

Revista Jurídica

volume 5 - março de 1987

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER:

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR:

Prof. Eduardo José Pereira Coelho

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS:

Prof. Paulo de Tarso Barbosa Duarte

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS:

Prof. Antonio José de Pinho

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO:

Prof. Álvaro César Iglésias

REVISTA JURÍDICA

CONSELHO EDITORIAL

Presidente: Fernando de Almeida Prado

Marino Emílio Falcão Lopes

Roberto Telles Sampaio

Feliciano Roberto da Silva

Nahim Pedro Kachan

Francisco Isolino de Siqueira

Roberto Mário Rodrigues Martins

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 — Tel. 2-7001 — Caixa Postal 317
CEP 13100 — Campinas, SP

Revista Jurídica

volume 5 - março de 1987

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

SUMÁRIO

Artigos

Mensagem aos Bacharelados de 1986	
Dom Agnelo Rossi	5— 6
Ética no Ensino Jurídico	
Álvaro César Iglésias	7— 15
O Erro no Direito Penal	
José Eduardo Diniz Rosa	16—47
Perfil Constitucional do Tributo e a Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório	
José Antonio Minatel	48—88
Infrações e Sanções Tributárias	
Brásílio Penteado de Castro Júnior	89—98
A Emergente Questão Tributária	
Francisco Isolino Siqueira	99—100
A Proteção Jurídica ao "Software"	
Adelmo Emerenciano	101—106
Alguns Pontos de Discussão sobre a Questão da Reforma Agrária: o caso do Brasil	
Sônia Helena Novaes Guimarães Moraes	107—138
Resenhas	139—171

Noticiário

Formandos de 1986	172—173
Professores da Faculdade de Direito da PUCCAMP	174—175

DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO*

Álvaro César Iglésias

Permitam-me, inicialmente, recordar alguns conceitos gerais e estabelecer meu posicionamento pessoal quanto a certas questões, a fim de evitar equívocos, alcançar bom nível de objetividade e, também, obter melhor definição teórica de alguns limites a que vou me cingir no tratamento do tema desta aula. Outros limites, mais estritos ainda, serão estabelecidos adiante.

I

1. Começemos pelo próprio conceito de Ética. Trata-se, todos o sabemos, da ciência filosófica que cuida da **conduta**, tendo em vista os seus **fins** e os **meios** de os atingir. Para REALE, é a "teoria normativa da ação".¹ A ação humana que se subordina a um fim e se desenvolve segundo uma pauta ou medida — é o que se chama **conduta**; a pauta, ou medida, é a **norma**.

Portanto, o agir propriamente humano caracteriza-se pela eleição de fins — que são **valores**, motivos do agir — e pela seleção de meios. O impulso para a ação vem da vontade, mas é a inteligência que elege os fins e seleciona os meios; para fazê-lo, pode a inteligência valer-se da experiência alheia, que lhe é transmitida (ensinada), no processo de **educação**. Não é coincidência serem cognatos os termos "educação" [de educatione (m) < e-ducare / e-ducere] e "conduta" [de conduta(m) < conducere].

2. A ética se ocupa do valor do **bem**. É sabido que se discute muito o que é o bem; especialmente, discute-se se o bem determina o desejo (ou a volição), ou se, ao contrário, é o desejo (ou a volição) que faz, de seu objeto, um bem. Essa polêmica, que reflete, no domínio ético, as disputas entre subjetivistas e objetivistas axiológicos, é o que leva ABBAGNANO a distinguir entre ética do fim e ética do móvel (ou da motivação)². Particularmente, fico com a posição de HESSEN, que considera o bem moral entre os valores espirituais;³ e, porque lhe reconheço

(*) Aula proferida em a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora aos 28.05.87.

uma universalidade (referível, no mínimo, à do próprio espírito humano), também não posso deixar de admitir sua objetividade, irreduzível à valoração subjetiva.

De qualquer modo, o homem sempre busca o bem — o que, geralmente, significa buscar a felicidade. E, por ser o homem um animal político, essa busca se dá tanto no plano individual, como no social. Os dois planos são entrelaçados, complementares e interdependentes; do primeiro, especialmente, cuida a **moral**; do segundo, o **direito**.

O bem, no plano social, chama-se **justiça** e é o valor que o direito visa realizar. Mas o bem social não se pode realizar, se não permitir que se realize o bem do indivíduo; de outro lado, a realização do bem de um indivíduo não pode impedir a dos demais. São exigências que tornam difícil a prática da justiça; não é à toa que ARISTÓTELES a considera a maior de todas as virtudes éticas.⁴

3. Até onde pode ir o indivíduo na busca de seu bem, sem prejudicar os demais? As respostas possíveis constituem o cerne das mais importantes discussões político-ideológicas. REALE discrimina três posições, nesse equacionamento de liberdade e igualdade: individualismo, coletivismo e personalismo.⁵ Na primeira, prevalece a crença de que o bem social deriva do equilíbrio automático de egoísmos, resultante da livre busca do bem individual, não perturbada pela interferência do Estado; já na segunda, descarta-se a possibilidade daquele equilíbrio automático, e defende-se a diminuição acentuada da liberdade do indivíduo, na suposição de que a sua felicidade somente será possível se o bem coletivo puder ser assegurado com absoluta prioridade, sem quaisquer restrições.

Entendo que as lições da História, inclusive as da História mais recente, tornam inevitável a opção pela terceira das posições, a personalista. De acordo com ela, o Estado tem que defender o interesse coletivo, contra os abusos da ambição individual, mas deve respeitar limites invioláveis: a interferência do Estado não pode restringir a liberdade individual a ponto de torná-la incompatível com a dignidade da pessoa humana. E, aliás, toda a sua interferência justifica-se na medida em que assegure as condições básicas dessa dignidade, traduzíveis na oportunidade generalizada de acesso aos bens fundamentais e de exercício dos direitos inalienáveis da pessoa humana.

Indiscutivelmente, é como **pessoa** que o homem se realiza, alcançando a consciência de suas possibilidades, na fruição responsável de sua liberdade. Por isso, o personalismo parece-me o justo meio termo entre a satisfação do bem comum e a do individual. E essa concepção política deve traduzir-se na correspondente estrutura jurídica.

Feitas estas considerações preliminares, vamos ao tema de nossa reflexão de hoje, dentro do qual pretendo expor uma tese bastante simples, mas nem por isso irrelevante.

II

1. **Ars boni et aequi.** É desse modo que CELSO, o jurista romano, define o direito: a arte do bom e do justo. Começemos por aí nossa reflexão sobre o tema desta manhã.

De fato, é sempre bom lembrar que o direito não é apenas ciência; e que nem sequer é principalmente ciência. O direito é uma arte, ou seja, algo que permite bem produzir uma obra. E qual é a obra que o direito pretende produzir? Obviamente, a resposta é: a convivência social pacífica — pacífica, boa e justa, como haveria de acrescentar CELSO.

Sempre que nos assaltem dúvidas sobre nossa vocação, basta meditar nessa maravilhosa construção do gênio da humanidade, que é o direito... e num instante as dúvidas se esvaem. É o direito, afinal, que permite ao homem a plena realização de sua natureza social; que permite a articulação de milhões de indivíduos em comunidades funcionais, sem lhes retirar a possibilidade de realização pessoal. É, enfim, o poderoso instrumento dessa sutil engenharia, que não se faz de matéria apenas, mas sobretudo de espíritos. Obra das obras, possibilidade de todas as outras possibilidades humanas, a sociedade é impensável sem o direito; é um tecido de trama normativa, único ambiente em que se pode concretizar o mistério da liberdade humana: o paradoxo de somente se poder ser livre à custa de submeter-se à lei.

2. Segundo WINDELBAND, a liberdade é a determinação da consciência empírica pela consciência normativa.⁶ Ou seja, ao enfrentar uma dada situação, que envolve outros indivíduos, o homem adota, em lugar da ação espontânea, correspondente ao seu interesse imediato, individual, uma conduta padronizada, regulada, e assim respeita as possibilidades dos demais. Mas, Deus sabe como é difícil atingir essa consciência normativa! A plena compreensão de que a obediência às leis, que pode significar sacrifícios, é também a garantia única contra a força — essa compreensão é o que faz a diferença entre os povos civilizados e os demais.

É por isso que, lamentavelmente, é forçoso reconhecer que nós, brasileiros, não somos, ainda, uma nação civilizada. Temos alguns gestos, algumas expressões, algum verniz de civilização, mas nos falta o essencial: a consciência normativa.

Neste País, a lei nasce para ser religiosamente descumprida. O homem comum, do povo, sente-se esperto porque "dá um jeitinho" e a dribla. A autoridade, que a deveria respeitar, é a primeira a ignorá-la; ou pior, usa-a quando e como lhe convém, adulterando sua inviolabilidade, para transformá-la em instrumento de chantagem. Ou seja, a lei é acionada "seletivamente", jamais contra os "amigos do rei".

O resultado aí está: crises e mais crises, permanente instabilidade social, injustiças gritantes, miséria, corrupção, descrédito das autoridades, violência nas mais variadas formas, crescente degradação social e moral. Tudo isso, é claro, escondido por detrás de uma aparência, meramente retórica, de normalidade institucional.

3. Já se disse inúmeras vezes, mas nunca é demais repetir, que a grande crise, a que está na base de todas as outras, é a crise moral, aquela mais terrível, porque afeta o próprio cimento da sociabilidade, que é a confiança do homem no homem. Ninguém confia em ninguém: de maneira geral, o nosso homem público goza da pior das reputações: para o povo, ele não passa de um aproveitador, que usa a coisa pública como se fora sua, particular. Quem ocupa função de mando no Executivo é freqüentemente associado a todo o tipo de vícios: nepotismo, corrupção, perseguição política, etc. Quem está no Legislativo não fica para trás: acusam-no de tráfico de influência, oportunismo, afilhadagem, corrupção, etc.

Mas, sem dúvida, o mais grave é o que ocorre no Judiciário. Há muito tempo que, paralisada por um sistema cartorário medieval, mergulhada de forma maníaca em um universo de fórmulas e praxes rançosas, desfalcada de recursos materiais e humanos, a nossa Justiça se alienou na realidade e, de modo exasperante, recusa-se a cumprir a função fundamental que lhe cabe na sociedade. As formas processuais, criadas na intenção de acautelar interesses legítimos, são impunemente utilizadas a benefício dos desonestos. Os conflitos não se solucionam: arrastam-se interminavelmente, levando as partes ao desespero. De forma debochada, o malandro lança o desafio indecente a seu credor de uma obrigação qualquer: não está satisfeito? vá à Justiça!

É verdade que não se costuma pôr em dúvida a probidade do juiz; mais comum é falar mal de advogados. Mesmo assim, a imagem que se faz do juiz é a de alguém inerte diante da ineficiência da própria estrutura institucional que integra. É comum vê-lo aferrar-se à forma da lei e desaparecer-se de seu espírito, produzindo sentenças corretas mas nem sempre equidosas.

A Polícia Civil, instituição submetida ao Executivo, mas que talvez devesse pertencer ao Judiciário, também não goza da confiança da

população. E a alma satírica do povo já expressou essa desconfiança, ao cunhar expressões como: "Socorro! Chamem os bandidos!"

4. Afinal, o que está havendo? Terão sido essas instituições tomadas de assalto por homens maus, determinados a infernizar o povo? Não, evidentemente, não! Pelo contrário, nelas militam homens e mulheres que estão entre os melhores que nossa sociedade pode formar. Tomemos por exemplo a Magistratura, que recolhe, em seus exigentes concursos, a nata de nossos cursos de Direito; gente estudiosa, séria e disposta a uma vida de sacrifícios, que inclui um comportamento pessoal irrepreensível, modelar.

Mas, então, por que o descrédito dessas instituições? Evidentemente, elas não estão acompanhando o processo de acelerada mudança por que passa nossa sociedade.

5. Também já se disse muitas vezes, e também vale a pena repetir, que, entre seus males, toda crise apresenta pelo menos a vantagem de nos forçar à busca de uma solução. Mas, como enfrentar a crise moral, que avassala essas instituições? E como pô-las em condições de acompanhar, dele participando ativamente, o processo de mudança social?

Nossa primeira reação é o desânimo: são tantas as mazelas, que aparentemente não há solução para o problema. Não que não haja uma resposta simples; ela até que existe: bastaria que todos nós, brasileiros, assumíssemos a consciência normativa e passássemos a cumprir nossas obrigações. (Nesse sentido, aliás, é bem conhecida a proposta de se substituir todo o conjunto de leis do País por uma Constituição singela, de apenas dois artigos...). O difícil, evidentemente, é pôr isso em prática.

Porém, é bom ter em mente duas coisas. Primeiro: estamos falando da conduta do homem e, portanto, de algo que, já vimos, pode ser mudado, pode ser **educado**. Segundo: a maior das distâncias começa a ser vencida pelo primeiro passo.

É diante desse quadro difícil que se coloca a tese que lhes vim expor hoje.

III

1. Tradicionalmente, o Brasil é um país de bacharéis. Não obstante o sentido pejorativo com que às vezes se diga isso, o fato é que os bacharéis em Direito desempenharam sempre importantíssimo papel em nossa História e na construção de nossas instituições sociais e políticas (no

que elas têm de bom e de ruim, o que aumenta a nossa responsabilidade). Isso vale para o passado e vale para o presente.

Gostaria que pensassem no seguinte: entre os que ocupam cargo de mando no Executivo, há, sabidamente, um grande número de bacharéis. No Legislativo, o número de bacharéis é, proporcionalmente, maior ainda. E no Judiciário, então, nem se diga: todas as mais importantes funções, de mando e de controle, somente podem ser ocupadas por bacharéis em Direito: uma verdadeira reserva de mercado. Se todos esses bacharéis tivessem uma verdadeira consciência jurídica e respeito pelo direito, certamente as coisas estariam melhor do que estão hoje.

2. É claro que não dá para esperar que, de repente, todas essas pessoas passem a comportar-se, por força de um apelo ou por um passe de mágica, do modo como gostaríamos que fizessem. Por aí, creio, nenhuma esperança fará progressos.

Mas, o que teria acontecido se, nos bancos escolares da Faculdade de Direito, pelos quais todas elas passaram, tivessem sido obrigadas a desenvolver uma noção mais adequada do direito, uma verdadeira consciência jurídica? Não falo, é óbvio, de uma noção formal de direito; não falo do direito meramente correto, que pode ser utilizado como instrumento para a obtenção de proveitos e a satisfação de interesses, mesmo que moralmente condenáveis. Falo do direito que busca o bom e o justo: *ars boni et aequi*.

Certamente, já perceberam que advogo uma radical alteração no ensino jurídico. Não uma simples mudança de currículo, ou uma alteração metodológica, mas uma profunda mudança de enfoque. Algo que possa fazer de nosso bacharel não um despachante forense, um perito em tocar processos, um astuto descobridor de brechas legais, um hábil prestidigitador de expedientes processuais, um arquiteto de sutilezas silogísticas. Não, nada disso: apenas um cidadão habilitado a resolver conflitos e disposto a fazê-lo com justiça; e habilitado a construir o direito, propondo (e, quando legislador, votando) leis equânimes e socialmente necessárias, revogando as normas supérfluas, combatendo privilégios; e habilitado a fazer cumprir aquelas leis, com determinação e coragem. Aliás, vem a pêlo lembrar estas palavras de CALÓGERAS, o historiador: "Códigos e leis valem o que vale quem os põe em prática".⁷

3. O ensino do direito deve começar pelo estudo da justiça. Trata-se, pois, de um enfoque axiológico; mais precisamente, ético. O problema da justiça, vimos há pouco, envolve a questão do bem, sobretudo a questão do bem social. Mas não é apenas um estudo: não é tão somente conhecimento, questão gnosiológica. É, especialmente, ação, conduta, prática. Prática do bem, prática da justiça.

A vontade determina a conduta e a vontade é, também já vimos, orientada pela inteligência. É necessário, pois, que a inteligência saiba o que é, teoricamente, o justo. Que discuta o que se deve entender por "o seu de cada um" e como descobri-lo nas variáveis circunstâncias da realidade social. Mas é fundamental que se aprenda a **praticar** o justo.

ARISTÓTELES, esse grego genial, ensina-nos que, da mesma forma que as artes, também as virtudes morais devem ser exercitadas. De modo muito significativo, ele nos faz notar que a palavra "ethiké" (virtude moral) forma-se por pequena alteração de "éthos" (hábito).⁸ São considerações que fazem preferível dizer que o bem, a rigor, **não é**: o bem se faz.

4. Ensinar, teoricamente, o bem e a justiça, não é muito complicado. Há teorias extremamente bem elaboradas sobre a justiça e a equidade, que facilmente convencem nossa inteligência. Difícil, mesmo, é ensinar a prática da justiça. Como fazê-lo?

Não tenho uma receita pronta, mas tenho algumas sugestões, que podem ser sintetizadas nestes três aspectos ou, para usar termo da moda, nestas três **posturas**: a acadêmica, a pedagógica e a política.

IV

1. O que chamo de **postura acadêmica** refere-se ao tipo de comportamento que deve prevalecer na relação docente/discente. É fundamental que na prática do ensino haja o respeito fundado na honestidade. O empenho na pesquisa, no preparo das aulas, na escolha dos métodos didáticos, da parte do professor, tem que encontrar correspondência no esforço, na participação ativa e entusiástica e, também, na rejeição de procedimentos fraudulentos, da parte do aluno. É desnecessário enunciar todas as minúcias desta postura, desde que fixemos o princípio da honestidade, mais do que meramente intelectual, que deve garantir a mútua confiança entre os protagonistas do processo de ensino.

2. A **postura pedagógica** refere-se a uma abordagem crítica do objeto dos estudos. Falo da crítica filosófica, valorativa, essencialmente antropológica, que nos leve não apenas aos quês e aos porquês, mas também aos paraquês do que aprendemos. Sem isso, há pouca chance de entendermos o verdadeiro sentido do direito e do exercício da virtude da justiça, pois dificilmente reconheceremos o "seu de cada um", quando a lei má o esteja sonegando ou atribuindo a outrem. Aí, fazer crítica significa, sobretudo, colocar em permanente questionamento, em "crise", o

conhecimento assentado, para continuamente testar a sua validade nas cambiantes situações sociais.

Além disso, o saber produzido pelo estudo crítico tende a incorporar-se ao espírito, a bem dizer constituindo-o. Não é mera erudição, arquivo de conhecimentos, algo de certa forma "externo" ou pelo menos alheio à inteligência: é parte da inteligência, seu conteúdo, fator determinante da vontade de agir. É, pois, saber imediatamente traduzível em ação e que ao agente dá a necessária segurança, a coragem de agir.

3. Vamos, agora, à questão da **postura política**. Antes de mais nada, é bom resgatar o sentido mais puro do termo política. E para isso, relembremos aquela simbiose do grego com sua **polis**. (Simbiose, sim, pois a cidade-Estado era algo vivo.) O sentido que interessa fixar é exatamente o da responsabilidade política, que é uma corresponsabilidade social. A comunidade é algo de que dependemos, é o lugar onde vive a família, onde criamos nossos filhos e onde nos realizamos pessoal e profissionalmente.

Tudo o que fazemos para a comunidade, para nós mesmos estamos fazendo. A boa e a má obra dos cidadãos sempre e inexoravelmente se refletem como benefício ou prejuízo dos próprios cidadãos. O problema é que esse balanço, essa contabilidade, se faz pelo atacado, não pelo varejo; isso, na prática, quer dizer que o malefício que alguém cause à comunidade não recai diretamente sobre ele, mas sobre todos; da mesma forma, os benefícios prestados à comunidade não favorecem direta e exclusivamente o benfeitor, e sim a muitos que nada fizeram por merecê-los.

4. Na mesma linha de reflexão, devemos considerar que, num País como o nosso, com tanta miséria, aquele que consegue chegar à Universidade, obtém, sem dúvida, um benefício além de seus méritos, quaisquer que sejam estes. Por maiores que tenham sido seus sacrifícios pessoais, nunca poderá dizer que não dependeu de ninguém para chegar onde chegou. Dependeu, sim, e muito: no fundo, e por mais amarga que seja esta visão das coisas, sua vaga no curso superior existe à custa das privações de muitas outras pessoas de sua comunidade.

É, pois, indiscutível a responsabilidade social de quem aproveitou a oportunidade que a muito poucos a comunidade oferece. É preciso responder — daí o termo responsabilidade — a essa confiança; é preciso dar o retorno do investimento social.

No entanto, é claro que a responsabilidade social não pode e não deve ser entendida como o adimplemento de uma obrigação jurídica, que se resolve bem até mesmo com o pagamento feito de má vontade. A retribuição a que me refiro é muito mais uma obrigação moral do que jurídica: não há heteronomia para cobrá-la e não faz sentido cumpri-la a não ser de modo espontâneo, de boa vontade.

5. O que se disse é válido para todos os que se beneficiam de uma escolaridade a que não pode ter acesso a maioria da população: todos esses profissionais devem, com seu trabalho, efetivar uma retribuição à comunidade. Mas, em nosso caso, por razões históricas, entre outras, essa retribuição tem uma forma especial: o nosso trabalho não é curar pessoas, construir casas, pontes e estradas; é plasmar instituições, é organizar a sociedade, é permitir que as pessoas convivam de forma pacífica, com dignidade e progresso. O exercício profissional de todo o cidadão tem, necessariamente, uma dimensão política; mas nem todo o exercício profissional é, como o nosso, essencialmente político, porque se refere diretamente à organização e ao governo da sociedade.

Em outras palavras, é necessário que o estudante de Direito saiba, desde os bancos escolares, que a atuação profissional do bacharel tem, especialmente em nossa sociedade, enorme potencial transformador. Deve, por isso, preparar-se para atualizar de maneira adequada essa potencialidade. Para isso, é necessário muito saber, mas o saber só não basta: é preciso ter a coragem de agir, é preciso ter a coragem de ser justo.

NOTAS:

- (1) REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, SP, Saraiva, 9ª ed., 82, pág. 381.
- (2) ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, SP, Mestre Jou, 70, verbete "Ética".
- (3) HESSEN, Johannes, *Filosofia dos Valores*, Coimbra, A. Amado, 3ª ed., 67, pág. 110 e ss.
- (4) ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1.
- (5) REALE, Miguel, *op. cit.*, pág. 271 e ss.
- (6) WINDELBAND, Wilhelm, *Prelúdios Filosóficos*, apud REALE, Miguel, *op. cit.*, pág. 219.
- (7) CALÓGERAS, João Pandiá, *Problemas de Administração*, SP, Nacional, 2ª ed., 38, pág. 198.
- (8) ARISTÓTELES, *op. cit.*, I, 1.

MONOGRAFIA

O ERRO NO DIREITO PENAL

José Eduardo Diniz Rosa (aluno)

SUMÁRIO

I — Introdução	17
II — Conceito de Erro	22
III — Evolução Histórica do Problema do Erro	24
IV — Sistemática do Erro	32
V — O Erro no C.P. de 1940	35
VI — Sistemática Atual do C.P. sobre o Erro	38
VII — Conclusão	42
VIII — Jurisprudência	43
IX — Bibliografia	46

Prof. Dr. Feliciano Roberto da Silva — Orientador.

Revista Jurídica, Campinas, V. 5, março de 1987, p. 1 — 176

I – INTRODUÇÃO

1. Primeiramente, antes de adentrarmos no estudo do assunto proposto, impõe-se definir o conceito de crime e os elementos que o compõe.

“Definir, segundo o sentido etimológico, é delimitar. A definição lógica consiste de fato em circunscrever exatamente a compreensão de um objeto, ou, em outros termos em dizer o que uma coisa é”, consoante textua R. Jolivet, na sua obra “Curso de Filosofia” (p. 34, Ed. Rio, 1957).

2. Tomando-se por ponto de partida a concepção do crime natural que conceituou Garofalo, “in”, “Criminologia” como sendo “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”, (p. 18 e segts. Turim, 1981), em outras palavras, trata-se de uma lesão ao sentido moral da sociedade causando um fenômeno social, cuja medida Estatal se faz necessária para adaptação do indivíduo à sociedade. A idéia de crime pressupõe um juízo de valor desses mesmos sentimentos que seriam ofendidos pelo delito.

Henrique Ferri buscou também uma definição universal de crime, em sua obra “Sociologia Criminal”, conceituando: “são delitos as ações determinadas por motivos individuais e anti-sociais que alteram as condições de existência e ofendem a moralidade média de um povo em um determinado momento”.

Os conceitos, se revelam imperfeitos, na sua idéia diretriz da ofensa ao senso moral para caracterizar o crime. O interesse maior da sociedade cujo ato põe em perigo sua condição de vida, supera a violação de sentimentos ou de princípios éticos individuais ou de grupos sociais, para reconhecer que o crime só existe em função da ordem jurídica.

Todo crime é, de início, algo que ocorre no mundo natural e que recebe, em fase subsequente, os atributos valorativos estabelecidos pela norma, assim, sob o ponto de vista sociológico-jurídico, um ato que ameaça ou defende um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência da sociedade, e por isso protegido pelo Estado sob ameaça de uma sanção, é penalmente relevante.

Auscultável, nesse passo, a definição material de crime, do douto Anibal Bruno, como sendo “o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela Lei penal (“in”, “Direito Penal”, T. 1º p. 285, Ed. Forense, 1967).

O substrato físico, objetivo, do delito, é sempre um fato material, composto de dois elementos: a conduta humana consistente na exteriorização de um processo interno do sujeito, e do resultado, a ela unido por uma relação de causalidade.

Por outro lado, o crime sob o aspecto de transgressão de um dever, não o é do de fidelidade ao Estado, mas do de obediência a Lei, que preceitua a ação contrária ao bem jurídico, cuja a proteção cabe ao Estado.

Compreendendo, assim, um conjunto de feitos oriundos de certa manifestação de vontade, o fato que irá constituir o núcleo de infração possui duplo significado, em primeiro lugar, representa a mais alta unidade perante todos os fenômenos do Direito punitivo; mas, ao mesmo tempo, significa o afastamento de tudo aquilo que, de antemão não desperta interesse penal; em segundo lugar, é uma definição no sentido substantivo ao qual se acrescentam todas as demais características do delito como adjetivos, atributos e creditados que se incorporam à ação considerada como sujeito.

Conclui-se que o fato material, como dado naturalístico, preceito do crime, para cuja formação concorrem outros requisitos tais como a injuridicidade. O conceito de fato é imutável, o que se altera com o contato com a norma, é o aspecto particular de fato jurídico. O fato só vem a ter relevância para o Direito Penal, se for típico.

Já a teoria finalista de Hans Welzel, concebe, "a ação humana, não como um acontecimento puramente causal, mas finalístico." ("La Teoria de La Accion Finalista", p. 18, Buenos Aires, 1951). Conseqüentemente, a ação humana, deve designar a atividade finalística, donde não pode indicar um simples fenômeno causal, mas um acontecimento ou suceder "final", endereçado a certa meta.

Enfim, crime no dizer do grande mestre de Pisa, Francesco Carrara, "O Delito Civil se define: a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso" ("Programa del Curso de Derecho Penal", § 21, volume I, Depalma-Buenos Aires, 1944).

No mesmo sentido Jiménez de Asua considera o crime como a "conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social" ("Tratado de Derecho Penal", p. 61, volume III, Losada — Buenos Aires, 1951).

Francesco Carnelutti critica o relevo ao caráter de infração à lei como essencial na conceituação de crime, assim manifestado: "Non Bisogna credere, invece, che il reato non possa esistire senza il diritto. Il rapporto logico tra reato e diritto non è nel senso che il diritto sia un prius é costituito del reato. Un atto non è reato perchè il diritto lo punisce ma il diritto lo punisce perché é reato, il presupposto del reato é non la legge giuridica ma la legge morale" (Lezioni di Diritto Penale, p. 4, Ginfre, Milão, 1943).

Conclusão a que chego, é a de que não se construiu ainda, um conceito material inatacável de crime, porém, opto pela externada por Anibal Bruno, acima transcrito.

3. O conceito formal de crime, alcança, apenas um dos aspectos do fenômeno, que é a contradição de uma norma de Direito.

Von Liszt define: "é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência" (Tratado de Direito Penal Alemão, p. 144, Rio, 1899).

No mesmo tom Beagio Petrocelli: "l'azione vietata del diritto com la minoccia della pena (Princípio di Diritto Penale, p. 199, Nápoles, 1949).

Ainda, Giuseppe Maggiore conceitua, "crime é qualquer ação legalmente punível" (Diritto Penale, p. 189, v. 1, Bolonha, 1951).

Já os penalistas brasileiros definem: "crime é todo o fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena (Anibal Bruno, 06, p. 281); "Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena" (Manoel Pedro Pimentel, "O Crime e a Pena na Atualidade", p. 2, RT, 1983); "Crime é toda a ação ou omissão proibida pela lei sob a ameaça de pena" (Heleno Claudio Fragoso, "in" Lições de Direito Penal, p. 148, pg. 4ª Edição Forense, 1983).

Ante ao exposto, definível como sendo um crime, sob o aspecto formal, a conduta humana que viola o preceito penal, ficando sujeito o agente a uma pena.

4. Decompondo os elementos constitutivos do crime, partindo do conceito formal chega-se ao conceito analítico, ou seja, crime é uma ação típica, antijurídica, e culpável.

Da afirmação acima deflui que o delito é uma manifestação de vontade humana no mundo exterior contrário ao direito, contrastando com o comando da norma penal e que se ajusta a um tipo legal.

O primeiro elemento estrutural, a conduta, consiste na atividade ou na inatividade corpórea através das quais o sujeito exterioriza a sua vontade no mundo.

A conduta é o núcleo do conceito, pois, todo o fato é antes de tudo a realização da vontade do homem, através da ação ou omissão de uma forma voluntária e intencional como razão de ser do seu aparecimento no mundo exterior.

Torna-se então, objeto de um juízo de valor e se faz penalmente relevante quando se apresenta com os atributos da antijuricidade e tipicidade.

Duas formas opostas pode a conduta assumir num "facere" ou num "nom facere". A comissão ocorre através de movimentos eficazes à produção de efeitos positivos, através de uma ação ou inação; e, a omissão dá-se pelo deixar de atuar em determinado sentido não causando um certo efeito exigido pelo dever.

Não é suficiente a presença apenas, do elemento externo, sem existir um fator moral que estabeleça na violação do sujeito a sua origem, através da voluntariedade que lhe dá o conteúdo intencional, isto é, pela vontade humana como objeto ao qual se dirigem as imposições normativas, a razão de ser de seu aparecimento no mundo exterior. Assim, para o Direito Penal só interessa as condutas que tenham um certo conteúdo finalístico.

Qualquer transformação no mundo exterior gera um fato, que vem a ser jurídico se produz efeitos dessa natureza. Se em consequência de uma ação humana voluntária, há mudança no mundo exterior consubstanciada no resultado da atividade assim produzida. Logo, ação humana mais resultado são termos iniciais da noção de crime como fato jurídico, desde que entre ambos haja relação de causalidade.

Com efeito, o estudo do fato jurídico é forçoso incluir o requisito da tipicidade (a adequação de uma conduta voluntária e real a uma descrição abstrata da ação criminosa — tipo) para ter relevância para o Direito Penal.

Antes de aprofundarmos na definição de tipicidade faz-se necessário delimitar o tipo penal que no dizer de Francisco de Assis Toledo "é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida" (Princípios Básicos do DP, p. 78, RT 2ª Ed., 1986), ou seja, é a fórmula utilizada pelo legislador para definir penalmente relevante.

Dentre muitas, trago a colação a definição de tipicidade proferida por Roberto Lyra como sendo a exata "Correspondência entre o fato e a definição legal" (Direito Penal, p. 59, nº 42, 1953 — Rio) e a sua exigibilidade para a configuração do crime transcende aos limites do Código Penal, para se impor como princípio Constitucional — "Não há crime sem lei anterior que o defina" (Princípio de Reserva Legal).

Deflui então, que a transformação do mundo exterior constitui um fato e este torna-se relevante para o DP, quando originário de uma conduta humana e voluntária que se encontra anteriormente definida como crime (fato típico).

A relação de contrariedade entre a conduta voluntária que se encontra no mundo exterior e o ordenamento jurídico (CP) ocorre um fato antijurídico. A ilicitude se subsume na relação de contrariedade entre a conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, que causa lesão ou expõe a perigo o bem jurídico tutelado.

Define Sebastian Soles: "La antijuridicidade, o ilicitud,... también debe enter-se como una abstracta relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico general de una sociedad, contenido no sólo en el Código Penal, siro, además, em toda fluente vigente de Derecho" (Derecho Penale Argentino, Buenos Aires, 1951, T. 1, p. 277).

O ilícito penal ocorre quando juntam-se os atributos da tipicidade e da antijuridicidade ao fato jurídico.

5. Finalmente a culpabilidade.

Esta está estreitamente vinculada à evitabilidade da conduta ilícita, diante da possibilidade do agir de outro modo, em outros termos, é a censuralidade da formação da vontade, pela capacidade de culpa, além da compreensão do injusto.

A vontade do sujeito ativo dirigido à prática do fato punível torna-se uma vontade ilícita, por violar o dever jurídico estabelecido pela norma, quando este, consciente e tendo a possibilidade de fazer segundo a lei, age de forma contrária. Resumindo, o fato exprime uma contradição entre a vontade do agente e a vontade de norma. Para a sua reprovação jurídica é preciso a consciência da ilicitude e o processo de determinação da sua vontade.

O agente deve saber que faz e o que não deve fazer e apesar de conhecer a ilicitude da sua atuação, age. Não é necessário que o agente reprove o próprio ato, mas basta apenas que a consciência comum reprove.

Importante ressaltar que, ainda não se tornou seguro o seu conceito e, nestes termos, não é demasia afirmar-se que a idéia da culpabilidade anda em confusão e evolução simultânea.

Nos seus albores, o Direito Penal era puramente objetivo, onde tinha repressão como único pressuposto o evento independentemente de qualquer outra indagação. As fases da vindita privada, do talião e da composição, embora as duas últimas assinalassem começo de evolução, são meramente materialista.

No Direito romano não encontramos com segurança e distinção do ato voluntário do ato fortuito. A responsabilidade pelo resultado versa na coisa ilícita dos delitos qualificados pelo resultado e pela periculosidade do agente admitindo como ato voluntário o que resulta do *dolus indirectus*, pelo menos é o que se depreende da máxima: "*versanti im se illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*".

Francesco Carrara, na fase chamada clássica do direito penal, distanciando-se idéias romanas, difundiu o conceito psicológico de culpabilidade equiparando o dolo à vontade. Assim, basta que exista entre o autor e o fato uma relação subjetiva sem qualquer indagação de juízo ético.

Em contrapartida surgiu a teoria normativa na qual exige-se a consciência do autor sobre a ilicitude do fato, isto é, indaga-se a sua atitude diante da norma e, não simplesmente diante do fato. O dolo é normativo, isto é, voluntariedade, previsão e mais a consciência da ilicitude.

Hans Welzel partindo dos resultados das teorias psicológica e normativa elaborou a teoria da culpabilidade, onde estabelece que, a falta de consciência da antijuridicidade, não atinge o dolo como componente do injusto; em outras palavras, toda a ação humana é finalista, dirigida a um fim e esse finalismo, elemento intencional, inseparável da ação é em resumo o dolo. Assim, a culpabilidade está indissoluvelmente ligada com a evitabilidade ou a inevitabilidade do fato praticado.

Analisando segundo a luz da teoria da culpabilidade torna-se possível distinguir um erro excludente do dolo do tipo de outro excludente da censurabilidade.

A culpabilidade assim conceituada, não é característica, aspecto em elemento do crime, e sim mera condição para se impor a pena responsabilidade da conduta.

6. O direito penal brasileiro está substancialmente formado por um conjunto de normas que determinam ou simplesmente permitem fazer ou não fazer, donde a contrariedade humana voluntária, constitui o fato-crime.

II — CONCEITO DE ERRO

1. Numa noção inicial de erro, e buscando o seu sentido etimológico, encontramos na definição dada pelo glotólogo Francisco da Silveira Bueno, que ora trago a colação sendo um "Desacerto: incorreção, engano,

etc" (*Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, p. 477, 5ª Ed., MEC), enfim, resulta da ausência ou falha da percepção ou do raciocínio do autor.

No mesmo sentido o civilista italiano Alberto Trabucchi leciona: "quando da determinação de sua vontade, o sujeito age por ignorância, ou por falso conhecimento do estado dos fatos, o ato que disso deriva deve ser valorado de modo diverso do ato levado a cabo com perfeita consciência e conhecimento" (*Novíssimo Digesto Italiano*, verbete "errore" — *Diritto Civile*, vol. VI, p. 666).

Clóvis Bevilacqua, citando Fulini, textua: "é o estado da mente, que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade." (*Teoria Geral do DC*, p. 216, 2ª Ed. Histórica-Rio).

O erro impede o agente de alcançar as características objetivas que compõe o fato, em conformidade com o tipo legal, excluindo o dolo. A exclusão desse elemento psicológico-normativo, seja pela não consciência do fato ou pela inconsciência da ilicitude, resultados face a ausência de representação ou na representação disconforme com a vontade, exclue o crime e algumas vezes a culpa.

2. Distinguem-se o erro, da ignorância. O primeiro é o conhecimento falso, onde supõe um estado positivo ao passo que a ignorância, é a ausência total desse conhecimento, donde deflui de um estado negativo.

Jimenez de Asúa baseando-se no ponto de vista psicológico, assinala: "Há uma fundamental distinção entre a ignorância e o erro, já apontados em Platão. A primeira supõe a falta absoluta sob um determinado objeto: é um estado negativo. O erro supõe uma idéia falsa, uma representação errônea de um objeto certo: é um estado positivo. A ignorância consiste, em suma, na falta completa de conhecimento, enquanto que no erro a um conhecimento falso" (*El Error de Derecho em Matéria Penal*, p. 15, 1942).

Ressalte-se, que a distinção acima exposta não é unívoca. Giuseppe Maggiore defende o entendimento de que o erro compreende a ignorância, com o seguinte dizer: "errore é la deficiente o insufficiente conoscenza della verità, cioè uno siramento del guidizio. Esso comprende quindi anche l'ignoranza: questa è un errore totale, come l'errore è un'ignoranza parziale" (*Diritto Penale*, v. VI, p. 673). No mesmo sentido, Vincenzo Manzini (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4ª Ed., vol., II, p. 18).

A influência dessa orientação tradicional, se faz sentir nos Códigos, onde de um modo geral não distinguem o erro da ignorância, por exemplos c. c. arts. 86 a 91; o CP/1940, etc.

Não obstante é forçoso repetir que ignorância e erro não expressam os mesmos fenômenos. O erro implica sempre e pressupõe um estado de ignorância, enquanto que a recíproca é falsa, pois a ignorância nem sempre pressupõe um erro. Por outro lado, o erro é sempre inconsciente, enquanto a ignorância pode ser também consciente.

Esta distinção, apesar de importante, não tem relevância prática na medida em que a Lei Penal, desde sempre, trataram igualmente aqueles que agem ignorando e os que atuam movidos pelo erro.

III – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROBLEMA DO ERRO

1. Antes de buscarmos um aprofundamento no assunto, faz-se necessário, para melhor compreendermos o atual estágio doutrinal do erro no Direito Penal, um estudo sobre o tratamento deferido ao problema nas várias épocas históricas.

Para os romanos existia a presunção de que todos tem a obrigação de reconhecer a lei, regula est juris quidem ignoration cuique nocere, facti vero ignorantium — nom nocere, ou seja a irrelevância do desconhecimento da norma, por um homem instruído ou que tivesse a faculdade de se instruir.

Admitia-se em Roma, como exceção a regra — básica da indisculpabilidade da ignorância da lei positiva-nos seguintes casos: a) quando a admissão de escusas de ignorância se fundasse na natureza da lei ignorada; b) quando a ignorância de direito isentasse a pena por causa da natureza do ato contrário à lei; c) quando a ignorância da lei desculpasse por causa das pessoas que a ignoram; d) quando a ignorância desculpasse pelo facto de concorrerem na mesma situação, várias circunstâncias anteriores.

Do rigor inicial da parêmia básica, ficavam excluídas aquelas leis penais que possuísem, natureza positiva (iuris civilis) beneficiando as classes sociais dos menores, das mulheres, dos rústicos e dos militares.

Observável o reconhecimento da relevância ao erro de direito extra-penal, equiparando-o ao erro de fato, quando a lei não penal fosse o fundamento prévio deste.

O direito bárbaro em razão do seu objetivismo não dava qualquer relevância ao conteúdo moral do delito, tendo por fundamento o resultado e levava em consideração a categoria do ofendido, a sua idade e o seu sexo.

A culpabilidade veio a ter influência nas decisões penais bárbaras, somente com a monarquia.

No direito canônico, em princípio a ignorância do direito serviria apenas para atenuar a pena.

Com Gracindo ficou estabelecida duas classes de ignorância, do direito natural, que era irrelevante para todos os adultos capazes como escusa; e a da lei civil era relevante.

A doutrina canonista evolui atenuando o rigor da irrelevância do *error iuris*, atribuindo eficácia à ignorância das normas locais, emanadas de bispos, desde que não decorresse de negligência crassa do agente. Mais tarde, foi estendido a todos as leis penais, fixando que, toda vez que um princípio de direito fosse excluído entre os elementos essenciais à existência do crime, o erro a ele referente era equiparado ao erro de fato e como tal escusável.

Assim, a dúvida da interpretação da lei — obscura e o chamado erro de subsunção isto é, o erro sobre a adequação do fato ao tipo legal constituíam a ignorância escusável, chegando então, o direito canônico a considerar a relevância do erro, face a noção estabelecida sobre o dolo, ou seja, a vontade consciente de violar a lei, estando implícito o conhecimento da norma pelo agente, donde a sua ignorância, pode atenuar a culpabilidade e até mesmo dirimir a pena.

O direito grego, conforme consideração do filósofo Aristóteles, inadmissível a escusa da ignorância, da lei ante ao dever de conhecê-la. Ressaltava, ser contrário a natureza das coisas ou conhecimentos gerais das leis, porém invocável diante da culpa que se traduzia face ao dever e a possibilidade de seus conhecimentos.

O direito oriental não se ocupava do tema, já que a pena sacral recaía sobre atos praticados ou não, em condições de imputabilidade, de sorte que, seria indiferente a circunstância do sujeito conhecer ou não a lei.

2. No direito intermédio, pouco se soube sobre o problema do erro. Podemos dizer que, a ignorância das normas locais era inescusável, porém atenuava.

Quando o sujeito não tivesse consciência da lei penal (ignorantia legis) ou tivesse acreditado na legitimidade de sua ação diante da norma (error juris) e não lhe fosse imputado uma negligência crassa e supina, ficava isento da responsabilidade criminal, inspirado no princípio: "Diz-se que a ignorância é prejudicial em relação ao que age ignorando que comete pecado. Quem não sabe que o ato que pratica é pecado não é punido."

Nestes casos a ignorância legis e o error juris excluía o dolo o qual não podia ser substituído por uma negligência *supina*, entretanto, a falta de diligência de quem era obrigado, torna-se imputável a culpa.

No direito estatutário a questão foi diversamente valorada conforme a lei imperante, tendo como princípio básico, que "a ignorância do direito natural não desculpa, mesmo que se trate de pagão ou homem rude que sempre viveu nas montanhas, de tal forma que nunca tenha chegado até ele a pregação, pois o ensinamento dos Apóstolos espalhou-se por toda a terra".

Assim, apenas para ilustrar, passemos a examinar algumas interpretações, adstritos ao método das consilia e das respostas, dos juri-consultos e dos práticos.

Gaudino, autor da primeira obra orgânica de DP, afirmava que o erro sobre o direito natural e divino era inescusável uma vez que todos deviam conhecer as suas leis. Para o DC prevaleciam as excessões românicas relativas as mulheres, aos menores, aos soldados e aos rústicos; sendo porém divergentes quanto aos composivos. A notoriedade da lei determinava se o dolo era presumido ou devia ser provado. Publicada a lei, em geral, a mais de dois meses, quem, ignorando-a, a violasse, agia com culpa, salvo se estivesse ausente ou em lugar remoto, à época da publicação.

Arentino considerava a ignorância do DC escusável, quando não fosse presumido o conhecimento da lei, pela sua publicação há mais de dois meses; ao contrário constituiria culpa lata, face a negligência *supina* e crassa.

Com Deciano surgiu o princípio da *civis novus*, onde a ignorância que não derivasse de culpa poderia ser alegada como justa causa.

Já Júlio Claro limitava a relevância, da ignorância legis ou error juris aos casos em que a norma não fosse também contemplada pelo direito ordinário elaborado pelos glosadores com fundamento do Direito Romano.

Os estrangeiros, autores de crimes não podiam alegar a ignorância da lei, pois, segundo entendimento de Andréa Isermia, era sua obrigação consultar peritos.

Menachio considerava de fundamental importância a indagação sobre a natureza e as causas que determinavam o erro do agente. Ainda, existia alguns erros que traziam em si implícita a culpa, caso em que não haveria escusa e por outro lado, os outros deveriam ser buscado a culpa e se existente tornar-se inescusável.

Enfim, prevalecia a inescusabilidade quando se tratava de ignorância ou erro ao Direito Natural; já quanto ao direito ordinário escusável, desde que, inexistisse negligência crassa e *supina* do agente.

3. A doutrina dos clássicos que adveio com as primeiras codificações do DP, predominou o princípio da obrigatoriedade da lei, expungindo o critério da culpabilidade, por consequência, passou-se adotar a regra absoluta, da inescusabilidade da ignorância do ilícito penal, bem como do erro. A plasticidade adotada pelos romanos, canonistas e práticos, com relação a matéria foi abolida no campo legislativo, embora no terreno doutrinário persistisse.

O Código Napoliãoico nada dispôs a respeito do erro de direito, como o fez o Código Alemão, prevalecendo a regra geral da inescusabilidade. No mesmo sentido do Código Francês, os da Suécia, Espanha, Holanda, Turquia e Bolívia.

Na Alemanha, prevalecendo as idéias iluministas, manteve a relevância do erro de direito, buscando evitar a punição de quem agiu de boa fé, diante das esparsas e confusas leis em vigor.

Os estrangeiros que agiram com ignorância da ilicitude, praticaram, apenas uma contravenção, são alcançados pela escusabilidade. Ressalte-se porém, que ficava nesses estreitos limites. O Código de Parma de 1821, estabelecia um lapso temporal, de 10 dias segundo Piacenza e 18 segundo Asúa, para admissibilidade do erro do forasteiro quando a lei local, tornando escusável a sua ação.

O Código da Bavária de 1813, que declarava impune quem houvesse praticado a ação, considerando-a permitida e impunível, por ignorância invencível e inculpável, foi afastada pela orientação geral e predominante na Alemanha, nos termos acima expostos.

No terreno doutrinário, não era pacífico o entendimento dado no campo legislativo.

Filangieri, um dos representantes do classicismo italiano, considerava o delito como uma violação da lei, com a vontade de infringi-la de sorte que o autor deveria conhecer os fins e circunstâncias de sua ação. Francisco Pagano, completava que a ignorância excluiria o dolo, que no seu conceituar era a vontade de violar a lei de cometer delitos por esta descritos, desde que o homem não pudesse entender as consequências de sua ação e a relação desta com a lei. A alegação de ignorância serviria de escusa quando se tratasse de lei ordinária, mas nunca a lei natural.

Em Carmignori encontramos a defesa do princípio político, de que as leis presumem conhecidas quando publicadas, embora antes tivesse sustentado a equiparação do erro do direito ao erro de fato, excluindo a intenção criminosa, salvo quando o agente não tivesse utilizado de todas as diligências necessárias para evitar o defeito de conhecimento, quando

então, tornaria voluntário o delito. Considerava a violação de uma lei social, não deduzida do direito natural ou desconhecida universalmente, por pessoas incultas, mulheres, crianças, estrangeiros ou por transeunte como justificável a ignorância ou erro. Em síntese, reputava como vencíveis o erro e a ignorância, salvo a dedução acima.

O ato doloso é constituído pelo desejo de violar a lei, tendo o agente a liberdade de não violá-la, face ao conhecimento anterior da liberdade da conduta, no dizer de Romagnoli, em "Genesi del diritto penale". O interesse máximo da sociedade exige o conhecimento da lei, de tal forma que, ao homem em pleno uso de sua razão, não é permitido alegar ignorância ou conhecimento errado.

Carrara igualmente considerava que o erro de direito não devia jamais escusar.

Na França, Pellegrino Rossi, revivendo os princípios do direito romano, sustentou a irrelevância do erro do direito, tendo como base a acessibilidade pelo homem das regras de direito. A justiça humana não poderia admitir a prova da ignorância sem abdicar de si mesma. É possível que o agente não compreenda as relações da lei positiva com a lei moral, mas nem por isso fica dispensado de adequar a sua conduta a ela, sob pena de ser responsabilizado.

Anselm Von Feuerbach, um dos clássicos alemães, distinguia entre os fatos substancialmente imorais e fatos nascidos do artifício da lei, estabelecendo que a ignorância da lei não favorecia jamais.

A orientação positivista, conforme assinala Florian, reviveu a velha distinção entre crime de imoralidade patente e crime de criação política. As ações moralmente inocentes e que são vedadas somente por questão de política, ou seja, segurança social, a presunção do dolo é infusa. Assim, cabe ao juiz avaliar as condições subjetivas da ignorância da lei penal, nas quais o delito foi cometido, atribuindo-se-lhe a faculdade de substituir ou diminuir a pena.

Segundo Ferri, em razão da obrigatoriedade da lei penal, todos estariam obrigados a procurar instruir-se, sob pena, face a essa omissão, responder pelos riscos resultante da inação desse dever. No seu projeto de CP, inspirado no Direito Romano e no Código Canônico, considerou justificado, para efeitos penais, o fato cometido por ignorância da proibição legal, derivada da força maior ou por erro substancial de direito, não proveniente de negligência. Tal ignorância somente é possível nos delitos puramente legais, sendo afastada a possibilidade dos delitos naturais, salvo quando inconsciente por enfermidade ou imaturidade.

O projeto de Código Penal de Ferri, conjuntamente com o Código Canônico representou uma evolução da disciplina de erro sobre a antijuridicidade.

4. Modernamente, o aforismo de que a ignorância da lei não exime de seu cumprimento, tendo por base de que todo mundo conhece as leis, é defendido como exigência da política ou necessidade inevitável (Carrara, Ambrosoli, Nicolini, Pincherlli e Crivellari); por serem conhecidas ou, quando o não são, devia sê-lo (Ortolan e Dalloz); e, por se referirem a atos intrinsecamente maus, reprováveis por si, são reveladores de uma moralidade em si mesmo que não é só compreendida por todo agente, tem gravado a idéia do bem e do mal (Luis Silveira, Valley e Magri).

A dicotomia tradicionalmente utilizada, erro de fato e erro de direito apresentam graves defeitos que originam dificuldades intransponíveis.

O erro de fato podia concorrer a fatos de conhecimento não só da circunstância fática a que se referem o tipo, mas até de autênticas referências jurídicas, como a qualidade do documento na falsificação. Por outro lado o erro de direito encaixa-se em duas classes a de defesa putativa (acredita-se que se é atacado por agressor injusto, quando assim não é) e a eximente putativa (pensa-se que a lei autoriza para algo que, de verdade não figura como justificação).

Ao tentar superar tais dificuldades, penalistas alemães, unificam a eficácia do erro à luz dos elementos éticos ou intelectuais do dolo. O erro exime a responsabilidade por ambos o dolo, ou seja, por faltar consciência de que se atua contra o dever, e que o fato está descrito na lei.

A dicotomia atual substituindo a divisão em causa, pela distinção entre erro sobre a factualidade típica e erro sobre a proibição.

O erro de tipo é todo o erro sobre as circunstâncias do fato, que pertencem ao tipo. Já o erro de proibição recai sobre o conhecimento do significado da ilicitude de uma ação.

As vantagens desta nova dicotomia, em comparação com a clássica, resultou do simples fato de se ter em conta que o erro sobre os elementos normativos do tipo legal pode ser um erro de direito e, todavia, a sua problemática nada tem a ver com o erro sobre a proibição antes devendo em tudo equiparar-se ao tratamento tradicionalmente dado ao erro de fato.

5. No Direito Penal Português a problemática do erro veio a ser tratado diferentemente ao Direito Romano, com o advento das Ordenações.

As Ordenações Filipinas afirmam a atendibilidade do erro de fato, não fazendo qualquer referência ao erro de direito, que obrigava a busca de fontes subsidiárias; na qual aparecia o direito romano em primeiro plano, onde não atribuía qualquer relevância.

Do ponto de vista doutrinal, alguns autores defendiam total irrelevância do desconhecimento das leis mas, por outro lado, havia outros que consideravam o erro de direito no mesmo plano do erro de fato.

O referido estado de coisas só veio a ser alterado com o Decreto de 09 de setembro de 1747, que considerava não ser admissível a ignorância das leis do Reino, porém, o referido diploma legal acabou por não corresponder a intenção do legislador.

O CP de 1852 regulamentou o erro como circunstância atenuante, mas não causa justificativa. A ignorância excluiu o crime, somente quando invencível.

No mesmo sentido o 1886, considera como não existente de responsabilidade a ignorância, bem como, negava qualquer relevância ao erro de direito.

Já o Código atual (1983) introduziu novo regime ao erro.

Para o erro sobre a ilicitude, o legislador recorreu, como critério fundamental, a censurabilidade, atenuando a pena quando censurável e quando não isentando de culpa.

O Código baseou-se na teoria limitada do dolo, em matéria de erro.

6. No Brasil, no período colonial prevaleceu o princípio da irrelevância do erro de direito, pois tinha vigência, como em Portugal, as Ordenações Filipinas.

A deficiência da legislação em matéria de erro, era suprida pelo direito romano, conforme realça o Conselheiro Ribas, "in" "Curso de Direito Civil Brasileiro (1880, v. I, p. 276).

Após a independência, o CP 1830 reproduziu a regra apresentada por Bernardo Pereira de Vasconcelos e João Clemente Pereira, que exigia a má-fé do agente para ser responsabilizado pelo crime, conduzindo assim, à escusabilidade do erro acerca da proibição. A doutrina e jurisprudência da época, assentava que, a escusa pela ignorância de direito que não se conforma com os princípios de direito criminal, que pressupõe o conhecimento da lei pela sociedade, em outras palavras, reconheciam o axioma: "a ignorância da lei não aproveita a ninguém".

Com o término da monarquia, passam a vigorar o CP de 1890, que estabelecia expressamente: "não dirimem, nem excluem a intenção criminosa a ignorância da lei penal" (art. 26, a).

João Vieira de Araujo desde logo criticou a manutenção do princípio "error iuris nocet", em contrapartida, o Conselheiro Filinto Bastos, defendia-nos pela necessidade de caráter de ordem social universal.

A Consolidação Piragibe de 1932 reproduziu a regulamentação do CP de 1890, admitindo o erro de direito apenas como a atenuante da pena.

Galdino Siqueira em sua obra Direito Penal Brasileiro (v. I, p. 333, 1932) assevera que o adágio "nemo jus ignorare censetur" não encerra uma presunção, porque, sendo a presunção uma consequência lógica, tirada por indução do geral para o particular, não se verifica em matéria de conhecimento de leis, pois, nem mesmo os profissionais, o possuem. Isto posto, o princípio ou adágio encontra justa aplicação, permitindo que os juízes, ao julgarem, apreciem a procedência da alegação de ignorância da lei, desde que exista a impossibilidade material absoluta de conhecer a sua existência, quando então, a ignorância serviria para atenuar a pena. A doutrina equiparava a ignorância ao erro de fato.

O projeto do Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, estabelecia para as infrações meramente convencionais como causa de atenuação da pena, a ignorância da lei. Ainda, sendo o agente analfabeto ou estrangeiro não familiarizado com o vernáculo pátrio e a ignorância decorresse de força maior seria excluída a própria responsabilidade. O projeto dava relevo à consciência da antijuridicidade na estrutura da conduta culpável.

Já o projeto de Alcântara Machado voltou a concepção absolutista. Não contemplava o erro de direito nem mesmo como circunstância atenuante.

O CP de 1940 estabeleceu em seu art. 16, a irrelevância da ignorância e do erro de direito sem limitá-la entretanto à lei penal. Incluiu a ignorância ou errada compreensão da lei penal, quando escusável como circunstância atenuante (art. 48, III).

Na LCP facultou a possibilidade do perdão judicial para infração cometida sob égido do erro de direito escusável (art. 89).

O anteprojeto de C. P. do min. Nelson Hungria, permitia a exclusão da pena no caso de ignorância ou erro de interpretação da lei (Art. 19).

Evidencia-se pelo exame da evolução histórica, a constante tendência de abrandar os rigores e até mesmo abolir o princípio da irrelevância do erro sobre a antijuridicidade.

Atualmente com a inclusão da consciência da antijuridicidade entre os elementos do dolo vem conduzindo o direito punitivo a não responsabilizar, ou atenuar sensivelmente as sanções ou admitir o perdão judicial, para os que praticam o ilícito sem a sua percepção.

IV – SISTEMÁTICA DO ERRO

1. Faz-se necessário, neste ponto de trabalho, a colocação do problema, em torno do local em que deva ser localizado o erro na estrutura do crime, donde existem duas correntes, teoria do dolo (seja o erro, de que natureza for, exclui sempre o dolo) e a teoria da culpabilidade (distinguindo entre erro de tipo, que exclui o dolo e erro de proibição que exclui a culpabilidade).

2. A dogmática pela clássica via no dolo e na culpa como as espécies de culpabilidade, numa concepção naturalística e psicológica.

Helena Fragoso textua ser essa fase a primeira formulação técnica de culpabilidade, onde coloco o nexó psicológico que liga o agente ao evento.

A teoria psicológica revelou-se insuficiente diante da impossibilidade de estabelecer o nexó entre o agente e o fato originário da culpa inconsciente.

Surgiu então a teoria normativa da culpabilidade que buscava um elemento que fosse comum ao dolo e a culpa em sentido estrito. Estabelecia culpabilidade em juízo valorativo sobre uma situação fática.

Dentro dessa concepção normativa, a culpabilidade é um juízo de reprovação, composta dos elementos: imputabilidade, possibilidade de outra conduta, dolo ou culpa stricto sensu.

O dolo nessa teoria deita raízes na tradição milenar, carece da vontade (elemento volitivo) acrescida da previsão do resultado (elemento intelectual) e a consciência do caráter criminoso.

Sebastian Soler, com muita propriedade leciona, citando exemplo: "Sea que se haga consistir el dolo en la representación del resultado, sea en voluntad de producirlo, debe tenerse bien presente que dolo es una expresión técnico-jurídica, que no se identifica in con voluntad in con representación, in con intención, en el valor natural ou psicológico de estos términos: Es manifesto la incorrección que se cometería diciendo que el farmacéutico vendió dolosamente bicarbonato, porque efectivamente

quiso despacharbo, lo hizo con intención. Intención, voluntad, representación, son conceptos psicológicos, valorativamente mentor. El dolo supone siempre eso Y algo más; la relación a un orden normativo, frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógicamente calificado como lícito o ilícito. Así, en el ejemplo citado, basta suponer que en vez de bicarbonato se trata de una droga peligrosa y de venta prohibida y delictiva, para que la incorrección del término desaparezca; en tal caso, la acción de vender la droga es una acción dolosa" (Derecho Penal Argentino, 1.970, v. II, p. 87).

A teoria do dolo insere como um dos elementos constitutivos do dolo a consciência do injusto. Faltando consciência, exclui-se o dolo, restando apenas a penalização por culpa, se para a hipótese se comina a pena. Em outras palavras, o dolo é o dolo de fato mais consciência de ilicitude e o erro ou a ignorância, anula precisamente o elemento intelectual (previsão do resultado) ou o elemento normativo (consciência da ilicitude), respondendo apenas por culpa *stricto sensu* prevista para a espécie no ornamento jurídico.

Para a teoria do dolo, o caçador que mata o companheiro atrás do arbusto, pensando sinceramente atirar em caça, age pelo dolo pela ausência de previsibilidade do resultado, poderá responder por culpa, se caracterizado a sua imprudência.

Assim, o conhecimento da ilicitude é um elemento do dolo e a sua falta faz desaparecer-lo subsistindo, porém, a culpa naqueles casos em que o desconhecimento seja censurado.

Mezger ao defender a teoria limitada do dolo, assevera que sempre que o agente age em alto grau de indiferença ao direito, deve ser punido como tivesse agido dolosamente, mesmo que tenha o desconhecimento do ilícito.

Diversas objeções têm sido colocadas contra essa teoria, visto que, o significado de hostilidade ao direito é bastante vago e demasiado instável.

3. A segunda fase da evolução do conceito da culpabilidade adveio após a influência do neocantismo e da filosofia de valores, que transformaram a concepção clássica do crime, onde todo elemento externo objetivo estava na antijuridicidade e todo elemento interno-subjetivo na culpabilidade, impondo uma fissura na rígida dicotomia.

Mantida a forma estrutural do crime, introduz-se novas interligações onde, a tipicidade subsume em um tipo de ilícito; a antijuridicidade é concebida como a violação material do bem jurídico; e são ressaltados os elementos subjetivos do injusto e os objetivos da culpabilidade.

A teoria finalista, dá novo tratamento a ação, que até então, estava renegada ao segundo plano, nos conceitos clássicos, constituindo-se no núcleo do novo sistema, pois ela é um acontecer final e não meramente causal. O tipo passa a ser a sede do dolo, e este dá a ação a intencionalidade; a culpabilidade retém apenas o momento normativo da reprovabilidade da resolução da vontade.

O agente não age culpavelmente, quando não pode optar por uma entre pelo menos duas formas possíveis de comportamento e faz sem ensejo de escolha e sem a possibilidade de opor inibição ao ato; em outras palavras, não pode agir de outro modo.

Sendo a culpabilidade um juízo de censura, valora-se de modo diverso o ato que deriva de um estado de ignorância ou de falso conhecimento, porque, nesse caso escapa a percepção do agente de estar agindo ilicitamente. Assim, àquele que agiu sem condição de optar entre várias condutas, não lhe é censurável por faltar-lhe a consciência da ilicitude.

O dolo de fato é composto da consciência atual daquilo que se quer (momento intelectual) e da vontade incondicional da realização do tipo (momento volitivo, momentos esses, inseridos na tipicidade.).

A teoria limitada da culpabilidade estabelece como pressuposto ou elemento da culpabilidade a possibilidade do conhecimento do injusto.

O erro de proibição traduz-se na ignorância de uma norma proibitiva ou de uma noção errônea da lei.

A teoria estrita da Culpabilidade, tem-se que o dolo esgota-se com o querer do tipo objetivo, que é considerado de forma restrita, para não abranger as causas de justificação. O autor tinha que conhecer a ilicitude de sua conduta, para ser culpável.

O erro de tipo exclui o dolo, mas o erro de proibição influi na culpabilidade. Se para aquele agente e naquelas circunstâncias, ele era inevitável, desaparecerá o juízo de valor em que se traduz a culpabilidade.

Na primeira hipótese, o autor age sem o dolo do fato por desconhecer, em conhecer falsamente, uma circunstância objetivo do tipo legal, seja de caráter fático ou normativo. Na 2ª hipótese o erro sobre a ilicitude do fato o autor age com pleno dolo do fato. Sobre o que faz quer o que faz, apenas supõe erroneamente que o que faz, a seu ver não é proibido. Nesse caso falta-lhe a consciência da ilicitude do fato, que se for inevitável excluirá a censurabilidade, portanto a culpabilidade, porém se for evitável, poderá atenuar a pena.

Em uma consideração final e crítica, as teorias do dolo e da culpabilidade, deflui-se que ambas não negam a escusabilidade do erro.

V — O ERRO NO C. P. DE 1940

1. A dicotomia erro de fato e erro de direito foi conservada pelo CP de 1940 (arts. 16/17); no mesmo sentido o CPM vigente (arts. 35/36) e a LCP contemplam apenas o erro de direito (art. 8º).

As modalidades de erro de fato contempladas pelas referidas leis, dizem respeito ao erro sobre a circunstância constitutiva do crime e sobre a existência da situação que tornaria a ação legítima (dirimentos putativos) sendo erro vencível, responde o autor a título de culpa, quando o fato for punível sob esta forma.

No que se refere ao erro de direito, contempla a lei penal, apenas como circunstâncias atenuante (art. 48, III), exceptuando a LCP prevê a faculdade do perdão judicial ao referido caso.

A lei penal foi omissa quanto ao erro de direito extrapenal.

2. Erro de fato define Anibal Bruno, como sendo "aquele que conduz o agente a ter por inexistente na ação por ele praticada circunstância constitutiva do tipo penal, ou a admitir a presença de circunstância que, se realmente existisse, excluiria a antijuridicidade da ação". (Direito Penal, T. 2º p. 118, 1967).

O Código Penal destaca como causa de exclusão de culpabilidade, isentando de pena o agente pelo fato cometido por erro, prevendo duas hipóteses distintas (art. 17).

A primeira hipótese, ou seja, quando alguém comete o delito por erro quanto ao fato que o constitui. A disposição quanto a esta hipótese tem como fonte o art. 47 do CP Italiano.

O erro essencial exclui a punibilidade porque induz o agente a cometer o crime que não teria cometido se tivesse tido o conhecimento exato dos elementos ou circunstâncias qualificativas do fato a cujo conhecimento a lei subordina a incriminação. Por outro lado, não agiu com dolo, pois, faltou-lhe a correspondência entre a vontade e a realidade.

A 2ª hipótese, prevista, é quando, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que se existisse, tornaria a ação legítima. Tem como fonte o art. 59, 2ª alínea do Código Italiano.

A justificação putativa ocorre quando o sujeito conhece todas as circunstâncias que integram a figura, porém, erroneamente acredita que existe outros que o autorizam ou obrigam de fato o

proceder, e essas outras circunstâncias são de tal natureza que, se realmente existissem legitimaria a sua conduta.

Em ambas as hipóteses, pode-se falar em erro essencial que, exclui o dolo e se invencível, também a culpa.

Na verdade, o erro sobre o fato constitutivo do delito ou sobre um dos elementos deste determina uma divergência entre o que o agente representou e o que verdadeiramente realizou, viciando o processo psicológico do crime, tornando o evento realizado em não intencional.

Para escusar a conduta do agente, deve o erro consubstanciar-se sobre o fato constitutivo do crime, de modo servindo que se refira aos elementos acidentais como as circunstâncias, as condições de punibilidade e aos pressupostos quando sejam porém, estranhos ao fato constitutivo do crime. Em outras palavras, recaindo o erro estritamente sobre a parte essencial, impede ao agente, de conhecer, de verificar a adequação ao fato abstratamente formulado no preceito penal, excluindo o dolo, e se não existir nenhuma falta de atenção acerca da situação real em que atua, exclue também, a culpa; porém, recaindo sobre elementos acidentais é irrelevante.

Diz-se invencível o erro quando o sujeito ativo não podia ter evitado com a atenção, ponderação ou diligência ordinária, própria dos homens comuns, pois, viciado o processo psicológico; cria-se representações ou motivos que terminam uma conduta diversa da que o agente teria seguido se tivesse conhecido a realidade.

Assim, não pode ser reconhecido culpado, aquele que por inevitabilidade do erro, lhe impede a consciência da injuridicidade da sua conduta, portanto ausente de culpa *lata sensu*.

Sendo evitável ou vencível o erro, responde o autor da ação típica por culpa (imprudência, imperícia ou negligência), quando for prevista pela lei.

Por outro lado, for o erro sobre fato que constitui em determinado crime não exclui a punibilidade por um crime diverso, ou seja, acreditando o agente que se trata de coisa perdida e apropria-se não comete o crime de furto, se não se tratava de "res delicta", mas sim de apreciação de coisa achada.

As descriminantes putativas para que tenham como efeito a completa isenção de pena, exige o CP que, em tais hipóteses o erro seja plenamente justificado pelas circunstâncias, devendo a prova ser conclusiva, de que o agente não podia libertar-se do erro que motivou sua conduta. Há a exclusão incondicional do dolo e condicional da culpa *stricta sensu*.

A consciência da injuridicidade fica excluída em qualquer dos casos, seja por supor a inexistência de circunstâncias objetivas que tornam lícito o fato incriminado em abstrato.

Pode acontecer que o erro seja inescusável, o que exclui o dolo, mas não exclui a culpa, e a este título responderá o agente, se o fato é punível como crime culposos.

As causas putativas de justificação, na realidade nada tem a ver com as verdadeiras discriminantes. Nestes há uma situação de fato, objetiva, que autoriza o agente a agir como o faz, excluindo, assim a ilicitude da sua ação. Na chamada legítima defesa putativa, por exemplo, a situação justificante existe apenas na representação errônea do agente, não tem nenhuma realidade com o mundo exterior. E daí, resulta que na verdadeira justificativa deixa de haver crime, enquanto que na putativa, há um fato criminoso, porém, isento de pena, por ausência de culpabilidade.

A necessidade que condiciona a legítima defesa autêntica, não se pode dispensar, para o seu reconhecimento, em princípio de realidade objetiva, sendo imprescindível que se baseie sobre alguma coisa que se apresente como efetivo perigo ou realidade de uma injusta agressão. O erro do agente em calcular a gravidade do perigo ou dessa realidade poderá identificar o excesso de legítima defesa e não legítima defesa putativa.

Enfim, o erro de fato diz respeito à falsa representação de um elemento do crime, perpetrado, levando ao agente a julgar que atua dentro da legalidade e que a sua ação não atenta contra a lei penal.

Tratamento idêntico dá a lei, para as discriminantes putativas. Em ambos os casos, o erro deve ser invencível ou escusável, para isentar o agente de pena, pois, se não o for responderá por culpa, se for previsto para a modalidade o crime culposos.

Para aferir-se e apurar o erro culposos, deve-se ter em vista a investigação da culpa, tendo em vista a obrigação ad diligenti exigível da honra médius.

3. O erro de direito, que pode assumir a figura de uma completa ignorância da lei penal, incide o sujeito ativo em um erro a respeito da norma jurídica.

Do ponto de vista psicológico há uma fundamental distinção entre a ignorância e o erro de direito. A primeira representa um estado negativo, supõe uma total falta de representação e na ausência total de noção sobre determinado objeto. O erro é um estado positivo e consiste numa idéia falsa ou numa representação errônea de certo objeto. Em síntese, a ignorância consiste na falta de conhecimento, enquanto no erro há um conhecimento falso.

O princípio esposado pelo referido CP é o tradicional de que error juris nocet, ou seja, não exime a culpabilidade.

Para dar fundamento a essa regra, recorreram os autores a uma presunção absoluta, mas insustentável, porque contradiz a realidade.

Manzini assevera que, o princípio de que o erro de direito não exime de pena funda-se na obrigatoriedade de toda lei. O conhecimento da norma é um dever cívico, e se o agente falta com esse dever, não pode tirar proveito disso, eximindo-se de pena.

A exposição de motivo do CP de 1940, em sua nota nº 14, justifica a vigência do princípio por exigência de política criminal, relacionada com a segurança social.

Ainda, a distinção entre o erro de direito penal e o erro de direito extrapenal, equiparando este último ao erro de fato, não endossou o nosso código, e assim argumenta irrefutavelmente o Ministro Campos: "Quando uma norma penal faz remissão a uma norma não penal ou a pressupõe, esta fica fazendo parte integrante daquela e, conseqüentemente, o erro a seu respeito é um irrelevante error juris criminalis".

Para os finalistas, que incluem no dolo a consciência do ilícito e a reprovabilidade perante a ordem de direito o núcleo de culpabilidade, tem conseqüentemente de admitir o erro quanto à antijuridicidade do fato, desde que essencial e escusável, como penalmente relevante. A regra de que o erro de direito não exclui de pena está, pois, em contradição com o princípio fundamental da culpabilidade. A idéia de que erro de Direito também exclui a culpabilidade é comumente admitida na doutrina alemã.

VI – SISTEMÁTICA ATUAL DO CP SOBRE O ERRO

1. O caminho percorrido pela dogmática penal brasileira, na busca de solução para a problemática do erro, mudando o foco de incidência, do fato ou da lei, para os próprios elementos estruturais do conceito do crime.

Assim, abandona-se qualquer pretensão de valorar a oposição entre o fático e o jurídico, isto é, o erro de fato e o erro de direito, para colocar no lugar a distinção entre o tipo e ilicitude, ou seja o erro de tipo e erro de proibição. Sendo o primeiro um erro sobre os elementos ou circunstâncias do tipo penal. O segundo, tem-se um erro sobre a ilicitude do fato real.

Frise-se que não se trata de uma substituição meramente terminológica, pois o erro de tipo abrange situações que, antes, eram classificados como erro de fato, ora como erro de direito.

Ambas as formas, erro de tipo e erro de proibição são relevantes para o direito penal, dentro de certos critérios.

2. Entende-se por erro de tipo aquele que versa sobre elementos da conduta típica, sejam de natureza factual ou jurídica.

Pode-se afirmar, desde logo, que o erro de tipo exclui sempre o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto na lei (art. 20 e § 1º).

Diz-se essencial quando recai sobre os próprios elementos ou circunstâncias sem as quais o crime deixa de existir, sendo relevante para o CP. Conforme estatuído no art. 20, excluindo o dolo. Já o erro accidental não beneficia o agente, por dizer apenas os dados secundários ou acessórios do crime.

O erro essencial é inevitável, invencível ou escusável quando o sujeito errou, apesar de ter tomado os cuidados normais exigíveis nas condições em que se achava. Nesse caso, o agente não é responsável, seja por dolo ou por culpa.

Se o erro essencial é evitável, vencível ou inescusável, responde o agente por culpa, caso o fato for punível a esse título, pois, embora não agindo com dolo, o autor poderia ter evitado o seu erro se tivesse tomado os cuidados objetivos necessários. Foi negligente, imprudente ou imperito.

Além das consequências principais acima indicadas, outros efeitos do erro de tipo pode suceder tal como a desclassificação do crime, por erro sobre o elemento normativo; por exemplo: O sujeito que profere palavras injuriosas a outrem, desconhecendo a condição de funcionário público do ofendido, não comete o crime de desacato, mas, apenas de injúria.

Outra consequência é o erro quanto a causa excludente da ilicitude, por exemplo o agente que erre por culpa, quanto as circunstâncias de fato, da excludente de aborto necessário ou sentimental (art. 128, I e II), terá agido culposamente, mas não poderá ser punido, porquanto não há a figura do aborto culposos.

Se o agente pratica a ação, em erro quando a agravante, estas não incidirão, por exemplo: agride um enfermo, desconhecendo o estado.

Ainda o erro sobre outros dados, tal como a idade da vítima nos crimes contra os costumes, estado de gravidez, etc., poderão ser alcançados.

Finalmente, o erro de tipo distingue-se do erro de proibição, o primeiro exclui o dolo enquanto o 2º agasta a compreensão da antijuridicidade, em outras palavras, este exclui a culpabilidade enquanto aquele a tipicidade. No erro de tipo o homem não sabe o que faz, enquanto no erro de proibição o homem sabe o que faz mas acredita ser lícito.

3. O erro de proibição é aquele que versa sobre a ilicitude do fato. Embora o desconhecimento formal da lei seja inescusável, o erro a ilicitude do fato, se inevitável, pode isentar de pena ou atenuá-la, se evitável.

Trata-se o erro de proibição, no resultado de um atuar sem a consciência da ilicitude, e a escusabilidade será na medida em que essa falta de consciência do injusto também for.

A consciência da ilicitude, segundo a teoria da culpabilidade, atual ou potencial, é um especial pressuposto da censurabilidade. Não é possível entretanto, censurar o autor de um fato típico quando, não tinha possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta.

O erro de proibição previsto no artigo 21, alcança, o atuar errôneo do sujeito, na interpretação do que a lei proibia; a suposição do agente de estar atuando com uma dirimente; ou erro quanto as descrições putativas.

Trazendo a colocação o pensamento dos doutos paulistas brasileiros quanto a escusabilidade do erro de proibição (erro de direito) encontramos:

a) **Costa e Silva** em seu comentário ao Código de 1890, adota a orientação tradicional, fazendo entrever a necessidade do retorno da interpretação, à distinção romana entre *delicta iuris gentium* e *delicta iuris civilis*.

b) **Galdino Siqueira** nos Comentários ao Código de 1890, assevera que já não há distinguir entre erro de direito e erro de fato para isenção da pena.

c) **Basileu Garcia** admite a escusabilidade do erro extrapenal, dentro da linha clássica, conexiando o problema do erro com o princípio da culpabilidade.

d) **Magalhães Noronha** textua ser divergente a parêmia *error iuris nocet* com o conceito de culpabilidade normativa. Porém mantém-se fiel ao entendimento tradicional, sem concluir o acima exposto.

e) **Frederico Marques** só admite a escusabilidade do erro de direito extrapenal.

f) **Damásio E. Jesus** assevera que o erro e a ignorância impede que o agente possua consciência da antijuridicidade.

g) **Everardo Cunha Lima** concede o valor escusante ao erro de direito.

h) **Anibal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso**, embora adotem a terminologia moderna, não discorrem buscando superar os obstáculos existentes de lege late.

i) **Nelson Hungria** fixa-se radicalmente contra a escusabilidade, firmando o princípio de que o error iuris nocet.

j) **Francisco de Assis Toledo** sustenta a escusabilidade do erro, face a falta de consciência da ilicitude. No mesmo sentido **Alcides Munhoz Netto, Julio Fabrini Mirabete, e o português José Caetano Duarte**.

Segundo a teoria da culpabilidade, age culposamente, aquele que pratica o fato com a consciência atual do injusto, quanto aquele que atua ilicitamente com uma consciência potencial do injusto.

Do exposto agora decorrem as noções de inevitabilidade e evitabilidade do erro, correspondentes respectivamente aos conceitos de desculpabilidade do erro.

O erro torna-se inadmissível quando fruto de uma consciência profana, ou mesmo ausente essa consciência pudesse atingi-lo pelos conhecimentos havidos com a vida, ou por ter deixado de buscá-la positivamente.

No erro de proibição o dolo do agente nunca é afetado, sempre subsistindo íntegro, o que exclue é a censura de culpabilidade, por desconhecer o caráter proibido da conduta. Assim conclui, ou o erro é inevitável, apto para excluir a censurabilidade, ou é evitável, por qualquer das razões expostas.

Podemos classificar o erro de proibição em:

a) **erro de proibição direto** — é aquele no qual o agente, por erro inevitável realiza o fato injurídico, por desconhecer ou por conhecer mal a norma proibitiva. Quando inevitável o erro é escusável.

b) **erro de mandamento** — é aquele que o agente se encontre na posição de garantidor e diante de uma situação de perigo de cujas circunstâncias fáticas tem perfeito conhecimento, omite a ação que lhe é determinada pela norma perceptiva (dever jurídico de impedir o resultado), supondo, por erro inevitável, não estar obrigado a agir para obstar o resultado. Escusável se o erro for inevitável.

c) **erro de proibição indireto** — o agente erra sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, ou seja sobre uma norma permissiva que supõe de forma inevitável, que limita a seu favor. É escusável, se inevitável o erro.

d) **erro de vigência** — é a ignora legis. É inescusável.

e) **erro de eficácia**: é aquele em que o agente contesta a legitimidade de um preceito por supor que ele contraria um preceito maior. Inescusável, salvo raros e especialíssimas hipóteses.

f) **erro de punibilidade**: o agente tem consciência de que faz algo proibido, porém supõe inexistir pena para a sua conduta. É inescusável.

g) **erro de subsunção**: o agente conhece a previsão legal, o fato típico, mas, por erro de compreensão, supõe que a conduta que realiza não coincide, não se ajusta ao tipo-delitivo, a hipótese legal. Inescusável.

Em síntese, se o erro não for censurável o agente fica isento de culpa não lhe sendo aplicado qualquer pena; se o erro for censurável, o agente será punido com a pena correspondente ao crime doloso, mas sendo este especialmente atenuado.

4. O erro de proibição indireta, por conter as discriminantes putativas merece um estudo mais detalhado e amplo, o que passamos a fazer agora.

O art. 20, § 1º do CP, estatui ser isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse tornaria a ação legítima. Em outras palavras, as causas de justificação real, do art. 32 do Código, quando irreais ou imaginárias, por erro, existirem para o agente, transformou-se em causa de isenção de pena.

O preceito acima referido é completado pela parte final do parágrafo, aplicável aos erros de tipo permissivo, excluindo o dolo, porém subsistindo a culpa, se o fato for punível como crime culposos; prevalecendo a teoria limitada da culpabilidade.

O erro que recai sobre a causa de justificação exclui o dolo, permanecendo o resíduo culposos, que será expurgado, se inevitável.

Em síntese.

As conseqüências dos discriminantes putativos são a isenção de pena quando o erro inevitável, e se evitável, afasta-se o dolo, permanecendo a culpa, por conseguinte, o agente será responsabilizado por crime culposos se previsto na lei.

VII — CONCLUSÃO

A teoria do erro é uma realização da idéia de justiça, com a concreção jurídica, afastando a suposição de absolvições fáceis, com a atividade criativa de nossos julgadores.

O agente não pode ser punido se não tem a consciência da ilicitude de sua conduta, ou com o falso conhecimento da relação de contrariedade entre a conduta concreta e o ordenamento jurídico como em todo. A prova desse estado de erro incumbe à defesa demonstrá-lo, e uma vez demonstrado, impunível.

O Código Penal rendeu-se à orientação doutrinária segundo a qual estão vencidos as idéias de erro de fato e erro de direito, pois tinha este como base, num erro que versa sobre o fato.

Assim, reprisando, erro do tipo, versa sobre os elementos ou circunstâncias da figura típica é aquela que recai sobre os dados componentes da definição do crime. O outro erro, é o de proibição, que recai sobre a antijuridicidade do fato, por desconhecer o sujeito o mandamento proibitivo.

O erro de tipo, nos termos do art. 20, se inevitável e invencível exclui o dolo e a culpa, ou seja é escusável.

"O desconhecimento da lei é inescusável", O Código Penal, na 1ª parte do art. 21, nada mais faz que repetir o artigo 3º da lei de introdução do Código Civil, que diz: "A ninguém é permitido a alegação de ignorar a lei para escusar-se da prática de um fato.

O desconhecimento formal da lei é inescusável, mas a ignorância da ilicitude de fato, ou seja, a possibilidade do conhecimento do ilícito isento de pena, por exclusão da culpabilidade, quando invencível; ou diminue, atenuando a pena, se vencível.

Faça o exposto, o novo diploma penal, estabeleceu a distinção entre ignorância da lei e o desconhecimento da ilicitude do fato.

Já com relação os discriminantes putativos a teoria limitada da culpabilidade adotada pelo Código Penal, faz distinção: quando o erro, nos discriminantes putativos, deriva de apreciação do fato, é erro de tipo; quando deriva de apreciação sobre os requisitos normativos da justificativa, é erro de proibição (art. 20 § 1º).

Assim, o Código vigente, não adota plenamente a teoria finalística.

VIII – JURISPRUDÊNCIAS

Motiva o princípio da inescusabilidade da lei penal "uma exigência de política criminal. Se fosse permitido invocar como escusa a

ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois ter-se-ia criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável" (Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940, n. 14).

Não há falar em erro de fato e sim em erro de direito, se o delito é praticado acreditando o agente na licitude de seu ato, por ignorância da lei ou por mal conhecê-la. E esse erro não lhe aproveita, por que o Código Penal, em seu art. 16, esposou a parêmia *error iuris nocet*" (TJSP — Ap. Crim. — Relator Des. Hoepfner Dutra — RT 405/109).

"Eventualmente, pode-se reconhecer ignorância ou errada compreensão da lei na infração praticada por indivíduo rústico, analfabeto, que vive segregado do meio social" (TACR IM-SP — AP. Crim. Relator Juiz Mattos Faria — JUTACRIM 19/189).

"Reconhecido o erro de direito, resta excluída, ipso facto a culpa ou consciência da injuridicidade do ato, impondo-se, conseqüentemente, a absolvição do acusado. Constitui ilogismo a incongruência a condenação do réu por infração em que foi excluído o elemento subjetivo do ilícito" (TACRIM-SP — Ap. Crim. — Relator Juiz Ricardo Couto — JUTACRIM 25/183).

"É inconcebível que o réu seja condenado e, ao mesmo tempo, isento da pena, sob fundamento de erro de fato ou direito" (TACRIM — SP — AP. Crim. Relator Juiz Young da Costa — Manso — RT 281/538).

"A conseqüência de se haver reconhecido o erro de direito é sem dúvida, a absolvição do réu. A isenção de pena sempre deve ser traduzida em absolvição. Assim ocorre com os penalmente irresponsáveis, que embora eventualmente sujeitos a medida de segurança, saem absolvidos e nunca condenados. Outros problemas poderiam surgir se, paradoxalmente, pudesse existir uma sentença em que o *jus puniendi* do Estado fosse exercido através é que o agente é declarado isento de punição... por exemplo, uma tal sentença condenatória, ou não, causa interruptiva de prescrição? Qual seria a prescrição da ação penal, considerada a pena concretizada na condenação, que declarou o réu isento de pena?" (TACRIM-SP Ap. Crim. Rel Juiz Francis Davis RT 407/274).

"O erro de direito foi reconhecido em favor do apelante. E constituía tão-só, faculdade de insenção de pena e não excludente de injuridicidade ou excludente de responsabilidade penal. Semelhante à faculdade do art. 180, § 3º do CP, permitia a condenação" (TACRIM-SP — AP. Crim. Voto vencido do Juiz Maércio Sampaio — RT 407/274).

"Dentro da sistemática do nosso direito positivo, a norma penal em branco é lei penal e não extrapenal, sendo inadmissível o erro do agente sobre a sua existência" (TACRIM-SP – Rec. Crim. Relator Juiz Mattos Faria – JUTACRIM 10/126).

"O erro de fato é relevante, para a exclusão do dolo do agente, toda vez que obstrui o exato juízo de valor acerca da ação, ou o reconhecimento de sua injuridicidade e isto ocorre não somente quando o erro importa na suposição da ausência de circunstâncias de fato que condicionam a existência do crime, como quando gera a suposição da presença de condições de fato que cotivam a excepcional licitude penal da ação" (TACRIM-SP – Ap. Crim. Relator Juiz Carlos Ortiz – RT 505/345).

"A dirimente prevista no art. 17 do Código Penal só torna impunível o fato praticado quando recai sobre elementos essenciais do crime, suprimido, no caso de infração dolosa, o elemento subjetivo, que é a vontade consciente de realizar todos esses elementos." (TACRIM-SP Ap. Crim. Rel. Juiz Aquino Machado – JUTACRIM 45/293).

"É o erro que conduz o agente a desconhecer a existência de uma condição de fato que integra a figura típica penal. O erro se refere a elemento constitutivo do fato criminoso. Afeta a própria substância da representação do fato como ação punível no espírito do agente." (Anibal Bruno, "Direito Penal", Parte Geral, tomo II, pág. 121 e 122, 3ª Ed. pág. 119).

"É indispensável ao reconhecimento de erro de fato proceder o agente na ilusória convicção de não estar praticando crime algum, não bastando ao acolhimento da dirimente proceder o acusado na dúvida posto que gravita conduta na órbita do dolo eventual. Assim, em sede de adultério, não se esquivava de pena que, agindo de maneira suspeita alega como "erro de fato" ignorar ser casado seu parceiro amoroso" (TACRIM-SP – Ap. Crim. – Rel. Juiz Fernando Prado JUTACRIM 28/195).

É admissível a ocorrência de erro de fato, tal como previu o art. 17 do Código Penal, na conduta de quem desempenha, por curto período, o exercício ilegal da arte dentária, em local onde não havia profissional habilitado, cessando-o assim que advertido pelo Conselho Regional de Odontologia" (TAPR – Ap. – Crim. Juiz Schiavon Puppi RT 495/377).

"Indispensável à caracterização do furto a consciência da injuridicidade da subtração, pela intenção de fazer definitivamente sua ou de outrem a coisa alheia, ainda não quando não movido por fim de lucro. Inexiste, assim, o delito se fundamentalmente, acredita o agente, tratar-se

da res nullius ou derelicta" (TACRIM – SP Ap. Crim. Rel. Juiz Joaquim Francisco RT 20/265).

"O agente crê encontra-se em situação que se realmente existisse excluiria o ilícito do seu ato, isto é, em situação que constitui causa de exclusão da antijuridicidade. No seu espírito os fatos se representam como regular de direito, de cumprimento de dever legal. São as chamadas causas putativas de justificação. Nesses casos, não há a exclusão da ilicitude do fato mas apenas o elemento subjetivo da culpabilidade em quem supunha essa situação" (Anibal Bruno, op. cit., págs. 121 e 122).

"O error facti, vivendo o processo psicológico, cria representação ou motivos que determinam uma conduta diversa da que o agente teria seguido se tivesse conhecimento da realidade" (TJDF – Ap. Crim. – Relator Des. Cândido Colombo – DJU 27.5.71, pág. 2478).

"Para que a ação do réu possa ser admitida como legítima defesa putativa – e necessário que se apresente uma situação de fato que o leve a supor que tornaria a sua ação legítima. Por isso ela é estranha ao quadro das causas excludentes de injuridicidade, razão pela qual foi admitida na doutrina do nosso Código Penal dentro dos limites do erro de fato essencial, que exclue a culpabilidade." (TJSP – Ap. Crim. Rel. Des. Hoepfner Dutra RT. 445/360).

"Se o réu cometer o crime por erro plenamente justificado, supondo uma situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, está isento de pena" (TJ – SP Ap. Crim. Rel. Des. Gonçalves Santana RT 381/152).

"Para a isenção de pena, exige a lei um erro plenamente justificado pelas circunstâncias, com a suposição de situação de fato que, existindo, legitimaria a ação do agente" (TACRIM – SP Ap. Crim. Rel. Juiz Prestes Barra RT. 388/314).

"A lei disciplinando o erro de fato, diz que o agente é isento de pena. É da doutrina operar-se aí a exclusão do dolo." (TJ – SP Ap. Crim. Rel. Des. Acácio Rebouças RT. 439/337).

BIBLIOGRAFIA

ASUA, Jimenéz de. "Tratado de Directo Penal". Vol. 3, Losoda, Buenos Aires, 1951.

BETTIOL, Guiseppe. "D.P.". 29 Vol. RT, 1973.

- BRUNO, Anibal. "D.P.". 2ª Tomo Forense, 1967.
- CARRARA, Francesco. "Programa Del Curso de Derecho Penal". Vol. I, Delpoma Buenos Aires, 1944.
- CARRELUTTI, Francesco. "Lezion Di Diritto Penale". Giuffré, Milão, 1943.
- DELMANTO, Celso. "Código Penal Anotado". Freitas Bastos, 1986.
- DUARTE, José Caetano. "O Erro do CP". Vega, 1984.
- FERRI, Henrique. "Sociologia Criminal". Milão, 1947.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. "Lições de DP". Forense, 1985.
- GARCIA, Basileo. "Instituições de DP". Vol. 1 T.I Max Limondi, 1952.
- GAROFALO, "Criminologia". Turim, 1891.
- GUSMÃO, Sadi Cardoso de. "Das Contravenções Penais". Freitas Bastos, 1942.
- HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao CP". Vol. 1 Forense, 1949.
- JESUS, Damásio de. "Direito Penal". 1ª V., Sor, 1984.
- JESUS, Damásio de. "Curso sobre a Reforma Penal". Saraiva, 1985.
- JOLIVET, R. "Curso de Filosofia". Ed. Rio, 1957.
- JR., Sabino Vicente. "Direito Penal". Sugestões Literárias, 1967.
- LISZT, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal". T2, Reus.
- LUNA, Everaldo da Cunha. "Capítulo de Direito Penal". Sor, 1985.
- MAGGIORE, Giuseppe. "Diritto Penale". Bolonha, 1951.
- MARQUES, Frederico. "Tratado de Direito Penal". 2ª Vol. Saraiva, 1965.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. "Manual de DP". 1ª Atlas, 1986.
- NETTO, Alcides Munhoz. "A Ignorância na Antijuridicidade e Matéria Penal". Forense, 1978.
- NORONHA, E. Magalhães. "D. P." Vol. 1 Saraiva, 1973.
- PETROCELLI, Beagio. "Princípios di Diritto Penale". Nápoles, 1949.
- SILVA, AJ. da Costa e. "Código Penal". Cia Nacional, 1943.
- SIQUEIRA, Galdino. "Tratado de DP". 1ª José Konfino, 1947.
- SOLER, Sebastián. "Directo Penal Argentino". Buenos Aires, 1970.
- TOLEDO, Francisco de Assis. "O Erro no DP". Saraiva, 1957.
- TOLEDO, Francisco de Assis. "Princípios Básicos de DP". Saraiva, 1986.
- WELZEL, Hous. "La Teoria de La Accion Finalista". Buenos Aires, 1941.

PERFIL CONSTITUCIONAL DO TRIBUTO E A NATUREZA JURÍDICA DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

José Antonio Minatel

SUMÁRIO

I — Introdução	49
II — Sistema Tributário e os Princípios Constitucionais:	
— Sistema Jurídico	49
— Sub-Sistema Constitucional Tributário	50
— Princípios Gerais	51
— Princípios Tributários	53
III — Tributo na Constituição	55
IV — Conceito Constitucional de Tributo	57
V — Espécies Tributárias na Constituição	60
— Impostos	61
— Taxas	61
— Contribuição de Melhoria	61
— Empréstimos Compulsórios	62
— Contribuições Especiais	62
VI — Classificação Material dos Tributos	63
— Vinculados	64
— Não Vinculados	64
VII — Competência para instituir Tributo	68
VIII — Atividade Legislativa e a Rigidez Constitucional	71
IX — O Decreto-Lei e a Instituição do Tributo	71
X — Empréstimos Compulsórios	74
a) Evolução Constitucional	74
b) Comportamento da Doutrina	75
c) Natureza Jurídica Tributária	77
d) Inconstitucionalidade do DL 2288/86	81
Bibliografia	87

I — INTRODUÇÃO

O momento atribulado de reformas que assolam o país, com a edição de constantes "pacotes", "planos de metas", "diretrizes básicas", "ajustes", que nada mais são que simulacros para extorquir dinheiro do bolso dos particulares em favor da gerência pública, levou-nos a refletir sobre o balizamento constitucional que define o ingresso das receitas públicas, especialmente a receita derivada qualificada como "tributo". Limita-se este trabalho a enunciar as diferentes espécies tributárias consagradas na CARTA MAGNA e a conseqüente competência atribuída a cada uma das pessoas políticas, na realização do seu mister. Busca o enaltecimento dos princípios basilares que envolvem a tributação e a acareação entre os seus pressupostos e os últimos atos editados pelo Executivo, no tocante ao empréstimo compulsório. Para tanto, é fundamental que iniciemos nossa jornada perfilhando nosso ordenamento jurídico MAIOR, para, daí extrairmos os pressupostos e princípios que regem a relação ESTADO/CONTRIBUINTE e as limitações impostas ao Poder central, na árdua tarefa de angariar recursos para o funcionamento da emperrada máquina administrativa.

Temos consciência das dificuldades que nos advirão e das limitações naturais como principiantes na investigação da fenomenologia tributária, o que nos serve de escudo prévio ante os reparos fundados dos mestres que, certamente, este trabalho fará por merecer. Todavia, ousamos lançar uma proposta com o escopo de trazer alguma contribuição pessoal sobre o tema, para fugir à tradição de se repetir, restritivamente, as articulações já expressadas pelos doutos. Neste posto, sabemos que a ousadia nos torna mais vulneráveis, contudo, é uma opção estribada na vontade de aprender.

II — SISTEMA TRIBUTÁRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

SISTEMA JURÍDICO:

O sistema jurídico é composto por um conjunto de regras destinadas a regular a interação dos componentes de uma sociedade, organizadas numa estrutura hierárquica, de tal forma que, ou a norma superior

fundamenta a inferior ou esta deriva, material e formalmente daquela. Todas essas normas convergem para um ponto comum que é a Constituição posta. Daí a estrutura piramidal imaginada por Hans Kelsen que coloca no ápice a **norma hipotética fundamental** que dá fundamento de validade às demais normas do sistema, umas regulando a criação das outras.

Assim, a Constituição positiva encontra sustentação numa norma imaginária, superior, que além de hipotética, é fundamental, no sentido de que é a lei suprema, jamais submissa a qualquer outra norma. Partindo da Constituição, as demais normas do sistema vão se distribuindo em escalões hierárquicos, culminado por encontrar nas bases da pirâmide, as regras individuais de aplicação plena, que não dependem da existência de outras regras para que sejam eficazes.

SUBSISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO:

Ao podermos afirmar que a Constituição brasileira é um sistema de proposições normativas integrante de outro sistema maior que é o sistema do Direito Positivo, fica facilitada a tarefa de admissão de que estes sistemas se decompõem em subsistemas que, por sua vez, se compõem de subconjuntos, classes, etc. Interessa-nos destacar, mesmo que por divisão puramente didática, o subconjunto de regras do sistema constitucional que, a par das demais regras existentes no mesmo escalão, se apresentam como uma construção harmoniosa para regular os poderes do Estado na busca dos recursos para atendimento da sua finalidade maior que é o bem comum. A essa atividade estatal é que se dá o nome de tributação, ou ação de tributar como já vimos, que se resume numa obrigação criada pelo Estado soberano, cujo objeto é a transferência de uma parcela de dinheiro aos cofres públicos.

Para destacar as regras que compõem este subconjunto (subsistema constitucional tributário), não basta o aproveitamento da construção formal ditada pela Constituição nacional, que reservou um capítulo específico (capítulo V) para agrupar as normas que compõem o chamado "**SISTEMA TRIBUTÁRIO**". Isto porque, elas não se esgotam com a organização sistemática, cabendo ao jurista perquirir sobre a existência de verdadeiros postulados que, aparentemente ou formalmente agrupados em outros subsistemas, se constituem em verdadeiros princípios norteadores da conduta estatal na tarefa da tributação.

O nosso sistema tributário acompanha a característica constitucional da rigidez, ganhando relevo especial pela redução minuciosa dos grandes princípios, principalmente pela enumeração dos tributos e repartição das competências impositivas que marcam a nossa organização federativa.

Contrariamente a outros países que reservam às suas Constituições poucas regras norteadoras dos princípios a serem seguidos no uso da competência tributante, o sistema constitucional tributário brasileiro é dotado de abundante conjunto de regras inflexíveis que impedem o exercício de qualquer criatividade por parte do legislador ordinário. Adverte o festejado HERON ARZÚA que a CARTA atual disse ao legislador o que fazer, o que não fazer, por que forma, como e em que medida fazer.

Essa preocupação do legislador constituinte, ao atribuir acentuada rigidez ao sistema tributário, teve em vista preservar o sistema federativo e evitar a imposição indiscriminada por parte dos governos. A própria atribuição de competências que implica, ao mesmo tempo, limitação constitucional ao poder de tributar, foi esgotada pelo constituinte, estando reservada à União a atribuição para instituir eventuais impostos não previstos na Constituição (art. 18, § 5º e 21, § 1º).

As regras de imposição tributária, no Brasil, encontram-se delimitadas e informadas por uma série de princípios constitucionais que irradiam seus efeitos, ora para ativar, ora para tolher a atividade do Estado nas relações com os seus súditos. Alguns são princípios de ordem geral e outros voltados, exclusivamente, para o campo tributário.

PRINCÍPIOS GERAIS:

“Princípios”, no sentido jurídico, são normas fundamentais que servem de alicerce ao Direito. “São linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”, no dizer do Prof. Paulo de Barros Carvalho. Esses comandos, verdadeiros postulados que norteiam a elaboração legislativa, às vezes aparecem **expressos** claramente no texto constitucional; outras vezes há necessidade de um esforço maior indutivo para identificá-los, pois estão **implícitos**.

Nem todos os princípios consagrados no seio da Constituição tem aplicação privativa ao sistema tributário. Há princípios de ordem geral que também são de grande valia ao jurista na elucidação dos fenômenos jurídico-tributários, como veremos sucintamente:

a) PRINCÍPIO DA CERTEZA DO DIREITO:

É implícito no sistema jurídico e postulado maior que traz a própria raiz do “dever-ser”. É inspirador de toda elaboração legislativa que visa equacionar a interação dos entes em sociedade. Tem corolário com o

que o Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO chama de "princípio da segurança jurídica" cujo pressuposto elementar está na convicção de que o Estado foi criado pelo homem para servi-lo e não para servir-se dele, cabendo ao Direito estabelecer as regras dessa convivência num clima de segurança e certeza. Desse princípio maior é que decorrem outros princípios como o da anterioridade da lei, da irretroatividade, da legalidade, da igualdade, etc.

b) PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

Inserto no § 1º do art. 153 da Constituição, tem como destinatário o próprio legislador que, para exercer a função legislativa, deve enquadrar sua proposição nos parâmetros traçados no dispositivo citado. Além de comando, funciona como limitação à atividade legislativa que deve buscar na igualdade o primeiro passo para a consecução do princípio anterior, qual seja, a certeza do Direito. A amplitude deste vetor é inquestionável tanto entre os integrantes da sociedade (povo), quanto entre os próprios componentes do Estado federado.

c) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Explícito no art. 153, § 2º, da CARTA atual, vem também em benefício da segurança jurídica, impedindo a estipulação de direitos e obrigações que não decorram da norma jurídica do sistema. Será abordado, na sua essência, no quadro dos princípios tributários.

d) PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS:

Pressuposto fundamental da realização da segurança do Direito, posto que as normas convergem para o futuro, devendo possibilitar aos destinatários uma determinada postura diante do conhecimento delas, este princípio está explicitado no § 3º, do art. 153, da nossa Constituição, no sentido de que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

e) PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO:

Consagrado no comando "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 153, § 4º), assegura este princípio em caráter geral que somente gozam do atributo da definitividade, as decisões proferidas pelo Judiciário, a quem compete conferir a tutela jurisdicional.

Outros princípios poderiam ser aqui mencionados, como o da supremacia do interesse público, da indisponibilidade desses interesses, da liberdade do trabalho, da isonomia das pessoas constitucionais, que não são desenvolvidos nesta oportunidade, não pela menor importância que se lhes possa atribuir, mas sim pela pretensão de se destacar, com maior elasticidade, aqueles princípios voltados diretamente ao sistema tributário, o que faremos a seguir.

PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS:

a) PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE:

O legislador tributário não se contentou com a previsão genérica instituída pelo art. 153, § 2º da Constituição, no sentido de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei". Dando ares de maior severidade, previu o art. 19, I, da Constituição Federal, a vedação aos entes políticos para "instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça".

Mais ainda, como redundância enfática, estabelece o art. 153, § 2º, que "nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça", o que demonstra o imperativo do desígnio constitucional.

A exigência de lei para instituição ou majoração de tributo vem ao encontro de conclusões já expandidas previamente, no sentido de que a Constituição não cria tributos, mas sim, atribui capacidade aos entes políticos para tal. Ao fazê-lo, devem estas leis (federais, estaduais ou municipais) enunciar a regra matriz de incidência acompanhada dos demais pressupostos que compõem o fato tributável (base de cálculo, alíquota, sujeito passivo), em atendimento à tipicidade da tributação.

A análise mais rigorosa levaria a impugnar a expressão "reserva da lei", comumente utilizada para designar este princípio, uma vez que a nossa Constituição não faz uma reserva de algumas matérias que dependeriam exclusivamente de lei. Diz, sim, que **tudo** deve ser objetivo de lei, contrariamente à Constituição francesa, por exemplo, em que determinadas matérias são reservadas à lei, onde a expressão seria utilizada com total pertinência.

Questiona-se, ainda, sobre a exigência de lei "strictu sensu", para atendimento do comando constitucional com fidelidade, entendendo alguns juristas que o decreto-lei não é meio adequado para criação do tributo ou a sua majoração, enquanto ato do Executivo. O entendimento da maioria quantitativa dos autores é pela prestabilidade de tal instrumen-

to para imposição tributária, que só é ato do Executivo em função da sua origem, assumindo a mesma natureza da lei após a sua aprovação pelo Congresso Nacional. Voltaremos ao assunto em análise apartada, em capítulo posterior.

b) PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI:

Antigamente denominado de princípio da anualidade, em função da necessidade, à época, da previsão do tributo no orçamento anual, tem este princípio, ao lado da legalidade, grande responsabilidade pela consecução da pré-falada segurança do Direito. Explícito no art. 153, § 29, "in fine", da CARTA, consagra a necessidade da vigência da lei no exercício anterior ao da cobrança do tributo a ser instituído.

Tem em mira impedir que os entes tributantes possam, a qualquer tempo, a pretexto do exercício pleno da competência tributária, instituir ou majorar tributos, cujo ônus possa surpreender os sujeitos passivos que nortearam suas condutas e planejaram suas economias sob a égide da lei anterior.

c) PRINCÍPIO DA ISONOMIA:

Se "todos são iguais perante a lei", é inadmissível que esta venha reservar tratamento fiscal diverso aos indivíduos que se achem nas mesmas condições. Nas dobras desse comando constitucional, encontra-se implícito e materializado o chamado princípio da capacidade contributiva que previa, expressamente, a Constituição de 1946.

Já se postulou, também, que a igualdade não deve ser buscada, apenas, entre os destinatários da norma, mas deve ser invocada nas relações entre sujeitos ativos e passivos, conforme lição de RAMON VALDÉS COSTA, para quem "Fisco Y contribuyente en sus respectivas calidades de acreedor y deudor del tributo, están en la misma situación jurídica, ambos sometidos por igual a la ley Y a la jurisdicción". ("LOS PRINCIPIOS JURIDICOS FUNDAMENTALES EN LA CODIFICACIÓN TRIBUTARIA DE AMERICA LATINA" — In Revista do Direito Tributário nº 03 — pág. 53).

d) PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE DA COMPETÊNCIA:

Assegura este princípio que o não exercício da competência atribuída pela Constituição não defere a outro ente político o direito de exercitá-la. Decorre da rigidez da distribuição das competências e encontra

sustentação no parágrafo único do art. 6º da CF, que veda a delegação de atribuições. Andou bem o legislador do CTN ao enunciar, no seu art. 7º, expressamente, que "a competência tributária é indelegável...", extraindo com precisão a mensagem implícita nas regras do sistema constitucional tributário. Isso vem confirmar nosso pronunciamento anterior, no sentido de que a outorga de competência a uma pessoa política, em determinada matéria, significa de modo imperativo, a limitação da competência das demais pessoas para a mesma matéria.

e) PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE GEOGRÁFICA:

Traduzido na mensagem da limitação do poder de tributar (art. 20, I), estatui imperativo consagrador do princípio federativo e da autonomia dos Municípios, posto que o legislador constituinte vedou a eventualidade de qualquer distinção ou preferência relativamente a um Estado ou Município, em prejuízo de outro.

Outros princípios constitucionais tributários poderiam ser aqui destacados, como da territorialidade da tributação, da não discriminação tributária, da vinculabilidade da tributação, da tipologia ou tipicidade tributária, da imunidade recíproca, da proibição de tributos confiscatórios, da não cumulatividade do IPI e do ICM, enfim, tantos outros implícitos ou expressos no texto constitucional que, todavia, em função do dimensionamento proposto "ab initio", deixarão de ser aqui analisados nos seus detalhes.

Em conclusão destas linhas, podemos afirmar que aludidos princípios consubstanciam não só mandamentos genéricos intimamente ligados ao estatuto do contribuinte (esfera mínima dos direitos subjetivos públicos oponíveis à ação tributária do Estado), como também aqueles próprios do sistema, entre os quais avulta soberano o princípio implícito da rigidez do sistema tributário. Os princípios fundamentais do direito tributário se consagram na ordem jurídica com uma hierarquia superior a da lei ordinária, de acordo com o sistema constitucional de cada país, a fim de assegurar a sua devida permanência. Por tudo isso é que já se disse que é mais grave ofender um princípio acolhido na Constituição, mesmo que de forma implícita, do que ofender uma simples regra, ainda que expressa.

III – TRIBUTO NA CONSTITUIÇÃO

É por demais sabido que a Constituição é a fonte, por excelência, do Direito Tributário e, ao organizar a estrutura do Estado, fixa

também a sua soberania e a aptidão dos seus membros em matéria tributária, dentro de determinados balizamentos.

A Constituição cria o Estado, elenca os direitos fundamentais das pessoas e as garantias a esses direitos, tendo como fim o estabelecimento da liberdade e da segurança jurídica. Sua tarefa é de permitir um verdadeiro equilíbrio na convivência entre os próprios indivíduos e entre estes e o Estado, ora limitando a ação estatal desenfreada, ora garantindo os direitos individuais fixados no seu bojo.

É patente que uma das grandes limitações impostas ao Estado, senão a maior delas, está na **ação de tributar** (tributação). Tem sentido a explicitação de regras rígidas nessa matéria, visto que o instituto veicula uma força que vai atingir, direta ou indiretamente, um dos princípios enaltecidos na Constituição, que é o **direito de propriedade** (art. 153, § 22), vulnerando-o.

Os objetivos das normas constitucionais, em matéria tributária, são bem definidos:

- 1º) traçam a regra matriz de incidência dos tributos;
- 2º) classificam os tributos em espécies e sub-espécies;
- 3º) apontam as competências tributárias das várias pessoas políticas; e
- 4º) apontam as limitações ao exercício dessas mesmas competências.

Idealizado o Estado na Constituição, há necessidade do seu dinamismo para atender às necessidades a que se propôs e, para tanto, usando da sua autoridade, exige unilateralmente que as pessoas transfiram um pouco da sua riqueza e das suas economias. Nesse momento, a propriedade está sofrendo diminuição. Mas, a ação estatal, além de atingir a propriedade, afeta também a **liberdade** das pessoas, na medida em que condiciona os seus comportamentos. Isso se dá, também, em matéria tributária.

É bem verdade que a Constituição não definiu o tributo expressamente, mas traçou o seu regime jurídico, de onde podemos extrair a sua concepção constitucional, destacando-o de outras exigências contidas no seu texto que não revelam a mesma natureza, como, por exemplo, o confisco, as multas, a desapropriação, serviço militar, auxílio à justiça eleitoral, etc...

IV – CONCEITO CONSTITUCIONAL DE TRIBUTO

A constatação desse conceito exige o afastamento de qualquer legislação do nível infraconstitucional, da concepção doutrinária existente e do exame do direito comparado. Será ele buscado à luz do texto constitucional em vigor e nos princípios que o mesmo encerra.

Muito embora não o tenha definido expressamente, a nossa Constituição fala em **tributo**, o que implica num pressuposto, cuja idéia inicial é a entrega de dinheiro ao Estado. Vamos buscar na Constituição Federal o que o Prof. GERALDO ATALIBA chama de “conceito aglutinante”, ou seja, todos os princípios e regras que convergem para a noção de tributo.

O tributo é colocado, “a priori”, como instrumento de arrecadação, necessário, pois, para a realização das despesas públicas. Esse entendimento decorre do art. 60 e seguintes, da atual CARTA, notadamente do § 2º, do art. 62, “verbis”:

“Art. 62 – O orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.

.....

§ 2º – Ressalvados os impostos mencionados nos itens VIII e IX do art. 21 e as disposições desta Constituição e de leis complementares, é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, estabelecer que a arrecadação parcial ou total de certos tributos constitua receita do orçamento de capital, proibida a sua aplicação no custeio de despesas correntes.”

Inegável, por outro lado, que o **tributo** decorre da lei, o que também é confirmado pelo texto constitucional:

“Art. 19 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

“Art. 153 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos

direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 29 — Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça..."

Impõe-se, aqui, uma primeira conclusão: se o tributo decorre da lei é uma **prestação obrigatória**, vale dizer, estão afastadas as possibilidades de incidência em função de acordo de vontades. Ninguém, pois, paga tributo porque quer, mas porque a lei obriga que o faça.

Decorre, ainda, desse entendimento que, se o tributo é fruto da lei, sua exigência se apresenta como forma de cumprimento da norma, como realização da hipótese normativa; "a contrario sensu", não se traduz como consequência do descumprimento da regra jurídica, o que distingue o tributo da sanção, das penalidades e até do confisco.

São oportunas as palavras de ALBERTO XAVIER:

"Isto leva-nos a afirmar que o brocardo "nullum crimen, nulla poena sine lege" tem o seu equivalente no Direito Tributário: "nullum tributum sine lege". Da mesma forma, pois, que no Direito Penal o princípio da tipicidade surgiu como técnica de proteção dos cidadãos contra os poderes decisórios do juiz, ele revelou-se no Direito Tributário como instrumento de defesa dos particulares em face do arbítrio da Administração. O princípio da tipicidade não é, ao contrário do que uns já sustentaram, um princípio autônomo do da legalidade: antes é a expressão mesma deste princípio quando se manifesta na forma de uma reserva absoluta de lei, ou seja, sempre que se encontra construído por estritas considerações de segurança jurídica" (...)

"Já atrás se viu, ao tratar do princípio da reserva da lei, que no Direito Tributário esta assumia a natureza de uma reserva de lei formal, no sentido de que a instituição de tributos e, portanto, a formação dos tipos tributários, nos seus contornos essenciais, é monopólio das normas revestidas de força de lei, dimanadas dos órgãos legislativos competentes, por antonomásia as Assembléias representativas. E que tal regra — originariamente expressão do livre consentimento dos tributos pelos povos — passou a revestir no Estado de Direito a função de garantia da separação dos poderes, pressupostos da realização da justiça e da segurança jurídica em matéria de impostos." (OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TIPICIDADE DA TRIBUTAÇÃO — Editora Revista dos Tribunais — 1978 — pág. 69/71).

Na busca continuada das normas constitucionais que convergem para o conceito de **tributo**, encontramos, nas vedações do art. 20, a indicação de que o tributo é fonte de receita da União, dos Estados e dos Municípios, como meio necessário para assegurar a **autonomia política** de cada uma dessas pessoas.

Desponta, aqui, o regime **federativo** — Arts. 19 e 47, § 19 da CF — assegurando a autonomia dos Estados federados e, como particularidade do nosso sistema, a autonomia dos Municípios, como se depreende, respectivamente, dos arts. 10, VII; 13; e 10, VII, “e” e 15.

Merece transcrição o pronunciamento do mestre GERALDO ATALIBA:

“Com efeito, é entendimento incontroverso e generalizado que a autonomia política supõe, necessariamente, como condição, a autonomia financeira. Não há que perder maior tempo na demonstração do afirmado. Basta verificar que, em toda parte onde aos governos locais e regionais não se reconhece a autonomia política, por isso mesmo — via de regra — não se cuida de autonomia financeira, não há preocupação com fontes próprias, juridicamente próprias, de receitas. Pelo contrário, vê-se que onde existe verdadeira e efetiva autonomia — não em meros termos de anseio político ou ideal administrativo, mas traduzida em regime jurídico que confere poder decisório próprio, por órgãos próprios, aí se vê nítida a autonomia financeira, sem a qual, aliás, eufêmica seria a própria qualificação autonômica.” (“SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO” — 1968 — pág. 24 e ss)

Essa autonomia é restrita, como vemos, às pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de legislativo próprio, pois a representatividade, no nosso sistema, vem calcada no poder legislativo.

Os atos legislativos que vão ordenar a conduta dos indivíduos, impondo e limitando comportamentos, devem emanar do colégio composto pelos seus mandatários, para que possam gozar do atributo da legitimidade. Isto porque, como já professava SAMPAIO DÓRIA: “admitir que, modernamente, o Estado possa legislar em causa própria é contradição nos termos. O Estado é a síntese dos interesses coletivos dos indivíduos que os compõe.” (“DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E “DUE PROCESS OF LAW” — Ed. Forense — 1986 — pág. 2)

Neste ponto, mais um passo temos dado na busca do conceito constitucional do tributo. Tendo-se presente a afirmação de linhas atrás, no sentido de que o tributo decorre da lei, e sendo a lei o ato privativo de manifestação da vontade do colégio que representa o povo, titular do

poder, é imperioso concluir que a edição da lei instituidora do tributo, pelos mandatários, representa aquiescência ou **consentimento** do povo que, por tal liame, se vincula ao Estado, numa relação jurídica de cunho obrigacional. À falta de melhor expressão, permitimos denominá-la de **relação jurídica consentida**, o que ameniza e serve para refutar a falsa idéia de verticalismo nas relações entre o Estado (todo poderoso) e os indivíduos (súditos).

Mais ainda, o art. 153, § 1º, da Constituição Federal, embora não se refira expressamente ao conceito de tributo, realça um grande princípio aplicável à todas as relações jurídicas, ou seja, o princípio da igualdade ou da isonomia, já comentado linhas atrás. Se "todos são iguais perante a lei" e se é esta quem vai instituir o tributo por vontade dos titulares do poder (povo), não resta dúvida de que o ato legislativo deve primar pela consecução da tributação igualitária, sobressaindo incólume o princípio da capacidade contributiva, inserto nas dobras do princípio da isonomia.

A configuração de todas as constatações anteriores, quer nos parecer, autoriza a concluir que **tributo é uma relação jurídica que se estabelece entre o Estado e o sujeito colhido pela ordem jurídica, tendo por base a lei, em moeda, e que não decorre de ato ilícito.**

Veja-se, a propósito, que tal configuração não diverge, na essência, daquela prescrita no artigo 3º do CTN que peca pela redundância nos seus termos, em que pese a sua discutida prestabilidade como lei complementar com base no art. 18, § 1º da Constituição Federal.

V – ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO

Esboçado o conceito constitucional do tributo, interessa-nos agora, perquirir sobre as espécies daquele gênero, consagradas no texto da CARTA MAGNA.

Preliminarmente, pedimos vênia para discordar daqueles que enxergam as espécies tributárias esgotadas no art. 18, incisos I e II, da Constituição Federal, tal qual encampado pelo CTN, "verbis":

"Art. 5º – Os tributos são impostos, taxas e contribuição de melhoria." (grifamos)

A nosso modesto entender, as diferentes espécies tributárias devem ser buscadas dentro de uma visão sistêmica do próprio texto constitucional que, embora não as distinguisse expressamente, identificou-as em diversas oportunidades, como categorias próprias.

Para melhor análise, reproduzimos o artigo que inaugura o capítulo destinado ao Sistema Tributário:

"Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

I — taxas, arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; e

II — contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada."

Entendemos que o legislador constituinte pretendeu enunciar, logo de início, as espécies tributárias que competem a **todos** os entes tributantes, partindo da declinação da regra geral para, só depois, enunciar as regras excepcionais de competências exclusivas. Essa diretriz é facilmente identificada na norma transcrita, que se preocupou, de início, da delimitação das competências genéricas, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, desse entendimento, podemos expressar que a Constituição consagra, "a priori" e genericamente:

IMPOSTOS

- que competem a **todos** os entes políticos instituir, respeitadas as materialidades atribuídas a cada um deles na repartição das competências ditas nos arts. 21 ao 24;

TAXAS

- que cabem à todas as **pessoas** políticas instituir, em função da atividade estatal concernente ao exercício do poder de polícia ou prestação de serviços públicos;

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

- de competência de **todos** os entes políticos, para fazer face à atividade estatal de realização de obras públicas.

Dessa visão panorâmica, ressalta-se o atributo de **todos** (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), terem competência para instituírem IMPOSTOS, TAXAS e CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.

Definida a regra geral, cuidou a Constituição, num passo seguinte, de expressar categorias tributárias que não mais se dirigem à totalidade das pessoas políticas; ou melhor, enumeradas as espécies tributárias

dirigidas a **todas** as pessoas competentes, ato contínuo, tratou de enunciar exações dotadas de flagrantes peculiaridades, reservando, em função disso, a **competência exclusiva da União** para legislar sobre aquelas matérias. Impera aqui o atributo da **exclusividade** da competência somente à União — enquanto que, nas primeiras, vigora a característica da **generalidade** (todos).

Temos, então, que a Constituição Federal reservou unicamente à União a possibilidade de instituir:

EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

- em casos específicos definidos em lei complementar; (art. 18, § 3º e art. 21, § 2º, inciso II).

CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

- pela intervenção no domínio econômico; no interesse de categorias profissionais; para custeio da parte da União na Previdência social; (art. 21, § 2º, inciso I; art. 163, § único; art. 165 inciso XVI e 166, § 1º).

Do exposto, temos para nós que a enumeração das espécies tributárias no texto constitucional está estreitamente ligada à repartição das competências, o que vem ao encontro do sempre presente postulado de que “toda outorga de competência é, ao mesmo tempo, uma limitação dessa competência”, visto que atribuir **exclusivamente** a um significa denegá-la aos demais.

Não nos repugna a idéia daqueles que descrevem como espécie do gênero tributo, as **CONTRIBUIÇÕES** (no plural), abrangendo como sub-espécies: a) a contribuição de melhoria; b) a contribuição pela intervenção no domínio econômico; c) a contribuição pelo interesse de categorias profissionais e, d) a contribuição para custeio da parte da União na previdência social. A nossa separação, já o dissemos, está calcada na ênfase atribuída pelo legislador constitucional na explicitação das competências tributárias. Naquela linha de aglutinações, até os empréstimos compulsórios — por nós elencados como espécie autônoma — permitiriam ser enquadrados no gênero das **CONTRIBUIÇÕES**, desde que o pressuposto da exigência se constituísse na intervenção no domínio econômico.

Sem a pretensão de fugir da premissa inicial traçada para este trabalho, que visa a investigação dos institutos jurídicos à luz do texto constitucional, mas apenas para reforço de argumentação, vemos que o próprio CTN, que aparentemente consagra a tripartição das espécies tributárias (art. 5º), faz alusão aos empréstimos compulsórios no art. 15 e às contribuições especiais, no artigo 217, este acrescentado pelo decreto-lei nº 27/66. Essa circunstância, como dissemos, não basta, por si só, para

delinear a verdadeira natureza jurídica de tais exações, mas, apenas para refutar a pretensão daqueles que se apóiam na literalidade do texto do seu art. 59, em defesa da divisão tripartite.

VI – CLASSIFICAÇÃO MATERIAL DOS TRIBUTOS

Nossa preocupação foi, até aqui, enunciar a idéia central de tributo e encontrar as diferentes referências às suas espécies, no texto constitucional. Partimos, de ora em diante, para investigar os traços de semelhança e dissemelhança entre as espécies que, para tanto, haverão de ser classificadas segundo um critério jurídico, significa, segundo um critério prestigiado pelo Direito e, portanto, dotado de valor científico para este estudo.

Ao elegermos tal premissa não estamos esbravejando a autonomia ou a auto-sustentação do Direito Tributário como ciência, com dispensa de qualquer outra valoração, mas sim, estamos destacando, dentre uma multiplicidade de critérios que podem informar uma classificação (políticos, sociológicos, econômicos, históricos, etc.) aquele fixado na regra jurídica, posto que o tributo, como já vimos, decorre da lei. Aos que criticam e vislumbram radicalismo nesta posição principalmente pela abstração de ordem econômica ou financeira, lembramos que o fato econômico, no Direito, ganha relevância se juridicizado e, a partir daí, não mais é o fato que merece consideração do jurista, mas sim a norma que o introduziu no universo jurídico. As considerações econômicas que motivaram o legislador na produção da norma se tornam irrelevantes para o Direito, se não abarcadas na materialidade do ato produzido.

Na busca dessa classificação jurídica é mister que iniciemos nosso intento a partir do texto constitucional, cujas regras informam toda produção legislativa.

O exame das espécies acabará por nos demonstrar que o legislador constituinte reserva regimes jurídicos exclusivo às espécies tributárias, de modo que sua efetiva constatação acabará por nos assegurar o regime aplicável, mantida deste modo, a necessária segurança jurídica do ordenamento.

Isso é claramente perceptível em relação às espécies tradicionais e incontroversas na doutrina. Assim é que, todas as vezes que o texto constitucional se refere aos impostos, demonstra que o critério para sua incidência independe de qualquer atuação estatal dirigida ao sujeito passivo; pelo contrário, repousa numa situação caracterizada pelo poder de

império reconhecido ao Estado, para desempenho de suas finalidades públicas primárias.

Por outro lado, quando a Constituição se refere às taxas, deixa claro como pressuposto da sua incidência, o exercício regular do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos diretamente ao sujeito passivo ou colocados à sua disposição. De igual forma, quando trata da contribuição de melhoria, vincula como condição a realização de obra pública que implique valorização imobiliária.

Esta constatação levou o Prof. GERALDO ATALIBA a classificar os tributos, em função da materialidade da incidência, em:

VINCULADOS

- “aqueles cuja hipótese de incidência consiste na descrição de uma atuação estatal ou numa consequência desta;”

NÃO VINCULADOS

- “aqueles cuja hipótese de incidência consiste na descrição de um fato qualquer que não seja atuação estatal.” (HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA — Ed. Revista dos Tribunais — 1984 — pág. 121)

Dentro dessa linha mestra definida pelo notável jurista, que tem resistido incólume por todos esses longos anos, temos que pertencem ao grupo dos tributos VINCULADOS, as taxas, a contribuição de melhoria e as contribuições especiais, pela própria materialidade prescrita pelo legislador constitucional, susceptível de figurar como pressuposto daquelas exigências.

De outra parte, configura-se como tributo NÃO VINCULADO o imposto que, em termos constitucionais, tem como materialidade de sua hipótese de incidência uma situação independente de qualquer atividade estatal, o que foi acatado fielmente pelo art. 16 do CTN.

A indagação que sobressalta, de plano, diz respeito ao enquadramento do EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO na classificação proposta. A bem da verdade, se estamos buscando uma classificação científica, prestigiada pelo Direito, devemos confessar que o texto constitucional não fixou a materialidade da incidência, de forma expressa, para instituição do empréstimo compulsório, o que também não invalida que, para as demais espécies, a materialidade foi a tônica da distinção. Nesta oportunidade, queremos apenas colocá-lo ao lado do imposto, como um tributo NÃO VINCULADO, cuja exigência não está condicionada, pela Constituição, à qualquer atividade estatal direta ou indiretamente referida ao sujeito colhido pela ordem jurídica. Trataremos de mostrar a sua natureza jurídica

em capítulo apartado deste trabalho, destinado à análise abrangente do instituto, cuja conclusão encerra pelo regime jurídico do imposto.

Cumpre-nos, ainda, destacar algumas particularidades que envolvem a classificação das CONTRIBUIÇÕES (especiais e de melhoria), no contexto dos TRIBUTOS VINCULADOS, com a advertência prévia de que não é o "nomem juris" que determina a verdadeira natureza da exação. Com sabedoria, interpretando a Constituição, assim se expressou o art. 4º do CTN:

"A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I — a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II — a destinação legal do produto da arrecadação."

Ensina o mestre GERALDO ATALIBA que a contribuição não se confunde com a taxa, muito embora em ambas a materialidade da hipótese de incidência consista numa ação estatal. "Taxa é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consista numa atuação estatal **direta e imediatamente** referida ao obrigado. Contribuição é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal **indireta e mediamente** (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado". ("HIPÓTESE... pág. 144)

Nesta linha de entendimento enxerga o autor a CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA tendo como hipótese de incidência não a própria atividade estatal (realização de obras públicas), mas sim uma situação provocada pela atividade (valorização imobiliária). Foi com esta característica que o instituto apareceu pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, na Constituição de 1934:

"art. 124 — Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria".

Concordamos com o mestre que o pressuposto da incidência da CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA não é a própria atividade estatal (provocante), mas sim uma decorrência dela (provocada). Só não concordamos que esta situação provocada, à luz do texto constitucional vigente, seja a valorização imobiliária. Entendemos, com a devida vênia, que com o advento da EC nº 23/83, essa atividade provocada passou a ser o **benefício** resultante da atividade estatal na realização de obras públicas.

A nossa colocação inicial, ao separar as CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS da CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA tinha em mira consignar que o legislador constituinte identificou os dois institutos, nas suas particularidades, adotando como critério primeiro a **generalidade** da competência para um (contribuição de melhoria) e **exclusividade** para outro (contribuições especiais). Mais ainda, restando dúvidas na doutrina acerca da natureza das exações deste último grupo (especiais), confrontamos seus pressupostos com a noção de tributo, extraída das linhas atrás do próprio texto constitucional. A natureza tributária parece-nos, fora de qualquer contestação, uma vez que, a par de serem tratadas no capítulo do Sistema Tributário, atendem ao conceito de tributo. Em verdade, temos que constituem espécie tributária distinta, relativamente ao imposto, à taxa e à contribuição de melhoria, na medida em que: a) não são impostos, porque, como visto, pressupõem atuação do Estado; b) não são contribuição de melhoria, porque esta impõe a realização de obra pública, da qual decorra benefício ao proprietário de imóvel; c) não são taxas, porque a atuação do Estado não consiste num serviço público, ou no exercício do poder de polícia.

De fato, o Estado, no caso das taxas, é motivado a atuar, ou por iniciativa do administrado, ou para a consecução de seus fins primários, mas sempre através da prestação de um **serviço público**, entendido este como "prestação de utilidade material fruível individualmente, segundo um regime jurídico público", conforme CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO.

Na atuação do Estado para intervenção no domínio econômico, da qual pode resultar na cobrança de CONTRIBUIÇÕES, não se atribui essa atuação como uma função específica do Estado, vale dizer, não se trata de prestação de serviço público. Conseqüentemente, as contribuições não estão sujeitas, para sua cobrança, aos parâmetros fixados para a exigência da taxa, resultando claro, todavia, que se trata de competência exclusiva da União.

A característica marcante das contribuições consiste na particularidade de serem exigidas de um círculo de pessoas que, ou se beneficiam da atividade do poder público, ou provocam despesas que o Estado é obrigado a realizar. Daí a exigência estar pautada no critério da **grandeza do benefício**, segundo exaltação do Prof. ATALIBA, enquanto que nos impostos o critério informador é o da capacidade contributiva. Já, nas taxas, o critério é o da retributividade ou do ressarcimento do custo do serviço público.

Neste sentido, as contribuições, para que juridicamente se configurem como tal, devem eleger como materialidade da hipótese de inci-

dência, o benefício auferido por aqueles integrantes do círculo de pessoas, ou o volume de despesa provocada ao Estado pelo mesmo grupo. Por conseguinte, se é verdade que a base de cálculo é elemento que deve confirmar a materialidade da incidência quando da dimensão do "quantum debeatur", impõe-se que, nas verdadeiras contribuições, o elemento mensurável seja o benefício, ou a atividade provocada e, jamais, a provocante.

Impõe-se, mais ainda, que os sujeitos passivos eleitos pertençam àquele círculo de pessoas que auferem benefícios ou provocam despesas, sob pena de o aspecto pessoal contribuir para a desconfiguração da contribuição. É preciso que haja uma correlação lógica entre os beneficiários dos recursos e os contribuintes colhidos pela ordem jurídica.

Pelas circunstâncias acima sopesadas é que podemos afirmar, sem cair em exageros, que dificilmente tem surgido contribuições, cuja hipótese de incidência corresponde ao seu conceito técnico-jurídico. Mais ainda, salvo a de melhoria, todas as exações instituídas no Brasil com esta pretensão tem, via de regra, natureza jurídica de imposto.

Limitamos nossa investigação sobre as espécies tributárias à classificação material de início apresentada, ainda mais porque estamos inteiramente de acordo com GORDILLO quando afirma que uma classificação não deve ser verdadeira, nem falsa. Deve ser **útil** para a sistematização de determinada matéria e, então, será adotada em função da utilidade, assim como, revelando-se inútil, deve ser desprezada.

A nosso juízo, a classificação material expendida pelo mestre GERALDO ATALIBA, dividindo os tributos em VINCULADOS e NÃO VINCULADOS, revela-se extremamente útil na investigação da exata natureza e regime jurídico da exigência. Daí porque, adotamo-la. Todavia, não lhe poupamos da advertência por utilizar o critério da destinação dos recursos (círculo de pessoas) para buscar a distinção existente entre as taxas e as contribuições. Parece-nos, com a devida vênia, um desvio da proposta inicial projetada na ânsia de prestigiar um critério eminentemente jurídico. A não ser que tenha o mestre repensado sua posição anterior e venha admitir, agora, o critério da destinação dos recursos como fundamento jurídico para qualificar as taxas e as contribuições, ainda mais que é pacífico o entendimento de que o termo **tributo** empregado no § 2º do art. 62 da C.F. quer expressar unicamente a espécie **imposto** e os artigos pertinentes às taxas e contribuições indicam, expressamente, a finalidade de tais exações. Contudo, não acreditamos.

VII – COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR TRIBUTO

Ensina-nos o Prof. SOUTO MAIOR BORGES que a competência tributária consiste numa autorização e limitação constitucional para o exercício do poder tributário, poder este que corresponde à capacidade de configurar o tributo em todas as suas manifestações. A competência tributária, por sua vez, significa a faculdade de exercer o poder tributário, do ponto de vista material.

Se o tributo decorre da lei, como já frisamos anteriormente, a competência tributária quer significar a aptidão para editá-la, descrevendo minuciosamente sua hipótese de incidência, daí porque afirmar-se que, no Brasil, só as pessoas políticas, dotadas de legislativo próprio (União, Estados e Municípios), tem a faculdade de produzir normas jurídicas tributárias, respeitando as regras que a Constituição lhes impõe.

Distinguem os autores a competência tributária da capacidade tributária, antevendo esta última como a possibilidade de uma pessoa figurar num dos pólos da relação jurídica tributária, sendo ele positivo ou negativo. Daí a prudente advertência do Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO no sentido de que uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de uma gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade; outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico do sujeito ativo.

O estudo da competência tributária é um momento anterior à própria existência do tributo, situando-se no plano constitucional. Já a capacidade tributária ativa aparece no desenvolvimento concreto da competência tributária, ou seja, no exato momento em que o legislador elege as pessoas componentes do vínculo abstrato.

A distinção é sumamente importante na medida em que a competência para instituir o tributo é intransferível, daí a prescrição do princípio constitucional da indelegabilidade de competências (art. 6º, § único da CF), que se contrapõe à possibilidade de transferência da capacidade tributária ativa. Esta se relaciona com o sujeito que ocupa a posição de credor na obrigação tributária e que detém a titularidade do direito subjetivo à prestação tributária. Por isso, seu surgimento se dá num plano logicamente posterior aquele que identifica a competência tributária.

Já dissemos que a capacidade tributária ativa pode ser transferida de uma pessoa para outra, sendo perfeitamente possível que a pessoa habilitada para legislar (competência) edite a lei, nomeando uma outra entidade para compor a relação jurídica, na condição de titular de direitos

subjetivos (capacidade). Esse comportamento está autorizado expressamente no art. 7º do CTN que, a despeito da sua questionada prestabilidade como lei complementar, captou com precisão a mensagem constitucional ao mencionar, em primeiro lugar, que "a competência tributária é indelegável" e, ato contínuo, ao ressaltar desta prescrição a "atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público à outra..."

Neste ponto, a questão que se coloca é acerca da interpretação do § 5º do art. 21, da Constituição Federal, que assim se expressa:

"A União poderá transferir o exercício supletivo de sua competência tributária aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios".

A norma reproduzida fala em "competência tributária" e, por pertinente, deve ser analisada em conjunto com o art. 18, § 5º, da CARTA, ora transcrito:

"A União poderá, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição, instituir outros impostos, além dos mencionados nos arts. 21 e 22 e que não sejam da competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal." (grifamos)

A análise prematura e despida de rigor metodológico levaria o intérprete à equivocada conclusão da possibilidade de transferência da competência tributária de uma para outra pessoa. Urge, no entanto, que se busque a interpretação sistemática desses dois dispositivos que, inseridos na Constituição, devem conviver em harmonia com as demais regras e princípios nela contidos. Daí ser impossível enaltecer, de um lado, um princípio que é a linha mestra a ser seguida pelas demais regras, no caso a **indelegabilidade de competências** e, ao mesmo tempo, admitir que a competência possa ser transferida, consoante previsão do art. 18, § 5º e art. 21, § 5º, da Constituição Federal.

Num sistema, não há regras contraditórias. Devem estar integradas harmonicamente, conclusão esta que nos autoriza a conceber que o legislador quer se referir à **capacidade tributária**, quando usa indevidamente a expressão **competência** nos dispositivos retro transcritos. Essa conclusão é reforçada e confirmada pela previsão da parte final do § 5º do art. 18 que, ao enunciar a transferência do "exercício da competência

residual em relação a impostos", vincula esta possibilidade à uma rigorosa condição: "cuja incidência seja definida em lei federal".

Ora, explicitar a hipótese de incidência de qualquer tributo é, realmente, tarefa legislativa (princípio da legalidade) e atributo que identifica a competência e não a capacidade. Do exame podemos concluir, com bastante tranquilidade e segurança, que a União pode mesmo transferir a arrecadação do imposto por ela instituído, e não a competência para criá-lo.

A análise da competência para instituir tributo faz desabrochar as noções, consagradas pela doutrina, da fiscalidade, extrafiscalidade e para-fiscalidade, identificada pela forma de utilização do instrumental jurídico-tributário. Advertimos, preliminarmente, que não visualizamos respaldo jurídico para tais distinções que, reafirmando nosso pronunciamento anterior, podem ser adotadas na medida em que revelem utilidade. A FISCALIDADE identifica que os objetivos que levaram a instituir um tributo estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem interferência de outros interesses sociais, políticos ou econômicos.

A EXTRAFISCALIDADE identifica objetivos outros que não o interesse arrecadatário, sendo o tributo instituído com o objetivo primeiro de regular situações de mercado, ou fenômenos sociais, como exemplo, o imposto de exportação, cuja alíquota é manejada pelo Executivo em atendimento à política econômica (mercado) e não no interesse arrecadatário.

Já, a PARAFISCALIDADE, é situação jurídica consistente na circunstância de a lei tributária nomear sujeito ativo (capacidade) diverso da pessoa que a expediu (competência), atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos, para a consecução dos seus objetivos. Poderão figurar nessa situação as pessoas jurídicas de direito público, com ou sem personalidade política e as entidades paraestatais que, constituídas sob a égide do direito privado, desenvolvem atividades de interesse público. É fenômeno comum nas chamadas CONTRIBUIÇÕES, como exemplo, nas exações cobradas pela Previdência Social, anuidades devidas à OAB, pedágio cobrado pelo DERSA, L. B. A., SESI, SESC, SENAC e muitas outras.

Advertimos, contudo, que apesar do vício em utilizar-se da alternativa da para-fiscalidade para burlar a Constituição, o instituto está inteiramente submetido ao regime jurídico tributário, visto ser irrelevante o destino atribuído ao produto da arrecadação, cuja matéria é da alçada do direito financeiro.

Não nos repugna e parece-nos perfeitamente possível que a OAB ou a LBA possa figurar no pólo positivo da relação jurídica tributária.

ria, com poderes para postular o "quantum" dimensível do seu direito subjetivo público. Basta, todavia, que esta posição seja definida expressamente em lei federal, no uso da regular competência atribuída pela Constituição.

VIII – ATIVIDADE LEGISLATIVA E A RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Ao nosso legislador ordinário não é dado colocar, como pressuposto material da realização de uma obrigação tributária, qualquer fato passível de ocorrer no mundo concreto. Haverá que se ater a princípios que lhe norteiam o comportamento. Mais precisamente, terá de se ver competente, como já vimos, para poder tomar aquele fato e qualificá-lo como fato jurídico tributário; mais que isso, deve adotar como elemento dimensível (base de cálculo) daquele fato a sua própria materialidade, sob pena de desfigurar a outorga constitucional.

Vemos que o legislador constituinte acabou por não deixar qualquer criatividade ao legislador ordinário. A este cabe a faculdade de criar ou não criar o tributo. Se decidir pela sua criação, deverá guiar-se pelos exatos e precisos cânones constitucionais, em atendimento aos seus princípios e pressupostos.

Portanto, ao legislador ordinário não bastará, simplesmente, editar a lei. Haverá, de início, de perquirir se a matéria a ser versada lhe foi conferida pela Constituição. Contrariamente a outros sistemas que primam pela liberdade atribuída ao legislador ordinário, o nosso se caracteriza pela exaustividade a nível constitucional. Qualquer tratativa impelida pelo legislador para marcar a sua criatividade, em regra, implica em inconstitucionalidade.

Tamanha é a rigidez do nosso texto constitucional em matéria tributária que o legislador constituinte não só fixou as competências, como também a materialidade da incidência que deverá ser colhida pelo ente tributante. Exemplo disso é a previsão do art. 23, II, da CF, que além de ditar a materialidade da incidência do ICM, identificou também os possíveis sujeitos passivos.

IX – O DECRETO-LEI E A INSTITUIÇÃO DO TRIBUTO

Questão ainda controvertida entre aqueles que perfilham o campo do Direito é a prestabilidade do decreto-lei para a instituição de

tributos. Apesar da reiteração com que se houve o Executivo nas décadas passadas, legislando quase que, exclusivamente através do desditoso instrumento, não quer isso legitimar a possibilidade do procedimento, tampouco, confirmar a legalidade dos atos emanados com fulcro no artigo 55, inciso II, da Constituição Federal. O simples fato de o Judiciário, nesses anos todos, ter confirmado a validade do malfadado instrumento para instituição de tributos é fruto, mais do enfraquecimento do próprio Judiciário e da sua total dependência do Executivo, do que da sua pretensa autonomia na aplicação do Direito.

Vale lembrar que o problema não se coloca a nível da hierarquia dos atos normativos, visto que não a vislumbramos no cotejo da lei com o decreto-lei, posto que ambos retiram seus fundamentos de validade da própria Constituição. Ainda mais, o decreto-lei baixado exclusivamente pelo Presidente da República, obedecidos os requisitos do art. 55 da CARTA, é dotado de força de lei, diferindo da lei delegada por ser editado sem autorização antecipada do Congresso Nacional. É com tal relevância que diversos autores sustentam a prestabilidade do decreto-lei para inovar a ordem jurídica tributária, trazendo em abono da tese, o comportamento do próprio Judiciário e a prescrição textual inserida na parte final do inciso II, do art. 55 — “inclusive normas tributárias”.

Tal entendimento, “permissa vênia”, não atende aos postulados da hermenêutica jurídica, ferindo princípios enaltecidos pelo próprio legislador constituinte, além de não resistir ao menor teste de validade, posto que é interpretação essencialmente literal que, no dizer do Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO não é interpretação, mas sim, “pressuposto de interpretação”.

Não se pode pretender o entendimento de um texto sem correlacioná-lo com o contexto em que está inserido, inexistindo norma jurídica avulsa. A concepção sistemática do Direito implica que só é jurídico o preceito nele integrado e em harmonia com as demais regras, especialmente com os princípios que fixam as diretrizes desse sistema. Assim, a interpretação de uma regra — por exemplo, art. 55, II, da CF — não pode, jamais, vulnerar ou desacatar os nortes traçados no mesmo sistema, pelos artigos:

- 1º, “caput” — princípio republicano;
- 1º, § 1º — princípio democrático;
- 6º — princípio da tripartição do poder;
- 27 — princípio da reserva do poder legislativo ao Congresso Nacional;
- 73 — atribuição da função executiva ao Presidente da República;

153, § 2º — princípio da legalidade;

19-I e 153, § 2º — princípio da estrita legalidade da tributação.

Igualmente, não se pode deixar perder à distância a assertiva de que a tributação — ação de tributar — é matéria constitucional em que o Poder do Estado visa atingir dois dos valores fundamentais do homem: a propriedade e a liberdade. Não se nega que tais valores se constituem na própria razão de ser da Constituição que os protege.

Assim sendo, adotado o princípio republicano — art. 1º — como baluarte da LEI DAS LEIS, cujo postulado é o exercício da função política pelos representantes do povo, com mandato periódico e debaixo do estatuto da responsabilidade, impõe-se, por decorrência lógica, a exaltação do princípio do consentimento dos tributos, ao lado dos demais princípios anteriormente nomeados.

A própria Constituição estabelece distinção entre lei e decreto-lei, não só pelo “*nomem juris*”, mas pelo seu regime jurídico, iniciando pelo processo de elaboração que é distinto, assim como a eficácia, os pressupostos e condições de expedição de um e de outro.

O campo de ação do decreto-lei é restrito à determinadas matérias e, assim mesmo, vinculado à existência de determinados pressupostos (urgência e interesse público relevante). O campo da lei é genérico e não sujeito às restrições, conforme se depreende da expressão “dispor sobre todas as matérias”, inserida no art. 43 da Constituição Federal.

A exaltação do princípio da estrita legalidade tributária pelo legislador constituinte, que o sublinhou em duas oportunidades (art. 19-I e 153, § 2º), em que pese a sua proclamação de ordem geral (art. 153, § 2º), faz com que se torne inadmissível a **instituição** ou **majoração** de tributo via decreto-lei, sob pena de vulneração dos princípios já enumerados. Mais ainda, a previsão de vigência imediata fere o princípio da anterioridade da lei tributária, pelo qual a nova exigência só pode ter eficácia no exercício seguinte ao da instituição, assim como, por outro lado, a possibilidade da sua rejeição, com a convalidação dos atos já praticados (art. 55, § 2º) afronta o princípio da generalidade e igualdade da tributação.

Diante do exposto, surge a interrogação: Qual o alcance do art. 55-II, da CF, no tocante às “normas tributárias”? Seria letra morta?

Se a indagação é procedente, a resposta permite concluir que não se esvaziou a previsão constitucional, e tem aplicação e razão de ser a inserção “inclusive normas tributárias” no citado artigo.

Voltamos a reafirmar que a exigência de lei é imperativo somente para a **criação ou majoração de tributos**, nada impedindo que o Estado possa, após a criação do tributo, através de decreto-lei, veicular outras normas atinentes à tributação ou fiscalização, como por exemplo, sobre o processo tributário, sobre o lançamento, arrecadação, prazos, formulários, sem que impliquem em onerar o contribuinte.

Instituir tributo, tarefa reservada exclusivamente à lei, significa descrever a hipótese de incidência em sua totalidade.

Majorar implica na alteração do aspecto dimensível (alíquota ou base de cálculo), de modo a alargar a exigência.

Essas tarefas é que estão reservadas unicamente à lei, no seu sentido formal, como ato emanado do Legislativo.

Interessa-nos tais considerações para que tenhamos-las presentes quando da análise que pretendemos empreender sobre os empréstimos compulsórios, via de regra instituídos através do ato provisório que é o decreto-lei, ainda mais que firmamos posição, linhas atrás, sobre a natureza tributária dos mesmos.

X – EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

a) EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL:

Foi através do art. 4º da Emenda Constitucional nº 18/65 que os empréstimos compulsórios passaram a integrar o nosso ordenamento jurídico. Conta-nos o grande mestre ALIOMAR BALEEIRO que "as Constituições anteriores eram silentes em relação a empréstimos compulsórios, que nunca foram tentados no Brasil até a Segunda Guerra Mundial. Havia aqui a mesma repugnância norte-americana a essa técnica financeira vetusta e caracterfstica de países de pouco crédito. (...) Foi a partir de 1951, que surgiram os empréstimos forçados, quando o crédito nacional se arruinou por efeito da inflação. Os Estados imitaram logo a União e disso se originou a disposição limitativa do art. 4º da EC 18/65, reproduzido no § 3º do art. 18 da Emenda nº 01/1969." ("DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO" – 10ª Edição – Forense – pág. 113)

Pelo fato da inexistência de proibição de lançamento dos empréstimos forçados na Constituição de 1946, os juristas se dividiram quando da análise acerca da verdadeira natureza jurídica de tal exigência, principalmente quando os Estados membros quiseram imitar a União. A

EC 18/65, longe de buscar dar qualidade jurídica à exação, limitou-se a afastar a pretensão desenfreada de outros entes, que não a União, para o exercício de tal competência.

Cumpra lembrar que, a despeito de só ter sido abarcado pelo ordenamento positivo com a EC 18/65, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciara pelo caráter não tributário do empréstimo, pela Súmula nº 418, editada antes mesmo da sua aparição constitucional pela referida emenda.

A disposição contida na EC 18/65 veio confirmada na Constituição de 24/01/67, cujo art. 18, § 4º, reproduzia textualmente:

“Somente a União, nos casos excepcionais definidos em lei complementar, poderá instituir empréstimo compulsório”.

O texto foi absorvido pela EC nº 01/69, no § 3º do seu art. 18. Contudo, a mesma Emenda fez inserir em seu art. 21, § 2º, inciso II, alusão à capacidade atribuída à União para instituir “empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário”, buscando com tal acréscimo, a nosso ver, espantar as dúvidas acerca do regime jurídico a que estava submetida a exigência.

b) COMPORTAMENTO DA DOUTRINA:

Linhas atrás já nos posicionamos pela inclusão do empréstimo compulsório dentre as espécies tributárias consagradas pela Constituição. No entanto, não é uniforme o entendimento doutrinário acerca do instituto, destacando-se autores que repudiam sua natureza tributária sob a argumentação da natureza contratual a que se reveste, além da posterior restituição do “quantum” arrecadado, que não é qualidade inerente aos tributos.

Apressamo-nos em refutar a desclassificação pelo caráter da restituição, primeiro porque não é esse elemento que tipifica qualquer exação. Em segundo lugar, de uma maneira ou de outra, todos os tributos são restituíveis, seja em dinheiro, seja em obras, utilidades sociais ou serviços públicos.

Mais ainda, nunca é demais repetir que o destino dado ao produto da arrecadação é consideração que refoge ao campo do Direito Tributário, não sendo elemento relevante para qualificar qualquer exigência.

São procedentes e sempre atuais as considerações do nosso ilustre ALFREDO AUGUSTO BECKER, que são transcritas na íntegra para não cindir a idéia do autor:

"O empréstimo compulsório é o dever de prestação pecuniária, não voluntariamente desejada, que o Estado impõe, mediante regra jurídica, a determinadas pessoas que realizam determinados fatos (ex. pagamento do imposto de renda), ou se encontram em determinados estados de fato (ex. solteiros, ou casados sem filhos), correlacionando a efetivação daquela prestação pecuniária com a sua posterior devolução, por parte do Estado, à mesma pessoa.

Antes de se investigar a natureza jurídica do empréstimo compulsório, é interessante observar que até mesmo o empréstimo público voluntário tem sua natureza jurídica discutidíssima pela doutrina. Em recente obra, GIULIANI FONROUGE, após estudar as diferentes doutrinas sobre a natureza jurídica do empréstimo público voluntário, chegou à conclusão de que tantas discrepâncias as separam, que é arriscado afirmar possa existir uniformidade a respeito de qualquer uma delas. Depois de agudamente investigarem a natureza jurídica do empréstimo público voluntário, GIULIANI FONROUGE e GUSTAVO INGROSSO consideraram inaceitável a tese contratualista e esposaram a tese da obrigação unilateral.

Até hoje, pouco se investigou sobre a natureza jurídica do empréstimo compulsório. Quase todos tratam o empréstimo compulsório sob o ângulo econômico-financeiro. O reduzido número de autores que se defrontaram com o problema jurídico da verdadeira natureza do empréstimo compulsório, infelizmente não quiseram penetrar na sua intimidade e ultrapassaram-no mediante afirmações puramente dogmáticas que podem ser reunidas em três posições:

a) o empréstimo compulsório não é imposto, mas espécie do empréstimo público;

b) o empréstimo compulsório não é empréstimo público e nem imposto, porém uma requisição temporária de capital;

c) a natureza jurídica do empréstimo compulsório é a de um imposto;

Deve-se observar que, para negar a natureza tributária ao empréstimo compulsório, os autores encontraram somente um único argumento: a sua restituição à pessoa que o pagou." ("TEORIA GERAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO" — 2ª edição — Saraiva — pág. 357/358)

Agarrando-se na condenável e extremada interpretação literal do texto constitucional, parcela quantitativa de autores tem sustentado a

existência de dois empréstimos compulsórios, com pressupostos distintos: 1) **EXCEPCIONAIS** — configurando empréstimos forçados, sem natureza tributária, previstos no art. 18, § 3º da atual CARTA, com exigência disciplinada pela Lei 5172/66 (CTN), que faria as vezes da lei complementar reclamada; 2) **ESPECIAIS** — introduzidos pela EC nº 01/69, em seu art. 21, § 2º, inciso II, com motivação ainda dependente de lei complementar, cuja exigência está vinculada ao regime jurídico tributário.

Neste diapasão pronunciaram-se alguns nomes, entre eles o ilustre SOUTO MAIOR BORGES, em parecer encomendado pelo Ministério da Fazenda, cujo trabalho tem norteado a conduta dos nossos administradores na instituição de novos empréstimos, ante a insaciedade do sempre deficitário “caixa” do Tesouro. Na mesma linha pronunciou-se o paraense HERÓN ARZUA, em trabalho publicado na Revista do Instituto dos Advogados, nº 2, de 1980, concluindo que “aos empréstimos compulsórios ditos **excepcionais**, diferentemente daqueles que se subsumem à regra do item II, § 2º, do art. 21, denominados **especiais**, não tem cabida a aplicação do regime jurídico tributário.”

De outra parte, é considerável o peso qualitativo dos autores que enxergam na Constituição, a **unicidade** do instituto do empréstimo compulsório, vinculado ao regime jurídico tributário, figurando entre eles juristas do quilate de ALFREDO AUGUSTO BECKER, GERALDO ATALIBA, ALIOMAR BALEEIRO, AMÍLCAR ARAÚJO FALCÃO e PAULO DE BARROS CARVALHO. Sustenta este último:

“Nada obstante a insistente retórica com que se defende a natureza diversa dos dois empréstimos, cremos insustentável qualquer teoria explicativa que negue índole tributária também aos empréstimos compulsórios excepcionais.” (CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO — Ed. Saraiva — 1985 — pág. 25)

c) NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA:

Desnecessária qualquer advertência para explicitação da tese a qual nos filiamos, cujos fundamentos não discrepam daqueles já sobejamente expendidos pelos que versaram a matéria na sua intimidade.

Acenamos em altos brados que, antes ou depois da EC nº 18/65, a subtração de riqueza dos particulares, a título de empréstimo compulsório, sempre teve natureza tributária, na exata dimensão do conceito de tributo expressado neste trabalho, que está em perfeita consonância, pelas linhas mestras, com o estatuído no art. 3º do CTN.

Adotando como ponto de partida a interpretação sistemática, entendemos até desnecessária a previsão constitucional para que os empréstimos adotem o regime jurídico dos tributos, posto que, em se tratando de exigência pecuniária, compulsória, através de lei, sem caráter de penalidade ou confisco, outra coisa não pode ser que não tributo. Mas, para não pairar dúvidas sobre a espécie, inseriu o legislador constitucional disposição expressa, mandando aplicar-se-lhes o regime jurídico tributário, sem que isso implique em redundância ou divisão do instituto em duas espécies distintas. O inciso II, do § 2º do art. 21, da Constituição Federal, não estabelece espécie nova de empréstimo compulsório a par do já existente, inserido no § 3º do art. 18, mas apenas o reitera e expressa o seu regime jurídico que antes encontrava-se implícito.

Por outro lado, a inserção do instituto na Constituição Federal, no capítulo destinado ao "Sistema Tributário", fazendo remissões aos tributos, não basta para lhe conferir natureza jurídica tributária. Temos exemplos, na própria CF, de disposições incluídas no capítulo do Sistema Tributário e que, nem por isso, se caracterizam como normas tributárias, como as regras da repartição da receita previstas nos arts. 25 e 26. De outra parte, é pacífico encontrarmos verdadeiros princípios constitucionais que informam toda a atividade da tributação, fora do capítulo destinado às regras do Sistema Tributário, como, por exemplo, os artigos 1º, 2º, 43, 46, 153 — parágrafos 1º, 2º e 29, entre outros.

Contrariamente à posição esboçada pela própria Procuradoria da Fazenda Nacional, em extenso parecer, não existe a dualidade de empréstimos na Constituição. A particularidade de se referir, numa oportunidade a casos excepcionais e, n'outra, a casos especiais, não nos parece distinção suficiente e adremente preparada pelo legislador constituinte, não encontrando respaldo jurídico.

É do nosso conhecimento a falta de rigor técnico que impera nas casas legislativas, o que é perfeitamente aceitável face a heterogeneidade dos representantes das mais diversas camadas da sociedade. Dir-se-á que a nossa Constituição se qualifica pela rigidez de suas normas e exaustividade no dimensionamento do comportamento dos nossos legisladores ordinários, ou ainda, que a norma não emprega palavras inúteis. A primeira conclusão é verdade absoluta, confessamos. Todavia, a rigidez constitucional diz respeito aos princípios que ela adota (art. 47, § 1º), à forma da atribuição das competências como regra, às limitações da ação do Estado sobre o particular (direitos individuais) e não ao rigor técnico no emprego de termos ou palavras na expressão do direito.

Repudiamos a interpretação que se louva, mais no descuido ou imprecisão do legislador, do que na logicidade e unicidade do sistema de

regras. Não quis a norma inserida pela EC 01/69 criar nova espécie de empréstimo compulsório, com a sutileza de embasar-se em **casos especiais**, a par do já existente (art. 18, § 3º) para **casos excepcionais**. Propugnar por tal entendimento significa, a nosso modesto ver, abdicar a tarefa da interpretação jurídica que compete ao militante do Direito e, por conseguinte, abandonar a idéia de se fazer ciência do Direito. Far-se-á, isto sim, análise gramatical, léxica ou semântica.

"Ad argumentandum", se preciosismo técnico existisse no emprego dos símbolos, estaríamos concluindo, também, que a competência tributária é delegável, pela autorização expressa contida no § 5º do art. 21 da Constituição Federal, em afronta ao princípio da indelegabilidade estabelecido no § único do art. 6º. Sabemos, no entanto, que o termo "competência" inserido no § 5º quer significar capacidade, como bem já demonstramos, sem que isso possa repugnar aos doutrinadores que aceitam tal conclusão sem reparos. Mais ainda, teríamos mais uma espécie tributária nas exceções do § 29, do art. 153, da CF, ao se referir à TARIFA alfandegária e de transporte? Soa à unanimidade que o termo foi empregado impropriamente, pois em capítulo precedente o legislador já nominou as espécies do gênero tributo, não abarcando tal categoria ou símbolo.

Os exemplos servem para mostrar a imperiosidade de uma interpretação sistêmica e o perigo na busca precipitada do sentido e alcance das normas.

A tese dual dos empréstimos, contra a qual nos colocamos, que tenta explicar a natureza não tributária das exações instituídas com base nos **casos excepcionais** (art. 18, § 3º), não resiste a mais um teste de sustentação lógica, senão vejamos:

Prevê a norma constitucional a necessidade de lei complementar definindo os "casos excepcionais" que permitirão a colocação dos empréstimos. Afirmam aqueles autores que a lei complementar reclamada é a 5172/66 (Código Tributário Nacional) que, em atendimento aos reclamos da EC 18/65, elencou as hipóteses qualificadas como "excepcionais", susceptíveis de embasarem dita exigência, como expressa o seu art. 15:

"Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

I — guerra externa, ou sua iminência;

II — calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;

III — conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.

Parágrafo único: A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta lei."

Não há necessidade de maior esforço, nem de ser o intérprete versado nas letras jurídicas, para se concluir pela contradição nos termos. Afirmar que não é tributo e, ato contínuo, ratificar que está regulado pelo CTN, ao lado dos impostos, das taxas e contribuições é, no mínimo, falta de coerência.

Na verdade, não há como fugir da tese que demonstra ser o empréstimo compulsório de natureza tributária, mormente quando os defensores da teoria oposta e o próprio Consultor Geral da República afirmam que o mesmo está definido em uma lei complementar, que não é outra senão o questionado CTN. São oportunas as lições do invejável mestre, ALIOMAR BALEEIRO:

"O próprio fato de o CTN regular o empréstimo forçado lhe imprime o caráter de imposto restituível, que aliás, figurava no projeto Rubens G. Souza — Oswaldo Aranha. O que não é tributo constitui excrescência num Código Tributário." (DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO... pág. 114)

Em sendo tributo, restaria perquirir sobre a que regime pertence; ou seja, se se constitui em nova espécie ao lado dos impostos, taxas e contribuições, ou se confunde com uma delas.

Na parte inicial deste trabalho esforçamo-nos para destacar o empréstimo compulsório como uma exação distinta das demais espécies, pelo menos a nível de previsão constitucional, em função da generalidade ou exclusividade das competências. Todavia, já alertamos que as exigências tributárias amoldam-se aos regimes jurídicos ditados pela materialidade de suas incidências e no dimensionamento desta mesma materialidade, ou, nas palavras abalizadas do Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO, no "binômio hipótese de incidência/base de cálculo". Mais uma vez, ressaltamos que é irrelevante a denominação de imposto se a materialidade da incidência toma fato vinculado à atividade estatal. Teremos taxa. Sem sentido nominar de empréstimo compulsório uma determinada exação, se a hipótese de incidência/base de cálculo prestigiam uma contraprestação por um serviço público. Teremos, outra vez, taxa.

Em se elegendo fato não vinculado à atividade estatal, teríamos, em regra, imposto. O que nos faz distinguir o imposto dos empréstimos compulsórios está, tão somente, na qualidade dos últimos se posicionarem, previamente, como restitutíveis em espécie, distinção que reconhecemos ao desamparo das normas do Direito Tributário.

Poderíamos nivelar os empréstimos compulsórios aos impostos residuais facultados à União. Todavia, estes últimos podem ser instituídos a qualquer tempo, respeitados tão somente os balizamentos acerca da competência sobre a materialidade proposta, e o binômio hipótese/base de cálculo de outros impostos (arts. 18, § 5º e 21, § 1º), enquanto que os primeiros (empréstimos), dependem de lei complementar fixando os pressupostos para sua instituição.

Parece-nos que foi com essa postura que ALFREDO AUGUSTO BECKER se pronunciou sobre a natureza jurídica dos empréstimos. São suas palavras:

“Na verdade, a natureza jurídica do “empréstimo compulsório” é a de um genuíno imposto”. (...)

“O fato de o Estado devolver ao contribuinte em dinheiro (ou em títulos) o valor do tributo (com ou sem “juros”) não desqualifica a sua natureza jurídica de tributo, porque a destinação (indeterminada ou determinada) não altera a sua natureza jurídica que continuará sendo a de um tributo. A doutrina dominante demonstra de modo irrefutável que o imposto, com destinação determinada, continua sendo imposto. Ora, a devolução do montante do tributo ao contribuinte é uma (entre outras) das destinações determinadas àquele tributo e tal fenômeno ocorre também com outros tributos.” (...)

E arremata o jurista:

“A obrigação de o sujeito ativo (Estado) devolver o tributo (com ou sem juros) não retira a natureza jurídica tributária ao “empréstimo compulsório” pois, na verdade, no “empréstimo compulsório” existem duas distintas relações jurídicas, com distintas naturezas jurídicas.

A primeira relação jurídica é de natureza tributária: o sujeito passivo é determinado indivíduo e o sujeito ativo é o Estado. A segunda relação jurídica é de natureza administrativa: o sujeito ativo é aquele indivíduo e o sujeito passivo é o Estado”. (TEORIA GERAL... pág. 358/359)

d) INCONSTITUCIONALIDADE DO DL 2288/86:

d.1 – Os Fundamentos da Norma:

Através do Decreto-lei nº 2288/86 foram instituídos dois empréstimos compulsórios para absorção temporária do poder aquisitivo, sendo um exigível dos consumidores de gasolina ou álcool para veículos automotores e outro dos adquirentes de veículos de passeio.

Reiterando a tradição, mais uma vez o Poder Executivo feriu brutalmente a Constituição. Infelizmente vivemos, e não é de hoje, o verdadeiro "manicômio jurídico tributário" a que se refere o festejado BECKER.

Pode parecer que estamos radicalizando entendimento contrário à postura governamental, uma vez que os empréstimos compulsórios em questão foram instituídos, entre outras razões, para assegurar o êxito do plano da estabilização econômica. Não é nossa intenção. Afora o papel que nos cabe de cultivar o Direito, aplaudimos e desejamos que as medidas encetadas possam recuperar a estabilidade do país.

Por outro lado, não podemos concordar com a criação de tributos em desconformidade com o que estabelece a Constituição, por mais nobres que sejam as razões. Aliás, foram sempre nobres as razões que levaram a instituir empréstimos compulsórios: combate à inflação (decreto-lei 1782/80); socorro às vítimas das enchentes do sul (decreto-lei 2047/83) e, agora, o Plano Cruzado.

d.2 — Legalidade — Anterioridade e Segurança Jurídica:

Como tributos que são, os empréstimos compulsórios ficam sujeitos a todos os princípios constitucionais gerais e tributários. No Brasil, reza a Constituição que os tributos só podem ser criados ou aumentados através de lei ditada pelo ente competente. Lei, já vimos, é fruto da Casa Legislativa que, na esfera federal, compete ao Congresso Nacional, cabendo ao Presidente da República a tarefa de somente sancioná-la. Todavia, o Chefe do Executivo vem usando e abusando do decreto-lei, que apesar do campo limitadíssimo de sua atuação, vem sendo empregado indiscriminadamente em várias matérias, sem que estejam presentes os seus pressupostos. Isso é flagrantemente inconstitucional e fere profundamente o sistema jurídico, exatamente na sua essência e nos seus fundamentos, na medida em que os administrados são surpreendidos com normas perante as quais, via de regra, não podem pautar seus procedimentos, por colherem situações, se não já materializadas, pelo menos idealizadas sob o anterior direito posto.

As normas existem para dar segurança nas relações entre administrados e entre estes e o Poder Público, e não para gerar incertezas e reações de oposição.

Reza o art. 19, I, da Constituição Federal que é "vedado instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça", no que é acompanhado em redundância enfática pelo § 29 do art. 153, no sentido de que "nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça".

Mais ainda, o mesmo parágrafo contempla outra proibição, no sentido de que "nenhum tributo será cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro", com as ressalvas autorizadas expressamente, entre as quais não se acham os empréstimos compulsórios.

Estão aí consagrados os princípios da legalidade e da anterioridade da lei, em valores absolutos, cuja proibição constitucional é categórica e não comporta regulamentação. Inobstante o elevado alcance desses princípios para garantia da segurança jurídica, vem o Executivo, fazendo tábua rasa da Constituição, exigir empréstimo compulsório sobre combustíveis (gasolina e álcool), e sobre aquisição de veículos, através do desditado decreto-lei, com eficácia pretendida a partir da sua publicação (24 de julho de 1986). Nada mais inconstitucional.

d.3 — Natureza da Exigência:

Já assentamos pelo entendimento de que a verdadeira natureza de qualquer exigência é dada pela materialidade da sua incidência e pelo seu elemento dimensível (base de cálculo). Daí que o chamado "empréstimo compulsório" de 28% instituído sobre a gasolina e álcool, ao tomar como materialidade para sua incidência o "consumo", empresta hipótese atribuída constitucionalmente à União para instituição do chamado imposto único sobre combustíveis e lubrificantes.

Diz o art. 21, inciso VII, da Constituição:

"Compete à União instituir imposto sobre:

..... ,
produção, importação, circulação, **distribuição** ou **consumo** de
lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos..." (grifamos)

Então, perguntamos: há duplicidade de exigência tributária sobre o mesmo fato, protegido pela Constituição com **imposto único**? A resposta é negativa. Trata-se, simplesmente de um adicional do imposto único sobre combustíveis, cuja criação é constitucionalmente assegurada à União. Neste aspecto nada obsta que a União venha a taxar tais operações, uma vez que a competência que lhe foi atribuída permite tal ingerência. E, toda vez que fizer uso dessa atribuição, tomando como fundamento da majoração "a produção, importação, circulação, **distribuição** ou **consumo**", estará criando exigência tributária legítima, da espécie IMPOSTO, inobstante o batismo que se lhe empregue de "empréstimo compulsório".

Outro aspecto que ousamos ressaltar é sobre a configuração dessa exigência para o consumidor, aquele que paga. Em sendo tribu-

to — como vimos, trata-se de imposto único — restaria buscar na norma a identificação do seu aspecto pessoal, ou seja, a configuração das partes que encerram a relação jurídica tributária, uma sendo detentora do direito subjetivo à prestação que corresponde ao objeto do dever atribuído à outra. Falamos do sujeito ativo e do sujeito passivo, interessando-nos por este último, posto que o primeiro está expresso na norma, como sendo a União.

Em relação ao sujeito passivo, temos que a rigor do texto legal (decreto-lei 2288/86), não foi o consumidor colocado no pólo passivo da relação jurídica e sim, as distribuidoras dos combustíveis. Os consumidores, como nós, temos aquele adicional do imposto único como **preço**, como já tínhamos o próprio imposto único nas bases anteriores, antes do adicional. Dirão alguns, com HÉCTOR VILLEGAS, que se trata de perquirir o sujeito passivo como o verdadeiro “destinatário legal tributário” e não exclusivamente, o eleito para repassar o dinheiro aos cofres públicos.

A matéria ganha relevância na medida em que tais operações se constituem em atividades monopolizadas, em que o produto tem preço fixado pelo próprio Poder Público. Ao fixá-lo, pouco nos importam seus componentes, se o custo abrange gastos mais impostos, ou se o preço abrange custos mais margem de lucro. Tudo é preço. Tanto que, a nosso ver, tal adicional que é imposto para as distribuidoras, representa preço para os consumidores. Aliás, o Executivo não precisava majorar tributo para influir na formação do preço de venda dos combustíveis, se queria regular mercado junto aos consumidores, reduzindo o consumo. Tinha plena capacidade para majorar tais preços, na atividade que lhe compete como intervenção no domínio econômico, não o fazendo diretamente, quicá, para não ser tratado de primeiro infrator do Plano Cruzado. Dá no mesmo.

Se podemos concluir que a atividade que envolve a exploração e comércio de tais combustíveis é reservada ao Estado, que pode autorizar os particulares a exercê-la mediante a restrita obediência aos parâmetros impostos pelo Estado, sendo um deles a observação do preço, parece-nos fora de dúvida que estamos diante da figura do monopólio, expressado em termos jurídicos como “uma relação negativa entre o Estado e aquele que se submete ao seu poder. É uma limitação, **uma proibição, imposta pelo Estado do exercício de certa atividade ou indústria**” (grifos do original) (...). “O resultado econômico que o Estado poderá auferir como resultado do monopólio, **não tem interesse tributário** porque não autorizado constitucionalmente” (grifamos). (“ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO — MONOPÓLIO” — por CÉLIO DE FREITAS BATALHA, in Revista de Dir. Trib. nº 15-16 — pág. 191).

Referido adicional de 28% sobre combustíveis reforça a idéia de "preço aos consumidores, na medida em que estes não podem se opor a tal imposição pela própria natureza dos contratos de compra e venda com preço certo, a cada abastecimento. Isto porque, a verdadeira materialidade de tal incidência não é o **consumo**, mas sim a **distribuição** que é praticada por outro sujeito que não os consumidores. Nem mesmo os chamados retalhistas (postos de abastecimento) praticam atividades descritas na materialidade da incidência, recebendo o produto das distribuidoras com aquele ônus embutido como preço.

Se **consumo** fosse a hipótese colhida pela norma legal, a cada operação de abastecimento de veículos, teríamos um fato gerador distinto e, conseqüentemente, nasceria aí a obrigação tributária. Todavia, do exame da norma resulta claro que a obrigação não nasce nesse momento (consumo), mas, muito antes (distribuição).

Tomado como tributo e não como preço, alertamos que o fato de, linhas atrás, admitirmos a legitimidade da União instituir tal exação como adicional do imposto único não lhe retira a obrigatoriedade da observância dos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da lei, o que revela inconstitucional a exigência, pelo menos, no próprio exercício da sua instituição.

Resta, ainda, análise da outra hipótese de incidência do batizado "empréstimo compulsório", qual seja, sobre a aquisição de veículos de passeio e utilitários, com alíquotas diferenciadas em razão de se tratar de veículos novos ou usados.

Praticou-se, aqui, s.m.j., novas inconstitucionalidades, afora o igual desrespeito aos princípios da legalidade e anterioridade da lei.

Ao tomar como materialidade da hipótese de incidência a "aquisição de veículos", feriu o decreto-lei o princípio basilar da federação e da rigidez da distribuição das competências tributárias, em especial, o disposto no art. 18, § 5º e 21, § 1º que vedam à União, a instituição de impostos que tenham "fato gerador ou base de cálculo" já atribuídos aos Estados ou Municípios (art. 23 e 24).

Prevê o art. 23, II, da Constituição Federal que aos Estados e DF compete instituir impostos sobre "operações relativas à circulação de mercadorias. Ora, tal materialidade não pode ser colhida pela União para outro imposto (residual) sob pena de configurar infração aos dispositivos invocados, principalmente nas "operações realizadas" pelas concessionárias de veículos e demais pessoas jurídicas, onde amolda-se a tipicidade da norma do ICM que colhe como sujeitos passivos os "produtores, industriais e comerciantes". Isto porque a "saída da mercadoria" promovida pelo

comerciante de veículos (fato gerador do ICM) corresponde ao mesmo fato da aquisição desse mesmo veículo, por qualquer que seja o adquirente.

Estaria, então, havendo invasão, pela União da esfera de competência tributária reservada exclusivamente aos Estados, através do mecanismo sutil de se tributar o mesmo fato, visto pelo outro pólo.

Poder-se-ia argumentar, por exclusão, que a exigência seria legítima, nesse aspecto em relação às "aquisições de veículos" efetuadas de particulares, posto que não se qualificam na condição de "comerciantes" previsto no art. 23, II, da CF, conseqüentemente, não estariam tais operações ao alcance do ICM.

Respondemos que, nem assim tal incidência escaparia ao vício da inconstitucionalidade, na medida em que encontra óbice, como as primeiras, no art. 23, III, da CF, instituído pela EC nº 27/85.

Reza tal norma que compete aos Estados e DF instituir imposto sobre a "propriedade de veículos automotores, vedada a cobrança de impostos ou taxas incidentes sobre a utilização de veículos".

Ora, a vedação constitucional é expressa. Não se pode cobrar outros impostos sobre a propriedade de tais veículos. Mais ainda, a base de cálculo colhida ("preço de aquisição") confirma a materialidade da hipótese (imposto), além do que identifica a mesma base atribuída aos Estados membros para incidência do ICM ou, até mesmo, do I.P.V.A.

Em arremate dessas nossas ponderações sobre a matéria e como rebate prévio às indagações de nossos opositores acerca da natureza das quotas do FND (Fundo Nacional de Desenvolvimento), que serão entregues como forma de resgate ou devolução do "empréstimo", queremos deixar conclusão no sentido de que a entrega dessas quotas não desqualifica a natureza IMPOSITIVA da exigência, tampouco serve para legitimar o verdadeiro EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO.

Àqueles que buscam a natureza dessa devolução respondemos que se tratam de verdadeiros INCENTIVOS FISCAIS, idênticos a outros tantos fixados na legislação, em função do próprio imposto, como os conhecidos Fundos de Investimentos do Nordeste (FINOR), da Amazônia (FINAM), do Turismo (FISSET), onde parcela do imposto é devolvida em papéis (quotas) aos contribuintes, sem qualquer desnaturação ou ofensa da ordem jurídica tributária.

Agora, o incentivo é dado em quotas do F.N.D.

Então, inexistem os verdadeiros empréstimos compulsórios?

Pensamos que eles existem e instituídos no Brasil sem a verdadeira denominação. Veja-se a propósito, o disposto no art. 14 da Lei 7450/85 que estabeleceu que as restituições do imposto de renda às pessoas físicas, relativas ao exercício de 1986, período-base de 1985, serão efetuadas parceladamente, no espaço de quatro anos.

No mesmo sentido, a disposição contida no art. 36 da citada lei que determinou que a restituição do imposto pago a maior pelas pessoas jurídicas, relativo ao exercício de 1986, ano-base de 1985, será retida nos cofres públicos, implicitamente a título de "empréstimo" e devolvida aos titulares daquele direito em quatro parcelas anuais.

Temos, nas duas hipóteses, verdadeiros empréstimos compulsórios, inobstante a ausência de tal denominação pela ordem legal, o que não altera a sua natureza jurídica, conforme expressamos em reiteradas oportunidades.

BIBLIOGRAFIA

- ARZUA, Heron "Princípios Constitucionais Tributários e as Contribuições" — In Revista de Dir. Tributário nº 718 — pág. 84/94.
- ARZUA, Heron "Entendimento da Lei Tributária" Editora da Univ. Federal do Paraná — 1982.
- ATALIBA, Geraldo "Hipótese de Incidência Tributária" — Editora Revista dos Tribunais — 3ª edição — 1984.
- ATALIBA, Geraldo "República e Constituição" Editora Revista dos Tribunais — 1985.
- ATALIBA, Geraldo "Elementos de Direito Tributário" Editora Revista dos Tribunais — 1978.
- ATALIBA, Geraldo "Limites Constitucionais do Decreto-lei em matéria tributária" — In Revista de Dir. Tributário nº 17/18, pág. 212/217.
- BALEEIRO, Aliomar "Direito Tributário Brasileiro" Editora Forense — 10ª edição — 1984.
- BALEEIRO, Aliomar "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar" Ed. Forense 6ª edição — 1985.
- BATALHA, Celio de Freitas "Aspectos Tributários da Intervenção do Estado no Domínio Econômico". In Rev. Dir. Tributário nº 15/16 — pág. 165/192.

- BECKER, Alfredo Augusto "Teoria Geral do Dir. Tributário". Ed. Saraiva — 1972.
- BORGES, Filho, Arnaldo "Considerações em torno do Conceito de Tributo". In Revista do Direito Tributário nº 3 pág. 173/184.
- BORGES, José Souto Maior "Isenções Tributárias" Editora Sugestões Literárias — 2ª edição — 1980.
- CARRAZA, Roque Antonio "O Regulamento no Direito Tributário" — Editora Revista dos Tribunais — 1981.
- CARRAZA, Roque Antonio "O sujeito Ativo da Obrigação Tributária" — Editora Resenha Tributária — 1977.
- CARVALHO, Paulo de Barros "Teoria da Norma Tributária" Ed. Revista dos Tribunais — 1981.
- CARVALHO, Paulo de Barros "Curso de Direito Tributário" Ed. Saraiva — 1985.
- COSTA, Ramón Valdés "Los principios juridicos fundamentales em la codificacion tributaria de America Latina" In Revista de Dir. Tributário nº 3 pág. 51/61.
- DÓRIA, A. Roberto Sampaio "Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law" Ed. Forense — 1986.
- MICHELI, Gian Antonio "Curso de Direito Tributário" Ed. Revista dos Tribunais — 1978.
- SOUZA, Rubens Gomes e Outros "Comentários ao Código Tributário Nacional". Ed. Revista dos Tribunais — 1975.
- VILLEGAS, Héctor "Curso de Direito Tributário" Ed. Revista dos Tribunais — 1980.
- XAVIER, Alberto "Os princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação". Ed. Revista dos Tribunais — 1978.
- DIVERSOS AUTORES "Contribuições Especiais — Fundo PIS/PASEP" — Caderno de Pesquisas Tributárias nº 2 — Editora Resenha Tributária.

INFRAÇÕES E SANÇÕES TRIBUTÁRIAS

Brasílio Penteado de Castro Jr.

I – A QUESTÃO DA TERMINOLOGIA: DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO OU DIREITO TRIBUTÁRIO PENAL?

Ramo jurídico cujo objeto reside exatamente no estudo e regramento das infrações e sanções tributárias, a primeira questão que se lhe levanta é referente à sua denominação: qual é a terminologia mais correta, direito penal tributário, ou direito tributário penal?

No dizer de Hector Villegas, não se trata de mera questão terminológica de prioridade de adjetivos, destituída de importância, mas, ao contrário, deve-se atentar que a opção por uma ou outra construção gramatical pode ter notórias implicações para a localização científica do ramo do direito que estuda a repressão tributária.

De acordo com as teorias de Sainz de Bujanda e Jarach, pode-se chegar a duas conclusões: primeira, a terminologia direito penal tributário alude a todas as normas que reprimem atos ilícitos, relacionados, de alguma forma, com a atividade tributária do Estado, independentemente do texto em que se encontrem; segunda, aceita-se a terminologia direito tributário penal como uma parcela do direito penal tributário, integrada por todos os ilícitos e as sanções tipificados nas próprias leis tributárias.

Hector Villegas, diferentemente, prefere a denominação direito penal tributário para se referir apenas às normas que reprimem infrações tributárias não delituais e não às que reprimem delitos fiscais.

Partindo do pressuposto de que há diferenças substanciais entre a infração fiscal e o delito criminal, Hector Villegas sustenta que o direito penal tributário é o direito penal que contém as normas e princípios que regulam a repressão das infrações tributárias não delituais. Sai da sua esfera tudo o que for relativo a delitos, ainda quando os mesmos estejam vinculados com o fisco e só possam ser compreendidos no âmbito do direito penal comum.

Todavia, legislativa e didaticamente, o autor admite que o direito penal tributário seja considerado como uma parte do

direito tributário, uma vez que as normas repressivas tributárias estão, incluídas nas leis tributárias, segundo tendência manifestada por grande número de codificações.

II — A LOCALIZAÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

A segunda questão que se põe pertence à vinculação do direito penal tributário com o direito penal comum.

Entendem Giuliani Fonrouge, Valdes Costa e Jarach que, do ponto de vista estritamente científico (não legislativo), pode-se aceitar que o direito penal tributário seja uma parte do direito tributário.

Neste campo há lugar para três posições distintas. A primeira delas, defendida por Giuliani Fonrouge, mostra-se contra a aplicação do Código Penal, mesmo nos casos de indefinição, obscuridade ou silêncio da lei tributária, e só aceita que se aplique a lei penal se existir uma remissão específica, com respeito a uma determinada situação concreta.

A segunda posição, defendida por Aftalión e Sainz de Bujanda, entende que a lei repressiva tributária está no direito penal comum, ou seja, o direito penal tributário é uma parte do direito penal comum.

Desse entendimento resulta a tese de que o Código Penal é, obrigatoriamente, vigente em todos aqueles pontos não regulados expressamente pela norma tributária. Vale dizer, o simples silêncio já obriga a aplicação do Código Penal, que só se exclui por derrogação expressa.

Trata-se de conclusão bastante severa e grave, que se posiciona de forma radicalmente contrária à anterior.

A terceira posição, idealizada inicialmente pelo jurista alemão Goldschmidt e adotada posteriormente, dentro da teoria penal, por Carmignani, Carrara e Beccaria, é aquela que coloca o direito tributário penal dentro do direito penal administrativo ou contravencional.

Dentro dessa teoria, haveriam dois grandes ramos do direito penal, segundo a natureza jurídica das infrações nele contidas:

Um ramo do direito penal geral, que regula a punibilidade das infrações que atingem direta e imediatamente a segurança dos direitos naturais e sociais dos indivíduos, que viria a ser o direito penal comum.

O outro ramo do direito penal geral, que regula a punibilidade das infrações que atingem a atividade administrativa estatal, tendente a alcançar o bem-estar social, seria o direito penal administrativo, dentro do qual situar-se-ia o direito penal tributário.

Disso resulta que, embora o direito penal tributário tenha diferenças com o direito penal comum, derivadas da essência de suas infrações, não dispõe ele de uma total independência funcional em relação a este último em razão de ambos pertencerem a um tronco comum, daí advindo, em consequência, o fato de inexistirem obstáculos a que os preceitos do Código Penal sejam aplicados em alguns casos, no âmbito do direito tributário, ainda que sem remissão expressa.

Assim, sem necessidade de remissões ou de exclusões expressas, a lei penal aplicar-se-á, em âmbito tributário, em alguns casos e não se aplicará em outros tantos, tudo dependendo da regulação penal não ser incongruente com o específico do penal tributário, como se evidencia nos exemplos que seguem abaixo:

— Aplicação da norma penal em âmbito tributário: co-participação; retroatividade da lei mais benigna; etc.

— Não aplicação da norma penal em âmbito tributário: conversão da multa em prisão; efeitos da reincidência; concurso de agentes; etc.

III – A SANÇÃO TRIBUTÁRIA

Assim como é assegurado ao Estado o direito de receber certa soma em dinheiro (arrecadação de tributos), destinada a prover os meios pelos quais efetivar-se-á a administração pública, também lhe são concedidos os meios de defesa desse direito, consubstanciados na sanção, que tem por objetivo primeiro proteger as realidades sociais.

A turbacão do exercício do poder tributário, mediante transgressões de qualquer tipo, confere ao Estado o direito de aplicar um castigo.

Todavia, diferencia-se a sanção da pena, pois nem toda sanção é pena. A sanção está em todo o campo do direito, enquanto pena é unicamente aquela que castiga, em primeiro lugar para dissuadir, e em segundo lugar para retribuir o mal causado.

Há as chamadas sanções civis, de cunho eminentemente indenizatório, que desejam, unicamente, restabelecer a situação existente antes de cometida a infração (repõem as coisas no "stato quo ante").

Há ainda as chamadas sanções mistas, que são retributivas enquanto castigam e compensatórias quando tendem, de alguma forma, a obter o ressarcimento do mal causado.

Em âmbito tributário, a sanção típica, por excelência, é a pecuniária chamada **multa**, que se reveste do caráter de sanção mista por trazer em seu bojo ambos os caracteres: repressivo e indenizatório.

IV – A ESTRUTURA LÓGICA DA REGRA SANCIONATÓRIA – INFRAÇÃO E SANÇÃO

O traço característico do direito é a coatividade, que se exerce, em último grau, pela execução forçada e pela restrição da liberdade.

Posta a regra pela lei, ou cumpro-la, ou desobedecemos-la, incorrendo, por via de consequência, nas chamadas sanções.

O ordenamento jurídico, como forma de tornar possível a coexistência do homem em comunidade, garante efetivamente o cumprimento de seus mandamentos, ainda que, para tanto, seja necessária a adoção de medidas punitivas que afetem a propriedade ou a própria liberdade das pessoas. Daí porque, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente o legislador enlaca uma providência sancionatória ao não-cumprimento do referido dever.

As normas jurídicas que põem no ordenamento as sanções tributárias integram a subclasse das regras de conduta e ostentam a mesma estrutura lógica da regra-matriz de incidência. Têm uma hipótese, descritora de um fato do mundo real, e uma consequência prescritora de um vínculo jurídico que há de formar-se entre dois sujeitos.

O antecedente da regra sancionatória descreve um fato que se consubstancia no descumprimento de um dever estipulado no consequente da regra-matriz de incidência. É a não-prestação do objeto da relação jurídica tributária. Essa conduta é tida por anti-jurídica, por transgredir o mandamento prescrito, e recebe o nome de ilícito ou infração tributária.

Arelada ao antecedente ou suposto está a relação jurídica, vinculando o autor da conduta ilícita ao titular do direito violado. No caso das penalidades pecuniárias ou multas fiscais, o liame também é de natureza obrigacional, uma vez que tem substrato econômico. Denomina-se relação jurídica sancionatória e o pagamento da quantia estabelecida é promovido a título de sanção.

Tratando-se de outro tipo de sanção, que não a multa ou penalidade pecuniária, a relação jurídica não se altera na sua estrutura básica, modificando-se apenas o objeto da prestação, que será um fazer ou não fazer. Perde o nome de vínculo de cunho obrigacional, mas continua sendo uma relação jurídica sancionatória.

Os mesmos critérios estabelecidos para a hipótese de incidência tributária valem para o antecedente da norma sancionatória, a saber:

- **Critério Material:** uma conduta infringente de dever jurídico.
- **Critério Espacial:** a conduta há de ocorrer em certo lugar.
- **Critério Temporal:** o instante em que se considera acontecido o ilícito.
- **Critério Pessoal:** Sujeito Ativo — aquele investido do direito subjetivo de exigir a multa — Sujeito Passivo — aquele que deve pagá-la.
- **Critério Quantitativo:** a base de cálculo da sanção pecuniária e a percentagem sobre ela aplicada.

V — A INFRAÇÃO COMO HIPÓTESE NORMATIVA SEU NÚCLEO CONSTANTE

A infração reside na falta de cumprimento de determinada prestação, descrita na norma, a que alguém estava sujeito por força de outra norma jurídica de conduta.

Em âmbito tributário, o ilícito pode advir da não-prestação do tributo (da importância pecuniária), ou do não-cumprimento de deveres instrumentais ou formais.

O traço de identificação constante e invariável do ilícito tributário será sempre a **não-prestação**.

Assim, define-se a infração tributária como toda ação ou omissão que, direta ou indiretamente, represente o descumprimento dos deveres jurídicos estatuídos em leis fiscais.

VI — ILÍCITOS OU INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS E OS CHAMADOS CRIMES FISCAIS

Ao contrário da tese esposada pelo Prof. Hector Villegas, acima abordada, para quem as infrações tributárias e os crimes fiscais têm

naturezas radicalmente distintas, a ponto de precisarem ser estudados por ramos jurídicos diferentes, o Prof. Paulo de Barros Carvalho entende que, em princípio, o comportamento violador do dever jurídico estabelecido em lei tributária pode se revestir tanto das características de meras infrações ou ilícitos tributários, quanto de verdadeiros crimes fiscais, estes definidos em preceitos da lei penal própria.

Todavia, logo a seguir esboça ele uma comunhão de opiniões: entre tais entidades há uma distinção formal e, além disso, uma grande diferença de regime jurídico, pois enquanto os crimes fiscais estão subordinados aos princípios, institutos e formas do Direito Penal, as infrações contidas em leis tributárias, de caráter não-criminal, sujeitam-se aos princípios gerais do Direito Administrativo.

Dentre os crimes tributários previstos na legislação penal brasileira sobressaem-se as figuras do contrabando, do descaminho, da sonegação, da fraude e da apropriação indébita.

VII – ESPÉCIES DE INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Há várias classificações das condutas que descumprem os deveres jurídicos tributários, a saber:

a) **Infrações à obrigação tributária principal** (ex.: falta de pagamento, pura e simples, do tributo, a despeito do contribuinte estar plenamente ciente da ocorrência do fato gerador) e infrações que violam simples deveres instrumentais ou formais (ex.: falta de entrega da declaração de rendimentos, para fins de apuração e pagamento do Imposto de Renda).

b) **Infrações Subjetivas e Objetivas**, de acordo com a participação do agente na descrição hipotética da norma.

Infração Subjetiva é aquela para cuja configuração exige a lei que o autor do ilícito tenha operado com dolo ou culpa (lato sensu: imperícia, imprudência ou negligência). Ex.: omissão proposital de receitas na declaração de rendimentos, com o intuito de recolher aos cofres públicos quantia menor do que a devida.

Infração Objetiva é aquela em que não é preciso apurar-se a vontade do infrator. Ocorrendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a intenção do agente, dá-se por configurado o ilícito. Ex.: falta de pagamento de determinada parcela do tributo no prazo fixado na notificação de lançamento.

De acordo com a sistemática adotada pelo Direito Penal, é necessário, para a configuração do crime, haver a materialidade do evento e, além disso, a culpabilidade, isto é, a imputação do resultado delituoso à participação volitiva do agente, sob pena de, inexistindo dolo ou culpa, em qualquer uma de suas gradações, não ser punível a conduta que ocasionou o acontecimento típico e anti-jurídico.

Nos domínios do Direito Tributário, essa linha diretriz é diferente: aqui predomina, como regra geral, em se tratando de infrações tributárias, o princípio da responsabilidade objetiva, ou seja, prescinde-se do trabalho de perquirir a vontade do agente infrator para que se possa considerar o ilícito como ocorrido, bastando a sua constatação material.

Todavia, ainda assim criou a lei figuras típicas de infrações subjetivas, em que a culpa (*lato sensu*) é eleita como ingrediente necessário do tipo legal. São elas, dentre outras, a sonegação, a fraude e o conluio, eleitos como crimes dolosos pela legislação do IPI, consoante segue abaixo:

SONEGAÇÃO é toda a ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I — da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II — das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

FRAUDE é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Notas: Observe-se que a sonegação pressupõe a ocorrência factual ao passo que a fraude se opera em momentos que antecedem a efetivação do fato jurídico tributário.

CONLUIO é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando os efeitos da sonegação ou da fraude.

A distinção entre infrações objetivas e subjetivas tem grande importância quando de eventual defesa a ser oposta contra acusação fiscal de prática de ilícito.

Na infração objetiva o ônus da prova é do contribuinte, cabendo-lhe demonstrar, como única alternativa, a inexistência do fato material acoimado de anti-jurídico.

Na infração subjetiva inverte-se o ônus da prova: compete agora ao Fisco demonstrar a existência de dolo ou culpa, como elo de ligação entre a participação do agente e o resultado material produzido.

Neste caso não têm aplicação as chamadas **presunções**, pois o dolo e a culpa não se presumem, mas, ao contrário, provam-se.

VIII — AS INFRAÇÕES FISCAIS NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A matéria é disciplinada pelos artigos 136, 137 e 138 do Código Tributário Nacional, que lhe definem as linhas mestras.

Ao dispor que, salvo lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária **independe da intenção do agente ou do responsável** e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, o artigo 136 do CTN mostra-se claramente partidário do **princípio da responsabilidade objetiva**, embora seja também verdade que muitas leis tributárias, como as do imposto de renda, prevejam especificamente o dolo, para puni-lo com penalidades pecuniárias mais severas.

Assim, no que pertine ao terreno das infrações, a legislação tributária nacional deixa uma porta aberta para o enquadramento e repressão das chamadas infrações subjetivas.

O artigo 137 prevê casos de responsabilidade pessoal do agente e o artigo 138 contempla o chamado **caso de arrependimento eficaz**, que tem vez quando o contribuinte, antes de qualquer iniciativa fiscal, denuncia espontaneamente a infração e recolhe o tributo devido com os juros de mora, ficando assim a salvo da aplicação de multas de natureza punitiva.

De certa forma, a disposição guarda semelhança com o conteúdo do artigo 13 do Código Penal: **"O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime, ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados."**

IX — ESPÉCIES DE SANÇÕES TRIBUTÁRIAS

Descumprido o dever jurídico consubstanciado na obrigação tributária, surge, "ipso facto", oportunidade à aplicação da chamada **sanção tributária**, que vem a ser a relação jurídica que se instala, por força do

acontecimento do ato ilícito, entre as duas mesmas pessoas integrantes da obrigação jurídica tributária original: o titular do direito violado (credor) e o agente da infração (devedor).

Todavia, no tocante ao objeto da prestação ocorrem sensíveis modificações: enquanto a importância devida ao sujeito ativo (obrigação de dar) na obrigação principal original, e/ou os deveres de fazer ou não fazer na obrigação acessória original, eram exigíveis sem que constituíssem sanção por ato ilícito, no caso da sanção, pelo contrário, muda a natureza intrínseca da prestação, e ela passa a ser devida exatamente a título de penalidade e/ou de indenização.

A relação jurídica sancionatória pode, assim, assumir feição obrigacional, dotado de substrato econômico, quando, por exemplo, se tratar de penalidades pecuniárias, multas de mora ou juros de mora; como ainda ser destituída desse cunho obrigacional, quando se tratar da imposição do cumprimento de meros deveres, de fazer ou não fazer, sem conteúdo patrimonial.

Várias são as modalidades de sanções previstas na legislação tributária, a saber:

- a) Penalidades pecuniárias — Ex.: multa punitiva.
- b) Penalidades pecuniárias não punitivas, de cunho indenizatório — Ex.: multa de mora.
- c) Juros de mora, de cunho remuneratório.
- d) Apreensão de mercadorias, documentos e veículos utilizados em seu transporte, quando se encontrarem em situação irregular perante o Fisco.
- e) Apreensão e subsequente perda de mercadorias estrangeiras surpreendidas em situação irregular — Ex.: caso de contrabando (sem prejuízo das sanções penais aplicáveis à espécie).
- f) Sujeição a regime especial de controle — Ex.: rotulagem especial, numeração especial de produtos, prestação de informações periódicas extraordinárias sobre operações do estabelecimento, utilização de livros e documentos de modelos especiais, fiscalização permanente do estabelecimento, etc.
- g) Cassação de regimes especiais de pagamento do imposto, do uso de documentos ou de escrituração de livros específicos.

Correção Monetária: Sanção ou Não?

Finalizando, esclareça-se que, no entender do Prof. Paulo de Barros Carvalho, a correção monetária do débito fiscal não deve ser

entendida como sanção ante a falta de pagamento do tributo, dado que representa ela mera atualização do valor da dívida, defasado pela desvalorização da moeda, fenômeno corriqueiro em sistemas econômicos onde existe o problema inflacionário, não se erigindo, pois, à condição de um verdadeiro ônus sancionatório.

BIBLIOGRAFIA

"Infrações e Sanções Tributárias" — Aula Magna proferida pelo Prof. Hector Villegas — Textos Seleccionados em Direito Tributário — 109 Curso de Especialização em Direito Tributário — Editora Resenha Tributária — Editora Revista dos Tribunais — São Paulo — 1983.

"Curso de Direito Tributário" — Prof. Paulo de Barros Carvalho — Editora Saraiva — 2ª edição.

"Direito Tributário Brasileiro" — Prof. Aliomar Baleeiro — Editora Forense — Rio de Janeiro — 3ª edição.

A EMERGENTE QUESTÃO TRIBUTÁRIA

Francisco Isolino Siqueira

O problema que se deve encarar decididamente como o mais sensível quanto à questão tributária é aquela que nos revela a necessidade de, constitucionalmente, decidir a respeito da evasão fiscal.

São numerosas as causas que dão origem à evasão fiscal e vamos situar algumas e mais importantes a fim de que se busquem proposições constitucionais.

O requisito básico é desejável para a legislação fiscal é a clareza do texto. Decerto, não é fácil adotar colocações técnicas e ao mesmo tempo orientadoras do contribuinte, desde que, muitas vezes, a aplicação da norma reclama conhecimentos mínimos de contabilidade.

O problema de pouca clareza ou complexidade de redação da norma legal não é apenas dos países em vias de desenvolvimento, mas encontramos leis em todo o mundo civilizado que carecem de exegese minudente.

Participamos de experiências relativas à aplicação de normas legais fiscais no laboratório que existe na sede internacional da Internacional Fiscal Association, em Amsterdam, Holanda, e tais experimentos que procuravam a funcionalidade do texto revelaram a necessidade de impositiva clareza e precisão terminológica.

Uma das causas, talvez a mais séria, da evasão fiscal é a imprecisão da norma legal.

Os complexos mecanismos de liquidação, que reclamam, quase sempre, conhecimentos técnicos especiais, ficam totalmente fora do alcance do contribuinte. É importante notar, no Brasil, ainda, como é difícil a liquidação do Imposto sobre a Renda e outros proventos, cujos formulários resistem à simplicidade e conservam mecanismos injustificados e que não são suficientemente claros ao homem comum.

É urgente simplificar o procedimento de liquidação, e a pretensão da reforma tributária, neste sentido, talvez encontre guarida na criação do Imposto do Valor Acrescido (IVA).

Por outro lado, há um excessivo número de tributos, impostos, taxas, contribuições, preços públicos, tanto os criados para a área federal, quanto os estaduais e municipais.

Esta condição, a ela se agrega a administração ineficiente, quer quanto à captação, quer quanto à própria aplicação e, finalmente, na fiscalização, e a iniquidade que se gera estimula, ainda mais, a evasão fiscal. A prática hoje admitida como necessária, de anistia fiscal parcial, a prorrogação e/ou eliminação freqüente de sanções, tudo isto promove natural estímulo ao descumprimento da norma fiscal.

A proposta constitucional deve estimular a participação do contribuinte na sanção dos tributos. Esta solidariedade contribuinte-Estado, como será inscrita na Constituição?

É preciso identificar o contribuinte como fiscal do tributo, ou ainda institucionalizar a educação fiscal, a partir, decididamente, do texto constitucional.

Como criar uma consciência tributária?

Que se inscreva na Constituição a definição da educação fiscal de tal forma que se criem instrumentos através de leis complementares, que promovam a persuasão pelos meios de comunicação social.

E que, da mesma forma, se obriguem constitucionalmente os órgãos de administração fiscal a determinarem-se à luta contra a evasão fiscal, a partir da ordem também constitucional da mais sadia aplicação do tributo.

A integração econômica, política e social pode operar-se desde então.

A PROTEÇÃO JURÍDICA AO "SOFTWARE"

Adelmo Emerenciano

INTRODUÇÃO

Após a turbulenta e controvertida aprovação da Lei nº 7232/84, que criou a reserva de mercado para a indústria brasileira de informática, deparou-se o Governo e a Comunidade Jurídica com um novo e preocupante tema: Qual o regime jurídico a ser adotado para a proteção do mercado de "Software" (Sistema e Programa de Computador)? O de Patentes ou o de Direito Autoral?

A necessidade da urgente definição não decorre apenas da natural evolução dos institutos jurídicos para sua adaptação às novas realidades. Antes, a regulamentação da comercialização do "Software" atingirá diretamente aos produtos estrangeiros e em especial à indústria Norte-Americana de "Software", cuja participação no mercado internacional era de 70% em 1983, num volume de negócios estimado em US\$18 bilhões, e cuja previsão para o ano de 1987 é de US\$55 bilhões.

Em um mercado de tais cifras, as pressões pela adoção de um sistema de amplas garantias ao inventor, principalmente ao estrangeiro, e a liberdade para o crescimento e remessa de lucros, tornam-se crescentes, senão insuportáveis, a quase reduzir a questão jurídica a um simples regramento de estratégias de mercado dos grandes conglomerados transnacionais que o dominam.

Inúmeros reflexos advirão da adoção de um ou de outro regime, que irão desde os problemas de estruturação do sistema de comercialização até a já recente questão enfrentada pelo Brasil, nas conversações no âmbito da GATT (GENERAL AGREEMENT TARIFFS AND TRADE) em Punta Del Este no Uruguai, sobre incluí-los nas conversações sobre bens ou sobre serviços, onde, definiu-se sobre o primeiro ao invés do segundo, evitando assim de correr o risco de aguardar definição mais ampla sobre um setor ainda não regulamentado.

Face à multiplicidade de enfoques possíveis sobre o tema apresentado, e as singelas proporções deste trabalho, restringir-nos-emos a um mero esboço dos regimes sobre os quais têm gravitado as discussões.

1 – A QUESTÃO DA PROTEÇÃO INDUSTRIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NO BRASIL

O "Software", componente imaterial dos sistemas de tratamento das informações, já suscitou em outros Países uma definição Legislativa através da adoção do "Copyright" (Direito Autoral), um dos tradicionais sistemas de proteção as obras de criação intelectual.

No entanto, a atualidade de controvérsia é facilmente verificável, pois em um desses Países, já se conhece de decisões judiciais que entendem ser aplicável ao "Software" o regime de patentes, quando este "é um veículo intrínseco e indissociável, e em si mesmo patenteável".

No Brasil a propriedade imaterial a princípio, goza da proteção no âmbito Civil e Criminal. No primeiro, surge em decorrência da responsabilidade por atos ilícitos, prevista no Direito das Obrigações e no segundo, em virtude da tipificação do ato de Contrafação. O titular de um registro de patentes, possui em termos processuais dois métodos diferentes de proteção: A Ação de Contrafação e a Ação de Concorrência Desleal.

É comum o engano quanto ao alcance de cada uma das ações, embora se distingam por sua natureza, pelo âmbito, pelas condições da ação e pelos objetivos que colimam.

A Ação de Contrafação pressupõe necessariamente, a existência de um registro válido, enquanto a Ação de Concorrência Desleal dispensa privilégios e registros, e se funda nos pressupostos da responsabilidade Aquiliana.

As duas ações Cíveis não tendem a um mesmo fim. A Ação de Contrafação de natureza real, objetiva, por um rol de sanções graves, assegurar um direito específico e invocado. A Ação de Concorrência Desleal, de natureza especial, não pode, em princípio, obter sanções graves, pois busca-se inibir o aliciamento da clientela, considerado doutrinariamente desleal, haja visto o escopo de causar prejuízos.

Há que diferenciar-se também a proteção dada à invenção da proteção aos direitos do inventor. Enrico Lizzato faz referência às ações acessórias que seriam viáveis quando ocorressem fatos lesivos do direito do inventor e não Contrafação propriamente dita. O fundamento desta ação era o art. 1151 do Código Civil Italiano de 1865, que continha regra idêntica à do art. 159 do nosso Código. Comentando dizia:

"Perchè l'azione di contraffazione è il rimedio dato dalle legge all'inventore contro le violazioni dei suoi diritto e quando la legge rende possibile l'azione specifica di

contraffazione nessun'altra può essere proposta in sua vece dal possessore dell'attestato".

2 – DAS FORMAS JURÍDICAS DE PROTEÇÃO AO "SOFTWARE"

No Brasil as normas mais discutidas de proteção, têm gravitado em torno dos regimes tradicionais, o de Patentes e o de Direito Autoral, embora já esteja crescente a opinião favorável à adoção de um regime especial, opinião aliás, contrária à posição governamental.

Mesmo que sucintamente, verifiquemos cada um dos regimes:

REGIME DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

No Brasil este regime visa proteger as criações intelectuais, dando-lhes o caráter de um direito privado patrimonial e real, garantindo ao autor de invenção de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial a respectiva propriedade e o uso exclusivo a que alguns autores denominam Direito de Monopólio.

Para a obtenção do privilégio, é indispensável o conteúdo econômico da suscetibilidade de utilização industrial e o caráter de novidade. Como conceito desta, entende-se uma invenção como nova quando não compreendida no estado da técnica, entendendo-se como tal tudo aquilo que, em qualquer ramo de atividade, tenha sido colocado ao alcance do público, em qualquer parte do mundo, por qualquer meio de comunicação e/ou pelo uso, antes da data do depósito do pedido de privilégio, ressalvada a prioridade mais antiga. Como suscetível de utilização industrial o objeto da invenção deve permitir sua produção para o consumo e/ou aplicação em pelo menos um setor do sistema produtivo.

À primeira vista, parece ser perfeitamente aplicável ao "Software" o regime de patentes, uma vez que tem as características de uma obra intelectual de caráter tecnológico (Know-how), e não de caráter científico (know-why), e possibilita a aplicação industrial. No entanto, o regime de patentes exige a divulgação ilimitada e irrestrita da informação, referente ao bem protegido através de um relatório descritivo. Isto por si só é suficiente para desaconselhar a utilização de regime de patentes, haja visto que qualquer pessoa poderia, conhecendo o sistema patenteado, introduzir alterações que dificilmente poderiam ser detectadas, a ponto de não permitir qualquer ação do detentor do privilégio.

Do mesmo modo, o requisito da novidade dificilmente será atendido, face à própria maneira de desenvolvimento do "Software" ou ainda, à quase impossibilidade de classificá-lo como não compreendido no estado da técnica.

Cumprе ressaltar, que tais entraves da aplicação decorrentes da nossa legislação interna, não podem ser superados por simples revogação, uma vez que todo o sistema brasileiro de patentes, funda-se em acordos e tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como por exemplo a Convenção da União de Paris, de 20-3-1883.

REGIME DE DIREITO AUTURAL OU "COPYRIGHT"

O caráter utilitário para este regime, não tem qualquer importância. O seu conteúdo consiste em garantia ao autor do direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras de qualquer maneira e de qualquer forma.

Como no regime de patentes, a legislação vigente sobre o Direito Autoral, funda-se também em acordos internacionais: A Convenção para a proteção das obras literárias e Artísticas, a chamada Convenção de Berna, e a Convenção Universal sobre o Direito do Autor, denominada Convenção de Genebra.

Se este regime assegura ao autor a exclusividade do uso de obra intelectual de sua criação, onde estão os fatores que desaconselham o seu uso? Muitos argumentos concorrem contrariamente à adoção deste sistema, inobstante o fato da sua adoção na maior parte dos países desenvolvidos.

O primeiro argumento contrário que se alinha, é quanto ao reconhecimento dos direitos morais, próprio do Direito Autoral. Neste, confere-se ao Autor, o direito de conservar inédita a obra, o de opor-se a qualquer forma de modificação da mesma, o de retirá-la de circulação e a de a qualquer tempo, suspender qualquer forma de utilização anteriormente autorizada. O reconhecimento destes direitos é inaceitável face a natureza utilitária do "Software", onde, mormente em nosso país, ensejaria desde a situação de abuso de poder econômico até a paralização de atividades produtivas e científicas.

Insurge-se ainda, contrariamente, o fato de que a finalidade utilitária do "Software" exige também a proteção ao usuário sendo que o Direito Autoral, volta-se e protege apenas o Autor e mais, por um tempo excessivo de proteção: — toda a vida do autor, de seu filho, dos pais e do cônjuge e para os sucessores do autor, por sessenta anos. Este último detalhe é incompatível com a natureza e dinâmica tecnológica requerida ao "Software".

Motivos de ordem econômica também desautorizam a proteção do "Software", pelo regime de Direito Autoral. Com efeito, como mercado industrial e tecnológico que representa, o "Software" deve ter regulamentação que permita o controle cambial e fiscal, no entanto, este regime permite a livre remessa para pagamento de "royalties". Assim um fabricante de equipamentos, poderá vender seus computadores no Brasil, a preço de custo, mas tudo que ele cobrar pelo "Software", que hoje já possui maior valor econômico que o "Hardware", será enviado para a matriz no exterior, destruindo em pouco tempo tudo que construímos na informática brasileira nos últimos vinte anos de autoritarismo.

O atual desenvolvimento mundial dos estudos da inteligência artificial, também indicam em sentido contrário à adoção do sistema de Direito Autoral. Hoje a tendência mundial é de que a maior parte dos programas de computador passe a ser desenvolvida por máquinas especializadas (os "ambientes" no jargão do setor), como então, considerar algo produzido por máquinas como uma obra de criação?

Da mesma forma que o regime de patentes, o regime de Direito Autoral também encontra as mesmas dificuldades para alteração da legislação interna, face aos mencionados acordos de âmbito internacional no qual o Brasil é signatário.

Em decorrência das dificuldades acima apontadas, a tendência das Autoridades brasileiras é de encaminhar a discussão para o estabelecimento de uma legislação específica, que não seria nem o Direito Autoral nem o regime de Propriedade Industrial, em que isso pese, porém, há que ressaltar que já possuímos em nosso Estado um princípio de Jurisprudência, indicando uma tendência para a adoção do Direito Autoral. É o que se verificou na recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no processo da SINCLAIR contra a MICRODIGITAL, na qual um dos Juízes declarou que o "Software" deve ser protegido por direito autoral, inobstante um segundo Juiz, tenha considerado que "Software" em ROM (READ ON MEMORY) é "hardware" e, portanto, sujeito a proteção como propriedade industrial.

REGIME ESPECIAL

Como este é o País de meio termo, não poderia faltar uma proposta que resumisse os princípios de um e de outro regime jurídico tradicional, carreando-lhe porém, outros mais próximos da natureza singular do "Software".

Esse regime especial foi recomendado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, pelo Instituto Nacional de Propriedade Indus-

trial — INPI e pela Assessoria Jurídica da Secretaria Especial de Informática — SEI. Neste novo regime procurava-se indicar um prazo especial e adequado para a duração dos direitos relativos ao "Software", e sua extensão aos usuários, a explicação das infrações e do processo de apuração destas e a definição de regras cambiais e fiscais de proteção ao mercado nacional.

Nenhuma restrição existe para a adoção deste sistema, a não ser que o mesmo não interessa aos EUA que pretende, para garantir o seu mercado, a adoção do "Copyright" pelo Brasil. Convém registrar que apesar da tendência do CONIN de adotar um regime especial, o projeto de Lei enviado ao Congresso para regular a matéria foi inopinadamente modificado, passando a adotar o regime de "Copyright". Bastou para isso a ameaça da retaliação americana à nossa já existente reserva de mercado, baseada na denominada Lei de Informática.

Que esses sucintos comentários forneçam dados, ainda que elementares, a uma maior reflexão sobre o assunto nesta nova obra de Criação do Direito.

BIBLIOGRAFIA

COMENTÁRIOS, ao Código da Propriedade Industrial — Edit. Resenha Universitária.

CERQUEIRA, João da Gama — Tratado da Propriedade Industrial — Forense, 1956.

DOMINGUES, Domingos Gabriel — Marcas e Expressões de Propaganda — Edit. Forense, 1984.

DOMINGUES, Douglas Gabriel — Edit. Forense, 1980.

DURVAL, Hermano — Concorrência Desleal — Saraiva, 1976.

FERREIRA, Waldemar — Instituições Di Direito Comercial — Saraiva, 1962.

FRANCESCHINELLI, Remo — Studi Riuniti Di Diritto Industriale — Gluffre Editore — Milano, 1972.

PAES, P. R. Tavares — Ação de Contrafação da Propriedade Industrial — 1986.

SOARES, J. C. Tinoco — Regime das Patentes e Royalties — 1972.

ALGUNS PONTOS DE DISCUSSÃO SOBRE A QUESTÃO DA REFORMA AGRÁRIA: O CASO DO BRASIL ¹

Sônia Helena Novaes Guimarães Moraes²

O presente texto, preparado para apresentação e discussão durante a "Jornada Internacional sobre Reforma Agrária", em Mérida, Venezuela (Outubro de 86), pretende colocar em evidência algumas questões centrais sobre o tema, avaliando-se o contexto brasileiro em alguns dos pontos sugeridos pela organização do evento: "caducidad o vigencia de las Reformas Agrárias: mercadeo de produtos agrícolas; organizaciones campesinas". Seguindo-se estas colocações, o trabalho será distribuído em duas partes, da seguinte forma:

I — A NECESSIDADE E A URGÊNCIA DA REFORMA AGRÁRIA PARA O BRASIL

- 1.1 — Estrutura Fundiária e suas Distorções
- 1.2 — Os Conflitos pela Posse da Terra: Consequências
- 1.3 — Condições Técnicas e Instrumentos Legais

II — DECISÃO POLÍTICA E MOVIMENTOS SOCIAIS

A primeira parte, mais detalhada e contendo dados sobre o setor agrário brasileiro, a estrutura fundiária e os conflitos pela posse da terra no Brasil, representa o cerne da questão sobre o tema "caducidad o vigencia de las Reformas Agrárias", tópico este a que procuramos dar maior ênfase.

A segunda parte, porém, exatamente por sua extrema complexidade e importância — pois se refere à decisão política de se empreender programas efetivos de reforma agrária — vai limitar-se a um breve relato dos atuais movimentos de trabalhadores rurais, que representam decididamente a única força para a vigência da reforma agrária no Brasil. Esta será uma parte conclusiva, portanto. Uma avaliação histórica e digna da grandeza das lutas dos camponeses no país merece um trabalho à parte, o que ficaria demasiado extenso para esta exposição.

A comunicação, além de pretender colocar alguns pontos centrais em evidência no que tange à reforma e à questão agrária no cenário latinoamericano, poderá servir para situar neste mesmo cenário o contraste

perverso de um Brasil da fome e da miséria, bem distante do Brasil industrializado e que possui a oitava economia do mundo.

I – A NECESSIDADE E A URGÊNCIA DA REFORMA AGRÁRIA PARA O BRASIL

A continuar a tendência histórica da concentração da propriedade da terra no Brasil, os níveis já quase absolutos de sua distribuição poderão tornar-se ainda mais rígidos, com graves e imprevisíveis consequências para a conservadora sociedade brasileira.

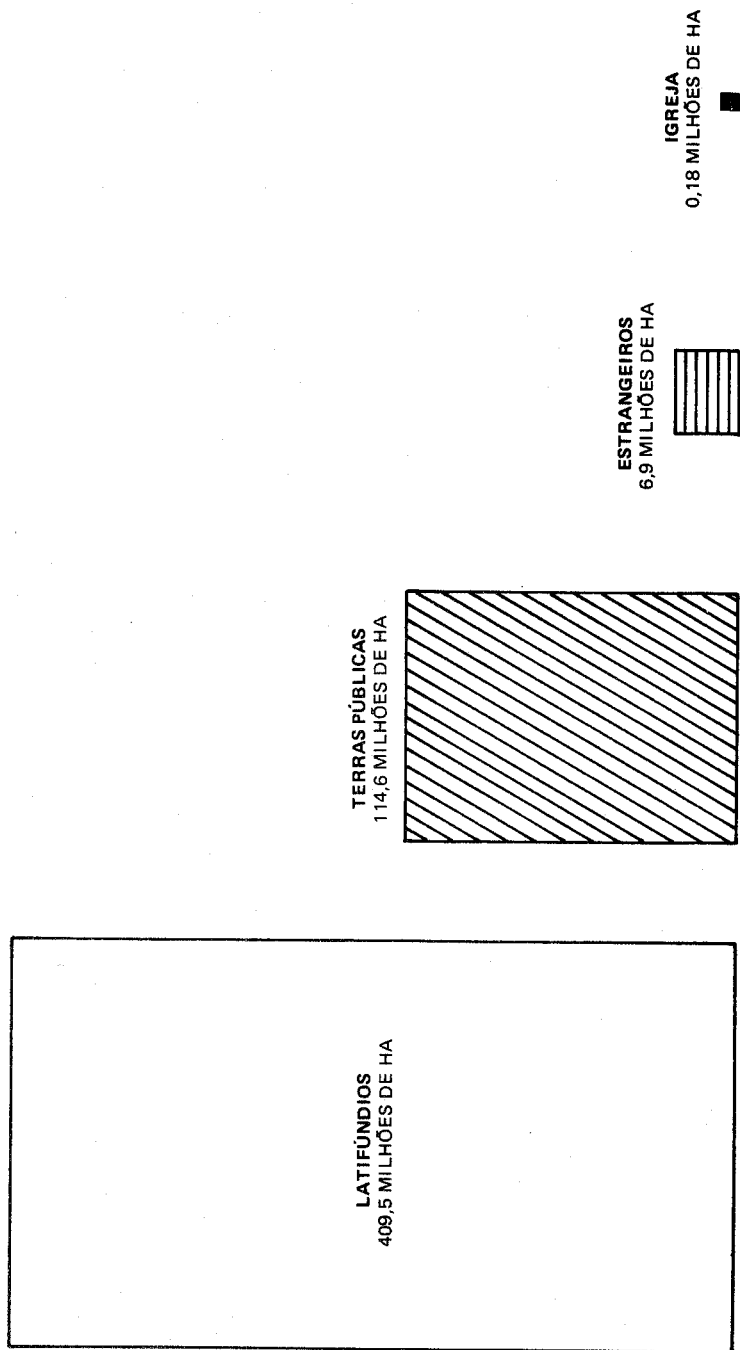
Neste momento, avaliar a necessidade e a urgência da reforma agrária para o país será o mesmo que apontar para um caminho repleto de obstáculos, principalmente de ordem política, resultado das pressões da mais atrasada e reacionária classe dominante que existe no continente latinoamericano.³ Significa, porém, a defesa de medidas que poderão elevar o nível de mais de “três milhões de famílias, que vivem abaixo da linha de pobreza absoluta no campo”.⁴

1.1 – Estrutura Agrária e suas distorções

A situação da miséria rural no Brasil pode ser demonstrada pelas distorções na distribuição da propriedade fundiária: em “oitocentos milhões de hectares, com uma população de 14,1 habitantes por km², três milhões das famílias de lavradores se comprimem em 0,3ha por família, área menor que a disponível para as famílias de países densamente povoados, como a China, a Índia, pouco maior que a disponível na Coreia ou no Vietnã”.⁵ Ainda mais, de acordo com dados do Cadastro do INCRA⁶, os latifúndios no Brasil detêm nada menos do que 409,5 milhões de hectares, as terras públicas somam por volta de 114,6 milhões de hectares e os estrangeiros possuem por volta de 6,5 milhões de hectares. O gráfico da pág. 109 (I) demonstra o significado quantitativo destas parcelas, inclusive dos 0,18 milhões de hectares de terras da Igreja que, por ter um segmento progressista conferindo grande apoio aos movimentos sociais no campo, tem sido muito atacada pelas correntes conservadoras que superdimensionam o tamanho de seu patrimônio no intuito de depreciar sua intenção de luta ao lado dos trabalhadores do campo.

Usando-se também o Índice de Gini (Índice de econometria pelo qual se pode medir uma distribuição qualquer)⁷ aplicado à distribuição da propriedade fundiária no Brasil, vislumbra-se um quadro de ten-

GRÁFICO I — Terras de Latifúndios, Terras Públicas, Terras de Estrangeiros e Terra da Igreja



FONTE: GOMES DA SILVA, José, 1985. O debate em torno da proposta do 1.º PNRA da Nova República. Brasília. INCRA, 28 pgs.

dência de concentração quase absoluta da terra, como se demonstra pelos números abaixo⁸:

II – CONCENTRAÇÃO DE PROPRIEDADE NO BRASIL (Índice de Gini)

1960	0,842
1970	0,844
1975	0,855
1980	0,859

Esta situação gravíssima, se calculada com base nos dados disponíveis em 1986 e incluindo-se os trabalhadores rurais sem terra, passaria para uma faixa acima de 0,900.

Outra constatação importante refere-se ao emprego da mão-de-obra no campo em relação ao tamanho das propriedades existentes: nos estabelecimentos menores do que 100 hectares, ocupa-se 78,6% da mão-de-obra rural; nos estabelecimentos de 100 a 1.000 hectares ocupa-se 17,1%; e nos estabelecimentos acima de 1.000 hectares ocupa-se apenas 4,3%.⁹

Estes dados podem perfeitamente demonstrar a ociosidade das grandes propriedades latifundiárias que, ao invés de cumprirem sua função de produção, mantêm a propriedade com funções especulativas ou como reserva de valor.

A listagem abaixo¹⁰ (quadro 3) evidencia que os maiores detentores de terras e latifúndios no Brasil concentram um total de 25.547.539 milhões de hectares, ou seja, uma área equivalente à superfície do Estado de São Paulo aproximadamente.

Ainda de acordo com dados elaborados pelo eng^o agrônomo Carlos Lorena, numa relação de 79 detentores de 276 imóveis rurais, superiores a 200.000 hectares (45 Pessoas Físicas e 34 Pessoas Jurídicas), uma imensa área é ocupada num total de 38.890.161 hectares, perfazendo uma área média de 492.281 hectares, ou seja, quase meio milhão de hectares para cada imóvel. Essa área é maior do que a soma da área geográfica de 8 (oito) Estados da Federação Brasileira:

Rio Grande do Norte – RN
Paraíba – PB

Espírito Santo – ES
Rio de Janeiro – RJ

III – MAIORES DETENTORES DE TERRAS E LATIFÚNDIOS POR DIMENSÃO *

Nº	DETENTORES	ANO	UF	MUNICÍPIOS	ÁREA HECTARES
1	MANASA – Madeireira Nacional S/A.	78 81 83	AM PR	Lábrea e Guarapuava	4.140.767
2	JARI FLORESTAL e Agropecuária Ltda.	80	PA	Almeirim	2.918.892
3	APUB-Agroflorestal Amazônia (7)	78	AM	Jutaf e Carauari	2.194.374
4	Cia. Florestal Monte Dourado	84	PA	Aleirim e Mazagão	1.682.227
5	Cia. de Desenvolvimento do Piauí	78 79 81 82	PI	Castelo do Piauí, São Miguel do Tapuio, Pimenteiras, Manoel Emídio, Nazaré do Piauí, S. Francisco do Piauí, Oeiras, Canto do Buriti, Floriano, Ribeiro Gonçalves e Urucuf.	1.076.752
6	Cotriguaçu Colonizadora do Aripuanã S/A	82	MT	Aripuanã	1.000.000
7	João Francisco Martins Barata	79	AP	Calcoene	1.000.000
8	Manoel Meireles de Queiroz	81	AC	Manoel Urbano	975.000
9	Rosa Lina Gomes Amora	78 79 81	AM	Lábrea	901.248
10	Pedro Aparecido Dotto	80 81	AC	Manoel Urbano e Sena Madureira	804.888
11	Albert Nicola Vitali	78	BA	Formosa do Rio Preto	792.575
12	Antônio Pereira de Freitas	78 79 81	AM	Atalaia do Norte, Benjamim Constant e Estirão do Equador	704.574
13	Malih Hassan Elmadula	78	AM	Itamarati	661.173
14	Moraes Madeiras Ltda.	80	AM	Itamarati e Carauari	656.794
15	INDECO S/A – Int. Desenvolvimento e Colonização	81 82 84	MT	Alta Floresta, Aripuanã e Diamantino	615.218
16	Mário Jorge Medeiros de Moraes	82	AM	Carauari	587.883
17	Agroindustrial do Amapá S/A	80	AP	Mazagão	540.613

(*) Fonte: Cálculos, tabulação e idealização do Engº Agrº Carlos Lorena a partir de dados do INCRA.

Continuação

Nº	DETENTORES	ANO	UF	MUNICÍPIOS	ÁREA HECTARES
18	Francisco Jacinto da Silva	81 82 84	SP AC AM	Sandovalina, Feijó, Tarauaca, Envira e Naviraí	460.406
19	Plínio Sebastião Xavier Benfica	78 79	AM	Auxiliadora e Manicoré	452.000
20	Cia. Colonizadora do Nordeste	82	MA	Carutapera	448.000
21	Jorge Wolney Atala	82 84	SP AC	Pirajuí e Feijó	436.340
22	Jussara Marques Paz	81	AM	Surunduri	432.119
23	Adão Medeiros Paz	81	AM	Borba	432.119
24	Adalberto Cordeiro e Silva	82	AM AC	Pauini, Boca do Acre e Feijó	423.170
25	Rômulo Bonalumi	80 81 82	AM AC	Canamari e Cruzeiro do Sul	406.121
26	União de Construtora S/A	79	BA	Formosa do Rio Preto	405.000
27	Mapel Marochi Agrícola e Pecuária Ltda.	81	PA	Itaituba	398.786
					25.547.539

Alagoas — AL
Sergipe — SE

Santa Catarina — SC
Distrito Federal — DF

Mais oportuna ainda para este forum de debates é a referência (igualmente preparada pelo engenheiro agrônomo Carlos Lorena) à dimensão territorial, transformada em hectares, dos países situados na América do Sul, América Central, Caribe e dos países que colonizaram a América, deixando manifesta, por esta comparação, a dimensão e o grau de concentração de terras no Brasil. A área de 38.890.161 hectares do território brasileiro nas mãos de apenas 79 detentores de imóveis rurais do país é maior do que a área geográfica de cada um dos 12 países independentes de língua latina no continente; é maior, também, do que a área geográfica de cada um dos 11 países independentes de língua inglesa ou holandesa; e é 3 vezes maior (quase 4) do que a soma da área dos 12 países dependentes, do referido continente. Tudo isto, além de outras evidências comparativas, é o que a seguinte relação pode demonstrar:

**IV – ÁREAS DOS PAÍSES LATINOAMERICANOS, INCLUÍDOS
PAÍSES DE LÍNGUA INGLESA E HOLANDESA
E DEPENDENTES DE OUTROS PAÍSES, SITUADOS NA
AMÉRICA DO SUL, AMÉRICA CENTRAL E ILHAS DO CARIBE**

1. Países independentes, de língua espanhola

Dominica	75.060 ha ¹
El Salvador	2.139.300
Haiti	2.775.000
República Dominicana	4.842.200
Costa Rica	5.070.000
Panamá	7.708.200
Guatemala	10.888.900
Cuba	11.092.200
Honduras	11.208.800
Nicarágua	12.025.400
Uruguai	17.621.500
Equador	27.067.000
Paraguai	40.675.200
Chile	75.662.600
Venezuela	91.205.000
Bolívia	109.858.100
Colômbia	113.891.400
Peru	128.521.600
México	195.820.000
Argentina	276.688.900 ²

2. Países independentes, de língua inglesa ou holandesa.

São Cristóvão e Nevis	26.600 ha
Granada	34.400
São Vicente e Granadinas	38.930
Barbados	43.000
Antíqua	44.160
Santa Lúcia	61.600
Trinidad – Tobago	512.800
Jamaica	1.095.820

(1) Damos as áreas em hectares (ha) para facilidade de comparação com as áreas dos grandes latifúndios do Brasil; 1km² = 100ha

(2) Não incluímos o Brasil na relação.

Belize	2.296.500
Suriname	16.326.500
Guiana	21.496.900

3. Dependências de outros países¹

Bermudas (Ingl.)	5.300 ha
Anguila (Ingl.)	9.600
Montserrat (Ingl.)	10.200
Ilhas Virgens Britânicas (Ingl.)	15.300
Ilhas Capman (Ingl.)	25.900
Ilhas Virgens Norteamericanas (E.U.A.) ...	34.400
Ilhas Turks e Caicos	43.000
Antilhas Holandesas (Holanda)	99.300
Maritnica (Fr.)	110.000
Guadalupe (Fr.)	178.000
Porto Rico (Estado Associado dos EEUU) ..	886.000
Guiana Francesa (Fr.)	9.126.000

4. Países que colonizaram a América

Holanda	3.393.900 ha
Portugal	9.207.200
Espanha	50.478.200
Grã-Bretanha	54.702.000

Esses números surpreendem, por exemplo, quando se constata que a área de 79 latifúndios no Brasil é quase 11 vezes maior do que a Holanda, ou pode significar 4 vezes (quase 5) a dimensão do território de Portugal. A área de 38.980.161 hectares compreende mais da metade da área geográfica da Espanha ou da Grã-Bretanha.

Esta distorção de hoje, onde predomina a grande propriedade, herança colonial de quatro séculos, está chegando ao seu mais agudo nível, com a crescente penetração do capitalismo no campo brasileiro. As políticas de modernização da agricultura, principalmente a partir da década de 60, têm servido para acelerar e acentuar o êxodo rural e a conseqüente explosão da miséria nos centros urbanos. Por outro lado, um movimento

(1) As dependências da Inglaterra são, geralmente, colônias; as da França, são consideradas "províncias ultramarinas". Deixamos de incluir as Ilhas Malvinas, a Zona do Canal do Panamá e o enclave norte-americano em Cuba; as Malvinas, para os brasileiros, são e serão sempre argentinas; a Zona do Canal do Panamá e o enclave em Cuba, são situações transitórias.

de resistência já se faz mais presente e mais organizado no meio rural, o que traz como sucedâneos os dramáticos conflitos e a violência gerada pela espantosa monopolização da propriedade fundiária no Brasil.

Os dados acima exibem este alarmante panorama agrário no Brasil que, ao longo do seu desenvolvimento, tem mantido as mais diversas formas de dominação econômica, política e social sobre a população despossuída, desprivilegiada e proletarizada. Seus reflexos se fazem sentir não só no próprio meio rural, mas também no meio urbano, gerando o subemprego, o desemprego, a marginalização, o afavelamento e a delinquência nos bolsões de miséria em torno das grandes cidades brasileiras. Estes centros urbanos, por sua vez, estão incapacitados de absorver esta corrente migratória expulsa do campo e que a eles chega em condições de desnutrir, analfabetismo e despreparo profissional.

Este tópico demonstrativo da realidade fundiária no Brasil, ainda que em análise superficial, é o primeiro argumento para se introduzir a discussão favorável à vigência da reforma agrária. O abandono desta idéia, ao menos no caso brasileiro, seria difícil de ser preenchido, pois as propostas alternativas apenas de ordem econômica ou tributária não têm sido eficientes e suficientes para a solução do problema social no campo. Muito pelo contrário: só têm servido para acelerar o aniquilamento da já reduzida e comprimida economia camponesa.

A Reforma Agrária que vem sendo reivindicada pelos setores progressistas da sociedade e, principalmente com destaque para a participação dos trabalhadores no processo de sua implantação, deve ter a questão social como prioritária. E ela é urgente ao se considerarem as gritantes distorções fundiárias existentes no país.

1.2 — Os conflitos pela posse da terra: consequências

A situação da concentração fundiária no Brasil gera os conflitos pela posse da terra e estes, por conseguinte, os trágicos acontecimentos em que atuam impunemente os grandes fazendeiros, seus jagunços ou pistoleiros, os "grileiros"¹¹ e até agentes do Estado, no combate à resistência dos trabalhadores rurais em permanecerem na terra a que têm direito.

A violação dos direitos humanos tem sido freqüente, no meio rural. Os tipos de conflitos, dos mais variados, têm um saldo desfavorável aos trabalhadores, visto que são enfrentamentos de forças extremamente desiguais: de um lado o poder econômico e político; de outro, a organização ainda precária da resistência, além do total desamparo do

cidadão pobre, sem acesso à justiça e sem qualquer penetração nos órgãos administrativos ou de segurança do Estado — no mais das vezes perfilado e a serviço da classe dominante principalmente quando se trata do poder público regional ou local — com raras exceções.

Outro dado espantoso é que no Brasil, apesar da gravidade das ocorrências no meio rural e do número cada vez mais crescente de mortos, feridos e expulsos de forma violenta do campo, não existiam até o ano passado, dados oficiais que pudessem quantificar as situações conflituosas motivadas pela luta por terra. Não tivessem sido as iniciativas da Associação Brasileira de Reforma Agrária — ABRA, da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG e da Comissão Pastoral da Terra — CPT, não teríamos como denunciar essa verdadeira guerra no campo.

Em 1977 a ABRA através de uma pesquisa pioneira¹² fez um levantamento de 1971 a 1976, com o seguinte resultado, conforme demonstra o quadro abaixo:

V — CONFLITOS DE TERRA NO BRASIL (1971/1976)

ANO	TOTAL DE CONFLITOS	CONFLITOS GRAVES	VÍTIMAS (Nº)	
			MORTOS	FERIDOS
1971	37	6	12	5
1972	56	7	16	1
1973	40	8	23	10
1974	64	8	12	3
1975	127	17	19	15
1976	126	34	31	59

Fica assim demonstrado que, nesse período, o total de conflitos somou 450, dos quais 80 foram conflitos graves, com 113 mortes e 93 feridos.

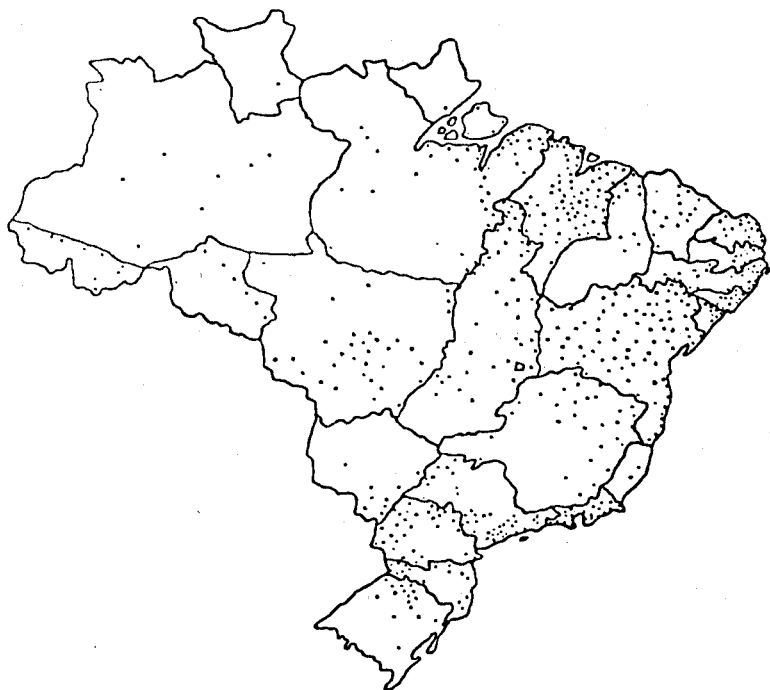
Em 1981, mais uma vez a ABRA, através de um projeto jurídico, levantou dados sobre os conflitos nos anos de 1980 e 1981 conforme o seguinte quadro:

VI — CONFLITOS PELA POSSE DA TERRA E MORTES NO BRASIL: 1980 e 81¹³

ANO	OCORRÊNCIAS	MORTES
1980	467	106
1981	986	91
TOTAL	1.363	197

Estes conflitos, mapeados abaixo, distribuem-se por todo país como se pode visualizar a seguir.

VII – MAPEAMENTO DOS CONFLITOS PELA POSSE DA TERRA – LOCALIZAÇÃO POR MUNICÍPIOS¹⁴



O mesmo estudo identificou algumas categorias, envolvendo, na sua totalidade, os seguintes dados:

VIII – CONFLITOS PELA POSSE DA TERRA NO BRASIL: CATEGORIAS ENVOLVIDAS

Posseiros	107
Trabalhadores Rurais	20
Dirigentes de STR	7
Advogados	3
Índios	13
Tratorista	1
Capataz	2
Pistoleiros	12
Jagunços	26
Grileiro	1
Fazendeiros	2
Policiais	3

Do ano de 1985, um recente levantamento da Comissão Pastoral da Terra¹⁵ avalia não só os conflitos pela posse da terra, mas inclui outros, de diversa natureza, como se vê abaixo:

IX – CONFLITOS NO CAMPO – BRASIL – 1985*

TIPO DE CONFLITO	Nº DE CONFLITOS	FAMÍLIAS ENVOLVIDAS	PESSOAS ENVOLVIDAS	ÁREA DO CONFLITO/ha
1. Terra	636	86.854	405.456	9.557.902
2. Bóias-Frias	30	—	659	—
3. Trabalhista	76	—	159.185	—
4. Sindical	13	—	—	—
5. Seca	9	—	1.400	—
6. Garimpo	4	—	—	—
7. Agrotóxicos	—	—	651	—
8. Outros	—	—	3	—
TOTAL	768	86.854	567.354	9.557.902

(*) FONTE: Levantamento da CPT, com informações colhidas de Relatórios dos Regionais e de notícias de jornais: Estado de São Paulo (ESP), Jornal do Brasil (JB), Jornal de Brasília (JBr), O Popular, Revistas SENHOR, ISTO É, VEJA e alguns jornais estaduais e Folha de S. Paulo (FSP).

— Cálculo aproximado, sempre baseado nas informações constantes no arquivo, o que não significa o número real.

X – VIOLÊNCIA NO CAMPO – BRASIL, 1985*

TRABALHADORES RURAIS, ÍNDIOS E AGENTES PASTORAIS

TIPO DE CONFLITO	Nº DE CONFLITOS	MORTOS ASSASSINATOS	FERIDOS	PRESOS
1. Terra	636	125	117	482
2. Bóias-Frias	30	66	563	—
3. Trabalhista	76	14	33	69
4. Sindical	13	—	4	—
5. Seca	9	—	—	6
6. Garimpo	4	3	—	—
7. Agrotóxicos	—	5	646	—
8. Outros	—	3	—	—
TOTAL	768	216	1.363	557

Hoje em dia, o assunto da violência do campo no Brasil, não é mais tão exclusivo de poucas entidades; muitos estudiosos têm alertado a opinião pública para o agravamento destas tensões a níveis alarmantes. O cientista político, Prof. Paulo Sérgio Pinheiro¹⁶ fez uma importante correlação entre o aumento dos assassinatos no campo e o início da abertura política no Brasil em 1974. Ressalta que na "abertura política mais longa do mundo, foram assassinados 22 trabalhadores. Em 1985, primeiro ano da Nova República, foram assassinados dez vezes mais trabalhadores rurais: 222. Quanto mais abertura, mais cadáveres no campo: paradoxo que se constata ao se verificar que entre 1980 e 1984, foram assassinados mais trabalhadores (499) do que um período quatro vezes maior, de 1964 a 1979 (386)". Mais adiante, o mesmo autor também correlaciona o crescimento das mortes no campo com o aumento da organização dos trabalhadores rurais e alerta neste sentido, nos seguintes termos: "O período de 1968 a 1981, em plena ditadura militar, outro paradoxo, foi marcado por um crescimento dos trabalhadores rurais sindicalizados. Já em 1980 havia mais sindicatos rurais (2.144) do que urbanos (2.069). Há nesse mesmo ano mais trabalhadores rurais sindicalizados (6.896.257) do que urbanos (4.271.450) ou profissionais liberais (147.307)." O Prof. Paulo Sérgio cita também o trabalho de Biorn Maybury-Lewis, pesquisador do Departamento de Ciência Política, Universidade de Colúmbia, Nova Iorque, que desenvolve um projeto sobre o tema e que enfatiza esse crescimento de

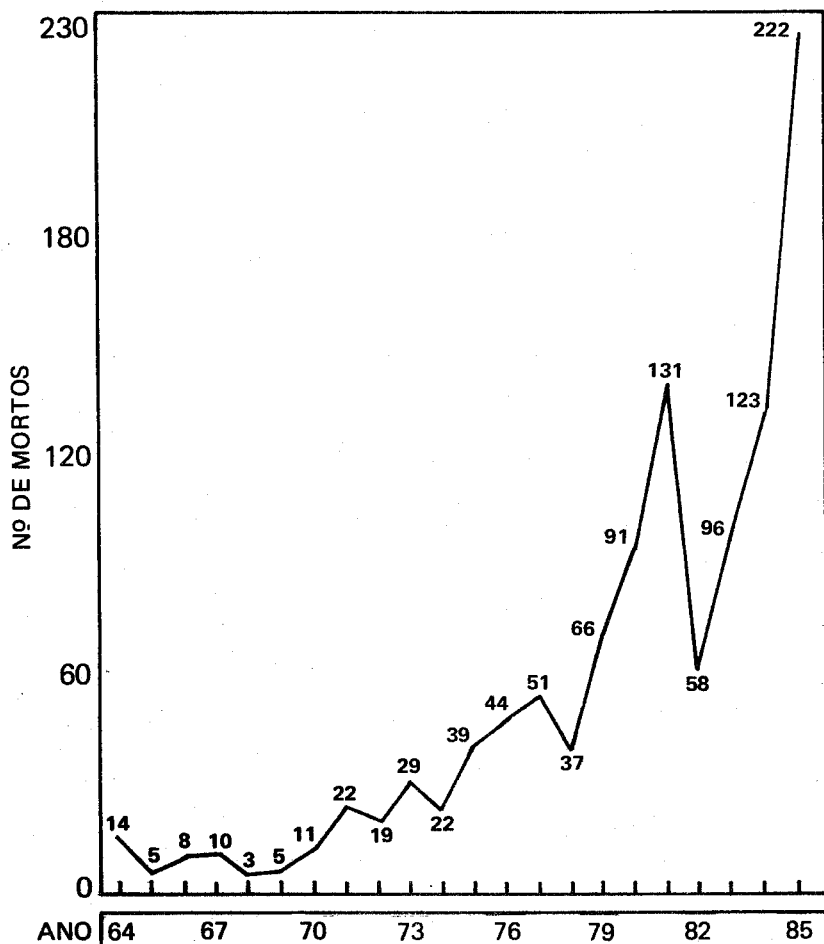
(*) FONTE: Levantamento da CPT, com informações colhidas de Relatórios dos Regionais e de notícias de jornais: Estado de São Paulo (ESP), Jornal do Brasil (JB), Jornal de Brasília (JBr), O Popular, Revistas SENHOR, ISTO É, VEJA e alguns jornais estaduais e Folha de S. Paulo (FS).

— Cálculo aproximado, sempre baseado nas informações contantes no arquivo, o que não significa o número real.

sindicalização no Brasil não só em termos absolutos, mas igualmente em termos relativos, sendo o maior crescimento ao se comparar com a sindicalização rural em toda a América Latina.

Para demonstrar a evolução dos conflitos no Brasil o próximo gráfico (XI) foi escolhido pelo referido mestre.

XI – EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE TRABALHADORES RURAIS ASSASSINADOS NO BRASIL (1964-1985)¹⁷



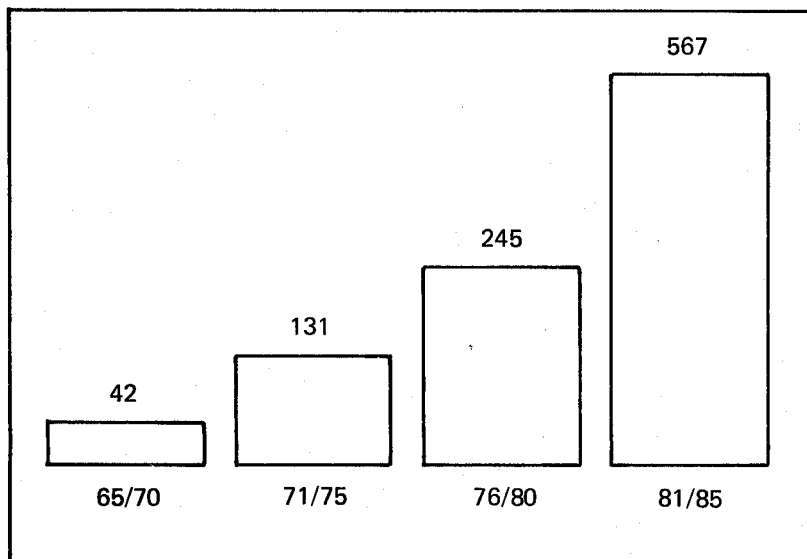
Mais recentes, ainda, são os levantamentos atualizados pelo MIRAD¹⁸ — os primeiros dados oficiais dos conflitos pela posse da terra no Brasil — apontando de janeiro a maio de 1986 o seguinte número de mortes por Estado da Federação:

XII — NÚMERO DE MORTES POR CONFLITOS DE TERRA NO BRASIL (Jan./maio - 86)

ESTADO DA FEDERAÇÃO	Nº DE MORTOS
Amazonas	3
Pará	21
Rondônia	19
Mato Grosso	11
Goiás	8
Maranhão	2
Pernambuco	2
Alagoas	25
Bahia	7
Minas Gerais	6
Mato Grosso do Sul	1
São Paulo	6
Santa Catarina	2
Rio Grande do Sul	2
TOTAL	115

Finalmente, do mesmo Ministério são os dados evolutivos mostrando que, em 20 anos, o número de mortos em conflitos aumentou mais de 1.000% como se depreende do gráfico XIII.

Assim sendo, para a avaliação dos conflitos de terra no Brasil, ainda que cada fonte possa acrescentar um resultado diferente, ano a ano ou num total de períodos, um ponto é comum: todos se mostram igualmente graves e em números demasiadamente elevados. A necessidade da intervenção do Estado, através de uma reforma agrária, como resposta eficiente à luta que se trava no campo ainda pode ser uma saída honrosa e, mais uma vez, pode-se argumentar em favor de sua imprescindível urgência e validade para o caso do Brasil.

XIII – MORTES NO CAMPO NO BRASIL EM 20 ANOS (65/85)¹⁹**1.3 – Condições técnicas e instrumentos legais**

Em princípio, havendo condições técnicas, instrumentos legais e a decisão política do governo, a reforma agrária poderia ser facilmente implementada com vistas a aliviar as tensões sociais no campo, democratizar as relações políticas e distribuir de forma mais justa a renda, tão fortemente concentrada em benefício de uma pequena parcela da sociedade brasileira. Consequência desse processo de reforma agrária seria a elevação do nível social e econômico das populações carentes do campo e, mais ainda, a satisfação de suas necessidades primárias de emprego, a alimentação e habitação, além da possibilidade real da participação dessas camadas nas decisões políticas e na construção e estabilização da vida democrática do país.

Neste ponto, entretanto, entram algumas sérias questões. Em primeiro lugar, reprimir a excessiva e abusiva concentração do poder político – que hoje é fato ainda inequívoco e causa tantos dissabores e desmandos na vida nacional – é uma condição para o avanço à plena democratização no Brasil. Por outro lado, é exatamente isto que tanto assusta a

classe dominante, e tantas reações e pressões provoca à mais tênue insinuação governamental de adoção de políticas que possam representar delimitação de espaços, restrições à arrogância dos mandonismos locais, regionais ou das representações incrustadas nos órgãos do poder, a nível nacional.

Nestas circunstâncias, a Reforma Agrária reivindicada pelos trabalhadores, parece estar longe de se concretizar, levando-se em conta a correlação de forças do momento atual. Esta análise, justamente, pretende identificar onde está o entrave e para tal faz uma rápida passagem pelas condições técnicas e pela avaliação dos instrumentos legais disponíveis para a implementação de planos de reforma agrária no país.

Quanto às condições técnicas, o principal requisito é a existência de terras para a reforma agrária. Segundo o próprio Plano Nacional de Reforma Agrária — PNRA da “Nova República”²⁰, considera-se que o Brasil possui um potencial de 500 milhões de hectares de terras agricultáveis, sendo que as lavouras ocupam apenas 80 milhões de hectares “incluindo-se as grandes áreas em descanso num sistema de rotação perdulário”. Acrescenta ainda o PNRA que os imóveis classificados como latifúndios pela legislação brasileira (Estatuto da Terra, Lei 4.504/64) mantêm cerca de 170 milhões de hectares como “área aproveitável não explorada”. O demonstrativo I (gráfico da página) indica que 409, 5 milhões de hectares concentram-se em propriedades classificadas como latifúndios, e, portanto, pela legislação brasileira, desapropriáveis para a reforma agrária.

Outro dado ainda mais atualizado do ano de 1984, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, relaciona por cada unidade da federação brasileira os maiores proprietários com títulos regulares e os maiores posseiros sem títulos de propriedade (como se demonstra em XIV e XV). Embora muitos detentores já figurem na lista dos 27 maiores latifundiários do Brasil (vide III — página 7), esta nova relação tem a vantagem de selecionar um por cada Estado, distinguindo a qualidade da titulação e, portanto, demonstrando que em todas as regiões do país, sem exceção, existem terras possuídas inadequadamente, passíveis de serem incorporadas aos planos de reestruturação fundiária a nível regional. Os processos também serão distintos, podendo ser desapropriações no caso de proprietários ou de arrecadação pelo Estado, no caso de apropriação indevida de terras devolutas por posseiros que não possuam legitimidade para regularizá-las.

Estes dados acima relacionados servem para comprovar que o elemento básico — a terra expropriável — existe em abundância e existe,

justamente, em decorrência de sua ociosidade relativa ao seu potencial produtivo. Este é o primeiro e o principal elemento das condições técnicas necessárias ao início de programas de reforma agrária. Com relação aos demais elementos, tais como financiamento, adequação dos órgãos administrativos, capacitação profissional de técnicos destes órgãos governamentais e uma política agrícola diferenciada para o setor reestruturado ou reformado, tudo vai depender da decisão política de se dar apoio, priorizando verbas e orçamentos compatíveis com a intensidade e o ritmo que se quiser imprimir a esta intervenção do Estado, para corrigir as distorções que a concentração da propriedade privada tem imputado à sociedade brasileira como um todo.

Além das condições técnicas — elementos materiais para a implantação da reforma agrária — outro aspecto de análise destacável é a questão dos instrumentos legais ou, melhor dizendo, dos meios jurídicos de que dispõe o Estado para a reestruturação e a redistribuição da propriedade fundiária. No Brasil a primeira legislação que dá corpo sistemático para a agilização da reforma agrária — por influência da “Carta de Punta del Este” e dentro da filosofia da “Aliança para o Progresso” — é a Lei 4.504 de 30 de novembro de 1964: o Estatuto da Terra.

Esta lei foi viabilizada pela Emenda Constitucional nº 10 de 9 de novembro do mesmo ano, e promoveu mudança essencial no que se referia à forma da indenização das terras a serem desapropriadas: não mais em dinheiro e, sim, em títulos da dívida pública. Outras modificações foram introduzidas mais tarde, inclusive através de um Ato Institucional de 1969 e de um Decreto (nº 554) também do mesmo ano no sentido de aperfeiçoar e possibilitar uma ação processual mais rápida e específica, por parte do governo, nas “desapropriações por interesse social para fins de Reforma Agrária”. Mas o que não houve, na verdade, foi tal ação e muito menos a prática da legislação disponível. Foram raros e tópicos os casos de desapropriação e o que assistimos foi abandono da idéia da reforma agrária, substituída por políticas inoperantes de tributação, programas de colonização de terras públicas e privadas, titulações e regularizações fundiárias que mais acirraram, ao longo destes últimos anos os conflitos em áreas de terras devolutas, como anteriormente ficou demonstrado.

Tudo isto foi acompanhado de uma política agrícola que incentivou abertamente a grande propriedade com créditos e financiamentos para sua modernização, além de uma política de incentivos fiscais para as regiões do norte e nordeste, que gerou uma corrida dos grandes empresários do sul para as áreas de fronteira agrícola em busca de crédito fácil e vantajoso, baseado na exploração da propriedade rural.

**XIV – OS MAIORES PROPRIETÁRIOS DE TERRA EM
CADA ESTADO DO BRASIL *EM 1984**

UF	NOME	Maior propriedade pertencente a um único dono (ha)
RO	Manoel Gudmar de Oliveira Rita	325.000
AC	Manoel Meireles de Queiroz	975.000
AM	MANASA – Madeireira Nacional S.A.	4.131.338
RR	Olmiro de Souza	62.750
PA	JARI Florestal e Agropecuária Ltda.	2.918.892
AP	João Francisco Martins Barata	1.000.000
MA	Cia. de Colonização do Nordeste	448.000
PI	Cia. de Desenv. do Piauí – COMDEPI	987.128
CE	Imobiliária Agric. Raimundo Oliveira S.A.	31.000
RN	Cia. Integrada de Desenv. Agrop.	61.450
PB	Cia. Usina São João	17.797
PE	Gileno de Carli	40.320
AL	SA Leão Irmãos Açúcar e Álcool	34.714
SE	Super. da Agricultura e Produção	8.024
BA	Albert Nicola Vitali	792.575
MG	Cia. Siderúrgica Belgo Mineira	187.366
ES	ARACRUZ Celulose S.A.	93.565
RJ	Light Serviços de Eletricidade S.A.	27.612
SP	Joaquim Pedro de Castro	163.200
PR	KLABIN Florestal S.A.	178.914
SC	Manville Produtos Florestais Ltda.	31.445
RS	João Macedo Linhares	25.342
MS	Miranda Estância S. A. Agropecuária	249.278
MT	COTRIGUAÇU Colonizadora do Aripuana Ltda.	1.000.000
GO	Raul Machado de Mendonça	220.854
DF	Cia. Imobiliária de Brasília	17.168

(*) Fonte: Diário do Comércio e Indústria, 15 de agosto de 1986, pág. 9, SP.

XV – OS MAIORES POSSEIROS DO BRASIL EM 1984*

UF	NOME	Maior área pertencente a um único dono (ha)
RO	Marly Coelho de Oliveira	200.000
AC	Jorge Wolney Atalla	427.390
AM	MANASA – Madeireira Nacional S.A.	2.769.483
RR	—	—
PA	Cia. Florestal Monte Dourado	905.569
AP	Cia. Florestal Monte Dourado	96.611
MA	Antonio Afonso de Freitas	84.000
PI	Josefa Rodrigues de Loiola	30.782
CE	Agroindustrial C. Cavalcante Ltda.	7.805
RN	Cia. Integrada de Desenv. Agropec.	20.706
PB	Afonso Cordeiro Agra	6.009
PE	Gilson Araújo de Siqueira	5.801
AL	Alipio Luiz da Silva	4.500
SE	Antonio Fraga de Almeida	2.190
BA	Evandro Carvalho Goulart	353.660
MG	Florestas Rio Doce S.A.	77.695
ES	ARACRUZ Celulose S.A.	3.128
RJ	Willan Instalações Ind. Ltda.	16.270
SP	Gabriel Paes Rodrigues	33.154
PR	Visão Florestal Ltda.	13.554
SC	João Mana Cardoso	4.354
RS	Rubem Silveira Vasconcelos	14.279
MS	Cleonice Corrêa da Costa	31.876
MT	Organização de Terras Brasil Norte Ltda.	392.000
GO	Valfrido Barbosa dos Santos	193.600
DF	EMBRAPA	3.146

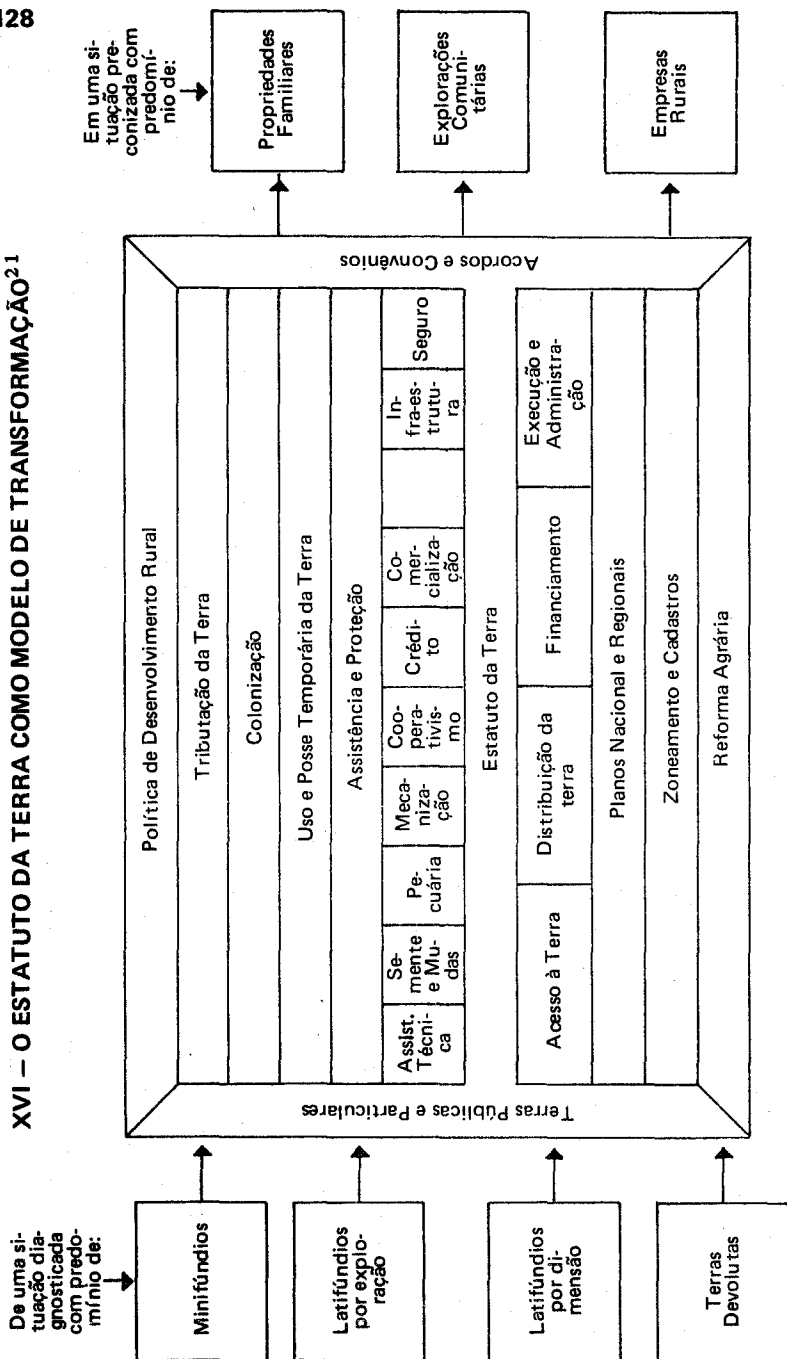
(*) Fonte: Diário do Comércio e Indústria, 15 de agosto de 1986, pág. 9, SP.

O que ocorreu, em termos de utilização da legislação agrária, foi sua vigência no que se referia apenas à política de desenvolvimento rural, e isto no setor já estabelecido e para o setor já proprietário. O Estatuto da Terra, que teve uma origem bastante controvertida e, ao invés de uma lei exclusiva de reforma agrária, foi promulgado com um duplo conteúdo — de medidas de reestruturação fundiária conjuntamente com outros de política agrícola — só foi vigente, portanto, no que se tratou desta última providência, tendo sido relegado à letra morta todo o seu potencial dedicado à reforma agrária.

Um retrato bastante expressivo desta lei se reflete no fluxograma expresso no gráfico XVI.

Da representação a seguir, muito utilizada para especificar o duplo conteúdo da legislação brasileira, pode-se também avaliar o fracasso de um instrumento que poderia até ter significado uma expectativa de transformação. Passados 21 anos de existência desta lei num período autoritário, decididamente sem qualquer intenção de colocar em prática suas disposições reformistas, já nos primeiros meses da chamada "Nova República" o episódio se repete. A legislação, o instrumento legal que poderia dar início a um processo amplo de transformação no campo sofre um duro revés e hoje o que se tem no país (que ainda adota um sistema jurídico de hierarquia legal) é a esdrúxula situação de um Decreto da Presidência da República²² que inconstitucionalmente tenta revogar a Lei 4.504 — Estatuto da Terra — 1964.

Além das limitações que a lei já possuía — na sua origem ambígua e nos procedimentos que deveriam ter sido aperfeiçoados com sua prática e não o foram, porque nem praticados — as disposições a ela relacionadas e que representaram, num primeiro momento, conquistas dos trabalhadores e beneficiários potenciais da Reforma Agrária, atualmente sofrem um dos maiores recuos de toda a sua existência. O instrumento legal, a arma jurídica dos trabalhadores hoje não tem qualquer significado de instrumento de transformação e um descrédito geral se reflete não só no esvaziamento da forma de sua aplicação, mas também, na distância que cada vez mais se coloca entre suas propostas originais e as expectativas dos atuais movimentos sociais no campo. A conclusão a que se pode chegar é que o instrumental foi ferido nas suas potencialidades. Não resta, porém, a menor dúvida de que o cerne da questão não se limita ao conteúdo falho e limitado da lei: extravaza a vigência jurídica e passa para a questão da sua vigência política, com todas as implicações que o assunto possa trazer.

XVI — O ESTATUTO DA TERRA COMO MODELO DE TRANSFORMAÇÃO²¹

Assim sendo, já se consideraram as condições técnicas, os instrumentos legais e é neste momento que se podem avaliar as possibilidades concretas da urgência da reforma agrária no contexto brasileiro: a decisão política.

Não resta a menor dúvida de que a reforma agrária é, necessária, pela análise da estrutura fundiária do Brasil; não restam dúvidas, também, quanto à possibilidade de empreendê-la por existirem condições técnicas e instrumentos legais capazes ao menos de dar início ao processo. Mas o que fica evidente — e isto sim é grave — é a falta de decisão política ou, melhor dizendo, a falta de força política dos movimentos sociais na reivindicação de seus direitos perante o atual governo.

II — DECISÃO POLÍTICA E MOVIMENTOS SOCIAIS

Ao se inaugurar o governo da “Nova República” no Brasil (março de 1985) e com a escolha de pessoas historicamente comprometidas com o processo de reforma agrária para a composição dos quadros nos órgãos executivos destinados a implementar os projetos neste sentido, esboçou-se um novo alento para milhares de trabalhadores rurais, na esperança de que algo de positivo pudesse acontecer em benefício da classe. As promessas do governo recém-eleito de priorizar os programas de ordem social fundamentavam estas expectativas. A arregimentação de mais de cem técnicos especializados, vinculados à questão agrária e agrícola, provenientes de todas as regiões do país, parecia ser mais um indício da decisão do governo de desencadear o processo de reforma agrária, de acordo com a necessidade e os anseios de seus beneficiários. Assim, em maio de 1985, durante o “4º Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais” foi lançada em primeira mão, dirigida aos trabalhadores, a “Proposta do Plano Nacional de Reforma Agrária”. Esta proposta foi levada pelo próprio Presidente da República que, pela primeira vez, se fez presente num congresso desta categoria sindical, conjuntamente com Ministros de Estado e autoridades dos órgãos executivos da reforma agrária. Tudo levava a crer, portanto, que a semente estava lançada e que só dependeria do apoio, da participação da classe e da sociedade como um todo, para finalmente se colher a justiça tão esperada no meio rural.

Porém, os momentos de entusiasmo inicial logo se foram apagando com a virulenta e rápida reação das classes latifundiárias, tão retrógradas quanto eficientes na sua organização para enfrentar e reverter o panorama favorável ao início de um processo verdadeiro de reforma agrária no país.

As pressões foram intensas e não se pouparam ataques de toda ordem, veiculados tanto pela grande imprensa nacional — que quase sem exceção colocou-se à disposição e do lado dos interesses dos grandes proprietários — quanto nos debates e nos encontros, onde se propunha esclarecer o alcance da iniciativa essencialmente de ordem social. Advogados ilustres foram contratados no sentido de combaterem juridicamente as propostas de aplicação do Estatuto da Terra, objetando em favor do direito de propriedade na sua forma mais absoluta e anti-social. Os pareceres destes luminares juristas passaram a ser utilizados na incitação à resistência armada, contra a proposta do governo de desapropriar as terras improdutivas. Também não faltaram pareceres e opiniões de economistas contrários à Proposta, que argumentavam em tom alarmante para o perigo da desorganização produtiva com a perspectiva da reforma agrária.

Por fim, em termos de decisão política e por meio de seus representantes mais conservadores e fortemente vinculados ao regime anterior, o governo atendeu às fortes vozes do poder econômico da reação. Em 10 de outubro de 1985 foi assinado o Decreto Presidência²³ que aprovou o “Plano Nacional de Reforma Agrária” na forma e com o conteúdo consentido pelos grandes proprietários de terra no país, bem distante, por conseqüência, das expectativas e anseios dos trabalhadores rurais.

Na época do incidente, parte da equipe e o próprio Presidente do INCRA (Dr. José Gomes da Silva) se demitiram, recusando-se a acobertar a farsa do governo.

Em análise detalhada, o ex-Procurador Geral do INCRA²⁴ comenta a profundidade das alterações²⁵, feitas à última hora nos bastidores do Palácio do Governo, alterações essas que surpreenderam a equipe técnica do Ministério competente e do órgão executor dos assuntos fundiários (MIRAD/INCRA).

“O PNRA: um **Plano** distante da **Proposta** inicial.

A linguagem revela a vontade implícita. No universo semântico é possível detectar algumas alterações que aparentemente formais revelam, em verdade, mudanças de fundo.

Desde logo, por exemplo, basta examinar o objetivo central da Reforma Agrária. Enquanto que na **Proposta** se asseverava mudar a estrutura agrária brasileira, no **Plano** se assevera promover melhor distribuição da terra. Outro exemplo: enquanto a **Proposta** afirmava a necessidade de transformar a estrutura agrária, o **Plano** afirma a necessidade de incentivar a exploração racional da terra.

Além disso, na **Proposta** havia especial ênfase à participação dos reais beneficiários da Reforma Agrária, em muito minimizada no **Plano**. O papel dos trabalhadores rurais sem terra ou com pouca terra foi reduzido, recebendo inaceitável tratamento paritário que igualou os desiguais.

.....

O princípio da função social da propriedade decresceu de sua real importância, passando a ser marginalmente considerado.

O instrumento básico da Reforma Agrária, a desapropriação por interesse social, teve sua relevância abrandada, inclusive porque a negociação entrou para atuar como instrumento primeiro a ser tentado.

A delimitação das áreas regionais prioritárias nos Planos Regionais restou como possibilidade diante do que a lei estabelece como dever perante o Plano Nacional.

Com isso, a concepção da Reforma como massiva, vigorosa e inovadora, poderá dar lugar a intervenções tópicas, pontuais e descontínuas.

.....

O objeto da Reforma Agrária, antes tido com nitidez, incorporou além das terras de domínio privado também as terras públicas."

(grifos nossos).

A análise é minuciosa e se estende por todos os assuntos, objeto dos recuos e distorções por parte do governo. O autor avalia cada ponto e finaliza constatando que a "Reforma Agrária enfim sancionada parece um automóvel de motor ligado, mas em ponto morto".

Hoje, diante do desenrolar das ações do governo, a situação tem-se mostrado mais desanimadora. Além da falta de decisão política refletida no conteúdo do aparato jurídico necessário e reivindicado pelos trabalhadores, a falta de verba para os órgãos executivos tem fragilizado a utilização das medidas intervencionistas para o campo. O Poder Judiciário é também outro freio, e as tímidas investidas de decretação de "desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária" estão suspensas por decisões judiciais favoráveis aos proprietários que impetram "Mandados de Segurança" ou promovem "Ações Cautelares" com a finalidade de obstaculizar o ajuizamento das "Ações de Desapropriação" e a respectiva "Imissão de Posse" por parte do Estado. E este é mais

um grave problema de prática jurídica e desempenho conservador de outro órgão do Poder no País. Assim é que, quando se fala na criação de uma Justiça Agrária no Brasil o temor que se tem é de que, não sendo muito bem definido o seu papel e especificadas as suas particularidades, ao invés de ajudar na promoção da verdadeira e justa Reforma Agrária (já quase paralisada por decreto) corre-se o risco de ela ser definitivamente arquivada por sentença.

Já nos referimos anteriormente ao fato de ser a rigidez de interpretação do conteúdo do direito de propriedade no Brasil o que basicamente fundamenta a série de decisões contrárias à intervenção do Estado no domínio privado. E isso ocorre de tal forma que a questão da função social prevista na Constituição e no Estatuto da Terra tem sido marginalizada nas lides dessa ordem.

No entanto, estas observações sobre a inoperância de um Plano de Reforma Agrária no Brasil não ficam apenas nestas assertivas. Vão muito mais além. Dados de julho de 1986 apresentados pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas — IBASE²⁶ trazem para discussão a seguinte situação:

“O PNRA pretende desapropriar 10,3% das terras dos latifundiários, assentando 11,6% das famílias sem terra ou com pouca terra. Os dados do INCRA mostram que a extensão do latifúndio (incluindo o latifúndio por exploração mais o latifúndio por dimensão) é de 416,6 milhões de hectares. A área a ser desapropriada segundo o PNRA em 4 anos será de 43 milhões de hectares, que é equivalente a 10,3% da área de latifúndio no país.

Segundo o Congresso da CONTAG de 1985, há 12 milhões de trabalhadores rurais sem terra ou com terra insuficiente. O PNRA, se aplicado integralmente, beneficiaria 1,4 milhões desses trabalhadores, ou seja, 11,6%.

O ministro da Reforma e do Desenvolvimento Agrário, Dante de Oliveira, informou que precisaria de Cz\$12 bilhões para cumprir as metas do primeiro ano (1986-1987) do PNRA. O governo, através da SEPLAN, informou que o PNRA contará apenas com recursos da ordem de Cz\$1,2 bilhões, ou seja, os recursos financeiros alocados à reforma agrária representam 10% do necessário para cumprir as metas do atual plano. Se lembrarmos que este plano já foi reduzido a 10% do plano original, concluímos que a reforma agrária que o governo promete realizar será equivalente a 1% das necessidades reais

de reestruturação fundiária no país. Com esta redução de recursos, as metas do primeiro ano, que eram de assentamento de 150 mil famílias, serão reduzidas a não mais de 15 mil famílias.

Ademais, na década passada migraram para as cidades cerca de 1,8 milhões de pessoas por ano, enquanto o PNRA pretende assentar apenas 1,4 milhões de famílias a cada quatro anos. Desta forma, mantendo-se as atuais condições de expulsão constante do campo, os assentamentos da reforma agrária não conseguirão deter os fluxos migratórios.

Por outro lado, qual o panorama do lado dos grandes proprietários de terras? De acordo com o cadastro de 1978 do INCRA, as propriedades com mais de mil hectares totalizavam 246 milhões de hectares. Em 1984 este total era de 343,2 milhões de hectares. Portanto, mantendo-se as condições atuais de apropriação de terras, os latifundiários ganham 97,2 milhões de hectares a cada seis anos (1978-1984), enquanto a reforma agrária dará aos sem-terra (se for cumprida) 43 milhões de hectares em um período de 4 anos. Ou seja, por cada reforma agrária que se faz a favor dos pequenos, os grandes proprietários se apropriam de quase duas reformas agrárias a seu favor. Em outras palavras, o PNRA não detém o processo de concentração de terras em mãos dos grandes proprietários.

Em suma:

- Não haverá mudança significativa no quadro da concentração de terras no Brasil, já que 89,7% das terras do latifúndio não serão tocados pelo atual PNRA.
- Milhões de famílias de sem-terra ficarão à margem da reforma agrária, pois o PNRA não alcança 88,4% dos sem-terra no Brasil.
- Ao mesmo tempo em que são efetuadas algumas desapropriações, os latifúndios continuam a se apropriar de áreas superiores às metas do atual PNRA. Assim, continua o processo de concentração da propriedade rural."

No mesmo sentido o quadro que se segue²⁷ demonstra que as metas já tão tímidas no seu todo encontram grandes empecilhos para sua realização.

**XVII — METAS PARA O PERÍODO 85/86, E EXECUÇÃO DO PNRA
e PRRA/SP²⁸ (posição até setembro/86)**

a) Quanto às áreas desapropriadas (em hectares)

	METAS	ÁREA DECRETADA DE INTERESSE SOCIAL		ÁREA COM IMISSÃO POSSE	
			%		%
PNRA	4.600.000	927.767	20,17	232.669	5,06
PRRA	250.000	75.048	30,0	7.204	2,8

b) Quanto aos Assentamentos (previsão do número de famílias beneficiárias)

	METAS	NA ÁREA JÁ DECRETADA DE INT. SOCIAL		NA ÁREA COM IMISSÃO DE POSSE	
			%		%
PNRA	150.000	31.002	20,17	8.645	5,76
PRRA	11.400	3.009	26,3	216	1,8

Ainda, como o mais recente lance político da marcha da contra-reforma no Brasil, neste 10 de outubro de 1986 declarações bombásticas num grande jornal do país²⁹ revelam abertamente o nome do mais requisitado advogado de latifundiários, que às vésperas da assinatura do Decreto que aprovou o PNRA, fora chamado ao Palácio do Governo (numa sala do Conselho de Segurança Nacional — CSN) para introduzir profundas modificações que desfiguraram a proposta original dos órgãos executivos da Reforma Agrária. Até o presente momento não há desmentidos oficiais sobre este fato tão grave subtraído à Nação, acrescentando-se ainda que estas declarações foram feitas pelo próprio advogado que certamente tem-se sentido bastante à vontade e seguro junto aos órgãos

do poder a ponto de revelar esta atitude desrespeitosa em relação ao povo brasileiro.

Neste estado de coisas praticamente nada se pode esperar no Brasil em termos de reforma agrária. A correlação de forças no momento é desfavorável aos trabalhadores. E temos que constatar, sem dúvida, que houve efetivamente uma derrota — temporária, esperamos — por parte das classes progressistas que apoiaram as Propostas de Reforma Agrária no início de 1985 e os movimentos sociais, embora atuantes, também não conseguem se fazer ouvir pela administração pública.

Atualmente posseiros, arrendatários, parceiros, pequenos proprietários ou minifundiários, assalariados e "bóias-frias"³⁰, sob a denominação genérica de trabalhadores rurais, são os que reivindicam a reforma agrária. Sua forma de luta tem-se desenrolado tanto no bojo do movimento sindical, representado pelos sindicatos, federações e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG, como no Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, que hoje se espalham por todo o País.

O movimento sindical reúne atualmente 2.600 sindicatos, 22 federações e uma confederação. Insere-se, porém, na estruturação ampla do sindicalismo brasileiro, atrelado ao Estado e dependente dele, desenvolvendo, portanto, uma luta que anseia inclusive antes de tudo pela liberdade e autonomia sindical e se preocupa com a violência no campo, com as questões agrárias e agrícolas, com as questões trabalhistas e previdenciárias.

Registrando aqui alguns aspectos de sua cronologia, o movimento sindical rural começa a se fortalecer efetivamente a partir de 1963 e 1964. O movimento Sem Terra, porém, é mais recente e começa a se estruturar em 1979, pela resistência de grupos de trabalhadores na luta pela terra. Esses grupos foram atuando ou através de ocupações de terras ociosas ou públicas ou através de acampamentos à beira das rodovias do país e seu primeiro encontro de caráter nacional ocorreu em 1982, com a participação de representantes de 16 Estados da Federação. Já em 1985, na cidade de Curitiba no Paraná, o 1º Congresso Nacional de Trabalhadores Sem Terra estruturou uma Coordenação Nacional. E, neste mesmo ano de 1985, em reunião de avaliação e metas para 1986 o Movimento definiu os objetivos gerais de sua luta³¹:

- 1º) chegar ao socialismo;
- 2º) ser um Movimento de Massa para conquistar a terra e a Reforma Agrária em todos os Estados;
- 3º) organizar os trabalhadores na base;
- 4º) fortalecer a participação dos trabalhadores no sindicato e no partido político;

- 59) investir na formação política, criando uma direção política dos trabalhadores;
- 69) articular-se com os demais trabalhadores, através de:
- entidades de trabalhadores
 - contatos com trabalhadores da cidade
 - entrosamento com trabalhadores latinoamericanos.

Dessa forma, analisada mais detalhadamente a estrutura agrária do país, considerados os conflitos pela posse da terra como consequência da maior conscientização dos movimentos dos trabalhadores rurais no Brasil e apresentada brevemente e de forma conclusiva uma avaliação da dimensão política da reforma agrária, resta finalizar na esperança de que os aqui mencionados movimentos de trabalhadores rurais, possam unir esforços para exigir do governo brasileiro o resgate de uma grande dívida social para com o setor. Nada leva a crer que a reforma agrária seja hoje um programa sincero do governo; mais difícil ainda é depositar na futura Assembleia Constituinte a esperança de surgimento dos instrumentos para um processo de agilização da redistribuição fundiária.

Certo será, portanto, vislumbrar nos movimentos dos verdadeiros interessados, na força de sua luta, apoiados por setores progressistas da sociedade como um todo, a única saída para o desencadeamento de um processo tão urgente e necessário de reforma agrária para justicar as grandes massas deserdadas do meio rural no Brasil.

NOTAS:

(1) Comunicação para a Jornada Internacional sobre Reforma Agrária, de 25 a 27 de outubro de 1986 em Mérida, Venezuela.

(2) Advogada, Professora do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas — UNICAMP e Diretora da Associação Brasileira de Reforma Agrária-ABRA.

(3) Guilherme O'Donnell, renomado cientista político argentino faz uma análise clara e real sobre a situação das elites brasileiras em comparação com outras do continente latinoamericano. Em recente entrevista, (Revista SENHOR DE 26-8-86) em que comenta seus estudos sobre a "Consolidação da Democracia na América Latina", o autor ressalta como sendo o grande dilema brasileiro o "hiato imenso — e sociologicamente absurdo — entre a classe dirigente e o povo". Segue afirmando que isto é contrastante com o dinamismo econômico do país, sendo essas duas coisas totalmente incompatíveis neste contexto. Continua analisando que os padrões brasileiros são "extremamente elitistas não só na área de autoridade social, mas também de organização e comportamento político". Ressalta ainda que esse é o ponto fraco do processo da consolidação democrática no Brasil e, comparando com Uruguai, Argentina e Peru, e até mesmo com o Chile no futuro, esses países apresentam um hiato muito menor entre as relações da sociedade com a política. No Brasil, repisa O'Donnell, o problema é mais grave "não só em si, mas na medida em que contrasta muito mais com sua modernidade e dinâmica econômicas".

- (4) Conforme depoimento de Plínio de Arruda Sampaio, consultor da FAO e Deputado Federal pelo Partido dos Trabalhadores, no Brasil. (Folha de S. Paulo — 28-9-86, p. 12).
- (5) Segundo análise do Eng^o Agr^o Carlos Lorena (Justitia, S. Paulo, 44(116): 1982, p. 18).
- (6) Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.
- (7) Distribuição igualitária, índice 0 (zero); concentração absoluta, índice 1 (hum). Na análise de estruturas agrárias o índice considerado bom seria de 0,250 a 0,500.
- (8) Calculados por Rodolfo Hoffmann, prof. do Departamento de Economia Rural da ESALQ — Universidade de S. Paulo — USP — com base nos Censos Agropecuários de 1960, 70, 75 e 80. (Reforma Agrária, Campinas, Vol. 12, nº 7, nov./dez. 1982, p.23).
- (9) Cálculos do Eng^o Agr^o Carlos Lorena, com base no Censo Agropecuário do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) 1980.
- (10) Tabulação feita pelo Eng^o Agr^o Carlos Lorena, a partir dos dados do INCRA, 1985.
- (11) "Grileiros" são os falsos posseiros e falsos proprietários de terra que se açambarcam ilicitamente de uma área com a principal finalidade de especulação imobiliária. São atuações tipicamente fraudulentas e acompanhadas de ameaças e atentados à vida para a expulsão dos verdadeiros posseiros, instalados nas terras devolutas (tipo de terras públicas, ainda não discriminadas pelo poder público).
- (12) Elaborada pelo Eng^o Agr^o José Gomes da Silva e pela socióloga Vera Lúcia da Silva Rodrigues, baseada em dados de três jornais: O Estado de São Paulo-SP, Jornal do Brasil-RJ e o Correio Popular (da cidade de Campinas-SP).
- (13) Pesquisados pelos advogados José dos Reis Santos Filho e Mayla Yara Porto.
- (14) Fonte: "Reforma Agrária" — Campinas, vol. 14 nº 1 (jan.-fev.-1984).
- (15) Publicado no "Caderno do CEAS" — Centro de Estudos e Ação Social, nº 104, Salvador, Bahia (julho/agosto, 1986) pág. 42/51.
- (16) Da Universidade Estadual de Campinas, UNICAMP, em artigo para o jornal "Folha de São Paulo", de 20-5-86, pág. 3.
- (17) Do Livro: "Assassinatos no campo. Crime e Impunidade" de Cristine Vannucchi Leme e Wânia M. de Araújo Pitrafesa.
- (18) Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário, criado em 1985.
- (19) Dados do MIRAD, publicados na Revista VEJA de 21 de maio de 1986, pág. 30.
- (20) 1º PNRA-NR (1985) — Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário-MIRAD e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, Brasília, DF — Outubro de 1985.
- (21) FONTE: Dirceu Pessoa, Boletim Agricultura, Recife, 3(1): 217-38, jan./jun./79.
- (22) Decreto nº 91.766 de 10 de outubro de 1985.
- (23) Como já mencionamos anteriormente, o Decreto 91.766/85 — que aprovou o PNRA — tem-se apresentado aos estudiosos da matéria inclusive como inconstitucional, dado que fere a Constituição Federal e mais diretamente ainda o Estatuto da Terra — Lei 4.504/64 — em vários dispositivos.
- (24) Luiz Edson Fachin: "O Direito e o avesso da Reforma Agrária da Nova República" Revista Reforma Agrária — ABRA, ano 15, nº 3 — Agosto/Dezembro 1985, p. 5 a 12.
- (25) As alterações aqui mencionadas foram introduzidas na **Proposta** inicial apresentada pelo MIRAD/INCRA no "Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais", e, entretanto hoje integram o **Plano** Nacional de Reforma Agrária em vigor no país.
- (26) IBASE — Políticas Governamentais, julho/86.

(27) Elaborado pela advogada Maria Tereza Leopardi Mello, com dados fornecidos pela Superintendência Regional do INCRA de São Paulo. (Texto datilografado).

(28) PNRA — Plano Nacional de Reforma Agrária.

PRRA/SP — Plano Regional de Reforma Agrária — São Paulo.

(29) O Estado de São Paulo, pág. 13. Edição de 10 de outubro de 1986.

(30) Nome que se dá ao assalariado temporário que trabalha no meio rural e vive na periferia das cidades (em favelas), em condições de extrema penúria, sem estabilidade de permanência no emprego e sem contratos de trabalho regulares que lhes possam assegurar as mínimas condições de cidadania.

(31) O livro "Construindo o Caminho" do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, de junho de 1986, São Paulo resume o histórico do Movimento, sua organização, trabalho de base e preocupações de luta.

