticulada a força dos empregados, desintegrada na impessoalidade de um sistema que tirara dos patrões qualquer responsabilidade pelas condições gerais do trabalho. O Estado

(8) A constatação do fato é clara quanto se faz um levantamento da legislação tributária. Não só a legislação tributária a nível de lei ordinária (ou complementar), como o Código Tributário Nacional, mas os princípios constitucionais que regem os tributos, sofreram em geral modificação, e o resultado foi a centralização da administração tributária — nas mãos do Governo Federal — e um incrível aumento da discricionaridade do Executivo (Presidente da República, Ministros de Estado) quanto às decisões de política fiscal. Todas estas medidas favoreceram o capital: o volume de mecanismos fiscais, incentivos e mudanças legais é tão grande que os advogados da área fiscal sentem-se pelo menos desorientados. De qualquer forma o investimento privado foi dirigido pelo Estado, mas com suculentos frutos para a livre iniciativa.

burocrático e racional, tão caracterizado por Weber, passou a ser distante — aparentemente pelo menos — dos dois pólos e erigiu-se em árbitro das contendas entre capital e trabalho. O interesse superior do Estado, sendo a criação da riqueza nacional e não o bem-estar do povo, atendeu muito mais ao interesse do empresariado, ou seja, o interesse do Estado burocrático passou a ser seu próprio interesse, sua própria sobrevivência — interna e externamente — e dissociou-se das aspirações de vastos setores da sociedade civil: entre elas a classe operária.

12. A primeira greve a denunciar uma nova ordem de coisas nas relações de trabalho foi a da categoria dos metalúrgicos em São Paulo, já em 1978. O movimento cresceu e nova paralisação ocorreu em 1979. A manifestação dos operários cresceu dentro das rígidas disposições da Lei n. 4.330 e obteve do governo federal uma atitude tolerante.

De uma perspectiva weberiana foram detectáveis no episódio alguns traços típicos de uma **situação de classe** que resultou numa **ação comunitária**. A começar pelo caráter restrito que o movimento teve.

Na realidade, a movimentação surgiu num ponto específico do território, que foi São Bernardo do Campo. Lá está instalado o maior centro industrial do País, e as indústrias da região contam com uma certa sofisticação tecnológica. Desta forma muitos dos metalúrgicos da região têm uma formação profissional já muitas vezes qualificada. Este ponto é mais ou menos comum às várias indústrias da região, inclusive, e talvez principalmente, entre as montadoras de veículos automotores. As diversas indústrias têm, portanto, algo em comum, isto é, a necessidade de mão-de-obra qualificada. A mão-de-obra disponível na região, por sua vez, adquire uma certa imobilidade exatamente devido a isso: sua rotatividade fica condicionada às empresas do setor e da região.

Some-se a isso a função global que a indústria automobilística e produtora de eletrodomésticos em geral exerce no quadro da economia nacional. Este setor industrial foi a verdadeira locomotiva do recente processo de industrialização do Brasil. Em torno a este núcleo industrial, e em função dele, desenvolveram-se diversos e importantes setores, tais como a siderurgia e a petroquímica. Dispensando mencionar o que o transporte rodoviário significou para toda economia nacional.

Progressivamente também foram sendo questionadas as bases em que o espantoso desenvolvimento industrial representava em bem-estar geral. A constatação foi a de que havia algo errado com o salário do trabalhador. Em outros termos, o financiamento da produção nacional foi

feito com uma parte da renda nacional provavelmente retida dos salários da classe operária (9).

Ocorreram aí exatamente os pressupostos weberianos da situação de classe: uma distinção nítida da posição dos grupos no mercado, com interesses econômicos não só distintos e polarizados, mas — dentro das duas classes opostas — de um interesse economicamente unívoco. Os trabalhadores, pelas condições mencionadas anteriormente, tinham algo que os compelia a agir em conjunto.

Importante também o crescimento do grau de consciência coletiva despertada. Além do interesse econômico definível, a especialização a que se submeteram os metalúrgicos de São Bernardo deu-lhes um peso específico maior na barganha de suas reivindicações. A dispensa em massa de operários desta espécie não podia ocorrer simplesmente porque não haveria como substituí-los rápida e integralmente. O prejuízo das fábricas seria, portanto, muito mais suportável no caso de greve do que no caso de dispensa. Assim, a ação coletiva estava viabilizada e a consciência desta possibilidade, muito aguda. Sem dúvida a própria elevação do nível cultural do trabalhador levou a isto. Mas o fundamental mesmo foi a transformação da classe em comunitariamente ativa (10) no sentido de desenvolver uma ação mentada com determinado sentido.

13. Aqui se percebe como a ação homogênea, concentrada e consciente de um determinado grupo é capaz de criar aquilo que Weber chama de relação de poder. Entendido poder como a capacidade de impor a própria vontade e contra qualquer fundamento (11). No caso, por exemplo, os metalúrgicos tiveram contra si até mesmo o aparelho estatal. No curso das negociações do início de 1979 os sindicatos patronal e obreiro tornaram-se inflexíveis e criaram uma situação de impasse. O Estado interveio elegendo-se em mediador das negociações por meio do Ministro do Trabalho. Os metalúrgicos mantiveram suas propostas e sua paralisação. Resultado: foi decretada a intervenção no sindicato e os líderes da greve perderam seus cargos de dirigentes sindicais.

Qual a reação dos trabalhadores ao decreto? Mantiveram-se ostensivamente contra as ordens do aparelho estatal, supostamente fonte

---

(9) Em termos de renda social veja-se, por exemplo, o que pode significar a defasagem entre os índices oficiais de reajuste salarial fixado para agosto de 1979 e do custo de vida acumulado no período agosto 1978/agosto de 1979, conforme reportagem na **Folha de S. Paulo**. de 22.8.79 (p. 18).

(10) M. Weber, ob. cit., p. 685.

(11) M. Weber, ob. cit., p. 43.

formal da legitimidade e sem dúvida o dominante na relação de dominação burocrática. Agiram de modo a negar a autoridade do Ministro e apoiaram seus líderes de fato. Só voltaram às atividades a pedido desses mesmos líderes e uma vez obtido um acordo de que a intervenção sindical cessaria.

Nitidamente o caso foi de uma confrontação de poderes, na medida em que até certo ponto os operários impuseram condições e acuaram mesmo a classe patronal. De novo o Estado veio aplicar a sanção não para decidir o impasse a favor do operário, senão contra ele, alegando diversas razões, inclusive o interesse nacional. Assim é muito mais do interesse nacional preservar a empresa — apesar de todas as suas distorções — do que dar prioridade ao interesse do homem trabalhador. É a constatação de que o interesse do Estado não se confunde com o interesse social: o interesse do sistema é preservar-se. De qualquer forma, os metalúrgicos criaram uma situação de confrontação de poderes.

14. Outro movimento que se esboçou em 1979 foi o dos funcionários públicos do Estado de São Paulo. Já aqui ocorreram algumas diferenças fundamentais com relação ao movimento dos metalúrgicos.

Em primeiro lugar prejudicou o movimento a amplitude quanto aos seus componentes. A classe funcionários públicos, de um ponto de vista sociológico como o de Weber, não existe como classe. Seus interesses são muito diversificados porque, do ponto de vista do mercado, ela engloba muitas "fatias" de poder econômico distinto. Em síntese, os funcionários públicos têm em comum o fato de estarem empregados pelo Estado. Fora isso suas similitudes são mínimas.

Por exemplo quanto ao campo profissional. Os funcionários públicos não são apenas os funcionários burocráticos, escriturários e escreventes. Entre os servidores da administração direta estão engenheiros, advogados, médicos. Aí também se inclui larga faixa do magistério, esta já dividida em primário, secundário, universitário e nos mais variados ramos: humanidades, ciências exatas, etc...

Uma segunda diferença está no próprio campo salarial. O funcionalismo público envolve uma variada série de níveis salariais. Provavelmente o grosso do funcionalismo seja formado por trabalhadores mal remunerados, com níveis quase mínimos de vencimentos (12). Mas ao lado destes pequenos funcionários há, sem dúvida, aqueles mais bem remunerados. Naturalmente as posições econômicas deixando de ser unívocas, a coesão de um "interesse de classe" fica muito comprometida.

(12) A afirmação é feita com base mais na observação pessoal, do que em dados estatísticos exatos. Sua aproximação com a realidade, porém, parece bem visível.

Sob este aspecto temos ainda a questão da hierarquia. No Estado burocrático os cargos são dispostos de forma escalar-piramidal e derivam seus poderes do mais alto posto: daí o sistema da "delegação" de competência, ou seja, os subordinados recebem dos superiores não só o cargo (nomeação) como as funções (competência) (13). Assim, os funcionários encontram-se distribuídos em diferentes escalas hierárquicas. A manutenção de muitos cargos hierarquicamente superiores depende muitas vezes do comportamento do seu ocupante em relação aos centros de poder. Os cargos de confiança estão nesta categoria. Além disso o cargo superior hierarquicamente impõe maiores responsabilidades do ocupante para com o próprio sistema, no caso o cumprimento das leis e regulamentos, sem questioná-lo. Ora, o cargo de confiança ou chefia significa também uma remuneração maior, de maneira que um movimento de reivindicação salarial atinge distintamente as várias camadas dos funcionários. A fidelidade da classe "comissionados" ou "chefes" para com o sistema é muito maior do que a do servidor subalterno. Ocorre já aí uma divisão de interesses.

15. Estas breves considerações indicam que os funcionários públicos não podem compor uma categoria única. De fato, eles só têm em comum, praticamente, a prestação de serviços ao Estado.

Na linguagem weberiana talvez o mais acertado fosse falar em divisões estamentais entre os funcionários. O termo, porém, só é acertado em parte. Não há dúvida de que há estamentos entre eles, formando mesmo uma classe de notáveis: assim os chefes de repartição, os servidores de alguns setores de relevância política ou de expressão na comunidade (universidades, escolas, hospitais etc.). Mas, há também as diferenças nos níveis de instrução tornando muito diverso o nível de consciência social dos distintos níveis. De qualquer forma estas distinções estão mais ou menos distribuídas no seguinte sentido: os cargos superiores gozam de um prestígio maior, recebem maior remuneração e são ocupados por pessoas de maior nível de instrução; cargos inferiores gozam de pequeno ou nenhum prestígio, têm uma remuneração menor — ínfima às vezes — e são ocupados pelos instruídos em termos de escola convencional. Ressalto aqui a irrelevância ou quase isso — do nível de instrução escolar para a aquisição de consciência política de uma posição no mundo. Mas vale a pena lembrar que entre os funcionários públicos desenvolve-se uma certa crença na inexorabilidade e inelutabilidade do sistema que os faz abster-se de muitas ações. A própria

(13) A escolha da palavra grega (Hierarkhia) é sintomático do caráter sagrado atribuído à disciplina e à ordem burocrática.

formação da burocracia depende disso, na medida em que o seu maior objetivo seja a eliminação de desarranjos (desilusões?) no funcionamento do sistema.

A existência de uma organização estamental dos funcionários públicos impede aquela univocidade do interesse econômico tão importante na Sociologia Compreensiva de Weber para a definição de uma classe. Basta atentar para o fato de que só algumas categorias de funcionários entraram efetivamente em greve: os professores e os médicos, mais especificamente.

16. Finalmente, vale lembrar aqui a razão de ser da greve e o porquê de sua aparente ineficácia quando aplicada contra o Estado.

Como dito no início deste trabalho, a greve é uma atitude de força e como tal uma confrontação de poder, isto é, um processo de imposição da própria vontade contra a de outrem. No setor privado os trabalhadores valem-se de uma situação própria: sua paralisação afeta diretamente os lucros do empregador (patrão) e, num regime de concorrência, só em uma pequena parcela o mercado consumidor, quer dizer, a comunidade em geral. Desta forma, a força do movimento está na capacidade de resistência do empregador: no caso de reivindicação salarial, v.g., feitos os cálculos, pode ficar muito mais barato o patrão conceder o que lhe é pedido do que suportar o prejuízo. A questão se coloca, pois, no ponto mesmo que leva o empresário a agir: o lucro.

O Estado, porém, não visa lucro. Existe para prestar serviços e serviços que sejam meios de realização dos objetivos dos seus súditos, não de si mesmo. Desta forma a paralização dos funcionários não pode - de imediato — afetar o que o Estado não tem. Os primeiros malefícios de uma greve são sentidos pela comunidade, não pela parte confrontada, o Estado empregador. A questão fica mais delicada se há um colapso no sistema arrecadador do fisco, por exemplo, já que a sobrevivência do próprio sistema se vê ameaçada. Mas da maneira como o Estado se comporta hoje em dia — onipresente e onisciente — o colapso da máquina estatal levaria a estrutura social a uma situação quase caótica. O instrumento de pressão "greve" não tem a necessária eficácia contra o Estado exatamente por isso, visto que a capacidade de sobrevivência e resistência do aparelho estatal (sabiamente despersonalizado, multiforme, disseminado com ubiqüidade) é enormemente superior à de seus confrontantes. O desgaste não lhe vem só através de uma greve, mas também através de greves.

IV. CONCLUINDO: A GREVE É INOVADORA NO SISTEMA SÓCIO-JURÍDICO?

17. A greve é, a meu ver, uma daquelas manifestações de violência amparadas pela lei porque falta ao sistema jurídico meio mais eficaz de tutelar os direitos ameaçados. Nesta categoria incluem-se, como mencionei antes, a legítima defesa, a proteção possessória pelas próprias mãos etc. O que observamos é que houve uma tomada de consciência geral (**opinio juris vel necessitatis**) resultando na elevação da greve a **status** de um recurso válido para a defesa dos legítimos interesses dos trabalhadores.

Estas considerações são válidas quando há a tentativa de disciplinar a greve. Mas o que de fato ocorre é que a greve é um fenômeno social, de cunho sancionatório tanto quanto a punição dada a um funcionário por descumprimento de um dever. A greve é fato: haja ou não disciplina, ela ocorre. Seja ou não formalizada, ela é um estado de coisas. Em suma, a greve como ação social é sempre possível quando um grupo dá ordem a uma associação que comunitariamente se recusa a obedecer. É finalmente um fenômeno nascido da confrontação de poderes, de tal modo que o Direito não pode dar-se ao luxo de ignorá-lo.

Se a greve é um fato relevante, o Direito pode encará-lo de várias maneiras. Ou a greve é banida como algo indesejável ou é aceita. Há no caso uma questão de eleição de valores: o trabalhador pode exigir determinadas coisas e pressionar o patrão para obtê-las? A evolução legislativa diz-nos que sim. Provavelmente levados pela inelutabilidade dos fatos, os legisladores concederam legitimação à greve. A idéia de concessão é tanto maior quanto menor a repressão aos movimentos grevistas tenha sido; quanto maior a repressão aos movimentos, tanto maior a qualidade de conquista do direito de greve.

Mas a institucionalização da greve equivale, afinal de contas, a uma limitação do campo de legitimidade. Vale dizer que os movimentos que não se enquadrem na moldura da instituição (no caso do Brasil, a Lei n. 4.330) submetem-se a um tratamento de repressão. Mas, de qualquer forma, sua presença é reconhecida, sendo tratada como legítima ou não.

18. Ocorre, portanto, que a greve passa a ser uma variável a mais dentro do sistema jurídico com a qual se conta e, conseqüentemente, cercada de mecanismos de controle.

Estes mecanismos de controle servem de parte a parte: Estado,

patrões e operários. São colocadas determinadas premissas básicas dentro das quais serão realizadas as disputas.

Nisso tudo, porém, a greve perde seu caráter inovador. Em primeiro lugar ela parte de uma premissa básica que é a distinção empregador e operário: em outras palavras, há um reconhecimento das desigualdades das situações, sem a perspectiva de uma solução distinta ou avanço das respectivas posições. Significa isto que a greve como conflito é previsível na medida em que a situação classista persistir.

Essa mesma colocação restringe por sua vez as reivindicações dos operários. Dentro daquelas balizas preestabelecidas há uma definição de interesses legítimos e ilegítimos protegidos ou penalizáveis, estreitando-se mais o campo de inovação do que o de ação das classes trabalhadoras.

Finalmente o operário não vê na greve sua participação no sistema como um todo: de produção e consumo de riqueza produzida em massa para consumo em massa, em que o trabalho e o homem merecem o mesmo tratamento remuneratório que o capital ou qualquer fator produtivo. A greve, tal qual se manifesta hoje em dia, não é apenas uma ocorrência controlável pelo sistema social, senão também uma conseqüência deste. Na medida em que os valores éticos do trabalhador tornam-se tão produtivistas e "remuneratistas" quanto os do capital, a greve perde o seu tom inovador, sua força criativa para tornar-se apenas o reverso da medalha numa sociedade produtivista composta de patrões e empregados.

(*) Transcrito da Revista de Informação Legislativa de Brasília, a. 16 - n. 64, ps. 221/234, out./dez. 1979.

2 — JURISPRUDÊNCIA E DECISÕES